

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO ESTADO DO PARÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO, POLÍTICAS PÚBLICAS E DESENVOLVIMENTO
REGIONAL

KARLA ELIZA CORRÊA BARROS KATAOKA

O CARTEL DE BELO MONTE E SEUS IMPACTOS NA AMAZÔNIA

BELÉM – PARÁ

2018

KARLA ELIZA CORRÊA BARROS KATAOKA

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA).

Área de Concentração: Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional.

Linha de pesquisa Direito, Políticas Públicas e Direitos Humanos.

Orientador: Profa. Dra. Suzy Elizabeth Cavalcante Koury.

BELÉM – PARÁ

2018

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)
(Biblioteca José Malcher do CESUPA)

Kataoka, Karla Eliza Corrêa Barros

O cartel de Belo Monte e seus impactos na Amazônia/ Karla Eliza Corrêa Barros Kataoka; orientadora Suzy Elizabeth Cavalcante Koury. – 2018.
145 f.

Inclui Referências

Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário do Estado do Pará, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Mestrado em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional, Belém, 2018.

1. Cartel. 2. Belo Monte. 3. Amazônia. I. Koury, Suzy Elizabeth Cavalcante. II. Título.

CDD 342

KARLA ELIZA CORRÊA BARROS KATAOKA

O CARTEL DE BELO MONTE E SEUS IMPACTOS NA AMAZÔNIA

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Área de Concentração: Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional. Linha de pesquisa Direito, Políticas Públicas e Direitos Humanos.

Belém/PA, 01 de novembro de 2018.

Banca Examinadora:

_____ - Orientadora

Profa. Dra. Suzy Elizabeth Cavalcante Koury
Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA)

_____ - Examinador

Prof. Dr. Jean Carlos Dias
Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA)

_____ - Examinadora

Profa. Dra. Violeta Refkalefsky Loureiro
Universidade Federal do Pará (UFPA)

Para Bettina, para que eu sempre possa ensiná-la com os meus
exemplos mais do que com as minhas palavras.

AGRADECIMENTOS

A primeira linha que pensei em escrever dessa dissertação sempre foi a que começava pelos obrigadas, porque um grande esforço, de muitas pessoas, precisou ser feito para que eu estivesse aqui. Mas, sobretudo, porque se operou a vontade de Deus, para que eu iniciasse o Mestrado e pudesse concluí-lo. Sempre sejam dadas graças.

Primeiro, à mamãe, Franci Corrêa, por todas as vezes em que, pacientemente, sentou-se ao meu lado, segurou a minha mão e me ensinou a segurar no lápis, a escrever, a ler, por ser, incansavelmente, minha primeira professora e grande incentivadora. E ao meu pai, Carlos Barros, que foi, durante a vida, esteio para que meus sonhos se realizassem.

Ao meu marido, Handell Kataoka, que foi amigo e companheiro, mas, também, motorista e fez tantos sacrifícios para que nós dois, juntos, conseguíssemos enfrentar o trânsito diário de todo dia e os 68 quilômetros que separam Castanhal de Belém, na nossa maratona diária rumo ao Cesupa para que eu vencesse as disciplinas.

A Bettina, por me ensinar tanto, em tão pouco tempo. E por todas as vezes que dormiu cedo para que a mamãe dedicasse as horas da noite a escrever esta dissertação e concluir a pesquisa.

Aos meus colegas de trabalho da Prefeitura Municipal de Castanhal, que acompanharam, com ternura, muitos dias sem almoço para que eu pudesse chegar em Belém a tempo de assistir às aulas.

Ao Programa de Pós-graduação do Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA, pela oportunidade de viver essa experiência de pesquisa num ambiente de excelência.

Aos meus colegas do mestrado, companheiros dessa aventura, em especial às minhas amigas queridas Heloísa Daou, Karla Cebolão e Andreza Von Grapp, confidentes de todas as angústias e com quem compartilhei cada uma das conquistas, por todas as vezes que fizeram da minha alegria sua própria alegria.

À professora Dra. Suzy Elizabeth Cavalcante Koury, pela maior generosidade acadêmica que eu conheço, pela doação a este trabalho, pelo amor com que conduziu minha mão para escrever cada uma dessas linhas. Se eu tenho um orgulho, ele é o de desfrutar da sua companhia nessa trajetória.

“Mas graças a Deus, que nos dá a vitória por meio de nosso Senhor
Jesus Cristo” (1 Coríntios 15:57).

RESUMO

O objeto desta dissertação é estudar a prática de condutas anticompetitivas pelas empresas Andrade Gutierrez Engenharia S.A., Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A. e Construtora Norberto Odebrecht S.A. para a construção de Belo Monte, em especial a existência do cartel e analisar as consequências deste. Para alcançar essa finalidade, enfrentar-se-ão as nuances do desenvolvimento da Amazônia, com destaque à política de grandes obras de infraestrutura energética, bem como se descreverá o Projeto de Construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte e algumas polêmicas que suscita. Em seguida, apresentar-se-á uma discussão sobre a cartelização em licitações públicas, o mercado de concorrência, a defesa da concorrência, sua relação com as licitações públicas e as violações que sofre por meio da prática de condutas antitruste. Para enfrentar o problema e responder se, de fato, houve cartel na licitação da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, além da literatura, será analisado o Acordo de Leniência, firmado entre a empresa Andrade Gutierrez e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), desenvolvendo-se uma pesquisa teórica e adotando a pesquisa documento e bibliográfica como metodologia. As conclusões evidenciarão os malefícios trazidos pela atuação dos cartéis, bem como as consequências devastadoras para a Região Amazônia e para o mercado de concorrência brasileiro, buscando esta pesquisa contribuir para o aperfeiçoamento das políticas de combate aos cartéis, a fim de garantir a preservação da livre concorrência e custos menores nas licitações públicas levadas a efeito no Brasil.

Palavras-chave: Conduta anticompetitiva. Cartel. Amazônia. Belo Monte.

ABSTRACT

The purpose of this dissertation is to analyze the practice of anticompetitive conduct by the companies Andrade Gutierrez Engenharia S.A., Construções Camargo Corrêa S.A. and Construtora Norberto Odebrecht S.A. for the construction of Belo Monte, seeking to prove the existence of the cartel and to analyze the consequences thereof. In order to achieve this goal, we will analyze the nuances of the development of the Amazon, in particular the policy of major energy infrastructure works, as well as the Belo Monte Hydroelectric Power Plant Construction Project and some polemics that it provokes. Next, a discussion will be presented on cartelization in public tenders, the competition market, the defense of competition, its relationship with public tenders and the violations it suffers through the practice of antitrust conduct. In order to face the problem and to answer if, in fact, there was a cartel in the Belo Monte Hydroelectric Plant bidding, we use, in addition to the literature, the Leniency Agreement analysis, consisting of research developed in theory and the methodology adopted is the review of literature. The conclusions highlight the harm brought by the cartels' actions, as well as the devastating consequences for the Amazon region and for the Brazilian competition market, seeking to contribute to the improvement of anti-cartel policies in order to guarantee the preservation of the free market. competition and lower costs in public tenders carried out in Brazil.

Keywords: Anti-competitive conduct. Poster. Amazon. Belo Monte.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ACP – Ação Civil Pública

AGU – Advocacia Geral da União

ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CCBM – Consórcio Construtor Belo Monte

CEVIX – Caixa Fundo de Investimento em Participação

CHESF – Companhia Hidrelétrica do São Francisco

CF – Constituição Federal

CGU – Controladoria Geral da União

CSE – Cadastro Socioeconômico

DNPM – Departamento Nacional de Produção Mineral

EIA – Estudo de Impacto Ambiental

ELETROBRAS – Centrais Elétricas Brasileiras

ELETRONORTE – Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A

FUNAI – Fundação Nacional do Índio

IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis

ICMBio – Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade

INCRA – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária

INPA – Instituto Nacional de Pesquisas da Amazônia

IPHAN – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional

ISA – Instituto Socioambiental

ITERPA – Instituto de Terras do Pará

FUNCEF – Fundação dos Economizadores Federais

MPF – Ministério Público Federal

MS/SVS – Ministério da Saúde/Secretaria de Vigilância em Saúde

OCDE – Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico

PAC – Programa de Aceleração do Crescimento

PBA – Plano Básico Ambiental

PDE – Plano Decenal de Expansão de Energia 2026

PDL – Projeto de Decreto Legislativo

PETROS – Fundação Petrobras de Seguridade Social

PIB – Produto Interno Bruto

PF – Polícia Federal

PND – Plano Nacional de Desenvolvimento

PNEE – Plano Nacional de Energia Elétrica

RDC – Regime Diferenciado de Contratação

RICADE – Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica

RIMA – Relatório de Impacto Ambiental

SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

SDE – Secretaria de Direito Econômico

SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico

SICRO – Sistema de Custos de Obras Rodoviárias

SINOBRAS – Siderúrgica Norte Brasil S.A.

SPE – Sociedade de Propósito Específico

TCC – Termo de Cessação de Conduta

TCU – Tribunal de Contas da União

UHE – Usina Hidrelétrica

VGX – Volta Grande Xingu

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 A CONSTRUÇÃO DE BELO MONTE NO CONTEXTO AMAZÔNICO	18
1.1 O MODELO DE DESENVOLVIMENTO DA AMAZÔNIA: OS GRANDES PROJETOS ENERGÉTICOS	18
1.2 DE KARARAÔ A BELO MONTE	26
2. A CARTELIZAÇÃO EM LICITAÇÕES PÚBLICAS	47
2.1 MERCADO DE CONCORRÊNCIA	48
2.2 A DEFESA DA CONCORRÊNCIA E A CARTELIZAÇÃO	58
2.3. O CARTEL EM LICITAÇÕES PÚBLICAS	75
2.4. O ACORDO DE LENIÊNCIA	88
3. O CARTEL DE BELO MONTE	98
3.1 A CARACTERIZAÇÃO DO CARTEL	99
3.2 OS IMPACTOS DO CARTEL	117
CONCLUSÃO	132
REFERÊNCIAS	138

INTRODUÇÃO

A Amazônia, ao longo dos séculos, tem sido considerada pelo Estado e pela maior parte da sociedade brasileira como um espaço privilegiado para a geração de riquezas e passível de exploração endógena, baseada em um modelo exportador de matérias-primas.

No que diz respeito à geração de energia, o estado brasileiro optou pelo modelo de exploração do potencial hidrelétrico dos rios da Amazônia, visando à utilização da energia produzida tanto para os projetos de desenvolvimento da Amazônia, quanto para o abastecimento das regiões leste e sul do Brasil.

Nos últimos trinta anos, a Amazônia tem sido palco da construção de grandes obras de infraestrutura energética, como a Hidrelétrica de Tucuruí, em 1975, no Pará; a de Balbina, em 1989, no estado do Amazonas; as de Jirau e Santo Antônio, iniciadas em 2009, no estado de Rondônia e a de Belo Monte, que fica próxima à cidade de Altamira, no Pará, cuja construção foi iniciada em 2011.

Essas construções são precedidas de concorrências públicas, que ocorrem por meio de processos licitatórios, regidos pela Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 2018), diploma que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública.

Entretanto, é fato que há dificuldades para a realização de um processo licitatório claro, eficaz e transparente, com a complexidade da legislação, a burocracia do procedimento, o custo de transação associado e a corrupção. Se há um opção na legislação brasileira em normatizar todas as nuances desses procedimentos, isso igualmente impacta na formação de um instituto complexo, que, por sua vez, exige *expertise* dos envolvidos, Administração Pública, de um lado, e as empresas, de outro.

Outro ponto relevante é a formatação dos termos de referências e contratos administrativos que são, em sua maior parte, incompletos, de modo que nem todas as contingências que podem afetar a relação contratual estão, devidamente, previstas nos itens pactuais.

Essa realidade é tão recorrente que a jurisprudência do TCU, por exemplo, permite que, no caso de ocorrência de um fato que não fora previsto inicialmente, o contrato seja renegociado, sujeitando os contratos administrativos de obras públicas a sofrer interferências claras, como quando houver: má qualidade do projeto básico, falta de definição de critérios de aceitabilidade de preços unitários, contratação de

proposta de menor preço global, compatível com a estimativa da Administração, mas com grandes disparidades nos preços unitários, alguns itens abaixo dos preços de mercado - justamente os com maiores quantitativos no projeto básico - e outros, muito acima dos preços de mercado, de pouca importância no projeto básico. Por fim, há o aditamento do contrato com o aumento dos quantitativos dos itens de preços unitários elevados e a diminuição dos quantitativos dos itens de preços inferiores¹.

Atualmente, as licitações têm sido alvo de uma forma mais elaborada de fraude: a cartelização. Os cartéis, ao fraudarem o caráter competitivo das licitações, prejudicam substancialmente os esforços governamentais na busca do desenvolvimento do país, beneficiando indevidamente as empresas participantes do conluio.

Ainda que a Administração busque racionalizar suas compras por meio de controles orçamentários mais estritos e de melhorias nas formas de contratação, isso não impede a ação dos cartéis, que provocam transferência indevida de renda do Estado para as empresas.

O prejuízo causado ao Estado brasileiro por essa prática pode ser estimado na ordem de centenas de milhões de reais, considerando que as compras de bens, serviços e a construção de obras públicas pelo Estado representam parcela expressiva do seu PIB (LIRA, 2012).

Especialmente nas licitações para a construção de hidrelétricas, que são obras públicas de grande porte, comumente, formam-se consórcios de empresas, uma consequência das transformações na ordem econômica que impõem iguais alterações no Direito Privado, principalmente as relativas à preservação da livre concorrência no mercado.

O processo licitatório para a construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte mobilizou a formação de um consórcio de empresas, uma vez que a estimativa do valor do investimento para a construção do empreendimento era de R\$19.018.115.000,00 (dezenove bilhões, dezoito milhões e cento e quinze mil reais),

¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1514/2015 - Plenário. Contrato Administrativo. Relatório de Auditoria. Relator: Min. Bruno Dantas. Brasília, 17 de junho de 2015. Disponível em: https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/12/*/?KEY:JURISPRUDENCIA-SELECCIONADA17221/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/false/1.

conforme o Anexo IV do Edital, o que revela a magnitude da obra, a terceira maior usina hidrelétrica do mundo.

Este estudo objetiva analisar a prática de condutas anticompetitivas pelas empresas Andrade Gutierrez Engenharia S.A., Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A. e Construtora Norberto Odebrecht S.A. na licitação para a construção de Belo Monte, buscando-se comprovar a existência do cartel e analisar as suas consequências.

A pergunta que se pretende responder, a partir da análise das condutas anticompetitivas na licitação da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, é se houve, de fato, cartel na licitação? No caso de a resposta ser afirmativa, pretende-se verificar as consequências da cartelização, de um modo geral, e especificamente na Amazônia.

Para tanto, a apresentação textual será desenvolvida em três capítulos.

No primeiro capítulo, abordar-se-ão as nuances do desenvolvimento da Amazônia, em especial a política de grandes obras de infraestrutura energética, bem como será descrito o Projeto de Construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte e algumas polêmicas que suscitou e ainda suscita.

A partir de uma contextualização histórica, revelar-se-á como o projeto da hidrelétrica de Kararaô chegou a ser o que se conhece hoje por Belo Monte, com ênfase para as alterações nele procedidas, especialmente nos relatórios de impacto ambiental e quanto às conotações políticas das mudanças.

A intenção é relacionar a construção de projetos energéticos, de uma forma geral, e da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, especificamente, com o processo e o modelo de desenvolvimento eleito para a Região Amazônica para, então, compreender como esse modelo pode ter servido à exploração do capital nesta região do país.

Em seguida, apresentar-se-á uma discussão sobre a cartelização em licitações públicas, com enfoque no estudo do mercado de concorrência e de suas possíveis distorções, principalmente no que diz respeito às licitações públicas, com a apresentação dos conceitos de monopólio, oligopólio, concorrência perfeita e monopsônio.

Ademais, apresentar-se-á a defesa da concorrência como princípio geral da ordem econômica (art. 170, inciso IV, da CF/88), destacando-se a sua relação com as licitações públicas e se enfrentando os modos pelos quais esse princípio basilar

do Direito Econômico pode sofrer violações por meio da prática de condutas antitruste.

Além disso, buscar-se-á revelar os instrumentos públicos para o combate aos cartéis, inclusive os chamados acordos de leniência, fixando seus conceitos e fundamentos jurídicos. Proceder-se-á, ainda, à análise do cartel de Belo Monte, abordando-se as definições e as características dos mais diversos tipos de acordo de leniência possíveis, quais os avanços e as implicações da sua celebração no combate à cartelização no país e como contribuir para a obtenção de preços menores nas licitações públicas levadas a efeito no Brasil.

Por fim, no terceiro capítulo, apresentar-se-á a caracterização do cartel de Belo Monte, destacando-se os dados disponíveis para indicar a comprovação da existência da conduta antitruste, por meio da análise dos elementos do Acordo de Leniência previamente apresentado.

Assim, discutir-se-á a cartelização ocorrida na licitação da obra, as diversas condutas antitrustes identificadas e quais foram as implicações, consequências e resultados obtidos com o Acordo de Leniência 07/2016, que trouxe ao conhecimento público, por meio do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, a prática de condutas anticompetitivas na licitação para a outorga de concessão de uso de bem público para a construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte.

Discutir-se-á, sobretudo, os impactos negativos – ou externalidades – do cartel, apresentando quais as consequências da prática da conduta antitruste em várias esferas: em relação ao meio ambiente, ao desmatamento, à degradação da fauna e da biodiversidade, à vida social, ao aspecto humano, com ênfase para a situação da população indígena, bem como as questões econômicas.

De acordo com o CADE, há estimativas da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE de que os cartéis geram um sobrepreço estimado entre 10% e 20% comparado ao preço em um mercado competitivo. Se os prejuízos são notórios e, por si sós, justificam a necessidade de punição pelo Estado, também é relevante discutir o quão eficaz é a sua repressão.

Ao fim da apresentação e da análise das externalidades negativas do cartel, apresentar-se-á uma proposta de reflexão sobre a possibilidade de discutir responsabilidade civil como um desestímulo à prática de cartéis.

A pesquisa desenvolvida é teórica, adotando, como metodologia, a pesquisa documental e bibliográfica, por meio de levantamento bibliográfico, que abrange a

utilização de livros e artigos científicos de autores nacionais e estrangeiros, buscando referências que contribuam, de forma relevante, para a abordagem do tema e relatando fatos colhidos e conceitos firmados em um caso específico, qual seja o Leilão 06/2009 para a construção da Hidrelétrica de Belo Monte.

Espera-se, ainda que minimamente, que o resultado da pesquisa possa contribuir para o aperfeiçoamento das políticas de combate aos cartéis, a fim de garantir a preservação da livre concorrência e a obtenção de melhores preços nas licitações públicas levadas a efeito no Brasil. A conclusão, dessa forma, apresentará algumas inferências sobre a matéria.

1 A CONSTRUÇÃO DE BELO MONTE NO CONTEXTO AMAZÔNICO

1.1 O MODELO DE DESENVOLVIMENTO DA AMAZÔNIA: OS GRANDES PROJETOS ENERGÉTICOS

A formação territorial da Amazônia distinguiu-se pela ocupação tardia e dependente do mercado externo, caracterizada pela relação entre a sociedade e a natureza em uma economia de fronteira, em que o progresso era entendido como

garantidor de crescimento econômico e de prosperidade infinitos, baseado na exploração de recursos naturais, igualmente considerados infinitos.

Caracterizou-se, ainda, pelo fato de que a ocupação aconteceu, quase em sua totalidade, a partir de iniciativas externas, o que implica dizer que o controle do território ocorreu sem uma base econômica e populacional estável capaz de assegurar a soberania sobre a área, inicialmente, com as drogas do sertão e, posteriormente, com o ciclo da borracha.

Na década de 60, durante a presidência de Juscelino Kubitschek (1956-1960), houve, no Brasil, um cenário favorável ao fortalecimento do setor industrial pela aliança ao capital estrangeiro, com o Estado assumindo o papel de coordenador e regulador da economia e de grande investidor nacional (LOUREIRO, 2004).

Cabe ressaltar que, por quase vinte anos, os regimes democráticos que prevaleceram no Brasil, em particular e na América Latina, de uma forma geral, apresentaram como característica marcante a proposição de projetos econômicos voltados para a modernização do país, com intervenção governamental forte e crescente não apenas na economia, como também na vida social e nos instrumentos jurídicos.

Loureiro (2004) aponta duas das principais razões pelas quais se deu a ocupação da Amazônia, sempre embasada em vetores econômicos e geopolíticos. A primeira delas refere-se à necessidade de abertura de novos mercados consumidores para os produtos industrializados que os estados do centro-sul do país produziam; a segunda, consiste na necessidade de expandir os mercados de trabalho, com o fim de empregar o excedente de mão de obra, especialmente da Região Nordeste, como trabalhadores assalariados e autônomos nos grandes projetos amazônicos, bem como pequenos produtores rurais que se deslocaram do sul do Brasil para a região.

Havia, ainda, a necessidade de aproveitar o potencial ambiental da Amazônia, tanto mineral, quanto madeireiro e pesqueiro, agora com vistas à exportação, a fim de melhorar a balança comercial do país. Há que se acrescentar que os investidores do sul do país procuravam adquirir novas terras para preservarem seus capitais da elevada inflação que assolava o país. Buscavam, ainda, obter financiamento,

principalmente por meio dos incentivos fiscais federais prometidos para os novos empreendimentos que se instalassem na Região Amazônica².

Todos esses fatos apontavam na mesma direção, qual seja, a de que a Amazônia deveria servir aos interesses da nação, sem que o seu desenvolvimento fosse, de fato, pensado para aliar o crescimento econômico à proteção social e ambiental. Ao contrário, sua ocupação visou à aliança e ao apoio do capital e à defesa da fronteira e da ocupação demográfica.

Há, pois, um conflito entre o modelo de crescimento econômico e o meio ambiente, que cria um grande óbice à realização de políticas públicas transformadoras, decorrente do próprio sistema político, revelando que as políticas estatais nem sempre refletem a estratégia de desenvolvimento que aquele Estado defende. Como estratégia de desenvolvimento, deve-se compreender:

Uma estratégia de desenvolvimento é uma “visão” de para onde se quer levar a economia. Mais ao ponto pode ser descrita como um conjunto de metas, instrumentos e responsabilidades explicitadas em um programa plurianual de políticas públicas, que seja percebido pela sociedade como factível, legítimo e objeto de comprometimento governamental (CASTELAR, 2009, p. 9).

O desenvolvimento da Amazônia brasileira deveria implicar, pois, em expandir as oportunidades sociais, vez que é um processo político que traz inúmeros reflexos sociais. No âmbito econômico, permite a convivência entre grandes e pequenos empreendimentos que geram renda e, conseqüentemente, integram a sociedade e proporcionam aos cidadãos maior participação na vida social. No âmbito cultural, possibilita o acesso a bens imateriais, como à própria cultura, e a garantia dos direitos humanos.

O alcance do desenvolvimento impõe um desafio ainda maior, que é o de pensar uma nova ética em relação à região. O que se defende é, muito mais do que se engendrar formas novas ou alternativas de produção, substituir a “lógica do ganho fácil” pela “ética da solidariedade social e da responsabilidade política frente à sociedade como um todo” (LOUREIRO, 2009).

² Dentro desta ampla política de incentivos fiscais e creditícios, o Estado assumiu responsabilidades com obras de infraestrutura, como a construção da Usina Hidrelétrica de Tucuruí, assim como os encargos relativos à linha de transmissão de energia da hidrelétrica, à infraestrutura viária, à portuária e às *company towns* necessárias aos empreendimentos, ainda que tenha dificuldade de o fazer (MONTEIRO, 2005).

O desenvolvimento deve ter como objetivo proporcionar qualidade de vida à sociedade, o que exige a preservação dos padrões e das características regionais. Não se deve promover o desenvolvimento ao custo da destruição dos hábitos das culturas típicas, que precisam ser consistentemente respeitadas.

É inegável que a Amazônia é um local privilegiado para a implantação de novos empreendimentos, especialmente em razão de suas potencialidades minerais, hidrológicas e madeireiras. Mas é igualmente inegável a opção evidente do Estado por uma forma de desenvolvimento que se fundou na estratégia de facilitar a rápida acumulação de riqueza pelas classes empresariais, às quais foram dados diversos privilégios, dentre eles a transferência de recursos públicos, quer feita legalmente, quer possibilitada pela omissão em relação à apropriação privada de partes consideráveis da natureza por grupos privilegiados, após retirá-las de seus antigos moradores (LOUREIRO, 2009).

As políticas públicas destinadas à exploração do potencial energético dos rios amazônicos, que foram estabelecidas nos anos 70 e 80, com o Polamazônia, entre 1974 e 1987, e o II Plano Nacional de Desenvolvimento (II PND), em 1975, são exemplos que comprovam essa afirmação. Como ensinam Tavares e outros:

Enquanto o II PND deu prioridade à produção de energia em escala nacional, o POLAMAZÔNIA propunha dezesseis “pólos de desenvolvimento” para a Amazônia, alguns deles voltados para a associação entre produção de energia e indústria extrativa mineral. Relacionar energia e desenvolvimento não era exatamente uma novidade, nem mesmo como projeto, tendo em vista que idêntica concepção orientou a construção das hidrelétricas de Paulo Afonso e Furnas na década de 1950; porém, a escala dos investimentos e a ambição dos projetos associados conferiam ao Programa dos Pólos de Desenvolvimento um merecido destaque, no que se refere à Região Amazônica (TAVARES *et al.*, 2007, p. 141).

Os projetos e os planos de desenvolvimento energético foram embasados na promoção de infraestrutura e na criação de polos de desenvolvimento, com uma estratégia de impulsão à formação de redes, tanto de transmissão, como de distribuição de energia, a fim de dar uma resposta governamental à elevação do preço do petróleo, que ocorrera no início da década de 1970.

Sob o slogan “Integrar para não entregar” (TAVARES *et al.*, 2007), o governo militar iniciou uma estratégia de acelerar o crescimento econômico do Brasil e

colonizar as terras amazônicas, incentivando a ocupação da região por colônias de agricultores do sul e do nordeste do país, abrindo estradas, construindo barragens, incentivando a agricultura e a pecuária, desalojando populações indígenas e comunidades tradicionais, quase sempre ignorando a complexidade da floresta.

Especificamente, o II Plano Nacional de Desenvolvimento (II PND) (BRASIL, 1975-1979) estabeleceu como prioridade alcançar a redução da dependência do país em relação a fontes externas de energia, tendo em vista a crise financeira causada pela elevação do preço do petróleo no mercado internacional. O Plano destacava a necessidade de uma política unificada e bem definida de energia, baseada no emprego intensivo de energia de origem hidrelétrica e na execução do programa ampliado de produção de energia elétrica.

Ao longo dos anos, os grandes projetos de infraestrutura na Amazônia, principalmente as rodovias e as hidrelétricas, têm gerado polêmicas. Além dos impactos negativos sobre comunidades tradicionais e indígenas (conflitos de terra, deslocamentos forçados, expulsões, etc.), têm havido problemas crônicos, como o desrespeito à legislação ambiental e o mau uso dos recursos públicos.

Tavares (*et al.*, 2007, p. 142) alerta que grande parte dos estudos sobre o assunto possui, como foco principal, o processo que levou à implantação das redes de transmissão da Amazônia e às questões dela decorrentes, sem que tenha havido dedicação especial aos problemas ligados à implantação posterior das redes de distribuição no espaço regional, diretamente vinculadas às características e às potencialidades do território e às demandas de seus habitantes.

São exemplos dessa falha a construção das usinas hidrelétricas de Tucuruí (PA) e Balbina (AM) nas décadas de 1970 e 1980, que desalojaram comunidades, inundaram enormes extensões de terra e destruíram a fauna e a flora daquelas regiões.

