

CENTRO UNIVERSITÁRIO - UNINOVAFAPÍ
BACHARELADO EM DIREITO

ANA KEELINA BRANDÃO LOPES

O PROGRAMA DE LENIÊNCIA NO COMBATE AOS CARTÉIS EM LICITAÇÕES

TERESINA
2020

ANA KEELINA BRANDÃO LOPES

O PROGRAMA DE LENIÊNCIA NO COMBATE AOS CARTÉIS EM LICITAÇÕES

Artigo de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora do Centro Universitário UNINOVAFAPI, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. José Antônio Lira Bezerra

TERESINA

2020

FICHA CATALOGRÁFICA

L864p Lopes, Ana Keelina Brandão.

O Programa de leniência no combate aos cartéis em licitações. Ana Keelina Brandão Lopes. – Teresina: Uninovafapi, 2020.

Orientador (a): Prof. Me. José Antônio Lira Bezerra. Centro Universitário UNINOVAFAPI, 2020.

24. p.; il. 23cm.

Monografia (Graduação em Direito) – Centro Universitário UNINOVAFAPI, Teresina, 2020.

1. Programa de leniência. 2. Cartéis. 3. Licitação. I.Título. II. Bezerra, José Antônio Lira.

CDD 341.3

Catálogo na publicação
Antonio Luis Fonseca Silva– CRB/1035
Francisco Renato Sampaio da Silva – CRB/1028

ANA KEELINA BRANDÃO LOPES

O PROGRAMA DE LENIÊNCIA NO COMBATE AOS CARTÉIS EM LICITAÇÕES

Artigo de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora do Centro Universitário UNINOVAFAPI, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Data de Aprovação: 17/junho/2020

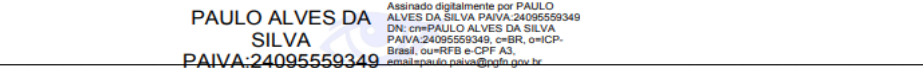
BANCA EXAMINADORA



Prof.º Me. José Antônio Lira Bezerra
Centro Universitário UNINOVAFAPI
(Orientador)



Prof.º Dr. Macell Cunha Leitão
(1º Examinador)



PAULO ALVES DA SILVA
PAIVA:24095559349
Assinado digitalmente por PAULO ALVES DA SILVA PAIVA:24095559349
DN: cn=PAULO ALVES DA SILVA, o=UNINOVAFAPI, ou=UNINOVAFAPI, c=BR, o=ICP-Brasil, ou=RFB e-CPF A3, email=paulo.paiva@uninova.edu.br
Data: 2020.11.18 09:59:09 -03'00'
Prof.º Dr. Paulo Alves da Silva Paiva
Centro Universitário UNINOVAFAPI
(2ª Examinador)

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, aos meus pais, Roselia Brandão Lopes e Wendel Costa Lopes, que com muito carinho e apoio, não mediram esforços para que eu chegasse até essa etapa de minha vida, pois sem eles este trabalho e muitos dos meus sonhos não se realizariam, a todos meus familiares que me deram o suporte que precisei e ao meu professor orientador Me. José Antônio Lira Bezerra, pela dedicação, orientação e paciência durante todo o processo.

RESUMO

O Programa de Leniência é a principal ferramenta no combate aos cartéis em licitações, visto que, quando empresas ou indivíduos burlam as licitações públicas, acaba sendo uma grande ameaça para toda a sociedade, pois ela é a mais afetada. O Programa de leniência, serve para reportar a existência de cartéis, da qual se participa ou já participou, a fim de obter os benefícios concedidos pelo Acordo de Leniência com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, que é a autoridade na defesa da concorrência. Esta pesquisa tem como objetivo analisar a eficácia do Programa de Leniência no combate aos cartéis em licitações. Esta é uma pesquisa bibliográfica baseada em estudos de artigos científicos, revistas, doutrinas e leis. A eficácia do Programa de Leniência pode ser evidenciada pelo aumento de cartéis denunciados a partir de Acordos de Leniência celebrados, além da maior probabilidade e agilidade, de que os cartelistas sejam julgados e punidos com base nas evidências obtidas, com isso alterando o tempo de sua atuação. Cabe enfatizar, que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica tem grande destaque no contexto concorrencial brasileiro, atuando com eficácia e celeridade, além de julgar e punir os cartéis, com isso destacando o Programa de Leniência, que se tornou essencial para o combate aos cartéis, já que no Brasil, com a utilização de Acordos, o número de denúncias só aumentam, e os casos julgados já passam de 100. Palavras-chave: Programa de Leniência. Cartéis. Licitação.

ABSTRACT

The Leniency Program is the main tool in the fight against bidding cartels because when companies or individuals circumvent public tenders, it becomes a great threat to the whole society once it is strongly affected. The Leniency Program serves to report the existence of cartels, in which one participates or has already participated, with the aim of obtaining the benefits granted by the Leniency Agreement within the Administrative Council for Economic Defense, which is the authority responsible to rule the competition. This research aims to analyze the effectiveness of the Leniency Program in fighting bidding cartels. It is a bibliographic search based on studies of scientific articles, magazines, doctrines and laws. The effectiveness of the Leniency Program can be evidenced by the increase in cartels denounced by Leniency Agreements, as well as the greater probability and agility of the judgements and punishments based on the obtained evidence, reducing then the time of the action of cartels. It is worth emphasizing that the Administrative Council for Economic Defense stands out in the Brazilian competitive context, acting with efficiency and speed, besides judging and punishing cartels. The Leniency Program is thus highlighted, and it becomes essential for combating cartels once the denunciations only increases in Brazil due to Agreements and the number of judged cases already exceed 100. Keywords: Leniency Program. Cartels. Bidding.

