



Universidade Federal do Ceará

Faculdade de Direito

RAISSA NOHARA BORGES DE MATOS

**ANALISE SOBRE AS FORMAÇÕES DOS CARTEIS NAS
LICITAÇÕES NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.**

FORTALEZA

2017

RAISSA NOHARA BORGES DE MATOS

Uma análise sobre as formações de Carteis nas licitações e os mecanismos de Combate no âmbito da Administração Pública.

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Machidovel Trigueiro Filho

FORTALEZA

2017

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

M1a MATOS, RAISSA NOHARA BORGES DE MATOS.

ANALISE SOBRE AS FORMAÇÕES DOS CARTEIS NAS LICITAÇÕES NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA : ANALISE SOBRE AS FORMAÇÕES DOS CARTEIS NAS LICITAÇÕES NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA / RAISSA NOHARA BORGES DE MATOS MATOS. – 2017.

50 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2017.

Orientação: Prof. Dr. MACHIDOVEL TRIGUEIRO FILHO.

1. CARTEL. 2. LICITAÇÃO. 3. LIVRE CONCORRÊNCIA. I. Título.

CDD 340

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

A000

Uma análise sobre as formações de Cartéis nas licitações e sobre os mecanismos de Combate ao cartelismo no âmbito da Administração Pública. / Raissa Nohara Borges de Matos – 2017

10 f.: enc. ; 30 cm

Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, 2017.

Área de concentração: Direito Econômico e Administrativo.

Orientação: Prof. Dr. Machidovel Trigueiro Filho.

RAISSA NOHARA BORGES DE MATOS

**Análise sobre as formações de Carteis nas licitações no âmbito da
Administração Pública.**

Monografia submetida à Coordenação do
Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal do Ceará, como requisito
parcial para a obtenção do grau de bacharel em
Direito.

Área de concentração: Direito Econômico e
Administrativo.

Aprovada em: ___/___/_____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Machidovel Trigueiro Filho (orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Nome
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Nome
Universidade Federal do Ceará (UFC)

À Deus,

A meus pais, Manoel e Cleide

Aos meus irmãos.

AGRADECIMENTOS

À Universidade Federal do Rio Grande do Norte

À Universidade Federal do Ceará

Ao meu Deus à quem dedico minha vida. Obrigada senhor por tanto amor, proteção e misericórdia. O senhor me guardou e me sustentou até aqui. Que com a minha profissão eu venha te honrar papai.

À minha mãe que representa toda força, coragem, dedicação e independência que uma mulher poderia ter para enfrentar o mundo e criar seus filhos. À você minha rainha espero dedicar minha vida para compensar um pouco de tanto amor doado à mim.

Ao meu querido Pai à quem dedico essa vitória da graduação por sempre ter sido meu espelho profissional. Sua história me inspira, me encoraja e me dá ânimo. Obrigada por ter sido meu Norte! Agradeço à Deus por me ter dado a chance de ter o senhor ocupando esse papel fundamental na minha vida.

Aos meus irmãos que sei que estão orgulhosos dessa significativa vitória. Tê-los sempre presente é algo confortante, obrigada pelo apoio de sempre.

Aos meus avós também dedico esse momento.

Em especial à minha vovó Raimunda que, apesar da distância geográfica e dos poucos dias que convivemos durante cada ano, me dedica todo amor, afago e cuidado inerentes de avó. Te amo muito.

Aos meus verdadeiros amigos que sem precisar nomeá-los agradeço todo amor e companheirismo para comigo há tantos anos.

Aos Fundamentais, amigos que trago desde o 1º ano do ensino fundamental no nosso amado colégio Professora Silvia Helena Nogueira. Me emociono em agradecer-los, pois vocês são frutos de uma amizade de infância, momento em que nos ligamos afetivamente sem nenhum outro interesse senão brincar, rir, comer, brigar. Com vocês vivi os melhores momentos no colegial, entre feiras nordestinas e literartes rimos e brigamos muito, mas sempre juntos. Hoje cada um segue o rumo de suas vidas, mas nos mantemos ligados por que assim acredito ser da vontade de Deus. Amo vocês meus fundamentais. Obrigada por se alegrarem comigo!

Ao meu companheiro de vida, meu amor, que me deu força e me proporcionou calma nos momentos de desespero durante esses anos de caminhada na graduação. Obrigada por todo apoio, cuidado e carinho.

Ao Colégio Professora Silvia Helena Nogueira, que teve seu papel fundamental na construção do meu ser. Nessa escola tive grandes professores que ensinavam e amavam seus alunos, pelos quais sempre dediquei meu respeito e temor. À Tia Neuma, diretora, proprietária dessa valorosa instituição educacional, agradeço- lhe tanto amor dedicado à mim durante meu ensino Fundamental I e II, a senhora faz parte dessa vitória.

E aos demais que contribuíram diretamente e indiretamente para que esse sonho fosse possível.

“ Grande é o nosso Soberano
e tremendo é o seu poder;
é impossível medir o seu entendimento.”
Salmos 147:5

RESUMO

O presente trabalho tratará, primeiramente, dos fatores de ameaças e defesas da livre concorrência na economia, e como surgiu, no âmbito jurídico brasileiro, dispositivos que fizessem menção à sua proteção na ordem econômica nacional. Em seguida, será abordado sobre uma perspectiva de evolução histórica, o desenvolvimento e as práticas do cartel, perpassando pelos pontos que facilitam sua formação, os objetivos de seus componentes, os prejuízos a livre concorrência, ao mercado e especificamente, no âmbito das licitações pública, trazendo de uma forma clara quais os principais danos acarretados ao estado e ao erário. Também serão abordados Mecanismos da Lei nº 8.666/93 para combater a prática do cartel, ressaltando pontos positivos e negativos, fazendo uma crítica ao modelos tradicional do procedimento licitatório na sua modalidade concorrência composta por cinco fases em que torna o procedimento moroso, burocrático facilitando assim o conluio entre as empresas concorrentes. Por fim, será trazido à baila, os mecanismos de combate a formação de cartéis nas licitações no âmbito jurídico brasileiro, abordando os meios extrajudiciais preventivos e repressivos de combate à prática da cartelização.

Palavras – Chaves: Cartel, Licitação, Combate ao cartel, Livre concorrência

Abstract

The present work will firstly deal with threat and defense factors of free competition in the economy and how it has appeared, in Brazilian legal scope, devices that make reference to its protection in the national economic order. Then it will be approached a perspective of historic evolution of the development and cartel practices, passing through the points that facilitate their formation, their component goals, the losses to free competition, the market and specifically in the context of public procurement, bringing in a clear way the main damages brought to the state and treasury. It will also be approached Mechanisms of Law 8.666 / 93 to combat cartel practice, emphasizing positive and negative points, making a criticism to the traditional model of procurement procedure in its competition mode comprised five phases in which makes the procedure slow and bureaucratic, facilitating the collusion between rival companies. Lastly, it will be brought out the mechanisms to combat cartel formation in the procurements in the Brazilian legal sphere, approaching the preventive and repressive extrajudicial ways to combat the practice of cartelization.

KEY WORDS: Cartel, Procurement, Combat the cartel, Free competition.

