



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

THIAGO EMERSON YOVERA PALLOS

**ACORDO DE LENIÊNCIA COMO INSTRUMENTO DE
COMBATE AOS CARTÉIS EM LICITAÇÕES**

Salvador
2016

THIAGO MERSON YOVERA PALLOS

**ACORDO DE LENIÊNCIA COMO INSTRUMENTO DE
COMBATE AOS CARTÉIS EM LICITAÇÕES**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Geovane Peixoto

Salvador
2016

TERMO DE APROVAÇÃO

THIAGO EMERSON YOVERA PALLOS

**ACORDO DE LENIÊNCIA COMO INSTRUMENTO DE
COMBATE AOS CARTÉIS EM LICITAÇÕES**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/2016

A Maria Domitila, minha mãe e
incentivadora.

A Hugo Cerna, meu padrasto.

A Maria Cruz, minha avó.

A Tais Mota.

Aos meus amigos.

AGRADECIMENTOS

A Deus por acordar todos os dias com saúde e força para superar as dificuldades.

A minha mãe e ao meu padrasto pelo apoio e amor incondicional.

A minha avó pela confiança depositada.

A Tais Mota e todos os meus amigos por estarem ao meu lado.

Ao professor Eduardo Jordão por ter me inspirado e motivado a desenvolver o presente trabalho.

Ao meu professor orientador Geovane Peixoto.

A todas as pessoas que de qualquer modo contribuíram para a conclusão deste trabalho.

"A injustiça num lugar qualquer é
uma ameaça à justiça em todo o
lugar"

Martin Luther King

RESUMO

Os cartéis são consideradas as práticas mais lesivas ao ambiente concorrencial dos certames licitatórios, uma vez que são empregadas estratégias, como a divisão de mercado, o aumento do preço e redução da qualidade do produto ou serviço e, conseqüentemente, enseja um monopólio do mercado e potencializa os lucros dos participantes da conduta colusiva. O Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência é o principal órgão antitruste e tem papel fundamental no combate aos cartéis. O Acordo de Leniência, por sua vez, é um instrumento que vem destacando-se para a descoberta e combate às infrações contra a livre concorrência e, em especial, à prática de cartéis. É um mecanismo semelhante ao instituto penal da Delação Premiada, em que um dos membros do cartel denuncia a sua participação no ilícito, bem como auxilia nas investigações para receber as imunidades administrativas e penais. O objetivo deste trabalho é analisar a importância de tal instituto para combate às condutas anticoncorrenciais por meio do seu estudo teórico, assim como a jurisprudência do CADE onde tal instrumento foi de grande valia para o deslinde e condenação nos processos administrativos instaurados pelos órgão de defesa da concorrência.

Palavras-chave: Acordo de Leniência; Cartel; Defesa da Concorrência; Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência - CADE; Condutas Anticoncorrenciais; Procedimento Licitatório.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|--------|---|
| Art. | Artigo |
| CADE | Conselho Administrativo De Defesa Econômica |
| CF | Constituição Federal de 1988 |
| Lei | Lei Federal nº |
| OECD | Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico |
| p. | Página |
| PAR | Processo Administrativo de Responsabilidade |
| PROCON | Programa de Proteção e Defesa do Consumidor |
| SDE | Secretária de Direito Econômico |
| SBDC | Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência |
| STF | Supremo Tribunal Federal |
| STJ | Superior Tribunal de Justiça |

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| 1 INTRODUÇÃO | 10 |
| 2 DIREITO CONCORRENCIAL | 12 |
| 2.1 ACORDOS ENTRE AGENTES ECONÔMICOS | 15 |
| 2.1.1 Colusão vertical | 17 |
| 2.1.2 Colusão horizontal | 19 |
| 2.1.2.1 Outros acordos entre empresas, ilícitos de associações profissionais e preço predatório | 20 |
| 2.1.2.2 Cartel | 21 |
| 2.1.2.2.1 Cartéis Clássicos | 23 |
| 2.1.2.2.2 Cartéis difusos | 25 |
| 2.2 MEIOS UTILIZADOS PARA PROVAR A EXISTÊNCIA DE CARTÉIS | 26 |
| 2.2.1 Prova direta | 26 |
| 2.2.2 Prova indireta | 27 |
| 2.3 ABUSO DA POSIÇÃO DOMINANTE | 27 |
| 2.4 MECANISMO DE COMBATE AOS CARTÉIS | 29 |
| 2.5 SANÇÕES APLICADAS À PRÁTICA DE CARTEL | 30 |
| 3 ACORDO DE LENIÊNCIA | 31 |
| 3.1 CONCEITO E OBJETIVO | 32 |
| 3.2 CONSTITUCIONALIDADE DO INSTITUTO | 35 |
| 3.3 EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL | 37 |
| 3.4 ACORDO DE LENIÊNCIA NO BRASIL | 38 |
| 3.5 CONDIÇÕES PARA CELEBRAÇÃO | 40 |
| 3.6 RESTRIÇÕES À CELEBRAÇÃO DO ACORDO | 42 |
| 3.7 PROCEDIMENTO | 43 |
| 3.7.1 Pedido de senha | 44 |
| 3.7.2 Apresentação de informações e documentos | 47 |
| 3.7.3 Formalização do Acordo | 49 |
| 3.7.4 Peculiaridades após a celebração do acordo | 50 |
| 3.8 LENIÊNCIA PLUS | 51 |
| 3.9 BENEFÍCIOS DO PROGRAMA | 52 |
| 3.9.1 Imunidade administrativa | 53 |

| | |
|--|----|
| 3.9.2 Imunidade penal | 53 |
| 3.9.3 Reparação Civil | 54 |
| 3.10 PONTOS POSITIVOS | 55 |
| 4 ACORDO DE LENIÊNCIA COMO MECANISMO DE COMBATE AOS CARTÉIS EM LICITAÇÕES | 56 |
| 4.1 BENEFÍCIOS DA CONCORRÊNCIA NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS.... | 57 |
| 4.2 A CONFIGURAÇÃO DOS CARTÉIS NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO.. | 58 |
| 4.3 TIPOLOGIA DAS PRÁTICAS ANTICONCORRENCIAIS NAS LICITAÇÕES . | 61 |
| 4.3.1 Propostas Fictícias ou de Cobertura | 63 |
| 4.3.2 Fixação de preços | 64 |
| 4.3.3 Supressão de propostas | 65 |
| 4.3.4 Rodízio | 66 |
| 4.3.5 Divisão de mercado | 67 |
| 4.3.6 Subcontratação informal | 68 |
| 4.3.7 Lances complementares | 69 |
| 4.4 ESTUDO DE CASO | 70 |
| 4.6.1 Cartel dos vigilantes | 70 |
| 4.6.2 Cartel das britas | 75 |
| 4.6.3 Cartel em licitação da Petrobras | 80 |
| 4.6.4 Cartel das linhas de ônibus no Estado do Rio de Janeiro | 82 |
| 4.6.5 Cartel em licitações de trens e metrô de São Paulo | 84 |
| 5 CONCLUSÃO | 88 |
| REFERÊNCIAS | 91 |

1 INTRODUÇÃO

Foi no início da universidade, mais precisamente no quarto semestre da graduação, onde tive o primeiro contato com o matéria direito administrativo, lecionada pelo professor Geovane Peixoto, com a qual me identifiquei.

Com passar do tempo, meu gosto pelo direito público despontou, ficando cada vez mais interessado e, no meio deste ano, tive a oportunidade de fazer um curso de extensão da Faculdade Baiana de Direito em direito concorrencial, ministrada pelo brilhante professor Eduardo Jordão.

O curso teve duração de duas semanas, com aulas enriquecedoras, sendo conduzidas com abordagens práticas e teóricas, adentrando em temas atuais como, a livre concorrência, práticas restritivas e o instituto do Acordo de Leniência.

Cada vez mais envolvido com o curso e com o estímulo que sempre recebi do professor, Dr. Eduardo Jordão, resolvi mudar meu tema de monografia e, assim, desenvolver o presente trabalho.

Dessa forma, este estudo possui como objetivo principal analisar os benefícios trazidos pelo Acordo de Leniência e demonstrar seus efeitos positivos, assim como demonstrar ser um instrumento efetivo de combate as praticas restritivas que são consideradas as mais lesivas à concorrência, quais sejam, os cartéis.

Propõe-se a identificar as principais características do Acordo de Leniência, quais as condições para sua celebração e benefícios decorrentes deste. Ademais, analisar quais são as tipologias das práticas anticoncorrenciais mais comuns nas licitações e como os cartéis são configurados no ambiente licitatório.

Para isso, será enfrentada a sua fundamentação legal e doutrinaria, requisitos, assim como aplicação prática da análise jurisprudencial dos julgados e processo administrativos em curso do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência.

O tema é de relevante interesse social, tendo em vista que cada vez mais políticos, empreiteiras e empresários estão envolvidos em esquemas de

corrupção ou cartel, limitando a concorrência e prejudicando o Poder Público e toda a sociedade.

A situação de corrupção sempre foi uma realidade brasileira, entretanto, estamos passando por uma fase de transição, em que a impunidade esta saindo de cena, a repressão a tais condutas encontra-se cada vez mais ativa. O Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência é o principal órgão antitruste e exerce papel fundamental no combate aos cartéis em licitações.

Vale ressaltar algumas estatísticas do instituto do Acordo de Leniência. Em 2003, onde foi firmado o primeiro acordo, até 2015, já foram celebrados mais de 50 acordos de leniência, que resultaram na descoberta e punição de cartéis que atuavam em licitações públicas, restando claro a relevância do tema ao combate as práticas de conluio entre empresas no Brasil.

Primeiramente, para se enfrentar tais questões, é necessário o estudo teórico da defesa da concorrência, sendo importante ressaltar as espécies de acordo colusivo, os tipos de cartéis, os meios de comprovação destes, as formas de combate e a sanções aplicadas a prática.

Em seguida, adentra-se no estudo sobre o instituto do Acordo de Leniência, seu conceito e objetivo, sua constitucionalidade, requisitos e procedimento para celebração, as restrições para celebração do acordo, assim como analisar a peculiaridade da Leniência plus.

Ademais, discorre sobre os benefícios da imunidade administrativa e criminal, que são efetivados com a celebração do acordo, além de abordar a questão da reparação civil por danos causados pela prática ilícita.

Por fim, no capítulo resguardado ao tema principal, será exposto os benefícios da concorrência nas contratações públicas, a configuração dos cartéis no âmbito das licitações, a tipologia das principais condutas utilizadas pelo conluio para fraudar o certame licitatório, assim como uma análise prática da jurisprudência do CADE.

Dessa forma, o conluio entre agentes econômicos reduz o bem estar social, prejudicando a sociedade como um todo. Tais condutas devem ser reprimidas pelas autoridades antitruste e os infratores responsabilizados, sendo o Acordo de Leniência um instrumento efetivo a descoberta e combate aos cartéis.

2 DIREITO CONCORRENCIAL

A defesa da concorrência é um meio utilizado para alcançar uma economia eficiente, em que os consumidores possam desfrutar de maior variedade de produtos pelos menores preços possíveis e, dessa forma, toda coletividade se beneficia do bem estar social gerado. Para um desenvolvimento sustentável a longo prazo, é necessário que a economia seja forte e competitiva.

Segundo os ensinamentos de Paula A. Forgioni (2005, p. 119), a concorrência possui função instrumental no ordenamento jurídico pátrio:

Como já escrevemos com Eros Roberto Grau, os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência são instrumentais da promoção da dignidade da pessoa humana. A Constituição Brasileira, em seu todo, persegue objetivos mais amplos e maiores do que, singelamente, o do livre mercado.

Neste mesmo sentido, discorre a respeito do princípio da livre concorrência, Leonardo Vizeru Figueiredo (2006, p. 63):

Concorrência é a ação competitiva desenvolvida por agentes que atuam no mercado de forma livre e racional. Isto é, trata-se da disputa saudável por parcela do mercado entre agentes que participam de uma mesma etapa em ciclo econômico (produção – circulação – consumo). Assim, deve o Estado intervir de forma a garantir que a competição entre os concorrentes de um mesmo mercado ocorra de forma justa e sem abusos (monopólio, oligopólio, truste, cartel, etc.) garantindo-se, assim, o equilíbrio entre a oferta e a procura, bem como a defesa da eficiência econômica.

[...]

No Brasil, a livre-concorrência é fiscalizada pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, composto pela Secretaria de Acompanhamento Econômico- SEAE e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

A livre-concorrência teve como marco jurídico e histórico o Decreto de Allarde, de 02 de março de 1791, sendo que a legislação respectiva teve origem na América do Norte, e no Canadá com o *Competition Act* (1889), e nos Estados Unidos da América, com o *Sherman Act*, de 02 de julho de 1890.

Nota-se que as empresas buscam cada vez mais incentivos, para assim, aumentar a sua produtividade, melhorando a sua eficiência e desenvolvendo produtos cada vez mais atrativos e serviços para cativar os clientes.

Entretanto, os últimos anos tem sido marcados por práticas ilegais que buscam monopólio do mercado e o aumento da lucratividade. As empresas passaram a fazer acordos, ajustes e conduta coordenadas para, dessa forma, auferir maiores lucros e dominar o mercado, eliminando os concorrentes que não fossem parte de esquema.

Tais ajustes são denominados de cartéis, estes são acordos para fixação de preços, cotas, divisão de mercado ou adoção de posturas pré-combinadas em licitações públicas, que objetivam maximizar o lucro dos participantes do conluio através da exclusão da concorrência, fazendo com que um determinado mercado seja dominado apenas pelos "players" do mercado. Dessa forma, são práticas concertadas entre concorrentes para prejudicar ou eliminar a concorrência e auferir maiores lucros que não seriam possível em um mercado competitivo.

A persecução destes em nosso ordenamento jurídico pátrio não é novidade, visto que desde a Lei n 1.521/1951, já revogada, previa que seriam punidos os crimes e as contravenções contra a economia popular, tais como promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o objetivo de impedir ou dificultar a concorrência e, dessa forma, aumentar os lucros de forma arbitrária.

Contudo, foi com a criação da Lei 8.884/1994 que o combate aos cartéis passou a ser intensificado no território brasileiro e, dessa forma, foi previsto a sua criminalização por meio do disposto no art. 4º da Lei 8.137/1990¹.

Tais medidas visam proteger a concorrência, sendo uma forma de repressão ao abuso do poder econômico, de acordo com a diretriz traçada pelo art. 173, §4º da Constituição da República, que afirma, que a concorrência não é um fim em si mesmo, mas uma forma para a consolidação de outros valores sociais, devendo ser coibida todas condutas que de alguma forma visam atingem tal diretrizes. (FREITAS, 2011, p. 2)

¹ Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica: I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas; II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores. Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.

Vale ressaltar que os cartelistas analisam o custo-benefício que teriam com as condutas coordenadas e passam a atuar em conluio para simular uma competição dentro do mercado relevante de bens ou serviços, com o objetivo de aumentar arbitrariamente os lucros, violando gravemente o princípio da livre concorrência previsto no art. 170, IV, da CF².

Nas palavras de Francisco Morchón Morcillo (1994, p. 161), o cartel é definido como "um grupamento de empresas que procura limitar a ação das forças da livre concorrência, para estabelecer um preço comum e/ou alcançar uma maximização conjunta dos lucros"

A principal finalidade dos cartéis é potencializar os lucro e, portanto, tais acordos só se justificam, se isso for mais lucrativo do que participar de um mercado com à livre concorrência. O conluio entre agentes econômicos pode ocorrer de forma tácita ou expressa e, possuem o escopo de se associarem por meio das condutas colusivas, objetivando a dominação de mercado de bens ou serviços.

Destaca-se que, alguns fatores estruturais do mercado podem favorecer o conluio entre agentes, como o alto grau de concentração de mercado, a existência de barreiras à entrada de novos concorrentes, o fato do produto ou serviço ser homogêneo, ou seja, é facilmente substituído e condições estáveis de demanda e custos.

Nessa perspectiva os cartéis são considerados como uma das principais práticas restritivas horizontais, que visam acabar ou reduzir com a concorrência. De acordo com a doutrina de Luis Fernando Schuartz (2002, p. 191), o cartel é uma associação de agentes econômicos que, expressamente ou tacitamente, concordam em coordenar as decisões estratégicas em relação às variáveis relevantes do ponto de vista concorrencial.

Os cartéis geram um sobrepreço estimado em 10 a 20% comparado ao preço de uma mercado estabelecido com a livre concorrência, causando prejuízos enormes aos consumidores e à sociedade, além de trazer malefícios ao

² 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.

desenvolvimento tecnológico do país, em razão de inviabilizar a entrada de novos produtos e processos produtivos no mercado. (FREITAS, 2011, p. 4)

Por conseguinte, novos instrumentos da política pública surgem para o combate às práticas anticoncorrenciais, na qual se destaca, em razão da sua efetividade ao combate aos cartéis, o Acordo de Leniência. Este é uma espécie de delação premiada, em que por meio de um acordo, atenua-se a pena do delator participante do cartel ou até mesmo a extingue, pelo fato de colaborar com as investigações e trazer novas provas à autoridade antitruste para que o cartel seja descoberto e condenado.

Tal instituto aumentou significativamente a chance de descoberta e punição dos cartéis, pois desde a sua implementação, trouxe consigo uma forte instabilidade e desconfianças entre os próprios membros, já que a qualquer momento algum deles poderia delatar a prática do cartel para sair ileso e sem punição, obtendo com a delação os benefícios das imunidades penal e administrativas, visto que cartel é considerado um ilícito tanto penal quanto administrativo, sujeito a pena de prisão e multas.

2.1 ACORDOS ENTRE AGENTES ECONÔMICOS

Segundo Caio Mário da Silva Pereira Neto e Paulo Leonardo Casagrande (2016, p. 91), com o controle preventivo do mercado feito pela via da análise prévia de atos de concentração econômica, o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) possui uma forte atuação repressiva contra as condutas anticompetitivas, ou seja, busca identificar e punir os comportamentos que de alguma forma possam distorcer o mercado, trazendo malefícios aos consumidores e competidores. Nesse âmbito de atuação, o CADE exerce o poder de polícia como forma de acabar com o poder econômico, conforme previsão constitucional.

Está previsto na Lei 12.529/2011 às condutas empresariais de caráter anticompetitivo que são consideradas ilícitas. Na visão antitruste as análises das condutas anticoncorrenciais podem ocorrer de modos distintos, por exemplo a caracterização de determinada conduta como uma prática

coordenada entre empresas distintas, que é denominado de acordo, ou pela prática unilateral de apenas uma empresa.

Essas condutas podem ser consideradas de dois tipos, as horizontais são aquelas quando as empresas envolvidas no conluio fazem parte do mesmo mercado relevante e as verticais são empresas envolvidas no acordo mas que se encontram em diferentes mercados relevantes. Essa classificação decorre do sistema estrangeiros, tais como as normas concorrências da União Europeia e pelo Sherman Act dos Estados Unidos que prevêm à ilicitude dos acordos entre concorrentes que sejam de um mesmo mercado ou não. (PEREIRA NETO; CASAGRANDE, 2016, p. 92)

Portanto, os ilícitos concorrenciais geram o abuso do poder econômico e podem ser exercidos por diferentes condutas, mas neste trabalho temos o foco de estudar os acordos firmados entre os agentes econômicos que objetivam a fraude aos procedimentos licitatórios.

De fato, o Brasil não fugiu a regra, visto que o nosso sistema jurídico, ao tutelar a livre concorrência e não deixar que haja abuso de poder econômico, trouxe como ilicitude tais acordos entre empresas que geram riscos para concorrência, em termos de objeto ou efeito.

A legislação brasileira antitruste prevê todos acordos ilícitos entre agentes econômicos que constituem afronta a ordem econômica e as hipóteses estão exemplificadas no artigo 36 da Lei 12.529/2011, como por exemplo: limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros e exercer de forma abusiva posição dominante.

Outro ponto que merece destaque é a presunção de posição dominante, que ocorre quando a empresa ou grupo de empresas possuir a capacidade de alterar de forma unilateral ou coordenadamente as condições de mercado, bem como quando controlar valor igual ou superior a 20% do mercado relevante.

Vale ressaltar que, a expressão acordos entre agentes econômicos, não referem-se apenas às condutas de empresas, mas também de quaisquer agentes que possam desempenhar uma função no mercado.

De acordo com Calixto Salomão Filho (2003, p. 261), a colusão imposta ou voluntária é uma conduta anticoncorrencial. A colusão seja de qual tipo for, é fundamental para os aumentos de parcela substancial de mercado e/ou exclusão de demais concorrentes.

Portanto, estudaremos a seguir os tipos de conluio que podem ocorrer entre agentes econômicos e que tenham como finalidade levar à dominação de mercado e eliminação da concorrência.

2.1.1 Colusão Vertical

São denominados de acordos verticais os atos que envolvem agentes que atuam em mercados diversos de uma mesma cadeia de comercialização. Dessa forma, constitui-se uma alternativa ao processo de concentração de empresas.

Nesse tipo de acordo, que pode influenciar tanto o mercado relevante em que atua o produtor do bem ou serviço quanto no mercado relevante em que atua o distribuidor. Vale salientar, que estas práticas podem surgir efeitos considerados benéficos ou prejudiciais, dependendo da análise do caso concreto, pois pode ao mesmo tempo estimular a concorrência de um dos mercados e restringir a concorrência no outro. (OLIVEIRA, RODAS, 2013, p. 52)

Conforme o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), os conluos verticais serão práticas anticompetitivas quando estas formarem meios de exclusão dos concorrentes, seja aumentando as barreiras as entradas para concorrência ou pelo fato de ser elevado o custo para os competidores efetivos.

