



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
BEATRIZ DOS SANTOS PIRES

**O CARTEL E SUAS PRÁTICAS ANTICONCORRENCIAIS NAS LICITAÇÕES
PÚBLICAS: A IMPORTÂNCIA DA LEI ANTITRUSTE NO PROCESSO
LICITATÓRIO.**

Palhoça
2020

BEATRIZ DOS SANTOS PIRES

**O CARTEL E SUAS PRÁTICAS ANTICONCORRENCIAIS NAS LICITAÇÕES
PÚBLICAS: A IMPORTÂNCIA DA LEI ANTITRUSTE NO PROCESSO
LICITATÓRIO.**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito, da Universidade do Sul de Santa
Catarina, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Julian Salvan, Esp.

Palhoça
2020

BEATRIZ DOS SANTOS PIRES

**O CARTEL E SUAS PRÁTICAS ANTICONCORRENCIAIS NAS LICITAÇÕES
PÚBLICAS: A IMPORTÂNCIA DA LEI ANTITRUSTE NO PROCESSO
LICITATÓRIO.**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Graduação em Direito, da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Palhoça, 08 de Julho de 2020.

Professor e orientador Julian Salvan, Esp
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Nome do Professor, titulação
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Nome do Professor, titulação
Universidade do Sul de Santa Catarina

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

O CARTEL E SUAS PRÁTICAS ANTICONCORRENCIAIS NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS: A IMPORTÂNCIA DA LEI ANTITRUSTE NO PROCESSO LICITATÓRIO.

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca deste Trabalho de Conclusão de Curso.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Palhoça, 08 de Julho de 2020.

BEATRIZ DOS SANTOS PIRES

Á minha família e amigos, por todo carinho e amor. Por acreditarem em mim, e darem forças para enfrentar as dificuldades. Sem sombra de dúvidas, vocês fizeram e fazem toda a diferença, mostrando que não estou sozinha e que tenho em quem confiar.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente quero agradecer a Deus, por me dar forças, saúde, e tranquilidade durante a minha caminhada acadêmica, bem como na elaboração do presente trabalho. Pois, nos momentos de dificuldade, Ele me ensinou que tudo está em nossas mãos e que para alcançarmos os nossos objetivos precisamos acreditar e ter muita Fé.

Quero agradecer a minha família, ao meu esposo Matheus por me ouvir e incentivar, quando muitas vezes pensei em desistir. Aos meus pais Júlio e Rozinéia por todo amor, carinho e dedicação durante esses anos, por abdicarem de muitas coisas para que eu pudesse concluir este curso, tornando minha caminhada mais leve e feliz. Ao meu irmão Arthur, por me fazer sorrir em dias ruins, mostrando que a vida pode ser mais divertida, estando sempre ao meu lado.

Ao meu professor orientador, Julian Salvan elevo meu especial agradecimento, por todo conhecimento compartilhado, apoio, paciência e dedicação durante essa trajetória.

As minhas amigas, que estiveram presentes durante essa caminhada acadêmica, auxiliando das mais diversas formas, transformando dias ruins em dias melhores. Feliz daquele que tem amigos para compartilhar os momentos da vida. Obrigada, Laís Forster, Natália Bitencourt, Luana Flor e Aimara Ranwlon.

A professora Andreia Catiane Cosme, por toda dedicação e carinho, estendendo aos demais professores, pois, foram eles que contribuíram e fizeram total diferença em toda a minha trajetória acadêmica.

A todos muito obrigada!

“Ninguém é tão grande que não possa aprender, nem tão pequeno que não possa ensinar” (Esopo).

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como objetivo a apresentação do crime de cartel e suas práticas encontradas nas licitações públicas, bem como a importância da lei antitruste no processo licitatório. Para compreensão do tema, o método de abordagem utilizado é o dedutivo, pois parte do geral, ou seja, o cartel e suas práticas anticoncorrenciais nas licitações públicas, para o específico, a importância da lei antitruste no processo licitatório. A natureza de pesquisa é qualitativa, com método de procedimento monográfico e técnica de pesquisa bibliográfica, utilizando-se doutrinas, legislações, jurisprudências e artigos. Para contextualizar a pesquisa, apresenta-se à introdução, bem como o estudo dos elementos básicos das licitações e importância da livre concorrência, em seguida abordou-se um breve histórico dos dispositivos constitucionais brasileiros antitruste. Adiante, foi realizada a apresentação das legislações inerentes ao processo licitatório, bem como a denominação de cartel e suas práticas anticoncorrenciais nas licitações. Encerrando, com um breve estudo de casos julgados pelo Tribunal de Contas da União (TCU) e Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) a respeito dos cartéis em licitações públicas. Através desta pesquisa, concluiu-se que a Lei nº 12.529/2011 possui um papel importantíssimo no processo licitatório, pois, delimita o poder de mercado exercido pelas empresas, respeitando e garantindo a livre concorrência.

Palavras-chave: Licitações Públicas. Cartéis. Livre concorrência

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	LICITAÇÕES PÚBLICAS E HISTÓRICO CONSTITUCIONAL ANTITRUSTE.....	11
2.1	LICITAÇÃO PÚBLICA	11
2.1.1	Conceito.....	12
2.1.2	Objetivo.....	14
2.1.3	Princípios.....	15
2.1.3.1	Princípio da Legalidade	16
2.1.3.2	Princípio da Impessoalidade.....	17
2.1.3.3	Princípio da Moralidade	18
2.1.3.4	Princípio da Publicidade e Eficiência.....	18
2.1.3.5	Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório.....	20
2.2	MODALIDADES DE LICITAÇÃO PÚBLICA	20
2.2.1	Concorrência.....	21
2.2.2	Tomada de preços	22
2.2.3	Convite	23
2.2.4	Concurso	24
2.2.5	Leilão	25
2.2.6	Pregão	25
2.3	BREVE COMENTÁRIO ACERCA DA LEI ANTITRUSTE	26
3	LEI DE LICITAÇÃO, IMPORTÂNCIA DA LIVRE CONCORRÊNCIA, CARTÉIS NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS E SUAS PRÁTICAS ANTICONCORRENCIAIS.....	29
3.1	LEGISLAÇÃO SOBRE O PROCESSO LICITATÓRIO.....	29
3.2	A IMPORTÂNCIA DA LIVRE CONCORRÊNCIA.....	30
3.3	CARTEL.....	33
3.3.1	O cartel em licitações.....	34
3.3.2	As penalidades aplicadas pelas práticas de cartéis impostas pelo Tribunal Administrativo do CADE.....	34
3.3.3	O combate aos cartéis em licitações nas esferas administrativa, penal, civil e autoridades competentes.	36
3.4	TIPOLOGIAS ANTICONCORRENCIAIS EM LICITAÇÕES	40
3.4.1	Fixação de preços.....	40
3.4.2	Rodízio	41

3.4.3 Restrição de proposta.....	42
3.4.4 Divisão de mercado	43
3.4.5 Subcontratação informal.....	44
4 BREVE ESTUDO DE CASOS JULGADOS PELO CADE E TCU.....	46
4.1 JULGADOS CADE.....	46
4.1.1 PRIMEIRO CASO	46
4.1.2 SEGUNDO CASO	47
4.1.3 TERCEIRO CASO.....	49
4.2 JULGADOS TCU.....	50
4.2.1 PRIMEIRO CASO	51
4.2.2 SEGUNDO CASO	52
4.3 COMENTÁRIO ACERCA DOS JULGADOS	53
5 CONCLUSÃO.....	54
REFERÊNCIAS	56

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia, requisito parcial para a conclusão do curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL), tem por objetivo verificar a utilização de cartéis e suas práticas anticoncorrenciais nas licitações públicas, bem como a importância da lei antitruste no processo licitatório.

O presente tema é de suma importância, pois, visa demonstrar as principais formas utilizadas em cartéis nas licitações públicas, assim como esclarecer as medidas coercitivas utilizadas pelos órgãos competentes a fim de erradicar essa prática. Atualmente a população está cada vez mais atenta com relação aos procedimentos públicos, por isso surgiu a curiosidade da pesquisadora com relação ao tema, como também a vivência em seu dia a dia, devido realização de estágio em órgão público municipal.

Este trabalho monográfico visa responder o seguinte questionamento: como as práticas anticoncorrenciais em licitações públicas vêm sendo tratadas no âmbito do CADE e do TCU? Assim, a pesquisa busca auxiliar a compreensão acerca do posicionamento desses órgãos com relação à prática de cartel, bem como a importância da lei antitruste para assegurar a livre concorrência nos processos licitatórios.

A Metodologia utilizada foi a de pensamento dedutivo, pois parte do entendimento geral, os cartéis nas licitações públicas, para o entendimento específico, a importância da lei antitruste no processo licitatório. A natureza do método se classifica como qualitativa, demonstrando a importância do tema para a sociedade. O método aplicado foi o monográfico. Por fim, a técnica de pesquisa utilizada foi a bibliográfica, embasada em doutrinas, legislações, decisões do Tribunal de Contas da União (TCU) e Conselho de Defesa Econômica (CADE).

Sendo assim, o presente trabalho subdividiu-se em cinco capítulos. O primeiro capítulo é a presente introdução para contextualizar o tema, objeto de verificação, a motivação, o método, bem como a estruturação.

O segundo capítulo tratará a respeito das licitações públicas, contemplando seus princípios, conceitos e objetivos. Também abordará de forma sucinta a respeito da legislação antitruste.

O terceiro capítulo abordar-se-á a respeito das legislações inerentes às licitações públicas, a importância da livre concorrência no processo licitatório, bem como sobre as tipologias anticoncorrenciais em licitações.

O quarto capítulo possui como objetivo dispor sobre os posicionamentos jurisprudenciais sobre a prática de cartel nas licitações públicas, através de um breve estudo de casos julgados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e julgados realizados pelo Tribunal de Contas da União (TCU).

Finalizando com a conclusão no quinto capítulo, sintetizando todo conteúdo ministrado no presente trabalho.

2 LICITAÇÕES PÚBLICAS E HISTÓRICO CONSTITUCIONAL ANTITRUSTE.

Neste capítulo iremos abordar, a respeito das licitações públicas, contemplando seus princípios, conceitos, objetivos e finalidades. Conceituaremos também de forma sucinta a respeito da legislação antitruste e suas nuances. Foram utilizados como fonte de pesquisa, para elaboração deste capítulo, os entendimentos doutrinários, artigos e legislações.

2.1 LICITAÇÃO PÚBLICA

No artigo “Conceituação, finalidades e princípios da Licitação” escrito por Adyla Albuquerque Bernardino (2012), percebemos que a licitação deve sempre atender ao interesse público, de forma que se busque a proposta mais vantajosa e dispondo de igualdade nas condições, bem como nos demais princípios resguardados pela Constituição. “Vale ressaltar que nem sempre a proposta mais vantajosa é a de menor preço e que o respeito ao princípio da isonomia deve ser respeitado”.

Esclarece ainda que, o processo licitatório deve ser submetido às condições impostas pelos princípios constitucionais da “isonomia, legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e outros correspondentes, se assim houver” (BERNARDINO, 2012).

Segundo Di Pietro (2016), compreende-se como licitação os procedimentos integrados por fatos e atos da Administração Pública e também por atos e fatos dos licitantes, todos atuando de forma harmônica para que se forme a vontade contratual.

Por parte da Administração, o edital ou convite, o recebimento de propostas, a habilitação, a classificação, a adjudicação, além de outros atos intermediários ou posteriores, como o julgamento de recursos interpostos pelos interessados, a revogação, a anulação, os projetos, as publicações, anúncios, atas etc. (DI PIETRO, 2016, p.411)

A licitação está prevista no art.37, XXI, da CF/1988, onde estabelece que os contratos administrativos sejam antecidos por licitação (salvo as exceções previstas em lei).

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (BRASIL, 1988)

Também podemos observar no art. 175 da CF/1988, que ao tratar de aprovação nas concessões e permissões faz-se obrigatório a utilização da licitação. Com base na Lei 12.349/2010 traz alguns pontos para assegurar o desenvolvimento sustentável nas contratações públicas. (JUSTEN FILHO, p. 335, 2016)

Para Justen Filho (2016), a Administração Pública através da licitação, não busca obter apenas a proposta de contratação mais vantajosa, mas também objetiva promover o desenvolvimento nacional sustentável, conforme determina a redação da Lei nº12.349/2010 e o artigo 3º da Lei 8.666/1993. Ou seja, consagra uma função regulatória adicional tanto para a contratação administrativa quanto para a licitação. A contratação administrativa passou a ser entendida como um mecanismo na execução de outros fins, além da promoção de compras, serviços e alienações.