Sumário

1. Introdução.....	13
1.1 Conhecimentos Prévios Relevantes.....	15
1.1.1 Licitação.....	15
1.1.2.Considerações acerca da Livre Concorrência.....	19
1.2 Direito Antitrusti	20
2. Cartel	25
2.1. Conceito e Historicidade	25
2.2 Constituição de Empresas Fantasmas.....	29
2.3 Consórcios entre Concorrentes.....	32
3 Os mecanismos de combate a formação decarteis nas licitações no ambito juridico brasileiro.....	34
3.1 Sistema Brasileiro De Defesa Da Concorrência.....	34
3.2 Cade e análise dos atos de concentração.....	35
3.3 Sujeitos Passivos : Atos Praticados Pelo Poder Público.....	36
3.4 Intervenção Estatal na Atividade Econômica.....	37
3.5 Antitrusti e os Agentes Estatais	38
Conclusão	40
Referências	42

1. INTRODUÇÃO

O presente projeto de pesquisa inicia-se com uma análise do instituto de Defesa da Concorrência no Brasil, partindo da noção de proteção à livre iniciativa e de defesa do mercado.

Diante disso, será apresentada a legislação antitruste no país e seus principais aspectos. Será apresentado o porquê do surgimento dessas leis, os motivos que levaram os legisladores a aprovarem-nas, ou seja, os possíveis objetivos pretendidos com a existência delas.

Com isso, analisa-se o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, atualmente regulado pela Lei 12.529, de 2011, que estabelece agentes para atuarem frente às ofensas ao mercado. A lei brasileira impõe a ação desses atores mesmo se os possíveis responsáveis pela ofensa à Ordem Econômica forem pessoas estatais.

O atual contexto da economia brasileira está inserida em uma ótica capitalista em que a livre concorrência se torna um dos pilares essenciais para o perfeito funcionamento da economia. Apesar dessa relação de interdependência entre a livre concorrência e o sistema econômico capitalista, muitas empresas se articulam para promoverem práticas ilegais que ferem a livre concorrência, causando danos ao consumidor e ao próprio mercado.

O presente trabalho tratará dos fatores de ameaças e defesas da livre concorrência na economia, e como surgiu, no âmbito jurídico brasileiro, dispositivos que fizessem menção à sua proteção na ordem econômica nacional, além buscar trazer as claras as definições de termos que serão demasiadamente utilizados no discorrer do presente, tais como concorrência, licitação, cartel e Direito Antitrusti.

Quanto à classificação da pesquisa, esta é caracterizada como bibliográfica e documental. Para Perovano (2016, p. 186), a pesquisa bibliográfica é desenvolvida “unicamente com referenciais impressos ou procedentes de internet busca cobrir uma

quantidade de variáveis de pesquisa mais amplas do que se poderia pesquisar diretamente no campo”.

Quanto à pesquisa documental, o autor ressalta que consiste em um “desenho qualitativo que difere da modalidade bibliográfica pelas características das fontes, uma vez que se utiliza de artefatos documentais considerados passados ou históricos” (PEROVANO, p. 187).

Quanto à natureza, a pesquisa classifica-se como pesquisa aplicada, com objetivos de gerar conhecimentos para a aplicação prática e a solução de problemas específicos. Cervo, Bervian e Da Silva (2007, p. 60) afirmam que na pesquisa aplicada, “o investigador é movido pela necessidade de contribuir para fins práticos, mais ou menos imediatos, buscando soluções para problemas concretos”.

Quanto à abordagem do problema a pesquisa é quantitativa, a fim de traduzir em números e percentuais as opiniões dos pesquisados. Segundo Mascarenhas (2012), “acredita-se que estudos baseados em dados quantitativos ofereçam uma base mais segura para que o pesquisador tire suas conclusões”.

Perovano (2016, p. 45) esclarece que a pesquisa qualitativa parte do princípio de que “o pesquisador realiza a delimitação do problema de pesquisa e, então, extrai a pergunta da investigação, a hipótese e os objetivos, com a posterior construção da revisão de literatura”.

Quanto aos objetivos esta pesquisa tem caráter exploratório e descritivo, pois busca familiarizar o tema e torná-lo mais explícito. Mascarenhas (2012, p. 46) esclarece que “A pesquisa exploratória é recomendada para quem pretende criar mais familiaridade com um problema para, depois, criar hipóteses sobre ele”.

1.1. CONHECIMENTOS PRÉVIOS RELEVANTES

1.1.1 – Licitação

Licitação nada mais é do que um conjunto de ações praticadas pela administração e pelo licitante, englobando a necessidade de contratar e ser contratado. Partindo da premissa de que os agentes administradores lidam com dinheiro público, os mesmos não podem fazer com ele o que acharem conveniente, assim como não podem comprar produtos de um certo fornecedor sem a justificativa e motivação necessária ao atendimento do melhor interesse da administração, por isso fez surgir o procedimento licitatório, como meio mais adequado para administração contratar com um particular.

Para Celso Bandeira de Melo, Licitação é o certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. (MELLO, 2006, p.503)

A administração pública em todas suas esferas seja estadual, federal ou municipal, não poderá abster do processo licitatório, somente em alguns casos previstos em lei. Trata-se do princípio da obrigatoriedade de licitação, decorrente dos arts. 37, XXI e 175 ambos da CRFB/88 (CARVALHO FILHO, 2011, p. 235).

Apesar de o texto constitucional vir expresso a necessidade de processo licitatório, foi necessário que a constituição estabelecesse as diretrizes de como deverão ser feitos esses processos, ficando a cargo da Lei nº 8.666/93, trazer em seu conteúdo os critérios a serem obedecidos. Os atos da administração pública deverão obedecer ao princípio da publicidade, onde todos os interessados tenham acesso à informação dos atos públicos e seus andamentos, em que possibilitará ampla concorrência e uma lisura no procedimento.

O instrumento da licitação veio para proporcionar transparência, publicidade e economicidade. A economicidade só é capaz de se atingir através da concorrência entre interessados no certame, com a manipulação da falsa disputa tem-se que o consumidor, nesse

caso a administração pública, sai extremamente prejudicada dessa relação negocial. Portanto, a prática de cartel inviabiliza e fere a tentativa da Administração Pública de fazer compras e contratar serviços com orçamentos justos que possam ser benéficos para a Administração e para a sociedade como um todo.

A administração pública ao contratar serviços ou adquirir produtos deve observância obrigatória à diversos princípios, os quais não apresentou uma indicação uniforme entre os doutrinadores¹, mas que em termos gerais são os princípios gerais da Administração pública, tais como o da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade, eficiência, e também será abordado alguns em específicos e que vinculam o procedimento licitatório.

O art. 3º da Lei nº 8.666/93, com a redação conferida pela Lei nº 12.349/10, dispõe que “a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos”.

O princípio da legalidade extraído do Art. 5, II da CRFB/88, preceitua que os administradores da coisa pública deverão agir conforme previsto em lei, tendo no normativo legal o pressuposto para toda a atuação administrativa. Em matéria de licitação observamos a grande relevância desse princípio, pois esta constitui um procedimento inteiramente vinculado à lei, já que todas as suas fases estão rigorosamente disciplinadas na Lei nº 8.666/93, e dessa forma está previsto em seu art 4º:

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

O Princípio da Impessoalidade tem como preceito fundamental a busca pelo fim especificado em lei, sem interferência de interesses pessoais, e por isso encontra-se

¹ Di Pietro, pag 377, Direito Administrativo, EDITORA ATLAS S.A, São Paulo, 27ª edição, 2014

intimamente ligado ao princípio da isonomia e do julgamento objetivo das propostas no procedimento licitatório conforme extrairmos de diversos dispositivos reproduzidos na lei 8.666/93². Esse princípio, assim como o da legalidade, encontra-se expressamente mencionado no art. 37, XXI, da Constituição Federal:

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

O princípio da moralidade traz consigo a exigência de comportamento baseado na honestidade segundo os bons costumes, buscando sempre o melhor resultado para a administração, vinculando a conduta do agente público, bem como dos particulares que participam do processo de contratação. Conforme bem ensina Marçal Justen Filho, “a moralidade soma-se à legalidade. Assim, uma conduta compatível com a lei, mas imoral, será inválida”³. Não há a restrição desse princípio à legalidade, até porque ainda que uma conduta não esteja expressamente prevista em lei, mas que afronta a probidade administrativa deve ser rechaçada por não está de acordo com o ordenamento jurídico pátrio.