Desse modo, o CADE deve analisar tal acordo vertical, verificando e examinando o mercado relevante envolvido e os benefícios trazidos aos consumidores ou demais concorrentes.

Ademais, existem diversos tipos de acordos verticais que podem ser impostos no mercado, a doutrina, na sua grande maioria, identifica a fixação de preço de revenda, divisão de mercado, exclusividade e venda casada.

A fixação de preço de revenda (Resale Price Maintenance - RPM) é definida pela Lei 12.529/11, que trouxe seu conceito no art.36, 3º, IX: "impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preço de revenda, desconto, condições de pagamento, quantidade mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativas a negócios destes terceiros". Assim, o produtor estabelece preços fixos, mínimos ou máximos a serem praticados pelos seus distribuidores ou revendedores. (PEREIRA NETO; CASAGRANDE, 2016, p. 149)

A fixação de preço de revenda neutraliza a concorrência, e tende a reduzir a competição intramarca (intra-brand), pois limita a disputa de preço sobre os produtos de uma mesma marca e, em consequência, há o aumento da concorrência intermarca.

Na divisão de mercado, cada distribuidor fica com uma parte do mercado, atuando de forma monopolista sobre a parcela que lhe é atribuída. São implementadas limitações sobre a área de atuação, o que ocasiona menos concorrência e maiores custos para a entrada de novos concorrentes.

Os acordos de exclusividade seriam uma obrigação feita a uma das partes de somente comprar ou comercializar os produtos do outro, isto é, não pode comprar produtos fornecidos por nenhum outro competidor. Desse modo, distribuidores ficam obrigados a adquirir o produto ou comercializá-lo de um único fornecedor. (FORGIONI, 2007, p. 158/159)

Ressalte-se ainda que, tais acordos podem assumir motivações distintas como as motivações mercantis, bem como condutas anticompetitivas no mercado, a exemplo de sua ocorrência na distribuição de produtos, que consistiria em evitar a entrada de concorrentes potenciais no mercado. (PONDÉ; FAGUNDES; POSSAS, 1998)

Já a venda casada está definida na Lei 12.529/11, art.36, 3º, XVIII, nos seguintes termos: "subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à

utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem".

Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira Neto e Paulo Leonardo Casagrande (2016, p. 146 e 147), é uma prática vertical que subordina a venda de dois bens, obrigando o consumidor a comprar os bens em conjunto.

Essa prática pode ocorrer tanto pela compra obrigatória de dois produtos em conjunto, quanto quando o preço de apenas um produto vendido em separado é praticamente igual a venda conjunta, tratando-se, portanto, de abuso.

2.1.2 Colusão Horizontal

A colusão horizontal é definida como qualquer tipo de acordo, seja expresso ou tácito, firmado entre os concorrentes que estão dentro de um mesmo mercado, com intuito de dominar o mercado e excluir os demais concorrentes, visando a otimização de seus lucros.

As práticas horizontais são condutas coordenadas entre agentes que estão situados dentro do mesmo mercado relevante, ou seja, são acordos e práticas entre concorrentes diretos. (PEREIRA NETO; CASAGRANDE, 2016, p. 107)

Essa prática possui como objetivo a tentativa de reduzir ou eliminar qualquer concorrência que possa ocorrer dentro de um mesmo mercado. A concorrência é fator determinante sobre o mercado, visto que, as empresas precisam sempre investir para manter-se no mercado, buscando o aprimoramento dos seus produtos, trazendo qualidade a estes. Ademais, a concorrência motiva a variação dos preços, fazendo com que ocorra uma competição entre os concorrentes para ter um produto de melhor qualidade a menor preço, e desta forma, ganhar o mercado.

O conluio em linha horizontal poderá ocorrer por acordos expressos ou pelo chamado comportamento paralelo intencional, que é denominado de acordo tácito. Ambos acordos são considerados ilícitos. Se diferenciam através do conteúdo presente no acordo. (SALOMÃO FILHO, 2003, p. 263)

Nesse sentido, Silvinha Pinto Vasconcelos e Cláudio Roberto Fóffano Vasconcelos (2005, p. 855-876), salientam que o paralelismo de conduta por si só, não seria suficiente para comprovar a existência de conluio, pois pode acontecer que determinado mercado possua características que induzam a tais condutas semelhantes, sem que as empresas tenham efetivamente organizado um conluio.

2.1.2.1 Outros acordos entre empresas, ilícitos de associações profissionais e preço predatório

Conforme a Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999, essas práticas visam o aumento de poder de mercado ou condições que sejam suficientes para exercê-lo.

O Anexo I da resolução n.20/99 do CADE aponta para os seguintes conceitos:

Outros acordos entre empresas: restrições horizontais que envolvam apenas parte do mercado relevante e/ou esforços conjuntos temporários voltados a buscar maior eficiência, especialmente produtiva ou tecnológica.

Estes exigem avaliação mais complexa, tanto por terem efeitos anticompetitivos possivelmente menores que os cartéis, quando pela necessidade de avaliar eventuais eficiências econômicas, requerendo uma aplicação mais ponderada do princípio da razoabilidade.

Ilícitos de associações profissionais: quaisquer práticas que limitem injustificadamente a concorrências entre os profissionais, principalmente mediante conduta acertada de preços.

Preços predatórios: prática deliberada de preços abaixo do custo variável médio, visando eliminar concorrentes para, em momento posterior, poder praticar preços e lucros mais próximos do nível monopolista. O exame desta prática requer análise detalhada das condições efetivas de custos e do comportamento dos preços ao longo do tempo, para afastar a hipótese de práticas sazonais normais ou de outras políticas comerciais da empresa, além da análise de comportamento estratégico, avaliando-se as condições objetivas de ganhos potencialmente extraordinários posteriores suficientemente elevados e capazes de compensar as perdas decorrentes das vendas abaixo do custo.

2.1.2.2 Cartel

Na primeira metade do século XX, os cartéis eram vistos de maneira diversa nos Estados Unidos e na Europa. A Suprema Corte norte-americana estabelecia que tal conduta deveria ser considerada com per se, ou seja, uma infração ilícita, da mesma forma como o Sherman Act de 1980 trouxe o entendimento que seriam ilegais os acordos que restringir o comércio a concorrência. (PEREIRA NETO; CASAGRANDE, 2016, p. 108)

Na Europa, por sua vez, havia de certa forma uma maior aceitação à prática de cartéis, de modo que muitos países buscaram controlar tais práticas mas não proibi-las. Ao final do século XX, surgem as leis de defesa da concorrência que trazem em seu corpo a ilicitude de cartéis. (PEREIRA NETO; CASAGRANDE, 2016, p. 108)

O CADE expõe o conceito de cartel através do Anexo I da resolução nº 20/99 em que diz: "os acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preço, quotas de produção e distribuição e divisão territorial na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio".

De acordo com o ensinamento de (MENDES, 2014), cartéis são na verdade um pacto entre os agentes econômicos que consiste em oferecer ao mercado produtos substitutos, buscando aumentar os preços e maximizar os lucros por meio da divisão de mercado, combinação de preços, distribuição e controle de territórios. Em suma, é considerado aquele acordo em que tudo é combinado, qual seja a captação de clientes, mercado e lucro.

Além disto, Maggi (2010) esclarece que o cartel é "o acordo comercial entre empresas, visando a distribuição entre elas das cotas de produção e do mercado com a finalidade de determinar os preços e limitar a concorrência".

Nas palavras de Marco Antonio Fonseca Júnior (2011, p. 21), "a conduta é punível se for capaz, ainda que apenas parcialmente, de gerar efeitos nocivos no mercado relevante. Já Calixto Salomão Filho (1998 p. 227), afirma que "o

cartel constitui uma das estruturas básicas de gênese e exteriorização do poder de mercado".

O CADE também preceituou que a existência de alguns fatores podem favorecer a criação de cartéis, como o elevado grau de concentração do mercado, a existência de barreiras à entrada de novos concorrentes, quando o produto for homogêneo e seu custo de produção for parecido e as condições estáveis e de demanda.

Tais acordos serviam para monopolizar o poder e visavam a neutralização da concorrência. Os agentes não deixam de possuir as suas independências administrativa ou financeira, mas fazem ajustes entre si para eliminar ou diminuir a concorrência de um dado mercado, com intuito de monopolizar o mercado em questão. (BRANCO; BARRETO, 1964, p. 30)

Em síntese, os cartéis são acordos entre concorrentes diretos que visam o monopólio do mercado e a exclusão dos concorrentes que não façam parte do cartel, através de condutas anticoncorrenciais de imposição de preços, apresentação de propostas combinadas fraudando licitações, controle da quantidade de produção e distribuição e divisão territorial, com intenção de aumentar os preços e obter lucros que não seriam possíveis dentro de um mercado competitivo.

Pela doutrina de Rafael Vêras de Freitas (2011, p. 3), essa prática só será considerada lesiva para a concorrência se com a sua configuração, houver a existência de poder de mercado, que seja motivo para ser reprimido, pois o poder de mercado pode ser configurado pela elasticidade da demanda dos participantes do conluio; por conta da rivalidade existente entre empresas que são concorrentes em um mesmo mercado relevante; quando houver barreiras a entrada que dificultem a entrada de novos players no mercado. Tais fatores influenciam o aumento de preço e a redução da qualidade e quantidade de bens ou serviços ofertados.

Nesse contexto, o conluio fixa preços exacerbados, divide o mercado e planeja estratégias que servem para neutralizar ou excluir seus concorrentes, maximizando os lucros. Como se pode ver, essas condutas são muito lesivas à sociedade, prejudicando a ordem econômica como um todo.

Os cartéis são prejudiciais à livre concorrência, pois há um aumento de preço e a redução das quantidades ofertadas, ou seja, a prática de conluio entre os agentes é configurada como uma forma de inibição a livre concorrência de um determinado mercado. (MORAES; DA SILVA; COSTA; CORONEL; BENDER FILHO, 2016, p. 52)

Logo, percebe-se que essa prática aumenta o preço entre 10 a 20% quando comparado a um mercado com livre concorrência, causando prejuízos aos consumidores e à sociedade.

Por conseguinte, o cartel pode ser entendido como a combinação ou fixação de preços médios entre concorrentes e, portanto, é considerada a prática anticoncorrencial mais lesiva à livre concorrência. (PINDYCK; RUBINFELD, 2002)

Ademais, em razão de todas as características e modos de atuação dos cartéis, os mesmos são as principais barreiras a livre concorrência das empresas. (NUNES; GOMES, 2005)

Portanto, a prática de cartel é uma infração à ordem econômica que constitui crime, que foi tipificado na Lei 8.884/94, nos artigos 20 e 21, I a XXIV. Também encontra tipificação por efeitos no art. 36 da Lei 12.529/11 e na Lei 8.137/90 em seu art. 4º que exemplifica a sua tipificação penal. Além do mais, os cartéis podem ser considerados de dois tipos, clássicos ou difusos, que estudaremos a seguir.

2.1.2.2.1 Cartéis Clássicos

De acordo com Caio Mário da Silva Pereira Neto e Paulo Leonardo Casagrande (2016, p. 109), o cartel clássico é um acordo anticompetitivo, seja escrito ou verbal, ensejando em uma prática concertada e instituída com intuito de determinar os preços do mercado, fraude licitações, fazer restrições de distribuição e produção e dividir mercados em termos de clientes, fornecedores e territórios.

Segundo o entendimento do CADE, os cartéis clássicos acarretam no exercício abusivo de poder de mercado e são caracterizados pela infração per objeto, isto é, o objetivo do conluio seria restringir a concorrência.

Além do mais, não seriam apenas acordos entre concorrentes que demonstrariam a existência do cartel clássico, era necessário a institucionalização, ou seja, atividades coordenadas e monitoradas, podendo ser reuniões periódicas ou manuais de conduta, nas quais seriam aplicadas sanções em caso de descumprimento. Não é uma prática eventual e sim constante e permanente com mecanismos de monitoramento e coação.

À exemplo do Cartel das Britas, que foi condenado pelo CADE, em que ficou claro e evidente que eles possuíam uma organização bem institucionalizada, com mecanismo de monitoramento dos participantes do conluio, este era chamado de Sombra. O Sombra era o fiscal do grupo que tinha total liberdade para fazer vistorias em obras e influenciar as pessoas responsáveis pela obra para que fechasse com algum dos membros do cartel e não com os concorrentes não alinhados. A existência do sombra demonstra o total intenção de coordenar todos os atos e excluir qualquer prática de rivalidade ou concorrência.

Também denominavam os bons e maus clientes, que eram chamados de "bolas pretas", os clientes que só poderiam comprar a vista e "bíblia" eram os clientes que cada uma das empresas do cartel tinha a prioridade de fornecimento.

Ainda ocorriam reuniões periódicas para definição das manobras a serem seguidas, desenvolver estudos sobre o mercado, organizar estatísticas e trocar informações relevantes. Ademais, implementaram um sistema de softwares para o compartilhamento de informações e de preços, demonstrando o claro interesse em monopolizar o mercado com tal forma instituída.

2.1.2.2.2 Cartéis difusos

É um ato de coordenação da ação entre as empresas de um mesmo mercado com objetivo similar ao cartel clássico, mas que não possui uma organização como os cartéis clássicos. Exemplo de quando algum efeito externo afeta o custo de produção e as empresas se reúnem para decidir sobre um aumento de preço coordenado.

Os cartéis difusos são acordos sobre preço, quantidade do produto, clientes ou licitações, o mesmo que ocorre no cartel clássico. Entretanto se difere pelo fato de não possuir caráter permanente e sim eventual, assim como não ser institucionalizado com mecanismos de monitoramento e sanção aos desertores, ou seja, aqueles participantes do conluio que não cumprem os acordos devem sofrer penalidades.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira Neto e Paulo Leonardo Casagrande (2016, p. 121), este tipo de cartel trata-se de um acordo coordenado entre concorrentes para a fixação de preços e condições de venda ou condições sobre licitações. Ademais, é considerado pelo CADE como uma infração menos gravosa do que os cartéis institucionalizados.

Vale ressaltar, que em algumas situações excepcionais de acordos feitos entre empresas de um mesmo mercado sobre preço e sem caráter permanente, o CADE sancionou as empresas mesmo não possuindo uma prova direta do acordo. O CADE aplica a esses casos a doutrina conhecida como paralelismo plus, que é quando há uma constatação clara e evidente do comportamento paralelo das empresas e o fato de haver indícios existentes entre conluio das empresas. (PEREIRA NETO; CASAGRANDE, 2016, p. 122 e 123)

Para doutrina do paralelismo plus é fundamental excluir todas as hipóteses que de alguma forma poderiam eventualmente explicar esse comportamento paralelo que não um acordo entre as empresas.

2.2 MEIOS UTILIZADOS PARA PROVAR A EXISTÊNCIA DE CARTÉIS

Para que seja efetivamente caracterizado o cartel, é necessário a comprovação de que este existe ou já existiu entre concorrentes, com intuito de excluir os concorrentes e monopolizar o mercado. Desse modo, provar a existência de um acordo entre as partes pode se dar de duas formas, prova direta ou prova indireta, o que já é suficiente para caracterizar a ilicitude da conduta.

Nas leis antitruste, as cartéis só serão responsabilizados quando ficar claro e evidente a intenção dos agentes em tal atuação conjunta. Dessa forma, segundo o entendimento de Caio Mário da Silva Pereira Neto e Paulo Leonardo Casagrande (2016, p. 115), para comprovação de um cartel, deve haver inicialmente um acordo de vontades entre os agentes, a qual é condição fundamental para comprovar a existência do ilícito, pois sem a sua demonstração, não haveria materialidade suficiente para uma acusação da prática de cartel.

Entretanto, existe um aspecto relevante a ser examinado quanto as provas produzidas no âmbito do processo administrativo que apura as fraudes contra a ordem econômica - a credibilidade de quem as produziu, uma vez que envolve agentes que possuem interesses econômicos envolvidos no esquema fraudulento e, portanto, deve-se analisar com cautela as provas e informações colacionadas no autos. (CAMPILONGO, 2009)

2.2.1 Prova direta

As provas diretas são, segundo Caio Mário da Silva Pereira Neto e Paulo Leonardo Casagrande (2016, p. 115), aquelas que comprovem o encontro dos participantes do cartel ou a forma de comunicação utilizada entre os agentes econômicos, cujo teor seja sobre o acordo ilícito ou monitoramento e às sanções aplicadas aos participantes que não seguissem o acordado.

Tais provas evidenciam a existência de um acordo formal entre os concorrentes. Dentre elas, as mais comuns são: Documentos formais ou informais (atas de assembléias ou de reuniões, escutas telefônicas ou e-mails) que relatem o acordo entre os agentes, identificando-os; testemunhas orais ou por escrito; declaração do participante em prol do acordo.

2.2.2 Prova indireta

Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira Neto e Paulo Leonardo Casagrande (2016, p. 116), as provas indiretas são aquelas que não trazem uma exata demonstração da existência do cartel ou dos seus participantes, mas que dependendo do contexto e dos indícios disponíveis, pode corroborar para a descoberta do cartel.

Desta forma, qualquer evidência que não seja a dinâmica normal do mercado e cuja a explicação não esteja em fatores externos, configuraria uma prática de cartel.

Vale ainda ressaltar que o comportamento paralelo de condutas entre players do mesmo mercado, a exemplo de reajustes de preço no mesmo período ou ocorrência concomitante de condutas idênticas, pode existir por um motivo que não seja ilícito, podendo ser por mera coincidência ou por determinadas circunstâncias do mercado que levam os agentes econômicos à agirem dessa forma.

2.3 ABUSO DA POSIÇÃO DOMINANTE

Em um dado mercado em que a concorrência é plena, dificilmente um agente econômico conseguirá de forma isolada afetar condições de preço ou quantidade de equilíbrio, pois num mercado competitivo os demais concorrentes suprimiriam a sua demanda, e, portanto, os agentes tomam o preço de equilíbrio como base das estratégias a serem seguidas.

Num mercado com alta concentração, é muito mais provável que um agente econômico isoladamente ou players pequenos atuando em conjunto, influenciem de forma mais contundente os preços ou quantidades de equilíbrio.

Portanto, segundo a doutrina de Caio Mário da Silva Pereira Neto e Paulo Leonardo Casagrande (2016, p. 137), um player que possua parcela substancial de mercado ou um conjunto de pequenos players, que de certa forma consigam alterar as condições mercado de forma contundente, inferindo preços acima do mercado competitivo, diz-se que estes possuem poder de mercado.

Nas palavras de Paula Andrea Forgioni (2012, p. 257) o conceito de posição dominante: "É essa capacidade de distorção das 'condições de mercado' por uma única empresa (ou por um conjunto de empresas), agindo com independência e indiferença em relação aos seus concorrentes, que define a existência de posição dominante nos termos da lei brasileira".

Assim, as leis que defendem a concorrência coíbem os agentes que possuem poder de mercado, para que estes não utilizem de sua condição para prejudicar a concorrência e aumentar seus lucros.

A Lei 12.529/11, artigo 36, 2º, diz que presume-se as empresas detentoras de participação de mercado igual ou superior a 20% do mercado relevante possuem posição dominante. Contudo, essa presunção pode ser afastada pelo CADE, quando observar que apesar do agente possuir grande parcela de mercado, mas o mesmo não consegue alterar unilateralmente as condições de competição. (FORGIONI, 2012, p. 271)

Ante o exposto, conclui-se que, a participação em parcela substancial de mercado é uma condição necessária mas não suficiente para definir a posição dominante do agente.

De acordo com o entendimento doutrinário de Paula Andrea Forgioni (2012, p. 263 e 264), a empresa que detém posição dominante dentro de um mercado não é por si só um ilícito nos termos da legislação brasileira, mas apenas o abuso desta pode ser considerado um ilícito concorrencial, que são às situações em que o agente econômico utiliza o seu poder de mercado a fim de

distorcer a concorrência, ultrapassando os limites impostos pela própria legislação.

2.4 MECANISMO DE COMBATE AOS CARTÉIS

Os agentes econômicos que fazem parte de um cartel, negociam de diversas formas, por exemplo: participações de mercado, quotas de produção, nível de preços. Nesse contexto buscam aumentar a sua participação de mercado e, conseqüentemente, maximizar a lucratividade.

O cartel limita de maneira artificial a concorrência prejudicando diretamente consumidor e à sociedade, já que passam a não desenvolver inovações ou processos produtivos que gerem mais eficiências. Sendo assim, as práticas de conluio limitam a oferta, diminuem a qualidade de produtos ou serviços e fazem um aumento de preço desproporcional.

Os principais mecanismos de combate e prevenção utilizados pelas autoridades de defesa da concorrência são os que visam monitorar os mercados e detectar qualquer violação com recursos próprios, obter informações daqueles que se sentirem lesados pela prática (clientes e demais concorrentes) e obter informação de algum participante do cartel, como forma de "delação premiada", que é denominada de Acordo de Leniência.

As obtenções de informações possuem uma grande incerteza, pois nunca se sabe sobre a qualidade da informação prestada e quanto o monitoramento, os custos elevados dificultam a efetividade para monitorar o mercado em profundidade. Por outro lado, o Programa de Leniência, tornou-se a melhor forma de combater os cartéis, dado o seu baixo custo e o acesso de informações.