Balbina, a 146 quilômetros de Manaus, implicou na inundação da reserva indígena Waimiri-Atroari, na mortandade de peixes, na escassez de alimentos e na fome para as popula es locais. A contrapartida, que deveria ter sido o abastecimento de energia elétrica da comunidade, não foi cumprida. O desastre foi tal que, em 1989, o Instituto Nacional de Pesquisas da Amazônia (INPA), depois de analisar a situa o do Rio Uatumã, onde a hidrelétrica fora construída, concluiu por sua morte biológica (ISA, 2018).

Em Tucuruí não foi muito diferente. Quase dez mil famílias ficaram sem suas terras, entre indígenas e ribeirinhos. Uma das maiores críticas formuladas sobre a Usina Hidrelétrica de Tucuruí, inaugurada em 1984, foi o seu distanciamento em relação às necessidades das aglomerações próximas, impossibilitadas de ter acesso aos seus benefícios, pois as grandes distâncias entre os núcleos urbanos constituíam um obstáculo na organização de um sistema de distribuição reticular (TAVARES *et al.*, 2007)³.

Nesse período – entre a década de 1970 e a inauguração da UHE Tucuruí –, não se pode negar que o processo de povoamento do espaço regional amazônico brasileiro se deveu à estrutura criada pelas obras e pelas intervenções do governo federal, a exemplo da concessão de incentivos fiscais para a instalação de indústrias nos estados da Região Norte⁴. Nesse modelo, a produção de energia elétrica emergiu como um insumo para impulsionar o desenvolvimento regional, estimular a indústria extrativista mineral na Amazônia e a implantação de empresas de transformação mineral.

Note-se que, apesar de haver algumas diferenças superficiais entre eles, os grandes projetos implantados na Amazônia utilizam como estratégia uma perspectiva desenvolvimentista, marcada por significativos prejuízos socioeconômicos e ambientais. Esta característica restou evidenciada pela implantação, no estado do Pará, de usinas hidrelétricas que atraem para os canteiros de obras ondas sucessivas e desordenadas de migrantes para trabalhar na fase de construção da infraestrutura dos projetos (REIS; SOUZA, 2016).

Sinisgalli (2005) afirma que esses trabalhadores, atraídos para a região por conta desses grandes projetos, ao final da obra, não possuem qualificação técnica para ocupar os postos de trabalho criados na fase de operação, sendo esta mais uma externalidade negativa marcante dos grandes projetos⁵.

³ Tavares *et al.* (2007) ensinam que, historicamente, a distribuição de energia na maior parte da região amazônica era realizada por pequenas usinas térmicas, cuja característica marcante era a destinação ao consumo de cidades isoladas, o que demonstra que a distribuição da energia elétrica na região sempre possuiu como traço forte a dificuldade em realizar uma distribuição energética homogênea.

⁴ Nesse sentido, a partir de 1968, incentivos fiscais e creditícios subsidiaram o fluxo de capital do Sudeste e do exterior para a Região Amazônica, inclusive por meio de bancos oficiais, como o BASA – Banco da Amazônia. Ainda no caso dos projetos industriais, há que se falar na Zona Franca de Manaus, econômica e geopoliticamente estratégica, implantada em meio a uma economia extrativista e que é um posto avançado da fronteira norte (BECKER, 2009).

⁵ Por externalidade, compreendam-se os impactos advindos da produção e do consumo de um agente sobre outro agente e que não são refletidos nos mecanismos de precificação dos produtos,

Esses empreendimentos têm acarretado danos sociais e ambientais expressivos, notadamente pela desestruturação social, econômica e ambiental que causam na fase de implantação, danos que, na maioria das vezes, não são incorporados às análises que precedem à autorização da construção.

Se o resultado dessa intervenção governamental foi o crescimento das atividades econômicas e da população imigrante, também é fato marcante e incontestável que promoveu uma perda de sincronia entre os tempos dos objetos e das ações, que não tiveram igual duração, nem ritmos idênticos.

Ao negligenciarem as sequelas sociais do estabelecimento de um empreendimento de grande impacto como uma usina hidrelétrica, os idealizadores e os executores do projeto deixaram para a administração pública local o ônus de lidar com problemas resultantes da desarticulação do modo de vida tradicional.

Por essa razão, uma crítica costumeira é a de que os grandes projetos de infraestrutura de geração de energia manipulam os processos de licenciamento ambiental e mascaram os impactos sociais (DEL MORAL HERNÁNDEZ; MAGALHÃES, 2011).

Fleury e Almeida (2013) explicam que, nas “megaobras”, não somente a natureza se transforma em outra coisa, mas a sociedade que ali vive também se torna outra. Evidentemente, tais mudanças repercutem nos valores cultivados pela população local e na forma que esta escolhe para organizar seu modo de vida e as suas relações sociais, alterando a dinâmica dos conflitos e as estratégias utilizadas para a sua resolução.

Essa realidade continuou recorrente nas décadas seguintes. De 1984 até a década de 1990, a eletrificação de novos municípios refletiu o processo de migração e de urbanização aceleradas, facilitado pela construção da usina de Tucuruí e da Estrada de Ferro de Carajás, pela emergência de novos municípios e pela expansão da rede de distribuição de energia hidrelétrica de Tucuruí na região. Depois de 1990, a eletrificação de municípios associou-se à criação de novos municípios, ainda que a expansão da rede elétrica estivesse limitada à sede municipal, chegando de forma precária à zona rural, especialmente se observada a baixa renda dos produtores da agricultura familiar localmente dominantes (TAVARES, *et al.*, 2007, p. 171).

não necessariamente com característica resultante do fato de o indivíduo causador ter um caráter comportamental perverso ou bondoso e, ainda, marcada por um caráter incidental ou involuntário (ANTUNES, 2009, p. 59).

Nem mesmo o período marcado pelos grandes projetos, em consequência da elaboração e da execução dos planos nacionais de desenvolvimento acima mencionados, conseguiu produzir um modelo capaz de aliar energia e desenvolvimento, como se pregava. A suposição de que a construção de hidrelétricas na Região, como parte de um projeto de infraestrutura associado a uma ampla variedade de incentivos fiscais, atrairia empresas agrícolas e industriais para os polos de desenvolvimento não se materializou (SERRA, 2004).

Além disso, desde o início, a geração de energia elétrica foi criticada ao argumento de que, no caso específico da Amazônia e de suas necessidades, os problemas energéticos poderiam ter sido solucionados de forma mais pontual, de modo que a matriz energética tivesse flexibilidade na oferta, o que é comprovado pelo Plano Decenal de Expansão de Energia 2026⁶ - PDE 2026 (BRASIL, 2017), que estabelece como prioridade a expansão das fontes de energia renováveis e das termelétricas.

Esta flexibilidade diz respeito à criação de novas formas combinadas de geração, como o uso de usinas hidrelétricas reversíveis dando suporte a fontes renováveis. No que diz respeito às termelétricas, essa geração deve ser limitada, considerando ser uma das formas mais poluentes, ainda que as principais emissões de gases estufa no Brasil sejam advindos do desmatamento e não das termelétricas (PDE 2026).

O que se observa é que, na medida em que as fontes tradicionais de energia passam a sofrer algum tipo de restrição, seja por fatores ambientais ou por limitações nas reservas, novas estratégias energéticas são traçadas. Técnicas para a exploração de novas fontes, tidas como alternativas, estão em desenvolvimento e, em comparação com as fontes tradicionais, ainda são pouco utilizadas.

A maioria das fontes alternativas tem a característica de ser renovável e de contribuir de maneira crescente para diversificar as fontes de energia convencionalmente utilizadas como combustíveis e para a produção de eletricidade.

⁶ Elaborado pela Empresa de Pesquisa Energética do Ministério de Minas e Energia, o Plano Decenal de Expansão de Energia 2026 – PDE 2026 é um documento informativo voltado para toda a sociedade, com uma indicação, e não determinação, das perspectivas de expansão futura do setor de energia sob a ótica do Governo no horizonte até 2026. Tal expansão é analisada a partir de uma visão integrada para os diversos potenciais energéticos, cujos resultados são, entre outros, a análise da segurança energética do sistema, o balanço de oferta e demanda de garantia física, a disponibilidade de combustíveis, em particular do gás natural, o cronograma dos estudos de inventário de novas bacias hidrográficas, e recursos e necessidades identificados pelo planejador para o atendimento à demanda.

As fontes alternativas mais estudadas e divulgadas são a energia solar, a biomassa e a energia eólica (CSF, 2006).

A energia solar, no Brasil, tem sido utilizada em pequena escala, em geral, para locais onde não é possível, por restrições físicas ou orçamentárias, o recurso a outras formas de energia. Por sua vez, a biomassa agrupa várias opções de produção de energia, como a queima de madeira, carvão vegetal, processamento industrial de celulose e do bagaço da cana de açúcar.

A energia eólica é a fonte alternativa com maior taxa de crescimento no Brasil (CSF, 2006), mas, apesar disso, tem a grande desvantagem de necessitar de sistemas consorciados para períodos de calmaria, dificuldade chamada de intermitência, causada pelo fato de nem sempre o vento soprar quando a eletricidade é necessária, tornando difícil a integração da sua produção no programa de exploração.

Diante desse quadro, em relação à Belo Monte, é preciso questionar a forma antidemocrática como o projeto foi conduzido, a relação custo-benefício da obra, o destino da energia a ser produzida e a inexistência de uma política energética para o país que privilegie energias alternativas (ISA, 2018).

Apesar de a energia – e a implantação de usina hidrelétrica, especificamente – serem indutores econômicos importantes, seu impacto na atração de investimento foi menor do que se esperava. Na verdade, o cenário verificado na Amazônia está distante das expectativas de desenvolvimento sonhado ou planejado pelos projetos áureos de prosperidade.

Ao contrário. As políticas públicas desenhadas para a Região Amazônica não conseguiram promover uma ocupação espacial eficiente e bem organizada. Se, por um lado, os investimentos em infraestrutura ajudaram a reduzir o isolamento da Amazônia em relação às outras regiões do país ou contribuíram para o surgimento de novas alternativas de investimentos, por outro, especialmente quando se analisa a construção de usinas hidrelétricas, aceleraram o processo de ocupação espacial, resultando no agravamento dos impactos sociais e em uma exploração predatória dos recursos naturais nas áreas urbanas e rurais.

O desafio foi e continua sendo encontrar um modelo de desenvolvimento que articule regiões e individualize territórios sem que a diversidade interna destrua a condição de coesão interna (MACHADO, 1996, p. 837).

De fato, qualquer concepção de desenvolvimento regional deve respeitar o caráter singular da Amazônia e, conseqüentemente, fundar-se em uma experiência original, que respeite as peculiaridades do seu povo, da sua cultura e da sua natureza. Para isso, é preciso que a sociedade civil e o Estado refaçam os rumos do desenvolvimento econômico, de modo que a noção de progresso não mais se limite aos lucros do capital, mas sim que represente uma melhoria do padrão de vida das populações.

A construção da Hidrelétrica de Belo Monte não fugiu a essa regra, merecendo críticas pelos problemas ambientais e sociais por ela criados, o que se passa a enfrentar, destacando-se, desde logo, que entre os estudiosos do projeto da UHE Belo Monte, existe a forte convicção de que os seus impactos negativos sobre as populações locais foram e estão sendo subestimados.

1.2 DE KARARAÔ A BELO MONTE

Ao longo dos anos, o Projeto Complexo Hidrelétrico (CHE) para a Região Amazônica foi composto por seis hidrelétricas – Iriri, Babaquara, Kararaô, Ipixuna, Kokraimoro e Jarina – todas na Bacia do Rio Xingu, dentro do estado do Pará. Esse projeto passou por atualizações de seu inventário a partir da década de 1980.

A organização responsável pelo Estudo Socioambiental ou Etnoecológico da Terra Indígena Arara (TI Arara) da Volta Grande do Xingu defende que, em certa medida, as alterações foram impulsionadas pelos avanços políticos no país, como a promulgação da Constituição Federal de 1988, a legislação ambiental e a preocupação com as Diretrizes Socioambientais do Setor Elétrico, conquistas obtidas por meio dos atores sociais organizados indígenas e não-indígenas que vivem na região, organizações sociais nacionais e internacionais, que sempre defenderam o mínimo de interferência possível no meio ambiente e na vida das populações da região⁷.

Há, entretanto, opiniões diferentes como a de Valle (2005, p. 67), para quem o projeto foi alterado em virtude de não haver como defendê-lo publicamente, diante do absurdo e da ilegalidade das suas conseqüências:

⁷ Disponível em: <http://olharesconsultoria.com.br/cases/estudo-de-iniciativa-de-processamento-2/>. Acesso em: 18 fev. 2018.

Quando, já na segunda metade da década de 90, voltaram a falar publicamente do projeto de construção de usinas no rio Xingu, o foco passou a ser exclusivamente a implantação da UHE Kararaô, rebatizada de CHE Belo Monte. Portanto, “desapareceram” com as demais usinas e passaram a alegar que elas não seriam mais construídas, em função de seus impactos socioambientais, o que vem sendo reafirmado até hoje.

Até a década de 70, a energia na maior parte da Região Amazônica, incluindo os maiores centros urbanos, quais sejam, Belém e Manaus, era disponibilizada por pequenas usinas térmicas destinadas ao consumo de cidades isoladas, o que, além de encarecer a distribuição, diminuía a possibilidade de geração de energia no âmbito sub-regional. Era, também, caracterizada pelo consumo predominantemente residencial, seguido de longe pelo comércio e pela indústria.

Essa realidade comumente contrastava com a abundância de água e com o potencial energético dos rios amazônicos, mas se alegava que, resolvido o problema de produção e de transmissão de energia, a Amazônia poderia se autoabastecer e, ainda, fornecer energia para as demais regiões do país.

Tavares *et al.* (2007) alertam para o fato de que o cálculo das potencialidades físico-energéticas da bacia hidrográfica amazônica fora otimista, acreditando-se, ainda hoje, que o potencial hidráulico dos rios amazônicos é maior do que os custos e as dificuldades envolvidas em sua concretização. Destacam, ainda, que a geografia do território oferece outro tipo de restrição, qual seja, a cultura extrativista, predominante na região desde o ciclo da borracha, marcada por baixa densidade populacional e baixos índices de urbanização, que seriam pontos pouco favoráveis a cálculos econômicos e a posturas agressivas em relação ao desenvolvimento regional.

A política federal da década de 70 de estímulo à expansão das redes de infraestrutura viária e energética na Amazônia surgiu com o objetivo de reforçar a indústria extrativa mineral na região, de acordo com o modelo projetado de desenvolvimento para ela. A institucionalização do setor elétrico, por meio da Eletrobrás⁸, representou o resultado da disposição do governo federal em dar primazia ao crescimento da produção de energia na região.

⁸ No modelo de institucionalização do setor elétrico brasileiro, processa-se o regime regulatório, destacando-se a forma articulada como as organizações exercem as relações de poder, principalmente através das associações setoriais, na captura da agência reguladora, no lobby junto

Uma das formas de disfarçar a negligência sob a aparência de legalidade e, ao mesmo tempo, tornar imprecisas as responsabilidades sobre os problemas causados pela implantação do projeto pode ser percebida na estratégia do Governo Federal de “federalizar” as áreas pertencentes aos estados da federação e, com isso, viabilizar a instalação dos megaempreendimentos (BECKER, 2009).

O II Plano Nacional de Desenvolvimento – II PND (BRASIL, 1975-1979), nesse diapasão, ressaltou a necessidade de uma política unificada e bem definida de energia, com base no emprego intensivo de energia de origem hidrelétrica e na execução do programa ampliado de produção de energia elétrica, com a construção das usinas de Itaipu, na região Sudeste, e de Tucuruí, na Amazônia.

A construção da hidrelétrica de Tucuruí, no contexto do Programa Polamazônia, foi coerente com os objetivos do II Plano Nacional de Desenvolvimento, que previa a concentração de esforços no desenvolvimento de infraestrutura e de investimentos destinados a subsidiar projetos de capital intensivo.

Mas essa expansão foi freada pela estagnação da economia e pela crise da dívida externa na década de 1980. Só na década seguinte novos investimentos foram realizados no setor elétrico, ainda que o modelo de desenvolvimento idealizado buscasse priorizar a expansão das redes de energia por meio da entrada de capitais privados, tanto nacionais, como estrangeiros (TAVARES *et al.*, 2007, p. 149).

A política de polos de desenvolvimento, baseada na expansão de uma rede de energia a partir de Tucuruí, consistia em uma estratégia do governo brasileiro para prover a Amazônia de uma base sólida para viabilizar o desenvolvimento regional e local. A questão que se coloca como ponto crítico de reflexão reside na discussão sobre se o crescimento industrial modesto alcançado compensa as consequências ambientais, que, ao contrário daquele, não podem ser mensuradas com precisão.

O caso de Tucuruí é emblemático para demonstrar as alterações entre o modelo passado, que remonta à ditadura militar, época em que havia grande

ao Estado, etc. Tanto as inconstâncias do processo de institucionalização quanto as ferramentas de gestão utilizadas pelas distribuidoras, para incorporar o modelo regulatório proposto, são exemplos de relações de poder praticadas pelos atores do campo que acabam influenciando a forma com as distribuidoras se comportam perante o processo de institucionalização do campo organizacional (ANTUNES, 2006).

fragilidade da legislação ambiental e necessidade de fortalecimento do setor elétrico, e o atual, pós-democratização, com a consolidação da política ambiental brasileira.

Tavares *et al.* (2007) afirmam que esses projetos atendem a planos políticos resultantes de estudos para a modelagem do setor elétrico feitos por licitação internacional e com o intuito de promover estímulos à iniciativa privada no setor elétrico, o que não foi alcançado, pois

Desde o final do ano de 1996, embora as orientações governamentais básicas objetivassem incentivar a entrada do capital privado na produção de energia hidrelétrica e térmica, de fato tem sido a *holding* da Eletrobrás, a principal investidora do setor hidrelétrico na Região Amazônica (TAVARES *et al.*, 2007, p. 153).

A implementação de usinas hidrelétricas implica na existência de múltiplos atores sociais e de diferentes interesses políticos, econômicos e empresariais. Os projetos estão longe de apresentar desafios apenas de engenharia ou de domínio de tecnologia de ponta; representam, além disso, problemas de intervenção na natureza e na vida das populações locais ribeirinhas.

Como afirma Santos:

Tais constatações são hoje reconhecidas internacionalmente, e necessitam ser cada vez mais internalizadas por todos quanto têm participação nos processos de tomada de decisão referente à implantação de novos empreendimentos. Não basta se pensar os projetos hidrelétricos como de interesse da melhoria da qualidade de vida da maioria da população do país, de um estado ou de uma região. É preciso assegurar àqueles que são prejudicados por tais projetos [...] que tenham efetiva oportunidade de reconstituírem suas condições de vida, em termos socioculturais e econômicos (SANTOS, 2007, p. 52).

No que se refere à Hidrelétrica de Belo Monte, há muitos aspectos relevantes. O contexto político de planejamento e execução deste projeto é distinto daquele da década de 1970, especialmente quando se creditam avanços à legislação brasileira, que criou várias exigências para que projetos dessa magnitude sejam aprovados, incluindo a necessidade de licenças ambientais e de relatórios de impactos ambientais. Para isso, é preciso compreender o início da ideia de Belo Monte.

O projeto de construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte remonta ao ano de 1975, com o início dos Estudos de Inventário Hidrelétrico da Bacia Hidrográfica do Rio Xingu. Nestes estudos, cujas conclusões foram publicadas pelo governo brasileiro no Plano 2010 - Plano Nacional de Energia Elétrica 1987/2010, destacava-se que “pela sua dimensão, o aproveitamento do Rio Xingu se constituirá, possivelmente, no maior projeto nacional no final deste século e começo do próximo” (PNEE, 1986), indicando a então chamada Usina Kararaô – hoje denominada Belo Monte – como a melhor opção para iniciar a integração das usinas do Rio Xingu ao Sistema Interligado Brasileiro.

Observe-se que o projeto da Usina de Belo Monte vinha sendo discutido desde 1980, com a participação efetiva de movimentos sociais da região do Xingu, entidades nacionais e internacionais de defesa ambiental e outras organizações civis da região de Altamira. À época, o projeto previa a construção de um complexo de sete hidrelétricas ao longo do rio Xingu, mas, no ano 2000, foi reformulado para prever a construção de apenas uma hidrelétrica, sob a justificativa de que os impactos seriam significativamente reduzidos (CONCEIÇÃO, 2014).

A partir de então, houve uma série de controvérsias, conflitos, protestos, pareceres e laudos tomaram lugar, mantendo a construção da usina hidrelétrica Kararaô-Belo Monte com uma eminência constante, seja como catalisadora do desenvolvimento local e nacional, seja como um “fantasma” para aqueles que não a desejavam.

Mas as polêmicas não cessaram. Diversos grupos travaram debates. De um lado, os indígenas e ribeirinhos, bem como organizações nacionais e estrangeiras, movimentos sociais, ambientalistas e pesquisadores, em sua maioria contra a construção. De outro, empresas estatais e privadas, companhias elétricas, alguns representantes do Estado e grandes mineradoras, cujos projetos de industrialização e desenvolvimento precisam de geração de energia elétrica.

Um importante marco no histórico do processo foi o Encontro dos Povos Indígenas do Xingu, realizado em Altamira, em fevereiro de 1989. Organizado por lideranças indígenas, auxiliadas por entidades da sociedade civil, o encontro adquiriu imprevista notoriedade, contando com a maciça cobertura pelas mídias nacional e estrangeira e a participação de movimentos ambientalistas e sociais.

Segundo os dados do Instituto Socioambiental (ISA), participaram do evento cerca de 3.000 pessoas, entre elas 650 índios de diversas partes do país e do

exterior; autoridades como o então diretor e posterior presidente da Eletronorte, José Antônio Muniz Lopes, o então presidente do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), o então prefeito de Altamira, deputados federais, 300 ambientalistas e cerca de 150 jornalistas e celebridades.

Durante a exposição de Muniz Lopes sobre a construção da usina Kararaô, a índia Tuíra, prima do cacique de Paiakan, levantou-se da platéia e encostou a lâmina de seu facão no rosto do diretor da estatal em um gesto de advertência, expressando sua indignação. Na ocasião, Muniz Lopes anunciou que, por significar uma agressão cultural aos índios, a usina Kararaô – que significa grito de guerra em Kaiapó – receberia um outro nome e não seriam mais adotados nomes indígenas em usinas hidrelétricas.

O evento foi encerrado com o lançamento da Campanha Nacional em Defesa dos Povos e da Floresta Amazônica, exigindo a revisão dos projetos de desenvolvimento da região, a Declaração Indígena de Altamira e uma mensagem de saudação do cantor Milton Nascimento, sendo considerado um marco do socioambientalismo no Brasil.

Em 1994, um novo projeto, remodelado para se mostrar mais palatável aos ambientalistas e investidores estrangeiros, foi apresentado ao Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica, hoje sucedido pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e à Eletrobrás. Dentre essas alterações, o reservatório da Usina, por exemplo, foi reduzido de 1.225 km² para 400 km², a fim de evitar a inundação da Área Indígena Paquiçamba:

O projeto de Belo Monte se tornou um monstro, um Frankenstein, depois de tantas mudanças, correções, ajustes e mistificações feitos nos seus 30 anos de história. Começou como uma cópia do modelo de hidrelétricas no Brasil, com ênfase em Tucuruí, apenas com ligeiras correções e adaptações.

Depois, tentou agradar os ambientalistas atendendo sua principal queixa: a grande inundação provocada pelas barragens. Mas, ao cobrir essa falha, como a visão era curta, acabou inviabilizando a obra, por aumentar descontroladamente o seu custo [...] (PINTO, 2012, p. 43).

Foi em 1996 que a Eletrobrás solicitou autorização à ANEEL para, em conjunto com a Eletronorte, desenvolver o complemento dos Estudos de Viabilidade do Aproveitamento Hidrelétrico de Belo Monte.

Tornou-se chave nessa controvérsia o licenciamento ambiental da usina, objeto de 12 das 20 ações ajuizadas pela Procuradoria da República do Ministério Público Federal no Pará contra o projeto de construção da hidrelétrica, em que foram questionadas a decisão de quem seria o órgão regulador do licenciamento (IBAMA, órgão federal, ou a SEMA, órgão estadual), passando por cada uma das três licenças ambientais concedidas até o momento para o empreendimento (licença prévia, licença parcial de instalação e licença de instalação), que opuseram nos tribunais órgãos federais, como o Ministério Público Federal (MPF) e a Advocacia Geral da União (AGU), e mobilizaram cientistas e empreendedores na discussão.

Ainda em 2000, lideranças indígenas procuraram o MPF para denunciar que estavam ocorrendo medições na região de Altamira, ocasião em que os procuradores federais, após investigação sobre os fatos, descobriram se tratar do início do processo de análise para o licenciamento de Belo Monte. Uma das primeiras falhas apontadas naquele momento foi que o processo de análise ambiental estava sob a coordenação do órgão ambiental do estado do Pará, mas que a obra deveria ser licenciada pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), já que o rio Xingu é rio que está sob responsabilidade da União.

Essa e outras irregularidades levaram a uma primeira ação civil pública ambiental no início de 2001 contra o projeto (ACP nº 5850-73.2001.4.01.3900/TRF1⁹), com o seguinte pedido:

LICENCIAMENTO CONDUZIDO POR ÓRGÃO INCOMPETENTE. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE EIA-RIMA.

Seja concedida medida liminar, *inaudita altera pars*, para sustar, imediatamente, a elaboração do EIA/RIMA da UHE BELO MONTE, e, conseqüentemente, o repasse de novas parcelas do ajuste, sob pena de multa diária de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

⁹ Íntegra do acórdão disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/documentos/2017/caso-belo-monte/acp-2001/belo-monte-acordao-trf1-acp-2001.pdf/view>>. Acesso em: 27 jul. 2018.

Seja a Ação julgada procedente para: Tornar nulo o Convênio n.º RD 0289/00, celebrado entre as rés, obrigando-se a FADESP a devolver o saldo de recursos financeiros não utilizados ainda no pagamento dos técnicos por ela contratados; tornar nulo o Termo de Referência da obra UHE BELO MONTE, posto que submetido a órgão incompetente para a sua apreciação; condenar as rés ao ônus de sucumbência e demais cominações legais. (MPF, 2017).

Segundo relato do procurador do Ministério Público Federal no Pará à época, Felício Pontes Junior, a Justiça Federal determinou a paralisação de tudo. O governo federal recorreu ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região em Brasília e perdeu. Recorreu ao Supremo Tribunal Federal e perdeu novamente. Na decisão, o ministro Marco Aurélio Mello afirmou que o licenciamento de Belo Monte, da forma como estava sendo realizado, contrariava a Constituição, pois não fora autorizado pelo Congresso Nacional e prescindira da oitiva das comunidades indígenas.

Em 2005, o Governo Federal retomou o projeto, apresentando, no Congresso, uma proposta de decreto legislativo que autorizava a construção de Belo Monte. O Projeto de Decreto Legislativo (PDC) nº 1.785/05 foi aprovado pela Câmara, no dia 6 de julho. Na semana seguinte, o Senado também aprovou o projeto (denominado PDS nº 343/05) que autorizava a implantação de Belo Monte, que seguiu para promulgação sem que tenham sido ouvidos os nove povos indígenas que poderiam ser atingidos pelo empreendimento:

A hidrelétrica de Belo Monte, prevista para o rio Xingu, no Pará, foi tema de dois acontecimentos simultâneos, mas de sentidos diametralmente opostos, em 2005. Em Brasília, o Senado deu sua aprovação ao projeto de decreto legislativo do deputado federal (do PT de Pernambuco) Fernando Ferro, que já havia passado às pressas pela Câmara Federal, uma semana antes, autorizando o início oficial dos estudos para a implantação da usina (PINTO, 2012, p. 77).