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (BRASIL, 1993)

Portanto, o desenvolvimento nacional sustentável significa o crescimento econômico direcionado pela preservação ambiental. Isto é, a licitação tem o dever de estruturar-se com o objetivo de promover o crescimento econômico nacional, sem ferir os termos garantidores da proteção ao meio ambiente. Pontualmente, o desenvolvimento nacional sustentável é alcançado através da contratação propriamente dita, e não por meio da licitação.

2.1.1 Conceito

Compreendemos como licitação pública, o processo administrativo onde a Administração Pública realiza uma seleção, através da habilitação de seus proponentes e julgando de forma objetiva suas propostas, bem como, os candidatos deverão respeitar os regulamentos para que estejam aptos para celebrar contratos ou possuírem permissões para realizarem serviços públicos ou de uso de bens públicos.

Este processo possui determinação para realiza-lo, com fulcro no art.37, XXI, da Constituição Federal de 1988, onde prevê que é necessária uma prévia licitação pública para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, assegurando-se a igualdade de condições entre os participantes.

Outrossim, existem ainda algumas condições para o cumprimento das obrigações contratuais, sendo elas a qualificação técnica e a capacidade econômica, que são exigidas pela Lei Maior para a participação do certame. (SOUTO, p.01.2004)

A licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios e objetivos visando a seleção da proposta de contratação mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica. (JUSTEN FILHO, p.335, 2016)

Segundo Marçal Justen Filho (2016, p.336), a licitação compreende a prática de uma série ordenada de atos jurídicos, permitindo a interessados exclusivos a realização de apresentações perante a Administração Pública, concorrendo entre si de forma igualitária.

Todos os atos jurídicos praticados em quaisquer fases da licitação estão sujeitos ao controle (tanto administrativo quanto de órgãos externos). Também de modo inerente a todo procedimento, aplica-se, o princípio da preclusão, instituto desenvolvido no campo processual. A preclusão funciona como um impedimento ao retorno do procedimento a estágio prévio. Ou seja, é vedado questionar, nas fases subsequentes, aquilo que foi objeto de decisão em fase anterior. (JUSTEN FILHO, p.336, 2016)

Com este procedimento, diminui drasticamente a liberdade de escolha do administrador. Via de regra, o efeito não decorre de critério decisório subjetivo, vence a licitação a proposta mais vantajosa, obedecendo aos objetivos e critérios a ela estipulados. Quer dizer, que mesmo se fossem alterados os julgadores, no final a decisão acatada na última fase seria a mesma.

A respeito das regras básicas inerentes a licitação, consideramos que estão contidas em legislações específicas. Existem diversos diplomas que disponibilizam

regras sobre as licitações, onde podemos mencionar a Lei 8.666/1993, a Lei 10.520/2002 (lei do pregão) e a Lei 12.462/2011 (dispõe sobre o RDC).

2.1.2 Objetivo

Percebemos que o ato licitatório é regido pela lei, mas também através de atos administrativos normativos. O procedimento convocatório da licitação indica o objeto, estabelecendo regras para julgamento e pressupostos inerentes a participação, popularmente conhecido como edital.

A licitação possui diversas fases e cada uma delas finalizará com uma decisão. Em suas fases “internas”, tais como na definição do objeto que será licitado ou na elaboração do edital, realizam-se escolhas de decisões fundamentais para delinear a suposta contratação. Menciona-se a vinculação ao edital com o objetivo de indicar o esgotamento das competências discricionárias.

Na prática de divulgação e produção do ato convocatório, a Administração Pública opera juízos de conveniência e oportunidade acima do objeto da futura contratação, também sobre os requisitos de participação e critérios de seleção. Estes critérios presentes no ato convocatório carecem de observação ao longo de todo o procedimento, mediante caráter vinculante tanto para os particulares quanto para a Administração. (JUSTEN FILHO, p.336-337, 2016)

O entendimento também é uníssono na jurisprudência, para tanto se menciona o posicionamento do STJ:

Em resumo: o Poder Discricionário da Administração esgota-se com a elaboração do Edital de Licitação. A partir daí, nos termos do vocábulo constante da própria Lei, a Administração Pública vincula-se "estritamente" a ele. (REsp 421946 / DF ; RECURSO ESPECIAL 2002/0033572-1) (BRASIL, 2006)

A licitação busca selecionar a proposta de contratação mais vantajosa para a Administração Pública. Sendo assim, torna-se eficaz e mais vantajoso quando a administração assume o dever de realizar a prestação menos onerosa, e o participante por consequência se obriga a realizar a melhor e mais completa prestação, configurando assim uma relação positiva sobre custo-benefício.

No que engloba a generalidade da vantagem empenhada pela Administração Pública, pode-se dizer que ela é derivada da conjugação dos aspectos da qualidade e onerosidade, ou seja, busca a maior qualidade em relação a prestação do serviço e também o maior benefício econômico. (JUSTEN FILHO, p.337, 2016)

A igualdade entre os licitantes é pressuposto de validade da licitação, que não se confunde com seu objetivo, que é a seleção de proposta mais vantajosa para a Administração. É claro que, sob a ótica de um Direito de Concorrência- Lei nº 8.884/94 -, a igualdade de oportunidades pode ser um objetivo, mas para a Administração o que interessa é a seleção da melhor proposta no Mercado (e não apenas no procedimento). (SOUTO, p.01, 2004)

Para Niebuhr (2008, p.23), a licitação pública é considerada como meio de celebração do contrato administrativo, onde visa contemplar o interesse público, “a fim de propiciar à Administração Pública o recebimento de uma utilidade produzida por terceiros, que sirva a satisfazer a coletividade” (NIEBUHR, 2008, p.23). Portanto, o objetivo mediato da licitação pública consiste no conteúdo do interesse público, onde o objeto útil será prestado e recebido através do contrato administrativo e será sustentado e celebrado através da licitação.

2.1.3 Princípios

O princípio, na linguagem geral é considerado como o começo, como um ponto de partida. Onde os princípios jurídicos consubstanciam a estrutura sobre a qual pode-se construir o ordenamento jurídico, por isso são tão importantes, pois para compreender as leis faz-se necessário que se compreenda o que deu origem e se utilizou como inspiração.

Portanto, para compreender a licitação pública, as leis e os decretos que lhe regem, é essencial compreender os princípios que estão por trás destas legislações e decretos. Sem os princípios, não se pode alcançar a essência da licitação pública, e por esta razão, muitas questões são interpretadas equivocadamente. (NIEBUHR, p.31, 2008)

De acordo com o que está previsto no caput do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, a “Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos

princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”. (BRASIL, 1988)

Sendo assim, Souto (2004) aduz que, a Administração Pública está regida por diversos princípios, e estes princípios devem estar presentes de forma invariável no processo licitatório e na legislação que a disciplinar. O processo administrativo possui uma distinção do processo judicial, onde o primeiro é realizado pelo administrador e para sua decisão busca utilizar a verdade real e não somente apenas a verdade formal, conforme é visto satisfazer nos processos judiciais.

O fato de o Poder Público exigir características peculiares das firmas proponentes, cujas características não possam ter liames com o objetivo da licitação e nem concorram para a segurança da administração pública, também é caracterização de irregularidade, constituindo-se em situação de fraude e corrupção, pois terá principalmente o princípio da igualdade ou isonomia, não permitindo que a competitividade seja plena, pois muitos dos licitantes não conseguirão ter as condições exigidas, uma vez que tais condições serão infundadas e exorbitantes; mas, mesmo assim, servirão para desclassificar de plano, já na fase de habilitação, os licitantes indesejados. (VAZ, 1994, p.84 *apud* SOUTO, 2004, p.7)

Conforme o entendimento de Justen Filho (2016), o ato convocatório da licitação e também os atos decisórios decorrentes estão subordinados a vários princípios. Os principais podemos dizer que são o da isonomia, da vantajosidade e o desenvolvimento nacional sustentável, além desses existem diversos outros princípios que norteiam o processo licitatório.

2.1.3.1 Princípio da Legalidade

O Princípio da Legalidade está embasado no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, onde dispõe o seguinte entendimento “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Para Joel de Menezes Niebuhr em seu livro *Licitação Pública e Contrato Administrativo* (2008), o procedimento inerente à licitação pública está prescrito em lei, bem como as exigências que podem ser feitas e outros pormenores.

Dispõe ainda que, conforme está previsto no artigo 4º da Lei nº 8.666/93, todos os participantes possuem o direito público subjetivo à fiel observância do procedimento estabelecido na presente lei. Ou seja, as licitações públicas devem ser realizadas de forma que obedeçam rigorosamente ao princípio da legalidade.

A licitação deve atender ao Princípio da Legalidade, traçando-se, na lei ou na forma emanada de autoridade pela lei indicada, o procedimento a ser adotado, as hipóteses de sua obrigatoriedade e dispensa, os direitos dos licitantes, as modalidades de licitação e os princípios para contratação. Esclareça-se que a legalidade administrativa mencionada no art.37 da Constituição Federal difere daquela numerada no art.5º, II, da Lei Maior; enquanto este garante ao particular agir sempre que a lei não proíba, aquela impõe à Administração só agir quando a lei assim o permitir. (SOUTO, 2004, p.09)

De acordo com o entendimento da autora Di Pietro (2019), referente ao princípio da legalidade, bem como ao direito público subjetivo, o licitante que de alguma forma encontrar-se lesado pela inobservância da norma, poderá propor judicialmente a anulação do procedimento. Além de que, mais do que direito público subjetivo, em observância da legalidade, foi constituída em interesse difuso, ficando sujeita a ser protegida pela iniciativa do próprio cidadão.

2.1.3.2 Princípio da Impessoalidade

No livro “Curso de Direito Administrativo” escrito por Justen Filho (2016) esclarece que, o Princípio da Impessoalidade é a forma de emanar a isonomia, da vinculação à lei e ao ato convocatório e moralidade. Deste modo o subjetivismo do agente administrativo fica de lado, tornando a decisão impessoal. Ou seja, “a decisão será impessoal quando derivar racionalmente de fatores alheios à vontade subjetiva do julgador. A impessoalidade conduz a uma decisão que se pauta em critérios objetivos” (JUSTEN FILHO, 2016, p.341).

A vantajosidade da proposta deve ser apurada segundo um julgamento no objetivo. Por tal razão, o ato convocatório tem conter critérios objetivos de julgamento que não se fundem nas preferências ou escolhas dos julgadores. O julgamento das propostas deve ser objetivo. (JUSTEN FILHO, 2016, p.341)

Já para Di Pietro (2019), o princípio da impessoalidade, está ligado diretamente aos princípios da isonomia e do julgamento objetivo, onde todos os licitantes devem ser tratados de forma igualitária para com os termos de direitos e obrigações. Onde deve “a Administração, em suas decisões, pautar-se por critérios objetivos, sem levar em consideração as condições pessoais do licitante ou as vantagens por ele oferecidas, salvo as expressamente previstas na lei ou no instrumento convocatório”.

2.1.3.3 Princípio da Moralidade

O princípio da moralidade está relacionado aos padrões morais, ou seja, de acordo com os comportamentos honestos e virtuosos realizados pelos membros da sociedade. A moralidade colocada no meio administrativo, engloba com ainda mais força o princípio da legalidade, evitando a prática de atos antagônicos realizados por agentes administrativos, bem como garantindo e respeitando os princípios e valores considerados corretos pela sociedade. Sendo assim, para o Direito Administrativo o princípio da moralidade significa simetria para com o interesse público, estando ligada diretamente a legitimidade. (NIEBUHR, 2008, p.35)

A moralidade administrativa tem íntima relação com o princípio da probidade administrativa e recomenda prudência no trato da coisa pública. Vai além da moral comum, pois preocupa-se em evitar a exposição do Erário a aventuras, prejuízos ou enriquecimentos sem causa. (SOUTO, p.10, 2004)

Segundo Justen Filho (2016), a moralidade é considerada como um requisito de compatibilidade da atividade administrativa agregada a valores considerados éticos. Dispõe ainda que a moralidade diz respeito a identidade, à autonomia e aos terceiros com relação aos seus interesses. “O princípio da moralidade interdita a obtenção de vantagens não respaldadas pela boa-fé. Exclui a legitimidade de condutas fundadas em subterfúgios, no aproveitamento da ausência de conhecimento ou de condições de defesa do próximo” (JUSTEN FILHO, 2016, p.65)

2.1.3.4 Princípio da Publicidade e Eficiência

O princípio da publicidade é de suma importância para o procedimento de licitação, pois, sem ele não se pode falar em licitação pública, mas tão somente em licitação privada. Deste modo, se não existir publicidade, e se ela for destinada para um grupo restrito de pessoas, não se pode considerá-la como pública. Afinal, se alguns possuem acesso a respeito da licitação e outros não, acaba infringindo a igualdade, que é a causa da licitação. (NIEHBUHR, 2008 p.36)

Outrossim, neste sentido cabe mencionar o §3º do artigo 3º da Lei nº8.666/93, a seguir transcrito: “A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao

público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura”.