Portanto, a Leniência é um mecanismo eficaz ao combate de conluios e inicia-se quando o leniente, indivíduo ou empresa participante do cartel, apresenta provas suficientes e informações sobre a prática denunciada em troca de imunidade no âmbito civil e penal, e desde que atendidos os requisitos poderá usufruir de tais benefícios, que serão estudados com maior detalhe a seguir.

2.5 SANÇÕES APLICADAS À PRÁTICA DE CARTEL

Dado o grau de lesividade da prática do cartel, o mesmo é configurado em infração contra a ordem econômica, é um ilícito administrativo previsto no art. 36º da Lei 12.529/2011, que anteriormente era previsto nos arts. 21 e 20 da Lei 8.884/1994.

Na esfera administrativa, nos termos do art. 37 I e III da lei 12.529/2011, as sanções pecuniárias variam até 20% do faturamento bruto da empresa ou grupo obtido no último exercício anterior à instauração do processo administrativo e que em nenhuma hipótese será inferior à vantagem auferida.

Se o infrator não possuir faturamento bruto, pode-se sancioná-lo com multa entre R\$ 50.000,00 a R\$ 2.000.000.000,00. Ademais, o administrador direto ou indireto que for responsável pela infração e, comprovado a culpa ou dolo, aplica-se de 1% a 20% da multa aplicada a empresa para o mesmo.

Além das multas, outros tipos de sanções podem ser aplicadas, de acordo com o art. 38 da mesma lei, como a publicação da decisão de condenação em jornal de grande circulação, proibição de contratar com instituições financeiras e participar de certames licitatórios da administração pública, cisão da sociedade ou sua venda, proibição de concessão para parcelar tributos, bem como proibir o exercício do comércio ou qualquer ato necessário para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

Vale ressaltar que, a prática de cartel é também um ilícito criminal, previsto no art. 4º, II, da Lei 8.137/1990, sujeita-se aos indivíduos envolvidos em práticas de cartel às penas de reclusão de dois a cinco anos e multa.

Além disto, o art. 12 desta mesma lei, diz que a pena poderá ser majorada de um terço até a metade se o crime causar dano grave a população, for cometido por servidor público no exercício de suas funções ou se a infração possuir relação com bens ou serviços essenciais à vida ou para a saúde.

3 ACORDO DE LENIÊNCIA

O ordenamento jurídico brasileiro adotou o Programa de Leniência seguindo à experiência estrangeira, permitindo que um participante do conluio denuncie à prática de cartel e com isso possa receber benefícios quanto às imunidades administrativa e criminal.

Pelo caráter sigiloso das práticas de cartel, torna-se difícil provar a sua existência, já que quem participa sela um pacto de silêncio absoluto e, portanto, os acordos são mantidos em total segredo para que os agentes dêem a impressão de ainda estarem concorrendo entre si.

Outrossim, não querem deixar que as autoridades desconfiem ou tomem ciência da fraude e, desse modo, existe uma grande dificuldade na obtenção de evidências que comprovem a efetiva prática de colusão entre os agentes, uma vez que estes sempre buscam atuar no maior sigilo possível e sem deixar pistas e provas.

A legislação brasileira vem utilizando o Acordo de Leniência para reprimir e combater as condutas anticompetitivas, permitindo que um participante do cartel denuncie à prática ilícita ao CADE e com isso possa receber imunidade administrativa e criminal, já que a prática de cartel é considerada crime e possui sanções tanto administrativas, quanto penais.

Dessa maneira, conclui-se com o entendimento de Ana Paula Martinez (2014, p. 29), no qual "o Programa de Leniência deve ser visto como o instituto que permite o membro da conduta ilícita, seja no campo antitruste, seja no campo da corrupção, fazer o que é certo: cessar a conduta ilícita e colaborar com as investigações".

Diante do exposto, percebe-se que o Programa de Leniência antitruste do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) pode ser definido como o conjunto de iniciativas no qual o principal objetivo é descobrir, investigar e punir às infrações contra a ordem econômica, com destaque aos cartéis.

A leniência foi introduzida na legislação brasileira no ano de 2000, tendo sido o primeiro acordo firmado em 2003. O Acordo de Leniência está previsto nos

artigos 16 e 17 da Lei 12.846/13³ e, se aplica às infrações previstas no artigo 36 da Lei 12.529/2011, antes prevista na Lei 8.884/1994 nos artigos 20 e 21, a qual sofreu pequenas modificações.

3.1 CONCEITO E OBJETIVO

O termo leniência vem do latim lenitate e, significa brandura ou suavidade. (SOBRAL, 2001, p.133) Outrossim, o termo traz semelhança à lenidade, que corresponde a doçura ou mansidão e relaciona-se com às práticas anticoncorrenciais visto que "lene" significa o abrandamento da punição. (COSTA, 2016)

Neste mesmo sentido, esclarece Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (2005, p. 1200) que a leniência foi inserida na lei antitruste com a idéia de suavizar uma pena consequente de práticas ilícitas.

O Acordo de Leniência pode ser considerado como uma espécie de Delação Premiada, instituto da esfera penal, visto que alguns autores atribuem o mesmo escopo para ambos, ou seja, garantir a efetividade das investigações. (SALES; BANNWART JUNIOR, 2015, p. 3)

Dessa forma, são institutos relevantes ao combate a corrupção e apesar da semelhança, qual seja a existência de um colaborador e o efeito de abrandamento das penalidades, estes não se confundem.

Fidalgo e Canetti discorrem sobre a Delação Premiada (2015; p. 267):

Neste sentido, percebe-se que o paralelismo entre a *ratio* que norteia a colaboração em meio ao processo penal, e aquela que fundamenta os acordos de leniência do Direito Administrativo Sancionador; em ambos, o que se busca é aumentar a carga de eficiência das investigações dos ilícitos que, por sua complexidade e nível de

³ Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

Art. 17. A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88.

organização, oferecem dificuldades ao deslinde tão somente através da atuação do Poder Público.

A delação premiada trata-se de instituto no qual o agente reconhece sua participação na suposta empreitada criminosa, assim como auxilia na investigação dos fatos, a fim de elucidar os mesmos, além dos demais co-participes da prática e, conseqüentemente, obter uma premiação de redução de pena. Desse modo, tal instituto implica no compartilhamento e confissão da prática e também a entrega do cúmplice.

O Acordo de Leniência em razão da semelhança com o instituto penal, pode ser conceituado de maneira semelhante, pois pode ser traduzido na confissão do acusado e na cooperação com as investigações das autoridades antitruste para identificação dos demais co-autores do ilícito, além da aclaração dos fatos e, assim, portanto, obter os benefícios das imunidades pela prática fraudulenta.

Na concepção doutrinária de Thiago Marrara (2015a, p. 512), “o chamado “acordo de leniência” designa um ajuste entre certo ente estatal e um infrator confesso pelo qual o primeiro recebe a colaboração probatória do segundo em troca da suavização da punição ou mesmo da sua extinção”.

Portanto, é um instrumento negocial que envolve obrigações mutuas entre a entidade pública e o particular, que aceita confessar a fraude e cooperar com o Poder Público nas investigações.

Nesse sentido, percebe-se que o Programa de Leniência pode ser considerado uma espécie de Delação Premiada e é notoriamente um dos mecanismos mais eficientes na persecução de cartéis, restando-se evidente que o foco do programa é a descoberta e punição de cartéis.

O Acordo de Leniência da Lei Antitruste é um instituto que garante benefícios para aquele que de forma espontânea coopere com a investigação e possui grande relevância na descoberta e punição de práticas anticompetitiva, a qual se destaca essencialmente os acordos entre agentes econômicos, isto é, à prática de cartel.

Ressalte-se que, à prática de cartel por agentes econômicos de um mesmo mercado é considerado um ilícito por objeto, ou seja, significa que não é

preciso que o cartel gere efeitos negativos no mercado, mas basta que tenha o potencialidade de produzir tais efeitos para ser caracterizado como ilícito.

Pela percepção da doutrina de Caio Mário da Silva Pereira Neto e Paulo Leonardo Casagrande (2016, p. 124), "o instituto do Acordo de Leniência permite a outorga de imunidade administrativa e criminal para o participante de prática anticompetitiva que colabore com as autoridades por meio da delação da conduta e apresentação de provas".

Percebe-se que, o acordo é um instrumento que pode ser utilizado pelas autoridades antitruste para reprimir às condutas anticompetitivas, como o combate às práticas de conluio para fraudar licitações.

Os cartéis são como um "câncer que afeta a economia de mercado", nas palavras de (MONTI, 2001), visto que ao eliminar a concorrência, causam danos irreparáveis à economia e aos consumidores. Desta forma, é imprescindível um mecanismo eficaz que possa descobrir os cartéis pela sua própria fraqueza: a insegurança.

Conforme o conhecimento de Ana Paula Martinez (2013, p. 260 e 262), mesmo ocorrendo à possibilidade de um Acordo de Leniência vir a ser celebrado por qualquer prática anticompetitiva, ela é fundamental na descoberta de cartéis clássicos, pois cria-se uma instabilidade neste tipo conduta, dado que a qualquer momento um dos participantes pode delatar as autoridades o acordo para desfrutar das imunidades conferidas ao delator, fazendo que a desconfiança entre os participantes do conluio aumente consideravelmente com o passar do tempo.

Um Programa de Leniência eficaz é aquele que prevê sanções rigorosas aos participantes do esquema, bem como tem um grau elevado de investigações, fazendo com que os agentes tenham receio da conduta ser descoberta. Ademais, o programa precisa ter regras claras e transparentes, demonstrando como será o procedimento investigatório e a exposição do delator.

De acordo com João Grandino Rodas (2007, p. 23), o programa eficaz é aquele que cria incentivos suficientes para que o agente entenda que terá mais benefícios denunciando a conduta ilícita do que se silenciar.

Dessa forma, seguindo os ensinamentos de Scott Hammond (HAMMOND, 2005), os três elementos, sanções severas, receio de detecção e transparência, são os principais responsáveis pelo sucesso do programa antitruste nos Estados Unidos e na Comissão Europeia.

3.2 CONSTITUCIONALIDADE DO INSTITUTO

O Acordo de Leniência na legislação brasileira é um instrumento que ainda sofre divergência a respeito da sua efetiva higidez constitucional e se goza de plena legitimidade ou padece de algum vício de inconstitucionalidade.

Parte da doutrina entende que o instituto penal da Delação Premiada é inconstitucional e, portanto, o Acordo de Leniência também seria, uma vez que são institutos bastantes semelhantes. Em vista disso, cumpre-se analisar a sua inconstitucionalidade ou não.

Consoante o pensamento de Carolina Barros Fidalgo e Rafaela Coutinho Canetti (2015, p. 267):

As críticas tecidas a esta modalidade de Direito Premial são muitas, a começar pelo entendimento de que se trataria de uma desproporcional e inconstitucional limitação dos direitos e garantias fundamentais do cooperador e do delatado em prol de uma maior eficácia na persecução penal.

Desta maneira, a parte da doutrina que entende ser inconstitucional, diz que o Programa de Leniência desrespeita os princípios do contraditório, ampla defesa, visto que a delação é feita sem a presença dos delatados e, assim, eles não poderiam se defender. (SALES; BANNWART JUNIOR, 2015, p. 42)

Por conseguinte, a outra parte da doutrina entende que o instituto seja constitucional. Contudo nem todos os seus requisitos, principalmente o da confissão da participação no ilícito, uma vez que para alguns doutrinadores isto ensejaria na violação ao direito fundamental da não auto-incriminação. (MOREIRA NETO, FREITAS, 2014, p. 18)

Além do mais, alguns autores alegam não ser um instrumento ético e moral, visto que o Poder Público se vale da afirmação de um "traidor" para conseguir

descobrir os demais participantes do cartel e, portanto, não haveria certeza de que o preponente estaria dizendo a verdade, de modo que o instituto não seria instrumento ético ou moralmente legítimo. (BRANCO, 2008, p. 148) (BITENCOURT, 2014)

Entretanto, os argumentos supracitados não logram êxito, uma vez que o Acordo de Leniência igualmente à Delação Premiada, não são institutos obrigatórios, pois há a faculdade ao partícipe da conduta ora investigado em firma ou não o acordo.

Ademais, tal instituto pode ser o único meio capaz de elucidar os fatos da empreitada criminosa, de modo que o interesse público deve prevalecer à impunidade dos envolvidos, ocasionalmente, pela ausência de provas. (SALES; BANNWART JUNIOR, 2015, p. 43)

Nesse sentido, discorre Thiago Marrara (2015a, p. 511), que a negociação objetiva obter suporte para execução dos processos acusatórios, aumentando a repressão às condutas ilícitas, que sequer seriam descobertas sem a delação do infrator.

Além do mais, a sanção não é o único mecanismo para a realização do interesse público. A punição é considerada um meio para tal e não um fim em si mesma. Isto posto, podem existir demais instrumentos, distintos da punição pura e simples, para se chegar ao fim almejado. (OLIVEIRA; NEVES, 2014, p. 199)

Nesta diapasão, Moreira Neto e Freitas (2014, p. 15) esclarece: "A sanção administrativa deve, portanto, ter natureza instrumental, isto é, não se constitui como um fim em si, mas como um dos meios e, não o único, para se evitar o descumprimento de uma obrigação jurídica e para viabilizar a prossecução do interesse público tutelado".

Desta maneira, não se abandona o interesse público ao realizar um Acordo de Leniência, mas ao contrário, busca-se cada vez mais a efetividade e eficiência, pois "não se trata de dispor do interesse público, mas, ao contrário, da escolha do melhor instrumento para sua implementação". (OLIVEIRA; NEVES, 2014, p. 199)

Outrossim, os delatados poderão se defender no momento adequado, ou seja, no Processo Administrativo de Responsabilidade (PAR) e, portanto, é possível dizer que não há violação ao contraditório e à ampla defesa, visto que os mesmos serão oportunizados. Além disto, os eventuais delatados não serão condenados pela simples delação do proponente, pois a própria lei traz os requisitos para a efetividade do Acordo de Leniência, sendo a identificação dos demais envolvidos, quando possível e na obtenção de provas que confirmem o ilícito sob investigação. (art. 16, I e II da Lei 12.846 de 2013)

Antes do exposto, concluí-se com entendimento doutrinário de Marlon Roberth Sales e Clodomiro José Bannwart Júnior (2015, p. 44), no que tange os delatados, estes só serão condenados no caso de existência de documentos ou provas que comprovem o conteúdo da delação e, não apenas pela simples delação. Vale ressaltar que, todas essas provas ainda serão objeto do contraditório no PAR, ou seja, será oportunizado aos delatados o contraditório e a ampla defesa, não restando dúvidas quanto à constitucionalidade do Acordo de Leniência.

3.3 EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL

Diversos países de todos os tipos de tradições jurídicas, seja Common Law ou Civil Law incorporaram essa espécie de delação premiada, que é chamada na legislação antitruste de Acordo de Leniência.

O Programa de Leniência surgiu no Direito Estadunidense por volta da década de 1970 do século passado, objetivando reprimir as condutas Antitruste, ressalte-se que houve um aperfeiçoamento na década de 1990, assegurando que houvesse uma maior legitimidade do instrumento. Os principais modelos são o dos Estados Unidos e o da Comissão Europeia

Tais modelos se diferenciam em determinados aspectos. Os Estados Unidos garante que apenas o primeiro delator será beneficiado, já a Comissão Europeia adotou a posição de aceitar mais de um delator, permitindo que o primeiro usufruísse da imunidade e estabelecendo níveis decrescentes de

abatimento da pena para os demais que decidam colaborar com às investigações e colocar fim ao cartel.

Dessa forma, concluí-se que a experiência internacional demonstra que um Programa de Leniência efetivo aumenta substancialmente o sucesso no combate aos cartéis.

Após sua concepção, mais de 50 países já adotaram o instituto em seus ordenamentos.

3.4 PROGRAMA DE LENIÊNCIA NO BRASIL

No Brasil, o acordo não surgiu com a Lei Anticorrupção, visto que o instituto existe desde 2000 através da Medida provisória 2.055-4, que foi convertida na lei 10149/00, alterando a antiga lei 8884/94 vigente a época. (PETRELLUZZI; RIZEK JUNIOR, 2014, p. 91)

Desse modo, a leniência foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 10.149/2000, que modificou a velha Lei de Defesa da Concorrência brasileira (Lei 8.884/94), passando a aceitar à possibilidade de integrantes de cartéis denunciarem a própria fraude em que participam, para obterem o afastamento ou redução das penalidades imposta pela possível condenação. (RODAS, 2007, p. 27 e 28)

Ressalte-se que, o instituto surge como instrumento de controle às práticas antitruste e apenas tempo depois é que se torna um mecanismo de investigação de atos de corrupção. (SALES; BANNWART JÚNIOR, 2015, p. 37)

As condutas consideradas antitruste eram de competência da SDE, órgão que foi incorporado ao Ministério de Justiça, que dispunha sobre a celebração dos acordos, consoante com o art. 35-B da Lei 8884/94, redação dada pela Lei 10149/00.

Entretanto, com o surgimento da Lei 12529/11 que revogou o Lei 8884/94, o programa passou a ser disposto no art. 86 e 87, sofrendo algumas alterações,

como a competência da celebração do acordo que passou a ser do Superintendência Geral do CADE., conforme o primeiro artigo supracitado.

Desde o início do século XXI, a persecução aos cartéis cresceu em grande proporção e tornou-se prioridade para o Brasil o combate à prática de conluio entre agentes econômicos.

O CADE em atuação conjunta com o Ministério Público e a Polícia Federal tem intensificado a busca por cartéis, processando criminalmente administradores, empresas e empregados envolvidos em esquemas de conluio.

O acordo deve ser firmado perante a Superintendência Geral do CADE, órgão que está inserido no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), uma vez que é o órgão que analisa todas as infrações que consistam contra a ordem pública.

A legislação de defesa antitruste prevê que o Programa de Leniência pode afastar por completo a condenação ou apenas reduzir a pena e pode ser firmado, tanto por pessoa jurídica, quanto por pessoa física.

Pelo entendimento doutrinário de João Grandino Rodas (2007, p. 28), é imprescindível à cooperação do delator no momento das investigações, colaborando de forma efetiva para a identificação dos demais partícipes e co-autores do cartel e na obtenção de provas diretas que comprovem a conduta ilegal notificada ou sob investigação.

Dessa forma, é considerado uma das obrigações do delator indicar quais foram as demais pessoas jurídicas que colaboraram para a conduta ilícita, constituindo-se requisito fundamental para a formulação da proposta ao Acordo de Leniência. (SAIDEL, 2015, p. 27)

Entretanto, há uma parcela da doutrina que defende ser inadmissível a exigência da confissão como requisito essencial para a celebração do acordo. Nesse sentido, Moreira Neto e Freitas (2014, p. 19) sustentam a inconstitucionalidade da necessidade de confessar, tendo em vista que seria uma imposição de produzir provas contra si mesmo, que infringiria o 5º, LXIII, da CF.

Outrossim, são necessários alguns requisitos para que o acordo seja celebrado no Brasil, como ser a primeira pessoa a qualificar com respeito à infração, cessar a conduta na prática, confessar a participação no ilícito e identificar os demais membros.

Para que o acordo seja firmado é preciso que a Superintendência Geral do Conselho não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação, e que tal fato só seja possível em decorrência das provas e informações prestadas pelo delator.

A legislação de defesa antitruste prevê que o Programa de Leniência pode afastar por completo a condenação ou apenas reduzir a pena e pode ser firmado, tanto por pessoa jurídica, quanto por pessoa física.

Ressalte-se que, há diferença entre o acordo firmado pela empresa ou pessoas físicas, dado que na hipótese da empresa propor o acordo, os benefícios do Acordo de Leniência podem ser estendidos aos dirigentes, administradores e empregados, da mesma forma para às empresas que fazem parte do mesmo grupo econômico que estejam envolvidas na infração, desde que cooperem com as investigações e firme conjuntamente com a empresa que propôs a Leniência.

No caso da pessoa física, se esta fizer o acordo sem a participação da pessoa jurídica, os benefícios não serão estendidos à empresa que o delator está vinculado.

Por fim, importa destacar que o primeiro Acordo de Leniência no Brasil ocorreu no ano de 2003, qual seja um cartel que praticava fraude em licitações no Rio Grande do Sul.

De acordo com os dados do CADE, de 2003 até 2015 já foram celebrados mais de cinquenta Acordos de Leniência. (BRASIL, 2015)

3.5 CONDIÇÕES PARA CELEBRAÇÃO

Nos termos do artigo 86 da Lei 12.529/11 e artigo 198 do Regimento interno do Cade (RICADE), o acordo somente poderá ser firmado perante à

Superintendência Geral do Cade, que é o órgão responsável pela negociação, tanto pela pessoa física, quanto pela pessoa jurídica, desde que obedecidos os requisitos imprescindíveis.

O Interessado em realizar o acordo deverá atender as seguintes condições: ser o primeiro a apresentar à Superintendência Geral do CADE e informar sobre a prática anticompetitiva; confessar a participação na prática anticompetitiva; fornecer informações a respeito das quais a Superintendência Geral não possuía conhecimento, no tocante tanto a prática em si quanto a seus co-participes; cessar a participação na infração noticiada; cooperar plenamente com as investigações e que desta cooperação se obtenha informações e documentos que comprovem a infração noticiada.

Logo, é requisito essencial que o leniente cesse o envolvimento na prática de ilícita. Nas palavras de Roberto Domingos Taufick (2012, p. 398), trata-se da "cessação do comprometimento com o cartel". Contudo, em determinadas situações é possível a continuidade da conduta para não levantar suspeitas e assim seguir com as investigações sem nenhum prejuízo.