Ainda hoje tramita na Justiça uma ACP que acusa o projeto de não ter realizado as oitivas dos indígenas necessárias, como prevê a Constituição (ACP nº 709-88.2006.4.01.3903/TRF1¹⁰), na qual foi requerida:

¹⁰ Íntegra do Acórdão disponível em <http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/documentos/2017/caso-belo-monte/acp-2001/belo-monte-acordao-trf1-acp-2001.pdf/at_download/file>. Acesso em: 27 jul. 2018.

ILEGALIDADE DO DECRETO LEGISLATIVO 788/2005. AUSÊNCIA DE CONSULTAS INDÍGENAS.

Sustação liminar de qualquer procedimento empreendido pelo IBAMA para condução do licenciamento ambiental da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, especificamente das audiências públicas programadas para os dias 30 e 31 de março de 2006 nas cidades de Altamira e Vitória do Xingu; Condenação do IBAMA em obrigação de não-fazer, consistente na proibição de adotar atos administrativos referentes ao licenciamento ambiental da Usina Hidrelétrica de Belo Monte.

O MPF ainda ajuizou novas ACPs em função de graves irregularidades no processo de licenciamento de Belo Monte: além das já mencionadas, foram questionados judicialmente a falta de um termo de referência para a elaboração dos Estudo e Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA) do projeto (ACP nº 283-42.2007.4.01.3903), e a contratação sem licitação, pela Eletronorte, das empresas Camargo Corrêa, Norberto Odebrecht e Andrade Gutierrez para confeccionar o EIA através de um “Acordo de Cooperação Técnica” (ACP nº 5850-73.2001.4.01.3900).

Especialmente no que se refere ao EIA/RIMA, diversos foram os pesquisadores dos mais diferentes ramos do conhecimento que se preocuparam em produzir documentos com estudos apontando as inconsistências do seu conteúdo, a exemplo de Fearnside (2009, p. 112):

Estimativas atuais do custo para a implementação de Belo Monte variam de R\$7 bilhões (estimativa do governo), a R\$20-30 bilhões (estimativa de CPFL Energia) e R\$30 bilhões (estimativa de Alstom). [...] Vale a pena mencionar que há uma longa tradição em obras hidrelétricas, assim como em outros tipos de grandes obras, de ter custos reais muito além das previsões iniciais. No caso de Belo Monte, grande parte da discussão omite muitos dos custos evidentemente necessários: linhas de transmissão, subestações, etc.

Em 2009, o IBAMA recebeu das empreiteiras o EIA/RIMA com muitas falhas. Alguns estudos fundamentais não tinham sido terminados, dentre eles, o espeleológico, o sobre a qualidade de água, o relativo à colheita de dados acerca das populações indígenas, o sobre os impactos das inundações e os perigos de proliferação de vetores de doenças como dengue e malária, nem, tampouco, acerca da diminuição drástica de 100 km do rio na Volta Grande do Xingu. O próprio

Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) não havia sido apresentado a contento, segundo o IBAMA.

Os analistas do IBAMA concluíram que o documento precisava ser revisado para evitar os erros encontrados na análise do Parecer (nº 36/2009¹¹). Um grupo de 39 pesquisadores e cientistas de universidades de todo o país e de institutos de pesquisa, denominado “Painel de Especialistas”, constatou desde a falta de estudos em determinadas áreas até erros grosseiros de dados que inviabilizariam Belo Monte. Apesar dessas advertências, o EIA/RIMA foi aceito pelo IBAMA.

Iniciou-se o processo de audiências públicas. O MPF exigiu que elas ocorressem ao menos nos 11 municípios ameaçados pelo projeto (Altamira, Anapu, Brasil Novo, Gurupá, Medicilândia, Pacajá, Placas, Porto de Moz, Senador José Porfírio, Uruará e Vitória do Xingu), mas audiências foram marcadas apenas em três municípios atingidos (Altamira, Brasil Novo e Vitória do Xingu) e na capital, Belém. Estas audiências ocorreram em lugares diminutos, com forte aparato policial e o impedimento da participação das populações ameaçadas, como foi denunciado posteriormente ao MPF.

Diante disto, nova ação judicial foi proposta pelo MPF, em conjunto com o Ministério Público do Pará, que pediram audiências públicas nas localidades afetadas pela barragem e a reabertura do prazo, já que a íntegra do EIA só fora entregue nove dias antes da realização da primeira audiência pública. Conseguiram liminar na Justiça Federal em 10/11/2009, que foi suspensa por decisão do TRF¹² um mês depois. A ação foi julgada improcedente em 18 de fevereiro de 2016¹³.

Ao final do processo das audiências, uma surpresa: elas não foram consideradas no prosseguimento do licenciamento de Belo Monte, ao argumento de que o IBAMA não pôde analisar, com a profundidade apropriada, as questões indígenas e as contribuições das audiências públicas (conforme Parecer n. 114/2009, de 23 de novembro de 2009¹⁴).

¹¹ Conforme notícia disponível em: <<https://blogdosakamoto.blogosfera.uol.com.br/2011/11/06/de-kararao-a-belo-monte-a-historia-de-uma-polemica/?mobile>>. Acesso em 27 jul. 2018.

¹² Disponível em: <www.prpa.mpf.gov.br/news/2012/Liminar%20Monte%20Novas%20Audiencias.pdf/at_download/file>. Acesso em 27 jul. 2018.

¹³ Tramitação disponível em: <<http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=261617020104013900&secao=ATM&nome=Eletrobr%C3%A1s&mostrarBaixados=N>>. Acesso em 27 jul. 2018.

¹⁴ Disponível em: <https://www.socioambiental.org/banco_imagens/pdf/S.A.HE_BeloMonte.pdf>. Acesso em 27 jul. 2018.

No final de 2009, as pressões sobre o IBAMA para que aprovasse a licença prévia para Belo Monte foram redobradas. Os técnicos disseram que não havia tempo nem dados suficientes no projeto do governo e o diretor de licenciamento pediu exoneração. Pouco depois, o órgão concedeu a licença, apesar das irregularidades.

O EIA também foi regularmente aprovado pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), em 1º de junho de 2011, e as decisões judiciais de suspensão da obra, proferidas em ações movidas pelo Ministério Público Federal (MPF), foram anuladas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), sob a justificativa de que a segurança energética do país era prioridade e essencial à continuidade do crescimento econômico (ACEVEDO MARIN; OLIVEIRA, 2012).

O MPF ajuizou ação contra a União. Entre as irregularidades apontadas, a principal foi a seca de 100 quilômetros da Volta Grande do Xingu, por onde o rio não mais passara em virtude de um desvio. Trata-se de uma região onde habitam pelo menos 12 mil famílias e 273 espécies de peixes. Os procuradores da República que redigiram a ação, Cláudio Terre, Bruno Gütschow e Ubiratan Cazetta, concluíram que Belo Monte traria impactos socioambientais sem precedentes na construção de usinas hidrelétricas no Brasil. A liminar¹⁵ foi concedida e cassada dias depois, sem que haja sido proferida decisão de mérito.

A concessão de Licença Prévia (LP) permitiu que Belo Monte fosse a leilão em abril de 2010, ficando sob a responsabilidade do Consórcio Norte Energia S.A. (Nesa). As condições ambientais e sociais sob as quais a LP foi concedida, no entanto, foram tão frágeis, que foram impostas 40 condicionantes socioambientais e 26 condicionantes indígenas, pendências que teriam que ser sanadas antes da concessão da Licença de Instalação (LI), que permitiria o início das obras.

Entre as condicionantes ambientais, estavam a obrigatoriedade da construção e da reforma de equipamentos de educação/saúde em Altamira e Vitória do Xingu – obras de saneamento básico nesses municípios e implantação de saneamento básico em Belo Monte. O próprio EIA realizado pela Eletrobrás e por empreiteiras previa que a migração de trabalhadores em busca de emprego na obra alcançaria

¹⁵ Tramitação disponível em: <<http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=180263520114013900&secao=P>>. Acesso em: 27 jul. 2017.

100 mil pessoas. Considerando que a população de Altamira, à época, era de 94 mil, e que o máximo de postos de trabalho gerados pela obra seria de cerca de 19 mil – e isso apenas no terceiro ano, pois nos demais anos o número seria menor -, além da explosão demográfica, Altamira teria, no mínimo, 80 mil pessoas desempregadas em curto período de tempo.

Também foram exigidos: a demarcação física das Terras Indígenas Arara da Volta e Cachoeira Seca; o levantamento fundiário e a desintrusão da Terra Indígena Apyterewa, a solução e o apoio à arrecadação de áreas para o reassentamento dos ocupantes não-indígenas, o fortalecimento da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) na regularização fundiária e a proteção das Terras Indígenas, a redefinição de limites da Terra Indígena Paquiçamba, com acesso ao reservatório, a completa desintrusão e realocação de todos os ocupantes não índios das Terras Indígenas envolvidas nesse processo e que todas as Terras Indígenas fossem regularizadas, ou seja, demarcadas e homologadas.

Ainda entre 2009 e 2010, as controvérsias continuaram intensas e, malgrado todos os apelos e ações judiciais, em 1º de fevereiro de 2010 foi emitida, pelo IBAMA, órgão licenciador dos empreendimentos que impliquem impactos ambientais, licença prévia atestando a viabilidade ambiental do empreendimento e aprovando sua concepção e localização. No dia 20 de abril desse mesmo ano, foi realizado o leilão de concessão da usina, concluído em dez minutos, entre liminares que suspendiam sua validade e a cassação dessas liminares, sob protestos de manifestantes, ativistas do *Greenpeace* e cerca de três toneladas de estrume despejadas na entrada da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), em cuja sede foi realizado.

Entre 2010 e 2011, tanto o Poder Público quanto a Nesa ignoraram a obrigatoriedade de cumprimento das condicionantes, e, em uma manobra ilegal, exigiram que o IBAMA concedesse uma “Licença de Instalação Parcial” para o início das obras da usina, sob a alegação de que seriam construídos apenas os acampamentos e as estruturas dos canteiros de obra. A absurda licença parcial levou a uma nova demissão na presidência do IBAMA, já que não existe na legislação brasileira essa figura.

A despeito de uma nota técnica da FUNAI contra a licença, ao argumento de que apenas quatro condicionantes foram observadas parcialmente, 29 não haviam

sido cumpridas, e sobre as demais 33 não havia qualquer informação, o presidente interino do IBAMA concedeu a licença parcial em 2011.

A licença parcial de instalação, uma “inovação” introduzida no licenciamento ambiental das hidrelétricas do Rio Madeira, utilizada também no Xingu, pela qual se autorizou o início das ações de instalação do canteiro de obras de Belo Monte, foi emitida em 26 de janeiro de 2011. A partir de então, o empreendedor já estava autorizado a desmatar 238 hectares e a erguer os acampamentos dos sítios Pimental e Belo Monte, localidades onde se situariam as duas barragens da usina. No dia 1º de junho de 2011, exatamente quatro meses após a emissão de licença prévia, o IBAMA publicou a concessão da licença de instalação, autorizando efetivamente o início das obras de construção da usina. Com o início das obras, os conflitos não arrefeceram: o Ministério Público Federal ajuizou mais três ações civis públicas contra o empreendimento, totalizando 23 ações civis públicas, duas ações por improbidade administrativa relacionadas ao projeto e uma ação cautelar inominada¹⁶.

Os movimentos sociais, por sua vez, não consideraram o início das obras um sinal de que a construção da usina seria um fato consumado e continuaram buscando estratégias de resistências e mobilização. Mais recentemente, a maior dessas ações foi o encontro Xingu+23 (FLEURY; ALMEIDA, 2013, p. 146).

Paralelo à Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, chamada de Rio+20 por marcar os vinte anos de realização da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio-92), o Xingu+23 teve como objetivo reunir os ativistas no local onde estavam acontecendo os barramentos do Rio Xingu.

¹⁶ Primeira ACP: 5850-73.2001.4.01.3900 (trânsito em julgado); segunda ACP: 0709-88.2006.4.01.3903 (TRF1); terceira ACP: 0283-42.2007.4.01.3903 (TRF1); quarta ACP: 3843-98.2007.4.01.3900; primeira Ação de Improbidade: 0218-13.2008.4.01.3903 (STJ); quinta ACP: 25779-77.2010.4.01.3900 (TRF1); segunda Ação de Improbidade: 0363-35.2009.4.01.3903 (TRF1); sexta ACP: 26161-70.2010.4.01.3900; sétima ACP: 25999-75.2010.4.01.3900 (TRF1); oitava ACP: 25997-08.2010.4.01.3900; nona ACP: 968-19.2011.4.01.3900; décima ACP: 18026-35.2011.4.01.3900; décima Primeira ACP: 0028944-98.2011.4.01.3900; décima Segunda ACP: 0001618-57.2011.4.01.3903; primeira Ação Cautelar Inominada: 0020224-11.2012.4.01.3900; décima Terceira ACP: 0002708-66.2012.4.01.3903; décima Quarta ACP: 0001755-39.2011.4.01.3903; décima quinta ACP: 0000328-36.2013.4.01.3903; décima sexta ACP: 655-78.2013.4.01.3903; décima sétima ACP: 1655-16.2013.4.01.3903; décima oitava ACP: 25799-63.2013.4.01.3900; décima nona ACP: 2464-06.2013.4.01.3903; vigésima ACP: 2694-14.2014.4.01.3903; vigésima primeira ACP: 3017-82.2015.4.01.3903; vigésima segunda ACP 269-43.2016.4.01.3903 e vigésima terceira ACP: 466-95.2016.401.3903 (MPF, 2017).

Ainda que não tenha tido uma repercussão equivalente à do encontro predecessor em 1989, o Xingu+23 causou problemas para a liberação do rio em um trecho de enseadeira construída pelo consórcio empreendedor, o que gerou pedidos de prisão dos manifestantes e intenso debate na mídia e nas redes sociais.

Em síntese, o que se percebe é que, se há cerca de quarenta anos a obra estava prevista nos planejamentos governamentais e no imaginário da população local como uma possibilidade iminente, foi nos últimos anos que esse processo atingiu o seu ápice: dos planejamentos se passou às licenças de autorização do empreendimento, da distante possibilidade se passou ao início das obras. A construção da usina de Belo Monte começou a ganhar materialidade, acirrando os conflitos em relação a ela.

O contexto político-institucional mais recente, com maior participação popular e maior acesso da população às informações, diretamente influenciado pelo acesso às mídias de uma maneira geral, conduz à divisão de responsabilidades pela tomada de decisões entre governo e sociedade, destacando a força de múltiplos atores, inclusive com poder de veto no processo decisório, incluindo a construção de grandes usinas hidrelétricas.

Outra distinção relevante diz respeito à decisão sobre a sua construção, polêmica desde a origem, pois, como já exposto, o leilão que possibilitou a escolha da empresa contratada, em 2010, fora alvo de inúmeros questionamentos pela sociedade civil e pelo Ministério Público Federal que alegaram, desde então, a falta de oitiva das populações indígenas como um sério empecilho ao início da obra, bem como o não-cumprimento de outras condicionantes por parte dos empreendedores¹⁷ (FEARNSIDE, 2011), como já mencionado.

Uma das maiores críticas a esse projeto reside no fato de que não houve uma preparação antecipada, especialmente com investimento em infraestrutura urbana, para recepcionar os milhares de trabalhadores que se deslocaram para a região em busca de emprego e de uma consequente melhoria de vida. Outros impactos sociais e ao meio ambiente puderam ser constatados:

¹⁷ O Ministério do Meio Ambiente concedeu a licença prévia com 40 condicionantes, antes mesmo de questões centrais de avaliação do impacto da obra fossem esclarecidas. As condicionantes apresentadas pelo IBAMA e pela FUNAI, por exemplo, deveriam ter sido cumpridas antes e depois do leilão, que aconteceu em 2010, mas em 2011 – mais de um ano depois da concessão da licença prévia – a maioria das condicionantes ainda não tinham sido cumpridas o que, por si só, bastaria para impedir o início das obras, o que não ocorreu, tendo as obras de construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte iniciado sem o cumprimento dessas prévias condições (FEARNSIDE, 2011, p. 5-6).

Os empreendedores estimam que a usina alagará cerca de 50% da área urbana de Altamira e mais de 1.000 imóveis rurais dos municípios de Altamira, Vitória do Xingu e Brasil Novo, que perfazem mais de 100 mil ha, em sua maioria sob jurisdição do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA). Como consequência, entre 20 e 40 mil pessoas serão desalojadas pela obra. Onze municípios foram definidos como área de influência de Belo Monte, totalizando mais de 25 milhões ha. Cerca de 70% desta área consiste em áreas protegidas, incluindo unidades de conservação, terras indígenas, terras quilombolas e áreas militares. Além dos cerca de 320 mil habitantes dos municípios afetados, 350 famílias de ribeirinhos que vivem em Reservas Extrativistas e 21 comunidades quilombolas da região seriam afetados pela usina, além de pescadores, pequenos agricultores e garimpeiros (FEARNSIDE, 2011, p. 5).

Conforme o Ministério Público Federal relata na nona Ação Civil Pública¹⁸ relativa à Usina Hidrelétrica de Belo Monte, até mesmo a emissão da Licença de Instalação Parcial ocorreu sem o cumprimento de condicionantes da Licença Prévia.

Embora já apontadas, neste estudo, de forma salteada, cumpre esclarecer que foram condicionantes à Licença de Instalação: a implantação do Plano Básico Ambiental (PBA); a apresentação de relatórios semestrais; os ajustes ao PBA; o bloqueio de linhas de transmissão e a exploração de jazidas; o detalhamento das implicações ambientais da retirada do vertedouro e número de diques; a navegação Volta Grande Xingu (VGX) e rio Bacajá; os estudos sobre qualidade da água; o monitoramento hidrossedimentológico, na região onde se encontram os bancos de areia do rio Xingu; as outorgas de Direito de Uso dos Recursos Hídricos para instalação da obra; o cronograma de implantação do saneamento básico em Altamira, Vitória do Xingu, Belo Monte e Belo Monte do Pontal; os relatórios de avaliação da suficiência dos equipamentos de saúde e educação disponibilizados às municipalidades; a implantação tempestiva e integral dos equipamentos de saúde e educação; a definição de medidas antecipatórias adicionais; o Cadastro Socioeconômico (CSE); o livre acesso ao CSE, Caderno de Preços, mapas e laudos de avaliação das propriedades do atingido; a garantia de liberdade de escolha entre tipos de indenização; os Fóruns de Discussão Permanente com regras e critérios

¹⁸ Protocolada sob o número 968-19.2011.4.01.3900, cuja tramitação está disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/documentos/2017/caso-belo-monte/968-19-2011-4-01-3900/acp_li_final.pdf/at_download/file>. Acesso em: 27 jul. 2017.

comuns que evitem tratamentos díspares em casos similares; a implantação de Área de preservação Permanente (APP) dos reservatórios; a conclusão dos módulos RAPELD¹⁹ do monitoramento de biota; as manifestações de órgãos intervenientes no licenciamento ambiental: FUNAI, Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), Ministério da Saúde/Secretaria de Vigilância em Saúde (MS/SVS), INCRA, Instituto de Terras do Pará (ITERPA); o apoio a ações de fiscalização ambiental federal e estadual; o Hidrograma de Consenso; e, ainda, a definição e a aplicação de recursos de Compensação Ambiental (ISA, 2017).

As condicionantes apresentadas podem ser divididas em dois grandes grupos. O primeiro grupo refere-se à mitigação e à compensação de impactos, que, em resumo, trata da implementação de 45 programas e 87 projetos reunidos em um documento chamado de Projeto Básico Ambiental (PBA), do atendimento do cronograma de implantação das obras de infraestrutura social e da identificação e garantia de direitos aos atingidos, da implantação do PBA indígena, com programas e compensações específicas e diferenciadas para a população indígena.

No outro grupo, estão os monitoramentos de impactos, tais como da qualidade da água do Rio Xingu e das condições socioambientais da região da Volta Grande do Xingu (VGX), o trecho onde o Xingu faz uma curva de 100 km, em que o rio seria barrado, de modo que o fluxo de água que iria passar por ali deveria ser reduzido em 80%. Monitorar as condições socioambientais da região significa monitorar a qualidade da água e as condições do meio ambiente e das pessoas que vivem nesse trecho do rio.

Entretanto, o último parecer produzido pelo IBAMA data de julho de 2013 (ISA, 2017), apontando o cumprimento das condicionantes relativas ao segundo semestre de 2012 e mencionando atrasos observados em visitas técnicas realizadas no primeiro semestre de 2013.

Nesse parecer, foram destacados problemas sérios, a começar pela conclusão de que apenas quatro das 23 condicionantes haviam sido atendidas. Além disso, é imperioso observar que nenhuma das condicionantes que dizem

¹⁹ O método RAPELD é um mecanismo que maximiza a probabilidade de amostrar adequadamente as comunidades biológicas e ao mesmo tempo minimizar a variação nos fatores abióticos que afetam estas comunidades (PPBIO, 2017. RAPELD. Disponível em: www.ppbio.inpa.gov.br/metodos. Acesso em: 16 nov. 2017).

respeito às obras de infraestrutura nas cinco cidades afetadas diretamente pela obra foi considerada atendida e que o sistema de drenagem de Altamira, que deveria ter sido iniciado em março de 2013, ainda não tinha sequer projeto.

Houve mais falhas: dois anos de atraso para o início das obras de abastecimento de água e esgotamento sanitário; falhas nas indenizações de benfeitorias de famílias que foram desapropriadas (a diferença dos valores entre as primeiras e as últimas indenizações pagas chega a 70%); falta de referência aos índios afetados por Belo Monte no parecer do IBAMA, sem que a FUNAI tenha se pronunciado sobre o cumprimento das condicionantes indígenas.

Embora passados mais de dois anos do início da instalação da usina, não saíram do papel os programas socioambientais indígenas relacionados à saúde, educação e saneamento básico, além de continuar a detecção de irregularidades no corte e na destinação da madeira desmatada para a instalação das obras.

É preciso analisar Belo Monte a partir de inúmeros pontos de vista, como ensinam Fleury e Almeida (2013, p. 141), ao se reportarem à manifestação de diversos atores sociais sobre a construção de Belo Monte:

Se for para resumir numa frase só, eu vejo Belo Monte como uma possibilidade de desenvolvimento pra região. E pra todos aqui. Além do mais, o país precisa de energia. (Empresário, Altamira, maio/2011).

Nosso povo precisa sobreviver, nosso povo precisa desenvolvimento sustentável, aprender a produzir e a cuidar daquilo que é nosso. Estamos lutando não contra o desenvolvimento, mas pelo nosso planeta, pelo mundo. (Liderança indígena Juruna, Volta Grande do Xingu, junho/2011).

É o modelo de desenvolvimento que está em disputa. É o que a gente quer também do futuro do Brasil. Porque tá no campo do simbólico Belo Monte. Quem vai vencer a forma de organizar a Amazônia? Quem vai vencer o que eu quero pra esse país, qual é o futuro, o que a gente quer? (Militante de direitos humanos, Belém, agosto/2011).

Entretanto, o projeto não foi alvo só de críticas. Muitos foram os grupos que defenderam a necessidade de construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, sejam governamentais, econômicos ou formados por setores da sociedade civil, motivados, quase sempre, pela defesa da execução do planejamento estratégico energético do Brasil, que justificam pela necessidade de se garantir grande suprimento de energia elétrica.

Inaugurada em 5 de maio de 2016, no governo da presidente Dilma Rousseff, a usina hidrelétrica de Belo Monte é a maior hidrelétrica 100% nacional e a terceira

maior do mundo, funcionando com capacidade instalada de 11.233,1 Megawatts (MW), o que significa carga suficiente para atender 60 milhões de pessoas em 17 estados e representa cerca de 40% de todo o consumo residencial do país (BRASIL, 2018).

O fato é que as decisões tomadas sobre as redes de distribuição de energia e as demais redes logísticas, capazes de definir e redefinir as configurações espaciais, sobretudo em uma região que vive um processo de ocupação e integração nacional e internacional como a amazônica, são resultados de escolhas governamentais e de adoção de políticas públicas que definem o modelo de desenvolvimento e de crescimento econômico eleito para o país.

Os projetos do setor elétrico resultam, de fato, de iniciativas complexas e multidimensionais, compreendendo aspectos econômicos, políticos, socioculturais, técnicos e ecológicos, envolvidos em mútuas interações e, conseqüentemente, produzindo profundas alterações em diferentes aspectos.

As políticas de infraestrutura para a Região Amazônica consolidam a atuação de um Estado desenvolvimentista que objetiva dinamizar a economia. A construção de hidrelétricas na região é defendida por alguns sob a justificativa de que se alinharia à estratégia estatal, embora seja necessária uma leitura crítica sobre se essa estratégia, de fato, coaduna-se com um projeto de desenvolvimento sustentável.

A energia elétrica precisa ser compreendida como um bem público, de modo que as intervenções dos governos federal e estaduais, com ou sem participação dos segmentos privados, devem sempre visar ao interesse da sociedade. Este desafio no processo de mudança do setor elétrico é fundamental para compreender as nuances das escolhas de construção de hidrelétricas no Brasil, especialmente no Pará e, ainda de modo mais específico, a de Belo Monte.

Releva destacar a ausência de um diálogo aberto com a sociedade brasileira sobre o modelo energético adotado no país e a perpetuação de um modelo de geração de energia, sem que sejam discutidos, em profundidade, novos projetos e modelos de produção energética.

A polêmica acerca da construção de Belo Monte envolve diversos fatores de riscos apontados nos diversos estudos de viabilidade da obra, especialmente no Estudo de Impacto Ambiental e no Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA), tais como: custo-benefício do empreendimento, questões geológicas, topológicas, de

engenharia e de instabilidade do mercado, confiabilidade dos investidores do consórcio responsável pela obra, prejuízos ao meio ambiente, problemas sociais diversos e capacidade efetiva de geração elétrica do empreendimento.

Sobre o assunto, cabe esclarecer que os benefícios e custos do projeto dependem do enfoque pelo qual os mesmos são avaliados. Os projetos privados visam ao lucro do empresário, confrontando os investimentos necessários à obtenção desses lucros; no entanto, para projetos do setor público, o enfoque muda e é necessário observar também se o projeto gera benefícios e custos não contemplados nas contas internas, tais como impactos ambientais, culturais e sociais (CSF, 2006).

A análise dos custos e dos benefícios pode assumir algumas nuances de acordo com suas perspectivas. Na perspectiva da sociedade, quando se estuda Belo Monte, deve-se avaliar o empreendimento a partir de seus custos e benefícios sociais, expandindo o universo reduzido do empresário e a perspectiva meramente arrecadadora do Estado.

Assim, busca-se atribuir valor aos custos sociais não computados na análise privada, de forma a interiorizá-los, ou, ao menos, explicitá-los, deixando claro para a sociedade quem usufrui dos benefícios e quem paga (ou pagará) os custos do empreendimento. O custo social deve ser determinado de forma a refletir a percepção social do dano ambiental e o valor desse dano pode ser obtido a partir dos custos representados pelos aumentos de gastos públicos e privados com tratamento da água, perdas de atividades econômicas, perdas de ictiofauna, aumento da incidência de doenças de veiculação hídrica e perdas de biodiversidade, entre outras.

Essas nuances também podem ser chamadas de externalidades (CSF, 2006), ou seja, o resultado de uma consequência imprevista. Contudo, nem sempre essa externalidade é negativa para a sociedade. Às vezes, pode apresentar um caráter positivo. A externalidade positiva pode ser representada por benefícios que, conferidos a terceiros, são gerados por empresa ou entidade governamental que não recebem qualquer compensação.

Cumpre, então, realizar uma análise sobre Belo Monte e discutir se há alguma externalidade positiva, como, por exemplo, se há geração de empregos e renda, e o aumento do número de postos de trabalho. Mas, ao mesmo passo, refletir se essas externalidades são de fato positivas a longo prazo.

Verifica-se que a cidade de Altamira, maior polo comercial da região do Xingu, ainda que tenha tido benefícios trazidos pela construção da UHE de Belo Monte, quando as obras acabaram, permaneceram arcando com os custos de saúde e educação com a população atraída para o local pela construção da obra, que não são pequenos, sendo esta uma externalidade que não pode ser desconsiderada.