Insista-se que tudo que se faça em licitação pública é público, acessível a todos os interessados, licitantes ou não licitantes. O sigilo em licitação pública somente se justifica em hipóteses verdadeiramente excepcionais, em que fique cabalmente demonstrado que a divulgação importaria sacrifício intolerável ao interesse público. A regra, quase absoluta, é a publicidade. (NIEBUHR, 2008, p.36)

No que tange ao princípio da publicidade podemos considerar que dentre os atos administrativos, em especial nas licitações, ele possui um papel fundamental para exercer o controle desses atos, sejam eles feitos pela própria Administração ou pelo Poder Legislativo, nas hipóteses previstas na Constituição, bem como pelo Poder Judiciário quando provocado por algum interessado (SOUTO, 2004, p. 14). “A lei explicita que a licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas até a respectiva abertura” (SOUTO, 2004, p. 14).

Segundo Niebuhr (2008), o princípio da eficiência na licitação pública, engloba três vertentes: preço, qualidade e celeridade. A partir deste princípio decorrem outros entre os quais o preço justo, o da seletividade e da celeridade. No que tange ao princípio do justo preço impõe-se que a Administração não admita compromissos com preços fora do mercado, principalmente se os preços forem de valores elevados. Já o princípio da seletividade, é aquele que visa selecionar o contratante e a proposta de forma cautelosa, relacionando-se de modo direto com a qualidade do objeto contratado. Por fim, o princípio da celeridade possui como principal objetivo envolver o tempo em que ocorrerá a licitação, sendo este o mais breve possível.

É de bom alvitre advertir que o princípio da eficiência não serve de justificativa para a desobediência à legalidade e aos demais princípios da licitação pública, entre os quais, merece menção especial, o da igualdade. Deve-se lograr em consonância aos demais princípios, sem que um exclua o outro. (NIEBUHR, 2008, p.33)

A honestidade e boas intenções para a validação dos atos administrativos não são suficientes. Sendo assim, exige-se a escolha da solução mais vantajosa e eficiente para a utilização dos recursos públicos. Onde toda atividade administrativa engloba uma relação sujeita a perspectiva de custo-benefício. A atividade desenvolvida implica na produção de custos em vários níveis. Logo, podemos considerar que os custos estão relacionados com o tempo, mão de obra etc.

(JUSTEN FILHO, 2016, p.342). “A eficiência consiste em considerar a atividade administrativa sob prisma econômico, político, ambiental e social” (JUSTEN FILHO, 2016, p.342)

2.1.3.5 Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório, consiste no esclarecimento da norma onde serão desclassificadas as propostas que não se enquadrarem nas exigências previstas no ato convocatório da licitação. Sendo assim, este princípio possui um aspecto de legalidade, e não somente de conveniência com relação aos interesses públicos na sustentação da licitude do procedimento em razão das diferenças de preços (SOUTO, 2004, p.18).

Está em jogo sempre o interesse público na observância da lei e na lisura do processo, em relação aos quais não podem ser abertos precedentes, ainda que possa haver benefício no preço. À Administração não é lícito violar a lei ou obter vantagens à margem das normas jurídicas. (SOUTO, 2004, p.19)

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório (edital ou carta-convite) compreende a Administração Pública e aos licitantes, e tem como objetivo garantir a segurança jurídica mediante a manutenção das regras previstas inicialmente até o final do processo de contratação (CARLIN, 2007, p.179)

Já para Di Pietro (2019), esse princípio é considerado como essencial, e caso haja inobservância poderá ensejar nulidade do procedimento. Este princípio dirige-se tanto à Administração quanto aos licitantes, sendo esses obrigados a preencher os requisitos do instrumento convocatório (edital ou carta-convite). Caso deixem de apresentar a documentação exigida corretamente, serão considerados inabilitados e receberão de volta o envelope da proposta fechado, conforme previsão do artigo 43, inciso II da Lei 8.666/93.

2.2 MODALIDADES DE LICITAÇÃO PÚBLICA

No que tange a licitação pública, consideramos que é um procedimento administrativo, ou seja, um conjunto de atos administrativos sucessivos, onde devem

ser cumpridos de forma rigorosa para que resulte na melhor escolha feita pela Administração Pública em prol da celebração contratual.

A administração Pública esta sujeita a uma série de formalidades realizadas através dos atos praticados no andamento da licitação, onde visam preservar o interesse público e legitimar as suas contratações. Sendo assim, compreendemos que a existência de diversos tipos de contrato pressupõe a utilização de formalidades distintas, onde cada qual relaciona-se com a importância e a natureza de seu objeto (NIEBUHR, 2008, p103). Destarte, “o legislador criou modalidades de licitação pública, por efeito das quais os procedimentos dela se diferenciam, de acordo com a conveniência de cada espécie, conforme juízo do legislador”. (NIEBUHR, 2008, p103)

A escolha da modalidade de licitação, e mesmo a sua realização ou não, tem a ver com o valor estimado do objeto. Os valores condicionantes da modalidade são fixados no art. 23 da Lei nº8.666/93 em moeda corrente, o Real – Lei nº8.880/94 – e submetidos a atualização anual pelo Poder Executivo Federal, de acordo com a variação geral dos preços ao mercado (art. 120). (SOUTO, 2004, p.139)

Para Souto (2004), a escolha da modalidade, deve manter-se a diferença de valores entre obras e serviços de engenharia acerca de outros itens, e também deverá haver convite para os que possuem valores menores, tomada de preços para aqueles com valores intermediários e concorrência para os que possuem valores altamente significativos.

Souto observou ainda que a pesquisa de mercado e a estimativa de preço são de suma importância para a validação da licitação de acordo com a modalidade escolhida, salvo nos casos em que se utiliza bens de serviços “comuns”, submetidos a modalidade de pregão.

2.2.1 Concorrência

A concorrência é considerada como a modalidade padrão de licitação pública, aquela que rigorosamente preserva o interesse público, tendo em vista que ela possui os contratos mais complexos e mais importantes, conforme o entendimento do legislador (NIEBUHR, 2008, p.103)

Deste modo, é cabível utilizar a modalidade de concorrência nos contratos de obras e serviços de engenharia que dos quais os valores ultrapassem R\$3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais), conforme previsão no artigo 23, inciso I alínea “c”, da Lei nº8.666/93 [atualizado vide Decreto nº 9.412/2018], nos outros tipos de contratos que ultrapassem R\$ 1.430.000,00 (um milhão quatrocentos e trinta mil reais), conforme previsão no artigo 23, inciso II alínea “c”, da Lei nº8.666/93 [atualizado vide Decreto nº 9.412/2018].

Nas compras e alienações de bens imóveis também poderá ser utilizada esta modalidade, com previsão legal no §3º do artigo 23 da Lei nº 8.666/93, bem como, nas licitações internacionais, salvo nos casos em que o órgão licitante possuir cadastros internacionais de fornecedores (NIEBUHR, 2008, p.103).

“Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados, cadastrados ou não, que, na fase inicial de habilitação preliminar comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de um objeto” (SOUTO, 2004, p.140)

Para Justen Filho (2016), a concorrência é uma das modalidades de licitação, onde qualquer interessado pode participar, incorporando-se o exame da presença dos requisitos mínimos de participação do procedimento licitatório. Esta modalidade poderá ser utilizada em qualquer tipo de contrato administrativo, até mesmo aqueles que tenham como objeto a alienação de bens e direitos. Já para obras e serviços de engenharia, sua utilização possui caráter obrigatório, cujo valor ultrapasse R\$3.300.000,00, ou para compras e serviços acima de R\$1.430.000,00 [valores atualizados vide Decreto nº 9.412/2018].

2.2.2 Tomada de preços

A tomada de preços é a modalidade mais indicada para compras e serviços com valor de até R\$1.430.000,00 (um milhão quatrocentos e trinta mil reais) e para obras e serviços com valoração de até 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais). Esta modalidade exige para suas participações apenas licitantes previamente cadastrados ou aqueles que atendam todas as exigências de participação dentro do prazo de 48 horas antes da entrega das propostas previamente datadas (JUSTEN FILHO, 2016, p.346).

Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação. (SOUTO, 2004, p.140)

Já para Carlin (2007), a modalidade tomada de preços é aquela que será utilizada entre interessados devidamente cadastrados, ou que ao menos atendam todas as condições exigidas para o cadastramento, até três dias antes da data do recebimento das propostas, sendo observadas as qualificações necessárias.

2.2.3 Convite

A modalidade convite na licitação é aquela que é composta por interessados do mesmo ramo pertinentes aos seus objetos, sendo eles cadastrados ou não, e serão escolhidos e convidados pela unidade administrativa em pelo menos grupos de três. A administração irá afixar em local apropriado, cópia do instrumento convocatório, podendo estender aos demais cadastrados de acordo com as suas especialidades juntamente com a manifestação de seu interesse dentro do prazo de antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas. (CARLIN, 2007, p.187)

Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de três pela unidade administrativa, que afixará em local apropriado cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até vinte e quatro horas da apresentação das propostas. (SOUTO, 2004, p.140)

Segundo Niebuhr (2008), o procedimento realizado na modalidade convite pode ser considerado bastante singular, tendo em vista que a administração pública expede carta-convite para possivelmente três interessados do ramo, de acordo com o objeto licitado. De forma correlata a isso, a administração pública deverá fixar cópia da carta-convite em local apropriado, “leia-se: no quadro de avisos do órgão que promove a licitação, em razão do que estende o convite a todos os demais cadastrados que se interessem em participar da disputa (§3º do artigo 22 da Lei nº8.666/93)”.

Sendo assim, na modalidade de convite é cabível utilizar nos contratos de obras e serviços de engenharia, valores que sejam de até R\$330.000,00 (trezentos e trinta mil reais), conforme dispõe o artigo 23, inciso I alínea “a”, da Lei nº8.666/93 [atualizado vide Decreto nº 9.412/2018], nos outros tipos de contratos os valores devem chegar até R\$ 176.000,00 (cento e setenta e seis mil reais), conforme prevê o artigo 23, inciso II alínea “a”, da Lei nº8.666/93 [atualizado vide Decreto nº 9.412/2018].

2.2.4 Concurso

De acordo com o entendimento de Niebuhr (2008), a modalidade concurso é utilizada para a escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, através da instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, de acordo com os critérios presentes no edital publicado na imprensa oficial, respeitando a antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias, conforme está previsto no §4º do artigo 22 da Lei nº 8.666/93. “O concurso é a modalidade de licitação apropriada para a atribuição de prêmio ou seleção de produção intelectual” (JUSTEN FILHO, 2016, p.346)

Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de quarenta e cinco dias. (SOUTO, 2004, p.140)

Para Justen Filho (2000), a modalidade de concurso pressupõe o interesse da Administração em selecionar o trabalho técnico ou artístico, tanto para fins de incentivo ao desenvolvimento cultural, quanto na obtenção de resultado prático imediato. Com relação ao prêmio, este corresponde a uma contrapartida (econômica ou não) através da atividade técnica ou artística, até porque em regra, o produto inerente a essa atividade não será economicamente avaliável. “No concurso, a premiação final funciona como fator de incentivo aos possíveis interessados em particular do concurso”. (JUSTEN FILHO, 2000, p.206)

2.2.5 Leilão

De acordo com o entendimento de Di Pietro (2019), leilão é a modalidade de licitação que ocorre entre qualquer interessado para venda de bens inservíveis para a Administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem possa oferecer o maior lance, igual ou superior ao da avaliação (art. 22, § 5º). A respeito desta modalidade existem ainda outras legislações que falam sobre o tema como no caso do artigo 4º, § 3º, da Lei nº 9.491, de 9-9-97 (que altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização); do artigo 29 da Lei nº 9.074, de 7-7-95 (que estabelece normas para outorga e prorrogação das concessões e permissões de serviços públicos); do artigo 10 da Lei nº 11.481, de 31-5-07 (que altera a legislação sobre bens imóveis da União, prevendo leilão para a alienação de bens imóveis do Fundo do Regime Geral da Previdência Social).

Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a Administração, ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados (ou para alienação de imóveis a quem oferecer maior lance, igual ou superior ao da avaliação). (SOUTO, 2004, p.140)

A modalidade de leilão em licitação, é destinada para a venda de bens móveis, considerados inservíveis à Administração ou de objetos que foram legalmente apreendidos ou penhorados, bem como à alienação de bens móveis que foram adquiridos através de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento, sendo destinado para quem oferecer o maior lance igual ou superior ao do que foi previamente avaliado (§5º do artigo 22 da Lei nº 8.666/93) (NIEBUHR, 2008, p.105). “O edital do leilão deve ser publicado com antecedência mínima de 15(quinze) dias da data prevista para o recebimento dos envelopes (inciso III do §2º do artigo 21 da Lei nº 8.666/93)”. (NIEBUHR, 2008, p.105)

2.2.6 Pregão

A modalidade de pregão foi realizada através da Lei nº 9.472/97, para ser aplicada especificamente para a empresa ANATEL. Mas, em virtude do artigo 37 da

Lei nº 9.986/00, o seu uso estendeu-se para o restante das Agências Reguladoras. Um pouco antes deste ocorrido, através da Medida Provisória nº 2.026 de 04 de maio de 2000, foi possível fazer a modalidade de pregão abranger toda a Administração Pública Federal. Posteriormente, com o mesmo teor a medida referida recebeu uma nova numeração, dessa vez sendo o nº 2.108 de 27 de dezembro de 2000, considerando sua abertura para todo o âmbito da Administração Pública nacional (NIEBUHR, 2008, p.106).

Podemos observar ainda, que a modalidade de pregão é utilizada nos casos destinados a aquisição de bens e serviços de natureza comum, ou seja, “bens e serviços cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos no edital, por meio de especificações usuais no mercado (§1º do artigo 1º da Lei nº 10.520/02)” (NIEBUHR, 2008, p.106).

Na Lei 8.666/1993, o procedimento licitatório comporta o julgamento dos requisitos de participação em etapa anterior ao julgamento das propostas. Somente são examinadas as propostas dos licitantes que preencham os requisitos de participação.

No pregão e no RDC, a fase de seleção da proposta mais vantajosa antecede o julgamento dos requisitos de habilitação e de participação no certame. Segundo esse enfoque, somente serão analisados os documentos de habilitação pertinentes ao licitante, cuja proposta for selecionada como a mais vantajosa. (JUSTEN FILHO, 2016, p.355)

Uma das vantagens desta modalidade, é que para utiliza-la não depende de fixação mínima ou máxima de valores presentes no contrato, causando uma diminuição com relação aos problemas referentes aos parcelamentos indevidos na licitação pública. É de grande importância observarmos também, o entendimento de Souto a respeito da modalidade de leilão nas licitações, *in verbis* “Pregão, para a contratação de bens e serviços comuns, pelo menor preço, com propostas escritas seguidas de lances verbais.” (SOUTO, 2004, p.140).

2.3 BREVE COMENTÁRIO ACERCA DA LEI ANTITRUSTE

Conforme o artigo “Política Antitruste no Brasil: breves considerações” (2004), feito por Mario Antonio Margarido, no Brasil a política antitruste é considerada como um fato relativamente recente, diferente do que o acontece nos Estados Unidos, onde já está em vigor desde o final do século XIX. Esta política foi implementada no

Brasil por volta dos anos 60, quando foi instituído o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), em 1962, tendo como principal função a realização de intervenções relacionadas a condutas anticompetitivas.

No entanto, o CADE só pôde utilizar os instrumentos e funções atuais após a publicação da Lei Antitruste nº 8.884/1994 [substituída pela Lei nº 12.529/2011], popularmente conhecida como a Lei da Concorrência [ou antitruste], aquela que foi capaz de transformar em um organismo moderno, composto por condutas e estruturas controláveis.

Sobretudo, podemos considerar que a principal finalidade da política de defesa da concorrência é garantir e/ou estimular ambientes econômicos e competitivos, tendo em vista uma maior eficiência econômica tanto na produção quanto para o próprio consumidor. Sendo assim, podemos delimitar o que significa um ambiente econômico competitivo e o motivo pelo qual conduz a uma situação de eficiência econômica.

Num mundo ideal, prevaleceria o modelo de concorrência perfeita, cujas hipóteses, resumidamente são: 1) grande número de vendedores e compradores de um produto em todos os mercados; 2) os produtos são homogêneos (idênticos), pois a tecnologia de produção é a mesma para todos os produtos; 3) livre entrada e saída em cada mercado, ou seja, não há custos que tornem difícil para uma empresa ingressar em (ou abandonar) determinado setor; e 4) não há assimetria de informação, tanto pelo lado da produção quanto pelo lado da demanda, uma vez que, nesse último caso, os consumidores conhecem os preços e as qualidades técnicas de todos os produtos que estão disponíveis no mercado. (MARGARIDO, 2004)

Assim sendo, no mundo da concorrência ideal, as empresas são consideradas tomadoras de preços, tendo em vista que as suas curvas de demandas são horizontais. Portanto, caso as empresas entendam que devam estabelecer um preço maior do que o preço de mercado, a quantidade demandada de suas mercadorias poderá cair e chegar a zero. E se por acaso estabelecerem um valor abaixo, perderão receita, isto é, seus reduzidos tamanhos não permitirão que elas abasteçam todo o mercado. (MARGARIDO, 2004)

Pelo lado da demanda, o modelo de concorrência perfeita permite que o consumidor maximize seu respectivo bem-estar, pois a competição entre as empresas produz o menor nível de preços entre todos os demais modelos microeconômicos e, como resultado, o excedente do consumidor também é maximizado. (MARGARIDO, 2004)

Existem três pilares de sustentação para a aplicação da Política de Defesa da Concorrência, sendo que todos estão dentro da esfera do Poder Executivo federal. O CADE é o mais conhecido popularmente, sendo uma autarquia cuja função compreende em julgar casos prejudiciais ao âmbito da competitividade. Ele tem o poder de determinar a cessação de uma prática abusiva e anticompetitiva, bem como realizar a aplicação de multas e autorizações para determinados atos capazes de conduzir à concentração de um determinado mercado. (MARGARIDO, 2004)

É preciso enfatizar que a Lei Antitruste não necessariamente repudia o poder de mercado, nem torna a concretização de monopólios ilegais. Ela apenas tenta controlar como essa elevação do poder de mercado é adquirida. Em outras palavras, a Lei Antitruste tem o objetivo de reprimir o exercício considerado abusivo do aumento do poder de mercado. (MARGARIDO, 2004)

De forma geral, o principal objetivo da Política de Defesa da Concorrência está em delimitar o exercício de poder de mercado das empresas. O poder de mercado por parte de uma empresa, quando sofre uma elevação pode prejudicar o ambiente competitivo e gerar ineficiências que podem reduzir o bem-estar econômico do consumidor. Por fim, vale ressaltar que o tema relacionado com a política antitruste e regulação econômica é um campo profundamente amplo e de certo modo é dificultoso abordar aqui outros aspectos relacionados a essas duas áreas da ciência econômica. (MARGARIDO, 2004)

3 LEI DE LICITAÇÃO, IMPORTÂNCIA DA LIVRE CONCORRÊNCIA, CARTÉIS NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS E SUAS PRÁTICAS ANTICONCORRENCIAIS.

Neste capítulo serão abordados os temas relacionados às legislações inerentes às licitações públicas, a importância da livre concorrência no processo licitatório, bem como as práticas anticoncorrenciais dos cartéis em licitações. Inicialmente serão abordadas as leis relativas às licitações, logo adiante se tratará acerca da importância da livre concorrência no processo licitatório, e por fim sobre o cartel, seu conceito, penalidades aplicadas pelo Tribunal Administrativo do CADE, mecanismos de detecção de cartéis, combate dos carteis em licitações nas esferas administrativa, penal, civil e autoridades competentes. Como último tópico serão exemplificadas práticas anticoncorrencias, e os mecanismos que auxiliam no combate dessas práticas.

3.1 LEGISLAÇÃO SOBRE O PROCESSO LICITATÓRIO

Compete a União ditar normas em torno da licitação pública e contratos administrativos, “em obediência à competência conferida pelo inciso XXVII do artigo 22 da Constituição Federal, a União produziu a Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, que sofreu e sofre alterações contínuas”. (NIEBUHR, 2008, p.41)

Em seu primeiro artigo, a Lei nº 8.666/93, predispõe-se a estabelecer “normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” (NIEBUHR, 2008, p.40).

A Emenda Constitucional n.19/98 (arts. 22, XXVII, e 173, § 1º, III, CRFB) fixa a competência da União para legislar sobre as licitações e contratos da Administração Pública.

A regulamentação das normas procedimentais (conjunto de atos e fatos) da licitação encontra-se disciplinada na Lei n. 8.666/93 e suas alterações posteriores. A sequência de atos e os documentos necessários nela estão previstos. Com isso, determinam-se o verdadeiro alcance e os contornos da licitação, na busca da proposta mais vantajosa às esferas públicas e o tratamento igualitário entre os competidores. (CARLIN, 2007, p. 175)

Esta Lei possui em sua composição cento e vinte e seis artigos, sendo estes na maior parte com diversos parágrafos, incisos e alíneas, que objetivam constituir um conjunto de normas que exauram a disciplina da licitação pública e do contrato

administrativo. Logo, uniformiza a matéria, retirando a competência legislativa conferida aos demais entes federativos.

Outrossim, os estados e alguns entes federativos, produziram legislação própria com relação a licitação pública, prescrevendo normas diferentes das estabelecidas na Lei nº 8.666/93. Nessa ótica, vale destacar a Lei nº 9.433, do Estado da Bahia, que trouxe diversas inovações, entre as quais podemos citar a inversão das fases nas modalidades tradicionais da Lei nº 8.666/93, assim como ocorre na modalidade de pregão, bem como com a previsão de etapa de saneamento de erros ou vícios. (NIEBUHR, 2008, p.41)

Pois bem, a legislação estadual e municipal sobre licitação pública costuma causar polêmica em torno da adequação das normas previstas nelas com as normas gerais da Lei nº 8.666/93. Explicando melhor, as leis estaduais e municipais podem prescrever normas contrárias às da Lei nº 8.666/93, desde que não às normas gerais dela. Se as leis estaduais e municipais contrariarem normas gerais da Lei nº 8.666/93, deve prevalecer esta última. (NIEBUHR, 2008, p.41)

Para Di Pietro (2019), através da Emenda Constitucional nº 19/98, foi possível alterar a redação do artigo 22, XXVIII da CF/1988, onde este outorgou a União, sua competência privativa para legislar sobre as normas gerais de licitação e contratação, em todas as suas modalidades. Essa norma transmitiu validade incontestada ao artigo 85 do Decreto-lei nº 2.300/86, demonstrando que os Estados e Municípios podem exercer competência legislativa suplementar em matéria de licitação, conforme dispõe os artigos 24, § 2º e artigo 30, inciso II, da Constituição Federal. Atualmente, está em vigor a Lei Federal nº 8.666 de 21 de junho de 1993, que revogando o Decreto-Lei nº 2.300/86, regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, onde institui normas para licitações e contratos da Administração pública, dentre outras providências.

3.2 A IMPORTÂNCIA DA LIVRE CONCORRÊNCIA

Inicialmente, antes de adentrarmos com relação ao crime de cartel e suas práticas contra a concorrência nas licitações públicas, é válido elencarmos alguns pontos a respeito da importância da livre concorrência nas licitações.

De acordo com o artigo “A defesa da livre concorrência no Brasil” (2017), escrito por Renan Rangel, a livre concorrência é considerada como essencial na

garantia da eficiência no mercado econômico, bem como, possui uma grande relevância social, pelo fato de garantir ao consumidor maior quantidade, qualidade e diversidade dos bens e serviços realizados no mercado. Assim sendo, conforme as empresas ficam expostas à livre concorrência, aumenta-se o empenho para atenderem as necessidades do consumidor de forma unânime, conseqüentemente gerando na venda de seus produtos preços mais baixos.

Tendo em vista a tamanha importância de proteger a livre concorrência, a Constituição Federal de 1988, criou um capítulo somente para “os princípios gerais da atividade econômica”, onde promove a proteção da livre concorrência utilizando o livre comércio para conter ações que visem dominar o mercado ou aumentar os lucros de forma arbitrária.