O princípio da igualdade ou isonomia buscar efetivar a igualdade de direitos entre todos os concorrentes dispostos a contratar com a administração, além de facilitar na busca pela melhor e mais vantajosa proposta. Está disposto no Art. 37, XXI, da constituição, além

² Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do *princípio constitucional da isonomia* e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração.

§1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;

II - *estabelecer tratamento diferenciado* de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, *entre empresas brasileiras e estrangeiras*, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais. [...]

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

§1º É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.

³ JUSTEN FILHO. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 65.

das previsões na própria lei de licitação como a caput e do § 1º, inciso II do Art. 3º que alude:

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

(...)

II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991.

Portanto, devido a grande relevância desse princípio no estado democrático de direito, a lei de licitações foi fiel à trazê-lo em diversos dispositivos além do mencionado, com intuito de se buscar uma maior efetividade ao direito à concorrência leal. Vale ressaltar, sem adentrar muito nesse ponto, que há exceções ao princípio da igualdade, no que diz respeito por exemplo Art. 179 da Constituição Federal que trouxe um tratamento jurídico diferenciado às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Seguindo na explanação dos princípios, temos o da publicidade que consta previsto no artigo 3º da Lei nº 8.666/93, e dispõe sobre tornar público todo ato administrativo, com exceção dos atos protegidos pelo sigilo legal, e, portanto, todas as fases do procedimento licitatório, que a priori possibilita uma maior fiscalização no âmbito da concorrência. Esse princípio se correlaciona diretamente com o princípio da legalidade e da moralidade, pois somente após tornar público todos os atos e informações geradas pelos administradores é que poderão ser verificado se a ordem legal está sendo observada.

Veremos que a exigência por parte do estado relativo a observâncias de todos esses princípios por hora abordados fazem grande diferença no combate à formação de cartéis. Princípios como da impessoalidade em detrimento da coisa pública nos remete a análise da conduta dos agentes administrativos que também participam da cadeia estrutural dos cartéis no mercado, repassado informação muitas vezes não disponíveis, como, por exemplo, em

licitação através da modalidade pregão eletrônico onde os lances, por serem eletrônicos, não estão disponíveis à todos até o resultado final, mas que através do repasse de informações por parte de agentes públicos possibilitam ainda sim a formação de conluio entre empresas interessadas no certame.

1.1.2 Considerações acerca da Livre Concorrência

A livre concorrência surge como princípio constitucional da ordem econômica, que tem como fundamento a livre iniciativa, conforme o disposto no artigo 170 da Carta Magna:

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; (Brasil. Constituição, 1988)

Extrai-se desse dispositivo o caráter social e limitado do poder interventivo do estado, primando pela proteção da dignidade da pessoa humana, estabelecendo regras e limites a ordem econômicas, tendo por fim assegurar a existência digna, conforme os ditames da justiça social, respeitados os princípios da soberania nacional, livre concorrência, defesa do consumidor, propriedade privada, dentre outros.

Sobre o assunto, Eros Grau (apud 2007, p. 202-208) afirma que a livre iniciativa nada mais é do que um desdobramento da liberdade e não se esgota tão-somente como uma afirmação do capitalismo, revelando-se em liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho enquanto valor social. A livre iniciativa, assim, é “modo de expressão do trabalho e, por isso mesmo, corolário da valorização do trabalho, do trabalho livre [...] em uma sociedade livre e pluralista”.

A Livre Concorrência, por sua vez, é um direito difuso, direito de todos e para todos, pressuposto para efetivação dos demais direitos econômicos. Com base na livre concorrência é que se pode falar em livre iniciativa. Para a efetivação desse direito constitucional, vários são os agentes responsáveis no combate às práticas que trazem prejuízos à Ordem Econômica.

Historicamente, pode-se entender essa ideia de concorrência em uma breve análise sobre a formação do capitalismo.

O economista brasileiro Luiz Carlos Bresser, quando veio a emoldurar fases da economia capitalista, chamou de Capitalismo Competitivo⁴ um momento de consolidação da competição como característica inerente ao sistema de produção capitalista. Nessa fase, destaca-se a ideia de concorrência, que se torna, com o tempo, um requisito de sobrevivência de empresas no mercado.

Dentro da perspectiva jurídico-econômica, surge o Direito de Concorrência como objeto de merecido estudo para a efetivação dos direitos sociais e econômicos, para prevenir e reprimir, quando necessário, os abusos do poder econômico.

1.2 Direito Antitrusti

O Direito antitruste, tem como enfoque a repressão ao abuso do poder econômico e a tutela da livre concorrência pelo Estado através da implementação de políticas públicas, Isabel Vaz o qualifica de “conjunto de regras e instituições destinadas a apurar e a reprimir as diferentes formas de abuso de poder econômico e a promover a defesa da livre concorrência”⁵.

Sua evolução histórica teve marco inicial no Canadá com a aprovação do estatuto antitruste em 1889 e no ano seguinte os Estados Unidos da América adotou o seu Sherman Act. Essas legislações vieram como reação ao pedido de socorro dos pequenos produtores e fazendeiros, que com o movimento da revolução industrial ao final do século XIX, perderam espaço e mercado, viram a elevação dos valores dos insumos de suas mercadorias devido ao controle de mercado realizado pelos trustes⁶.

⁴ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Economia Brasileira: Lucro, Acumulação e Crise. São Paulo: Editora Brasiliense. 1987. p.12.

⁵ Direito Econômico da Concorrência. p. 243.

⁶ Trustes são conglomerados formados por empresas de um determinado setor que se fundiram entre si com intuito de controlar o mercado.

O direito antitruste tem como objetivo combater a influência do poder de mercado, consequentemente freando os possíveis prejuízos que podem causar a prática concorrencial leal. É nesse contexto que além da defesa concorrencial surge a necessidade de se criar e manter um ambiente favorável a competição. GAMA define os objetivos do antitruste da seguinte forma:

A política de defesa da concorrência pode ser entendida como um conjunto de normas jurídicas e sociais cuja motivação é restringir atos e práticas que cerceiam o processo concorrencial. Desta forma congrega ações e parâmetros regulatórios do Estado que estão voltados para a preservação de ambientes competitivos e para o desencorajamento de condutas anticompetitivas derivadas do exercício de poder de mercado, tendo em vista preservar e/ou gerar maior eficiência econômica no funcionamento dos mercados.⁷

À vista disso, há duas formas de pôr esse política em prática, uma preventiva que consiste no controle de estrutura de mercado, através da análise de fusões, aquisições e associações de empresas (cartel), procurando impedir o surgimento de estruturas que provoquem um aumento na concentração de poder de mercado por parte de alguns agentes econômicos. A outra já com um cunho repressivo atua por meio da fiscalização e penalização de condutas ou práticas anti-concorrenciais, que visam impedir ações dos concorrentes e/ou prejudicar seus potenciais de aquisição de produtos por meio de práticas colusivas.