Segundo informações oficiais, a construção da usina gerou, no pico das obras, cerca de 20 mil empregos diretos e 40 mil empregos indiretos na região. O efeito indireto sobre a economia também foi significativo, com o aumento na demanda por trabalhos relacionados, serviços e insumos, o que dinamizou a estrutura produtiva das comunidades próximas à hidrelétrica (BRASIL, 2018). Entretanto, a redução nesse número de empregos é incontestável e uma consequência que podia ser prevista.

Portanto, a partir da análise da polêmica em torno da construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, pode-se observar a longevidade de um conflito que expressa a incompatibilidade entre a concepção modernizante de desenvolvimento, na qual a geração de energia para o crescimento industrial e econômico é apresentada como prioridade nacional, e a concepção de comunidades locais, “povos da floresta” e socioambientalistas, segundo a qual as práticas e os saberes elaborados de forma indissociável entre natureza e cultura seriam os critérios para a definição da qualidade de vida e, portanto, prioritários (FLEURY; ALMEIDA, 2013).

O conflito tem um caráter holístico: mais do que disputas pontuais, são disputas de fundo que dizem respeito não apenas a um projeto na Amazônia brasileira ou a outros empreendimentos dispersos pelo Brasil, mas à causa de distintos conflitos que possuem em comum a luta contra o imperativo do desenvolvimento, contra um desenvolvimento que, na prática, é expropriatório. Nesse contexto, definir o lugar da natureza no desenvolvimento é definir precisamente que sociedade se pretende construir, isto é, qual o desenvolvimento desejado ou, sobretudo, qual o significado de desenvolvimento para a nossa sociedade.

Além da falta de reflexão sobre as consequências da construção de Belo Monte para a Região Amazônica, sequer houve cuidado com a seleção pública das empresas que pretendiam realizar a obra, que organizaram um cartel, revelado pelo Inquérito Administrativo sigiloso, instaurado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), para investigar a concessão de exploração da Usina

Hidrelétrica de Belo Monte, obra contratada por meio do Leilão 06/2009 e, também, a concorrência privada para a sua construção, como se passará a demonstrar.

2. A CARTELIZAÇÃO EM LICITAÇÕES PÚBLICAS

A cartelização em licitações públicas para a construção de grandes projetos, como ocorreu na construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, tem sido recorrente no Brasil.

Muitos são os exemplos e para não os limitar à Região Norte do país, cita-se o caso da construção do metrô de São Paulo, em que, conforme o Histórico de Condução do Acordo de Leniência 21/2017 (CADE, 2018), houve evidências de condutas anticompetitivas pelas empresas envolvidas, consistentes em fixação de preços, condições e vantagens, divisão de mercado entre os concorrentes, por meio da formação de consórcios, supressão de propostas e apresentação de propostas de cobertura, bem como a troca de informações concorrencialmente sensíveis a fim de frustrar o caráter competitivo da licitação.

Os signatários do acordo informaram que as condutas foram viabilizadas principalmente por reuniões presenciais, nas quais se discutiu e coordenou previamente o resultado dos certames licitatórios. A conduta iniciou-se, por volta do ano de 1998 e durou até 2014, chegando a envolver cerca de 21 empresas, tendo por objeto ao menos 21 licitações públicas no Brasil, o que demonstra a magnitude do problema de combate a condutas antitrustes em licitações públicas no país.

Nesse contexto, este capítulo destina-se a estudar o mercado de concorrência e as suas possíveis distorções, principalmente no que diz respeito às licitações públicas. Além disso buscar revelar os instrumentos públicos para o combate aos cartéis, inclusive os chamados acordos de leniência, fixando os conceitos e os fundamentos jurídicos para a posterior análise do cartel de Belo Monte.

O debate sobre os cartéis em licitações públicas é importante para a defesa da concorrência. Tratado de forma independente pelos órgãos reguladores e pela legislação (art. 36, § 3º, inciso I, alínea d, Lei nº. 12.529/2011²⁰), o cartel em concorrência pública também tem sido estudado associado à corrupção, gerando auto-reforço e amplificando os efeitos nocivos para os consumidores e para a economia.

Embora ainda não haja consenso em relação às medidas para coibir, investigar e reprimir tais condutas, a presente análise sobre o cartel de Belo Monte é feita visando-se a desincentivar essa conduta anticoncorrencial.

Este capítulo, a partir da apresentação de conceitos do mercado de concorrência, próprios das ciências econômicas, propõe-se a analisar como ele se comporta para facilitar a prática de condutas antitrustes. Trata, ainda, da evolução e do atual cenário e características das licitações no Brasil, assim como relata os seus aspectos jurídicos e formais, com o objetivo de delimitar o escopo da análise.

2.1. MERCADO DE CONCORRÊNCIA

A concorrência pode ser conceituada como um processo de rivalidade entre os agentes de mercado, expressa em termos de qualidade, preço, diversidade ou qualquer outra variável comercialmente relevante, de forma que seja um estado em que as forças existentes no mercado ajam livremente com o objetivo de garantir que os recursos sejam usados da forma mais eficiente possível, maximizando o bem-estar social (BRASIL, 2014, p. 5).

O mercado é formado por um grupo de compradores e vendedores de um determinado bem ou serviço e assume diversas formas, seja altamente organizada, como quando os compradores e vendedores se encontram em lugares e horários determinados, onde um leiloeiro ajuda a estabelecer os preços e a organizar as vendas, ou menos organizados, quando não se verifica essa rotina coordenada (MANKIW, 2011).

²⁰ 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.

A livre concorrência, idealizada em mercados de concorrência perfeita, condena os modelos concentradores e considera os oligopólios e, principalmente, os monopólios como inimigos do mercado.

A situação de concorrência perfeita resta evidenciada quanto menor for a diferença entre os preços praticados pelo produtor e os seus custos marginais, de modo que os preços cobrados dos consumidores sejam apenas aqueles necessários à remuneração do capital empregado na produção.

A concorrência perfeita é um tipo de estrutura de mercado em que há um grande número de vendedores (empresas) e de compradores (clientes), na qual o volume de empresas é tão grande que quando uma organização é analisada isoladamente, ela não gera qualquer influência em relação à oferta e ao preço no mercado onde atua. Portanto, as empresas produtoras, juntamente com os indivíduos consumidores são os responsáveis por determinar, no ambiente do mercado, a quantidade e o preço a serem seguidos por todas as empresas que nele concorrem, em um fluxo natural de oferta e procura em meio à relação entre os participantes

Atualmente, não há mercado de concorrência perfeita, pois as condições requeridas são muito rigorosas. São características fundamentais desse quadro econômico: elevado número de compradores e vendedores, sem que nenhum deles tenha expressão suficiente para modificar a situação de equilíbrio prevalecente; homogeneidade dos produtos transacionais, de modo que os produtos se substituam tão perfeitamente que nenhum deles possa ser diferenciado; permeabilidade do mercado, não havendo barreiras de entrada ou de saída por novas empresas; ausência de quaisquer formas de coalizações entre produtores ou compradores, com atuação independente de todos eles; preço estabelecido pelo próprio mercado, resultando de transações transparentes e voluntárias, com a característica marcante de que todos os participantes têm pleno conhecimento das condições gerais em que opera o mercado e, assim, submetem-se ao preço definido por ele e ausência de lucros econômicos ou lucros extraordinários a longo prazo.

O mercado de produtos agrícolas é, geralmente, apontado como o mais próximo do modelo perfeitamente competitivo. De igual sorte, o mercado de sal de cozinha também é citado como exemplo, pois nenhum produtor de sal consegue obter lucro econômico, ou seja, acima de uma determinada média, em virtude de a produção, em geral, já ser extremamente eficiente, evitando desperdícios, de modo

que se algum concorrente elevar muito os preços, existirão marcas substitutas que permitirão ao consumidor continuar comprando sem alteração em seu orçamento pessoal (MANKIW, 2009).

Entretanto, além da concorrência perfeita, é relevante tratar de outras estruturas de mercado, tais como o monopólio, o monopsonio, o oligopólio e a concorrência monopolística.

Em economia, monopólio é a situação em que uma empresa detém o mercado de um determinado produto ou serviço, impondo preços aos que o comercializam. Os monopólios surgem em decorrência das características particulares de mercado ou devido à regulamentação governamental, caso em que é conhecido como monopólio coercivo.

Existe monopólio quando há um vendedor no mercado para um bem ou serviço que não tem nenhum substituto e quando há barreiras na entrada de empresas que possuam a intenção de vender o mesmo bem ou um bem substituto, barreiras estas que protegem o vendedor da concorrência.

Como ensinam Pindyck e Rubinfeld (2006, p. 288):

Na qualidade de único produtor de determinado produto, o monopolista encontra-se em uma posição singular. Se decidir elevar o preço do produto, não terá de se preocupar com concorrentes que, cobrando um preço menor, poderiam capturar uma fatia maior do mercado à sua custa. O monopolista é o mercado e controla totalmente a quantidade de produto que será colocada à venda.

Mas isso não significa que o monopolista possa cobrar qualquer preço que desejar – não deve fazê-lo caso seu objetivo seja a maximização de lucros.

Dessa forma, ao contrário do que ocorre no regime de concorrência perfeita, para o monopolista a curva de procura não é horizontal, ou seja, de elasticidade infinita; ela é a curva de procura do mercado, já que concentra o atendimento de todo o mercado. Assim, se a única maneira de o vendedor em concorrência perfeita aumentar a sua receita é lançar maior quantidade no mercado, o vendedor monopolista não necessariamente terá essa conduta, ainda que também possa levar a sua produção até o ponto em que o custo marginal iguale o preço (NUSDEO, 2015).

O grau de poder de monopólio pode ser definido a partir de três elementos: a elasticidade da demanda de mercado, que limita o potencial de poder de monopólio, de modo que, quanto menor a elasticidade da demanda, maior será o poder de monopólio; o número de empresas atuando, pois quanto mais empresas entrarem no mercado menor será o poder de monopólio; e a interação entre as empresas, a fim de que, quanto mais agressiva for a competição entre as empresas com poder de monopólio, menor será o poder de monopólio (PINDYCK; RUBINFELD, 2006).

Fato é que, tal como no caso de concorrência perfeita, os exemplos de monopólio na sua forma pura são raros, mas a teoria do monopólio elucida o comportamento de empresas que se aproximam de condições de monopólio puro ou natural. Ter o poder de monopólio significa, de forma simples, o vendedor ter algum controle sobre o preço do produto (MIRANDA, 2011).

A fonte básica de monopólio puro ou natural é a presença de barreiras de entrada, das quais se destacam: as economias de escala, as patentes e a propriedade exclusiva de matéria-prima. Por economia de escala, entende-se a situação em que empresas novas tendem a entrar em mercados com níveis de produção menores do que empresas estabelecidas. A propriedade exclusiva de matéria-prima, por sua vez, protege as empresas contra a entrada de novas empresas (MIRANDA, 2011).

Na hipótese de monopólio puro ou natural, o produtor já instalado opera com grande planta industrial que lhe garante alta produtividade a um custo de produção consideravelmente baixo, que lhe permitirá vender seu produto a um preço reduzido, o que, invariavelmente, produz uma barreira natural para a entrada de novos concorrentes. O monopólio natural corresponde, na maioria das vezes, a uma atividade na qual os custos de produção fixos, representados sobretudo pela maquinaria, instalações e base territorial são desproporcionalmente elevados em relação aos variáveis, correspondentes principalmente a matérias-primas, energia e mão de obra:

Seus custos em regime de monopólio são assim inferiores àqueles que incorreriam várias empresas, individualmente, num mercado competitivo, pois a alta proporção dos custos fixos exige a produção em grande escala, e o mercado somente absorve a oferta de uma empresa naquele nível de produção. Seriam as próprias condições estruturais-

tecnológicas desses setores a impedirem a sua organização em regime de concorrência (NUSDEO, 2015, p. 219).

Este mesmo autor alerta que a existência de monopólios puros ou naturais exige a proteção dos consumidores contra os seus malefícios, o que gera, por consequência, a necessidade de regulação, de modo que diversos setores antes vistos como monopólios naturais passaram a ser considerados com algum grau de concorrência, passíveis de se organizarem por parâmetros de mercado. No Brasil, tal concorrência acompanhou uma característica própria, com a criação de agências reguladoras especiais, a exemplo da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL.

O monopólio exprime o regime em que se dá o direito ou a faculdade a uma pessoa ou a um estabelecimento para que, com exclusividade, produza e venda certas espécies de produtos. Dessa forma, o monopólio, que pode ser de direito ou de fato, visa a subtrair uma soma de negócios ou de operações ao regime da livre concorrência ou da lei da procura e da oferta. O monopólio diz-se de direito, quando é fundado em uma autorização legal. É de fato, quando resulta de circunstâncias de ordem econômica ou administrativa.

A par de todas essas definições, a reflexão que se faz é sobre suas consequências no direito antitruste. Salomão Filho (2013) ensina que são três as principais, sendo a primeira delas o chamado *dead-weight loss*, que ocorre quando a posição monopolista leva o agente a aumentar os preços, o que tem como consequência o fato de certo número de consumidores simplesmente deixem de consumir o produto, acrescida do custo de oportunidade daqueles consumidores que continuam a consumir o produto e que, para arcar com os preços supra-competitivos cobrados pelo monopolista, precisam deixar de consumir ou reduzir o consumo de outros produtos.

O segundo problema reside na destinação dos recursos transferidos, com preocupação voltada para o destino do faturamento extra obtido pelo monopolista em função de sua posição no mercado:

Pode-se presumir que grande parte deles é utilizada para corrupção de órgãos governamentais, financiamento de campanhas de políticos vinculados aos interesses do monopolista ou, mais genericamente, ao *lobbying* perante agências governamentais. Ou seja: é exatamente o faturamento extraordinário obtido pelo monopolista e o

sobrevalor objetivo representado por sua posição privilegiada no mercado que dão a dimensão política ao poder econômico no mercado (SALOMÃO FILHO, 2015, p. 192).

Em suma, o fato de, no Brasil, as empresas monopolistas não apresentarem lucros muito superiores aos das empresas competitivas pode ser explicado pelos altos custos para manter a posição monopolista.

O terceiro problema seria o desestímulo à inovação e à melhoria da eficiência decorrente da posição monopolística.

Há que se falar, ainda, do monopsonio, característica do mercado em que há um único comprador e vários potenciais vendedores para um determinado produto ou serviço no mercado (PINDYCK; RUBINFELD, 2006). A teoria microeconômica assume que a empresa monopsonista tem o poder de ditar as regras do jogo – como preços, condições, etc. – aos seus fornecedores, da mesma maneira que um fornecedor monopolista controla o mercado de venda, em que existe apenas um vendedor para muitos compradores.

Trata-se da recíproca do monopólio no campo da procura e a conduta do monopsonista será a de retardar suas compras tanto quanto possível, para forçar o fornecedor a entregar o produto a um preço mais baixo (NUSDEO, 2015).

Além disso, o monopsonista pode também reduzir o preço do produto adquirido por meio de uma redução da quantidade demandada, de modo que, em função da redução do preço do insumo adquirido, o custo médio do produto final do monopsonista reduz-se (SALOMÃO FILHO, 2015). Dessa forma, observa-se que o poder de monopsonio depende da elasticidade da oferta do mercado, que, quanto maior for, garantirá maior poder de monopsonio ao comprador.

O direito antitruste deve se preocupar com as empresas monopsonistas que também são monopolistas ou, pelo menos, com aquelas dotadas de certo grau de poder como vendedoras do produto final (SALOMÃO FILHO, 2015).

Quando há diversos compradores atuando no mercado, o poder de monopsonio depende de quão agressivamente competem entre si pelo suprimento. Um exemplo concreto desta situação é a Petrobras que, há anos, é a única empresa que investe na construção de refinarias no país, exercendo um poder monopsonial no mercado, não apenas referente à execução de obras, mas também de partes, peças e projetos para refinarias (PINDYCK; RUBINFELD, 2006).

O oligopólio, por sua vez, designa a situação do mercado dominada por reduzido número de produtores, cada qual bastante forte para influenciá-lo, mas não o suficiente para desprezar a concorrência. Trata-se, assim, de uma situação de mercado que ocorre nos países capitalistas onde existem poucos e grandes produtores de certa mercadoria ou serviço.

Pode caracterizar-se em um mercado em que haja um pequeno número de empresas, como a indústria automobilística ou em que haja um grande número de empresas, mas poucas dominam o mercado, como a indústria de bebidas.

O oligopólio tem como características principais: um pequeno número de produtores, geralmente de grande porte, que dominam parcelas substantivas do mercado, altos coeficientes de concentração e produto homogêneo ou diferenciado.

Em essência, um mercado oligopolista é aquele em que há poucos vendedores. Como resultado, as ações de qualquer vendedor do mercado podem ter grande impacto sobre os lucros de todos os outros. Ou seja, as empresas oligopolistas são interdependentes de uma forma que as empresas competitivas não são (MANKIWI, 2009, p. 349).

A característica de homogeneidade ou diferenciação do produto define se o oligopólio é puro ou diferenciado. Ele será considerado puro caso os concorrentes ofereçam um produto homogêneo, ou seja, substitutos perfeitos, como ocorre com a indústria de cimento, de alumínio, cobre e aço, dentre outras. Se os produtos não forem homogêneos, o oligopólio será considerado diferenciado, como ocorre na indústria automobilística e de cigarros, cujos produtos, embora semelhantes, não são idênticos.

Também são características do oligopólio a existência de dificuldades para novas empresas entrarem no mercado, o que favorece o seu surgimento, a interdependência mútua, com as empresas determinando seus preços com base nas estimativas de suas funções de demanda e o fato de levarem em consideração a reação de seus rivais, com uma elevada dose de incerteza.

O oligopólio forma-se principalmente nas atividades econômicas que exigem grandes investimentos ou aplicações de dinheiro. No Brasil, é o caso, por exemplo, do setor automobilístico²¹ (MIRANDA, 2011) e também do setor de cosméticos, da

²¹ A autora menciona que, no Brasil, o mercado de automóveis é dominado por apenas seis indústrias automobilísticas: Volkswagen, Fiat, General Motors, Ford, Honda e Toyota, excluídas desse rol as

indústria de papel, da indústria de bebidas, da indústria química e da indústria farmacêutica, entre outros.

Quando as empresas que constituem um oligopólio se reúnem por meio de acordo e decidem tirar o maior proveito para elas do mercado consumidor, formam, então, um cartel, obtendo maiores lucros, pois combinam o preço de venda ao consumidor ou controlam as fontes de matérias-primas, caso em que combinam entre si o preço que devem pagar ao vendedor do insumo ou dividem entre si o espaço territorial que cabe a cada uma para realizar seus negócios.

Há que se falar, por fim, da concorrência monopolística ou imperfeita, aquela que se situa no meio termo entre as hipóteses referenciais da concorrência perfeita e do monopólio puro e corresponde a um grande número de situações efetivamente encontradas na realidade dos mercados (PINDYCK; RUBINFELD, 2006).

Um mercado com essas peculiaridades tem uma maior aproximação da concorrência perfeita ou do monopólio puro. Por concorrência imperfeita, entenda-se o cenário no qual há um número grande de compradores e vendedores em que, como não estão atomizados nem atuam exclusivamente em função dos preços objetivamente fixados por um mercado único, a procura não é fluida, uma vez que determinados consumidores já estão propensos a certos fornecedores, seja em função da localização física, da preferência por marca específica, da publicidade ou qualquer que seja o motivo (NUSDEO, 2015).

Ensina, ainda, Nusdeo (2015, p. 216):

É interessante observar que quanto mais imperfeita for a concorrência, mais difícil se torna a interligação entre os compartimentos do mercado e, em cada um deles, os vendedores desfrutarão de uma posição muito próxima à de um monopolista. Daí ser o regime chamado também de concorrência monopolística, pois, em alguns casos, a possibilidade competitiva dentro de cada segmento torna-se muito remota.

Suas características principais são um elevado número de concorrentes, que dominam pequenas fatias de mercado (televisão, móveis, computadores, celulares, empresas de papel higiênico, empresas de pastas de dentes); produtos

indústrias de caminhões, ônibus e tratores. Além disso, salienta que outras atividades ou setores onde se verifica o oligopólio são as indústrias de lâmpadas elétricas, de lâminas de barbear, de cimento e de cigarros, entre outras.

diferenciados (monopólio), mas que são substitutos próximos; existência de livre entrada e saída de empresas, de modo que, da mesma forma que no mercado de concorrência perfeita, não existem barreiras legais ou qualquer outro tipo de impedimento à livre entrada e saída do mercado.

Em outras palavras, na competição monopolística, o mercado caracteriza-se por ser o espaço no qual as empresas podem entrar livremente, cada uma produzindo a própria marca ou uma versão de um produto diferenciado. Um mercado monopolisticamente competitivo é semelhante ao mercado perfeitamente competitivo em dois aspectos: há muitas empresas e a entrada de novas empresas não é limitada. Entretanto, ele difere do mercado da competição perfeita pelo fato de os produtos serem diferenciados, pois cada empresa vende uma marca ou versão de um produto que difere em termos de qualidade ou aparência, estando o grau de poder de monopólio que a empresa exerce diretamente ligado ao seu sucesso na diferenciação de seu produto em relação ao das demais empresas.

Um ponto relevante sobre o assunto é a determinação da existência de posição dominante de uma empresa, pois não há métodos de interpretação jurídicos ou fórmulas matemáticas que levem a uma conclusão definitiva sobre a sua existência em determinado mercado (FORGIONI, 2016, p. 280). A orientação é que seja adotada, como critério para essa determinação, a delimitação do mercado a que se refere para, posteriormente, analisar-se a sua estrutura.

Na análise da estrutura, deve ser observado se a empresa detém parcela substancial do mercado, pois isso implica dizer que possui também poder econômico tal que lhe permite atuação independente e indiferente. A ausência de concorrência potencial em mercados concentrados pode ser compreendida como um dos principais indicadores da posição dominante.

Outros pontos que devem ser analisados são o comportamento de dependência dos consumidores e fornecedores, a potência econômica da empresa, a estrutura avançada da empresa, o domínio de tecnologia, o grau de crescimento do setor e o aspecto temporal – uma vez que a superioridade de uma empresa pode ser meramente esporádica, não assegurando qualquer independência de comportamento.

Por fim, há a vantagem da “primeira jogada”, situação em que o agente econômico, em razão de adotar certo comportamento antes dos demais, adquire elevado grau de poder econômico, marcado, substancialmente, pelo fato de essa

atuação trazer consigo aumento significativo das barreiras à entrada e ao desenvolvimento das empresas, elevando seus custos. Assim, ganha imediatamente consumidores cativos por se antecipar em algum ponto relevante ou, também, o domínio dos canais de distribuição. De todo modo, é necessária também a conjugação desses indicativos, que não são exaustivos, concluindo-se que a análise para a determinação do grau de poder do agente repousa na concorrência que enfrenta e no impacto, sobre o seu comportamento, do grau de competição a que se sujeita (FORGIONI, 2016).

O que se observa ao refletir sobre todos esses conceitos que regem o mercado de concorrência é que as empresas detentoras do poder econômico – em posição dominante – são capazes de causar verdadeiros desastres a médio e a longo prazos (FORGIONI, 2015), pois não se deve negar que a garantia do acesso aos canais de distribuição implica a efetiva proteção da liberdade de concorrer e do bem-estar social.

A repressão ao abuso da posição dominante permeia o direito antitruste, sendo também o fundamento da disciplina dos acordos e das concentrações entre os agentes econômicos. Os danos causados pelo abuso da posição dominante reforçam a necessidade de um modelo de defesa da concorrência firme, coeso e eficaz, que espraie a falta de crença na harmonia e na autorregulação do mercado.

Se, como será aprofundado no próximo tópico, o objetivo da livre concorrência é a preservação do processo de competição e não os seus competidores, e o processo de competição, em um modelo concorrencial, é o que possibilita a repartição ótima dos bens dentro da sociedade, contribuindo para a justiça social, isso não significa que a concorrência não deva ser sopesada com outros interesses, como a defesa do meio ambiente, a manutenção dos empregos e o desenvolvimento sustentável; embora por vezes excludentes entre si, todos esses interesses devem ser ponderados a fim de que o bem-estar social seja atingido.

Dessa forma, como nem todas as formas de competição são lícitas e benéficas à concorrência, torna-se necessário que o Estado atue de modo a preservar o ambiente concorrencial saudável, coibindo e impedindo a prática de condutas anti-competitivas por parte dos agentes econômicos, limitando a livre iniciativa desses agentes, com fundamento no princípio da livre concorrência, fornecedor da base jurídica para impedir que as prerrogativas de liberdade de iniciativa sejam desvirtuadas.

Mais do que isso, se a concorrência é maléfica à sociedade, surge ao Estado o dever de regular o mercado, a fim de equilibrar as condições de disputa e devolver ao cidadão consumidor a garantia de acesso a um produto de boa qualidade a preço justo.

Analisado o mercado de concorrência, resta claro que o antitruste é capaz de auxiliar o desenvolvimento do país, razão pela qual devem ser delineados os objetivos a serem perseguidos pela disciplina da concorrência entre os agentes econômicos, a fim de que a teoria, de fato, seja instrumento a melhorar o funcionamento do mercado brasileiro e a catalisar o desenvolvimento nacional.

O estudo da defesa da concorrência, que leva a uma imersão na Constituição Federal de 1988 e na Lei n. 12.529/2011 – que são, em nosso ordenamento jurídico, os instrumentos para coibir os abusos do poder econômico e qualquer outra conduta antitruste – exige um olhar atento à evolução do direito concorrencial no país e à estrutura estatal desenvolvida para este objetivo, que se passa a apresentar.

2.2. A DEFESA DA CONCORRÊNCIA E A CARTELIZAÇÃO

Embora as constituições liberais dos séculos XVIII e XIX também contivessem preceitos de conteúdo econômico, como a garantia da propriedade ou da liberdade da indústria, a ideia de constituição econômica é, sobretudo, um debate do século XX.

De fato, as constituições do século XX não representam mais a composição pacífica do que já existe, mas lidam com conteúdos políticos e com a legitimidade, em um processo contínuo de busca, de realização de seus conteúdos e de compromisso aberto de renovação democrática.

A diferença essencial que marca o debate sobre as constituições econômicas é o fato de que elas não pretendem mais manter a estrutura econômica existente; querem, ao contrário, alterá-la. Passam a positivar tarefas e políticas a serem realizadas no domínio econômico e social para alcançar certos objetivos, de modo que, nesse sentido, a ordem econômica dessas constituições é programática.

A constituição econômica que conhecemos surge quando a estrutura econômica se revela problemática, quando cai a crença na harmonia pré-estabelecida do mercado. A constituição econômica quer uma nova ordem econômica, quer

alterar a ordem econômica existente, rejeitando o mito da auto-regulação do mercado (BERCOVICI, 2010, p. 397).

Bercovici (2010) relata que, ainda que a primeira constituição econômica tenha sido a Constituição do México, de 1917, o principal debate se deu em torno da constituição alemã de 1919, a Constituição de Weimar, que tinha por fundamento a busca de um compromisso com uma estrutura política pluralista.

A constituição de Weimar, como praticamente todas as constituições democráticas posteriores do século XX²², incorporou ao seu texto os conflitos econômicos e sociais, chamando formalmente a atenção sobre estas questões e determinando a necessidade de se encontrar soluções constitucionalmente adequadas.

Essas constituições passaram a exibir, em capítulos específicos ou de maneira esparsa, um conjunto organizado de dispositivos com caráter nitidamente econômico, que tornam possível afirmar que elas são, de fato, uma constituição econômica, pois há a definição e o delineamento do seu sistema econômico, cujo escopo básico consistia em assegurar a viabilidade jurídica de um novo sistema econômico que pretendia realizar “uma síntese entre a tese liberal individualista e a antítese coletivista centralizadora” (NUSDEO, 2015a).