O conceito de livre concorrência se baseia primeiro na ideia de que a competição econômica não pode ser limitada ou controlada por apenas alguns agentes com poder de mercado. Além disso, para seu bom funcionamento, é necessário que as restrições à entrada de novos concorrentes no mercado sejam reduzidas. (RANGEL,2017)

O Conselho Administrativo da Defesa Econômica (CADE) é o principal órgão responsável pela defesa da competição econômica, sendo uma organização judicante, que decide se foi cometida uma infração, ou não, contra a competição livre, além de decidir com relação a legitimidade de alguns atos, tais como fusões e incorporações. Este órgão é regulamentado pela Lei nº 12.529/2011, e é composto por três órgãos: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, Superintendência-Geral e Departamento de Estudos Econômicos.

No que tange o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, considera-se ser um plenário constituído por um presidente e seis conselheiros, indicados pelo Presidente da República para exercer a função pelo período de dois anos (com a possibilidade de reeleição por mais um ano). Para que o plenário garanta sua autonomia, um conselheiro só pode se deposto sob circunstâncias muito específicas. Além do mais, o CADE possui sua própria promotoria, possuindo um Procurador-Chefe, onde da mesma maneira é indicado pelo Presidente da República para cumprir um exercício de dois anos. (RANGEL,2017)

O Tribunal tem por atribuições: Julgar processos administrativos de condutas anticompetitivas; julgar atos de concentração com recomendação de restrição ou reprovação pela Superintendência-Geral; avocar e julgar atos de concentração aprovados sem restrição pela Superintendência-Geral e Analisar e julgar atos de concentração em que houve recurso de

terceiro interessado contra a decisão da Superintendência-Geral. (RANGEL,2017)

Já a Superintendência-Geral, por sua vez, é regida por um Superintendente-Geral, igualmente indicado pelo Presidente da República e com um mandato de dois anos (podendo ser reeleito uma vez), bem como dois Superintendentes-Adjuntos, indicados pelo superintendente-geral. Sua principal função é a da investigação de casos. Incumbe a superintendência a instauração, instrução e parecer em processos de conduta anticompetitiva, a realização de instrução e parecer em atos de concentração, assim como propor acordos e medidas protetivas.

Por fim, com relação ao Departamento de Estudos econômicos, este é regido por um Economista-Chefe e sua função consiste na elaboração de estudos e pareceres econômicos de ofício ou via solicitação do Plenário, do Presidente, do Conselheiro-Relator ou do Superintendente-Geral.

Sendo assim, consideramos que a principal função do CADE, é prestar orientações, supervisionar e examinar os abusos ao poder econômico, atuando de forma tanto preventiva quanto repressiva. Além do papel educacional, inerente a divulgação de informações à respeito da livre concorrência. “Para cumprir esse papel, o CADE conta com a parceria com universidades, institutos de pesquisa e associações. Também realiza seminários, cursos e palestras, além da publicação de reportes anuais e outros documentos públicos”. (RANGEL,2017)

Com relação as condutas contrárias à livre concorrência, encontramos previsão legal através da Lei nº12.529/2011, onde estabelece a jurisdição de autoridades encarregadas da defesa da competição, bem como reprimir o excesso de poder econômico. Este excesso ocorre quando uma empresa ou o conjunto delas utilizam o seu poder econômico para prejudicar o processo de competição, mediante uma série de práticas para imperar sobre o mercado.

Grande parte destas condutas visam o monopólio ou oligopólio do mercado econômico, os perigos destas práticas estão relacionados as empresas “que se encontram na posição de dominação de um mercado não oferecem os produtos que os consumidores necessitam, tampouco os oferecem nas quantidades necessárias ou com os preços mais baixos possível”. (RANGEL,2017) Sendo assim, a existência da livre competição acarreta nas empresas um investimento em inovação para que não percam a oportunidade de participarem do mercado, consequentemente prejudicando o consumidor com o abuso desse poder econômico.

Um dos exemplos da conduta contrária à livre competição é a formação de cartéis, onde este é composto por acordos implícitos ou explícitos, firmados entre dois competidores do mesmo seguimento de mercado, pactuando com relação aos itens como “fixação de preços, cotas de produção, divisão de clientes e de mercados de atuação. O objetivo do acordo é eliminar a concorrência e aumentar os preços dos produtos, obtendo maiores lucros, em prejuízo do bem-estar do consumidor”. (RANGEL, 2017)

Complementando o entendimento aqui disposto, cabe elencarmos ainda o que aduz o artigo 170, inciso IV da Constituição Federal, *in verbis*:

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;
Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei (BRASIL, 1988).

Portanto, estes comportamentos que ferem à livre concorrência devem ser denunciados, para que o CADE tome conhecimento e realize as devidas punições. As denúncias ao serem encaminhadas, devem conter documentos comprobatórios que auxiliem na análise do caso.

3.3 CARTEL

Conforme aduz o “Guia Prático de Combate a Cartéis em Licitações” (2008), disponibilizado pelo CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), os cartéis são considerados como a mais grave lesão à concorrência, prejudicando os consumidores com o aumento de preços, bem como restringindo a oferta, tornando os bens de serviços mais caros ou indisponíveis.

Os cartéis são particularmente comuns em licitações, e acabam prejudicando de forma substancial os esforços do Estado Brasileiro em aplicar seus recursos no desenvolvimento do país, por esse motivo, acaba beneficiando empresas de forma indevida, onde estas mediante acordos entre si fraudam o caráter competitivo das licitações. Embora a Administração objetive filtrar suas compras através de controles orçamentários mais estritos e melhorias nas formas de contratação (pelo uso do pregão eletrônico), ainda sim não impede a ação dos cartéis.

3.3.1 O cartel em licitações

No “Guia de Combate a cartéis em licitação” (2019, p.13), disponibilizado pelo CADE, num contexto geral o cartel consiste numa prática combinada ou acordada entre concorrentes, com o intuito de fixar preços, restringir a produção ou determinar quotas, realizar divisão no mercado de atuação e alinhar variáveis concorrencialmente sensíveis, “tanto em concorrências públicas como contratações privadas, sendo considerado universalmente a mais grave infração à ordem econômica” (CADE,2019)

Os cartéis previstos em licitações são especialmente graves, sendo capazes de impedir ou prejudicar a aquisição de produtos e serviços pelo menor preço e maior qualidade pela Administração Pública, causando gravíssimos prejuízos ao erário, bem como aos contribuintes.

A conduta anticompetitiva, é considerada da mais alta gravidade, a prática de cartel está prevista no artigo 36, §3º, inciso I, alínea “d” da Lei nº12. 529/2011 (Lei da Defesa da Concorrência), *in verbis*:

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:
§ 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:

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

Ao tentar forçadamente limitar a concorrência, os integrantes de um cartel acabam prejudicando a inovação, ou seja, impedindo que os processos produtivos e os novos produtos surjam no mercado. Os cartéis resultam negativamente no bem-estar dos consumidores, e em longo prazo prejudicam a economia de uma forma geral, efetivando a perda da competitividade. (CADE, 2008, p.8)

3.3.2 As penalidades aplicadas pelas práticas de cartéis impostas pelo Tribunal Administrativo do CADE.

O “Guia de Combate a cartéis em licitação” (2019, p.15), disponibilizado pelo CADE, entende que a Lei nº 12.529/2011, dispõe acerca dos cartéis onde as empresas participantes de um cartel ficarão sujeitas a multas administrativas

aplicadas pelo Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica e podem variar entre 0,1 % a 20,0% correspondente ao valor do faturamento bruto de acordo com o ramo de atividade em que ocorreu a infração, entre outras penas como “a publicação da decisão em jornal de grande circulação, a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e de participar de licitações públicas e a cisão de ativos”. (CADE, 2019, p.15)

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

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

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

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

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

§ 2º No cálculo do valor da multa de que trata o inciso I do caput deste artigo, o CADE poderá considerar o faturamento total da empresa ou grupo de empresas, quando não dispuser do valor do faturamento no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, definido pelo CADE, ou quando este for apresentado de forma incompleta e/ou não demonstrado de forma inequívoca e idônea. (BRASIL, 2011)

Sujeitos envolvidos na conduta estão submetidos às multas do CADE, variando entre R\$50.000,00 e R\$ 2.000.000.000,00. Nos casos em que os administradores de forma direta ou indireta sejam responsáveis pelas infrações cometidas, a multa será de 1 a 20% daquela aplicada a empresa. Dentre as penalidades mais severas aplicadas pelo CADE, podemos considerar sendo a proibição do infrator participar de licitações no período mínimo de 5 (cinco) anos (CADE, 2019, p.15)

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

I - a publicação, em meia página e a expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por 2 (dois) dias

seguidos, de 1 (uma) a 3 (três) semanas consecutivas;
 II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a 5 (cinco) anos;
 III - a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;
 IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:
 a) seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito;
 b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos;
 V - a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade;
 VI - a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos; e
 VII - qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica. (BRASIL, 2011)

Portanto, o indivíduo que realiza a prática de cartel está sujeito às três esferas coercitivas a administrativa, a penal e a civil. Tornando efetiva a ação do Estado, assegurando ainda mais a atuação da livre concorrência nos processos licitatórios.

3.3.3 O combate aos cartéis em licitações nas esferas administrativa, penal, civil e autoridades competentes.

Segundo o “Guia de Combate a cartéis em licitação” (2019, p.15), disponibilizado pelo CADE, o ordenamento jurídico no Brasil, configura o cartel como ilícito antitruste, e sua previsão se dá através da Lei nº 12.529/2011. Assim sendo, com relação ao âmbito administrativo, o cartel com sua conduta anticompetitiva, ferindo a livre concorrência, é investigado e o processo administrativo recebe instruções por meio da Superintendência- Geral do CADE, (artigo 13, inciso V da Lei nº 12.529/2011) e, posteriormente, é julgado pelo Plenário do Tribunal do CADE “(artigo 9º, III da Lei nº 12.529/2011), que pode aplicar às empresas e pessoas físicas multas além de outras penalidades previstas na Lei.” (CADE, 2019, p.19)

A prática de cartel também constitui crime contra a ordem pública, de acordo com o que está previsto no artigo 4º da Lei nº 8.317/1990, onde pertence à esfera penal apurado judicialmente mediante investigações realizadas pelas autoridades policiais, bem como do Ministério Público. Esta conduta garante aos envolvidos penas de reclusão de dois a cinco anos e multa, podendo aumentar de um terço até metade, caso o crime causar grave dano a coletividade, for realizado por servidor

público ou se estiver relacionado a bens ou serviços essenciais para a vida ou para saúde. Ademais, os “casos de cartéis em licitações públicas também são passíveis de enquadramento como crime pelo artigo 90 da Lei nº 8.666/1993. Os indivíduos envolvidos no ilícito estão sujeitos a penas de detenção de dois a quatro anos e multa”. (CADE, 2019, p.20)

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. (BRASIL, 1990)

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

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. (BRASIL, 1993)

Outrossim, os envolvidos na prática de cartel também estão sujeitos, no âmbito civil, as ações de reparação de danos, podendo ser ajuizadas por quaisquer prejudicado, de acordo com o que prevê o artigo 47 da Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011, bem como, ações civis públicas, impetradas pelo Ministério Público dentre outros legitimados, conforme dispõe os artigos transcritos abaixo:

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

§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

§ 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento. (BRASIL, 1988)

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

A Lei 7.347/1985 de Ação Civil Pública, em seu artigo 1º inciso V e em seu artigo 5º, dispõe que a reparação de danos ao erário poderá ser objeto de ação civil pública, podendo ser proposta pelo ente afetado (União representada pela AGU – Estados, Distrito Federal e Municípios; autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista), bem como pelo Ministério Público. Já a Lei 8.429/1992 de Ação de improbidade administrativa, além de visar à punição do agente público que cometeu ato ilícito, visa o ressarcimento pelos danos causados ao erário, cabendo ao Ministério Público a titularidade desta Ação. Por fim, cabe lembrar ainda, o que está disposto no Código Civil (Lei 10.406/2002) no caput e parágrafo único do artigo 927, com relação ao ressarcimento, *in verbis*:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2002)

Nota-se ainda, que os mesmos fatos que são juridicamente considerados como cartel mediante a análise da autoridade antitruste podem também constituir outras modalidades de infrações administrativas, tendo a possibilidade de serem investigados por parte de outras autoridades, no caso pelos órgãos responsáveis pelo controle. “Nesse sentido, os cartéis em licitação, enquanto uma forma de restrição ao caráter competitivo de uma licitação, afetam uma diversidade de bens jurídicos, podendo assim serem investigados e punidos sob a égide de outras leis”. (CADE, 2019, p.23)

Nesse contexto, por exemplo, o TCU, em seu papel de fiscalizador das contas públicas, tem a função de acompanhar os processos licitatórios e as contratações públicas e, caso verifique alguma forma de fraude à licitação, tem o poder de declarar a inidoneidade do licitante, bem como, se identificar a possibilidade de danos ao erário, fará a conversão do processo em tomada de contas (artigos 41, 46 e 47 da Lei nº 8.443/1992). A Controladoria-Geral da União (CGU), por sua vez, é o órgão encarregado de apurar, processar e julgar os ilícitos que atentam contra o patrimônio público, dentre os quais encontra-se a tentativa de frustrar ou fraudar o caráter competitivo da licitação (artigos 5º, inciso IV e 9º da Lei nº 12.846/2013). (CADE, 2019, p.23)

De acordo com o artigo 19 § 4º da Lei nº 12.486/2013, a Advocacia Geral da União (AGU), ela pode requerer que sejam bloqueados os bens direitos ou valores necessários “à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano (artigo 19, § 4º da Lei nº 12.846/2013). Por fim, ressalta-se que a AGU é ainda

legitimada para a propositura de Ação Civil Pública com vistas a recuperar o dano causado”. (CADE, 2019, p.23)

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

[...] IV - no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; (BRASIL, 2013)

Art. 9º Competem à Controladoria-Geral da União - CGU a apuração, o processo e o julgamento dos atos ilícitos previstos nesta Lei, praticados contra a administração pública estrangeira, observado o disposto no Artigo 4 da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, promulgada pelo Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000. (BRASIL, 2013)

Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras:

I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;

II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades;

III - dissolução compulsória da pessoa jurídica;

IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

§ 1º A dissolução compulsória da pessoa jurídica será determinada quando comprovado:

I - ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos; ou

II - ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

§ 2º (VETADO).