1 INTRODUÇÃO

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), tem como propósito a proteção da livre concorrência, ele foi criado pela lei nº 4.137/62, que somente em 1994 foi revogada e passou a ser a lei nº 8.884, que transformou o CADE em autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça. Em 2011 a lei nº 12.529 foi aprovada modificando inúmeras autarquias, especialmente sob o entendimento organizacional e processual (BRASIL, 1962; BRASIL, 1994; BRASIL, 2011).

Para auxiliar o CADE foi criado o Programa de Leniência que é o principal instrumento de combate a cartéis e foi firmado na nossa legislação em 2000, sendo o primeiro Acordo de Leniência do país assinado em 2003. O Programa é uma forma de empresas ou indivíduos que participam ou participaram de um cartel que possa reportar a atividade criminal à autoridade competente, assumindo a culpa pelo crime e auxiliando na acusação dos demais envolvidos. Ao cumprirem determinados pré-requisitos podem ser beneficiados com anistia de multas e/ou processos criminais (BRAGA; OLIVEIRA; PINHA, 2016).

Os cartéis prejudicam a todos pactuando com atos ilícitos, regularmente os entes federados disponibilizam grandes valores para licitações de bens e serviços, sendo necessário observar que as regras das licitações sejam transparentes e amplamente conhecidas para que todos as entendam, e o maior número de licitantes possam participar, pois conseqüentemente, maior será a concorrência, e com a efetividade delas as contratações serão mais econômicas, beneficiando os cidadãos.

Diante dessas considerações o objeto de estudo é o Programa de Leniência no combate aos cartéis em licitações. A partir do objeto de estudo elaborou-se o seguinte questionamento: o Programa de Leniência é eficaz no combate aos cartéis em licitações?

A pesquisa tem como objetivo geral analisar a eficácia do Programa de Leniência no combate aos cartéis em licitações, e como objetivos específicos: discutir a eficácia da concorrência nas licitações e o empecilho dos cartéis; esclarecer o que é o CADE e o Programa de Leniência e explicar alguns pontos do Programa de Leniência que ajudam no combate aos cartéis em licitações e Acordos de Leniência celebrados no Brasil.

É de suma importância a produção científica sobre o tema, destacando que, o Programa de Leniência deve ser ainda mais discutido no contexto concorrencial

brasileiro, considerando a dificuldade de produção de provas e da condenação dos participantes de cartéis. As práticas dos cartéis proporcionam aparência de competitividade e legalidade aos certames, assim dificultando a produção de provas para a punição dos integrantes. Diante desses obstáculos, cabe aos órgãos públicos e toda a sociedade, que acaba sendo prejudicada com tais práticas, buscar meios para diminuir as chances de sucesso de um cartel.

Sendo assim, o Programa de Leniência é uma ferramenta apta para facilitar o alcance de provas, de ampliar as condenações e também de impossibilitar a formação dos cartéis, afetando a sua duração, tendo em vista uma maior discussão no país sobre o combate aos cartéis e as vantagens criadas para facilitar a sua denúncia, ao mesmo tempo em que este é um tema de suma importância na literatura.

O presente artigo trata-se de uma pesquisa bibliográfica sobre a temática discutida, os dados foram extraídos dos seguintes documentos: artigos científicos, revistas, doutrinas e Leis.

Os resultados foram apresentados em três capítulos a saber: A eficácia da concorrência nas licitações e o empecilho dos cartéis; o Conselho Administrativo de Defesa Econômica e o Programa de Leniência Brasileiro; pontos do Programa de Leniência que auxiliam o combate dos cartéis em licitações e Acordos de Leniência celebrados no Brasil.

2 A EFICÁCIA DA CONCORRÊNCIA NAS LICITAÇÕES E O EMPECILHO DOS CARTÉIS

Uma boa licitação tem ampla concorrência para que se tenha eficácia na contratação de bens e serviços, a presença de cartéis pode eliminar ou limitar essa concorrência tão desejada pela administração pública, tornando prejudicial a toda a sociedade.

2.1 A importância da concorrência efetiva nas licitações

Licitação pode ser entendida como um método democrático para a contratação com o poder público, sendo que este procedimento tem como objetivo garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, selecionando a proposta mais vantajosa para a Administração Pública (BRASIL, 1993).

A realização de licitação pública para a contratação de obras, serviços, compras e alienações pela Administração Pública é exigência constitucional, prevista no art. 37, inciso XXI, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), que somente pode ser afastada nos casos expressamente previstos em lei - especificamente, nos casos de dispensa e inexigibilidade, conforme estabelecido nos arts. 24 e 25 da Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993 (BRASIL, 1988; BRASIL, 1993).

Convém distinguir o que seriam as situações de dispensa e de inexigibilidade de licitação. No primeiro caso, a licitação é possível, mas foi dispensada pelo legislador em decorrência das situações que constam no art. 24 da Lei de Licitações, que é taxativo. A inexigibilidade de licitação, por sua vez, se verifica sempre que há inviabilidade de competição, sendo apenas exemplificativo o rol previsto no art. 25 da mesma lei (BRASIL, 1993).

A Administração Pública seguindo os princípios administrativos aos quais deve seguir, irá selecionar a proposta que lhe seja mais vantajosa para cada contratação, cuja não é, necessariamente, aquela de melhor preço e/ou de melhor técnica, e sim aquela que também atenda às demais condições estabelecidas no correspondente instrumento convocatório. O art. 37, caput, da CRFB, impõe à Administração Pública a observância aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência (BRASIL, 1988).

Por sua vez, o art. 3º da Lei de Licitações preconiza que esta deve transcorrer segundo os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos demais princípios que lhes são correlatos – dentre os quais a doutrina inclui o princípio da competitividade ou da concorrência.