A ordem constitucional econômica estabelece-se, nesse sentido, com a feição jurídica de um sistema econômico que pode ser conceituado como o conjunto orgânico de normas e instituições destinadas a permitir à comunidade jurídica um processo decisório, coerente e consistente para a racional administração da escassez (NUSDEO, 2015a).

No Brasil, a Constituição do Império de 1824 já continha algumas previsões sobre o assunto²³, como as relativas à presença da intervenção estatal no âmbito da tributação (PEREIRA; CARNEIRO, 2015).

Entretanto, ainda que fosse o primeiro diploma legal de um país que se tornara independente e tivesse a marca de institucionalização de um Estado que nascia juridicamente por seu intermédio, continuava a ser caracterizada por traços

²² Destacam-se a italiana de 1947 (art. 38 a 47), a indiana de 1950, as espanholas de 1931 e 1978 (art. 128 a 136), a francesa de 1946, a argentina de 1949, a portuguesa de 1976 e as brasileiras de 1934, 1946 e 1988.

²³ São exemplos o art. 179 (firmado em princípios do liberalismo capitalista, garantia à inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos brasileiros) ou o art. 7, 20 (que trazia na figura da indenização o zelo pela propriedade privada).

da monarquia, que deixava resquícios de elementos vindos da estrutura jurídica e social anterior (SOUZA, 2002).

Mesmo sem muitos avanços, no texto constitucional de 1891, a primeira constituição da República, a intervenção na ordem econômica continuou fazendo-se presente²⁴, ainda que como mera estratégia mercadológica e econômica do país para se manter em evidência na produção e na comercialização do café.

O diploma constitucional seguinte, de 1934, de vigência breve, pois substituído em 1937, trouxe expressamente um capítulo, que compreendia os arts. 135 a 155, dedicado à ordem econômica, instituindo, assim, o constitucionalismo econômico legalmente e registrando importantes avanços jurídicos, sociais e políticos:

Temos, portanto, o sentido de 'liberdade econômica' diferenciado de 'liberdade' em geral, que nas Constituições liberais era assegurado sem restrições. Nelas ficaram configurados, portanto, os princípios do liberalismo capitalista, enquanto nas posteriores o seu condicionamento se fez ligado à 'existência digna', em visão social mais ampla. Valorizando a liberdade individual que os dispositivos liberais consideravam uma sequência natural do funcionamento social, adicionava-lhe a conotação econômica em sede de cogitação constitucional, para que jamais pudesse vir a ser comprometida por falta de embasamento (SOUZA, 2002, p. 114-115).

A Carta de 1937, por sua vez, regrediu nesses aspectos, mostrando uma característica centralizadora marcante e, em grande parte, sequer chegou a ser posta em prática, usando de uma metodologia própria para o adiamento das partes que convinham ao governo, a exemplo do artigo 187, que determinava sua imediata entrada em vigor e anunciava um plebiscito nacional a ser regulado em decreto da Presidência da República, que nunca ocorreu (SOUZA, 2002).

As Constituições seguintes, de 1946 e 1967, restabeleceram preceitos liberais, influenciadas pelo governo popular, e trouxeram uma nova visão para a ordem econômica, pautada no princípio da justiça social, conciliado com a liberdade de iniciativa e a valorização do trabalho humano. Essas duas últimas Constituições, utilizaram, no artigo que primeiro trata da ordem econômica (art. 155), os princípios que sintetizaram o espírito do texto: a liberdade de iniciativa, a valorização do

²⁴ O seu art. 72 é emblemático, por manter a ideologia liberal capitalista na inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade.

trabalho como condição da dignidade humana, a função social da propriedade, a harmonia e a solidariedade entre os fatores da produção e a liberdade de iniciativa.

Mas foi apenas na Constituição de 1988, encerrado o ciclo do domínio militar, que a Ordem Econômica e Financeira ganhou destaque, revelando a relação entre Direito e Economia, com a finalidade de resguardar o bem comum em detrimento de qualquer interesse individual.

A Carta de 1988, por sua vez, dividiu o Título VII em capítulos nos quais buscou agrupar os artigos referentes a cada tema específico, uma inovação que conduz à revisão do tratamento, inclusive, da estrutura geral, pois temas antes dispersos passaram a se entrosar melhor, reunidos em grupos harmônicos, ficando mais visível o tratamento hierárquico de muitos deles.

A Constituição brasileira de 1988²⁵ tem a livre concorrência como um dos princípios gerais da ordem econômica, ao mesmo tempo em que possibilita a intervenção estatal, bem como não deixa dúvidas quanto ao fato de a concorrência ser, no Brasil, meio para o alcance de outro bem, a saber, assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Nos artigos 170 e seguintes da Constituição, encontram-se reunidos, majoritariamente, os princípios constitucionais edificadores da ordem econômica. O regime concorrencial promove o desenvolvimento econômico ao estimular a eficiência sob a forma de inovações e mudanças tecnológicas, pois os agentes econômicos, com o intuito de vencer a concorrência, alocam seus recursos para a produção mais eficiente possível de bens de maior valor agregado e que aumentem o bem-estar dos consumidores, pelos menores preços (BUCHAIN, 2015).

O que precisa ser compreendido é que, mais do que objetivar apenas a implementação da eficiência, seja ela alocativa, produtiva ou dinâmica, a grande questão é criar e preservar um ambiente de mercado no qual as empresas tenham incentivo para competir, inovar e satisfazer as demandas dos consumidores, proteger o processo competitivo e proteger os mercados dos agentes com poder econômico elevado (FORGIONI, 2016).

Não se deve eleger a eficiência ou qualquer critério econômico e puramente consequencialista como o único escopo do direito da concorrência, porque, além das

²⁵ 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.

premissas desse raciocínio serem simplificadas e parciais, os pontos-chave de tal abordagem ainda são polêmicos, pois os conceitos mais aceitos de eficiência estão ainda sujeitos a inúmeras dúvidas quanto a serem identificados, satisfatoriamente, com o bem-estar do consumidor (FRAZÃO, 2017).

Entretanto, as limitações da visão estritamente econômica não podem levar a outro tipo de reducionismo, que coloca o direito da concorrência na posição de instrumento flexível de política econômica, seja pelo legislador ou pela autoridade antitruste, uma vez que as relações de poder devem ser exercidas em conformidade com os direitos fundamentais e os demais princípios constitucionais, mas nunca sujeitas a meras condições de custo-benefício:

Dessa maneira, tem-se que, por imposição constitucional, o Direito da Concorrência não pode ser um mero instrumento de defesa de mercados ou de eficiência econômica – qualquer que seja o sentido que se atribua a tais expressões –, assim como não pode ser instrumento flexível de implementação de qualquer tipo de política econômica, totalmente isolado e alheio aos demais princípios da ordem econômica (FRAZÃO, 2017, p. 47).

Logo, a concorrência deve ser um instrumento para a realização de diversos fins constitucionais, mas não pode ser definida apenas por questões econômicas ou políticas, devendo também considerar pontos essencialmente jurídicos, como o de possibilitar o equilíbrio entre as liberdades dos diversos agentes econômicos, dos consumidores e, inclusive, dos que estão afastados do mercado.

A defesa da concorrência no Brasil encontra embasamento específico no § 4º do artigo 173 da CF/88, que prevê a repressão ao abuso do poder econômico que vise à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, nos termos da lei. A Lei n. 12.529/2011 é que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), cujo modelo institucional contempla, no âmbito do Ministério da Justiça, o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) e no Ministério da Fazenda, a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE).

O SBDC atua na prevenção e na repressão às infrações contra a ordem econômica, tanto no controle de concentrações nas diferentes estruturas de mercado, via a apreciação de fusões, aquisições e incorporações de empresas e a

repressão a condutas anticoncorrenciais, quanto na repressão às chamadas infrações da ordem econômica (SICSÚ; MELO, 2007).

Ao CADE, autarquia federal, com sede e foro no Distrito Federal, compete zelar pela observância da lei e de seu regulamento, emitir decisão sobre a existência de infração à ordem econômica, aprovar os atos de concentração submetidos ao sistema e, embora seja um Tribunal Administrativo, aplicar penalidades previstas na lei. No âmbito do Poder Executivo, é responsável pela prevenção e pela repressão aos abusos à livre concorrência, mas deve atuar também preventivamente, adotando medidas de caráter educacional e pedagógico, bem como incentivando pesquisas acadêmicas.

Assim, observa-se que o CADE possui função preventiva, repressiva e educacional ou pedagógica. Preventiva, porque analisa e posteriormente decide sobre as fusões, aquisições de controle, incorporações e outros atos de concentração econômica entre grandes empresas que possam colocar em risco a livre concorrência. É repressiva no sentido de investigar, em todo o território nacional e, posteriormente, julgar cartéis e outras condutas nocivas à livre concorrência. E, por fim, tem função educacional porque instrui o público em geral sobre as diversas condutas que podem prejudicar a livre concorrência, e incentiva e estimula estudos e pesquisas acadêmicas sobre o tema.

O CADE é constituído por três órgãos: o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, a Superintendência-Geral e o Departamento de Estudos Econômicos. Este último emite pareceres e realiza estudos econômicos visando a subsidiar a atuação do órgão.

A Superintendência-Geral, por sua vez, tem, dentre as suas competências, a apuração e a investigação de infrações à ordem econômica; a instrução das análises dos atos de concentração econômica; a requisição de informações e documentos de quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas; a realização de inspeção na sede social de empresa investigada, bem como acesso a equipamentos e papeis; a requisição ao Poder Judiciário de busca e apreensão de documentos; e, ainda, a requisição de vista e cópia de documentos e objetos constantes de inquéritos e processos administrativos (art. 13 da Lei 12.529/2011).

Ao Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, órgão julgante, compete o julgamento das condutas dos agentes econômicos, determinando se constituem ou não infrações à ordem econômica, bem como a imposição de multas e demais

penalidades previstas em lei; a apreciação de atos de concentração econômica, aprovando-os, rejeitando-os ou aprovando-os com restrições; a aprovação dos termos de compromisso de cessação, mediante os quais os agentes econômicos se obrigam a abandonar práticas suspeitas; a aprovação dos termos de acordos em controle de concentrações, visando a garantir que as operações aprovadas efetivamente tragam os benefícios econômicos esperados; a apreciação, em grau de recurso, das medidas preventivas adotadas pelos conselheiros ou pela Superintendência-Geral e, por fim, a resposta de consultas sobre condutas de práticas em andamento (art. 9 da Lei n. 12.529/2011).

Ao Departamento de Estudos Econômicos compete elaborar estudos e pareceres econômicos, acompanhar os mercados e investigar práticas anticompetitivas, bem como realizar a análise econômica dos atos de concentração apresentados, do ponto de vista dos impactos sobre a concorrência, por meio da verificação dos custos e dos benefícios (art. 17 da Lei n. 12.529/2011).

O outro órgão integrante do SBDC, a saber, a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) estabelece os pressupostos do mercado perfeito, quais sejam, a inexistência de informação assimétrica entre consumidores e produtores, a inexistência de economias de escala de longo prazo, a maximização de sua própria utilidade pelos consumidores e de seu próprio lucro pelos produtores, a atuação de produtores como tomadores de preço e, por fim, que os preços correspondam ao custo marginal de produção (BRASIL, 2014).

Forgioni (2016, p. 128) ressalta que, nos últimos 15 anos, muito tem sido feito pelo antitruste no Brasil, mas que muito ainda precisa ser feito, como a necessidade de dotar-se o CADE de recursos materiais suficientes para enfrentar a demanda gerada pelo Brasil, que possui mercado em ampla expansão:

Espera-se que nos próximos anos, o CADE passe a efetivamente coibir abusos de posição dominante e outras práticas bastante lesivas aos consumidores e à fluência de relações econômicas, deixando de se preocupar quase que exclusivamente com atos de concentração – que muito raramente apresentam problemas concorrenciais relevantes. Nos últimos anos, grande parte da energia e dos recursos públicos direcionou-se à análise de atos de concentração e não de processos administrativos que investigavam condutas abusivas, frustrando aqueles que esperavam atuação mais

forte para conter as práticas predatórias de empresas em posição dominante.

Observe-se que a livre concorrência é um princípio fundante da ordem jurídica nacional, estabelecido expressamente no texto constitucional e efetivado por meio de um sistema estatal organizado, o que permite afirmar que as condutas antitrustes são uma preocupação concreta do Estado brasileiro.

Apesar de combinações horizontais entre concorrentes serem inerentes ao capitalismo, o Estado apenas passou a atentar para a situação no final do século XIX, nos Estados Unidos, com motivações distintas daquelas que hoje balizam a regulação antitruste.

A partir de então, a preocupação com a defesa da concorrência foi ganhando força, gradativamente, nos países mais desenvolvidos, apesar da descontinuidade de justificativas teórico-econômicas. Tanto os argumentos da teoria econômica, quanto a legislação jurídica, são construções provenientes do desenrolar histórico e institucional.

Um dos aspectos mais relevantes da defesa da concorrência é, exatamente, o combate aos cartéis, em especial, aos formados em licitações públicas.

As primeiras demandas por condenação de acordos horizontais entre empresas ocorreram no final do século XIX nos setores industriais norte-americanos. Ensina Colacino que (2016, p. 11):

Além disso, a onda de liberalização incentivou as fusões e aquisições via compra de ações no mercado financeiro. O resultado poderia ser visto não apenas pela formação de empresas gigantes, mas também pela virtual guerra de preços estabelecidas nos setores oligopolizados e pela conseqüente instabilidade macroeconômica. A combinação desses fatores, fruto da contingência histórica americana, e também europeia, gerou incentivos para a formação dos primeiros acordos entre grandes firmas.

Naturalmente, as grandes firmas oligopolizadas formaram os chamados *trusts*, acordos horizontais que visavam, pelo menos em um primeiro momento, a estabilidade do mercado.

Esses acordos, ou ilícitos antitrustes, são descritos pela legislação brasileira – leia-se Lei n. 12.529/2011 – em três etapas, a começar pelo art. 36, *caput*, que trata das características gerais de tais ilícitos, passa pelos seus incisos, que consagram

os efeitos anticoncorrenciais e pelo § 3º, que exemplifica as condutas proibidas, conforme será detalhado mais adiante.

O que se observa é que a preocupação do direito da concorrência é com condutas ou estruturas que possam afetar o mercado como um todo, de modo que, presente este pressuposto, a ausência do critério da posição dominante não será suficiente para impedir a configuração da infração antitruste.

É o caso, por exemplo, dos cartéis, quando a comprovação específica da posição dominante pode ser dispensada, a partir da premissa de que faz parte da própria racionalidade da conduta que seus participantes possam, de alguma maneira, influenciar o mercado em que atuam (FRAZÃO, 2017).

Dentre essas condutas abusivas e com as suas peculiaridades, o cartel é objeto específico desse estudo, essencial para que se possa compreender e analisar o cartel de Belo Monte, razão pela qual se passa a estudá-lo mais criteriosamente, destacando sua posição dentro das condutas antitrustes, mas com enfoque particular sobre os pontos que lhe são peculiares.

Os países e seus órgãos de controle da concorrência ao redor do mundo têm consciência da importância do combate a ilícitos concorrenciais, especialmente os cartéis, devido a seus efeitos perniciosos, pois, além de serem as condutas antitrustes mais comumente verificadas na prática, são as que causam uma maior lesão à concorrência.

Essa constatação deriva da ausência de efeitos pró-competitivos e da lesividade patente da conduta. Diferentemente do que ocorre em outras práticas empresariais, os acordos entre concorrentes voltados exclusivamente à elevação de preços não geram quaisquer benefícios sociais, servindo apenas para que os agentes econômicos se apropriem ilicitamente da renda dos consumidores:

Isto é, enquanto quase todas as condutas submetidas ao escrutínio antitruste podem gerar diferentes benefícios sociais, tais como ganhos de eficiência empresarial, aumento de facilidades ao consumidor ou redução temporária de preços, não se vislumbram possíveis aspectos positivos oriundos de uma situação em que concorrentes se associam de forma organizada e duradoura para fixar os preços ou dividir mercados (FRAZÃO, 2017, p. 440).

Logo, a formação de cartéis não gera eficiência econômica, não aumenta os incentivos para a inovação, não cria benefícios para os consumidores ou qualquer outra forma de bem-estar social. Os cartéis não possuem nenhum propósito econômico legítimo e têm a única função de expropriar os consumidores dos benefícios trazidos pelo bom funcionamento de um mercado competitivo. Para ilustrar a questão, pode-se dizer que o espírito dos cartéis é a definição do consumidor como inimigo, ou seja, como o elemento responsável por forçar as empresas a competir, enquanto que o concorrente é visto como amigo²⁶.

Os cartéis, segundo a Secretaria de Acompanhamento Econômico (BRASIL, 2014), podem ser definidos como acordos, ajustes ou troca de informações sobre variáveis que se mostrem comercialmente sensíveis e relevantes entre os concorrentes com o objetivo de alterar, de modo artificial, as condições de mercado com relação a bens ou serviços, restringindo ou eliminando a concorrência.

Os cartéis caracterizam-se, essencialmente, pela fixação de preços ou de condições de venda, pela limitação da capacidade produtiva ou distributiva ou pela divisão de mercados ou de fontes de abastecimento.

Gaban e Domingues (2016) definem o cartel como a restrição ou a eliminação da concorrência entre um conjunto de empresas, com o fim de alcançar lucros ainda maiores. Apresentam-no como um acordo empresarial cujo objetivo é a elevação dos preços ao comprador ou a redução maior possível dos preços dos vendedores de insumos, sempre por meio da redução da concorrência.

Esses autores também ressaltam o efeito direto dos cartéis sobre o bem-estar econômico, pois, ao elevarem compulsoriamente os preços ao comprador ou ao reduzirem compulsoriamente o preço dos vendedores, transferem renda da sociedade para os seus integrantes, criando uma situação que se assemelha ao monopólio:

O cartel, reduzindo a concorrência entre as empresas, acaba reduzindo também a pressão para melhorar a qualidade dos produtos, os custos de produção, e a introdução de inovações. Via de consequência, o cartel é considerado como infração à

²⁶ Esta frase ficou célebre ao ser proferida em reunião por um alto executivo de empresa que confessou participação no cartel das lisinas: “*Our competitors are our friends; our customers are the enemy*”, na década de 1990, pelo qual cinco empresas fabricantes da lisina, um aminoácido usado na alimentação animal, formaram um cartel internacional, conforme delatado pelo funcionário de uma delas, tendo cooperado com autoridades do Departamento de Justiça dos Estados Unidos e recebido, por consequência, imunidade criminal no contexto do acordo de leniência (BRASIL, 2014, p. 7).

ordem econômica em todos os países que aplicam as leis de defesa da concorrência (GABAN; DOMINGUES, 2009, p. 167).

Ora, se os cartéis são acordos entre agentes econômicos reconhecidos como tentativas de reproduzir a prática monopolista de manipular preços para níveis acima dos competitivos, a conduta cartelizada implica naquilo que a ciência econômica denomina de má alocação de recursos e redução do bem-estar econômico, práticas condenadas pela maioria dos estudiosos da política da concorrência (BUCHAIN, 2015).

Nesse sentido, claramente seu impacto sobre a ordem concorrencial é mais nocivo do que aquele causado por restrições verticais ou por acordos entre concorrentes que visem fins pró-competitivos. Isso justifica, inclusive, a tipificação penal da conduta pela Lei n. 12.529/2011, ainda que grande parte das previsões relativas a crimes contra a ordem econômica (Lei n. 8.137/90) tenha sido revogada pela lei antitruste (FRAZÃO, 2017).

A Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE)²⁷, em 1998, aprovou uma recomendação relativa à ação contra os cartéis, orientando os países-membros a se certificarem de que suas leis de concorrência sejam aptas a dissuadir cartéis, prevejam procedimentos adequados e que haja instituições hábeis a os detectar e punir.

Esta recomendação, a primeira declaração de consenso internacional sobre a necessidade de combate aos cartéis, é um marco no reconhecimento da natureza prejudicial dessas práticas e busca influenciar diversos países a assumirem o compromisso de reprimir os danos que podem causar.

A definição nuclear de um cartel, constante da recomendação da OCDE, reúne os seguintes requisitos: é um acordo anticoncorrencial, marcado por práticas anticompetitivas; ou arranjo anticoncorrencial firmado entre concorrentes para fixar preços, fazer propostas manipuladas (propostas de colusão), estabelecer restrições

²⁷ Fundada em 1961, a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) constitui foro composto por 35 países, dedicado à promoção de padrões convergentes em vários temas, como questões econômicas, financeiras, comerciais, sociais e ambientais. Suas reuniões e debates permitem troca de experiências e coordenação de políticas em áreas diversas da atuação governamental, tendo por objetivo estimular o comércio e o progresso econômico (Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/busca-geral/480-gabinete-do-ministro-1578890832/assessoria-internacional-1377578466/20746-organizacao-para-a-cooperacao-e-desenvolvimento-economico-ocde>. Acesso em: 27 jul. 2018).

de saída ou contingentes, compartilhar ou dividir mercados alocando os clientes, fornecedores, territórios ou linhas de comércio (OCDE, 2010).

A recomendação foi resultado de extensa negociação e precisa elaboração de intenção, que buscou uma opinião de consenso, razão pela qual reflete algumas das dificuldades em delinear e definir o chamado “núcleo duro” da conduta de cartel nas diversas legislações dos países-membros.

A *International Competition Network* (ICN, 2005) reuniu instituições de dezoito países, incluindo o Brasil, para formatar uma definição do que seria o “núcleo duro”, ou seja, os elementos legais básicos caracterizadores do núcleo central de cartel, nas diversas legislações dos países pesquisados, tendo constatado que três elementos eram os mais frequentes: “um acordo”, “entre os concorrentes” e “para restringir a concorrência”.

Além disso, foi constatado que o acordo para a formação de um cartel não precisa ser formal ou escrito e que há quatro tipos de conduta mais comuns, a saber, a fixação de preços, as restrições de saída, a alocação de mercado e a oferta de aparelhamento, que podem assumir muitas formas.

Segundo o ICN (2005), entende-se por fixação de preços qualquer acordo entre os concorrentes cujo objetivo seja aumentar, corrigir ou manter o preço de um produto ou serviço, o que inclui acordos para estabelecer um preço mínimo, eliminar descontos ou, ainda, adotar uma fórmula-padrão para calcular preços.

As restrições de saída são acordos sobre os volumes de produção, os volumes de vendas ou as porcentagens de crescimento do mercado.

Por alocação de mercado, compreendem-se os acordos em que concorrentes dividem os mercados entre si, ou seja, quando empresas concorrentes concordam em restringir ou eliminar a concorrência em negócios específicos, seja uma venda, um contrato ou um projeto.

Também merecem destaque, nesse contexto, as definições informais, o que implica dizer que embora as legislações trabalhem com uma definição formal para cartéis, as agências antitrustes possuem outros meios, além da linguagem legal, para explicar a sua missão e objetivos. Segundo o ICN (2012), esses meios incluem a execução de decisões, discursos, orientações ou publicações informativas e guias de política, o que aproxima os cidadãos da realidade antitruste, por meio de uma linguagem mais simplificada ou menos legalista.

A intenção da OCDE foi constatar as diferenças entre as leis de diversos países e formar um compêndio a partir dos diferentes padrões das legislações de combate aos cartéis dentre os países-membros, mas cada país deve implementar e aplicar sua própria legislação.

Assim, a recomendação salienta que a definição geral não deve incluir acordos, práticas concertadas ou arranjos que sejam razoavelmente relacionados à realização legal de eficiências de redução de custos ou melhoria de saída, que sejam excluídos diretamente ou indiretamente da cobertura de leis de um membro do próprio país ou que sejam autorizadas em conformidade com essas leis, ressalvado que tais exclusões e autorizações devem ser transparentes e revistas periodicamente para se avaliar se permanecem necessárias.

Ademais, o que se observa é que o combate aos cartéis é dificultado pelo fato de não haver um acordo geral sobre os elementos básicos que constituem o seu “núcleo duro”, o que dificulta a promulgação, a implementação e a aplicação de uma única lei antitruste (ICN, 2005).

Um dos desafios para a elaboração primária de uma lei é que se deve identificar as formas específicas de conduta concertada, ou seja, consagrar-se uma lista de exemplos de tipos de condutas proibidas na lei.

Algumas jurisdições preferem ter uma lei geral que apenas declare a proibição de acordos, deixando a identificação de conduta específica que viola a proibição para o momento de sua aplicação. Assim, a jurisprudência acaba por se encarregar de definir categorias de conduta que são repetidamente condenadas nos termos da lei, fornecendo orientações práticas para o público, mesmo que não haja nenhuma definição legal ou formal precisa de conduta de cartel. Além disso, as autoridades fornecem orientação pública através de discursos e publicações. Esta abordagem reconhece que o comportamento não deve ser tolerado e permite a flexibilidade e o desenvolvimento na análise de execução.

Outras jurisdições preferem leis mais detalhadas, com uma proibição ampla e uma lista de ações do que deve ser considerado como violação. Essa abordagem fornece uma grande quantidade de transparência na lei, por meio de um rol exemplificativo que identifica práticas proibidas. Cabe destacar que é essa a abordagem da Lei antitruste brasileira (Lei n. 12.529/2011), em seu artigo 36, *caput* e § 3º, como já mencionado aqui, ao se apresentar a descrição da ação anticompetitiva.

Outro ponto que merece ser destacado é a existência de algumas isenções nas leis, o que implica dizer que algumas jurisdições têm pontos específicos de isenção para certos acordos de negociação coletiva, cooperativas agrícolas, pesquisa e atividades de desenvolvimento e, em determinadas circunstâncias, pequenas ou médias empresas.

Tais isenções são baseadas em objetivos de política interna que diferem entre as jurisdições e, às vezes, refletem condições históricas. Embora a recomendação da OCDE afirme que os membros podem excluir certas indústrias ou atividades de aplicação da luta contra os cartéis, ressalta a necessidade de que esses dispositivos sejam transparentes e não mais flexíveis do que o necessário.

Há que se destacar, ainda, que as legislações que tratam de proibição de acordos anticoncorrenciais costumam ser aplicadas às condutas horizontais proibidas entre concorrentes e a condutas verticais proibidas entre empresas em diferentes níveis de distribuição. Além disso, em algumas jurisdições, as condutas listadas como proibidas são especificamente cabíveis quando se referem à fixação horizontal de preços ou à alocação horizontal de mercado entre concorrentes.

Observa-se um tratamento mais permissivo quando se trata de arranjos anticoncorrenciais verticais, o que é justificado pelo fato de as agências de controle de conduta antitruste dos mais diversos países possuírem informações concretas sobre os objetivos pró-concorrenciais de muitos arranjos verticais (ICN, 2005), daí não haver consenso para incluir a conduta vertical na categoria de conduta nuclear de cartel, ou seja, na definição do “núcleo duro” de cartel.

Outro desafio para a aplicação do antitruste é definir se a conduta de cartel deve ser considerada *per se* como ilegal ou se deve ser analisada por um teste de efeitos, aplicando-se a chamada regra da razão (*rule of reason*), consoante a qual somente são consideradas ilegais as práticas que restrinjam a concorrência de forma não razoável e que é adotada no artigo 88, § 6º, da Lei n. 12.529/2011.

Para alguns países, a conduta de cartel é ilegal simplesmente devido ao seu efeito pernicioso sobre a concorrência e por se traduzir, *per se*, em desrespeito às regras harmônicas do direito econômico, de modo que a sua ocorrência não requer a prova de dano à concorrência e não permite que as partes reivindicuem uma justificativa de eficiência. Certos acordos são presumidos como ilegais, sem que as empresas possam demonstrar a razoabilidade alegada ou a necessidade da conduta desafiada.