Além do mais, de acordo com o artigo 199 e seguintes do RICADE, a pessoa física ou jurídica que queira se habilitar para firmar o acordo deverá submeter primeiramente, na forma verbal ou escrita, uma proposta à Superintendência Geral do conselho.

Sendo a proposta oral, o interessado deverá falar com Chefe de Gabinete do Superintendente Geral para marcar uma reunião. De acordo com o entendimento de Caio Mário da Silva Pereira Neto e Paulo Leonardo Casagrande (2016, p. 125), no momento do encontro, o delator obterá uma senha (marker) da Superintendência Geral para assegurar que foi o primeiro interessado à assinar o acordo, entretanto, é necessário apresentar informações relevantes a respeito da infração e dos co-autores.

De mais a mais, o interessado no acordo deve fornecer dentro do prazo de 30 dias a contar do primeiro encontro, informações e documentos adicionais, sob pena perder a senha, conforme o disposto no art. 199, §3º do RICADE.

Desta forma, o delator deve demonstrar às autoridades dados e informações, ainda que parciais, sobre a natureza da conduta fraudulenta, quem eram os participantes, o local e o tempo de sua prática. (VILLARES, 2009, p. 147)

De outro lado, a proposta escrita, deverá ser apresentada pelo interessado dentro de um envelope lacrado e visivelmente identificado como "Proposta de Acordo de Leniência / Acesso Restrito". A qualificação completa do interessado no acordo e a descrição detalhada sobre as principais informações da prática anticompetitiva, segundo o art. 202 do RICADE.

A proposta de Acordo de Leniência deve ser mantida em sigilo, salvo se for de interesse das investigações ou do processo administrativo. Consoante a concepção doutrinária de Livia Cardoso Viana Gonçalves (2010, p. 214), na hipótese da proposta ser rejeitada, tal fato não importará em confissão do delator e, logo, não gerará reconhecimento de ilicitude da conduta ora analisada.

3.6 ALTERAÇÕES NAS RESTRIÇÕES DE CELEBRAÇÃO DO ACORDO

Logo após sua concepção no direito antitruste em 1978, o Programa de Leniência apenas admitia que o acordo fosse celebrado, caso fosse proposto antes do início das investigações.

Com o passar do tempo essa política se desenvolve e evolui, demonstrando que a Leniência deve ser estendida às situações que já estivessem sendo investigadas, posto que por mais que já houvesse a investigação, novas provas trazidas por interessados em firmar o acordo sempre seriam de grande interesse para as autoridades antitruste.

Após o início das investigações, torna-se mais atrativo a colaborar com as autoridade antitruste, uma vez que existe o medo de outro participante do cartel chegar primeiro para denunciar a prática e obter a imunidade. Desta forma, o fato de ter uma prática sob investigação, incentiva que os participantes façam denúncia espontânea do cartel o mais rápido possível, em razão de a qualquer

momento perder a chance de fazê-lo, caso outro cartelista chegue primeiro para propor o acordo.

A segunda modificação é o fim do impedimento para que o líder do cartel seja o proponente do Acordo de Leniência, uma vez que assegurar a leniência aos líderes garante maior desconfiança entre os participantes do cartel, aumentando a corrida para fazer a denúncia ao CADE. (BOS; WANDSCHNEIDER, 2011, p. 3; SPAGNOLO, 2008, p. 268)

Outrossim, a exclusão do líder conduziria a dúvidas e geraria uma zona cinzenta entre quem poderia ser ou não considerado líder, o que traria influência negativa a efetividade do programa de leniência. (SPAGNOLO, 2008, p. 268)

Na sua origem, o programa de leniência brasileiro, no §1º, do art. 35-B, da Lei 8884/94 (antiga Lei de Defesa da Concorrência - LDC), adicionado pela Lei 10149/00, dispunha que não era possível à celebração com o líder da prática fraudulenta.

Entretanto, na Lei 12.529/2011 que dispõe sobre o atual Programa de Leniência e sob a vigência da nova LDC, tal restrição foi removida e, dessa forma, a Superintendência Geral do Cade pode firmar o Acordo de Leniência com o líder do cartel desde que o mesmo satisfaça os requisitos. (GARCIA; GORDILHO; MUZZI FILHO, 2015, p. 199)

3.7 PROCEDIMENTO

Considera-se que a negociação do Acordo de Leniência ocorre em três momentos. O interessado, em primeiro momento, deverá dirigir-se a Superintendência Geral do Conselho para fazer a proposta, que poderá tanto pela via oral quanto verbal. (BRASIL, 2016)

A proposta escrita deve ser submetida dentro de um envelope lacrado e devidamente identificado como exposto no tópico anterior. Já na via oral, o interessado terá que marcar uma reunião com o chefe de gabinete da Superintendência. Nesse primeiro contato, o interessado receberá uma senha

da Superintendência Geral certificando ser o primeiro na ordem de chegada para firmar o acordo, devendo fornecer informações relevantes da prática e dentro de um prazo de 30 dias deve apresentar mais provas que comprovem a conduta ilícita sob investigação. (BRASIL, 2016)

Segundo o disposto no artigo 204 do RICADE, a partir do momento da apresentação da proposta, as negociações do acordo de leniência deverão ser finalizadas em 6 meses, podendo este prazo ser prorrogado por mais 6 meses, mas o prazo total da negociação, calculado da data de entrega inicial da proposta, não poderá ultrapassar 1 ano.

3.7.1 Pedido de senha

De acordo com o Guia Programa de Leniência Antitruste do Cade, o pedido de senha ocorrerá no primeiro contato entre o proponente com a Superintendência, quando o mesmo demonstra seu interesse em firmar acordo sobre uma infração anticompetitiva, recebendo uma senha que garante a posição de prioridade como o primeiro a manifestar o interesse. (BRASIL, 2016)

A Superintendência Geral do CADE pode celebrar apenas um Acordo de Leniência para cada fraude e, dessa forma, apenas o primeiro a se manifestar sobre a prática às autoridades antitruste poderá se beneficiar com o Acordo de Leniência, o que leva a um ambiente instável e faz que ocorra uma "corrida" para ver quem será o primeiro a se candidatar, pois apenas o primeiro proponente a procurar o Cade e apresentar as informações necessárias será beneficiado. (BRASIL, 2016)

Desse modo, a concessão da leniência apenas ao primeiro membro que formular a proposta desestabiliza a organização dos cartelista, uma vez que seria a forma de cessar a conduta ilícita e ainda receber imunidade contra os ilícitos, constituindo como um incentivo para que a qualquer momento um dos participantes descumpram o acordo e busquem obter os benefícios. (SALOMI, 2012, p. 132)

Além do mais, deve-se considerar que caso houve a aplicação do benefício a todos os agentes que chegassem para apresentar propostas ao acordo, propiciaria a ocorrência de uma nova fraude, em que os membros do cartel decidiriam pela confissão do cartel e a realizariam todos juntos, não atingindo, portanto, a finalidade do instituto. (SANTOS, 2008)

Desse modo, o pedido de senha deve ser direcionado ao Chefe de Gabinete da Superintendência Geral, na forma oral e escrita. Também pode-se realizar o pedido presencial, conforme artigo 199, caput e 200 do RICADE. Vale ressaltar que, o pedido deve necessariamente ser feito ao Chefe de Gabinete, sob pena de não ser considerado válido.

Independentemente do pedido ser feito pelo via oral ou escrita, o interessado deverá apresentar a proposta com a sua qualificação completa, bem como a de outros partícipes da infração que será noticiada; quais eram os produtos ou serviços afetados pela infração; o tempo que o cartel estava em funcionamento, se possível; à área em que a infração é consumada. (BRASIL, 2016)

Observa-se que tais informações para assegurar o pedido de senha não é taxativo e variam conforme cada caso concreto, mas são necessárias uma vez que a Superintendência precisar ter a noção se a senha para as informações prestadas encontra-se disponíveis.

A verificação da senha é feita através de informações sobre a existência de algum pedido de senha anterior por parte de outro proponente ao acordo, ou seja, se já existe alguma negociação de acordo em curso ou caso se detenha as provas suficientes para condenar a infração noticiada ou se há algum Acordo de Leniência assinado e concluído com outra empresa.

Verificada a disponibilidade, nos termos do artigo 199, §2º do RICADE, a Superintendência geral tem prazo de 3 dias para responder, mas geralmente é informada no mesmo dia do pedido.

Desse modo, estando disponível o primeiro lugar da fila, o preponente receberá uma declaração com o termo "Marker", que atesta a presença naquela data para prestar informações sobre práticas anticompetitivas praticadas por agentes econômicos, local e período de tempo do ilícito. A partir do momento

da entrega da senha, tem-se o prazo de 30 dias para uma nova reunião, em que será apresentada a primeira proposta de Acordo de Leniência, segundo o art. 199, §3º do RICADE.

Em conformidade com o Guia Prático de Leniência Antitruste do Cade, a obtenção do termo "Marker" não é uma garantia de firmar do Acordo de Leniência, posto que o mesmo só será celebrado se preenchidos todos os requisitos legais e superadas as demais fases de negociação. (BRASIL, 2016)

Por outro lado, caso a senha esteja indisponível, o proponente poderá ser inserido na "fila de espera", que seria prevista de acordo com a ordem de chegada dos proponentes ao acordo, pois caso a negociação em andamento não tenha sucesso, existe a possibilidade do segundo proponente negociar o acordo e assim sucessivamente.

Todas as informações prestadas e documentos apresentados no âmbito da negociação do acordo são confidenciais e apenas os que estão envolvidos na negociação, é dizer, o Superintendente Geral ou adjunto e chefes de gabinetes podem ter acesso aos mesmos. (BRASIL, 2016)

Segundo o artigo 205 do RICADE, o proponente pode desistir da proposta de Acordo de Leniência a qualquer momento, desde que seja antes de firmar o instrumento do acordo com a assinatura.

Observa-se que com a desistência do proponente, assim como nos casos de rejeição da proposta de acordo pela Superintendência Geral do Cade, todos os documentos apresentados serão devolvidos e todas as informações prestadas ficarão em sob sigilo, sendo proibido o Cade utilizar de tais informações para fins investigatórios, nos termos do art. 86, §9º da Lei nº 12.529/2011⁴.

⁴ Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: § 9º Considera-se sigilosa a proposta de acordo de que trata este artigo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.

Ademais, de acordo com o art. 86, §10 da Lei nº 12.529/2011⁵, a desistência ou rejeição de proposta não ensejam em reconhecimento da infração analisada ou quanto à matéria de fato.

3.7.2 Apresentação de informações e documentos

A apresentação de informações e documentos é feita posteriormente ao pedido de senha, que tem como objetivo confirmar a infração informada e, pode ser realizada pela via oral ou por escrito, de acordo com o art. 200 do RICADE.

Vale ressaltar, que após o pedido de senha tem-se o prazo de 30 dias para a apresentar as informações detalhadas e os principais documentos que comprovem à prática de conluio denunciada.

O proponente deve apresentar como informação a sua qualificação completa, explicar a infração detalhadamente, identificar os outros participantes do cartel indicando sua hierarquia, em qual o mercado de produtos e serviços a prática está inserida, o tempo que a infração está vigente, enfatizar que possui orientação a respeito do seus direitos e garantias legais, além de saber que o não atendimento às determinações feitas pela Superintendência Geral do Cade implicará na sua desistência automática da proposta de acordo e que está sob orientação de advogado, de acordo os art. 201, 202 e 203 do RICADE.

A respeito dos documentos, o proponente deve apresentar todos que considere importantes para comprovar o ilícito denunciado, demonstrando e-mails entre os agentes do conluio, correspondências que relatem ajuste entre os concorrentes, mensagens eletrônicas de celular trocadas entre os agentes, gravações, tabelas e planilhas, comprovantes de reuniões, dentre outros.

Os documentos e informações que ratifiquem a infração noticiada é feita por meios impressos ou via pendrive. Os mesmos são guardados em sala-cofre e só podem ser acessados pelos servidores da Chefia de Gabinete do Cade.

⁵ Art. 86. § 10. Não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, a proposta de acordo de leniência rejeitada, da qual não se fará qualquer divulgação.

Nessa etapa de negociação da proposta, o proponente necessita prestar todas as informações possíveis e da forma mais completas para a Superintendência Geral do Conselho continue as investigações da melhor maneira possível.

Para a proposta de Acordo de Leniência ser aceita, o Cade precisa considerar que as informações oferecidas pelo proponente são suficientes, pois a apresentação de informações e documentos não satisfatórios para evidenciar a infração pode ensejar na rejeição da proposta de Acordo de Leniência.

A rejeição pode ocorrer pela não apresentação da proposta de acordo dentro do prazo estipulado de 30 dias do entrega da senha ou quando o proponente não estiver cooperando com a negociação ou quando as informações e documentos forem insuficientes para comprovar a infração, dentre outras hipóteses.

Além do mais, tanto na rejeição da proposta, quanto na desistência do proponente, todos os documentos e informações prestadas não poderão ser utilizadas pelas autoridades para qualquer fim investigatório.

Em razão da desistência ou rejeição da proposta, caso existam outros proponentes, o Cade convidará os que estão na "fila de espera" para negociar novo Acordo de Leniência. (BRASIL, 2016)

Inicialmente o prazo para negociação é de 6 meses, podendo haver a prorrogação por mais 6 meses por meio de Termo de Reunião, conforme art. 201, III e IV do RICADE, mas o proponente precisa demonstrar a boa-fé e estar cooperando com as investigações.

Por fim, para concluir esta etapa de negociação, o Chefe de Gabinete encaminhará a proposta de Acordo de Leniência para apreciação do Superintendente Adjunto. O mesmo, poderá solicitar alguns ajustes ao proponente ou encaminhar a proposta ao Superintendente Geral para análise. (BRASIL, 2016)

3.7.3 Formalização do Acordo

Após concluir a fase da apresentação de informações e documentos, parte-se para a formalização do acordo por ambas as partes. Em seguida o proponente deve providenciar alguns documentos necessários para formalização do acordo e comparecer para assinar o Acordo de Leniência. (BRASIL, 2016)

Conforme os arts. 86 e 87 da Lei nº 12.529/2011, o Cade não precisaria comunicar ao Ministério Público para apresentar o Acordo de Leniência. Contudo, pela jurisprudência consolidada do Cade está no sentido de que o Ministério Público deve participar do acordo, visto que possui atribuição criminal e existem repercussões criminais derivadas da Leniência, uma vez que cartel é também um ilícito penal.

Fundamenta-se tal participação para haver uma maior segurança jurídica aos signatários do Acordo de Leniência e também facilitaria na investigação criminal do cartel.

Vale ressaltar que, é facultado ao Ministério Público realizar questionamentos, solicitar alterações ou requerer complementos ao Acordo de Leniência sob intermédio do Cade. (BRASIL, 2016)

Cumprido destacar que a adesão ao Acordo de Leniência seriam as assinaturas para a inclusão de pessoas físicas após assinatura do acordo pela empresa, de modo que os benefícios do acordo podem ser estendidos aos seus dirigentes, administradores e empregados, bem como empresas do mesmo grupo econômico, desde que colaborem com as investigações e assinem o instrumento em conjunto com a empresa proponente, nos termos do art. 86, §6º da Lei nº 12.529/2011 c/c art. 198, §1º do RICADE.

Por outro lado, se o signatário do acordo for uma pessoa física e ocorrer a celebração sem a participação da pessoa jurídica, os benefícios não se estenderão a mesma, que não poderá aderir ao Acordo de Leniência posteriormente, segundo o art. 198, §3º do RICADE.

O acordo pode ser firmado na sede do Cade, na cidade em que se encontre o Ministério Público ou em local acordado entre as partes.

3.7.4 Peculiaridades após a celebração do acordo

Após a assinatura do acordo, o Cade deve instaurar inquérito ou processo administrativo para fazer à apuração da infração noticiada no acordo, bem como realização de buscas e apreensões ou inspeções nas sedes dos acusados e também para requisitar informações. (BRASIL, 2016)

Em razão do Acordo de Leniência, tanto a pessoa jurídica, quanto a pessoa física, signatária do acordo devem cooperar com as investigações e comparecer sempre que forem solicitadas para quaisquer atos processuais até que seja concluída as investigações, de acordo com o art. 86 da Lei nº 12.529/2011 e 198 c/c art. 206, I a VIII do RICADE.

Além disso, nos termos do art. 86 da Lei nº 12.529/2011 e 198 c/c art. 206, I a VIII do RICADE, se caso as condições e cláusulas estipuladas no acordo forem descumpridas, o signatário do acordo perderá os benefícios de imunidade quanto as sanções administrativas e penais.

Ademais, outro efeito ao descumprimento está previsto no § 8º do art. 16 da Lei Anticorrupção, que consiste no impedimento da pessoa jurídica em realizar novo acordo dentro do prazo de três anos, contados do conhecimento da Administração Pública do descumprimento.

Frisa-se que o descumprimento não se confunde com a rejeição da proposta do acordo pelo CADE, de forma que não serão afastados os efeitos da confissão e não ocorrerá a proteção dos documentos apresentados pelo proponente. Desta forma, é uma medida que visa o desestímulo ao descumprimento do acordo, para assim garantir a efetiva colaboração do delator após o momento de celebração do acordo. (MARRARA, 2015b, p. 357)

Cumpre-se destacar que, a confidencialidade do Acordo de Leniência é uma garantia oferecida ao signatário pela Superintendência Geral do Cade, bem como uma obrigação do proponente, pois com o descumprimento existe à possibilidade de prejudicar o andamento das investigações, vide o art. 86, §9º da Lei 12.529/2011 c/c 200, §§ 1º e 2º do RICADE

Além do mais, caso sejam descobertas novas informações ou provas pelo proponente depois da assinatura do acordo, o Regimento Interno do Cade prevê no art. 206, § 1º, VIII, “d”, que o signatário tem a obrigação de comunicar ao CADE sobre as novas informações.

Por fim, o Acordo de Leniência é cumprido e encerrado com o julgamento do Processo Administrativo pelo Tribunal do Cade, momento em que cessa o dever de cooperação do signatário e que será certificado o cumprimento de todas as obrigações pelo proponente e, conseqüentemente, conferindo ao mesmo os benefícios do acordo, segundo o art. 87 da Lei nº 12.529/2011 c/c art. 208 do RICADE.

3.8 LENIÊNCIA PLUS

A Leniência Plus é mais um mecanismo do CADE para a persecução aos cartéis, tem como pretensão uma maior função repressiva às práticas colusivas e permite maior obtenção de informações e documentos sobre condutas anticompetitivas.

É aplicada para os casos em que a empresa e/ou pessoa física não possua as qualificações necessárias para firmar um Acordo de Leniência acerca do cartel que tenha participado, por exemplo quando outra pessoa ou empresa já tenha firmado antecipadamente o acordo. (BRASIL, 2016)

Contudo, o proponente que não possuir às qualificação necessária ao primeiro acordo poderá firmar um segundo acordo com o CADE, isto é, desde que forneça informações relevantes sobre um novo cartel, atendendo os demais requisitos do programa e que a Superintendência do Conselho não tenha conhecimento prévio da infração, o proponente poderá ainda beneficiar-se. (BRASIL, 2016)

Nessas circunstâncias, o instituto consiste na redução de um terço da penalidade aplicável a empresa pela prática do primeiro cartel, além da imunidade criminal e administrativa total pelo segundo cartel, nos termos do art. 86, §7º e §8º da Lei de Defesa da Concorrência.

Possui procedimento similar ao Acordo de Leniência, visto que é realizado um pedido de senha para o proponente informar sua proposta e trazer informações relevantes que possam levar aos benefícios da Leniência Plus.

É necessário observar uma condição imprescindível para realização da Leniência Plus, que é o fato do pedido de senha a Superintendência Geral do Cade, para reportar a infração desconhecida, aconteça antes da remessa para julgamento do Processo Administrativo pelo Tribunal do Cade sobre o primeiro cartel. (BRASIL, 2016)

3.9 BENEFÍCIOS DO PROGRAMA

No Brasil, a prática de cartel é considerada tanto um ilícito administrativo (art. 36, §3º, I da Lei 12.529/2011) quanto um ilícito penal (art.4º, II da Lei 8.137/1990), estando o individuo sujeito às duas penalidades. Além do que, ainda existe a possibilidade do pagamento de indenizações na área civil, para a reparação de dano causados a terceiros (art.47 da Lei 12.529/2011).

Segundo João Grandino Rodas (2007, p. 29), o cartel encontra-se tipificado no âmbito penal pela Lei 8.137/90, com possibilidade de imputação de pena de reclusão de dois a cinco anos ou multa. Contudo, para uma maior adesão ao programa, a Lei de Defesa da Concorrência prevê que aquele que esteja sendo alvo de processo criminal, caso proponha um futuro Acordo de Leniência, haveria a possibilidade de suspensão do prazo prescricional do processo, além do não oferecimento de denúncia.

A extinção total da punibilidade só se restará efetivamente concretizada após o cumprimento por completo do acordo, atendidos todos as condições e requisitos, impedindo, portanto, que os delatores sejam processados pelo ilícito penal.

Em relação ao ilícito administrativo, a prática de cartel é considerada uma infração contra ordem econômica, a qual pode ter a sua punibilidade totalmente afastada ou apenas reduzida, a depender do conhecimento prévio ou não, do CADE sobre o ilícito ora reportado.

Frisa-se que a extensão dos benefícios do Acordo de Leniência serão dados a todos os crimes que estão diretamente relacionados com à prática de cartel, desse modo, as imunidades podem ocorrer no âmbito penal, cível ou administrativo.