O Poder Judiciário adota a visão segundo a qual a competição é inerente à licitação, como bem se vê no acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.070/RN, em 29/11/2007:

A licitação é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Está voltada a um duplo objetivo: o de proporcionar à Administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso - o melhor negócio - e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condições, à contratação pretendida pela Administração. Imposição do interesse público, seu pressuposto é a competição. Procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia, a função da licitação é a de viabilizar, através da mais ampla

disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. A competição visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração (Supremo Tribunal Federal, 2007, p. 1).

Desse modo, ao buscar uma maior competição, possibilita uma ampliação da oferta dos bens ou serviços que a Administração Pública deseja obter, assim incentivando os potenciais competidores a aperfeiçoarem seus processos produtivos e, conseqüentemente, a formularem melhores propostas.

Contudo, a regra geral é que as obras, serviços, compras e alienações da Administração Pública sejam contratadas em licitações nas quais se busque a máxima ampliação possível da concorrência, sempre na medida em que contribua para a seleção da proposta mais vantajosa em cada caso.

2.2 Os cartéis como a mais grave lesão à concorrência

De acordo com a Cartilha do CADE (BRASIL, 2016a, p. 14) os cartéis são definidos como “qualquer acordo ou prática concertada entre concorrentes para fixar preços, dividir mercados, estabelecer quotas ou restringir produção, adotar posturas pré-combinadas, ou que tenha por objeto qualquer variável concorrencial”.

Nunes (2016) preceitua que o propósito dos participantes do cartel é, por meio da ação coordenada entre concorrentes, eliminar a concorrência, com o conseqüente aumento de preços e redução de bem-estar para o consumidor. Braga (2015) complementa citando que o revezamento nas licitações, que é uma prática típica da atuação em cartel, se dá quando um grupo de empresas se organiza criminosamente com a finalidade de dividir as licitações entre si, elevando o preço de contratação com a Administração Pública, trazendo, conseqüentemente, danos.

Sobre acordo nos preços, não é essencial em um cartel, os que ainda estão ativos já perceberam que isso é arriscado e, portanto, preferem recorrer a outros meios. O art. 36, §3º, inciso I, da Lei 12.529/11, deixa claro que o ajuste entre rivais pode se dar não apenas por preços, mas também por quantidades, clientes, fornecedores, regiões, entre outras características Públicas (BRASIL, 2011).

Após demonstrada a existência de um cartel em licitações, é possível classificá-lo em cartel fraco ou em cartel forte segundo Braga (2015, p. 119):

Os cartéis fracos são aqueles em que, por qualquer razão, os ganhos do cartel não são distribuídos entre os membros da conspiração. Nesse sentido, é possível ter havido o mero compartilhamento de informações, porém não os efeitos, por completo, vislumbrados pelos infratores, ainda assim, esse tipo de conduta é punível pela autoridade. Os cartéis fortes, de outra sorte, têm duas características primordiais: (I) potencialidade de exclusão de licitantes oportunistas – apenas atraídos pelos lucros do cartel; e (II) potencialidade de transferência de ganhos entre os membros do conluio, inclusive por pagamentos compensatórios da não participação de determinada empresa.

A comunicação entre as partes envolvidas nos cartéis é essencial, é a forma pela qual se resolve o problema da falta de informações para implementação do acordo quanto à seleção da empresa vencedora e, conseqüentemente, da proposta vencedora.

Um cartel em licitações não precisa necessariamente de todos os participantes para ser posto em prática, basta que mais de um esteja disposto a ir contra o princípio competitivo da licitação para que ele ocorra, já que não se faz cartel sozinho. Por isso, a força de um cartel não tem relação com o número de infratores ou de licitações prejudicadas, mas sim, com o nível de sofisticação dos instrumentos de implementação do ajuste entre concorrentes e com a potencialidade de dano.

3 O CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA E O PROGRAMA DE LENIÊNCIA BRASILEIRO

O Programa de Leniência foi implantado para que empresas ou indivíduos possam obter isenção de sua pena caso, denunciem ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica sua participação e auxilie para que os demais envolvidos sejam punidos, sendo que somente o primeiro a denunciar poderá ter o Acordo de Leniência com todos os seus benefícios.

3.1. Conselho Administrativo de Defesa Econômica

Com o advento da Lei nº 4.137/62 criou-se o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). A Lei 8.884, promulgada em 11 de junho de 1994 transformou o CADE em autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, e

posteriormente foi revogada pela Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011, que ficou conhecida como Lei Antitruste por dispor sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica (BRASIL, 1962; BRASIL, 1994; BRASIL, 2011).

A lei 12.529/11 organizou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), que passou a ser formado pelo CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – SEAE. O CADE é composto pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; Superintendência-Geral - SG/CADE; e o Departamento de Estudos Econômicos (BRASIL, 2011). Com essa nova estrutura que a lei implantou, o CADE começou a apurar processos de infrações à ordem econômica, e os de análise de atos de concentração, na forma conceituada na Cartilha do CADE (BRASIL, 2016a, p. 19):

O CADE não é uma agência reguladora da concorrência, e sim uma autoridade de defesa da concorrência. Sua responsabilidade é julgar e punir administrativamente em instância única pessoas físicas e jurídicas que pratiquem infrações à ordem econômica, não havendo recurso para outro órgão; além de analisar atos de concentração, de modo a evitar excessiva concentração que possa afetar negativamente o aspecto competitivo de determinado mercado.

O CADE possui, três funções segundo Teixeira (2017): Função Preventiva, que versa sobre o controle dos atos de concentração que possam colocar em risco a livre concorrência; Função Repressiva, cujo controle preventivo, como nem sempre consegue combater as práticas lesivas a concorrência, o repressivo entra para combater a cartéis e outras condutas nocivas ao ambiente concorrencial e a Função Educativa, objetiva a disseminação do hábito da concorrência, instruindo o público das ações que prejudicam a livre concorrência, fomentar estudos e pesquisas acadêmicas sobre o tema e editar a Revista de Defesa da Concorrência e cartilhas.