Entretanto, em outros países, vários testes são usados para analisar a conduta do “núcleo duro” do cartel. Mais do que apenas demonstrar que condutas específicas ocorreram, tais testes exigem que certo efeito seja mostrado ou que não haja uma justificativa de eficiência ou de melhoria tecnológica que conduza ao afastamento excepcional da regra anti-cartelização. É o caso da legislação brasileira, que aplica a regra da razão no artigo 88, § 6º e que excepciona dos seus impactos a conquista de mercado em decorrência de maior eficiência (art. 36, § 1º).

Por fim, o que deve ficar claro é que, no que diz respeito aos elementos-chave de um cartel, é importante que as autoridades antitruste mantenham a unidade do discurso. Existe um consenso generalizado entre jurisdições de que a essência da conduta do “núcleo duro” do cartel é que o consumidor acredita que ele ou ela está fazendo uma compra em um competitivo mercado quando, na realidade, conspiradores secretamente acordaram não competir.

Assim, em processos nos quais fique comprovado que os concorrentes realizaram um conluio organizado com o objetivo de elevar preços em detrimento do consumidor, é desnecessária a análise de outros elementos, como o mercado relevante afetado, a participação de mercado detida pelos agentes investigados e a existência ou não de barreiras de entrada, uma vez que a potencialidade lesiva da conduta sobre a ordem concorrencial decorre diretamente das provas da materialidade do conluio organizado de preços (FRAZÃO, 2017).

Também há acordo generalizado de que esse deve ser um assunto prioritário, vez que os cartéis constituem a mais flagrante violação do direito da concorrência, por meio do aumento dos preços, o que faz restringir a oferta, reduzir a inovação e pode levar a mercados artificialmente concentrados, bem como ao desperdício e à ineficiência.

Na concepção da legislação brasileira, os cartéis estão associados a três tipos de ineficiências econômicas: alocativa, produtiva e dinâmica.

A ineficiência *alocativa* está relacionada à alocação ineficiente dos recursos sociais, essencialmente por conta do aumento de preços e da restrição da oferta. [...]

A ineficiência *produtiva* relaciona-se ao fato de os agentes econômicos operarem com custos mais altos do que teriam na ausência do arranjo oclusivo.

Por sua vez, a ineficiência *dinâmica* está relacionada à perda de bem-estar social motivada pela redução dos incentivos à

inovação – o cartel reduz os incentivos para que os agentes de mercado aprimorem seus processos produtivos e lancem novos e melhores produtos e serviços no mercado (BRASIL, 2014, p. 7-8).

O que se observa é a necessidade de quantificar os danos causados por cartéis, pois essa informação indica a gravidade da conduta e dá maior suporte para sua repressão. É fato que chegar a uma conclusão sobre esses danos pode ser difícil, mas se poderia determinar os ganhos dos membros do cartel, o que ajudaria a dar uma dimensão da extensão dos danos causados pela conduta.

A legislação brasileira admite vários tipos de cartéis, o que, didaticamente, ajuda a compreender as diversas nuances dessa violação à concorrência.

A diferenciação mais simplista que pode ser feita entre os cartéis é quanto à variável comercialmente sensível ao objeto da conduta, sob cuja égide podem ser classificados como cartéis de preço e quantidade e cartéis de alocação de mercado ou grupo de clientes, este último consistindo em intencionalmente criar-se um ambiente de monopólio. Os cartéis em licitações públicas, que interessam diretamente ao objeto deste estudo, são uma subespécie desse último tipo de cartel (BRASIL, 2014).

Há, ainda, a divisão em cartéis clássicos, conhecidos como cartéis *hard core* e cartéis difusos, também denominados de cartéis *soft core*.

Os primeiros são definidos como acordos secretos entre os competidores, com alguma característica de institucionalidade, com o objetivo de fixar preços e condições de venda, dividir consumidores, definir nível de produção ou impedir a entrada de novas empresas no mercado. Suas operações ocorrem por meio de uma coordenação institucionalizada, seja por reuniões periódicas, seja por manuais de operação, a partir da construção de mecanismos permanentes para alcançar seus objetivos.

Por outro lado, os cartéis difusos são definidos como atos de coordenação entre as empresas com intuito similar ao cartel clássico, mas eventuais e não institucionalizados (BRASIL, 2014). Caso ilustrativo é quando um grupo de empresas se reúne para coordenar um aumento de preço, por exemplo, em função de um evento externo que as tenha afetado simultaneamente, de modo que tal ação pode ser considerada eventual, não sendo consequência de uma organização permanente.

Os cartéis podem, ainda, ser explícitos ou tácitos, quando derivam de um acordo explícito, oral ou escrito, ou quando ocorrem por meio de mecanismos sutis, discretos e indiretos de comunicação, respectivamente.

Podem ser classificados como nacionais ou internacionais, sendo considerados internacionalizados se envolverem partes de ao menos duas jurisdições ou se a conduta tiver sido praticada em um jurisdição, mas causar efeito em outra.

Há, também, a classificação entre cartéis de compra e cartéis de venda. Os cartéis de compra envolvem arranjos colusivos entre adquirentes de insumos, ao lado de cartéis de venda atuando em sentido contrário, afetando diretamente seus clientes (BRASIL, 2014).

Cabe registrar também os cartéis de importação e de exportação:

Os primeiros envolvem ajuste ou troca de informações comercialmente sensíveis entre concorrentes com relação a produtos ou serviços vendidos no exterior, atuando como cartel de venda. Por sua vez, o segundo envolve agentes econômicos que importam produtos ou serviços, atuando como cartel de compra. Muitos países não reprimem e até mesmo incentivam cartéis de exportação, sob a alegação de que os efeitos danosos da conduta não seriam suportados por sua jurisdição (BRASIL, 2014, p. 16).

Os cartéis têm previsão específica na Lei de Defesa da Concorrência (incisos I e II do §3 do art. 36), embora essa explícita consagração não seja imprescindível, considerando a tipicidade aberta pela qual o legislador optou, expressa no *caput* do art. 36 a que já referimos.

Mereceu destaque o esforço da lei para tipificar todos os tipos de participação relevante no cartel, incluindo desde o acordo firme até a manipulação e a influência. De todo modo, o acordo de vontades entre dois ou mais competidores é o núcleo central da caracterização do cartel, aliado à potencialidade de que resulte nos efeitos danosos que a legislação busca evitar.

Isso é importante frisar para que fique claro que o cartel se configura com a simples comprovação de que os agentes econômicos participaram de uma reunião em que foi discutido um acordo para a majoração de preços ou divisão de mercados, pois qualquer posicionamento contrário implicaria a perda do alcance protetivo do direito da concorrência, quanto à previsão de que o efetivo alcance do efeito anticompetitivo é desnecessário para a configuração da infração antitruste.

Estabelecidos esses conceitos fundamentais, resultados da evolução da legislação brasileira, consequência do aprendizado ao longo das décadas, passa-se a focar nos diversos modos de operação dos cartéis em licitações públicas, os cenários em que ocorrem e quais as variáveis que influenciam a prática, assim como aquelas que podem ser alteradas, mesmo que de forma limitada, pela política pública de combate a restrições da concorrência.

2.3. O CARTEL EM LICITAÇÕES PÚBLICAS

O cartel em licitações – conhecido na literatura especializada estrangeira como *bid rigging*²⁸ (OCDE, 2012) – já era previsto como hipótese de “abuso de poder econômico” desde a lei de criação do CADE (Lei nº. 4.137, de 1962), que considerava ser “concorrência desleal” a “combinação prévia de preços ou ajuste de vantagens na concorrência pública ou administrativa” (art. 2º, inciso V, alínea ‘b’). Todavia, a previsão, em seus pouco mais de trinta anos de vigência, nunca foi aplicada na prática, inexistindo notícia de uma ação explícita e sistemática de combate a cartéis por parte do CADE naquele período.

Foi a Lei nº 8.884/94 que estabeleceu condições jurídicas propícias para uma política de combate a cartéis, ao prever que “infrações da ordem econômica” fossem investigadas por órgão especializado (a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça – SDE), e sancionadas pelo CADE, então alçado à condição de autarquia com autonomia decisória e competência para impor duras penalidades. Em particular, tal estatuto continuou a prever o conluio entre licitantes como ilícito concorrencial, no seu art. 21, inciso VIII, em termos quase idênticos aos da Lei de 1962.

Esse dispositivo fundamentou a primeira decisão de condenação de conluio em licitação pelo CADE sob a Lei nº 8.884/94, adotada em sessão de 27.07.2001 no âmbito do Processo Administrativo n. 08012.009118/1998-26. Sob relatoria do

²⁸ *Bid rigging* corresponde a aparelhamento (ou licitações fraudulentas) e ocorre quando as empresas, que deveriam competir, secretamente conspiram para aumentar os preços ou reduzir a qualidade dos bens ou serviços para os compradores que desejam adquirir produtos ou serviços por meio de um processo de licitação. O processo competitivo pode conseguir preços mais baixos ou de melhor qualidade e inovação só é alcançável quando as empresas genuinamente competem (ou seja, definir os seus termos e condições, honestamente e de forma independente). A licitação com aparelhamento pode ser particularmente prejudicial se afeta os contratos públicos, pois tais conspirações tiram recursos dos compradores e os contribuintes, diminuem a confiança pública no processo competitivo, e minam os benefícios de um mercado competitivo (OCDE, 2012).

conselheiro João Bosco Leopoldino da Fonseca, a maioria do Conselho decidiu acatar recomendação da SDE e punir duas empresas que haviam celebrado instrumento escrito prévio a uma licitação da Petrobras, por meio do qual estabeleciam indenização da eventual perdedora pela vencedora, em valores diferenciados conforme o preço final da contratação.

Aspecto interessante de tal julgado foi a afirmação, pelo Conselho, da autonomia de sua análise de ilicitude anticoncorrencial por meio de apreciação da conduta de empresas sob as normas licitatórias (notadamente a Lei nº 8.666, de 1993 – Lei de Licitações) (BRASIL, 2018), visto ter a autarquia aplicado multa, ainda que a Petrobras, que promoveu a licitação, e o Tribunal de Contas da União (TCU) não tenham considerado irregular o instrumento celebrado pelas licitantes, no âmbito de suas competências.

Desde 2003, o combate aos cartéis passou a ser prioridade do controle de condutas anticompetitivas, com o emprego de dois mecanismos inovadores incorporados ao arsenal da SDE: busca e apreensão para coleta de provas no âmbito de investigações administrativas e acordos de leniência, a garantir imunidade administrativa e criminal aos partícipes de práticas colusivas que colaborarem com as investigações (CARVALHO, 2013).

Casos envolvendo conluio entre licitantes têm sido bastante relevantes, podendo-se destacar o primeiro acordo de leniência, celebrado pela SDE nesse mesmo ano de 2003, que se deu com uma empresa que denunciou arranjo entre prestadores de serviços de vigilância privada do Rio Grande do Sul para fixar termos e condições de inúmeros certames por órgãos públicos daquele estado. Sua validade veio a ser confirmada pelo Plenário do CADE em 2007, quando conferiu imunidade ao beneficiário da leniência e puniu diversas outras empresas que haviam participado do arranjo colusivo, sob a orquestração de sindicato e associações de classe (CARVALHO; RAGAZZO, 2013).

Foi também em 2007 que houve uma iniciativa para a priorização da persecução de cartéis em licitações. Em maio daquele ano, o Ministro da Justiça publicou portaria por meio da qual atribuiu incumbência à unidade específica da SDE – a Coordenação Geral de Análise de Infrações no Setor de Compras Públicas (CGCP) – para investigar conluios entre licitantes, promover estudos sobre a matéria e estabelecer parcerias com outros órgãos de repressão a condutas ilícitas, como

Controladoria Geral da União (CGU), Polícia Federal (PF), Ministérios Públicos (MPs) e TCU.

A SDE passou, então, a implementar medidas específicas no combate a essa modalidade de cartel. Foram instauradas diversas investigações, muitas das quais em cooperação com PF e MPs, pela utilização de provas emprestadas de procedimentos criminais. Os integrantes da Secretaria também buscaram capacitar servidores responsáveis por licitações públicas quanto a sinais de conluio entre licitantes, por meio de sessões de treinamento e de publicação de cartilha própria. Ademais, foram celebrados convênios com a CGU e o TCU para o compartilhamento de informações e investigações conjuntas, respeitadas as respectivas competências.

Dentre essas medidas, pode-se destacar a edição da Portaria SDE nº 51, de 03.07.2009, a qual expediu o “Guia de análise de denúncias sobre possíveis infrações concorrenciais em licitações”²⁹. O documento detalhou aspectos relevantes da aplicação da legislação concorrential a condutas empresariais no âmbito de procedimentos licitatórios e foi útil em diversas investigações procedidas pelo CADE.

Referida Portaria também aprovou um “Modelo de Declaração de Elaboração Independente de Proposta”, que veio a ser amplamente empregado em procedimentos licitatórios, notadamente federais (por força de norma do Ministério do Planejamento que acatou a recomendação da SDE), mas também de outros níveis da Federação.

A importância do combate a cartéis em licitações manteve-se ao longo dos últimos anos de vigência da Lei nº 8.884/94, o que é evidenciado pela abertura de diversas investigações pela SDE – muitas vezes em cooperação com outros órgãos –, e por condenações pelo Plenário do CADE.

Com a entrada em vigor da Lei nº 12.529/2011 (Nova Lei Antitruste), houve mudanças relevantes no quadro institucional aplicável ao combate a cartéis em licitações. O novo estatuto concorrential tornou mais clara a tipificação do *bid rigging*, ao prever ser ilícito “acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma, preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública” (art. 36, §3º, I, letra ‘d’).

A SDE, por sua vez, foi incorporada pela estrutura autárquica do CADE, na forma de sua atual Superintendência Geral (SG), que tem reforçado nos últimos

²⁹ Disponível em: <http://jacoby.pro.br/PortariaSDE51.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2018.

anos sua cooperação com a CGU para a troca de informações sobre compras públicas e para o desenvolvimento de métodos específicos de análise de dados visando à identificação de situações suspeitas.

Foi, porém, nas regras aplicáveis a acordos de leniência que se deu a principal mudança trazida pela nova Lei Antitruste. Sob a Lei nº 8.884/94, havia dúvida relevante sobre a possibilidade de o beneficiário de leniência obter imunidade quanto ao crime de ‘fraude ao caráter competitivo da licitação’ – tipificado pelo art. 90 da Lei de Licitações –, pois isso não estava explícito no art. 35-C, que tratava da matéria. Essa dúvida foi eliminada pelo art. 87 da Lei nº 12.529/2011, que confere imunidade criminal ao beneficiário também quanto aos “demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel”, com referência direta à Lei de Licitações.

O novo regime foi, provavelmente, fator determinante para que várias empresas e principalmente indivíduos admitissem à SG, nos últimos 5 anos, participação em arranjos de *bid rigging*, buscando obter os benefícios da leniência antitruste. Dentre tais casos, destacam-se os relacionados à assim conhecida ‘Operação Lava Jato’. Até o momento, tem-se notícia da celebração de 10 acordos de leniência no âmbito dessa operação, os quais motivaram a abertura de diversos inquéritos e processos administrativos pela Superintendência Geral³⁰.

A realização de procedimentos licitatórios para a contratação de obras, serviços, compras e alienações pela Administração Pública é exigência constitucional, prevista no art. 37, inciso XXI, que somente pode ser afastada nos casos de dispensa e de inexigibilidade expressamente previstos em lei, conforme estabelecem os artigos 24 e 25 da Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993 (BRASIL, 2018), o diploma legal que regula as licitações no país.

As situações de dispensa são as constantes do rol do artigo 24 da Lei de Licitações, que é taxativo. Por sua vez, a inexigibilidade de licitação verifica-se sempre que haja inviabilidade de competição, sendo apenas exemplificativo o rol previsto no artigo 25 da mesma lei.

O dispositivo constitucional tem como principal finalidade garantir que, mediante a observância dos princípios que devem reger a sua atuação, a Administração Pública selecione a proposta mais vantajosa para cada contratação,

³⁰ Tais acordos de leniência são de acesso público no site do CADE. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordo-de-leniencia-em-investigacao-de-cartel-em-licitacoes-no-distrito-federal>>. Acesso em: 27 jul. 2018.

que não é, necessariamente, aquela de melhor preço ou de melhor técnica, mas também aquela que atenda às demais condições estabelecidas no edital e, ainda, que respeite os princípios a que o procedimento e a Administração Pública se submetem.

Os princípios estão dispostos no artigo 37, *caput*, da Constituição brasileira, e impõem à Administração Pública a observância da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. A doutrina aponta outros princípios que estariam implicitamente incluídos nesse rol, tais como a finalidade, a motivação, a proporcionalidade, a autoexecutoriedade e a autotutela, a presunção de veracidade e a continuidade das atividades administrativas (NUNES, 2016).

A Lei nº 8666/93 também estabelece princípios, como o da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da proibidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e outros que lhes sejam correlatos, caso do princípio da competitividade ou da concorrência (art. 3º³¹).

A competição é um valor inerente à licitação, sendo pressuposto dela, pois a busca por uma maior competição permite a ampliação da oferta dos bens ou serviços que a Administração Pública deseja adquirir, incentivando os potenciais competidores a aprimorarem seus processos produtivos e, conseqüentemente, a formularem melhores propostas sob os aspectos técnico e econômico, objetivo primordial das licitações.

Logo, há uma relação íntima entre uma licitação verdadeiramente competitiva e o princípio da eficiência, bem como se relacionam a ampla competição nas licitações e os princípios constitucionais. Preservar a concorrência nas licitações é o instrumento hábil a garantir a todos aqueles que tenham interesse e condições de contratar com a Administração Pública a possibilidade de o fazer em igualdade de condições.

Em sentido contrário, restrições indevidas à competição representam um ilegítimo privilégio a certos competidores, que prejudicam o interesse público. Assim, embora não esteja expressa como princípio no rol do artigo 3º da Lei nº 8.666/93

³¹ 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 proibidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

(BRASIL, 2018), a competição é um princípio fundamental e deve ser buscada ao longo de todo o procedimento, desde a sua fase interna.

Por essa razão, cabe fazer uma breve análise das modalidades de licitação previstas no ordenamento jurídico nacional e das formas como as condutas que não as observem são punidas pela autoridade pública. Apesar de ter seus fundamentos baseados na Lei 8.666/93 (BRASIL, 2018), as diretrizes das licitações brasileiras sofreram modificações pontuais ao longo da década de 2000, com o intuito de as tornar mais eficientes e menos sujeitas a fraudes, além de adequá-la às novas tecnologias.

Em 2002, a Lei 10.520/2002 (BRASIL, 2018) introduziu uma nova modalidade: o pregão presencial, no qual são combinados, em um arranjo, o leilão aberto e o fechado com o objetivo de minimizar o risco de fraudes e garantir a maior rivalidade possível. Dessa forma, no primeiro momento, há um leilão do tipo fechado no qual os licitantes ofertam seus lances individuais em um envelope. No segundo momento, o concorrente com o menor lance e todos aqueles com lances até 10% superiores passam à segunda fase, em que se fará o leilão aberto descendente a partir do valor mais baixo do primeiro.

Além do arranjo institucional inovador, a nova lei também modificou a dinâmica de habilitação. Enquanto na licitação comum todos os candidatos deveriam apresentar as credenciais exigidas, no novo arranjo, há uma inversão de fases, ficando apenas o vencedor do certame passível de habilitação. Caso este não seja habilitado, por qualquer razão, a oferta é redirecionada para o segundo colocado do pregão. Essa medida economiza recursos do governo e reduz as barreiras à entrada, além de evitar possíveis contestações entre os licitantes, antes mesmo de iniciado o leilão.

A etapa na qual o leilão se torna aberto é propensa à formação de cartéis, porém, sua efetividade é restringida pela primeira etapa, centrada no leilão fechado. O fato de ocorrerem duas etapas dificulta a coordenação entre os participantes. Quanto maior o número de empresas ou consórcios na licitação, maior o incentivo para que se desviem da estratégia acordada na primeira fase, dada a maior dificuldade de monitoramento. Na segunda fase, com número reduzido de *players*, a efetiva rivalidade acontece, mas com chance reduzida de cartelização (COLACINO, 2016). Ademais, a inversão de fases, além de diminuir as barreiras à entrada, torna

todo o processo mais rápido, reduzindo o ambiente temporal para a elaboração de acordos.

A fim de incluir novas tecnologias de informação, em 2005, o Decreto 5.450/2005 complementou a então lei vigente com a criação do “pregão eletrônico”. A nova modalidade permite a realização da concorrência pública por vias eletrônicas, de modo a facilitar o acesso por parte dos concorrentes e agilizar o processo de compra em benefício da esfera governamental. A partir de então, o pregão eletrônico tornou-se o principal meio para a realização concorrências públicas no Brasil, resultando em previsibilidade tanto para o órgão licitador quanto para as empresas licitantes. A lógica da modalidade é essencialmente a mesma do pregão presencial, com o incremento técnico viabilizado pela *internet*.

Apesar de o pregão eletrônico ser a principal modalidade licitatória usada nas compras públicas, em 2011, a Lei 12.462/2011 introduziu o Regime Diferenciado de Contratação (RDC), com o objetivo de flexibilizar as regras previstas na Lei de 1993 para o advento de compras públicas direcionadas a eventos prioritários para a política pública, tais como o Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) e a Copa do Mundo de 2014.

Esta modalidade permite ao pregoeiro a liberdade de escolher a modalidade licitatória que será executada, assim como estabelece novos critérios para a compra, que não apenas o preço. Todavia, apesar de agilizar o processo e gerar maior eficiência na forma de contratação, a flexibilização permite possíveis direcionamentos por parte do pregoeiro, o que impõe a supervisão de órgãos estatais de controle, tal qual é recomendado por organismos internacionais (OCDE, 2010). A evolução do desenho das concorrências públicas brasileiras tem respaldo democrático e a percepção geral, tanto nacional como estrangeira, é de que as novas medidas tendem a evitar a formação de cartéis em licitação.

É importante, contudo, lembrar que o estabelecimento de certas barreiras à competição não é, por si só, prejudicial ao interesse público, nem inconstitucional, como ocorre nos casos em que a lei permite a exigência de documentos específicos que comprovem a idoneidade ou a aptidão técnica da empresa concorrente, evitando que empresas incapazes de executar o objeto licitado tenham chances de ganhar a licitação.

A regra geral é que as obras, serviços, compras e alienações da Administração Pública sejam contratadas por meio de 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 concreto.

A defesa da concorrência e as licitações públicas estão intimamente relacionadas, representando o cartel uma conduta prejudicial à concorrência nas licitações, especialmente porque os cartéis ainda provocam outros efeitos negativos, a exemplo do envolvimento de agentes públicos, condição que, ainda que não seja indispensável à sua caracterização em uma licitação, é nelas verificada, pois o grande poder econômico dos cartéis facilita a captura de agentes públicos, que podem passar a servir aos interesses dos seus integrantes, ao invés de atenderem o interesse público.

Nesse cenário, não apenas a competitividade do certame fica comprometida, mas, considerando a relação essencial que ela mantém com os princípios mais basilares da Administração Pública, estes também são violados, o que contribui para uma progressiva perda de credibilidade do corpo burocrático estatal, enfraquecendo-o institucionalmente e constituindo um dos elementos da caracterização da improbidade administrativa³².

Cabe ainda referir que a formação de cartel sempre configura também um ato de improbidade administrativa. Isso porque, ao definir as condutas, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92) adotou uma tipicidade aberta em seu artigo 9º, no que se assemelha à Lei de Defesa da Concorrência.

Outro ponto relevante é que a formação de cartéis leva à seleção de propostas com preços mais elevados ou com aspectos técnicos menos satisfatórios do que aqueles que poderiam ser esperados em um ambiente de livre concorrência, o que pode significar o dispêndio de recursos muito além dos necessários para o custeio de obras ou serviços de baixa qualidade.

Assim, os efeitos nocivos dos cartéis formados em licitações são ainda mais perigosos do que aqueles provocados por cartéis que atuam no setor privado, visto que prejudicam a prestação do serviço público e importam desvio de dinheiro público, lesando todos os contribuintes.

³² Conforme Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 27 jul. 2018.

Por meio de acordos prévios e de várias outras estratégias, os cartéis impedem que a Administração Pública adquira seus produtos e serviços ao menor preço e nas melhores condições.

No Brasil, o art. 36, § 3º, inciso I, da Lei 12.529/11 não deixa dúvidas quanto à irregularidade dos acordos que visam combinar preços, quantidades, clientes, fornecedores, regiões ou quaisquer outras divisões mercadológicas.

No que diz respeito ao preço, as leis orçamentárias e os órgãos de controle, ao longo dos últimos anos, têm demonstrado preocupação a esse respeito, principalmente porque atinge os aspectos técnicos das contratações.

A Lei nº. 10.524, de 25 de julho de 2002 (“Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2003”), foi pioneira ao prever que o custo das obras e dos serviços de engenharia contratados e executados com recursos da União Federal deveria ter como referência aqueles definidos no Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil – SINAPI, podendo superá-los, no máximo, em até 30% (trinta por cento).

Nos anos seguintes, essa exigência foi aprimorada, permitindo o uso de outro sistema – o Sistema de Custos de Obras Rodoviárias (SICRO) –, mas deixando de tolerar excessos, salvo nos casos em que as especificidades da obra ou do serviço tornem inadequados tais referenciais de preços, o que demonstra um esforço dos órgãos estatais, ainda que a adoção desses referenciais, muitas vezes, não seja suficiente para afastar a elevação de preços que pode resultar da formação de um cartel (NUNES, 2016).

É razoável crer que os incentivos gerados por uma ampla concorrência no certame, em diversos casos, poderiam levar os licitantes à redução ainda maior dos seus preços, comparativamente à existência desses referenciais. De qualquer forma, trata-se de uma baliza, mesmo que ainda imperfeita e passível de muitas melhorias, capaz de guiar com algum nível de objetividade a análise da adequação dos preços dos contratos administrativos (NUNES, 2016).

A preocupação tem também um viés social, pois os recursos públicos são escassos, de modo que a sua alocação a uma determinada contratação sempre representa a priorização de uma necessidade pública em detrimento de outras. Se os preços são elevados, tem-se um prejuízo ainda maior a ser suportado pela sociedade, pois nem as demandas deixadas de lado pelo gestor são atendidas, nem são adequadamente solucionados os problemas públicos priorizados.

A configuração do cartel em licitação como infração à ordem econômica depende da presença dos mesmos elementos que os caracterizam quando formados em esferas distintas. A sua atuação é que pode assumir contornos distintos em licitações, consideradas as características específicas desses procedimentos.

Assim, é importante salientar pontos importantes a respeito da defesa da concorrência, das licitações e dos cartéis. A concorrência é considerada um pressuposto da licitação, elemento que lhe é inerente. As restrições à competitividade, nessa esteira, apenas se justificam quando e na medida em que pretendem alcançar finalidades legítimas perseguidas pela Administração Pública, as quais também servirão de guia à seleção da proposta mais vantajosa.

A atuação de cartéis em licitações, ao restringir artificial e ilegitimamente a concorrência nesses certames, gera consequências negativas graves não apenas à eficiência da aplicação dos recursos públicos envolvidos, mas também à probidade que deve guiar a gestão da coisa pública. Nesse cenário, a depender das circunstâncias concretas, a atuação de um cartel em uma licitação poderá configurar infração à ordem econômica, isoladamente, ou também um ato de improbidade administrativa.

A responsabilização dos agentes econômicos que tenham participado de conluio em uma licitação independe da demonstração de que agiram com culpa ou com dolo, sendo objetiva – salvo com relação aos administradores das empresas envolvidas. Nisso difere da responsabilização pela prática de ato de improbidade administrativa, que, necessariamente, exige a demonstração do elemento subjetivo dos sujeitos ativos, mais especificamente de dolo ou culpa grave de sua parte.

Em linhas gerais, o ato de improbidade administrativa é aquele que importa enriquecimento ilícito pela obtenção de qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades submetidas à lei.