No Brasil, o direito antitruste ainda é muito recente, tendo sido identificado seu surgimento somente ao final do século XIX. As normas existentes nos primórdios do estudo nacional sobre esse tema baseava-se no estudo do direito e teorias da economia que tinha como escopo resguardar, explicar e prever o funcionamento do mercado e da economia.

As cartas magnas de 1934 e de 1937 faziam menção à possibilidade de intervenção estatal no domínio econômico sem, prever de forma expressa a repressão ao abuso do poder econômico. A legislação em defesa da concorrência foi positivado no âmbito jurídico nacional desde ao menos 1938, por meio de um decreto lei de nº 869, em decorrência da preocupação

⁷ GAMA, Marina Moreira da. A Teoria Antitruste no Brasil: Fundamentos e Estado da Arte. Disponível em: <http://www.cedeplar.ufmg.br/pesquisas/td/TD257.pdf>. Acesso em 20 maio. 2017. p.12

com a concentração empresarial, nesse período o controle se dava a posteriori, portanto fusões e aquisições que tivessem se concretizado à época constituíram em delito⁸.

Já a constituição de 1962, após um denso processo legislativo, adotou pela primeira vez no Brasil uma lei antitruste efetiva baseada na Sherman Act⁹. A Lei nº 4.137 de 1962 criou o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica¹⁰, responsável por reprimir o abuso ao poder econômico com função de reprimir o abuso do poder econômico, também trouxe consigo as tipificações e sanções cabíveis as empresas que incorrem em práticas anticoncorrenciais.

Entre as bases de elaboração jurídica no Direito antitruste, está a “Concorrência Perfeita” que nada mais é do produtores/fornecedores que possuem a mesma capacidade de se destacar no mercado, tendo acesso livre aos mais diversos insumos e tecnologias, negociando mercadorias idênticas ou similares, de outro lado compradores com acesso fácil a informações sobre preços praticados no mercado e sobre os mais diversos produtos em oferta, possibilitando uma transação justa entre os participantes da estrutura de mercado (MARQUES, 2006, pág 256).

Como preleciona BRUNA :

“No modelo de concorrência perfeita, o produtor é, por assim dizer, um escravo do mercado: incapaz de nele influir, mas por ele absolutamente controlado; forçado a produzir, em conjunto com seus concorrentes, tanto quanto seja possível, a fim de reduzir a escassez ao mínimo, segundo as possibilidades econômicas materiais existentes. Sua remuneração é a menor possível, o mínimo necessário para que ele se mantenha em atividade. Ganancioso, porque procura elevar seu lucro ao máximo, é uma fera enjaulada, enclausurada pelas barreiras intransponíveis impostas inexoravelmente pelo mercado.”¹¹

Partindo disso, concluímos não haver um detentor possuidor único dos insumos e avanços tecnológicos, com amplo poderio de produção em um determinado segmento capaz

⁸ MARTINEZ, Ana Paula. Histórico e Desafios do Controle de Concentrações Econômicas no Brasil. Disponível em: http://www.levysalomao.com.br/files/publicacao/anexo/20120614174238_an-overview-of-merger-review-in-brazil-and-upcoming-challenges.pdf. Acesso em: 20 maio. 2017. p. 26.

⁹ Sherman Act : Legislação antitruste norte-americana.

¹⁰ O CADE já existia como órgão ligado a Presidência da República cuja função também era de repressão às práticas anticoncorrenciais.

¹¹ BRUNA, Sérgio Varela, 1997, p.31.

influenciar o preços e quantidades dos produtos ofertados no mercado já que a prática dessa concorrência está na individualização de decisões, tanto por parte dos agentes econômicos como dos consumidores, havendo uma analogia comparativa somente com o preço praticado no mercado.

Há, ainda, três características que definem a natureza do mercado na concorrência perfeita:

“a) os produtos oferecidos por todos os produtores são idênticos, e, portanto, facilmente substituíveis pelos consumidores; b) os recursos sociais são perfeitamente móveis, podendo num curto prazo ser deslocado de um setor ao outro, de uma empresa a outra; e c) todos os produtores e os consumidores têm perfeito conhecimento sobre o mercado e o preço do bem.” (NUSDEO, Ana Maria. Agências reguladoras e concorrência. In: SUNDFELD, Carlos A. (Org.). Direito Administrativo Econômico. 1a.ed. São Paulo: Malheiros, pag 100, ano 2000)

Dessa forma, a Concorrência Perfeita seria o modelo ideal para se buscar os benefícios à sociedade, com produtos diversos e preços mais baixos, sem que os competidores sofram com a influência de possíveis agentes detentores de poder econômico. No entanto, constatamos que essa teoria foi incapaz de conter o avanço da concentração do poder econômico privado, como os monopólios e oligopólios, que tiram a perfeição do sistema de concorrência.

Com essas definições supracitadas, vemos que nenhuma empresa conseguiria força de influência suficientemente capaz de provocar alterações nos preços de produtos de determinados segmentos com o intuito de obter margens de lucros exorbitantes, protegendo assim à livre concorrência, que seria a verdadeira definidora natural dos fatores que incidiram na determinação dos valores dos produtos e/ou serviços ofertados no mercado.

Quando ocorre o inverso da concorrência perfeita temos como consequência a atuação das influências individuais de agente com poder de mercado controlando a produção, a quantidade e preço de produtos e/ou serviços a serem ofertados, ocasionando, portanto, o que chamamos de monopólios de mercado, fator extremamente danoso para economia e para os interesses comuns dos consumidores.

O Monopólio de mercado ocorre justamente quando não se pratica uma concorrência perfeita como dito anteriormente, existindo, assim, em um determinado segmento uma empresa ou um grupo empresarial que possui o domínio da produção de uma determinada mercadoria ou sobre a oferta de um determinado serviço. Esse evento é extremamente danoso ao consumidor, vez que sem concorrência não há necessidade de se reinventar no mercado, investir em novas tecnologias, melhorar a qualidade de produção ou de prestação de serviços, ocasionando, portanto, uma queda na qualidade do produto e/ou serviço disponível.

Já o Cartel, se diferencia na formação, pois nesse caso estão presentes diversas empresas de um mesmo segmento que se unem para manipular o mercado, adotando práticas de comum acordo com o intuito de dividir o mesmo e controlar a economia de determinado setor. Há várias espécies de formações de Cartel como veremos mais adiante, já adiantando que não necessariamente em um cartel teremos várias empresas de donos distintos, como também nem sempre serão compostos por empresas verídicas.

O próximo capítulo abordará de forma específica o cartel, apresentando sua conceituação, como agem nas licitações públicas, bem como os graves danos causados por esses acordos.

2 CARTEL

2.1 Conceito e Historicidade

O que, hoje, comumente conhecemos como cartel teve sua origem remota na Europa nos séculos XV e XVI. Sobre o tema, Ascarelli (1937, p. 12) aduz que:

As convenções entre empresários autônomos que têm por fim a disciplina da concorrência recíproca não são completamente novas na história, especialmente no âmbito da atividade industrial, assim como não são novos os problemas suscitados por estas convenções pela necessidade de resguardar os consumidores da formação de monopólio.

Desde a antiguidade a sociedade busca, que nas relações comerciais hajam preços justos para os produtos, mesmo há tanto tempo atrás tendo se ouvido falar desses cartéis, tal prática sempre foi condenada pela sociedade, no entanto já chegou a ser autorizado sua prática por alguns países a exemplo da Alemanha.