3.2. O Programa de Leniência Brasileiro

A detecção de cartéis é difícil, ainda mais sem ajuda de um participante, levando em conta que ele é sigiloso e fraudulento, por essa razão, foi adotado o Programa de Leniência de modo a descobrir tais práticas, que atualmente está previsto na Lei 12.529/2011 (BRASIL, 2011; BRASIL, 2018b).

A Leniência passa a ser entendida como uma maneira de benefício a empresa/pessoa física que denunciar um cartel ou outra prática anticoncorrencial a

qual esteja envolvida. O cartel se mantém na base da confiança, o que pode impedir que a infração seja descoberta, para disseminar essa confiança, é preciso que um integrante se sinta beneficiado caso informe ao CADE sobre a violação (ABDOU, 2013).

Os benefícios e requisitos do Programa de Leniência são tratados pelo art. 86 e pelo art. 87 da Lei 12.529/2011, com o estabelecimento do Acordo, os benefícios são, tanto administrativos quanto criminais, porém tem que seguir todos os requisitos que se encontram no art. 86, § 1º que diz:

§ 1º O Acordo de Leniência somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - A empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação;

II - A empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do Acordo;

III - A Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do Acordo; e

IV - A empresa confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento (BRASIL, 2011).

Caso haja o descumprimento do Acordo e for averiguado que não houve um real prejuízo e nem a intenção de burlar a investigação, somente será reduzido os benefícios, porém, caso essa tenha sido a real intenção, o beneficiário sofrerá as devidas sanções previstas no art. 11 da Portaria Interministerial do CGU/AGU nº 2.278/16 que determina:

Art. 11. No caso de descumprimento do Acordo de Leniência:

I- A pessoa jurídica perderá os benefícios pactuados e ficará impedida de celebrar novo Acordo pelo prazo de 3 (três) anos, contados do conhecimento pela administração pública do referido descumprimento;

II- Haverá o vencimento antecipado das parcelas não pagas e serão executados:

a) O valor integral da multa, descontando-se as frações eventualmente já pagas; e

b) Os valores pertinentes aos danos e ao enriquecimento ilícito;

III - Será instaurado ou retomado o PAR referente aos atos e fatos incluídos no Acordo, conforme o caso (BRASIL, 2016b).

Conforme salientado no Guia do Programa de Leniência Antitruste do CADE (2018b) não ocorrendo Acordo com as empresas/pessoas físicas que participaram da

ação anticoncorrencial elas são passíveis de condenação administrativa (art. 37 da Lei nº 12.529), e criminal (art. 4º da Lei nº 8.137). Havendo também a possibilidade da reparação civil por danos causados, o que é importante salientar, pois o CADE costuma aplicar penas mais severas às partes que exerceram função de liderança ou destaque no cartel.

4 PONTOS DO PROGRAMA DE LENIÊNCIA QUE AUXILIAM O COMBATE DOS CARTÉIS EM LICITAÇÕES E ACORDOS DE LENIÊNCIA CELEBRADOS NO BRASIL

O Programa de Leniência é um instrumento importante e eficaz na detecção e no combate às infrações a livre concorrência. Cabe destacar três pontos do Programa de Leniência que auxiliam no combate aos cartéis, que são: Sistema de Senha; Termo de Compromisso de Cessação (TCC); e a Leniência Plus. Além desses pontos, existem dois Acordos de Leniência que merecem ser citados: o Cartel dos Vigilantes; e o Acordo feito pela Setal Engenharia e Construções e a SOG Óleo e Gás.

4.1 Sistema de Senha

O pedido de senha é para quem quer fazer um Acordo de Leniência, para isso ele deve entrar em contato com a SG/CADE para comunicar seu interesse no Acordo, assim garantindo ser o primeiro proponente. Deve-se procurar o chefe de gabinete da SG/CADE, ou na sua ausência, o Superintendente Adjunto da SG/CADE, mencionando expressamente que é para realizar o pedido de senha para propor Acordo de Leniência. O contato pode ser pelo telefone +55 61 3221-8404/8405, de forma presencial no endereço SEPN 515, Conjunto D, Lote 4, Ed. Carlos Taurisano, CEP: 70770-504, Brasília/DF, ou através do e-mail: gab.presidencia@cade.gov.br (OLIVEIRA; SOUZA, 2015).

Para aderir ao Acordo tem que comprovar a existência do ilícito, não havendo essa possibilidade imediata quando for solicitado, o delator poderá valer-se do chamado Sistema de Senha para habilitar-se como primeiro delator, podendo fazê-lo, nos termos do artigo 198, do Regimento Interno do CADE – RICADE (2019b, p. 57):

Art. 198. O proponente que ainda não estiver de posse de todas as informações e documentos necessários para formalizar uma proposta de Acordo de Leniência poderá se apresentar à Superintendência-Geral e requerer, na forma oral ou escrita, uma declaração da Superintendência-Geral que ateste ter sido o proponente o primeiro a comparecer perante àquele órgão em relação a uma determinada infração a ser noticiada ou sob investigação.

Após cumprida todas as formalidades do §1º do referido artigo a SG/CADE irá emitir a declaração no prazo máximo de 5 dias uteis, porém ela costuma declarar no mesmo dia ou no dia seguinte, com isso mesmo que o proponente não tenha todas as provas necessárias, é importante que ele contate a SG/CADE o mais rápido possível para ser o primeiro a obter a senha, pois até mesmo os segundos nesse caso conta.