Dessa forma, a extinção da punibilidade não se refere apenas aos crimes contra a ordem econômica, mas também à extinção da punibilidade dos demais crimes que se relacionam diretamente com a prática de cartel. (FIDALGO; CANETTI, 2015, p. 265)

3.9.1 Imunidade administrativa

A extinção da punibilidade administrativa ocorre quando o delator colaborar com as investigações e o resultado desta cooperação enseje, conseqüentemente, na identificação dos demais envolvidos no ilícito, invariavelmente na obtenção de provas ou documentos que confirmem a infração sob investigação. (BRASIL, 2016)

Os benefícios do Acordo de Leniência na seara administrativa pode ser a extinção total ou parcial da punibilidade. Se a Superintendência Geral do CADE não tinha conhecimento prévio da infração, a extinção da punibilidade será total. Contudo, se o órgão já possuía o conhecimento prévio do ilícito, haveria a redução de um a dois terços das penas administrativas aplicáveis (art. 86, §4º, I e II da Lei nº 12.529/2011).

Ressalte se que, tanto a imunidade total, quanto a parcial, enseja na extinção automática da punibilidade penal e nos demais crimes relacionados à prática de cartel.

3.9.2 Imunidade penal

Na esfera criminal, por sua vez, a partir do momento da celebração do acordo é determinado à suspensão do curso do prazo prescricional e por conseguinte não seria possível o oferecimento da denúncia contra o signatário do acordo.

Portanto, a extinção da punibilidade penal ocorre inevitavelmente quando o Acordo de Leniência é declarado cumprido e este benefício é estendido a todos os crimes que estão relacionados com à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei 8.666/1993 e no artigo 288 do Decreto-Lei 2.848/1940.

3.9.3 Reparação Civil

No âmbito cível, a legislação brasileira permite à reparação dos danos, conforme o art. 47 da Lei 12.529/11, que dispõe "que os consumidores podem ingressar em juízo, diretamente ou por meio de associações, Ministéria Públicos e PROCONs, para obter indenização por perdas e danos sofridos pela prática de cartel".

A reparação ocorre concomitantemente às ações penais e administrativas de danos à concorrência, entretanto, tal ação é pouco usual no Brasil essa, uma vez que depende da educação e conhecimento dado aos cidadãos sobre advocacia da concorrência, sendo esta um instrumento de desincentivo ao cometimento de ilícitos concorrenciais. (TAUFICK, 2012, p. 293)

Por conseguinte, a lei anticoncorrencial não exclui a reparação dos danos caso seja firmado um Acordo de Leniência, visto que os mesmos são direitos do consumidor.

Ademais, o conselheiro Fernando Furlan, determinou no Processo Administrativo 08012.009888/2003-70, que as entidades ou empresas prejudicadas fossem informadas quanto a viabilidade de promover ações de reparação por perdas e danos, bem como da divulgação dos documentos em jornais de grande circulação. (RAMOS; GONÇALVES, 2015, p. 57)

Dessa forma, as empresas condenadas pelo CADE, por formação de cartel em licitações, são obrigadas a ressarcir os cofres públicos pelo prejuízo causados.

3.10 PONTOS POSITIVOS

O programa de leniência foi introduzido na legislação brasileira em 2000 e mais tarde sendo modificado em 2011. O acordo consiste em incentivar a auto delação no momento em que o CADE não possui nenhuma informação sobre o conluio ou, quando já tenha ciência, auxiliar com as investigações. Ressalte-se que todos participantes do cartel, inclusive o líder, que passou a ser aceito com as modificações de 2011, podem propor o acordo com o CADE de forma anônima. (PINHA; BRAGA; OLIVEIRA, p.146 , 2016)

Ademais, cumpre-se destacar o esforço exercido pelo SBDC na detecção dos cartéis, possuindo papel fundamental no auxílio da efetividade do programa. Dessa forma, são realizados seminários, congressos, palestras e cartilhas de conscientização para divulgar o programa de leniência para a sociedade. (PINHA; BRAGA; OLIVEIRA, p.146, 2016)

Outro ponto importante é o fato do programa de leniência brasileiro apenas privilegia o primeiro proponente ao acordo, é a abordagem "winners takes all". Desse modo, seria uma aspecto interessante para desestabilizar o cartel, pois todos os participantes ficariam com desconfianças sobre alguns dos membros do cartel denunciar a prática ao CADE. (PINHA; BRAGA; OLIVEIRA, p.147, 2016)

Por fim, esclarece ainda que, o programa de leniência pode levar a informações sobre cartéis que nunca seriam descobertos pelas autoridades antitruste, se não, pela delação de um próprio participante.

Portanto, resta claro os pontos positivos que o acordo de leniência implementou uma política de repressão e busca aos cartéis, sendo um mecanismo efetivo para a descoberta de práticas restritivas a concorrência.

4 ACORDO DE LENIÊNCIA COMO MECANISMO DE COMBATE AOS CARTÉIS EM LICITAÇÕES

Os Cartéis podem ser conceituados como as condutas adotadas de forma conjunta entre concorrentes de um mesmo mercado relevante com o objetivo de combinar preços, dividir mercados, estabelecer quotas e combinar condições para concorrer em licitações públicas.

Segundo posicionamento da doutrinação de Miguel Moura Silva (2008, p. 334), essa prática anticoncorrencial pode ser conceituada como um acordo, conduta ajustada ou "arranjo" entre concorrentes para a não concorrência entre si, fixando preços, apresentando propostas combinadas em licitações, estabelecendo à produção ou às quotas, partilhando e dividindo o mercado pela distribuição de clientes, fornecedores, territórios ou áreas de atividade.

Essas condutas possuem o objetivo de eliminar qualquer tipo de concorrência com mecanismos de reunião de seus aliados, uniformizando a conduta no mercado e, conseqüentemente, aumentar o poder de mercado destes agentes econômicos e, desta maneira, inviabilizar a concorrência que deveria existir dentro de um mercado competitivo.

Portanto, pode-se concluir que o cartel é um acordo de "não concorrência", que tem a finalidade de maximizar os lucros que não seriam possíveis dentro de um mercado com uma grande concorrência e sem cartéis.

Desse modo, diz-se que a lógica dos cartéis no certame licitatório é definir o vencedor e, em contrapartida, implementar formas de distribuição dos lucros obtidos pela contratação com preço mais elevado aos demais cartelistas, dentre outros meios para reparti-los.

Por conseguinte, pelo grau de lesividade que os cartéis causam na sociedade, economia e aos cidadãos, nos últimos anos tem-se intensificado a busca por cartéis e a sua efetiva punição, com implementação de novos instrumentos de combate às práticas anticoncorrenciais.

Tais agentes costumam fixar preços altos, dividir mercados, traçar estratégias comerciais entre si, de maneira a aumentar drasticamente os seus lucros.

Essas práticas horizontais, são tão lesivas que podem ser consideradas como uma das mais graves infrações contra a ordem econômica.

O Programa de Leniência antitruste do Conselho Administrativo de Defesa Econômica é um destes mecanismo de combate aos cartéis, que atuam por um conjunto de iniciativas com vistas a detectar, investigar e punir infrações contra a ordem econômica.

Desde 2003, quando foi firmado o primeiro Acordo de Leniência no Brasil, fez-se a descoberta da atuação dos cartéis em procedimento licitatórios e, desde então, houve uma intensificação à descoberta e punição das prática colusivas. Ademais, os números de Acordos de Leniência vem crescendo progressivamente desde a sua implementação na legislação brasileira.

Sabe-se que a concorrência é fundamental para o Poder Público, pois a mesma condiciona o bom funcionamento do Estado e faz com que os gastos públicos sejam utilizados da melhor forma possível, fazendo que haja uma maior eficiência na atuação pública. Portanto, discorreremos no tópico seguinte a respeito dos benefícios e conseqüências oriundos da concorrência nas contratações públicas.

4.1 BENEFÍCIOS DA CONCORRÊNCIA NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

A licitação é um instrumento do Poder Público utilizado para selecionar interessados que possam de alguma forma contribuir para atividade administrativa. A realização do processo licitatório se justifica na possibilidade de aumentar a obtenção de uma proposta que seja mais vantajosa a Administração Pública, bem como garantir o tratamento igualitário entre os interessados no certame. (CARNEIRO, 2008, p. 55)

De acordo com a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 505):

Pode-se conceituar licitação da seguinte maneira: é o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a

que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.

A licitação visa alcançar duplo objetivo: proporcionar às entidades governamentais possibilidades de realizarem o negócio mais vantajoso (pois a instauração de competição entre ofertantes preordena-se a isto) e assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendam realizar com os particulares.

Desse modo, percebe-se que a concorrência é benéfica ao procedimento licitatório e, inevitavelmente melhora o uso dos recursos públicos, fazendo com que os cidadãos sejam beneficiados com o menor dispêndio na obtenção de produtos e serviços, além de possibilitar o Estado de fazer mais em prol da sociedade utilizando menos dinheiro.

Por outro lado, quando o procedimento licitatório é fraudado pela prática de cartéis, há um sobrepreço de 10 a 20% nos produtos e serviços, uma vez que enseja numa diminuição na qualidade dos produtos e serviços para os cidadãos.

Diante do exposto, percebe-se que o objetivo constitucional da licitação é a obtenção da proposta mais vantajosa para a celebração de contratos com a Administração Pública, relacionando os princípios jurídicos da eficiência, da economicidade e da moralidade com os resultados econômicos. (FREITAS, 2011, p. 6)

4.2 A CONFIGURAÇÃO DOS CARTÉIS NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

Segundo a doutrina de Galban e Domingues (2009, p.164), observa-se que o cartel representa "a restrição e até eliminação da concorrência entre um conjunto de empresas, com a finalidade de auferir maiores lucros". Desta forma, por meio de atuações coordenadas de ações, as empresas participantes do conluio buscam auferir lucros superiores do que aqueles que receberiam em um mercado com concorrência.

Nessa perspectiva, as licitações seriam um ambiente favorável à prática de cartel, pois além de ser o meio legal para adquirir os bens e serviços públicos essenciais para o funcionamento do Estado moderno, as licitações também

mobilizam largas quantidades de dinheiro e servem como instrumento da atuação estatal na economia. (LIRA; NOBREGA, 2011, p. 4)

De acordo com a OECD (2010, p. 2), a licitação pública seria uma atividade econômica chave de todos os países, que mobilizaria em média 15% do PIB mundial. Em alguns países membros da OECD os gastos com licitações podem chegar a 20%.

As licitações fazem com que o setor público possa afetar a estrutura de mercado e incentivar os agentes a competirem entre si. Portanto, as licitações podem alterar os efeitos de longo prazo da competição em uma área industrial ou em determinado setor.

Vale destacar que, existem fatores que podem influenciar ou facilitar o surgimento de cartéis no procedimento licitatório. Dentre os principais fatores encontra-se a própria estrutura de mercado, ou seja, quanto mais concentrado o setor, maior a chance de formação de acordos entre os concorrentes.

Outro fator que merece destaque são as barreiras a entradas de novos concorrentes, pois sabe-se que quanto menos competidores no mercado, menor serão os interesses conflitantes entre os concorrentes e maior a probabilidade de colusão.

Em determinados certames licitatórios, o número de competidores muitas vezes é baixo, variando a depender do bem ou serviço e também sobre local de realização deste, ensejando numa maior segurança para os agentes que desejam firmar acordos entre si, pois além das barreiras a entrada de novos competidores, os custos de monitoramento do cumprimento do acordo são pequenos. (LIRA; NOBREGA, 2011, p. 4)

Seguindo o mesmo raciocínio, a doutrina de Beckmann (2004, p. 3), entende que os cartéis em licitações serão mais bem sucedidos quando o número de concorrentes em potencial é pequeno e o preço de competição para a obtenção do bem no certame é limitado.

Além do mais, sabe-se que quando o número de competidores é elevado e a competição entre eles é intensa, ainda há possibilidade de preços cartelizados ocorrerem, mas os mesmos terão uma probabilidade reduzida de vencer a

licitação. Dessa forma, pode-se perceber que uma condição para o sucesso do cartel é, portanto, a ausência de demais concorrentes.

A diferenciação dos produtos é outro ponto que merece ser abordado, visto que há uma menor construção de políticas conjuntas para dominar o mercado quando os produtos não forem homogêneos, ou seja, produtos que não são substituídos com facilidade por outro concorrente.

Ademais, segundo o entendimento de Bruno Lira e Marcos Nóbrega (2011, p. 5), o fato da Administração Pública estar atrelada ao edital para adquirir o produto ou serviço, não podendo adquirir outro alternativo, faz com que a conduta dos participantes do cartel seja facilitada, pois estes ficariam mais seguros que o responsável pelas aquisições não possui outra alternativa.

Portanto, pode-se concluir que as licitações podem ser um ambiente propício e favorável para a formação de cartéis, que visam maximizar a lucratividade e eliminar a concorrência.

Contudo, vale ressaltar que há a necessidade que a conduta ilícita ocorra de fato e, não bastando a simples existência um ambiente propício para tal. Nesta diapasão, esclarece Calixto Salomão Filho (2002, p. 158) que "não é suficiente para a formação do ilícito a simples existência do ato ou conduta, sendo importante demonstrar ainda que o referido ilícito tem como pano de fundo a dominação de mercado".

A formação de cartel entre concorrentes é uma prática ilegal e, deve ser investigada e punida pelas autoridades antitruste. Os benefícios da concorrência para o Poder Público é bastante claro e tem-se intensificado o combate aos acordos colusivos de agentes econômicos. Entretanto, é difícil a detecção dos cartéis, pois estes são firmados com pactos de sigilo absoluto, não deixando transparecer que estão atuando em conjunto.

Por fim, é sabido que os cartéis possuem diversas condutas para fraudar o procedimento licitatório, utilizando muitas vezes mais de uma destas condutas, com intuito de demonstrar ainda estarem concorrendo entre si, que serão melhor exemplificadas no tópico a seguir.

4.3 TIPOLOGIA DAS PRÁTICAS ANTICONCORRENCIAIS NAS LICITAÇÕES

Sabe-se que a finalidade constitucional da licitação é a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Logo, os certames licitatórios devem servir como procedimento de estímulo à concorrência, fazendo com que o setor público invista o dinheiro da melhor maneira possível nas mais diversas áreas.

Seguindo os ensinamentos de Rafael Veras de Freitas (2011, p. 4), no âmbito das contratações públicas, à prática de cartel impossibilita o Estado de utilizar os recursos públicos para o atendimento de outras necessidades da população, visto que a fixação de preços exacerbados e artificiais, faz que os recursos públicos que seriam empregues em outras políticas públicas, sejam direcionadas para aumentar o lucro dos cartelistas.

Todavia, ocorrem muitas fraudes no certame licitatório e as mesmas podem ocorrer de diferentes formas, sendo que todas elas impedem o Poder Público de fazer aquisições de produtos e serviços ao menor preço possível.

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

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

Conforme o exposto, os concorrentes comumente decidem quem vai apresentar a proposta que vencerá o processo licitatório, além de possuírem mecanismos de partilha e distribuição dos lucros obtidos pela prática entre os demais participantes do cartel. Dessa forma, tem-se o objetivo de aumentar o

valor da proposta vencedora e, assim, maximizar o lucro do proponente vencedor e dos demais envolvidos no conluio.

A formação de cartéis nas licitações pode acontecer das mais variadas formas, como antes da instauração do certame, fixando preços artificiais com intuito de impedir que a Administração contrate a preços de mercado competitivo, causando grandes prejuízos ao setor público e, em consequência, violando os princípios da moralidade, competitividade e da economicidade dos certames licitatórios.

Os procedimentos licitatórios são considerados um ambiente propício para a colusão entre agentes econômicos, que atuam com múltiplos mecanismos, como por exemplo: fixando preços entre concorrentes objetivando que as propostas fiquem abaixo de um preço-base, coordenando qual o participante do cartel que irá vencer um certame licitatório, fazendo um rodízio dos vencedores nas licitações entre os membros do cartel, suprimindo as propostas ou colocando em um preço exacerbado com a finalidade de direcionar o certame para um dos cartelistas e os meios de subcontratação, que é quando o escolhido para vencer o certame subcontrata os demais cartelistas como forma de distribuição dos lucros.

A grande maioria dos cartéis utilizam-se de mais de uma destas possibilidades para fraudar o procedimento licitatório, pois querem mascarar ao máximo a sua conduta e assim exteriorizar ainda estarem concorrendo no mercado.

Em todas as hipóteses o fim é sempre o mesmo: eliminar os concorrentes para então aumentar os preços e, como resultado, potencializar a lucratividade. Por consequência há uma lesão à Administração Pública com o aumento dos preços pagos e é por isso que pode-se afirmar que os cartéis são considerados a forma mais lesivas para a concorrência.

Frisa-se que quando o procedimento licitatório é fraudado, o consumidor diretamente prejudicado é o próprio Poder Público, entretanto, não é o único prejudicado, uma vez que toda a sociedade fica prejudicada indiretamente, pois é ela quem suporta o dano, sofrendo prejuízos incalculáveis.

A seguir será feito o estudo sobre cada um dos meios empregados pelos cartéis para fraudar a licitação, buscando expor as formas mais comuns de cartelização.

4.3.1 Propostas Fictícias ou de Cobertura

Também denominadas de complementares, de cortesia, figurativas ou simbólicas, são a forma mais frequentes de conluio, especialmente por conferir uma aparente competitividade ao certame licitatório e, desse modo, afastar uma possível descoberta da infração pelas autoridades antitruste.

As propostas fictícias ou de cobertura, ocorrem quando os indivíduos ou as empresas combinam coordenar as condutas no certame, ocorrendo da seguinte maneira: consentindo em apresentar uma proposta de valor mais elevado do que aquela oferecida pelo participante do cartel escolhido para vencer aquela licitação; apresentando uma proposta que de antemão sabe ser excessivamente alta para ser aceita e vencedora do certame; oferecendo proposta com condições de habilitação impossíveis de ser aceitas. (CECCATO, 2012, p. 13)

Os participantes do cartel buscam com essas condutas ficar acobertados devido à falsa idéia que o certame foi bem sucedido, havendo apenas a inabilitação de alguns dos concorrentes, o que levou a determinado agente vencer a licitação, quando na verdade, o que ocorreu foi uma colusão bem-sucedida e planejada.

Ressalte-se que esses comportamentos não são excludentes, ou seja, podem ocorrer de forma isolada ou em conjunto, por apenas um dos cartelistas ou por vários deles.

É importante destacar que as propostas fictícias não são apenas aquelas que possuam um falso preço apresentado, mas também aquelas feitas de forma intencional, não atendendo as condições de habilitação do certame.

4.3.2 Fixação de preços

A fixação de preços consiste em acordos firmados entre agentes econômicos de um mesmo mercado com o propósito de estabelecer um valor limite para o lance da proposta, podendo ser um valor mínimo ou máximo, e ocorre quando os concorrentes ficam obrigados a elaborar propostas acima do preço apresentado pelo cartelista designado para vencer o certame.

Os participantes do cartel adotam medidas para a fixação de um preço mínimo ou máximo para as propostas, fazendo com que as mesmas sejam menos vantajosas para a Administração Pública, ocasionando, assim, à vitória do cartelista escolhido para vencer a licitação. Um exemplo prático dessa conduta é quando todos os membros do cartel decidem que o preço de determinado serviço para a Administração Pública não poderá ser inferior a 100, ou seja, nenhum dos cartelistas pode lançar uma proposta abaixo deste valor

Sabe-se que em um mercado que os concorrentes possuem condutas idôneas, as propostas costumam ser em um nível inferior do que em um mercado cartelizado, pois os agentes que estão disputando o certame querem vencê-lo e para isso reduzem os preços com objetivo de oferecer uma proposta mais vantajosa e, dessa forma, sagrar-se o vencedor do procedimento licitatório.

Portanto, tal conduta enseja o aumento do valor de adjudicação, tendo em vista que a finalidade dessa prática é a maximização do lucro à custa do setor público.

Na fixação de preço, uma questão que merece destaque é a possibilidade de fixação de preços predatórios pelos participantes do cartel em licitações, em que os integrantes do cartel incorrem em prejuízos objetivando a exclusão de mercado do não participante do conluio.

Nos dizeres de Calixto Salomão Filho (2003, p. 159), "O termo "predação" é denominação generalizada para vários tipos de condutas de uma prática muito simples. Segundo a definição corrente, trata-se do ato pelo qual o agente econômico incorre em prejuízos na expectativa de eliminar o concorrente do mercado, esperando recuperar posteriormente, através de diversas formas, o montante perdido".

Vale ressaltar que a utilização de preços predatórios por agente em licitações não é vista muito na prática, apesar de ser possível teoricamente. Sabe-se que o principal objetivo dos agente que participam de um cartel, é a maximização dos lucros, que de logo, afasta a possibilidade da predação de participantes do cartel. Ademais, os prejuízos financeiros assumidos por tal conduta não é um comportamento econômico racional. (CECCATO, 2012, p. 22)

4.3.3 Supressão de propostas

A supressão de propostas ocorre em determinadas situações onde os membros do cartel fazem acordos para a coordenação de propostas antecipadas à licitação. Pode ser conceituada como o esquema no qual um ou mais competidores, que deveriam estar concorrendo entre si no certame, concordam em sair da competição ou diminuir a quantidade de propostas ou, até desistir de um lance já feito, com o intuito que o participante do cartel previamente escolhido ganhe o processo licitatório. (LIRA; NOBREGA, 2011, p.8)

Portanto, tal prática consiste em acordos que objetivam diminuir os números de candidatos do certame, seja pela abstenção de ao menos um dos concorrentes do procedimento licitatório ou, pela desistência destes, no curso da licitação, mesmo após de previamente ter apresentado uma proposta.