O elemento subjetivo para a configuração do ato de improbidade administrativa é a presença do dolo, o que qualifica a cartelização em licitações públicas, distinguindo-a da prevista na Lei de Defesa da Concorrência.

A tendência consolidada na doutrina e na jurisprudência é no sentido de que a presença do dolo é fundamental para a caracterização dos ilícitos estabelecidos nos artigos 9º e 11 do aludido diploma legal, muito embora eles silenciem a respeito – ao

contrário do artigo 10, que permite a responsabilização por ato praticado com dolo ou culpa (culpa grave, segundo o posicionamento consolidado), de modo que não se pode presumir que seria objetiva a responsabilidade pelas condutas.

De um modo geral, para que configure ato de improbidade administrativa, sujeitando os envolvidos às graves sanções que a lei prevê, a formação de cartel em licitação necessariamente deve contar com a colaboração de um agente público que atue, ao menos, com culpa grave ou com dolo (NUNES, 2015).

É relevante frisar que a defesa da concorrência vem evoluindo no Brasil ao longo das últimas décadas, o que representa um esforço louvável direcionado à construção de uma Administração Pública cada vez mais identificada com os princípios que regem a sua atuação.

Entretanto, ainda há um longo caminho a ser trilhado no refinamento desse combate, especialmente porque cada um desses âmbitos de responsabilidade envolve providências e sanções graves, as quais somente se legitimam na medida em que efetivamente configuradas as situações que ensejam a sua aplicação.

O combate aos cartéis formados com o objetivo de participação em concorrências públicas é difícil, pois, em princípio, nenhum de seus membros teria interesse em delatar os demais, vez que seria punido da mesma forma que eles.

Quando se discute a defesa da concorrência associada às licitações públicas, o cartel surge em um cenário repleto de estratégias de acordos, resultantes em prejuízos ao bem-estar geral e ao governo, que divergem dos resultados da interação tradicional de mercado da teoria microeconômica.

As estratégias são selecionadas em função das variáveis relacionadas à estrutura de cada mercado e do tipo de concorrência pública em questão, além das condições de monitoramento e do conseqüente risco de insucesso. Evidentemente, essas variáveis são consideradas nos apontamentos e nos debates a respeito das formulações de políticas públicas para coibir o cartel em licitação, tanto na fase interna, de formulações de editais, quanto na externa, por meio de detecção e repressão.

A prova da comunicação entre os integrantes do cartel é o principal ponto de análise. Sob esse aspecto, sendo a licitação um procedimento formal que deve respeitar a publicidade, todas as comunicações entre as empresas concorrentes e a Comissão de Licitação devem ser registradas nos autos e divulgadas, pelo menos, aos demais competidores.

Da análise dos termos de pedidos de esclarecimentos, impugnações, recursos e propostas, bem como da documentação que os acompanhe, podem surgir indícios e até mesmo provas conclusivas da formação do cartel.

Em relação aos objetivos específicos dos cartéis em licitações públicas, podem ter um ou mais intuitos, sendo a fixação de preços apenas um deles, havendo certos objetivos mais recorrentes.

O Departamento de Proteção e Defesa Econômica da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça elaborou cartilha na qual elenca os objetivos gerais:

- a) 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”.
- b) Direcionamento privado da licitação, em que há a definição de quem irá vencer determinado certame ou uma série de processos licitatórios, bem como as condições nas quais essas licitações serão adjudicadas.
- c) 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.
- d) 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.
- e) Apresentação de propostas “pro forma”, caracterizada quando alguns concorrentes formulam propostas com preços muito altos para serem aceitos ou entregam propostas com vícios reconhecidamente desclassificatórios. O objetivo dessa conduta é, em regra, direcionar a licitação para um concorrente em especial.
- f) Rodízio, acordo pelo qual os concorrentes se alternam 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.
- g) Subcontratação, pela qual concorrentes não participam das licitações ou desistem das suas propostas, a fim de serem subcontratados pelos vencedores. O vencedor da licitação a um preço supra-competitivo divide o sobrepreço com o subcontratado. (BRASIL, 2015, p. 9-10).

A Secretaria de Acompanhamento Econômico (BRASIL, 2014) também elencou alguns atos que indicam a ocorrência de cartéis em licitações, seja no procedimento licitatório em si, seja no momento do acompanhamento da prestação do objeto do contrato.

Outros pontos podem ainda ser indicativos de cartéis em licitações: a existência de margem/valor não racionalmente explicável entre a proposta vencedora e as demais propostas, a apresentação de propostas com valores muito diferentes nas diversas licitações de que as empresas participam quando os procedimentos administrativos têm escopo e objeto semelhantes, a semelhança na redação das propostas e os casos em que o vencedor do certame subcontrata concorrentes que participaram da licitação.

Em razão da enorme diversidade de práticas que podem ser empregadas em prejuízo da livre concorrência, é natural que sejam desenvolvidos métodos de análise para avaliar a potencialidade lesiva da conduta. No que se refere aos cartéis, um dos meios mais eficazes para provar sua configuração tem sido o acordo de leniência, exatamente o que permitiu que se revelasse o cartel de Belo Monte, conforme será analisado a seguir.

2.4. O ACORDO DE LENIÊNCIA

O acordo de leniência é um dos instrumentos utilizados pelas autoridades antitruste para propiciar a eficaz defesa da concorrência em relação às condutas anticompetitivas. Por seu intermédio, busca-se colher informações e documentos de uma parte diretamente envolvida na conduta ilícita investigada que levem à sua detecção e punição (PEREIRA, 2011).

Este instrumento é muito relevante, especialmente no caso do cartel, uma prática sigilosa de difícil comprovação, que não pode ser detectada pelo monitoramento do mercado, nem pela análise econômica dos dados públicos disponíveis. O acordo permite reunir provas suficientes que levem à condenação dos envolvidos na prática colusiva.

Por outro lado, Pereira (2011) adverte que, ainda que soe paradoxal, os membros envolvidos no cartel sentir-se-ão incentivados a utilizar esse instrumento nos casos em que a autoridade antitruste possuir capacidade de detectar e condenar o cartel, pois, se não se sentirem ao menos ameaçados por uma possível

condenação pela violação antitruste, não encontrarão razões para aderir ao acordo de leniência.

Desse modo, para encorajar o participante de um cartel a confessar e indicar os demais participantes e a oferecer mais evidências sobre as reuniões e comunicações clandestinas, a leniência é um importante instrumento, pois as autoridades podem, por exemplo, prometer uma multa menor, uma pena mais branda ou até o perdão completo (GABAN; DOMINGUES, 2016).

O acordo de leniência pode, assim, ser visto como um elemento adicional à tradicional lógica funcional da sanção, no prisma do sistema jurídico, que caracteriza um incentivo negativo à ação ilícita por parte dos agentes privados.

O sistema adotado no Brasil é inspirado no dos Estados Unidos, onde a primeira experiência foi um programa realizado em 1978, em que os infratores que confessassem a prática ilícita antes do início das investigações pela autoridade antitruste poderiam receber o perdão judicial no âmbito criminal.

Depois, em 1993, o programa foi revisto, consolidando os critérios para a isenção de penalidades e o aumento da previsibilidade dos benefícios, o que permitiu que o número de denúncias se multiplicasse para mais de 20 por ano naquele país. O fato é que, desde a sua criação, o programa de leniência antitruste dos EUA foi o mais eficaz instrumento para descobrir e combater os cartéis *hard core* (GABAN; DOMINGUES, 2016).

No Brasil, o Acordo de Leniência no Antitruste – ou simplesmente Programa de Leniência – foi criado pela Lei n. 12.529/2011, no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e consiste em um conjunto de iniciativas cujo objetivo é detectar, investigar e punir infrações contra a ordem econômica, bem como informar e orientar permanentemente qualquer interessado sobre os dispositivos legais constantes da Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº. 12.529/2011) e do Regimento Interno do CADE (RICADE). É o instrumento hábil a incentivar, orientar e assistir os proponentes à celebração de Acordos de Leniência.

O acordo de leniência também é previsto em outros diplomas legislativos, podendo-se citar a Lei Anticorrupção (Lei nº. 12.846/13, art. 16³³), que confere

³³ 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 27 jul. 2018.

competência para firmá-lo ao Ministério Público Federal (MPF) e à Controladoria-Geral da União (CGU).

O benefício da leniência no antitruste foi introduzido no Brasil pela Lei nº 10.149/2000, que alterou a antiga Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 8.884/94, arts. 35-B e C), com o objetivo de fortalecer a atividade de repressão a infrações à ordem econômica. Com a entrada em vigor da nova Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011), em 29 de maio de 2012, foi instituído o atual Programa de Leniência do CADE, em um capítulo específico (Capítulo VII, Título VI), composto dos artigos 86 e 87 e regulamentado pelos artigos 197 a 210 do RICADE.

Os acordos de leniência também são instrumentos de defesa da concorrência bastante referidos nos documentos da OCDE, sendo utilizados como meios de verificação e obtenção de provas da formação de cartéis (OCDE, 2010).

Ensinam Gaban e Domingues que:

A palavra leniência, do latim *lenitate*, significa brandura, suavidade. Este termo para o direito da concorrência significa a aplicação de uma sanção ou obrigação mais branda, com menor severidade, concedida em decorrência de uma cooperação voluntária e plena que ajude na investigação da formação de cartéis *hard core* (2016, p. 320).

O Acordo de Leniência é um instrumento capaz de contornar o problema de obtenção de provas de acordos anticompetitivos, de aumentar a probabilidade de condenação e também de deter a formação dos cartéis, ao afetar sua estabilidade.

De um modo geral, o Programa de Leniência permite que as pessoas físicas e jurídicas envolvidas ou que estiveram envolvidas em um cartel ou em outra prática anticoncorrencial coletiva obtenham benefícios na esfera administrativa e criminal por meio da celebração de Acordo de Leniência com o CADE (BRASIL, 2016).

Podem propor esse acordo pessoas físicas e jurídicas que forem coautoras de cartéis, desde que colaborem efetivamente com as investigações, com o processo administrativo e que dessa colaboração resulte algum efeito previsto nos incisos do artigo (art. 86, *caput*).

Os que manifestam interesse em celebrar esse tipo de acordo devem estar comprometidos a, primeiramente, por fim à conduta anticoncorrencial, e, ainda, a denunciar e confessar sua participação no ilícito e cooperar com as investigações

apresentando informações e documentos relevantes. Destacam-se alguns dos benefícios proporcionados aos que manifestam intenção nessa cooperação:

Na esfera administrativa, desde que colaborem com a investigação e o resultado desta colaboração ocasione a identificação dos demais envolvidos na infração e a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação, o signatário do Acordo de Leniência será beneficiado com a extinção da ação punitiva da administração pública (se a Superintendência-Geral do CADE não tiver conhecimento prévio da infração noticiada) ou a redução de um a dois terços das penas administrativas aplicáveis (se a SG/CADE já tiver conhecimento prévio da infração notificada) (art. 86, §4º da Lei nº 12.529/2011 c/c art. 208, I e II do RICADE) (BRASIL, 2016, p. 9).

Também há benefícios na esfera criminal, esclarecendo-se que o mesmo Guia do Acordo de Leniência estabelece que a celebração deste tipo de acordo importa a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência no que tange aos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei de Crimes Contra a Ordem Econômica - Lei nº 8.137/1990 (BRASIL, 2018), e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei Geral de Licitações - Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, 2018) e no artigo 288 do Código Penal, que trata da associação criminosa (BRASIL, 2018).

Esses efeitos são estendidos aos dirigentes e aos administradores envolvidos na infração objeto do acordo, desde que firmem o respectivo instrumento em conjunto com a empresa, respeitadas as condições impostas, conforme o art. 6º, § 6º, da LDC, ou seja, aquele que assina o acordo e preenche os requisitos para sua validade deverá obter o benefício da isenção ou, se for o caso, da redução da pena, independentemente de ser pessoa física ou jurídica.

A respeito de seus efeitos na esfera criminal, há discussão doutrinária sobre a constitucionalidade do acordo de leniência, pois é celebrado pelo CADE – autoridade administrativa –, sem a intervenção de autoridade judicial (GABAN; DOMINGUES, 2009) e, uma vez cumprido, extingue, automaticamente, a punibilidade destes crimes (art. 87 da Lei nº 12.529/2011 c/c art. 208, parágrafo único do RICADE).

Com efeito, ainda que o programa de leniência brasileiro tenha inovado de forma arrojada no ordenamento pátrio brasileiro, há pontos sensíveis que podem expor a riscos os beneficiários de acordo no que diz respeito à imunidade penal.

Há os que alertam sobre o entendimento de que se trataria de uma desproporcional e inconstitucional limitação dos direitos e garantias fundamentais do cooperador e do “delatado em prol de uma maior eficácia na persecução penal” (FIDALGO, CANETTI, 2015). Para esta linha de pensamento, o acordo de leniência desrespeitaria o contraditório e a ampla defesa.

Os que defendem a constitucionalidade do instrumento, fazem-no sob o argumento de que se pode até criticar o acordo de leniência do ponto de vista de sua adequação às linhas gerais da política criminal nacional, mas isso não implica dizer que ele é inválido (PACELLI, 2017).

Ademais, embora alguns entendam que o instrumento em si é constitucional, nem todos os seus requisitos o são, sobretudo o da confissão da participação no ilícito, o que, para alguns autores, importaria em violação ao direito fundamental da não-autoincriminação (SALES; BANNWART JÚNIOR, 2015).

Some-se a isso que nenhuma condenação será baseada exclusivamente em delações, de modo que o acordo de leniência deve ser corroborado por documentos e provas da confissão do delator com robustez, e não com a simples afirmação do colaborador³⁴.

Destarte, ao se prever o Acordo de Leniência, não se está abandonando o interesse público, mas, ao contrário, buscando-o de forma mais efetiva e eficiente. Não há violação às garantias ou aos direitos fundamentais, pois não há obrigatoriedade na sua celebração, cabendo ao particular sopesar as suas vantagens e desvantagens.

³⁴ Sobre o assunto, é importante salientar os termos na Nota Técnica Nº 02/2018 – 5ª CCR, do Ministério Público Federal, atinente à utilização de provas decorrentes de celebração de acordos no âmbito da Operação Lava-Jato, compartilhadas com órgãos de controle (destacadamente, a Receita Federal, CGU, AGU, CADE e TCU). O MPF requereu que fosse ressalvada a utilização das provas obtidas, a partir dos acordos, contra pessoas físicas e jurídicas colaboradoras, em processos sancionatórios regularmente instaurados ou em curso nos órgãos de controle, em que foi atendido, reconhecendo o Juízo a vedação de utilização dos elementos informativos e provas cujo compartilhamento foi anteriormente contra pessoas que celebraram acordo de colaboração com o Ministério Público no âmbito da denominada Operação Lavajato, bem como contra empresas que celebraram acordo de leniência. A negativa de legitimidade na utilização de provas obtidas pelos acordos contra os colaboradores reputa-se esteio fundamental para que os acordos possam se materializar e se qualificar como revelantes instrumentos de obtenção de provas de ilícitos (MPF, 2018).

Não há, de igual modo, disponibilidade do interesse público, pois pode atender melhor ao interesse público a punição de outros infratores do que o mau desenvolvimento das investigações e a impunidade de todos pela dificuldade de produção de provas de ato de corrupção, o que permite afirmar que o Acordo de Leniência corresponde a um instrumento bastante útil ao combate à corrupção, ligado intrinsecamente à restauração da probidade administrativa.

No que tange à esfera civil, a Lei da Concorrência não impõe ao signatário do acordo a obrigação de ressarcir eventuais consumidores lesados, mas não o exime de responder por danos concorrenciais em eventual ação civil pública e/ou ação privada de ressarcimento de danos movida em face do beneficiário da leniência e dos demais co-autores.

Em relação às infrações que permitem a celebração do acordo de leniência antitruste, o CADE orienta sua aplicação às infrações previstas no artigo 36 da Lei nº 12.529/2011³⁵, mas, em geral, são celebrados em relação à prática de cartel, quando empresas concorrentes se coordenam e realizam acordos com o objetivo ou com a potencialidade de produzir os efeitos mencionados no referido dispositivo da lei, ainda que tais efeitos não sejam alcançados.

Isso porque a redação do *caput* do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011 prevê que a prática de cartel é considerada um ilícito com base no objeto, o que implica dizer que não é necessário que o cartel gere efeitos no mercado, sendo suficiente que tenha a potencialidade de produzir tais efeitos, ainda que não sejam alcançados. Além disso, a infração da ordem econômica existe independentemente da culpa das empresas envolvidas.

De forma esclarecedora, o Guia do Acordo de Leniência (BRASIL, 2016) ensina que, entre outras, aplica-se às condutas anticoncorrenciais coletivas previstas no artigo 36, § 3º, inciso I, alíneas “a”, “b”, “c” e “d” e inciso II da Lei nº 12.529/2011, quais sejam: (I) acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma, (a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; (b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; (c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou

³⁵ O art. 36 da Lei nº 12.529/2011 prevê (I) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (II) dominar mercado relevante de bens ou serviços; (III) aumentar arbitrariamente os lucros; e (IV) exercer de forma abusiva posição dominante (art. 36, *caput*, I a IV da Lei nº 12.529/2011).

potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; e/ou (d) os preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública; e (II) promover ou influenciar conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes (como acontece, por exemplo, no âmbito de associações e sindicatos).

Na esfera administrativa, a competência para investigar e instaurar processos administrativos para a investigação de cartéis e outras condutas anticoncorrenciais coletivas é da Superintendência-Geral do CADE (art. 13, inciso V, da Lei nº 12.529/2011), sendo a decisão condenatória ou absolutória de competência do Plenário do Tribunal do Cade (art. 9º, inciso III da Lei nº 12.529.2011).

Já na esfera criminal, a competência para investigar e oferecer denúncia ao Poder Judiciário sobre a prática de cartéis é do Ministério Público, sendo a decisão final proferida por juízo criminal, conforme prevê o art. 16 da Lei nº 8.137/1990. Entretanto, o Ministério Público não pode celebrar acordos de leniência diretamente. Assim, ainda que haja o contato direto com o Ministério Público e/ou na esfera judicial para a negociação de acordos de leniência relativos em todo ou em parte a outros ilícitos, é necessária a negociação específica com o CADE do Acordo de Leniência Antitruste, que contará com a participação do Ministério Público como interveniente anuente.

A efetividade do Acordo de Leniência está associada ao melhor desempenho da autoridade antitruste na sua tarefa de detectar e punir empresas infratoras e a um pior desempenho da empresa que age anticompetitivamente no mercado, o que pode ser estendido para as demais organizações que compõem o cartel, supondo-se que elas dividam igualmente os lucros de monopólio. Ou seja, quanto mais a sociedade precise que o Acordo de Leniência seja bem sucedido em detectar colusão, menor pode ser o incentivo a denunciar (VASCONCELOS; RAMOS, 2007).

A celebração de um acordo de leniência no CADE é interessante para as pessoas físicas e jurídicas envolvidas porque seus signatários podem obter a concessão de benefícios nas esferas administrativas e criminais. Assim, basta que cumpram certos requisitos para propor o acordo, dispostos nos artigos 86 da Lei nº 12.529/2011 e 198 do RICADE, o que, inclusive, pode ser feito pelo líder do cartel.

De modo geral, a lei prevê que a empresa ou a pessoa física seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação, cesse sua participação nela no momento da propositura do acordo e que a Superintendência-

Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação delas, sem a leniência. Exige, ainda, que a empresa e/ou pessoa física confesse sua participação no ilícito, coopere plena e permanentemente com a investigação e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até a decisão final sobre a infração noticiada proferida pelo CADE e que da cooperação resulte a identificação dos demais envolvidos na infração e a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

Na hipótese de o proponente do Acordo de Leniência ser empresa, os benefícios do acordo podem ser estendidos aos seus dirigentes, administradores e empregados (atuais ou passados), bem como às empresas do mesmo grupo econômico, de fato ou de direito, envolvidas na infração, desde que cooperem com as investigações e firmem o instrumento em conjunto com a empresa proponente (art. 86, §6º, da Lei nº 12.529/2011 c/c art. 198, §1º do RICADE).

Já na hipótese de o proponente do Acordo de Leniência ser pessoa física e o acordo ser celebrado sem a participação da pessoa jurídica, os seus benefícios não se estenderão à empresa a que está ou esteve vinculada (art. 86, §6º, Lei nº 12.529/2011). A não-extensão automática dos benefícios é um fator que objetiva aumentar a instabilidade do cartel, de modo que todos os participantes envolvidos, sejam eles empresas ou pessoas físicas, permaneçam incentivados em denunciar a prática anticompetitiva ao CADE o mais cedo possível.

Saliente-se que o cartel, no âmbito do CADE, pode ser denunciado por pessoa física ou jurídica que não tenha participado da infração a ser denunciada, de modo que, caso um terceiro não participante da infração tome conhecimento do cartel ou de outra conduta anticoncorrencial coletiva, pode fazer uma representação ao CADE, desde que seja fundamentada e acompanhada de informações e documentos que possam comprovar a prática ilícita, a fim de auxiliar substancialmente a investigação.

A motivação precípua para firmar-se um acordo de leniência reside, sobretudo, nos benefícios a serem recebidos por quem assina e, frise-se, cumpre o acordo de leniência. Administrativamente, a celebração do acordo candidata os signatários à obtenção dos benefícios da extinção da ação punitiva da administração pública ou da redução da penalidade aplicável. Ao proponente é facultado desistir da

proposta de Acordo de Leniência a qualquer momento, antes de sua assinatura (art. 205, RICADE).

Por fim, cabe ressaltar que a Lei nº 12.529/2011 prevê mecanismos de combate a condutas antitrustes diversos do Acordo de Leniência. Um deles é o Termo de Cessação de Conduta (TCC).

Enquanto o Acordo de Leniência é instrumento disponível apenas ao primeiro agente infrator a reportar a conduta anticoncorrencial entre concorrentes ao CADE e seus benefícios são tanto administrativos quanto criminais, o Termo de Cessação de Conduta, por sua vez, é acessível a todos os demais investigados na conduta anticompetitiva (art. 85 da Lei nº 12.529/2011), gerando benefícios na seara administrativa, mas sem previsão de benefícios automáticos na criminal.

O acordo de leniência também não deve ser confundido com a “colaboração premiada”, instrumento que, no Brasil, consta em diferentes leis especiais do ordenamento jurídico, como a Lei nº 7.492/86 (BRASIL, 2018) (sobre os crimes contra o sistema financeiro nacional, em seu art. 25, § 2º), a Lei nº 8.072/90 (BRASIL, 2018) (sobre crimes hediondos, em seu art. 8º, § único), a Lei nº 8.137/90 (BRASIL, 2018) (crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo, art. 16, § único), a Lei nº 9.613/1998 (BRASIL, 2018) (sobre os crimes de “lavagem” e ocultação de bens, direitos e valores, em seu art. 1º, §5º), entre outras.

A colaboração premiada é um acordo no âmbito criminal, passível de ser celebrado com a pessoa física denunciante que aceite colaborar voluntariamente com a investigação da autoridade competente e com o processo criminal, o que pode resultar no benefício do perdão judicial ou da redução de até dois terços da pena privativa de liberdade ou da substituição por pena restritiva de direitos.

Ademais, o instituto deve ser objeto de homologação pelo juiz, por meio de requerimento do Delegado de Polícia, do membro do Ministério Público ou do colaborador assistido por seu defensor. Logo, tem normas e características diferentes das do acordo de leniência.

O acordo de leniência tem um importante papel no combate a condutas antitrustes e vem se mostrando como um dos mais efetivos no combate a essas práticas, especialmente por permitir a difícil colheita de provas contra o cartel, sem as quais não é possível a condenação dos envolvidos. A realidade brasileira

demonstra que, de 2003 até 2017, mais de 50 (cinquenta) acordos de leniência foram celebrados³⁶.

Uma vez estabelecidos esses conceitos básicos, passa-se ao exame efetivo do Cartel de Belo Monte e do Acordo de Leniência nele firmado.

³⁶ Informação obtida no site oficial do CADE. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

3. O CARTEL DE BELO MONTE

Como já mencionado, a Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da livre concorrência, nos seus artigos 170, inciso IV e 174, § 3º, que pautam a atuação dos agentes econômicos. A livre concorrência, fundada primordialmente na isonomia, cria condições para que se realize um sistema de concorrência perfeita, um dos princípios da ordem econômica.

Mais do que isso, a isonomia entre os agentes do mercado é condição sem a qual não há livre concorrência, que, por sua vez, repudia os monopólios, que são sua antítese. O Estado deve, então, criar condições para que haja livre concorrência de fato, não apenas no seu caráter de inação, ou seja, com exercício de liberdade, mas com ações concretas, reprimindo o abuso de poder econômico que objetive a dominação de mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros (SCAFF, 2015).

A Lei nº 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência) é o diploma antitruste brasileiro que visa a reprimir tais abusos. Esta legislação, por sua vez, tem dupla instrumentalidade, visando não só à regulação da concorrência e ao combate aos abusos do poder econômico, como também ao estabelecimento de políticas públicas aptas a conduzir e conformar o sistema, em busca de uma transformação na ordem econômica (FORGIONI, 2016).

A lei antitruste considera infração à ordem econômica a formação de cartéis em licitações públicas (art. 36, § 3º, inciso I, alínea d), entendidos como acordos sobre preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública, tema que é o objeto principal deste estudo.

A dinâmica do mercado e a incerteza temporal quanto às práticas decorrentes do acordo ilícito dificultam a própria verificação da existência do cartel em licitações públicas e dos efeitos que ele pode produzir, tanto para a Administração Pública, quanto para o fornecedor.

De fato, a formação de cartéis, atualmente, é um dos maiores entraves ao desenvolvimento econômico, problema este que afeta indistintamente quase todos os países.

Os efeitos de um cartel são extremamente nocivos à economia de determinada região, pois eles acarretam um aumento considerável nos preços dos produtos e serviços, diminuindo a oferta e reduzindo o estímulo à inovação, que é corolário da livre concorrência.

O cartel de Belo Monte, que este capítulo busca descrever, é exemplo de consórcio ilícito, como se demonstrará.

3.1 A CARACTERIZAÇÃO DO CARTEL

Na teoria econômica tradicional, entende-se que um dos objetivos do Estado é corrigir as imperfeições resultantes das relações econômicas – as falhas de mercado – visando à promoção do chamado bem-estar econômico e social, agindo com a finalidade de limitar os graus de liberdade que os agentes econômicos possuem no seu processo de tomada de decisões.

Portanto, o Estado toma decisões ou regula determinados mercados por entender que sua ação é necessária para a busca de eficiência alocativa, o que justifica a intervenção do Estado nas relações privadas, e possui amparo inclusive na Constituição Federal de 1988 (NUSDEO, 2015).

Uma dessas falhas de mercado são as condutas anticompetitivas, sendo fundamental também destacar que o abuso de poder de mercado pode ser seguido por diversas condutas anticompetitivas, que visam não somente prejudicar senão eliminar os demais concorrentes.

Assim, as condutas como cartel, trustes, fixação de preço de revenda, restrições territoriais e de base de clientes, venda casada e contratos de exclusividade, entre outras, devem ser monitoradas e punidas pela autoridade responsável, que, no Brasil, é o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

No tocante às concorrências públicas, a prática do cartel pode ser manifestada, dentre outros meios, pela fixação de preços precedida por acordo firmado entre os concorrentes para impedir que propostas fiquem abaixo de um preço-base; pela supressão de propostas, quando concorrentes esperados para

uma licitação não apresentam proposta ou a apresentam, mas posteriormente a retiram com a finalidade de favorecer determinado licitante; pela subcontratação, quando os concorrentes esperados não participam da licitação ou desistem da proposta apresentada, com o fim claro de serem subcontratados; sobrepreço ou superfaturamento; ou, ainda, divisão de mercados, quando um conjunto de licitações é dividido entre membros de um cartel.