4.2 Termo de Compromisso de Cessação

Como preceitua o art. 86, §1º da Lei 12.529/2011, somente poderá ter extinta a ação punitiva, a primeira empresa a se qualificar, para quem não consegue o Acordo de Leniência tem outra forma de ter sua pena atenuada, que é com o Termo de Compromisso de Cessação - TCC (BRASIL, 2011). Ele pode ser possível a todos os demais investigados, gerando privilégio na seara administrativa, mas sem garantia na seara criminal, no RICADE, foi criado faixas de redução da multa a ser paga pelos infratores que firmarem um TCC conforme consta no artigo a seguir:

Art. 186. A análise da contribuição pecuniária nas propostas de TCC no caso das infrações previstas no art. 185 deste Regimento Interno levará em consideração, quando exigível, a amplitude e utilidade da colaboração do compromissário com a instrução processual e o momento de apresentação da proposta, observados, quando possíveis de estimação e caso seja celebrado o TCC, os seguintes parâmetros:

I - Redução percentual entre 30% e 50% da multa esperada para o primeiro Representado que requerer TCC no âmbito da investigação de uma conduta;

II - Redução percentual entre 25% e 40% da multa esperada para o segundo representado que requerer TCC no âmbito da investigação de uma conduta;

III - Redução percentual de até 25% da multa esperada para os demais representados que requererem TCC no âmbito da investigação de uma conduta (BRASIL, 2019b, p. 53).

Em relação ao TCC, quem tiver vontade de aderir-lo poderá apresentar proposta oral à Superintendência-Geral, a qual fará termo único a ser preservado a quem interessa. A negociação é confidencial e tem período de seis meses prorrogáveis por igual período. Caso a SG/CADE não faça o TCC, a parte interessada fica com os documentos referentes à negociação (OLIVEIRA; SOUZA, 2015).

Consoante art. 48, inciso I, da Lei 12.529/2011, quando houver: procedimento preparatório de inquérito administrativo; inquérito administrativo ou processo administrativo para imposição de sanções administrativas, sendo ambos de infrações à ordem econômica, o CADE poderá tomar do representado assinatura do TCC, nos termos do art. 85 da Lei 12.529/2011 (BRASIL, 2011).

Art. 85. Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 desta Lei, o CADE poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei. § 1º Do termo de compromisso deverão constar os seguintes elementos:

I - A especificação das obrigações do representado no sentido de não praticar a conduta investigada ou seus efeitos lesivos, bem como obrigações que julgar cabíveis;

II – A fixação do valor da multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas;

III - A fixação do valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos quando cabível.

Apesar do TCC ser um instrumento jurídico eficaz, ele por si só não consegue ser decisivo para acabar com um cartel, com isso a legislação incentiva a adesão do Acordo de Leniência com benefícios superiores aos do TCC para quem aderir, dessa forma tornando a assinatura do TCC menos benéfica em relação ao Acordo de Leniência.

4.3 Leniência Plus

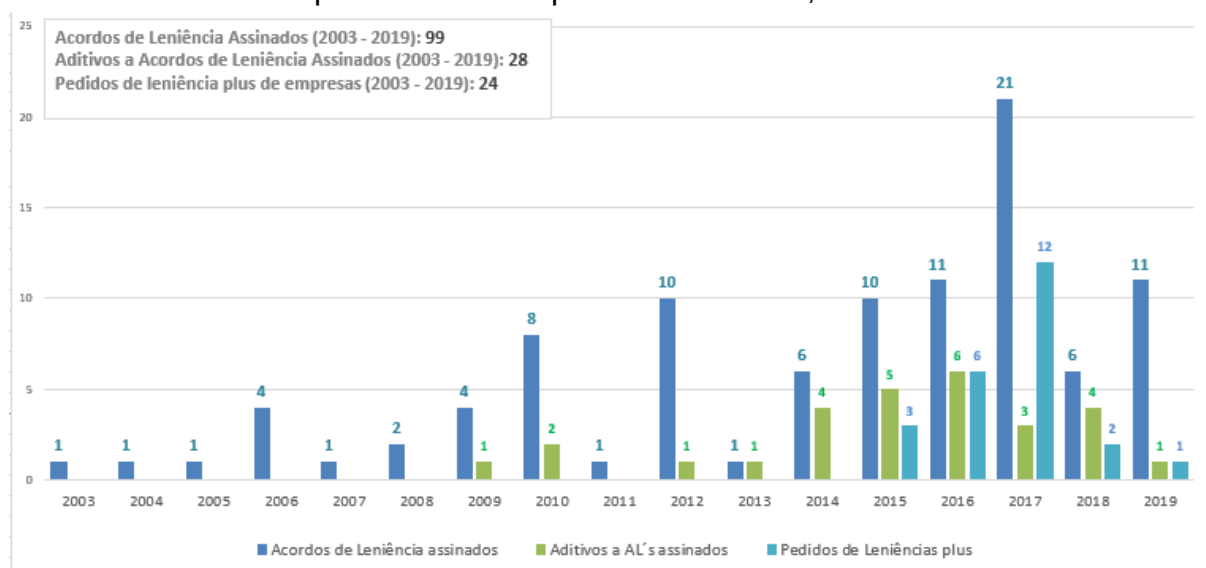
O Acordo de Leniência só pode ser celebrado conforme requisitos previstos na Lei 12.529/11, a qual no art. 86, § 1º, I, diz que “a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação”, com isso, caso não consiga se qualificar poderá fornecer outras informações, a qual pode ser concedido

outros benefícios, a exemplo da Leniência Plus que está disposta no art. 86, §7º e §8º, da Lei 12.529/11 (BRASIL, 2011).

A Leniência Plus consiste para empresa/pessoa física que já está sendo investigada por um 1º cartel e não se habilita para negociar um Acordo de leniência, nem queira recorrer a um TCC, possa reportar a SG/CADE um 2º cartel da qual ela ainda não saiba. Com isso a empresa/pessoa física no 1º cartel, terá redução de 1/3 da pena, e no 2º cartel, terá todos os benefícios do Acordo de Leniência.