Após o advento da revolução industrial, onde houve um crescimento industrial seguido do surgimento de inúmeras concorrências, a incidência de cartéis aumentaram. Partindo da premissa geral da licitude dos cartéis e do reconhecimento do regime da livre concorrência como o melhor sistema econômico, reprimia-os somente enquanto houvesse abuso de uma posição dominante sobre o mercado (GUGLIELMETTI, 1957, p. 281).

Devido a situação da economia no mundo após a segunda guerra mundial, onde foi gerado uma generalizada recessão de produtos e insumos, emergiram vários mercados clandestinos que praticavam conluio os quais cobravam os mesmos preços a um produto específico, restando caracterizado a prática do cartel.

Os cartéis são práticas anticoncorrenciais em que os as empresas, firmam acordos para regular preços, dividir mercado e evitar a entrada de novos concorrentes, mas que apesar desse acordo conservam sua independência administrativa e financeira. Esses tipos de acordos também chamados de conluio tem por finalidade obter vantajosidade no mercado para seus componentes, seja por meio da compra de matéria prima, ou na conquista de mercado consumidor, objetivando assim a maximização dos lucros e restringindo, conseqüentemente, a entrada de novos concorrentes em determinado mercado.

Uma das características da cartelização é a dominação do mercado, sem que haja oportunidade para a concorrência. De uma forma geral as sociedades empresariais se unem para derrubarem, um concorrente específico, ou dominarem um segmento do mercado, evitando a concorrência por meio da prática do conluio, lesionando o consumidor e por conseqüência direta a economia, sempre visando altas margens de lucros.

Uma das formas de ação das empresas participantes desse sistema fraudulento é por meio da combinação dos preços dos produtos e/ou serviços objetos da licitação, tendo como um dos mecanismos a descoberta dos valores que seriam propostos pelos outros concorrentes, tendo assim a possibilidade de ofertarem um menor preço tornando a concorrência desleal.

Recapitulando a definição de concorrência, Gomes (2004, p. 54) traduz seu significado para a sociedade da seguinte forma:

A concorrência é o ato pelo qual duas ou mais firmas, ou duas ou mais pessoas se esforçam para obter a mesma coisa. A concorrência é uma das características salientes do regime capitalista. Dá-se também à concorrência o nome de “competição”. Verifica-se a concorrência sob diferentes aspectos; entre vendedores de mercadorias similares a fim de conquistar clientes; entre compradores a fim de assegurar mercadorias que satisfaçam suas necessidades; entre empresas que procuram obter capitais por empréstimo, e entre detentores de reservas de capital desejosos de aplicá-las em empreendimentos seguros e remuneradores; entre possuidores de recursos naturais, à procura de empregá-los, e homens de negócios à cata de iniciativas da mesma natureza.

Portanto, à princípio, concluímos que Cartel nada mais é do que um acordo onde empresários do mesmo segmento se unem para estabelecer preços similares ou iguais sobre um mesmo grupo de produtos, visando não somente estabelecer o monopólio dos preços, mas

sim lesionar o consumidor, que no caso das licitações é a própria administração pública que acaba contratando preços irreais lesando assim o patrimônio público, além de limitar a produção e a livre concorrência.

De forma minoritária, há doutrinadores que acreditam em uma função positiva da prática de cartéis, apresentando até como necessários para o bom funcionamento da economia em determinado momento histórico em que a sociedade esteja vivendo, porém admitem seus efeitos danosos. Para Liefmann (1934, p. 778):

Admite-se cada vez mais que os cartéis são o resultado necessário do desenvolvimento econômico (...), e que a supressão deles, ainda que fosse possível, significaria a renúncia ao progresso econômico, que é por eles promovido. Deve-se, portanto, somente eliminar tanto quanto se possa os seus efeitos danosos, que derivam, sobretudo, da natureza monopolística de tais organizações.

Ocorre que, com a superação paulatina da proibição canônica da usura, surge uma nova fase em que passou a prevalecer a interpretação de licitude dos cartéis perante o direito comum (ASCARELLI, 1937, p. 13), a ideia que se tinha é que a prática do cartel, e aqui se refere a forma de cartel não institucionalizada, era algo justificável para impulsionar crescimento e a manutenção da economia em dado momento de crise econômica.

Apesar disso, durante toda a história de nossa sociedade percebe-se que o cartel nunca foi visto com bons olhos pela comunidade internacional, e portanto, em raríssimas exceções sua prática foi liberada em alguns países. Hoje a sociedade, de uma forma geral, condena tal prática, pois além de sua lesividade ao mercado, ao consumidor, gera uma concorrência desleal, deixando em desvantagem aqueles que não participam do estabelecimento de preço combinado.

Em nosso país através da Lei 4.137, de 10 de setembro de 1962 ficou estabelecido a criação do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), órgão esse responsável pela fiscalização das pessoas jurídicas que compõem o sistema de cartelização diante da economia brasileira. A da Lei 4.137 previa que deveriam ser submetidos a aprovação do CADE os atos, ajustes, acordos e convenções entre empresas que tivessem por efeito a diminuição do grau de concorrência no mercado.

A atuação desse órgão estatal perante os cartelistas é meramente administrativa, cabendo somente ao judiciário condená-las pelas práticas abusivas previstas em lei. Apesar do CADE ter sido criado a bastante tempo, só existiu uma lei regulamentando sua atuação, a mesma que também tornou-o uma autarquia federal em 1994, qual seja a Lei nº 8.884/94 que surgiu para proteger a concorrência e a coletividade dos efeitos nefastos que a dominação do mercado pode gerar.

O artigo 20 da Lei n.º 8.884/94 considera como infração à ordem econômica, independentemente da análise de existência de culpa, todos os atos que tenham por finalidade ou possam produzir, ainda que não alcancem, a limitação da concorrência, falsear ou prejudicar os princípios constitucionais da livre concorrência e da livre iniciativa, dominar mercado relevante de bens ou serviços, aumentar arbitrariamente os lucros ou exercer de forma abusiva posição dominante.

A restrição à livre iniciativa ou à livre concorrência é aferido a partir do determinado momento em que a liberdade de se instalar, concorrer ou exercer uma atividade é tolhida por atos de um agente econômico.

Desde os primórdios históricos o estado era quem dominava na atuação do mercado, sendo inclusive titular da maioria dessas empresas ou pelos menos acionista majoritário das ações. Os preços eram controlados, portanto, pelo Estado, que no bem da verdade era realizado com a cooperação do setor privado; as associações comerciais consultam regularmente o órgão governamental que estabelecia os preços.

A partir da constituição de 1967, ficou previsto que o estado era o responsável e garantidor do controle econômico no país, estando disposto no artigo 157, § 8º, da referida lei a seguinte previsão:

§ 8º - São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou organizar o setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias fundamentais (BRASIL, 1967).

Segundo a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, o processo competitivo genuíno (sem interferência de cartéis) faz com que os produtos e serviços atinjam preços mais baixos ou de melhor qualidade e com inovações. O cartel impede que tais produtos e serviços atinjam seus preços baixos e qualidades melhores.

Ainda segundo a OCDE os contratos públicos dos países da OCDE corresponde aproximadamente a 15% do PIB em muitos países membros, e em países não membros esse percentual ainda é maior. Dessa forma, nota-se a necessidade e a importância de combater os cartéis em licitações públicas, visto que correspondem a uma porcentagem significativa do PIB e evita-se o desperdício de recursos públicos¹².