Nos dizeres de Marco Aurélio Ceccato (2012, p. 22), esse tipo de fraude às licitações é difícil de ser comprovado, pois por diferentes motivos, muitas empresas sequer participam de licitações públicas. No tocante às desistências no intercurso do certame, o licitante que não cumpre a proposta, sabe que, será sancionado como consequência a não continuação no procedimento licitatório.

Desse modo, não há como afirmar com precisão que a ausência ou desistência de um dos concorrentes seja indicio de conluio no procedimento licitatório e a fraude apenas existirá, quando ficar comprovado que houve uma coordenação de condutas previas entres os agentes.

Note-se que, de acordo com a Lei de Licitações, não é possível a desistência após a fase de habilitação, salvo por algum motivo superveniente. Dessa forma, o licitante possui um direito potestativo de desistir da proposta até tempo da habilitação. (CECCATO, 2012, p. 22)

Entretanto, nos certames em que há a inversão de fases, a exemplo do pregão, não será cabível a desistência, pois o procedimento licitatório inicia-se com as propostas e só depois que ocorre a habilitação. Tal fato iria de encontro a toda coerência existente por detrás deste tipo de procedimento.

De acordo com o pensamento doutrinário de Marçal Justen Filho (2009, p. 587), “o exame atento da lei indica a intenção de impor ao licitante o dever de honrar sua proposta, rejeitando-se qualquer atuação destituída de comprometimento com a confiança que o Estado depositou no particular”.

Todavia, sabe-se que as desistências com justa causa por fato superveniente devem ser consideradas pelas comissões de licitação. Nos dizeres de Marco Aurélio Ceccato (2012, p. 23), tais "considerações são relevantes para que haja a compreensão de que nas licitações 'clássicas' (concorrência, tomada de preços e convite) a desistência potestativa de proposta pode ser um mecanismo e um indicio de conluio, mas tal indicio dificilmente se aplicará à modalidade pregão ou às licitações com inversão de fases".

4.3.4 Rodízio

Os esquemas de rodízio, também denominado de propostas rotativas, consiste na combinação prévia da proposta que será a vencedora, ou seja, os cartelistas combinam antecipadamente qual será o valor da proposta vencedora, coordenando uma alternância de licitação para licitação entre seus membros, com objetivo de transparecer ainda estarem concorrendo e para demonstrar que nenhum agente domina de forma exclusiva o mercado do certame.

O método de alternar os vencedores confere uma aparência de competitividade no procedimento licitatório, mas também pode levantar fortes indícios de conluio se for mal realizada.

Seguindo os ensinamentos de Marco Aurélio Ceccato (2012, p. 24), a prática de rodízio depara-se vinculada à elaboração de propostas fictícias, pois o fato dos membros do cartel combinarem previamente quem será o vencedor da licitação, entende-se, necessariamente, que os outros participantes do cartel formularam propostas que não condizem com as suas verdadeiras intenções.

4.3.5 Divisão de mercado

A divisão de mercado constitui uma prática ilícita anticoncorrencial, e está descrita no art. 36, § 3º, “c”, da nova Lei de Defesa da Concorrência.

Neste tipo de conduta, os integrantes do cartel estabelecem os contornos do mercado e fazem acordos para não concorrer entre si ou em apresentar propostas fictícias para determinados órgãos públicos ou áreas geográficas. (CECCATO, 2012, p. 24)

A divisão de mercado busca atender interesses logísticos, de modo que cada cartelista terá prioridade nas licitações situadas próximas ou nas localidades das empresas, aumentando, conseqüentemente, os lucros dos membros do cartel e reduzindo os custos, visto a própria logística para reduzir os custos. Exemplos típicos são as empresas com sede no norte do país irão concorrer nas licitações do nordeste e norte, já as empresas do sudeste participarão das licitações do sul e sudeste.

De acordo com Marco Aurélio Ceccato (2012, p. 24), tal prática enseja um lucro exacerbado para as empresas, pois além de reduzir os custos de participação e logística, diminui também o número de concorrentes, permitindo a propositura de proposta com o valor elevado, o que não seria possível em um mercado com a livre concorrência.

4.3.6 Subcontratação informal

A subcontratação ocorre quando a empresa vencedora à execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, contrata outras empresas para auxiliar na prestação do serviço desde que seja permitido pela Administração Pública.

Os contratos administrativos, em regra, são firmados *intuitu personae*, isto é, são firmados em razão da pessoa física ou jurídica que pelo procedimento da licitação ou na suas hipóteses de dispensa, inexigibilidade e registro de preço, tenha demonstrado capacidade plena de atender e executar o objeto, tecnicamente e financeiramente. (MEIRELLES, 2004, p. 224)

Portanto, o contratado tem o dever de executar pessoalmente o objeto, sem transferências de responsabilidades ou subcontratações não autorizadas pela administração. (MEIRELLES, 2004, p. 224)

Contudo, apesar dos contratos administrativos serem *intuitu personae*, não quer dizer que estes serão personalíssimos, de modo que esclarece Marçal Justen Filho (2009, p. 790), discorrendo que a atividade exercida pela administração pública é submetida ao princípio da impessoalidade, ou seja, as peculiaridades pessoais do particular vencedor do certame não é fator considerado relevante à contratação.

De acordo com o art. 72 da Lei 8666/93, poderá ocorrer a subcontratação de partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite que seja admitido pela administração pública, pois se a subcontratação fosse irrestrita, às exigências na fase de habilitação não teriam sentido. (CECCATO, 2012, p. 25)

Assim, a subcontratação não deve ser entendida como regra, mas sim como exceção e será cabível quando o objeto licitado for de grande complexidade, por exemplo. Nessas hipóteses, muitas vezes a subcontratação é fundamental para a entrega do objeto, pois quanto maior a complexidade do objeto, menor serão os concorrentes aptos para adimpli-los. Admite-se a subcontratação e conseqüentemente o rateio do objeto, mas deve-se sempre manter um centro de imputação de responsabilidade. (CECCATO, 2012, p. 25)

Ante o exposto, percebe-se que o que interessa para administração pública é o cumprimento do objeto licitado e a imputação de um polo juridicamente responsável.

Diante da doutrina de Marco Aurélio Ceccato (2012, p. 25), " A subcontratação do art. 72 e discriminada no edital não enseja o cartel, obviamente. Pelo contrário, é mecanismo de ampliação do número de concorrentes interessados. Ocorrerá o cartel quando a subcontratação for velada, escondida, isto é, quando apenas uma empresa figurar formalmente como contratada do órgão público, mas outras, sem nenhum vínculo com a administração, colaborem para o adimplemento da prestação".

As subcontratações veladas são observadas com mais freqüência nos contratos de fornecimento de bens, pois pouco importa a identidade da empresa, deve-se apenas fornecer as mercadorias regularmente. Já nos contratos de prestação de serviço, a fiscalização da administração é maior, visto que a mão de obra empregada, deve ser necessariamente do quadro da empresa contratada. (CECCATO, 2012, p. 25)

Portanto, tal prática é considerada uma fraude à execução do contrato e a principal forma de combatê-la é exigindo da contratada a comprovação de possuir plenas condições de adimplir em sua totalidade o objeto constante do certame.

4.3.7 Lances complementares

Lances complementares, por sua vez, procuram somente criar uma aparência de competição para mascarar um preço superfaturado. O lucro extra obtidos serão repassados em futuras compensações aos demais cartelistas.

4.4 ESTUDOS DE CASOS

Na jurisprudência do CADE existem vários processos administrativos onde o Acordo de Leniência foi fundamental para a descoberta da empreitada criminosa, sendo colhidas provas suficientes para a condenação da prática anticoncorrencial.

4.4.1 Cartel dos vigilantes

Em 2003, o Processo Administrativo nº 08012.001826/2003-10 foi instaurado para apurar a ocorrência de conluio entre empresas prestadoras de serviço de vigilância no Estado do Rio Grande do Sul para atuar em licitações públicas e privadas (bancos, hospitais, eventos), principalmente nas da Receita Federal e da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Sul.

Segue abaixo a ementa:

PROCESSO ADMINISTRATIVO. CARTEL EM SERVIÇOS DE VIGILÂNCIA PRIVADA PARA LICITAÇÕES NO RS. ACORDO DE LENIÊNCIA. PROVAS CONCRETAS. GRAVAÇÕES TELEFÔNICAS. DOCUMENTOS APREENDIDOS. CONDENAÇÃO DAS REPRESENTADAS E SEUS DIRIGENTES. PENAS DE MULTA, PROIBIÇÃO DE LICITAR E CONTRATAR. PUBLICAÇÃO EM JORNAL. BENEFÍCIOS DO ACORDO CONCEDIDOS. I. Processo Administrativo para apurar a ocorrência de conluio entre empresas prestadoras de serviços de vigilância no Estado do Rio Grande do Sul, para atuar em licitações públicas e privadas. II. Empresa ANTARES e Srs. Rubem Oreli e Alexandre Luzardo celebraram com a União, em 2003, o primeiro Acordo de Leniência do SBDC. III. Mercados relevantes: licitações de serviços de vigilância privada no Rio Grande do Sul bem como cada uma das licitações objeto de investigação. IV. Presença de características que propiciam a cartelização, como barreiras à entrada, número reduzido de agente, homogeneidade do serviço e presença de sindicatos. V. Processo Administrativo Regular. Assegurados contraditório e ampla defesa. Produção de provas regular. Ampla Jurisprudência do STF e STJ. VI. As provas concretas de gravações telefônicas e documentos apreendidos em busca e apreensão comprovam cartel. VII. Empresas ofertavam seus serviços de modo concertado, combinando entre si quem ganharia cada licitação, praticando preços predatórios sempre que nova empresa tentasse desestabilizar o cartel e oferecendo seus serviços a preços inferiores ao valor concertado. Série de licitações analisadas com evidência econômicas. VIII. Colaboração por parte dos Sindicatos Patronal e dos Empregados, através da imposição de notificações trabalhistas. Liderança da conduta por parte das

empresas REAÇÃO, ROTASUL, EPAVI, PROTEGE e ASSEVIRGS por meio de seus dirigentes. Comprovada intenção dos agentes e a produção dos efeitos de falseamento completo do processo competitivo. Efeitos do art. 20, I, da Lei 8.884/94. Configurada infração à ordem econômica. IX. Conduta das empresas e pessoas físicas enquadradas no art. 21, inc. I e VIII, da Lei, de fixação concertada de preços de prestação de serviços. Condutas dos sindicatos e associação configuradas no art. 21, inc. II, de obtenção e influência na adoção de conduta comercial uniforme ou concertada. X. Absolvição de VIGITEC; PATRULHENSE; ANGRA; JM GUIMARÃES e ASGARRAS e seus dirigentes por ausência de provas. Participação das pessoas físicas. Condenação dos dirigentes. Absolvição de empregados e familiares e do secretário-geral do sindicato dos vigilantes. XI. Imposição de multa às representadas e às pessoas físicas. Requisitos do art. 27 da Lei. Pena-base pessoa jurídica definida em 15% do faturamento. Fundamento no art. 23, I. Pena base pessoa física definida em 15% da multa da pessoa jurídica. Fundamento no art. 23, II. Agravante de liderança do cartel. Penalidades dos sindicatos fundadas no art. 23, III. XII. Proibição de contratação com instituições financeiras oficiais e de participação em licitações. Publicação em jornal do conteúdo da decisão. XIII. Aplicação integral dos benefícios com extinção da ação punitiva para Vigilância Antares e Rubem Oreli. (PA: 08012.001826/2003-10, CADE, julgado em 19 de setembro de 2007)

Um dos membros do cartel apresentou-se à SDE para fazer a denúncia sobre a conduta ilícita que fazia parte, além de estar disposto a cooperar com as investigações no que fosse necessário, com a intenção de conseguir imunidade total das penalidades administrativas e criminais.

A denúncia continha provas e evidências diretas sobre as fraudes em licitações públicas da administração direta e indireta da União, Estado e Municípios. O Delator apresentou provas diretas da conduta fraudulenta nos certames, além de testemunhos de pessoas que eram empregado das empresas e documentos que demonstravam de forma efetiva o pacto entre os agentes, como gravações de conversas telefônicas mantidas entre os participantes do esquema.

De acordo com a denúncia, a grande maioria das empresas de vigilância estavam ofertando seus serviços de modo combinado, sendo acordado entre os participantes a ordem de quem ganharia às licitações e, desta maneira, fazendo um rodízio entre os vencedores do certame.

Outrossim, estavam sempre reprimindo às novas empresas que tentassem entrar no mercado com a prática abusiva de preços predatórios, objetivando a falência das mesmas e, assim, monopolizar o mercado.

O cartel iniciou suas atividades por volta de 1990, quando já havia acordos entre os agentes econômicos a fim de potencializar os lucros, mas ainda sem uma formal institucionalização. Entre 1990 e 1992, o cartel começou a atuação de forma veemente. Em meados de 1994, o conluio passou efetivamente a ser formalizado e institucionalizado com a criação da Associação das Empresas de Vigilância do Rio Grande do Sul - ASSEVIRGS, que tinha a função de coordenar o cartel.

Além do mais, já existia inclusive uma atuação conjunta, dado que o Sindicato das Empresas de Segurança e Vigilância do Estado do Rio Grande do Sul - SEVERGS, que foi sucedido posteriormente pelo Sindicato das Empresas de Segurança Privada - SINDESP-RS, que exercia papel importante no sistema institucional do esquema.

A organização do cartel era feita pelo Secretário Executivo da ASSEVIRGS, que apesar de não ser sócio de nenhuma das empresas, comandava a fraude, recebendo porcentagem por cada contrato.

Além disso, o Sindicato era a sede de todas reuniões que aconteciam às segundas-feiras, oportunidade em que todas empresas cartelistas levavam os editais das licitações que ocorreriam na semana, decidindo quem venceria o certame e qual o preço que seria lançado.

As empresas também mantinham contato enviando propostas por correio eletrônico, envelopes e telefonemas, mantendo constantemente o contato nas semanas que antecediam as licitações.

Ademais, nestas reuniões também eram resolvidos os casos que mereciam destaque especial, como por exemplo o estabelecimento de subornos aos servidores públicos que eram encarregados pela elaboração dos editais licitatórios, bem como a criação de certidões negativas das empresas junto ao Sindicato para que estas pudessem participar das licitações, ou seja, era muitas vezes um documento fundamental exigidos pelos editais de licitação.

Destaca-se ainda que as decisões dos cartelistas nas reuniões dependia da natureza do contrato licitatório ser privado ou público. No caso de contratos com empresas privadas, os integrantes do cartel se reuniam para decidir qual o preço seria oferecido, buscando sempre aumentar a margem de lucro, já nos

contratos públicos, os cartelistas escolhiam através de sorteio quem seria o vencedor, mas sempre efetivando a prática de rodízio entre os vencedores do certame, levando em consideração as horas de trabalho dos vigilantes de cada contrato, de modo que houvesse sempre uma divisão igualitária.

Outro ponto importante diz respeito ao mercado relevante, visto que o mesmo possuía características favoráveis para a prática e manutenção do cartel, citando como exemplo o número reduzido de concorrentes, as barreiras à entrada e o fato do serviço ser homogêneo, ou seja, que poderia ser facilmente substituído, prestado por qualquer das empresas.

Ocorria também uma constante fiscalização e, assim, as empresas participantes do conluio que não cumprissem os acordos sofreriam represálias. De modo semelhante ocorria com as empresas que não faziam parte do esquema, uma vez que os cartelistas praticavam preços predatórios a fim de levar a empresa que não fazia parte do esquema à falência, visto que a mesma não conseguiria obter mais nenhum contrato rentável.

Constatou-se nos autos que o principal mecanismo de fraude era o de cobertura (cover bidding), que pode se efetivar de duas formas. A primeira se configura pela não apresentação de propostas ou quando são apresentadas com valores muito altos, superiores aos limites estabelecidos pelas portarias do Ministério do Planejamento, o que levava a desclassificação do candidato.

A segunda, por sua vez, se caracteriza por vícios intencionais, como, por exemplo, o não preenchimento de formulários ou requisitos de habilitação necessários ao certame, o que ensejava a inabilitação do concorrente.

Logo, os partícipes do cartel faziam a divisão de mercado ao designar as licitações entre si, com coberturas de propostas uns aos outros à preços excessivos, apenas para aparentar um ambiente competitivo

Como foi visto no capítulo 3, o Acordo de Leniência ocorre quando um dos integrantes do cartel faz a denúncia da prática fraudulenta e coopera com as investigações das autoridades antitruste para a descoberta e confirmação do conluio investigado. Desta forma, o instituto pode ensejar na imunidade penal ou administrativa ou no abrandamento destas, desde que cumpridos todos os requisitos e que não ocorra nenhum descumprimento.

O acordo foi assinado entre o Secretário de Direito Econômico, Daniel Goldberg e a empresa, Antares, juntamente com seu sócio majoritário, Rubem Baz Oreli, e seu funcionário Alexandre Luzardo da Silva. A empresa Antares e o sócio Rubem Oreli tiveram extintas as punibilidades administrativas e demais penalidades. Já Alexandre Luzardo, foi considerado inimputável, visto que apenas exercia a função de gerente-empregado.

À época, o CADE apenas fazia o julgamento da demanda, já que a investigação era função da SDE. O proponente do acordo demonstrou informações suficientes para viabilizar que o SDE e o MP realizassem operações e diligências a fim de descobrir o cartel

Com o apoio da Polícia Federal, foram realizadas operações de busca e apreensão nas empresas e associações de classe que estavam envolvidas na fraude e, após de colhidas as provas e encerrado as diligências, o SDE remeteu o processo ao CADE para julgamento.

De acordo com o conjunto de provas juntados aos autos, pode-se concluir que participaram do cartel as empresas EBV, EPAVI, Delta, Mobra, ONDREPSB, Protege, Protevale, Reação, Rota-Sul, Rudder, Panambi, Vigilância Pedrozo, Seltec, Sênior, Secure e Antares todas através de seus dirigentes juntamente com o auxílio dos respectivos gerentes e funcionários.

O relator do caso ressaltou alguns aspectos para definir a pena base das empresas. O primeiro deles foi a gravidade da lesão que ficou configurada, visto que ocorria combinação de prévia de preços e da divisão de mercado. Quanto ao segundo, a infração se restou consumada, pois o cartel logrou êxito no monopólio das licitações por mais de dez anos.

Por fim, deve-se ressaltar o alto grau elevado da lesão aos consumidores, a concorrência e à economia nacional, uma vez que houve o falseamento completo do processo competitivo.

Em 2007, o CADE definiu multas que variaram entre 15% a 20% do faturamento bruto anual de 2002, ano anterior a instauração do processo, a 16 empresas que participavam do cartel. Os administradores também foram condenados ao pagamento de multas, juntamente com as associações de

classe. As multas chegaram a um valor acima de R\$ 40 milhões de reais, que fora encaminhado ao Fundo de Direito Difusos.

Nessa mesma oportunidade, o CADE concedeu aos beneficiários do Acordo de Leniência imunidade na esfera administrativa e extinção da punibilidade no âmbito penal, não sendo, portanto, nenhuma sanção imposta, uma vez que cumpriram todas as condições necessárias ao acordo.

Ante o exposto, resta claro que as provas trazidas nos autos do processo administrativo nº 08012.001826/2003-10/CADE confirmam a existência do cartel de empresas que atuavam em licitações públicas para a contratação de serviço de vigilância privada no Estado do Rio Grande do Sul.

O esquema fraudulento objetivava o falseamento da concorrência nas licitações públicas, impedindo o processo competitivo, sendo enquadrado no art. 20, I, da Lei 8884/94.

4.4.2 Cartel das britas

Trata-se do Processo Administrativo nº 08012.002127/02-14 instaurado no ano de 2003 para investigar a existência da prática de conluio no mercado de pedra britada na Região Metropolitana de São Paulo.

Segue abaixo a ementa:

Processo Administrativo. Formação de Cartel. Conduta anticoncorrencial caracterizada. Mercado relevante de pedra britada na Região Metropolitana de São Paulo/SP. Pareceres da SDE, ProCADE e Ministério Público Federal pela condenação das Representadas. Exclusão do pólo passivo da Constran, com a inclusão desta na Averiguação Preliminar nº 0812.005370/2003-67. Condenação das empresas Basalto, Embu, Geocal, Holcim (Cantareira e Holcim), Itapiserra, Iuduce, Lafarge (Brita Brás), Khouri, Pedrix, Panorama, Cachoeira, Dutra, Mariulti, Santa Isabel, São Mateus/Lageado, Sargon, Reago e Sarpav, como incursas nos arts. 20, incisos I, II, IV e 21, incisos I, III, VIII, X, XI, XII, XIII e XIV da Lei nº 8.884/94 e do SINDIPEDRAS nos art. 20, incisos I e 21, incisos II, da Lei nº 8.884/94. Arquivamento do processo em relação a Mendes Júnior e Paupedra. Multa de 20% do faturamento das empresas Representadas Embu, Holcim, Lafarge, Cachoeira, Sargon, Sarpav. Multa de 15% do faturamento das empresas Representadas Geocal, Itapiserra, Iudice, Khouri, Pedrix, Dultra, Mariutti, Santa Isabel, Reago, Basalto, Panorama, São Matheus/Lageado. Multa de 300.000 UFIR's ao Representado Sindipedras.