§ 3º As sanções poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa.

§ 4º O Ministério Público ou a Advocacia Pública ou órgão de representação judicial, ou equivalente, do ente público poderá requerer a indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado, conforme previsto no art. 7º, ressalvado o direito do terceiro de boa-fé. (BRASIL, 2013)

Portanto, os fatos que configuram o ilícito antitruste podem se enquadrar em outros ilícitos administrativos, dentre eles “a fraude à licitação, a corrupção e a improbidade administrativa”. (CADE, 2019, p.24)

3.4 TIPOLOGIAS ANTICONCORRENCIAIS EM LICITAÇÕES

O artigo “Tipologia das práticas anticoncorrenciais nas licitações públicas: as práticas mais comuns de cartel nas licitações públicas” (2015), escrito por Mauricio Alencar Alves Ferreira, esclarece que o cartel visa maximizar as margens de lucros de seus integrantes, burlando as regras da livre concorrência, através de diversas maneiras, seja através de acordos verbais ou até mesmo de reuniões entre os licitantes visando a fixação de termos para corromper o caráter competitivo do certame público.

O poder de um cartel de limitar artificialmente a concorrência traz prejuízos também à inovação, impedem que outros concorrentes aprimorem seus processos produtivos e lancem novos e melhores produtos no mercado. Isso resulta em perda de bem-estar do consumidor e, no longo prazo, perda da competitividade da economia como um todo. Nas licitações os malefícios causados por essa prática não são diferente. O consumidor diretamente afetado é o próprio Estado e indiretamente temos a sociedade como um todo sofrendo com o dano, pois os gastos mais elevados do governo por conta de um certame cartelizado poderia ser gastos em outras atividades. (FERREIRA,2015)

As formas mais comuns de acordos que configuram os cartéis em licitações são: Fixação de preços, Rodízio, Restrição de Proposta, Divisão de Mercado e Subcontratação informal. Porém, é válido ressaltar que essas não são as únicas praticas existentes, e que geralmente não ocorrem de forma isolada, mas sim como parte de um conjunto, denominando-se cartel.

3.4.1 Fixação de preços

Considera-se a fixação de preços uma das práticas mais comuns vistas nos cartéis. Ela consiste num acordo firmado entre os concorrentes de um mesmo segmento para que os valores das suas propostas sejam os mesmos, dificultando na variação de preço, tornando o consumidor refém do acordo pactuado entre os concorrentes. “Fixação de preços, na qual há um acordo firmado entre concorrentes para aumentar ou fixar preços e impedir que as propostas fiquem abaixo de um “preço base”. (CADE,2008, p.09)

No processo de concorrência em setores públicos, de uma forma geral, ocorrem acordos para fixarem valores mínimos para as propostas, impossibilitando

que outras propostas tornem-se vantajosas para a Administração, facilitando o aceite daquela previamente oferecida. Essa prática resulta numa grande dificuldade para a Administração, pois, ela não consegue adquirir produtos com preços baixos, tendo como única opção as ofertas de valores elevados. Esses acordos podem ocorrer também na forma de fixar valores para falsos concorrentes, manipulando os resultados para que reste apenas o concorrente que em tese apresentou a melhor proposta, logrando êxito na contratação.

Outrossim, não esgotando as diversas modalidades de fixação de preços, podemos elencar ainda a prática de preços predatórios. Essa modalidade visa prejudicar os demais concorrentes que estão fora do cartel, utilizando o método de preços muito baixos, inclusive abaixo de seus custos. Com essa prática pode-se atrair os clientes do concorrente pra excluí-lo do certame, não sendo mais um concorrente em potencial, consequentemente levando-o a falência.

Sendo assim, os fraudadores provocam um grande impacto no orçamento público, uma vez que, além de um serviço ou bem sem qualidade e fora do preço real, a administração fica submetida a diversos gastos com os processos licitatórios, sem necessidade, que poderiam ter sido dispensados caso o preço verdadeiro do bem ou serviço fosse apresentado. (FERREIRA, 2015)

3.4.2 Rodízio

Com relação à prática de rodízio, compreendemos ser aquela que realiza acordos entre as empresas que estão participando do cartel, onde elas escolhem quem será a vencedora do certame, alternando de licitação em licitação, configurando assim o rodízio. (FERREIRA, 2015)

Rodízio, acordo pelo qual os concorrentes alternam-se entre os vencedores de uma licitação específica. Por exemplo, as empresas A, B e C combinam que a primeira licitação será vencida pela empresa A, a segunda pela empresa B, a terceira pela empresa C e assim sucessivamente. (CADE, 2008, p.09)

Essa prática é uma das mais difíceis de para a detecção de cartel. A administração encontra dificuldades em indicar com clareza se há ou não a prática de cartel, tendo em vista que se o rodízio for bem sucedido, camuflando

corretamente os acordos, fica extremamente difícil de ser descoberto, pois, da uma falsa impressão de livre concorrência por possuir “vários” vencedores no certame.

Além disso, o rodízio está vinculado à restrição de proposta, bem como a prática de propostas fictícias. A primeira visa combinar quem vencerá no certame, onde os demais participantes restringem as propostas para que vencedor seja aquele escolhido pelas empresas cartelizadas. A segunda, é a forma em que os participantes apresentam propostas fictícias, escolhendo o vencedor do certame, pois os “perdedores” apresentam propostas fora da realidade, desconexas e impossíveis de serem escolhidas. (FERREIRA, 2015)

3.4.3 Restrição de proposta

Na restrição de propostas ou supressão de propostas, consideramos que são aquelas que realizam acordos com o intuito de diminuir a quantidade de concorrentes, onde estes acordos fazem alguns participantes desistirem da licitação, antes dela ocorrer ou até mesmo durante sua realização. “Supressão de propostas, modalidade na qual concorrentes que eram esperados na licitação não comparecem ou, comparecendo, retiram a proposta formulada, com intuito de favorecer um determinado licitante, previamente escolhido”. (CADE, 2008, p.09)

Essa modalidade também é difícil de ser descoberta, uma vez que desistir de uma licitação não comprova participação em cartel, principalmente pelo fato de que os participantes podem desistir por qualquer motivo, motivos de interesse privado e exclusivo do concorrente. Por isso, cabe à administração analisar com cautela os motivos pelos quais os concorrentes desistem das licitações, sejam antes ou durante a sua realização. “A fraude só pode ser afirmada através de provas concretas e não apenas pela desistência”. (FERREIRA, 2015).

Porém, durante o processo licitatório se ocorrer desistência por algum participante ficará este sujeito às sanções inerentes, caso não honre sua proposta até a fase de homologação. É válido ressaltar, que há possibilidade de desistência do processo licitatório, antes da segunda fase, no caso na fase de habilitação. Esta fase constitui a abertura dos envelopes com as devidas documentações exigidas no edital, bem como a proposta, conforme prevê o artigo 43, inciso I, §6º da Lei nº 8.666/93.

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

I - abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação dos concorrentes, e sua apreciação;

§ 6º Após a fase de habilitação, não cabe desistência de proposta, salvo por motivo justo decorrente de fato superveniente e aceito pela Comissão. (BRASIL, 1993)

Nota-se que o licitante tem a possibilidade de desistência antes da fase de habilitação da licitação, sendo possível após essa fase apenas por motivos aceitos pela Comissão (FERREIRA, 2015). Portanto, a desistência presente antes da fase de habilitação não deve ser entendida como correta em todas as modalidades de licitação, por exemplo, na modalidade de pregão, não há que se falar de desistência potestativa, pois, o procedimento licitatório ocorre antes da habilitação.

Sendo assim, as desistências devem ser analisadas com mais cautela nas modalidades clássicas da licitação como convite, concorrência e tomada de preço, pois, serão nessas que a retirada de propostas poderá configurar formação de cartel. (FERREIRA, 2015)

3.4.4 Divisão de mercado

A divisão de mercado é considerada como uma das práticas anticoncorrenciais, e está prevista no artigo 36, §3º, inciso I, alínea “c” da Lei nº 12.529/2011, conforme o trecho transcrito abaixo:

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:

[...] § 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:

[...] 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; (BRASIL, 2011)

A divisão de mercado, como o próprio nome já sugere, visa dividir o mercado através de regiões entre os participantes do cartel. Buscando anular a concorrência entre eles conforme suas regiões, uma vez que realizam acordos determinando a região de atuação de cada participante, tornando o vencedor da licitação, aquele que é correspondente à área que lhe é devida.

Divisão de mercado, representada pela divisão de um conjunto de licitações entre membros do cartel, que, assim, deixam de concorrer entre si em cada uma delas. Por exemplo, as empresas A, B e C fazem um acordo pelo qual a empresa A apenas participa de licitações na região Nordeste, a empresa B na região Sul e a empresa C na região Sudeste. (CADE, 2008, p.9)

Sendo assim, cada um dos participantes será o único concorrente e único vencedor do certame, conforme as respectivas áreas designadas, salvo nos casos em que tenham mais de um participante em uma região, sendo necessário fazer o rodízio entre eles para que se possa definir o vencedor. (FERREIRA, 2015)

3.4.5 Subcontratação informal

A subcontratação informal faz parte dos crimes comuns vistos no âmbito do cartel, sendo considerada como uma possibilidade nos limites da lei. Essa subcontratação (ilegal/velada) fere o *intuitu personae*, pelo fato de que a empresa subcontratada não é vinculada formalmente com a administração, com isso não poderia participar da subcontratação licitatória. Num contexto geral, os integrantes do cartel escolhem um deles para vencer o certame e o vencedor poderá sublocar de forma ilegal as outras empresas, como uma maneira de alcançar mais lucros, distribuindo esses lucros entre aqueles que se envolveram nesse acordo ilegal.

Sub-contratação, pela qual concorrentes não participam das licitações ou desistem das suas propostas, a fim de serem sub-contratados pelos vencedores. O vencedor da licitação a um preço supra-competitivo divide o sobre-preço com o subcontratado. (CADE, 2008, p.9)

A Lei nº 8.666/1993, prevê em seu artigo 78, inciso VI, com relação a subcontratação informal conforme narra o trecho abaixo transcrito:

VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato; (BRASIL, 1993)

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

Esse impedimento ocorre quando no edital da licitação não está descrito expressamente as possibilidades do inciso VI do artigo 78 da Lei nº 8.666/93, o que acaba nos remetendo ao artigo 72 da mesma lei: “Art. 72. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais,

poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração” (BRASIL, 1993).

Portanto, consideramos que a subcontratação fere o processo licitatório de duas maneiras, uma por ferir o caráter competitivo no momento em que realiza acordos com outras empresas para subcontrata-las, caso alguma delas perca o certame e a outra pelo fato de contratar empresas que estão suspensas de participarem do processo licitatório. Indiferentemente de qual maneira seja utilizada, a subcontratação constitui um erro gravíssimo que deve ser punido pelas autoridades competentes.