2.2 Constituição de Empresas Fantasmas

As empresas fantasmas são aquelas constituídas sobre fraude, com nome de pessoas tidas como laranjas, ou seja, emprestam seu nome e dados para a constituição dessas empresas. Tais empresas têm o intuito de fraudarem a ordem tributária nacional, assim como, fazerem descaminho ou contrabando de mercadorias.

Dentro do sistema criminoso de cartel, essas empresas são abertas para caracterizarem uma concorrência em um procedimento licitatório, porém são montadas ficticiamente com intuito de burlar o CADE (Conselho administrativo de defesa econômica).

Dentre as condutas adotadas por essas empresas com intuito de fraudarem a ordem econômica, o Art. 36, da Lei nº 12529/11, exemplifica quais condutas são puníveis, estando da seguinte forma exposta às infrações:

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

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

¹² <http://www.oecd.org/competition/cartels/42851044.pdf> acessado em 05/05/2017

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.

§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

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

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

a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;

b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;

c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;

d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;

VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;

VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;

IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;

X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;

XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;

XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;

XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;

XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;

- XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;
- XVIII - 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; e
- XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca (BRASIL, Lei 12.529/11).

Para que as condutas dessas empresas sejam caracterizadas como fraude à economia é necessária que haver um conluio, acordo que possibilitem uma combinação de preços, não respeitando a livre concorrência e mantendo monopólio entre um pequeno grupo, com intuito de manterem uma linha de preços previamente controlada, acabando por favorece-los e lesionando ao erário.

De acordo com a legislação vigente, para se constituir uma pessoa jurídica é necessário a inscrição do ato constitutivo no respectivo, possuindo assim existência legal (art. 45 do Código Civil de 2002). Dessa forma, torna-se muito difícil a comprovação de que uma empresa foi constituída tão somente com o intuito de fraudar a competição licitatória.

Um das formas mais usuais de se identificar uma empresa fantasma é a observância da sua atividade comercial, de modo geral, costumam ser amplos e diversos e muitas vezes incompatíveis. Não há uma especialização no ramo da empresa, podendo ela, segundo seu registro na junta comercial estadual, fornecer materiais de informática, escritório, limpeza etc.

Dentro das licitações públicas essas empresas fantasmas, também comumente conhecidas como empresas de fachadas, em sua maioria acabam sendo formadas por empresas que não poderiam mais participar de licitação públicas, seja por não preenchem requisitos necessários ou até mesmo por terem deixado de cumprir com a entrega do produto ou atraso injustificável durante o exercício da prestação do serviço público gerando sanção de impossibilidade de contratar com a administração.

Ademais, constitui como pratica corriqueira no âmbito das empresas supracitadas a inadimplência salarial, inadimplência das obrigações previdenciárias e rescisórias junto aos seus colaboradores e prestadores de serviços ficando impedidos de licitar com administração, daí para poderem participarem novamente de novas licitações, constituem novo CNPJ, com

nome de outros sócios, em sua grande maioria de fachada, e voltam a concorrer em procedimentos licitatórios, caracterizando claramente uma forma de fraude.

Como meio de combate a essas práticas danosas ao processo licitatório, à administração, à sociedade, devem ser redobrados os critérios de fiscalização sobre o comportamento, composição, habilitação e propostas dessas empresas fictícias, afim de amenizar os efeitos de suas participações e combater-las, identificando e impedindo-as de participar dos certames.

2.3 Consórcios entre concorrentes

A caracterização de consórcio entre empresas concorrentes está especificado no artigo nº 278 da Lei 6.404/1976, nomeada Lei de sociedades anônimas, onde salienta que qualquer dessas sociedades poderão constituir consórcio, em personalidade jurídica, com fim de executar um determinado serviço.

Dessa maneira, nas licitações que envolvam um grande vulto de recursos financeiros, geralmente com a administração pública, as pequenas e médias empresas não teriam possibilidade de participar, o que restringiria o certame às grandes empresas possuidoras de grande capitais de investimento.

Apesar de ser prática formalmente distinta da subcontratação velada, a lógica por detrás dos consórcios entre concorrentes, bem como os efeitos práticos deles advindos, são muito semelhantes aos dos casos de subcontratação, inclusive no que diz respeito à necessidade de previsão expressa no edital que viabilize essas exceções (arts. 33 e 72 da Lei n. 8.666/1993).

Uma diferença diz respeito ao mercado licitatório em que mais incidem: ao passo que a subcontratação é mais comum nos contratos de prestação de serviços e de fornecimento, os consórcios usualmente tomam sede nas licitações que envolvam obras públicas e projetos de infraestrutura.

Na mesma lógica do que ocorre com a subcontratação, os consórcios podem ter efeitos tanto pró-competitivos, permitindo a participação de agentes que não seriam capazes de cumprir as exigências editalícias sozinhos, quanto efeitos anticompetitivos, mitigando a concorrência, ao fazer com que competidores se tornem consorciados com interesses comuns. É o que se depreende do relatório da SDE constante do Anexo I da Portaria n. 51/2009:

Por um lado, o consórcio pode permitir a participação de pequenas empresas em contratações que, se não fosse pela oferta em conjunto, não lhes seria possível participar, por não disporem de recursos financeiros, técnicos ou humanos suficientes se consideradas individualmente. Assim, esse tipo de consórcio permite que um maior número de propostas sejam apresentadas ao contratante público. Por outro lado, empresas com condições de participarem sozinhas da licitação podem formar consórcios com o objetivo de eliminarem a concorrência entre si, o que possui caráter nitidamente anticoncorrencial (2009, p. 8).

O problema em questão não é exclusivo de nosso país. A OCDE, por meio da publicação oficial *Public procurement: the role of competition authorities in promoting competition*, consolidou a opinião das autoridades de defesa da concorrência de diversos países. Em livre tradução da SDE, constante da mesma portaria mencionada anteriormente:

A apresentação de propostas em consórcio incrementa a competitividade se permitir que empresas que não têm condições de fornecer produtos complementares se juntem com outras empresas para então fornecer de forma conjunta tais produtos complementares. [...] Por outro lado, quando empresas concorrentes apresentam ofertas de maneira conjunta, isso geralmente diminui a concorrência, já que o consórcio diminui o número de participantes. Esse assim chamado efeito de diminuição de concorrência promove ofertas menos agressivas e conseqüentemente efeitos negativos na concorrência¹⁸ (2009, p. 9).

Também o Tribunal de Contas da União (TCU), em julgado do ano de 2004, ou seja, anteriormente às publicações da SDE e da OCDE, demonstrou o mesmo entendimento no que diz respeito aos aspectos anticoncorrenciais dos consórcios:

A nosso ver, a formação de consórcio tanto pode se prestar a fomentar a concorrência (consórcio de empresas menores que, de outra forma, não participariam do certame), quanto a cerceá-la (associação de empresas que, caso contrário, concorreriam entre si). (Acórdão n. 2.813/2004 – Primeira Câmara, Relatório do Ministro Relator Marcos Vinícios Vilaça, Sessão 09/11/2004).

Para tanto, deve-se atentar para projetos anteriores executados pelas empresas reunidas em consórcio, bem como para outros aspectos econômicos relevantes, como, por exemplo, balanços contábeis capazes de demonstrar as reais competências das empresas envolvidas.

Após isso, quanto mais fortes forem as evidências de que as empresas consorciadas teriam condições de executar independentemente o projeto licitado, maiores devem ser as preocupações dos órgãos de controle para coibir essa prática.