Os casos no Brasil de Acordo de Leniência Plus vêm sendo crescente ao longo dos anos, sendo o primeiro em 2015, e até dezembro de 2019 foram feitos 24 pedidos, conforme demonstrado abaixo no gráfico 1:

Gráfico 1 - Números de Acordos de Leniência Assinados, Aditivos e Pedidos de Leniência Plus de empresas firmados pelo CADE. Brasil, 2019a.



Fonte: CADE, 2019a.

4.4 Acordos de Leniência celebrados no Brasil

Com o Programa de Leniência atuando a partir do ano 2000, vários Acordos foram celebrados com a SG/CADE durante esse tempo, o primeiro Acordo foi em 2003, que foi feito pela extinta Secretaria de Direito Econômico – SDE, desde então foram julgados mais de 100 Acordos de Leniência, deduzindo assim que o Programa vem avançando para a dissolução de cartéis.

A título exemplificativo, pode-se citar pelo menos dois Acordos de Leniência celebrados no Brasil: o Cartel dos Vigilantes, pois foi o primeiro Acordo de Leniência celebrado no Brasil; e o Acordo feito pela Setal Engenharia e Construções e a SOG

Óleo e Gás, que em decorrência desse Acordo desmembrou-se inúmeros outros no âmbito da Operação Lava Jato.

4.4.1 O Cartel dos Vigilantes – Primeiro Acordo de Leniência

O Ministério Público do Rio Grande do Sul junto com funcionários e o proprietário de uma das empresas envolvidas denunciaram o ilícito, sendo o Acordo de Leniência celebrado no dia 09 de outubro de 2003, Processo Administrativo nº 08012.001826/2003-10, com o processo julgado em 21 de setembro de 2007 (BRASIL, 2018a).

O objetivo do cartel era no tocante a licitações para contratar serviços de vigilância privada no Estado do Rio Grande do Sul, tendo sido aberta as investigações que indicaram ilícitos em licitações realizadas pela Secretaria Municipal de Saúde de Porto Alegre, e pela Superintendência da Receita Federal do Rio Grande do Sul (OLIVEIRA; SOUZA, 2015).

Foram quatro empresas e duas associações envolvidas no cartel, que passaram por busca e apreensão, e dentre as provas apreendidas ficou demonstrado que era realizado reuniões semanais para combinar as propostas e os pregões que seriam realizados pela administração pública (BRASIL, 2013).

Com todas as provas obtidas, o CADE condenou 16 empresas, 3 associações comerciais e 18 pessoas físicas por formarem cartel, sendo aplicada multas de 15% a 20% do faturamento bruto em 2002 das empresas, e aos demais também foi aplicado multa.

Foram mais de R\$ 40 milhões em multas, além das empresas não poderem participar de concorrências públicas por cinco anos. O CADE isentou totalmente das penas a Vigilância Antares e seu Diretor Rubem Oreli, pois assinaram o Acordo (BRASIL, 2009).

4.4.2 Setal Engenharia e Construções e a SOG Óleo e Gás – Operação Lava Jato

A SG/CADE celebrou o Acordo no dia 19 de março de 2015, com a Setal Engenharia e Construções, e a SOG Óleo e Gás, assim como, com pessoas físicas que estavam envolvidas. Eles confessaram e forneceram informações que havia formação de cartel entre os concorrentes em licitações de obras de montagem

industrial “*onshore*” (realizados em indústrias localizadas em terra), em licitações da Petrobras - Petróleo Brasileiro S/A. Tudo teve início no final dos anos 90, ficando mais constantes a partir de 2003, com duração até início de 2012 (BRASIL, 2018a).

Com o Acordo assinado, foi fornecido documentos colaborando com as investigações no âmbito da intitulada Operação Lava Jato. Eles informaram a participação de 23 empresas, e como a Petrobras contratava por meio de convites ficava mais fácil tudo ser combinado.

As partes concordaram em não ter sigilo das informações, assim foi publicado o denominado “Histórico da Conduta” com 71 páginas. A qual o Histórico se configura como documento “no qual a Superintendência-Geral do Cade descreve de maneira detalhada a prática anticompetitiva conforme relatada pelos signatários e subsidiada pelos documentos probatórios apresentados” (BRASIL, 2018a).

As 23 empresas envolvidas eram divididas em três grupos: os primeiros a montar o esquema, clube dos nove; depois passou a ser clube dos dezesseis, com a chegada de sete construtora; e por fim mais sete companhias que eventualmente participavam (OLIVEIRA; SOUZA, 2015).

Com o referido histórico da conduta publicado foi constatado que as condutas anticompetitivas consistiam em:

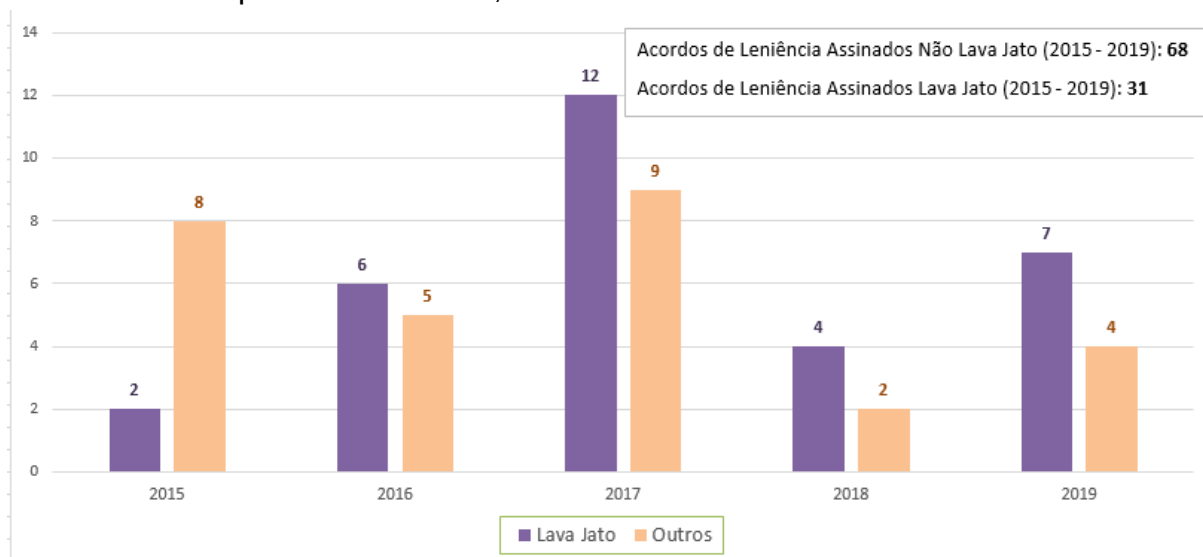
As condutas anticompetitivas consistiram em acordos de (i) fixação de preços, condições, vantagens e abstenção de participação, e (ii) divisão de mercado entre concorrentes, em licitações públicas de obras de montagem industrial “*onshore*” da Petrobras no Brasil. Estas condutas foram viabilizadas, principalmente, por meio de reuniões presenciais, contatos telefônicos e SMSs 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. Os serviços afetados pela conduta consistem, portanto, naqueles “*onshore*”, consistentes na montagem e construção de plantas industriais em qualquer segmento - refinarias, petroquímicas, indústrias em geral (BRASIL, 2015, p. 1).

Com o advento desse Acordo de Leniência com o grupo Setal, em 2017 foi homologado TCC com a Andrade Gutierrez, que dentre outras obrigações teve que pagar contribuição de R\$ 49.854.412,72. Em 2018 foi assinado TCC com as empresas OAS, Carioca Engenharia e Odebrecht, que pagaram respectivamente os valores de R\$ 124.710.743,26, R\$ 54.168.407,61, R\$ 338.984.697,80 (BRASIL, 2018a).

O Programa de Leniência foi crucial para detecção e punição de cartéis em licitações no âmbito da operação Lava Jato, pois a partir dele, várias empresas/pessoas físicas tiveram coragem para fazer a denúncia.

De 2015 até dezembro de 2019 foram assinados 31 Acordos de Leniência só no âmbito da Operação Lava Jato, tendo seu ponto alto em 2017 com 12 Acordos fixados, como demonstrado a seguir no gráfico 2:

Gráfico 2 - Números de Acordos de Leniência no âmbito da Operação Lava Jato e outros firmados pelo CADE. Brasil, 2019a.



Fonte: CADE, 2019a.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, faz-se notar que a concorrência nas licitações é algo extremamente essencial para o bom funcionamento da Administração Pública, cujo maior intuito é justamente uma concorrência leal, e que ao final se torne a melhor para a Administração, já que é a partir delas que se encontram as propostas mais vantajosas. Existindo cartéis dispostos a irem contra esse princípio competitivo tudo se torna em vão, pois eles geram prejuízos imensuráveis, principalmente na sociedade, que se torna a mais prejudicada.

É necessário compreender a relevância que o CADE trouxe à concorrência brasileira, visto que o combate aos cartéis é prioridade para o SBDC e consequentemente para o CADE, pois ele é a autoridade na defesa da concorrência. A eficácia das licitações quando existem cartéis envolvidos, necessita da utilização de

mecanismos que ajudam nas investigações, nisso o Programa de Leniência tem sido muito relevante para detectar cartéis.

Muitos cartéis foram extintos através de denúncias feitas ao CADE que sem a colaboração do delator não seria possível, por falta de provas ou até mesmo por não se saber da existência. As denúncias são feitas principalmente para obter os benefícios do Programa de Leniência, porém existem outros benefícios como foram citados o TCC e a Leniência Plus, todavia o Acordo de Leniência ainda é a principal ferramenta no combate aos cartéis.

Os cartéis citados neste artigo foram importantes para o sucesso do Programa de Leniência, o Cartel dos Vigilantes foi significativo pois foi o primeiro a ser celebrado, assim dando início aos Acordos no Brasil, já o Acordo com o grupo Setal é importante visto que a partir dele foram descobertos vários outros cartéis, principalmente no âmbito da Operação Lava Jato.

Desde o ano que foi implantado o Programa de Leniência foram mais de 100 Acordos julgados, alguns tendo impacto inclusive no âmbito internacional. A sua eficácia, é comprovada pelo aumento crescente na identificação de cartéis; da ampliação das informações que as autoridades tem, ou das que ainda, não se tem conhecimento desse modo, trazendo provas decisivas para o fim da prática e consequentemente reduzindo o tempo nas investigações tornando o processo mais rápido; além de alterar o tempo dos cartéis, assim impedindo que mais práticas ilícitas nas licitações aconteçam, entre outros fatores que ajudam a contribuir para o seu desempenho no Brasil.

REFERÊNCIAS

ABDOU, Tamara Ghassan. **A coexistência do termo de compromisso de cessação de prática e o programa de leniência: possibilidade ou mera ilusão?** Florianópolis: CONPEDI/UFPB, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c66b42fcd7e375b4>>. Acesso em: 21 de março de 2020.

BRAGA, Marcelo José; OLIVEIRA, Glauco Avelino Sampaio; PINHA, Lucas Campio. A efetividade dos programas de leniência e o contexto brasileiro. **Revista de Defesa da Concorrência**, Vol. 4, nº 1, p. 133-152, maio de 2016. Disponível em: <<http://200.198.193.188/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/253>>. Acesso em: 21 de março de 2020.