4 BREVE ESTUDO DE CASOS JULGADOS PELO CADE E TCU

Este capítulo visa abordar um breve estudo de casos julgados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), bem como julgados realizados pelo Tribunal de Contas da União (TCU), acerca das práticas anticoncorrenciais dos cartéis no âmbito das licitações públicas, enfatizando a importância da Lei nº 12.529/2011 nos processos licitatórios.

4.1 JULGADOS CADE

Em virtude da Lei nº 12.529/2011, o CADE se tornou responsável pela instrução dos processos administrativos que visem realizar apurações infracionais à ordem econômica, como também os processos de análise de atos de concentração e repressão do abuso econômico. A fim de ilustrar o comportamento do CADE com relação à prática de cartéis em licitações públicas, será abordado um breve estudo de casos, acerca das penalidades impostas por este Conselho.

4.1.1 PRIMEIRO CASO

No dia 20 de maio de 2013, três empresas foram recomendadas a condenação através da Superintendência-Geral do CADE, pela prática de formação de cartel em licitação no certame de aquisições de ambulâncias que seriam utilizadas para prestarem serviços ao Sistema Único de Saúde. O caso foi encaminhado a julgamento pelo Tribunal do CADE.

Foi instaurado o Processo Administrativo de nº 08012.003931/2005-55, mediante apresentação documental encaminhados pela Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo, sendo este o órgão responsável pela realização das licitações. No corpo da denúncia constava referência a um pregão realizado no ano de 2005, o qual foi destinado para aquisição de 200 (duzentas) ambulâncias para transportes, onde seriam distribuídas aos municípios do Estado.

Outrossim, a Superintendência-Geral identificou que as referidas empresas ora representadas, apresentaram propostas semelhantes, inclusive com os mesmos erros de formatação e ortografia, especificando intervalos de preços. Além disso, foi possível verificar, a utilização de técnicas em pregões que assegurassem que o

escolhido como vencedor fosse aquele previamente combinado pelo conluio. Estes padrões são considerados como indicativos de cartel em licitações

Sendo assim, após todas as verificações a Superintendência-Geral considerou que a prática anticompetitiva e acordos fraudulentos estavam de fato presentes neste caso, ferindo diretamente a livre concorrência. Como meio coercitivo através da Lei nº 12.529/2011, essas empresas podem ser condenadas ao pagamento de “0,1% a 20% de seu faturamento no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração” (CADE, 2013).

Tendo em vista a situação, em publicação posterior o CADE deliberou a seguinte informação sobre o caso: “Com os acordos firmados, as empresas se comprometem a encerrar as práticas investigadas e o caso fica suspenso até que o Cade ateste o cumprimento integral dos TCCs pelas empresas”. (CADE, 2016)

4.1.2 SEGUNDO CASO

No dia 10 de dezembro de 2014, onze empresas fabricantes de órteses e próteses foram condenadas pela prática de formação de cartel em licitações promovidas pelo Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, no estado de São Paulo.

A Associação Brasileira de Ortopedia Técnica – Abotec foi igualmente condenada pelo Tribunal, pelo fato de ter desenvolvido e publicado uma tabela de preços para as empresas filiadas. Foi instaurado o Processo Administrativo de nº 08012.008507/2004-16 no ano de 2004, pela Gerência Regional do INSS na cidade de Bauru/SP.

Conforme o parecer do conselheiro e relator Gilvandro de Araújo, a empresa Abotec, desenvolveu tabela de preços mínimos expondo os custos e percentuais de lucro, bem como de despesas com relação à fabricação de cento e trinta modelos de produtos ortopédicos. A referida tabela foi usada com o propósito comparativo da escolha de valores pelas fabricantes participantes do conluio, presentes no certame realizado pelas Gerências Regionais do INSS de Bauru, São Paulo-Oeste, Osasco e São João da Boa Vista. (CADE, 2014)

O Tribunal do CADE verificou que na fase de cotação para a Administração Pública as fabricantes apresentaram estimativas de preços diferentes uma das outras. No entanto, no curso dos certames elas ofereceram propostas iguais ou semelhantes, com valores superiores aos apresentados na primeira etapa.(CADE,2014)

O conselheiro e relator Gilvandro afirmou ainda que “Após a elaboração da tabela de preços mínimos pela Abotec, as empresas a ela filiadas tiveram o incentivo de adotar preços similares, quando não idênticos, nas propostas ofertadas nos certames licitatórios” (ARAÚJO *apud* CADE, 2014)

Além disso, ficou evidenciado que as empresas elaboraram a mesma tese em suas redações recursais, quando o INSS as desabilitou dos procedimentos licitatórios, devido aos fortes indícios de conluio e combinação de preços.

O método coercitivo adotado pelo CADE com relação à prática anticompetitiva foi a aplicação de multas, bem como a proibição pelo período de 5 (cinco) anos dessas empresas participarem de quaisquer processo licitatório, sejam eles realizados pela Administração Pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, igualmente por entidades da Administração Pública indireta.

A Superintendência-Geral em fevereiro de 2014, apresentou parecer considerando a condenação da Abotec e das onze empresas participantes da prática anticompetitiva, enviando o processo para que o Tribunal do CADE o julgasse.

Com relação aos prejuízos, de acordo com um estudo realizado pelo Departamento de Estudos Econômicos do CADE-DEE, caso as empresas não fossem retiradas das licitações o cartel poderia ter aplicado sobrepreços entre 18% e 31% do certame. (CADE, 2014)

Informações do Blog da Previdência Social apontam que, entre 2009 e 2013, a Gerência Executiva em Campo Grande, no Mato Grosso do Sul, reabilitou mais de 800 segurados no Programa de Reabilitação Profissional do ministério. Para isso, foram gastos mais de R\$ 970 mil com aquisição de próteses. (PREVIDÊNCIA SOCIAL *apud* CADE, 2014)

O DEE afirma ainda, que conforme os dados demonstrados fazendo uma comparação nacional, no prazo de cinco anos seria possível reabilitar 80 mil segurados, utilizando aproximadamente R\$97 milhões com a compra de próteses. Porém, se o cartel tivesse continuado, esses R\$97 milhões dariam para reabilitar apenas 67 mil segurados, privando 13 mil segurados ao acesso do programa. (CADE, 2014)

4.1.3 TERCEIRO CASO

No dia 08 de abril de 2015, o CADE condenou pela prática de formação de cartel as empresas Saenge Engenharia de Saneamento e Edificações Ltda. e Ônix Construções S/A (atualmente Concic Construções Especiais S/A) no procedimento licitatório realizado pela Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (SABESP), para que realizassem obras na Região Metropolitana da Baixada Santista.

Este caso foi denunciado ao CADE pelo próprio órgão licitante, com a suspeita de conluio. Foi instaurado o Processo Administrativo de nº 08012.009885/2009-21, a investigação iniciou em Setembro de 2013, a partir do momento em que Sabesp encaminhou a representação à extinta Secretaria de Direito Econômico-SDE.

Foram condenados pelo Tribunal do órgão antitruste, cinco administradores dessas empresas por terem participado dessa conduta anticompetitiva. Apenas uma pessoa física deixou de ser condenada por insuficiência de provas. Chegaram a somar o montante de R\$19,6 milhões, com relação às multas aplicadas. (CADE, 2015)

De acordo com a conselheira relatora do caso, Ana Frazão, as empresas celebraram instrumento particular para execução conjunta das obras do Lote 03 do Sistema Produtor de Água Mambu/Branco quando ainda eram concorrentes na licitação (Concorrência Internacional CSO n.º 53.542/07). Em razão do acordo, a Concic, que era a primeira colocada no certame, desistiu de participar do procedimento, deixando transcorrer o prazo concedido pela Sabesp para a prestação de esclarecimentos relativos à exequibilidade da proposta. Desse modo, a Saenge, segunda classificada na licitação, foi contratada por um valor 23,1% superior. Pelo instrumento particular firmado entre as empresas, a Concic seria a sócia oculta e a Saenge a sócia ostensiva e única responsável perante a Sabesp, e a participação de cada uma na execução das obras foi fixada em 50%. Para a conselheira, o formato de constituição dessa sociedade corrobora o caráter ilícito do acordo e a real motivação da desistência da Concic em continuar na licitação, que é o acerto prévio para que viesse a ser contratada a empresa com proposta de maior valor. Além disso, a distribuição de participação das empresas violou o percentual máximo de subcontratação previsto no edital –30% do valor contratado –, e não contou com a autorização da Sabesp. (FRAZÃO *apud* CADE, 2015)

Sendo assim, o Tribunal do CADE compreendeu que o presente caso utilizou a supressão de propostas como método anticoncorrencial, sendo este um dos principais mecanismos utilizados em cartéis. Segundo o Conselho, a celebração do presente negócio acarretou prejuízos a livre concorrência, “em razão da desistência

da Concic e do consequente acréscimo no valor a ser pago pela Sabesp” (CEDE,2015).

Ficou claro que desistência da Concic decorreu do prévio acordo com a concorrente, então classificada em segundo lugar. A retirada da proposta comercial em favor da Saenge, que havia apresentado oferta significativamente maior, constitui uma fraude ao caráter competitivo da licitação e uma inequívoca violação ao princípio da livre concorrência. De fato, é incontroverso que, quando iniciaram as tratativas e quando concluíram o negócio jurídico ora analisado, Saenge e Concic ainda eram concorrentes na licitação. (FRAZÃO *apud* CADE, 2015)

Em seu parecer a Superintendência-Geral opinou pela condenação dos representados no processo. As referidas empresas foram condenadas pelas práticas anticoncorrenciais, portanto, ficaram obrigadas a realizar o pagamento de multas no valor total de R\$ 18,6 milhões, enquanto as pessoas físicas ficaram obrigadas a pagar multas que somam o total de R\$988,1 mil. (CADE, 2015)

4.2 JULGADOS TCU

O Tribunal de Contas da União –TCU, é um órgão que realiza o controle externo do governo federal, assim como auxilia o Congresso Nacional com o objetivo de estar junto da execução orçamentária e financeira do país, contribuindo com aprimoramento da Administração Pública beneficiando a sociedade. Seu objetivo principal é assegurar que a Administração Pública aja de forma efetiva, ética, ágil e responsável. (TCU, 2020)

Além das competências constitucionais e privativas do TCU que estão estabelecidas nos artigos 33, §2º, 70, 71, 72, §1º, 74, §2º e 161, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988, outras leis específicas trazem em seu texto atribuições conferidas ao Tribunal. Entre essas estão a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2001), a Lei de Licitações e Contratos (8666/93) e, anualmente, a Lei de Diretrizes Orçamentárias. (TCU, 2020)

“O Tribunal é responsável pela fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos órgãos e entidades públicas do país quanto à legalidade, legitimidade e economicidade” (TCU, 2020).

4.2.1 PRIMEIRO CASO

Trata-se de Relatório de Levantamento (RL) instaurado mediante o processo de nº 015.601/2009-0, formulada pelo MPTCU nos autos do TC 015.473/2007-2, relacionada à declaração de inidoneidade da empresa “Gautama Ltda. para participar de procedimentos licitatórios na Administração Pública Federal, por até cinco anos, nos termos do art. 46, da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992” (TCU, 2012). Uma vez que, existem provas que comprovam de fato o envolvimento da empresa em possível esquema de fraudes em licitações.

É a ementa:

LEVANTAMENTO. INDÍCIOS DE FRAUDE À LICITAÇÃO ROPOSTA DE DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE DE EMPRESA PARA PARTICIPAR DE PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL. OITIVA DAS EMPRESAS ENVOLVIDAS. CONSTATAÇÃO DA FRAUDE. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE DAS EMPRESAS FRAUDADORAS PARA PARTICIPAR DE LICITAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL. CONSTITUIÇÃO DE APARTADO PARA PROMOVER A RESPONSABILIZAÇÃO DE OUTRAS EMPRESAS E, SE FOR O CASO, DE AGENTES PÚBLICOS. (TCU – RL: 01560120090, Relator: ANDRÉ DE CARVALHO, Data de Julgamento: 05/09/2012, Plenário) (TCU, 2012)

A fraude pôde ser descoberta, devido à quantidade de erros de ortografia realizados nas propostas apresentadas pelas empresas, “consistiu na identificação de coincidências exatas de dezenas de erros de escrita nas propostas apresentadas tanto pela Gautama quanto pela Artec, as quais evidenciam algum tipo de acerto na confecção dessas propostas” (TCU, 2012).