Em 2002, foi iniciada a apuração de uma prática anticoncorrencial após o SDE receber uma denúncia anônima comunicando uma eventual formação de cartel por dezessete pedreiras de São Paulo, conjuntamente com o Sindicato da Indústria de Mineração de Pedra Britada do Estado de São Paulo - SINDIPEDRAS, que tinha a finalidade de dividir o mercado, restringir a quantidade do produto e, assim, controlar os preços do mercado, potencializando os lucros dos participantes.

Segundo a denúncia anônima, as empresas e o sindicato utilizavam-se de sistemas sofisticado para coordenação dos membros do cartel. Além do mais, ainda ocorriam reuniões semanalmente na sede do sindicato para presidir as atividades relativas ao cartel, objetivando operacionalizar as condutas dos participantes.

Desse modo, foram realizadas operações de busca e apreensão na sede do sindicato, em que foram apreendidos programas de computadores que eram utilizados como operadores da prática ilícita, chamados de "PAE" - Programa de Atualização Estatística e "SISCO" - Sistema de Integração Comercial.

Cumpre-se destacar que foi a primeira vez que os órgãos de defesa da concorrência utilizaram as operações de busca e apreensão para obter provas acerca da suposta prática ilícita.

O PAE era uma programa monitorado pelo SINDIPEDRAS e era utilizado para lançar as vendas diárias e indicar os números das notas fiscais, com o objetivo de controlar as cotas de mercado, por meio do cadastro as empresas, tipo do produto, pelo preço, da região de distribuição, os faturamentos e a verificação da efetivação do preço ajustado. Tal programa era instrumento fundamental ao controle de vendas.

O SISCO, por sua vez, era um programa instalado nas empresas do cartel com o de organizar as informações dos clientes e as cotações diárias de preços ao SINDIPEDRAS, com escopo de permitir que as vendas fossem direcionadas ao participante que estivesse com um volume menor, se comparada com sua cota de mercado previamente estabelecida.

Tal programa era atualizado diariamente pelas empresas, para que fosse possível fazer o redirecionamento das empresas que não atingiam as cotas

pré-estabelecidas. Todas as reuniões eram realizadas na sede do SINDIPEDRAS e eram denominadas de "CURSO".

Além disto, das reuniões surgiram um programa de trabalho que tinha a finalidade de desenvolver novos estudos acerca do mercado, selecionar e organizar as estatísticas sobre a produção de britas, compartilhar as informações a respeito dos créditos dos clientes, fazer o controle de produção, definir participações das empresas e alocações, além de monitorar o cumprimento do esquema.

Destaca-se que a prática de cartel fica configurada em razão ao controle de produção, definição de participação de mercado de cada empresa e o monitoramento das condutas, visto que são formas de atuação coordenada e, portanto, evidenciam a existência e funcionamento da prática de cartel.

Não obstante, o cartel tinha o grau de institucionalização tão elevado que possuía o documento "Roteiro e Procedimentos", que demonstrava como o mercado deveria ser determinado e a forma de divisão do mercado em quotas entre as empresas, bem como mecanismos de controle.

Tais mecanismos eram os Acompanhamentos diário de preços, questões relativas a oferta e às políticas a serem adotadas em relação aos que não participavam do conluio e Auditorias, que era realizadas para controlar as cotas atribuídas a cada participante do cartel.

Outrossim, foram apreendidos listas denominadas de "Bíblia" e "Bolas Pretas". A primeira dispunha sobre a lista preferencial dos clientes aos respectivos participantes do conluio e sobre a avaliação de cada cliente, bem como a alocação dos mesmos. A segunda, por sua vez, era a lista de clientes inadimplentes, que só poderiam adquirir a pedra britada com a venda à vista.

Além disso, descumprimento das regras estabelecidas nas reuniões eram levadas para juízo da coordenação, existindo a possibilidade de penalidade ao membro inadimplente. Nesse contexto, encontra-se duas figuras que eram utilizadas para monitorar o acordo, o "Sombra" e as reuniões de feedback.

Os membros do cartel eram fiscalizados por meio do Sombra, que era um tipo de fiscal do grupo, bem como responsável pela realização de vistorias em

obras, com o intuito de impedir que os responsáveis firmassem negócios com concorrentes que não eram parte do cartel.

Através das vistorias, o Sombra poderia descobrir traições e descumprimentos ao acordado nas reuniões e levar tais informações às reuniões para que fossem tomadas as providências necessárias.

Já nas reuniões de feedback, os membros do cartel encontravam-se quinzenalmente com a finalidade de analisar se redirecionamento das vendas estavam sendo realizados ou não e encontrar os motivos por que as cotações já direcionadas ainda não haviam sido fechadas. Além do mais, era obrigatória a presença dos representantes das empresas participantes

Por conseguinte, a não observância de qualquer regra estipulada aos membros ensejavam na imposição de penalidades como multas ou até mesmo a exclusão do cartel.

De mais a mais, o acordo possuía um alto grau de institucionalização e, as empresas que desejassem fazer parte do cartel, eram obrigadas a instalar os software expostos acima, além de apresentar uma tabela detalhada de seus respectivos clientes.

Do mesmo modo, para filiar-se ao cartel, a empresa deveria depositar um valor de R\$ 2.000,00 como forma de caução ao SINDIPEDRAS, e uma "jóia" praticamente no mesmo valor, bem como colaborar mensalmente com o rateio das custas e despesas administrativas resultantes da administração do esquema.

À vista disso, o SDE concluiu através das provas contidas nos autos que até o ano de 1998 algumas empresas já vinham se organizando, de forma a criar um esquema bem arquitetado e administrado. Entretanto, até o momento não existia um cartel institucionalizado, com condutas pré-ordenadas ou estratégias de divisão de mercado entre as empresas.

Assim, apensar de já existir indícios de atuação conjunta, as empresas apenas se encontravam para identificar os motivos da baixa de preço do produto e as medidas que pudessem solucionar tais problema. Logo, já ocorria o conluio entre os agentes, qual seja um cartel difuso, com atuações pontuais dentro do mercado.

Contudo, as reuniões entre as empresas tornaram-se habituais e a partir do ano de 1999 houve a institucionalização da fraude para garantir a atuação e coordenar as condutas das empresas participantes. Conseqüentemente, foi neste período que o acompanhamento de preços e intercâmbio de informações passaram a ser realizados por meio dos softwares PAE e SISCO.

Desse modo, os documentos e programas colhidos através da busca e apreensão foram suficientes para comprovar a efetiva existência e condenação do cartel. As empresas e o Sindicato foram penalizadas pela prática anticoncorrencial no mercado de pedras britadas da Região Metropolitana de São Paulo.

Face todo o exposto, não resta dúvida quanto à prática da conduta colusiva entre as empresas, caracterizando infração contra a ordem econômica exposta nos arts. 20, incisos I, II e IV e 21, incisos, I, III, VIII, X, XI, XII, XIII, XIV da Lei nº 8884/94 em relação às Representadas Basalto, Embu, Geocal, Holcim/Cantareira, Itapiserra, Iudice, Lafarge/Brita Brás, Khouri, Pedrix, Panorama, Cachoeira, Dutra, Mariutti, Santa Isabel, São Matheus/Lageado, Sargon, Reago e Sarpav, assim como das infrações contra a ordem econômica previstas nos artigos 20, inciso I, e 21, inciso II, no que diz respeito ao SINDIPEDRAS.

Desta forma, foram condenadas a multa de 20% do faturamento bruto de 2002 às empresas Embu, Holcim, Lafarge, Cachoeira, Sargon e Sarpav, assim como em 15% do faturamento bruto de 2002 às empresas Geocal Itapiserra, Iudice, Khouri, Pedrix, Dutra Mariutti, Santa Isabel, Reago, Basalto, Panorama e São Matheus/Lageado, e 300.000 (trezentos mil) UFIR's ao SINDIPEDRAS.

Além das multas cominadas, foi determinado a publicação da decisão em jornal de maior circulação da Região Metropolitana de São Paulo, de acordo com o art. 24, inciso I da Lei nº8884/94 e, ainda, consoante o art. 24, IV da Lei supracitada, recomendou-se que os órgãos públicos não realizassem o parcelamento dos tributos federais e que fossem cancelados os incentivos fiscais ou subsídios públicos.

4.4.3 Cartel em licitação da Petrobras

O Processo Administrativo nº 08012.009118/1998-26 foi instaurado a partir de uma denúncia promovida por uma material do jornal O Globo para investigar um suposto acordo entre as Representadas Marítima Petróleo e Engenharia Ltda e a Estaleiros Ilha S. A. que atuava em licitações internacionais promovidas pela Petrobras para prestar serviços de engenharia e complementação de diversos materiais para a adaptação de uma plataforma de petróleo para perfuração em lâmina d'água de 1.200 metros. Segue a ementa e acórdão:

EMENTA: Processo Administrativo. Combinação prévia de preços ou ajuste de vantagens em concorrência pública pelas empresas Marítima Petróleo Engenharia Ltda e Estaleiro Ilha S/A - Eisa. Infração prevista no artigo 21, inciso VIII combinado com inciso I do artigo 20 da Lei 8.884/94. Comprovação da conduta. Aplicação, para cada uma das Representadas, da multa no valor de 1% (um por cento) do faturamento bruto no exercício imediatamente anterior ao da data em que a infração foi praticada, prevista no artigo 23 da Lei 8.884/94, e outras cominações. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, acordam o Presidente e os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por maioria, entender que, por estarem as Representadas incurso nas infrações previstas no artigo 20, inciso I, e no artigo 21, inciso VIII, da Lei 8.884/94, aplicar, para cada uma das Representadas, multa no valor de 1% do faturamento bruto no exercício imediatamente anterior ao da data em que ocorreram as infrações, assim como determinar a adoção das seguintes providências pelas Representadas: (a) publicar notícia da presente decisão, em meia página, no jornal de maior circulação no Rio de Janeiro; e (b) apresentar ao CADE, no prazo de trinta dias a contar da publicação da ementa e acórdão da presente decisão, informação o valor de seu faturamento bruto no exercício imediatamente anterior ao da data em que ocorreram as infrações, sob pena de incidirem em multa diária de R\$ 5.320,50, por recusa ou retardamento injustificado da informação solicitada. Foi determinado o envio da comunicação da presente decisão à Petrobras S/A, para ciência, e ao Ministério Público Federal e ao Tribunal de Contas da União, para os devidos fins. Participaram do julgamento o Presidente João Grandino Rodas e os Conselheiros Hebe Romano, Thompson Andrade, Celso Campilongo e Afonso Arinos de Mello Franco Neto. Presente o Procurador Geral Fernando Furlan. Brasília, 27 de junho de 2001 (PA: 08012.009118/1998- 26 , CADE, julgado em 27 de junho de 2001.).

De acordo com os autos, a prática ilícita ocorria entre as duas principais empresas participantes da licitação para a reforma de um plataforma de petróleo por meio de acordos para o repasse de dinheiro, denominado de

"intercâmbio de informações técnicas". A fraude às licitações eram realizadas de três maneiras.

A primeira delas ocorria quando uma das empresas lograsse êxito no certame e a proposta vencedora fosse igual ou superior a US\$ 33 milhões, devendo a mesma pagar à empresa perdedora o valor de US\$ 1 milhão. A segunda, por sua vez, acontecia quando a proposta vencedora fosse inferior a US\$ 33 milhões, devendo o vencedor pagar US\$ 250 mil a empresa perdedora. Por fim, a terceira, era o caso quando o vencedor no certame não fazia parte das empresas envolvidas no esquema, momento que haveria uma abertura de crédito no valor de US\$ 250 mil por um dos agentes em favor do outro.

Essa prática de compensação entre as empresas licitantes é uma forma comum de colusão, isto é, o membro do cartel que perde a licitação é compensado ou subcontratado pela empresa vencedora, demonstrando clara violação a livre concorrência.

Ressalte-se que compensar o participante perdedor é uma maneira de desincentivo para as empresas concorrentes, pois a empresa compensada mesmo perdendo a licitação, ainda continuará auferindo lucros. Já a subcontratação quando feita sob acordo ao perdedor é uma forma evidente de prática anticoncorrencial, uma vez que as empresas subcontratadas deixam de concorrer e mesmo perdendo o certame, ainda são compensadas.

Dessa forma, ocorria um acordo em que as empresas combinavam sua participação conjunta em tais licitações, assim como pactuavam a distribuição dos benefícios decorrentes do acordo.

Segundo a legislação concorrencial brasileira, no art. 20, caput, da Lei 8.884/94 e 36, caput, da Lei 12.529/11, não é requisito necessário comprovar a existência de efeitos anticompetitivos da conduta sob investigação, sendo somente demonstrar o potencial da prática em gerar efeitos negativos.

Consoante entendimento do CADE, o acordo feito entre as empresas apresentava potencial ao falseamento da concorrência, dado que as mesmas haviam acertado um ajuste de vantagens levando em consideração à fixação do valor da proposta vencedora do certame promovido pela Petrobras.

Ademais, entendeu que a prática colusiva criou incentivos para o alinhamento das tomadas de decisões dos concorrentes, prejudicando a concorrência e a própria empresa de economia mista que iniciou o certame, contribuindo diretamente para que o valor final ofertado nas licitações chegasse a um montante superior a US\$ 33 milhões.

Portanto, o CADE considerou o acordo ilícito e condenou as empresas ao pagamento de multa no valor de 1% do seu faturamento bruto. As empresas recorreram ao Judiciário a anulação da condenação, entretanto, a decisão do CADE foi mantida, visto que as provas eram suficientes para condenar a empresa e que não foi violado o devido processo legal.

4.4.4 Cartel das linhas de ônibus no Estado do Rio de Janeiro

O quarto caso a ser analisado é o Processo Administrativo nº 08012.006989/1997-43 instaurado a partir de uma denúncia feita ao SDE por uma matéria publicada no Jornal Brasil para investigar um cartel que ocorria para a concessão de linhas de ônibus na cidade do Rio de Janeiro.

Cumpre-se ressaltar, que muitas das investigações sobre condutas anticoncorrenciais iniciam-se com a denúncia dos veículos de comunicação, qual sejam jornais, rádio, revista, televisão e etc. Segue abaixo a ementa:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em conformidade com os votos e as notas eletrônicas, acordam a Presidente e os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, por unanimidade, considerou as Representadas Viação N. S. de Lourdes S/A; Auto Viação Três Amigos S/A; Auto Viação Jabour Ltda; Viação Madureira Candelária Ltda; Viação Real Ltda; Viação Acari S/A e Santa Maria Turismo Ltda. como incurso no previsto no artigo 20, inciso I, c.c. artigo 21, inciso VIII, todos da Lei 8.884/94, impondo-lhes as seguintes penalidades: (i) com fundamento no artigo 23, inciso I, da Lei nº 8.884/94 e, ainda tendo em vista os critérios para aplicação da pena previstos no artigo 27 da citada Lei, aplicação de multa às empresas Viação N. S. de Lourdes S/A; Auto Viação três Amigos S/A; Auto Viação Jabour Ltda; Viação Madureira Candelária Ltda; Viação Real Ltda e Viação Acari S/A, por maioria, no valor equivalente a 15% (quinze por cento) sobre o valor de seus respectivos faturamentos brutos referentes a 1996 (ano anterior ao da instauração do processo administrativo, nos termos do artigo 11 da Lei 0.021/95), vencido apenas o conselheiro Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado, que multou as empresas no valor de 20% (vinte por cento) do faturamento mencionado acima; (ii) também com

fundamento no artigo 23, inciso I, da Lei 8.884/94 e observados os critérios para aplicação da pena previstos no artigo 27 da mesma Lei, aplicação de multa à empresa Santa Maria Turismo Ltda, por maioria, de 15% (quinze por cento) sobre o valor do faturamento bruto referente a 1997, a ser requisitado pela comissão de Acompanhamento das Decisões do CADE (CAC/CADE), já que a empresa iniciou suas atividades em 22/01/1997 e, portanto, não apresentou faturamento bruto no ano de 1996, vencido apenas o Conselheiro Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado, que multou a empresa no valor de 20% (vinte por cento) do faturamento mencionado acima; (iii) publicação do teor acórdão às empresas e sem prejuízo de multa aplicada, em meia página de jornal de grande circulação no município do Rio de Janeiro, por dois dias seguidos e em duas semanas consecutivas, conforme disposto no artigo 24, inciso I, da Lei nº 8.884/94; (iv) comprovação, perante o CADE, do cumprimento das determinações da alínea anterior, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, a partir da publicação do acórdão da presente decisão, sob pena de aplicação de multa diária no valor de R\$ 5.329,50 (cinco mil trezentos e vinte reais e cinquenta centavos), correspondentes a 5.000 (cinco mil) UFIRs, com base no artigo 25 da Lei nº 8.884/94. Adicionalmente, determinaram o encaminhamento de cópia da decisão ao Ministério Público Federal e ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro para que sejam tomadas as providências que considerarem necessárias, além de demais determinações, nos termos do voto do conselheiro Relator. Afora isso, o Plenário, por maioria, condenou as pessoas físicas mencionadas na Nota Técnica da Secretaria de Direito Econômico e constantes do Despacho de Sr. Secretário de Direito Econômico que determinou a instauração do presente Processo Administrativo, nos termos do voto do Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva, com fundamento no artigo 16 da Lei nº 8.884/94, como incursas no previsto no artigo 20, inciso I, c.c. artigo 21, inciso VIII, todas da Lei nº 8.884/94, impondo-lhes multa de 10% (dez por cento) do valor da multa aplicada às empresas acima, vencido o Conselheiro Relator, que deixou de condenar as pessoas físicas. Participaram do julgamento a Presidente Elizabeth Maria Mercier Querido Farina e os Conselheiros Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, Luiz Alberto Esteves Scaloppe, Ricardo Villas Bôas Cueva, Luis Fernando Rigato Vasconcellos e Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado. Presente a Procuradora-Geral Maria Paula Dallaria Bucci. Brasília – DF, 15 de junho de 2005, data do julgamento da 350ª Sessão Ordinária de Julgamento. (Processo Administrativo 08012.006989/1997-43, CADE, julgado em 27 de Junho de 2001.)

Segundo a defesa, os acordos feitos entre os agentes econômicos não constituiria a prática de cartel, pois não afetava diretamente a concorrência, uma vez que os preços das tarifas seriam designados pelo próprio poder público e, dessa forma, as empresas não seriam capazes de acordar para aumentar os preços.

Contudo, o argumento da defesa não se sustenta, uma vez que apesar do preço da tarifa não ser alterado pela formação do cartel, tal prática por si só afeta a concorrência. Esta é fundamental para que a escolha da empresa

vencedora ocorra de maneira impessoal, assim como obter preços mais vantajosos para a Administração Pública.

Frisa-se que a concorrência no mercado é essencial na busca da eficiência do serviço, ou seja, buscando a empresa que preste o melhor serviço e aos melhores preços.

Concluí-se que a prática de cartel é constituída independente da variação do preço, visto que apenas o fato de haver o acordo entre os agentes, já configuraria a fraude, pois a mesma reduz o número de ofertas e qualidade do serviço, restando clara a conduta anticoncorrencial.

4.4.5 Cartel em licitações de trens e metrô de São Paulo

Por fim, o último caso a ser analisado compreende uma apuração a um suposto cartel para fraudar licitações relativas a projetos de metrô e trens de São Paulo e Distrito Federal.

No ano de 2013, a empresa Siemens, com a finalidade de obter a extinção ou redução da punibilidade, denunciou a prática de cartel em certames licitatórios na qual participava. O acordo foi firmado em maio de 2013, pela empresa Siemens conjuntamente com a Superintendência do CADE, Ministério Público Federal e o Ministério Público do Estado de São Paulo.

De acordo com a denúncia, os delatores apresentaram evidências diretas do conluio e confessaram a fraude nos certames que objetivavam a eliminação dos concorrentes em licitações públicas relativas a projetos de metrô e/ou trens e sistemas auxiliares.

Dessa forma, o CADE instaurou o Inquérito Administrativo nº 08700.004617/2013-41 para investigar um suposto cartel que atuava em licitações de trens e metrôs há pelo menos 15 anos, em São Paulo, Distrito Federal, Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Rio de Janeiro. Ao todo, foram estão envolvidas na acusação 19 empresas, bem como 109 funcionários das mesmas. Segue abaixo a ementa:

EMENTA: Processo Administrativo. Suposto cartel no mercado licitações públicas relativas a projetos de metrô e/ou trens e sistemas auxiliares. Suposta participação de empresas de consultoria especializada. Requerimento de intervenção de terceiro. Deferimento e delimitação do âmbito da intervenção.

Neste ano, o CADE obteve autorização judicial para realizar operações de busca e apreensão na sede das empresas, com ajuda da Polícia Federal, confirmando que o suposto cartel havia atuado em 15 licitações através de contratos com a Companhia Do Metropolitano de São Paulo (Metrô-SP), Companhia Paulista de Trens Metropolitanos (CPTM), Companhia Do Metropolitano do Distrito Federal, Empresa de Trens Urbanos (Trensurb), Companhia Brasileira de Trens Urbanos (CBTU) e Secretaria de Estado de Transportes do Rio de Janeiro. (BRASIL, CADE, 2015)

Com a análise das provas apreendidas, qual sejam dados eletrônicos e documentos físicos, restou claro a atuação do suposto cartel e, dessa forma, houve a instauração do Inquérito Administrativo nº 08700.004617/2013-41. (BRASIL, CADE, 2015)

Segundo o conjunto probatório reunido, restou-se demonstrado que a conduta dos membros do cartel consistia em combinação de valores, dividir o mercado, formação de consórcio, subcontratação de membros do cartel e ajustes de condições, vantagens ou abstenções de propostas nas licitações públicas dos projetos de metrô e/ou trens e sistemas auxiliares.