3. OS MECANISMOS DE COMBATE A FORMAÇÃO DE CARTÉIS NAS LICITAÇÕES NO ÂMBITO JURÍDICO BRASILEIRO E NO REINO UNIDO

3.1 Sistema Brasileiro De Defesa Da Concorrência

No Brasil, fortificou-se a defesa da concorrência com a legislação antitruste e com a existência de leis específicas dos diversos tipos de concorrência desleais, que, apesar de não ser objeto desse presente projeto, vale destacar, por exemplo, a Lei de Propriedade Industrial, Lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996.

Inicialmente com a promulgação da Lei 8.884, do dia 11 de julho de 1994, que ficou conhecida como Lei Antitruste e, atualmente, está regulado pela Lei 12.529, publicada no dia 30 de novembro de 2011.

Muitos são os agentes responsáveis pelo respeito e aplicabilidade dessa lei e, conseqüentemente, pelo funcionamento de um mercado justo e eficaz. Para isso, é formado o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

Seus componentes são responsáveis diretos pela defesa do direito de concorrência¹³. A composição do SBDC é essencialmente o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SAE).

¹³ Art. 1º: “Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”.

Com a lei anterior, os atores do antitruste eram o Cade e a Secretaria de Direito Econômico. Com a nova lei de 2011, a Secretaria (SDE) teve a maioria de suas funções antitrustes transferidas para o Cade, concentrando poderes de uma forma mais organizada para essa autarquia federal e ocasionando uma hipertrofia do órgão.

O Conselho, internamente, é dividido para realizar suas funções com mais eficiência da seguinte forma: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; A Superintendência Geral; e o Departamento de Estudos Econômicos.

O Direito brasileiro reprime, principalmente, duas formas de práticas concorrenciais ilícitas: a concorrência desleal e a infração à ordem econômica¹⁴.

3.2 O CADE e análise dos atos de concentração

As frentes de atuação do Cade, resumidamente, podem ser delimitadas da seguinte forma: controle prévio de estrutura; repressão posterior; e advocacia da concorrência.¹⁵ André Luiz Santa Cruz, em uma crítica à atuação dos agentes antitrustes, faz um resumo das funções do Conselho.

Controle de estruturas. Análise prévia dos atos de concentração é uma das maiores novidades trazidas pela lei dessa década. Anteriormente, depois da união das empresas é que o Conselho avaliaria os danos e as ameaças à concorrência. Agora, o Cade tem 240 dias para analisar a concentração, prorrogáveis discricionariamente por mais 90 caso perceba importância na situação.

Controle repressivo. A repressão posterior é o mecanismo para fiscalizar a aplicar sanções às empresas que afetem a concorrência de mercado. Aplicáveis caso seja encontrado um caso de *dumping*, preços predatórios ou cartéis.

¹⁴COELHO, Fabio Ulhôa. Curso de Direito Comercial volume 1: direito de empresa. 18ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2014.

¹⁵SANTA CRUZ, André Luiz. A nova lei antitruste brasileira: uma agressão à livre concorrência. Brasília: Instituto Ludwig von Mises Brasil. 2014.

Advocacia da concorrência. Aqui os membros do conselho estariam prestando assistência técnica e científica, ou seja, a parte educacional do Direito de Concorrência. É competência, quase que única, da Secretaria de Direito Econômico.

Uma das funções mais importantes do Cade, que recebe distintos e renomados focos acadêmicos, é a análise prévia dos atos de concentração – algo que, vale ressaltar, é uma das mudanças principais que vieram com a lei de 2011, pois antes a análise era posterior.

Os atos de concentração de empresas que tenham a possibilidade, mesmo que remota, de causar impactos no sistema econômico, devem passar por análise da Superintendência e, caso preciso, do Tribunal. Operações de fusões, incorporações, cisões, transformações de qualquer espécie devem ter às vistas, além do Cade, da Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

3.3 Sujeitos Passivos: Atos Praticados Pelo Poder Público

Diante do exposto, não existem muitas críticas a serem feitas sobre a organização do atual Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. As análises dos atos de concentração que devem ser feitos previamente pela autarquia em questão, por exemplo, está respeitando os prazos legalmente estabelecidos e não prejudica o fluxo empresarial.

Todo esse sistema, entretanto, foi montado para prevenir e/ou reprimir atos praticados por particulares ou estruturas opressoras. É algo voltado para os grandes empresários que, essencialmente, almejam o crescimento de suas empresas e aumento do lucro.

O exemplo disso é a análise prévia dos atos de concentração feita pelo Cade. É um caso explícito em que o antitruste acompanha a estrutura das grandes empresas, para evitar a formação de monopólios.

Ocorre que a própria Lei 12.529/11 amplia a atuação do CADE quando os agentes infratores forem entes públicos, ou as condutas anticoncorrenciais a serem reprimidas tiverem sido praticadas por estes. Em tese, vigia-se a atividade econômica, seja de pessoas jurídicas de direito público ou privado, comandadas pelo Estado ou por particulares.

Essa aplicação está expressa no Art. 31 daquela Lei, destacando, ao final, que também se aplica aos casos que o regime de monopólio for legalmente imposto.

3.4 Intervenção Estatal Na Atividade Econômica

A intervenção estatal poderá ocorrer, resumidamente, de 3 (três) formas principais, quais sejam: exploração direta na atividade; fiscalização do meio econômico; e regulamentação das atividades. São casos específicos que aquele setor em questão é de interesse do Poder Público, com previsão constitucional ou legal.

Sobre a fiscalização, destaca-se a atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, como dito acima, por meio, principalmente, da autarquia federal vinculada ao Ministério de Justiça, ou seja, do Poder Executivo, sediada no Distrito Federal.

A regulamentação, por sua vez, é a função do Poder Legislativo, atuando como Estado Regulador de mercado e, em tese, pautado pelos princípios constitucionais e pela proteção buscada nos objetivos do antitruste, como mencionado anteriormente.

Por fim, outra forma de intervenção no domínio econômico por parte do Estado é atuação direta nas atividades econômicas. Em algumas situações, entende-se estar presente certa importância do ramo e se entende que é necessária a atuação estatal.

A Constituição Federal permite que, em alguns casos, a Administração Pública interfira na economia, participando ativamente do meio empresarial. A Constituição Federal, em seu Art. 173, *in verbis*:

“Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

Outra hipótese é quando se vê a oportunidade de desenvolvimento da própria máquina pública. Em algumas exceções, o próprio ordenamento jurídico prevê um regime de monopólio.

Os casos ressaltados em nossa Carta Magna resumem-se aos Art. 25, §2º (gás canalizado local), 176 (jazidas e os demais recursos minerais) e 177. Este último artigo, por sua vez, elenca 5 (cinco) incisos que impõem monopólio da União.

Mesmo assim, como mencionado acima, deve ser seguido de perto pela autarquia federal, para evitar práticas que causem prejuízo ao interesse público. Destaca-se o caso do petróleo, exercido por meio da Petrobrás, que está (ou deveria estar) sendo regida pela legislação *in discussão*.

3.5 Antitruste e os Agentes Estatais

Como demonstrado, a opção pela atuação do Estado em atividades econômicas é uma questão política, em tese, pautado no interesse público. O constituinte originário previu essa permissão para alguns casos e permitiu que o legislador posteriormente pudesse ampliar.

Por meio de Emendas constitucionais, podem ser criados monopólios estatais. Por lei ordinárias, de outro lado, poderão definir mais casos de atuação no domínio econômico.

O órgão administrativo fica com suas funções restritas frente a estes atos. Mesmo obrigado a atuar em face dos agentes estatais, é fato que não pode ir contra opções políticas que, essencialmente, representam o interesse público.