Cabe salientar também que os indícios de irregularidade apontados pela unidade técnica no item 4 da instrução de fls. 145/149, conforme mencionado nos ofícios de oitiva, foram essencialmente os seguintes:

- a) subcontratação de uma mesma empresa para elaboração de proposta de preços para as empresas licitantes;
- b) formalização de termo de intenção de subcontratação, a qual seria concretizada após o resultado final da licitação;
- b) existência de expressivo diferencial de preço para o item “Serviços Técnicos”, em favor da empresa Gautama, sendo que esse serviço contempla exatamente a atividade desempenhada pela empresa subcontratada;
- c) inclusão de um item de serviços não contemplado pela planilha orçamentária base da licitação, por todas as licitantes, com exatamente as mesmas descrições, inclusive para os subitens, e exatamente os mesmos quantitativos e preços unitários e total;
- d) identificação de dezenas de coincidências exatas em erros de grafia nas propostas orçamentárias apresentadas pelas empresas Gautama e Artec;

e) menção a um possível “esquema de subcontratação” utilizado em outra licitação em que a Gautama se sagrou vencedora, no Estado do Piauí, sob a condução da Cepisa, cujo objeto consistia na execução das obras do programa Luz Para Todos, conforme informação extraída de gravação de escutas telefônicas obtidas pela Polícia Federal, no âmbito da “Operação Navalha”; e

f) indícios de confecção do edital de licitação por dirigentes da própria empresa vencedora do certame – Gautama Ltda. – com posterior envio ao órgão licitante, para publicação, conforme informações também obtidas a partir da gravação das escutas telefônicas mencionadas no item anterior. (TCU, 2012)

Diante dos fatos, a Corte de Contas, declarou a inidoneidade dos licitantes participantes do conluio que fraudaram a licitação da administração pública federal, pelo período de 5 (cinco) anos para a empresa Gautama, e de 3 (três) anos para as empresas Artec e Fahma, “considerando a individualização das condutas e o benefício indevidamente auferido’ (TCU, 2012).

4.2.2 SEGUNDO CASO

Trata-se de representação instaurada mediante o processo de nº 013.389/2017-3, apartada ao processo TC 016.119/2016-9, que visa identificar a participação da empresa Shanska Brasil Ltda. “em fraudes ocorridas nas licitações conduzidas pela Petrobras para implantação da Refinaria Abreu e Lima em Ipojuca/PE, também denominada de Refinaria do Nordeste – Rnest” (TCU, 2019).

É a ementa:

REPRESENTAÇÃO. IMPLANTAÇÃO DA REFINARIA ABREU E LIMA. FORMAÇÃO DE CARTEL. FRAUDES NAS LICITAÇÕES. FORMAÇÃO DE PROCESSO APARTADO. OITIVA. EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS E PROVA DE CORROBORAÇÃO NO SENTIDO DE QUE A EMPRESA ARROLADA PARTICIPOU DA FRAUDE DAS LICITAÇÕES QUE COMPÕEM O OBJETO DO PROCESSO. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE. (TCU – RP: 01338920173, Relator: BENJAMIN ZYMLER, Data de Julgamento: 05/06/2019, Plenário) (TCU, 2019)

No presente caso, as empresas utilizaram práticas anticompetitivas, visando à obtenção de vantagem no certame, mediante conluio. Dentre as práticas adotadas, podemos destacar fixação de preços, condições, vantagens e abstenção de participação, e divisão de mercado entre concorrentes, conforme aduz o trecho transcrito a seguir:

Como forma de não atrapalhar o esquema perpetrado, as empresas participantes do cartel atuaram também por meio de abstenções, conforme declaração dos signatários do Acordo de Leniência firmado entre o CADE e a empresa SOG Óleo e Gás, vide excerto do “Histórico de Conduta” (peça

31, p. 1) a seguir: As condutas anticompetitivas consistiram em acordos de (i) fixação de preços, condições, vantagens e abstenção de participação, e (ii) divisão de mercado entre concorrentes, em licitações públicas de obras de montagem industrial 'onshore' da Petrobras do Brasil. Estas condutas foram viabilizadas, principalmente, por meio de reuniões presenciais, contatos telefônicos e SMS's entre os representantes das empresas, voltados à supressão/redução de competitividade nas licitações/contratações realizadas pela Petrobras nas obras de montagem industrial 'onshore', com prévio acerto do vencedor, preços apresentados, condições, divisões de lotes, abstenções, propostas de cobertura, dentre outros. (TCU, 2019)

Os Ministros do Tribunal de Contas da União em sessão no Plenário acordaram, mediante as informações declaradas pelo Relator em “declarar com fundamento no art. 46 da Lei 8.443/1992, a inidoneidade da empresa Skanska Brasil Ltda. para participar, por um ano, de licitação na administração pública federal” (TCU, 2019). Solicitaram também, que a Controladoria-Geral da União inscrevesse a empresa no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS).

4.3 COMENTÁRIO ACERCA DOS JULGADOS

Após verificarmos os julgados aqui dispostos, podemos observar que nas mais diversas formas, tanto nos julgados do CADE quanto nos julgados do TCU, as práticas anticompetitivas nos processos licitatórios não saíram impunes. Ambos os órgãos desempenharam seus papéis impecavelmente, adotando os preceitos aduzidos pela Lei n° 12.529/2011.

É inegável a quantidade de processos acerca deste tema, tendo em vista a instauração da Lei nº 12.529/2011, esperava-se uma diminuição drástica, mas ainda sim, existem casos fraudulentos nos certames licitatórios públicos.

Ademais, compreendeu-se que os processos licitatórios visam sempre adotar a proposta mais vantajosa, assegurando o interesse público, bem como, garantindo e respeitando a livre concorrência, para que o setor econômico não seja lesado.

Sendo assim, para que todas essas normas sejam cumpridas, os órgãos responsáveis estão atentos e prontos para executarem os meios coercitivos adequados para cada caso concreto, elevando a eficiência da Administração Pública.

5 CONCLUSÃO

A pesquisa buscou demonstrar como objetivo geral a compreensão e quais os efeitos jurídicos aplicados para as empresas que participassem da prática de cartel, bem como os objetivos específicos acerca da importância da lei antitruste no combate dessas práticas.

Nesse sentido, o segundo capítulo tratou do significado, objetivo, princípios e modalidades previstas no teor da licitação pública. Assim como, realizou um breve comentário acerca da importância da lei antitruste no processo licitatório, na qual visa assegurar o bem estar da sociedade e da livre concorrência.

Já no terceiro capítulo, foram demonstradas as leis inerentes à licitação, a importância da livre concorrência no processo licitatório e o cartel propriamente dito, em torno do seu significado, seu conceito, penalidades aplicadas pelo Tribunal Administrativo do CADE, mecanismos de detecção de cartéis, combate dos cartéis em licitações nas esferas administrativa, penal, civil e autoridades competentes. No final do capítulo, foram exemplificadas as práticas anticoncorrenciais mais comuns nos cartéis, e os mecanismos que auxiliam no combate dessas práticas.

No quarto capítulo, apresentou-se os julgados realizados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e julgados realizados pelo Tribunal de Contas da União (TCU). Nessa acepção, observou-se que as decisões dos referidos órgãos responsáveis foram procedentes na aplicação de medidas coercitivas acerca da prática anticoncorrencial, assegurando a livre concorrência do mercado, bem como assegurando a eficiência da Administração Pública.

Para se chegar aos resultados, foram utilizados os métodos e as técnicas bibliográficas de conhecimentos, foram esmiuçadas doutrinas, artigos, teses, jurisprudências e legislações. Embora o presente tema seja um assunto já debatido, a disponibilidade de conteúdo não é tão acessível. Notória sua complexidade, em virtude ser o Direito uma área mutável, com vastos campos, e mesmo assim, o objetivo foi, em tese, alcançado, não obstante, como em qualquer área da ciência se fazem necessárias pesquisas mais profundas.

Isto posto, responde-se à indagação do presente trabalho: onde foi possível constatar que a Lei nº 12.529/2011 possui competência para assegurar e garantir a livre concorrência nos processos licitatórios, assim como os órgãos competentes aqui mencionados (CADE e TCU), possuem igualmente eficiência e competência

para julgar e sancionar medidas, proporcionando tanto para Administração Pública quanto aos consumidores e fornecedores a livre concorrência no mercado.

Conclui-se que, apesar de existirem leis e normas reguladoras para evitar a prática de cartéis ainda existem casos fraudulentos nos certames licitatórios públicos. Claro que com a chegada da Lei nº 12.529/2011, esperava-se uma diminuição dos casos, mas sempre existirão aqueles que querem se beneficiar utilizando meios lícitos ou ilícitos, importando apenas o fim e não os meios. Por isso, os órgãos competentes estão sempre alertas e prontos para utilizarem os meios necessários e coercitivos para erradicarem essas práticas. Enfatizando sua competência e conseqüentemente elevando a eficiência da Administração Pública.

REFERÊNCIAS

BERNARDINO, Adyla Albuquerque. **Conceituação, finalidades e princípios da Licitação - Lei 8666/93**. 2012 . Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7547/Conceituacao-finalidades-e-principios-da-Licitacao-Lei-8666-93>

BRASIL, **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Brasília, DF: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2019. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-de-combate-a-carteis-em-licitacao-versao-final-1.pdf. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL, **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Brasília, DF: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2008. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha_licitacao.pdf/view. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. [Constituição [1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 mai. 2020.

BRASIL. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Brasília, DF: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2013. Disponível em: <http://www.CADE.gov.br/noticias/superintendencia-pede-condenacao-de-cartel-em-licitacao-de-ambulancias>. Acesso em: 05 jul. 2020.

BRASIL. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Brasília, DF: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2014. Disponível em: <http://www.CADE.gov.br/noticias/fabricantes-de-orteses-e-proteses-ortopedicas-sao-multadas-por-cartel-em-licitacoes-do-inss>. Acesso em: 05 jul. 2020.

BRASIL. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Brasília, DF: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2015. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-condena-cartel-em-licitacao-realizada-pela-sabesp>. Acesso em: 05 jul. 2020.

BRASIL. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Brasília, DF: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordo-em-suposto-cartel-em-licitacao-de-ambulancias>. Acesso em: 08 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências.

Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 09 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.** Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 20 de jun. 2020

BRASIL. **Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990.** Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 03. jun. 2020

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.** Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em: 22 jun.2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 421.946, Comunicação e Marketing Ltda.** Relator: Min. Francisco Falcão. 06 de março de 2006. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7174942/recurso-especial-resp-421946-df-2002-0033572-1?ref=juris-tabs>. Acesso em: 15 mai. 2020.

BRASIL. **Tribunal de contas da União.** Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 2020. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/institucional/conheca-o-tcu/>. Acesso em: 07 jul. 2020.

BRASIL. **Tribunal de contas da União.** Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 2012. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#!/documento/acordao-completo/carteis%2520em%2520licita%25C3%25A7%25C3%25A3o/COPIACOLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522%2520ANOACORDAO%253A%25222012%2522DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/5/%2520?uuid=58298db0-c0c5-11ea-b7e9-c7f0b1090b11>. Acesso em: 07 jul. 2020.

BRASIL. **Tribunal de contas da União.** Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#!/documento/acordao-completo/%252001338920173/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=05d3b9c0-c0a5-11ea-9afd-51b202684f8a>. Acesso em: 07 jul. 2020.

CARLIN, Volnei Ivo. **Manual de Direito Administrativo: Doutrina e Jurisprudência**. 4. ed. Florianópolis : Conceito Editorial, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo I**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. *E-book*.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*.

FERREIRA, Mauricio Alencar Alves. **Tipologia das práticas anticoncorrenciais nas licitações públicas**: as práticas mais comuns de cartel nas licitações públicas. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/35915/tipologia-das-praticas-anticoncorrenciais-nas-licitacoes-publicas-as-praticas-mais-comuns-de-cartel-nas-licitacoes-publicas>. Acesso em: 25 jun. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários á Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARGARIDO, Mario Antonio. **Política Antitruste no Brasil**: breves considerações. São Paulo, 2004. Disponível em: <http://www.iea.sp.gov.br/out/LerTexto.php?codTexto=1517>. Acesso em: 25 mai. 2020.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 1. ed. Curitiba: Zênite Editora, 2008.

RANGEL, Renan. **A defesa da livre concorrência no Brasil**. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/57356/a-defesa-da-livre-concorrenca-no-brasil#:~:text=Tamanho%20é%20a%20importância%20de,mercado%20ou%20aumentar%20os%20lucros> (artigo sobre importância da livre concorrência). Acesso em: 20 mai. 2020.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Contratual**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.