Ademais, concluiu-se nos autos, que os acordos eram mantidos por meio de reuniões presenciais nas sedes das empresas, telefonemas, e-mails e acordos escritos. Ressalte-se que as comunicações ocorriam constantemente com o fim de definir preços e condições de participações nos certames.

Cumprе salientar que a fraude totalizou contratos com mais de R\$ 9 bilhões. A prática ilícita consistia em dividir os procedimentos licitatórios entre os participantes, através da combinação prévia dos valores das propostas a serem apresentadas, com a finalidade de transparecer ainda estarem concorrendo entre si.

Por conseguinte, outra forma utilizada para demonstrar a aparência de competição era a utilização pelos membro do cartel de institutos legais, como a subcontratação e os consórcios.

A subcontratação é uma prática comum entres os agentes colusivos e ocorre quando a empresa vencedora do certame, desde que admitido pela Administração Pública, subcontrata outras empresas para executar os serviços disposto no certame. Já o consórcio, consiste na união de varias empresas de um mesmo mercado, criando-se uma pessoa jurídica, com o propósito de executar serviços públicos.

Os beneficiários do acordo, afirmaram que a prática de cartel teria iniciado em 1998, no processo licitatório referente a Linha 5 do Metrô de São Paulo. As empresas participantes Siemens, Siemens AG, Alstom Transport, DaimlerChrysler, CAF, Mitsui e T'Trans, fizeram acordos sobre a divisão da licitação, posto em prática através do reconSORCIAMENTO do Consórcio SISTREM, formado pela união das empresas que haviam concorrido na fase de pré-qualificação, com vistas a apresentar uma única proposta ao certame.

Portanto, o acordo celebrado consistia no reconSORCIAMENTO entre as empresas integrantes do cartel, em que estas apresentavam-se como concorrentes na fase de pré-qualificação e, em seguida, decidiam formar um único consórcio, chamado de SISTREM. Esta conduta eliminava a possibilidade de concorrência e, conseqüentemente, causava a elevação do preço da proposta.

Observou-se que as condutas anticoncorrenciais foram ficando cada vez mais frequentes e a partir do ano de 2000 se expandiu para alguns projetos da Companhia Paulista de Trens Metropolitana - CPTM.

Entre 2007 e 2008, as reuniões voltaram a ocorrer com objetivo das empresas negociarem novamente sobre a divisão das licitações realizadas pela CPTM. Ressalte-se que desses acordos, eram decididos como a empresa vencedora subcontratariam os outros membros do cartel e quais as condutas a serem adotadas.

Além do mais, as empresas mantiveram contato para caso houvesse a possibilidade de acordos futuros, assim como para definir quais seriam os formatos das colaborações.

Ante o exposto, o CADE concluiu por meio do inquérito administrativo a existência de indícios sólidos sobre o conduta colusiva entres os agentes,

configurando claro desrespeito à livre concorrência, sendo possível e pertinente a imposição das penalidades decorrentes da prática de cartel.

Salienta-se que o supracitado processo atualmente está sob pendência de julgamento, de modo que espera-se que, ao final da instrução processual, a Superintendência Geral do CADE opine pela condenação, tendo em vista o Acordo de Leniência firmado com a Siemens e todas as provas recolhidas nas operações de busca e apreensão nas sedes das empresas.

5 CONCLUSÃO

Face todo o exposto, conclui-se que a utilização de práticas colusivas por empresas do mesmo mercado restringem a concorrência, sendo lesiva para a sociedade como um todo. Estas condutas apenas beneficiam aos participantes do esquema, sendo os principais prejudicados os consumidores e o Poder Público, pois deverão arcar com os prejuízos da ilicitude.

As práticas de conluio entre agentes econômicos causam danos imensuráveis a ordem econômica e, portanto, a gravidade da conduta exige uma forte atuação do Poder Público para erradicação desta prática ilegal, tendo nos últimos anos intensificado-se a busca por cartéis para a sua efetiva punição.

O Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência é o principal órgão antitruste e tem papel fundamental no combate aos cartéis, sendo sua atividade prioritária. Este órgão possui a função de investigar as condutas anticoncorrenciais, bem como fazer a celebração do Acordo de Leniência com o suposto participante da conduta ilícita.

Ademais, o presente trabalho tem o escopo de analisar o instituto do acordo de leniência, assim como a extensão dos benefícios ao proponente e como deve ser seguido o procedimento para sua celebração com a Administração Pública.

Face o exposto, percebe-se que o Acordo de Leniência é um instrumento que surgiu em um bom momento, tendo uma aplicação efetiva no que diz respeito ao combate às práticas anticoncorrenciais e na investigação de atos de corrupção.

Pode-se concluir que o conceito do acordo consiste na cooperação entre o Poder Público e um dos participantes da prática ilícita, decorrendo a obrigação do proponente apresentar provas da conduta sob investigação em troca da extinção ou abrandamento das penalidades da prática ilícita.

São condições imprescindíveis para a celebração ser o primeiro a informar o CADE sobre a ilegalidade, confessar a participação, fornecer provas que confirmem a prática, cessar a conduta no ilícito e colaborar ativamente com as investigações.

Ressalte ainda que o instituto goza de constitucionalidade, visto que não há violação às garantias e aos direitos fundamentais, pois não há obrigatoriedade em sua celebração, sendo opção do agente celebrar ou não o acordo, assim como não enseja na disponibilidade do interesse público.

No entanto, o que ocorre de fato é a perseguição ao interesse público, visto que para este é mais relevante à punição dos demais infratores do que a impunidade pela falta de provas.

Ainda no que se refere ao programa, percebe-se que, em razão da sua eficácia, são elevadas as informações obtidas sobre cartéis, contribuindo como meio desestabilizador da prática, uma vez que a qualquer momento um dos infratores poderá denunciar a prática para obter as imunidades quanto ao ilícito.

Adentrando ao tema, é importante destacar a figura da Leniência plus, que é um mecanismo utilizado quando o agente não possua as qualificações necessárias para celebrar o acordo sobre o cartel que era parte. Todavia, caso forneça informações sobre um novo cartel e cumpra as condições para celebração do acordo, poderá ter um abrandamento pela prática do primeiro cartel e a extinção da punibilidade quanto ao segundo cartel.

Quanto aos benefícios advindos do acordo, sabe-se que a prática de cartel é um ilícito administrativo e penal, ensejando nas duas penalidades, assim como em indenizações no âmbito civil a danos causados a terceiros. Dessa forma, ao celebrar o acordo, o proponente pode reduzir ou extinguir as penalidades de ambos os ilícitos, desde que cumpridos todos os requisitos ao acordo.

Ademais, os certames licitatórios são considerados ambiente propícios aos cartéis, visto que é o meio legal de adquirir serviços públicos e, ainda por cima, movimentam grandes quantias de dinheiro.

A colusão tem a finalidade de definir o vencedor da licitação por meio de condutas coordenadas e implementar formas de distribuição dos lucros pela contratação com preço elevado aos demais participantes.

As fraudes em licitações, nos dias de hoje, podem ser caracterizadas de duas formas. A primeira delas é através da corrupção de agentes públicos que elaboram editais e conduzem os procedimentos licitatórios. A segunda, por sua

vez, ocorre pelo comportamento de empresas que realizam atos contrários à concorrência como a prática de cartel em certames públicos.

Conclui-se também que as práticas de conluio nos certames licitatórios são configuradas por meio de acordos que possuem a finalidade de burlar a concorrência que deveria existir. Os cartéis utilizam das mais diversas estratégias para transparecer ainda estarem concorrendo entre si para não serem descobertos.

Tais conduta como, as proposta fictícias, fixação de preços, supressão de propostas, rodízio de vencedores no certame, divisão de mercado, subcontratação, consórcio e lances complementares, utilizando-se até mesmo mais de uma para que ao final sejam repartidos os lucros.

Diante disso, também foi analisado as jurisprudências do CADE, em que através da celebração de acordos de leniência, foi possível a detecção e punição de cartéis que atuavam em licitações, bem como a instauração de processos administrativos para investigar demais casos.

Dessa forma, é possível concluir que o programa de leniência é uma política efetiva de combate aos cartéis, visto que, desde o seu surgimento, tem contribuído para a descoberta e punição de conluios entre empresas dentro dos certames licitatórios, sendo um mecanismo antitruste eficiente contra condutas anticoncorrenciais e corrupção.

REFERÊNCIAS

BECKMANN, Michael. **Art Auctions and Bidding Rings: Empirical Evidence from German Auction data**. Disponível em:

em:<<http://www.springerlink.com/content/j416418654264r4j/>>

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Delação premiada na “lava jato está eivada de inconstitucionalidade**. Disponível em:< <http://www.conjur.com.br/2014-dez-04/cesar-bitencourt-nulidades-delacaopremiada-lava-jato>> Acesso em: 14. ago. 2016.

BOS, Iwan; WANDSCHNEIDER, Frederick. **Cartel Ringleaders and the Corporate Leniency Program**. CCP Working Paper 11-13. 15 Ago. 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1910000>>. Acesso em: 21. Out. 2016

BRANCO, Nelson de Andrade; BARRETO, Celso de Albuquerque. **Repressão ao abuso do poder econômico lei antitruste**. - São Paulo: Editora: Atlas, 1964.

BRASIL. CADE. **PROCESSO ADMINISTRATIVO 08012.001826/2003-10**. Disponível em: www.cade.gov.br. ACESSO EM: 15.10.2016.

_____. CADE. **PROCESSO ADMINISTRATIVO 08012.002127/2002-14**. Disponível em: www.cade.gov.br. ACESSO EM: 18.10.2016.

_____. CADE. **PROCESSO ADMINISTRATIVO 08012.006989/1997-43**. Disponível em: www.cade.gov.br. ACESSO EM: 08.08.2016.

_____. CADE. **PROCESSO ADMINISTRATIVO 08012.009118/1998-26**. Disponível em: www.cade.gov.br. ACESSO EM: 16.10.2016.

_____. CADE - Conselho Administrativo de Defesa da Econômica. **Guia Programa de Leniência Antitruste do Cade**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-programa-de-leniencia-antitruste-do-cade-versao-preliminar-1.pdf>. Acesso em: 10 de ago. 2016.

_____. CADE. **INQUÉRITO ADMINISTRATIVO 08700.004617/2013-41**. Disponível em: www.cade.gov.br. ACESSO EM: 12.10.2016

_____. Código Penal (1940). **DECRETO-LEI Nº 2.848**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 18/10/2016.

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

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

_____. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?4cec2ff13edc5ffb48095e>>. Acesso em: 03.ago.2016.

_____. **Lei 12.846 de 2013**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm> Acesso em: 18. ago. 2016.

_____. Lei 8.666 (1993). **Lei de Licitações e Contratos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 16/08/2016.

_____. **Lei Federal n.º 12.529/2011**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 23/08/2016.

_____. **Lei Federal n.º 8.884/1994**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 19/09/2016.

_____. **Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999** (publicada no Diário Oficial da União de 28.6.99) Disponível em: www.cade.gov.br. Acesso em: 02/09/2016.

BRASÍLIA. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo administrativo n. 08012.002127/2002-14**. Relator: Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado. 13 ago. 2005. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b60b241d345d069fc>>. Acesso em 20 set. 2016.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo administrativo n. 08012.002127/2002-14**. Voto Vogal: Presidente Elizabeth Maria Mercier Querido Farina. 13 jul. 2005. Disponível em: <http://nc-moodle.fgv.br/cursos/centro_rec/docs/voto_farina_britas.pdf>. Acesso em: 25 out. 2016.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Parecer jurídico referente ao PA 08012.004484/2005-51**. São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b60b241d345d069fc>> Acesso em 21 out. 2016.

CARNEIRO, Breno Z. **Barreiras à entrada e habilitação em licitação: o artigo 37, inciso xxi, da constituição federal visto sob as perspectivas do direito administrativo e do direito antitruste**. 2008. 149 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) - Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

CASTELO BRANCO, Fernando. **Crimes econômicos e processo penal: reflexões sobre o acordo de leniência**. São Paulo: Saraiva, 2008.

CECCATO, Marco Aurelio. **Cartéis em licitações: Estudo tipológico das práticas colusivas entre licitantes e mecanismos extrajudiciais de combate**. 2012, 59 f. Monografia (Graduação) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

COSTA, Adriano Turcato. **Acordo de Leniência**. Disponível em:http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14475&revista_caderno=16. Acesso em: 15.out. 2016.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Aurélio – **Dicionário da Língua Portuguesa** – Século XXI. Nova Fronteira: Rio de Janeiro, 2005, p. 1200.

FERREIRA, Bráulio Cavalcanti. Monografia sobre a **Política de Combate a Cartel no Brasil- Análise Jurídica do Acordo de Leniência e do Termo de Compromisso de Cessação de Prática**. São Paulo, 2011.

FERREIRA, Maurício Alencar Alves. **O cartel e suas práticas nas licitações públicas**. 2015. fls. 49. Monografia (Obtenção do grau em Bacharel em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

FIDALGO, Carolina Barros; CANETTI, Rafaela Coutinho. **Os acordos de Leniência na lei de combate a corrupção**. In: SOUZA, Jorge Munhos QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Orgs.).Lei Anticorrupção. Salvador: Juspodivm, 2015.

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

FONSECA JÚNIOR, Marco Antonio. **A prova do cartel**. 2011. f. 59. Monografia graduação - Faculdade de Direito, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2011.

FORGIONI, Paula Andrea. **Direito concorrencial e restrições verticais** - Paula Andrea Forgioni ; prefácio Eros Roberto Grau. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012).

FREITAS, Rafael Vêras de. O combate aos cartéis nas licitações (visando à copa do mundo de 2014 e às olimpíadas de 2016). **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 9, n. 33, jan/mar. 2011

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste: o combate aos cartéis**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GARCIA, Marcos Leite. GORDILHO, Heron José de Santana. MUZZI FILHO, Carlos Victor. **Esfera Pública, Legitimidade e Controle**. In: XXIV Congresso Nacional do Conpedi - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA. 2015, Florianópolis. Artigo apresentado. Florianópolis: Conpedi, 2015.

GONÇALVES, Livia C. V. **O Acordo de Leniência na Investigação Antitruste: da legislação ao leading case brasileiro**. Publicações da Escola da AGU - Pós-graduação em Direito Público - UnB. 2010.

HAMMOND, Scott. **Cornerstones of an effective leniency program and internacional competition (ICN)**. Drafting and implementing an efficient leniency program. Cartel working group, 2006.

_____, Scott. **Cracking cartels with Leniency Programs**. Apresentação ao OECD Competition Committee, 18 out. 2005. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/212269.pdf>>.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e contratos Administrativos**. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

LIRA, Bruno; NÓBREGA, Marcos. O Estatuto do RDC é contrário aos cartéis em licitação? Uma breve análise baseada na teoria dos leilões. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, p. 37-60, out./dez. 2011.

MAGGI, Bruno Oliveira. **O Cartel e seus Efeitos no Âmbito da Responsabilidade Civil**. Dissertação de Mestrado apresentada na USP. 2010. Disponível em: file:///C:/Users/maquina02/Downloads/Bruno_Oliveira_Maggi_Dissertacao_O_cartel_e_seus_efeitos_no.pdf. Acesso em: 15. Set. 2016.

MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro. modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. **REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO**, v. 2, n. 2, p. 509-527, 2015a. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda/>>. Acesso em: 05.ago.2016.

_____, Thiago. **Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: organização, processos e acordos administrativos**. São Paulo: Atlas, 2015b.

MARTINEZ, Ana Paula. Desafios do acordo de leniência da Lei nº 12.846/2013. **Revista do Advogado**. São Paulo, v.125, p. 25/30, dez. 2014.

_____, Ana Paula. **Repressão a Cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**. ed.1. São Paulo: Editora: Singular, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo moderno**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 1053.

MENDES, Denise Nogueira Magri. **Combate à Formação de Cartéis na Defesa da Concorrência**. 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,combate-aformacao-de-carteis-na-defesa-da-concorrenca,48809.html>. Acesso em: 18 set. 2016.

MONTI, Mário. **Why should be concerned with cartels and collusive behavior? Fighting Cartels: Why and how**. Conferência perante a Autoridade de concorrência da Suécia, 2001.

MORAIS, Bruna Márcia Machado. DA SILVA, Mygre Lopes. COSTA, Vânia Medianeira Fores. CORONEL, Daniel Arruda. FILHO, Reisoli Bender. Análise das práticas anticompetitivas notificadas ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Revista Diálogos Interdisciplinares**. Vol. 5 nº 2. Pág. 57. 2016.

MORCILLO, Francisco Morchón; TROSTER, Roberto Luís. **Introdução à economia**. São Paulo: Makroon Books, 1994, p. 161.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. A juridicidade da Lei Anticorrupção. Reflexões e interpretações prospectivas. In: **Revista Fórum Administrativo – FA**. Belo Horizonte, ano 14, n. 156, fev. 2014.

NUNES, C.; GOMES, C. Aspectos concorrenciais do varejo de combustíveis no Brasil. In: **XXXIII Encontro Nacional de Economia – ANPEC**, Natal, 2005.

OLIVEIRA, Gesner. RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**, Ed.2. editora: Revista dos Tribunais. 2013.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; NEVES, Daniel Amorim Assumpção da. O sistema brasileiro de combate à corrupção e a lei 12.846/2013: in **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 65, p. 193 - 206, mai.- ago.2014.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - OECD. **Fighting Cartels in Public Procurement**. 2010 Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/45/63/41505296.pdf>>. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/45/63/41505296.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2016.

PETRELLUZZI, Marco Vinício; RIZEL JUNIOR, Rubens Naman. **Lei Anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata**. São Paulo: Saraiva, 2014.

PINDYCK, R. S.; RUBINFELD, D. L. **Microeconomia**. 5 ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002.

PINHA, Lucas Campio. BRAGA, Marcelo José. OLIVEIRA, Glauco Avelino Sampaio. A efetividade dos programas de leniência e o contexto brasileiro. **Revista de Defesa da Concorrência**. v.4, nº1,p. 133-152, maio, 2016.

PONDÉ, J. L; FAGUNDES, J.; POSSAS, M. Custos de Transação e Políticas de Defesa da Concorrência. **Revista de Economia Contemporânea**, v. 2, 1998.

RAMOS, José Maria. GONÇALVES, Oksandro. **O acordo de leniência como instrumento de tutela da defesa da concorrência no Brasil**. In: III Encontro de Intercionalização do Conpedi, 2015, Madrid / Espanha. Trabalhos apresentados. Madrid: Conpedi, 2015. p. 57.

RODAS, J. G. Acordos de leniência em direito concorrencial: práticas e recomendações. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 862, vol. 96, pp.22/33, agosto, 2007.

SAIDEL. Gabriel Varaldo. **O acordo de leniência da Lei nº 12.846/2013**. 2015. 45 fls. Monografia (Obtenção do título de Bacharel em Direito) - Curso da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Ribeirão Preto. 2015.

SALES, Marlon Roberth. BANNWART JUNIOR, Clodomiro José. O Acordo de Leniência: uma análise de sua compatibilidade constitucional e legitimidade. **Revista do Direito Público**. Londrina, v.10, n.3, p.31-50, set/dez.2015. DOI: 10.5433/1980-511X.2015v10n3p31. ISSN: 1980-511X.

SALOMÃO FILHO, Calixto . **Direito Concorrencial: As Condutas** - Calixto Salomão Filho - São Paulo: Editora Malheiros Editores LTDA, 2003.

_____, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____, Calixto. **Regulação e Concorrência (estudos e pareceres)**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 158.

SALOMI, Máira Beauchamp. **O acordo de leniência e seus reflexos penais**. 2012. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-11102012-085658/pt-br.php>>

SANTOS, André Maciel Vargas dos. **O acordo de leniência e seus reflexos no direito penal**. Disponível em:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10270>>. Acesso em: 22 de outubro de 2016.

SCHUARTZ, Luis Fernando. **Ilícito antitruste e acordo entre concorrentes**. In: Possas, M. L. (org.). *Ensaio sobre economia e direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2002. p. 119.

SILVA, Miguel Moura. **Direito da concorrência: uma introdução jurisprudencial**. Coimbra: Almedina, 2008.

SOBRAL, Ibrahim Acácio Espírito. O acordo de leniência: avanço ou precipitação? **Revista do IBRAC**, v. 8, 2001.

SPAGNOLO, Giancarlo. **Leniency and Whistleblowers in Antitrust**. In: BUCCIROSSI, P. (Ed.). *Handbook of Antitrust Economics*, M.I.T. Press, 2008.

TAUFICK, R. D.. **Nova lei antitruste brasileira: A lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉ- TODO, 2012.

VASCONCELOS, Silvinha Pinto; VASCONCELOS, Cláudio Roberto Fóffano. **Investigações e obtenção de provas de cartel: por que e como observa paralelismo de conduta**. *Ensaio FEE*, v. 26, nº 2, p. 855-876, nov/2005.

VILLARES, Andréa Lúcia Nazário. **Instrumento jurídicos consensuais para proteção à concorrência. 2009**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://WWW.sapientia.pucsp.br//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=10296

VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR: **P.A. 08012.001826/2003-10**. <http://academico.diretorio.fgv.br/ccmw/images/1/17/200310__voto_Sics%C3%BA.pdf> Acesso em 15 de julho de 2016.