BRAGA, Tereza Cristine Almeida. CADE, Cartéis e Licitações: um Novo Nicho da Política Antitruste Brasileira. **Revista de Defesa da Concorrência**, Vol. 3, nº 1, p.

108-132, maio de 2015. Disponível em:
<<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/143>>. Acesso em: 21 de março de 2020.

BRASIL. Lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962. Regulava a repressão ao abuso do Poder Econômico. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1962. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4137.htm>. Acesso em: 21 de março de 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 de março de 2020.

_____. Lei n. 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. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 21 de março de 2020.

_____. Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994. Transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia, dispôs sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1994. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso em: 21 de março de 2020.

_____, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: 3.070-1 Rio Grande do Norte. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília-DF, 11 páginas, 2007. **Diário da Justiça Eletrônico** – 165. Disponível em:
<https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/ADI_3070_RN-_29.11.2007.pdf?Signature=I4gFkWgTiH3j1C8cXL%2ByXPledJE%3D&Expires=1590776194&AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO765VPOG&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=91d8c60d9dca1067b3b3848b52691721>. Acesso em: 13 de abril de 2020.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Coleção SDE/CADE nº 01/2009: Combate a cartéis e programa de leniência**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 3ª edição, 36 páginas, 2009. Disponível em:
<http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha_leniencia.pdf>. Acesso em 18 de maio de 2020.

_____. Lei n. 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. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2011. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm>. Acesso em: 21 de março de 2020.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos**, 186 páginas. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cade_-_defesa_da_concorrencia_no_brasil_50_anos-1.pdf>. Acesso em: 15 de maio de 2020.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Histórico da conduta**, 71 páginas. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordo-de-leniencia-no-ambito-da-201coperacao-lava-jato201d/hc-versao_publica.pdf>. Acesso em 18 de maio de 2020.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Cartilha do CADE**, 31 páginas. Brasília, DF, 2016a. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf>>. Acesso em: 21 de março de 2020.

_____. Controladoria-Geral da União/Advocacia-Geral da União. Portaria Interministerial nº 2.278, de 15 de dezembro de 2016b, edição 241, seção 1. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2016b. Disponível em: <http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/24782775/do1-2016-12-16-portaria-interministerial-n-2-278-de-15-de-dezembro-de-2016-24782619>. Acesso em 20 de maio de 2020.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **CADE celebra acordos em investigações da Lava Jato**. Brasília, DF, 2018a. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordos-em-investigacoes-da-lava-jato>>. Acesso em 18 de maio de 2020.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia do Programa de Leniência Antitruste do CADE**, 67 páginas. Brasília, DF, 2018b. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-atualizado-ago-2018.pdf>. Acesso em: 13 de abril de 2020.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Estatísticas do Programa de Leniência do CADE**. Brasília, DF, 2019a. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia/estatisticas>>. Acesso em 13 de maio de 2020.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Resolução nº 22 de 2019b, atualizado pela Emenda Regimental nº 01/2020: Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (RICADE)**, 65 páginas. Brasília, DF, 2019b. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/RICADE_atualizado>. Acesso em: 13 de abril de 2020.

JUNIOR, Lúcio Alberto Gomes. **A delação premiada na defesa da concorrência: perspectivas para a política brasileira de leniência no combate a cartéis**.

Repositório Institucional da Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/105851/LUCIO%20ALBERTO%20GOMES%20JUNIOR.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 13 de abril de 2020.

NUNES, Daniele de Oliveira. Cartéis em licitações: fronteiras entre a infração à ordem econômica e o ato de improbidade administrativa. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, Vol. 4, nº 1, p. 185-210, maio de 2016. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/254>>. Acesso em: 21 de março de 2020.

OLIVEIRA, Natália Carolina Melo de; SOUZA, Gustavo Lopes. O programa de leniência e o início da operação lava-jato. **Revista Direito em Ação**, Brasília, V.14, nº 1, p. 46-73, junho de 2015. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDA/article/view/6711>>. Acesso em: 21 de março de 2020.

TEIXEIRA, Samuel Araújo. **As funções do conselho administrativo de defesa econômica**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/60089/as-funcoes-do-conselho-administrativo-de-defesa-economica>>. Acesso em: 13 de abril de 2020.

DECLARAÇÃO DE REVISÃO ORTOGRÁFICA

Eu, Edinalva de Sousa Silva, solteira, CPF nº. 494561303-63, Carteira de Identidade nº. 067158242018-0, graduada em Letras pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci (UNIASSELVI), declaro para o Centro Universitário – UNINOVAFAPÍ que revisei o Artigo de Conclusão de Curso de Bacharelado em Direito intitulado O Programa de Leniência no combate aos cartéis em licitações, da aluna Ana Keelina Brandão Lopes. Declaro ainda que o presente Artigo se encontra de acordo com as normas ortográficas e gramaticais vigentes.

Teresina, 24 de 08 de 20 20

Edinalva de Sousa Silva

Assinatura

DECLARAÇÃO DE TRADUÇÃO

Eu, Maria Rosiane da Silva Costa, solteira, CPF nº. 019589213-51, Carteira de Identidade nº. 020373902002-0, graduada em Letras pela Universidade Estadual do Maranhão (UEMA), declaro para o Centro Universitário – UNINOVAFAPI que fiz a tradução do resumo do Artigo de Conclusão de Curso de Bacharelado em Direito intitulado O Programa de Leniência no combate aos cartéis em licitações, da aluna Ana Keelina Brandão Lopes. Declaro que fiz a tradução literal do resumo do presente artigo.

Teresina, 24 de 08 de 2020.

Maria Rosiane da Silva Costa

Assinatura