Mesmo diante desses atos, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica atua, sempre que possível quando há agentes públicos. Há uma gama de casos em que o Cade, principalmente quando o polo passivo era a empresa Petrobras, aplicou penalidades por condutas anticoncorrenciais praticadas.

Essa ação do Cade não é convalidada pelo atual entendimento dos tribunais brasileiros. O Superior Tribunal de Justiça (Resp 1.390.875 – RS / 2013/0193352-3), quando

teve oportunidade de se manifestar sobre o assunto , entendeu que deve ser moderada a atuação do órgão, pois deve ser aplicada a *state action doctrine*.

A Teoria da Ação Estatal, expressão traduzida, se consagrou nos Estados Unidos, em 1943, no caso *Parker vs Brown*. A Corte Americana entendeu que um estado da Confederação não poderia ser penalizado por prática de ato anticoncorrencial ao aprovar lei que permitia aos produtores de passas fixar os preços.

A fundamentação para aplicação da referida teoria é que, naquele caso específico, por exemplo, a permissão para fixação de valores foi uma opção legislativa pautada no interesse social, ou seja, uma política pública.

Calixto Salomão Filho destaca dois requisitos que devem estar presentes para conferir essa imunidade aos entes públicos contra a aplicação da legislação antitruste, quais sejam: *i*) regulação estatal servindo como política pública; e *ii*) o Estado determina a conduta e deve fiscalizá-la.

Constata-se com isso certa, seria uma ofensa à tripartição dos poderes pensar que o Poder Executivo poderia reprimir atos do Poder Legislativo. Além disso, é tênue a linha que separa a prática de um ato anticoncorrencial e algo que impulsiona o interesse público.

CONCLUSÃO

Através da análise bibliográfica levantada para a confecção do presente trabalho, percebe-se claramente que desde a época mais remota da nossa civilização tem-se noticiado a existência de cartéis. Os mesmos surgiram como forma de obtenção de lucros dos comerciantes, vindo nos dias atuais se modernizarem quanto as formas usadas para lesionarem o consumidor e, principalmente, lesionar o erário público.

Precisamente em nosso país destaca-se a prática de cartel como forma de enriquecimento ilícito dentro da administração pública, seja por empresas que mediante contrato licitatório se reúnem trocando informações, combinando preços ou formas de atuação com fins de buscar elevados lucros.

Diante de estudos sobre a Ordem Econômica, percebe-se que vários mecanismos de defesa da livre concorrência foram criados para que houvesse uma verdadeira eficácia e proteção do princípio constitucional da livre iniciativa.

A legislação Antitruste, nessa esteira, surge como essencial para a manutenção da forma com que se entende a economia hoje em dia, protegendo, assim, os consumidores, os empresários e o próprio desenvolvimento econômico e social da sociedade.

Nesse contexto, a atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é fundamental, ressalte-se para a eficácia efetiva e integral dos princípios constitucionalmente previstos. A eficácia da referida legislação, entretanto, encontra óbices quando o agente a ser fiscalizado é o próprio Poder Público.

O próprio Estado pode ser a ameaça a livre concorrência e ao desenvolvimento do mercado e, mesmo havendo previsão da função repressora nesses casos, é possível que restem prejudicadas as possibilidades de atuação dos órgãos antitrustes.

Em alguns casos, é tido como “importante” a atuação direta ou indireta em atividades econômicas. Os próprios objetivos da legislação antitruste apontam a preocupação com as políticas públicas que devem ser preservadas, ou seja, devendo a própria legislação se conciliar com o interesse público.

Como demonstrado, a autarquia de defesa da concorrência não deve interferir nos instrumentos de política pública, pois assim o foi considerado pelos representantes do povo. No mesmo sentido, pode ser que as funções de determinada pessoa jurídica abarquem a competência do CADE, como defensor da livre concorrência, dificultando a efetiva aplicação da legislação antitruste.

Mesmo com toda previsão legal incutindo o crime de cartel como prática criminosa, percebe-se que o risco seja de não participarem mais de licitação públicas, ou de responderem criminalmente, não desanimam esse grupo de pessoas que utilizam tal prática reiteradamente.

REFERÊNCIAS

ASCARELLI, Tullio. Conclusão de um contrato de cartel. In Ensaios e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1952.

AGUILLAR, Fernando Herren. Direito Econômico. 3ª Edição, editora Atlas, 2012. Pg 262 e 263.

BRASIL. Constituição Federal de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm Acesso em: 13 de junho de 2017.

BRASIL. Constituição Federal de 1988 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 13 de junho de 2017.

BRASIL. Lei 4.137/62. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4137impressao.htm Acesso em: 13 de junho de 2017.

BRASIL. Lei 8.884/94. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm Acesso em: 13 de junho de 2017.

BRASIL. Lei 8.666/93. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm Acesso em 17 de junho de 2017.

BRUNA, Sérgio Varella. O poder econômico e a conceituação do abuso de seu exercício. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BUXBAUM, Hannah L. German legal culture and the globalization of competition law: a historical perspective on the expansion of private antitrust enforcement. In Berkeley journal of international law 23, 2005.

Combate a Cartéis em Sindicatos e Associações, Departamento de Proteção e Defesa Econômica Secretaria de Direito Econômico, Ministério da Justiça, 2009.

CERVO, A. L.; BERVIAN, P. A.; SILVA R. **Metodologia científica**. 6ª ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.

Diretrizes para elaboração e implementação de política de defesa da concorrência. São Paulo: Singular, 2003.

Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas, 2009, p.7 e 8. organização para cooperação e desenvolvimento econômico (OCDE). Disponível em: <file:///C:/Users/cliente/Downloads/Artigo/Trabalho/diretrizes-ocde.pdf> Acesso em 17 de junho de 2017.

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

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Lei de proteção da concorrência: comentários à legislação antitruste. 3. ed. rev. atual Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FORGIONI, Paula Andrea. Os fundamentos do antitruste. 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 571.

GOMES, Carlos Jacques Vieira. Ordem econômica constitucional e direito antitruste. Porto Alegre: Fabris, 2004.

GUGLIELMETTI, Giannantonio. Consorzi industriali. In Novissimo digesto italiano IV, 1957.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

HERREN, Fernando. Direito Econômico. 3ª Edição, editora Atlas, 2012. Pg 262 e 263.

LIEFMANN, Robert. Kartelle, Konzerne und Trusts, 1927, trad. it. de Francesco Vito, Cartelli, gruppi e trusts, in BOTAI, Giuseppe; ARENA, Celestino (orgs.), Nuova collana di economisti stranieri e italiani, v. VII, 1934, p. 778

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Cartilha: “Combate a cartéis em licitações”. Brasília: Ministério da Justiça, 2008.

MASCARENHAS, Sidnei Augusto. **Metodologia científica**. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2012.

MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. Direito internacional da concorrência. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PETTER, Lafayette Josué. Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PEROVANO, Dalton Gean. **Metodologia da pesquisa científica** [livro eletrônico]. Curitiba: InterSaberes, 2016.

RAMIM, Áurea Regina Sócio de Queiroz. As instituições brasileiras de defesa da concorrência. Brasília: Fortium, 2005.

SAMPIERRE, R. H.; COLLADO, C. F.; LUCIO, M. P. B. **Metodologia de pesquisa**. 5ª ed. Porto Alegre: Penso, 2013.

SUNDFELD, CARLOS ARI E CÂMARA, JACINTHO ARRUDA. A Responsabilidade Solidária nos Consórcios e o Caso das Concessões, Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - REDAE, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 15, agosto/setembro/outubro, 2008. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 17 de junho de 2017.