Os cartéis, segundo Gaban e Domingues são:

arranjos comportamentais que podem abranger tanto relações horizontais quanto verticais de mercado, que artificialmente alteram variáveis relevantes à competição com vistas a restringir e até eliminar a concorrência” (2012, p. 161).

As grandes obras públicas facilitam a cartelização em licitação, pois as empresas envolvidas são, quase sempre, de grande porte e poucas têm especialidade para a realização da obra. Ademais, a ampla publicidade, que deveria ser um critério de transparência, acaba por facilitar a coordenação entre as empresas interessadas em cartelizar.

Outro ponto é a modalidade licitatória escolhida, pois algumas podem facilitar a cartelização. O pregão, instituído pela Lei nº 10.520/2002, por exemplo, é considerado uma das modalidades mais seguras, devido ao fato de haver lances no início e habilitação ao final, metodologia que inibe uma das formas mais comuns de cartelização na prática, que é a de combinar uma desabilitação entre os participantes para garantir o nome do vencedor.

O cartel de Belo Monte enquadra-se como de divisão de mercados, segundo conclusão contida no acordo de leniência, firmado em 16 de novembro de 2016, conjuntamente, pelo Ministério Público Federal do Paraná MPF/PR, no âmbito da chamada “Força-Tarefa da Operação Lava Jato”, com a empresa Andrade Gutierrez Engenharia S.A., seus executivos e ex-executivos e o CADE.

O cartel com divisão de mercado consiste naquele em que as empresas-membros concordam em repartir o mercado que cada uma vai ter. Em certas condições, o cartel com divisão de mercado também pode resultar na solução de monopólio.

A Andrade Gutierrez Engenharia S.A e as empresas Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A. e Construtora Norberto Odebrecht S.A. dividiram entre elas o mercado de construção da UHE Belo Monte (BRASIL, 2017), objetivando, ainda, impedir a entrada de *players* estrangeiros na licitação.

Cumpra esclarecer que, nos termos da Lei nº 12.529/2011, em seus artigos 86 e 87, o acordo de leniência tem por objetivo obter informações e documentos que comprovem a existência de um cartel, bem como identificar os demais participantes na conduta. O acordo é celebrado, comumente, nos casos em que, na ocasião de sua propositura, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) ainda não tenha provas suficientes para assegurar a condenação dos envolvidos.

A leniência é assinada apenas com a primeira empresa proponente (ou seu grupo econômico), que deve cessar seu envolvimento na conduta, confessar o ilícito e cooperar plena e permanentemente com as investigações, identificando os demais envolvidos e apresentando provas e informações relevantes. A leniência beneficia os signatários com a extinção ou a redução de um a dois terços da punição no âmbito do CADE. O acordo é assinado em conjunto com o Ministério Público e beneficia o signatário com imunidade penal em relação ao crime de cartel.

O acordo de leniência, como já mencionado, só pode ser firmado se a informação prestada pela empresa for verdadeira e inédita, bem como se possuir credibilidade e possibilidade de confirmação dos dados informados. Além disso, é imprescindível a identificação não apenas da pessoa física ou jurídica que celebra o acordo, mas dos demais envolvidos.

Se o CADE já tiver conhecimento daquela conduta, a empresa pode fazer um acordo de leniência parcial, caso em que o CADE deve fazer um balanço em relação às informações e às provas que já possuía e o que está sendo apresentado, para, então, verificar quais benefícios pode aplicar.

Antes de avançar, é salutar reforçar como o CADE processa o acordo de leniência. A começar pelo procedimento preparatório, que consiste no recebimento da denúncia pelo CADE, com a verificação ou não de sua competência, em respeito aos artigos 88 (atos de concentração) e 36 (infrações) da Lei nº 12.529/2011, fase que não é obrigatória, mas é importante ser respeitada especialmente quando há dúvida acerca da competência do CADE.

Confirmada a competência, passa-se para o inquérito administrativo, quando, por exemplo, colhem-se as provas, verificando se o caso merece investigação. As

hipóteses de processo administrativo estão previstas no art. 48 da lei e a decisão do CADE, de caráter administrativo, é passível de revisão judicial.

Exauridas essas fases, inicia-se o Processo Administrativo em si, conduzido pela Superintendência Geral, que deve respeitar o contraditório e a ampla defesa, após o que o submete à manifestação do Ministério Público, para, em seguida, encaminhar os autos ao Tribunal competente.

O processo administrativo pode ser iniciado por três formas: pela denúncia ou representação, feita, em regra, por uma empresa, um consumidor, uma associação; de ofício, nos casos em que a situação é de conhecimento público e tem ampla divulgação, de modo que o CADE não deve ficar silente; ou por intermédio da leniência.

A investigação do cartel nas obras de construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte iniciou com o acordo de leniência, celebrado com a empresa Andrade Gutierrez Engenharia S.A., tendo sido referendado pelas demais empresas - Odebrecht e Camargo Corrêa, diante do compromisso de cessação da conduta, de manutenção do sigilo do procedimento e de colaboração com a investigação, sendo as três empresas beneficiadas.

Iniciada a investigação, começou a fase de colheita de provas. Uma parte delas, ditas provas diretas, consistiram em escutas telefônicas, devidamente autorizadas pelo Judiciário, busca e apreensão de documentos, como atas de assembleia ou reunião, declaração de participação a respeito de acordo ou reunião sobre ocorrência de cartel, e-mails trocados entre concorrentes, mensagens de texto ou quaisquer outros documentos que corroborassem as informações dos participantes sobre a existência de cartel.

Já as provas indiretas consistem nos indícios que, somados, podem constituir prova de cartel, caso em que a instrução probatória é mais delicada, pois o cartel precisa estar comprovado de forma concreta.

De todo modo, a leniência ainda se apresenta como um mecanismo que traz vantagens para aqueles que assinam o acordo, como a redução de pena e da multa e a extinção da punibilidade no âmbito administrativo e criminal, mas, sobretudo, é um instrumento eficaz para o CADE combater os atos anticoncorrenciais.

No caso aqui tratado, a empresa Andrade Gutierrez Engenharia S.A, por meio de seus empregados e ex-empregados, levou ao conhecimento da Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) a

prática de condutas anticompetitivas no processo licitatório para a outorga de concessão de uso de bem público para a exploração da Usina Hidrelétrica de Belo Monte ("UHE Belo Monte") e a contratação para a construção da UHE Belo Monte na modalidade EPC (*Engineering, Procurement and Construction*)³⁷.

O inquérito administrativo, mais um desdobramento da "Operação Lava Jato", foi subsidiado pela celebração, em setembro de 2016, de acordo de leniência com a Andrade Gutierrez Engenharia S.A. e com executivos e ex-executivos da empresa.

Em outras palavras, implica dizer que a Andrade Gutierrez e executivos ligados à empreiteira admitiram a participação em um cartel para o leilão e as obras de construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, segundo informação incluída no acordo de leniência celebrado entre o CADE e a empresa, assim como afirmaram que Camargo Corrêa e Odebrecht eram partícipes da prática antitruste.

Por meio do acordo, assinado conjuntamente com o Ministério Público Federal do Paraná – MPF/PR ("Força-Tarefa da Operação Lava Jato"), os signatários admitiram sua participação, forneceram informações e apresentaram documentos probatórios a fim de colaborar com as investigações do alegado cartel.

Além de o MPF/PR negociar a colaboração premiada com executivos e ex-executivos da Andrade Gutierrez no âmbito da ação penal em curso na Justiça Federal em Curitiba, o CADE negociou o mencionado acordo de leniência durante dez meses. O acordo foi firmado nos termos dos artigos 86 e 87 da Lei 12.529/2011 ("Lei de Defesa da Concorrência") e é relacionado exclusivamente à prática de cartel, para cuja apuração o órgão antitruste possui competência.

As empresas inicialmente apontadas como participantes da suposta conduta anticompetitiva são Andrade Gutierrez Engenharia S.A., Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A. e Construtora Norberto Odebrecht S.A., além de, pelo menos, seis executivos e ex-executivos do alto escalão dessas empresas.

³⁷ Essa modalidade de contratação é muito utilizada no setor elétrico. Em termos gerais, consiste em modalidade na qual a contratada é responsável pela implantação do empreendimento como um todo, com escopo único, a preço global e por prazo determinado, de forma que a obra seja entregue completamente acabada, com o comissionamento e a pré-operação concluídos. Originalmente utilizada no setor elétrico brasileiro no início da década de 1980, por ocasião da criação do programa nuclear, na implantação da Usina de Angra I, por falta de domínio da engenharia brasileira da tecnologia nuclear e pela segurança deste tipo de contrato, uma vez que nesta modalidade contratual há uma maior mitigação dos riscos que podem surgir nas diversas interfaces deste tipo de empreendimento de grande porte, assim como pela melhor aceitação, à época, dos bancos de fomento para o apoio ao financiamento (VASCO, 2018).

Os contatos entre os concorrentes iniciaram-se em julho de 2009, com a divisão do grupo formado pelas empresas Andrade Gutierrez, Camargo Corrêa e Odebrecht em dois consórcios. Segundo relatado, ao longo do processo de preparação das propostas comerciais, as empresas fizeram um alinhamento de parâmetros que visava a criar uma paridade de condições e de preços entre elas, o que não é esperado entre concorrentes, buscando garantir a viabilidade de um pacto colusivo de posterior divisão da construção da UHE Belo Monte entre elas.

Os ajustes não foram exitosos em um primeiro momento, já que outro consórcio venceu o Leilão nº 06/2009. Apesar disso, as três concorrentes, segundo relatado pelos signatários, adaptaram o prévio ajuste anticompetitivo quando foram posteriormente contratadas para a efetiva construção da UHE Belo Monte na modalidade EPC. Para tanto, as três empresas novamente alinharam variáveis que impactariam nas propostas de preço a serem apresentadas por elas, separadamente, na Concorrência Privada da Norte Energia S.A..

Ao fim, Andrade Gutierrez, Camargo Corrêa e Odebrecht foram contratadas pela Norte Energia S.A., tendo dividido entre elas o montante de cinquenta por cento da construção que lhes coube da UHE Belo Monte. Os contatos anticompetitivos duraram até, pelo menos, julho de 2011, quando foram assinados os contratos referentes às obras de construção da UHE Belo Monte.

Acompanha o acordo de leniência um “Histórico da Conduta”, no qual a Superintendência-Geral do CADE descreve, de maneira detalhada, a prática anticompetitiva conforme relatada pelos signatários e subsidiada pelos documentos probatórios apresentados. Em comum acordo, CADE, MPF/PR e signatários dispensaram, em parte, a confidencialidade do acordo e de seus anexos. No interesse das investigações, alguns documentos e informações estão, por ora, sendo mantidos sob sigilo.

Ao final do inquérito administrativo, caberá à SG/CADE decidir pela eventual instauração de processo administrativo, no qual serão apontados os indícios de infração à ordem econômica colhidos e as pessoas físicas e jurídicas acusadas. Nessa fase, os representados no processo serão notificados para apresentar defesa. Ao final da instrução, a Superintendência emitirá parecer opinativo pela condenação ou pelo arquivamento do caso em relação a cada acusado. As conclusões serão encaminhadas ao Tribunal do Cade, responsável pela decisão final.

Em relação ao Inquérito Administrativo sigiloso 08700.006377/201662, a atual fase processual corresponde à análise da documentação apresentada e dos demais indícios de suposta cartelização, além da realização de novas diligências a fim de obter informações adicionais consideradas relevantes para a instrução do presente Inquérito Administrativo.

Segundo a Nota Técnica Nº 48/2018/CGAA7/SGA2/SG/CADE³⁸, essa fase é necessária para que se possa concluir pela instauração do Processo Administrativo para Imposição de Sanções Administrativas por infrações à ordem econômica ou pelo arquivamento do Inquérito Administrativo, conforme disposto no art. 66, §9º, da Lei n.º 12.529/2011 c/c art. 181 do RICADE. Dessa forma, visando a evitar prejuízos ao interesse público, a SG/CADE concedeu prazo adicional para a conclusão da referida etapa, tendo sido o Inquérito prorrogado por 60 (sessenta) dias, com efeitos a partir de 13 de julho de 2018.

O julgamento final na esfera administrativa cabe ao Tribunal do CADE, que pode aplicar às empresas eventualmente condenadas multas de até 20% calculado sobre seu faturamento. As pessoas físicas, caso identificadas e condenadas, sujeitam-se a multas de R\$ 50 mil a R\$ 2 bilhões. O Tribunal também pode adotar outras medidas que eventualmente entenda necessárias para a dissuasão da conduta.

Cabe referir que esse foi o quarto acordo de leniência firmado pelo CADE no âmbito da “Operação Lava Jato”. Os acordos anteriores foram celebrados com a empresa Setal/SOG e alguns de seus funcionários e ex-funcionários, para investigação de cartel em licitações para obras de montagem industrial *onshore* da Petrobras; com a empresa Camargo Corrêa e alguns de seus funcionários e ex-funcionários, para investigação de cartel em licitação para obras de montagem eletronuclear na usina Angra 3 da Eletronuclear e, novamente, com a empresa Camargo Corrêa e alguns de seus funcionários e ex-funcionários, para investigação de cartel em licitações da Vale para implantação da Ferrovia Norte-Sul e da Ferrovia Integração Oeste-Leste (BRASIL, 2016a).

A Andrade Gutierrez teve um desconto adicional no valor da contribuição pecuniária estabelecida no TCC porque se beneficiou do instituto da leniência *plus*,

³⁸ Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPc4r5ZUAyaU5G_e5NZA7ZedTIIN-d7SAvYsFzmUnivVJjdPYryhglNboqNXYJEqMbZdHD3-nU4r9TIszbB2b4>. Acesso em: 01 set. 2018.

ao [reportar ao CADE a existência de um cartel no mercado nacional de obras de construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte \(Acordo de Leniência nº 07/2016, assinado em setembro de 2016\)](#), após ter sido citada no Acordo de Leniência realizado pelo CADE e o Grupo Setal/SOG Óleo e Gás.

O acordo de leniência *plus*

consiste na possibilidade de uma empresa que foi delatada, via acordo de leniência, por um dos membros do cartel da qual era integrante, fornecer dados sobre a existência de outro cartel e neste obter todos os benefícios do acordo de leniência, bem como a redução de $\frac{1}{3}$ (um terço) da pena que lhe for aplicável em decorrência do cartel anterior (OLIVEIRA, 2016, p. 12).

Em suma, a violação à ordem econômica consistiu em um acordo de divisão do mercado de construção da UHE Belo Monte, viabilizado mediante a troca de informações concorrencialmente sensíveis e o alinhamento de práticas comerciais na estruturação de consórcios para a participação na concessão da UHE Belo Monte e na estruturação de consórcios para a participação na concorrência privada realizada pelo grupo vencedor da concessão (Concorrência Privada da Norte Energia S.A.). Essas condutas foram viabilizadas por meio de reuniões e contatos, sobretudo presenciais, entre as concorrentes, representadas por funcionários do altíssimo escalão (BRASIL, 2017).

O Acordo de Leniência (BRASIL, 2017) narra três etapas do processo de cartelização. A primeira, denominada de fase histórica, compreende o período entre os anos 1970 a 01.07.2009, anterior, portanto, à formação do cartel. A segunda fase, chamada de fase de cartelização, é referente ao Leilão nº 06/2009, compreendendo o período entre 13.07.2009 e 20.04.2010, e é dividida em Etapa 1, quando ocorreu o fomento ao acordo de divisão de mercado de construção da UHE Belo Monte – entre 13.07.2009 a 07.04.2010 – e Etapa 2, quando se consolidou o reforço do acordo de divisão de mercado de construção da UHE Belo Monte – entre 08.04.2010 a 20.04.2010. Por fim, a última etapa, denominada de Fase de Cartelização, é referente à Concorrência Privada da Norte Energia S.A., que iniciou em 21.04.2010 e perdurou até 11.07.2011.

A investigação, com origem nos inquéritos 2009.7000003250-0 e 2006.7000018662-8, iniciou-se com a apuração de crime de lavagem de dinheiro consumado em Londrina/PR, tendo o fato originado a ação penal 5047229-

77.2014.404.7000³⁹. Em síntese, foram colhidas provas, em cognição sumária, de um grande esquema criminoso de cartel, fraude, corrupção e lavagem de dinheiro no âmbito da empresa Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobras cuja acionista majoritário e controladora é a União.

Grandes empreiteiras do Brasil, entre elas a OAS, UTC, Camargo Correa, Odebrecht, Andrade Gutierrez, Mendes Júnior, Queiroz Galvão, Engevix, SETAL, Galvão Engenharia, Techint, Promon, MPE, Skanska, IESA e GDK formaram um cartel, por meio do qual, sistematicamente, frustraram as licitações da Petrobras para a contratação de grandes obras. Além disso, as empresas componentes do cartel pagaram propinas a dirigentes da empresa estatal calculadas em percentual de um a três por cento, em média, sobre os grandes contratos obtidos e seus aditivos.

Também restou constatado que outras empresas fornecedoras da Petrobrás, mesmo não integrantes do cartel, pagaram sistematicamente propinas a dirigentes da empresa estatal, também em bases percentuais sobre os grandes contratos e seus aditivos. A prática, de tão comum e sistematizada, foi descrita por alguns dos envolvidos como constituindo a "regra do jogo".

Surgiram, porém, elementos probatórios de que o caso transcendia a corrupção - e lavagem decorrente - de agentes da Petrobrás, servindo o esquema criminoso para também corromper agentes políticos e financiar, com recursos provenientes do crime, partidos políticos. Alega o MPF que o mesmo esquema criminoso afetou outros contratos da Administração Pública.

Há pontos convergentes entre os esquemas criminosos, como a utilização dos mesmos intermediadores de propinas, os mesmos expedientes de lavagem e, por vezes, os mesmos beneficiários e pagadores de quantias, daí ter sido instaurado o inquérito 5026548-52.2015.4.04.7000 para apurar supostas fraudes nos procedimentos de contratação para a concessão e a construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte e o suposto pagamento de vantagem indevida decorrente.

Relata o MPF que, em 20 de abril de 2010, no âmbito do Processo nº 48500.005668/2009-85, foi realizado pela Agência Nacional de Energia Elétrica

³⁹ Link disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2018/03/delfim-Evento-10-DESPADEC1.pdf>.

(ANEEL) o Leilão nº 06/2009, para a concessão do Aproveitamento Hidrelétrico Belo Monte, no Rio Xingu, no Pará.

Havia dois grupos de empreiteiras participantes, o Consórcio Norte Energia e o Consórcio Belo Monte Energia. O primeiro grupo, formado pelas empresas Companhia Hidroelétrica do São Francisco (CHESF), Construtora Queiroz Galvão S.A., Galvão Engenharia S.A., Mendes Júnior Trading Engenharia, Sergveng Civilsan S.A., J. Malucelli Construtora de Obras S.A., Contern Construções e Comércio Ltda, Cetenco Engenharia S.A. e Gaia Energia e Participações, logrou-se vencedor da concessão da hidrelétrica.

A adjudicação e a homologação do resultado do certame ocorreram em 15 de junho de 2010. O Consórcio Norte Energia, para fins de recebimento da outorga da concessão, constituiu a Sociedade de Propósito Específico (SPE) Norte Energia S.A., à qual foram integrados sócios estratégicos, resultando na seguinte composição societária: Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. (ELETRONORTE), com 19,98%; Companhia Hidro Elétrica do São Francisco (CHESF), com 15%; Centrais Elétricas Brasileiras (ELETROBRAS), com 15%; Fundação Petrobras de Seguridade Social (PETROS), com 10%; Bolzano Participações S.A., com 10%; Gaia Energia e Participações, com 9%; Caixa Fundo de Investimento em Participação (CEVIX), com 5%; Construtora Queiroz Galvão S.A., com 2,51%; Construtora OAS Ltda., com 2,51%; Fundação dos Economistas Federais (FUNCEF), com 2,5%; Galvão Engenharia S.A., com 1,25%; Mendes Junior Trading Engenharia S.A., com 1,25%; Serveng Civilsan S.A., com 1,25%; Contern Construções e Comércio Ltda, com 1,25%; Cetenco Engenharia S.A., com 1,25%; J Malucelli Construtora de Obras S.A., com 1%; Siderúrgica Norte Brasil S.A. (SINOBRAS), com 1%; J. Malucelli Energia S.A., com 0,25%.

Embora a estrutura societária fosse privada, a Norte Energia S.A. tinha participação expressiva do Governo Federal, tendo em vista a soma das participações societárias da Eletronorte, CHESF e da Eletrobras (total de 49,98%). As duas primeiras empresas são subsidiárias da última, a Eletrobras.

Além disso, na composição societária, havia participação de fundos de pensão estatais, a Petros (10%), a FUNCEF (2%) e a FIP Cevix (5%), este gerido pela Caixa Econômica Federal. Em 26 de agosto de 2010, a Norte Energia S.A. formalizou com a União o contrato de concessão nº 01/2010-MME-UHE Belo Monte.

Para a construção da usina, a Norte Energia S.A. contratou o Consórcio Construtor Belo Monte (CCBM), formado pelas seguintes empresas e participações: Andrade Gutierrez Engenharia S.A. (18%), Construções e Comércio Camargo Correa S.A. (16%), Construtora Norberto Odebrecht S.A. (16%), Construtora Queiroz Galvão S.A. (11,5%), Construtora OAS S.A. (11,5%), Contern-Construções e Comércio Ltda (10%), Galvão Engenharia S.A. (10%), Serveng Civilsan S.A. Empresas Associadas de Engenharia (3%), Cetenco Engenharia S.A. (2%) e J. Malucelli Construtora de Obras S.A. (2%).

O MPF reuniu elementos de informação que apontam o favorecimento, pelo Governo Federal, do Consórcio Norte Energia na disputa pela concessão da Usina Hidrelétrica de Belo Monte. Um dado objetivo extraído das circunstâncias do próprio certame é que o Consórcio Norte Energia efetuou a sua inscrição no leilão no último dia do prazo, 16/04/2010, que já havia sido prorrogado pela ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica, do dia 14 para o dia 16 de abril de 2010, aparentemente, para favorecê-lo.

Depoimentos prestados pelos colaboradores integrantes do Grupo Odebrecht, Henrique Serrano do Prado Valladares, Emílio Alves Odebrecht e Marcelo Odebrecht, são convergentes no sentido de que, valendo-se da presença de pessoas próximas ou integrantes do Governo Federal, como, por exemplo, Valter Cardeal e Erenice Guerra⁴⁰, em reunião das empreiteiras que participariam do certame, capitaneada pela Vale, às vésperas do leilão, o Governo Federal, aproveitando-se das informações confidenciais discutidas na reunião, apresentou, no dia do leilão, por intermédio do Consórcio Norte Energia, formado por empresas integrantes do Grupo Eletrobrás, proposta contendo tarifa com deságio de 6% em relação à oponente, acabando por lograr-se, assim, vencedora do certame.

Flávio David Barra, executivo da Andrade Gutierrez, também celebrou acordo de colaboração e confirmou o pagamento de valores a agentes do PT e do PMDB em decorrência do contrato de construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte. Narrou que a Andrade Gutierrez fora contratada para realizar as obras por interferência do Governo Federal, mas que, para tanto, deveria pagar um por cento do valor do contrato para agentes políticos do PT e do PMDB, sendo o ex-Ministro

⁴⁰ Valter Carderal foi presidente interino da Eletrobras de 2007 a 2008, logo depois assumindo o cargo de Diretor de Geração neste órgão, onde permaneceu até 2016. Por sua vez, Erenice Guerra foi chefe da Casa Civil no governo Dilma.

da Fazenda Antônio Palocci Filho o portador da notícia. Segundo ele, a solicitação foi comunicada aos demais integrantes do consórcio, cabendo a cada um cuidar das formas de repasse de sua cota parte.

A Andrade Gutierrez teria pago cerca de vinte milhões de reais em propinas. A maior parte dos valores teria sido repassada como doações eleitorais registradas e cerca de seiscentos mil reais, em espécie.

Dalton dos Santos Avancini, Presidente da Camargo Correa, após a celebração de acordo de colaboração premiada (5013949-81.2015.4.04.7000), declarou, igualmente, que houve interferência do Governo Federal para que três grandes empreiteiras se associassem ao Consórcio Norte Energia para a construção da hidrelétrica.

Declarou, ainda, que houve um compromisso de que haveria uma contribuição na ordem de 1% do valor do empreendimento para o PMDB e isso resultaria, para a Camargo Correa, que tinha 15% de participação na obra, em uma contribuição na ordem de vinte milhões de reais, que deveria ser pago ao longo do empreendimento.

Ainda segundo Dalton dos Santos Avancini, os detalhes do pagamento teriam sido acertados pelo executivo da Camargo Correa Luis Carlos Martins e por Adhemar Palocci, vulgo “Palocchino”, irmão de Antônio Palocci Filho, que teria algum envolvimento com o recebimento das propinas.

Augusto Roque Dias Fernandes Filho, da Odebrecht, na sua colaboração, confirmou expressamente o envolvimento de Valter Cardeal, Adhemar Palocci e José Ailton na definição de quais empresas deveriam se consorciar e, igualmente, na definição de que a liderança do Consórcio Construtor Belo Monte caberia à Andrade Gutierrez.

Apresentou, nesse contexto, e no bojo de seu acordo, as atas das reuniões realizadas nos dias 20/05/2010 e 27/05/2010, nas quais ele e Marcelo Bisordi, da Camargo Correa, ouviram de Valter Cardeal, Adhemar Palocci e José Ailton de Lima as diretrizes para a formação do Consórcio Construtor Belo Monte.

O anúncio aos empreiteiros de que todas as empresas participantes do Consórcio Construtor Belo Monte deveriam destinar vantagens indevidas no montante de 1% dos valores contratuais para o PT e PMDB, em partes iguais, foi feito por Flávio David Barra, da Andrade Gutierrez, em reunião ocorrida em

03/11/2011, no Hotel Palace, em Altamira/PA, conforme depoimentos prestados pelos executivos do Grupo Odebrecht.

Eles apresentaram a ata da reunião realizada em Altamira/PA no âmbito de seus acordos de colaboração. Assim, havia prova, em cognição sumária, pelo relato de vários colaboradores de distintas empreiteiras e por documentos por eles apresentados, de que a contrapartida exigida para a participação no Consórcio Construtor Belo Monte foi a destinação de vantagens indevidas para o Partido dos Trabalhadores e para o então Partido do Movimento Democrático Brasileiro, hoje MDB (Movimento Democrático Brasileiro).

Segundo o MPF, há indícios de que a maior parte da propina destinada às agremiações políticas foi transferida por meio de doações eleitorais, modelo empregado pela Andrade Gutierrez e, provavelmente, reproduzido pelas demais empreiteiras.

Relatos de dois executivos colaboradores da Andrade Gutierrez, Otávio Marques de Azevedo e Flávio David Barra, corroboram a versão de que a propina era paga mediante doação eleitoral oficial ao Partido dos Trabalhadores. Otávio Marques de Azevedo, em depoimento prestado no bojo do Inquérito 4267/STF, afirmou que fora comunicado por Antonio Palocci de que a Andrade Gutierrez dividiria 50% da participação no consórcio construtor com a Camargo Côrrea e com a Odebrecht, e seria a empresa-líder.

Como contrapartida, as empreiteiras teriam que contribuir financeiramente para o Partido dos Trabalhadores e para o Partido do Movimento Democrático Brasileiro. Posteriormente, Antonio Palocci teria indicado a Otávio Marques de Azevedo o nome de João Vaccari Neto para tratar dos valores a serem encaminhados ao PT e de Edison Lobão, para tratar dos valores a serem destinados ao PMDB.

Segundo o MPF, em depoimento prestado à Força-Tarefa, na data de 23/11/2017, Otávio Marques de Azevedo declarou que os valores acertados a título de propina ao PT haviam sido pagos em parcelas, como doação eleitoral oficial, no importe total de R\$ 10 milhões, sendo R\$ 2,5 milhões no ano de 2010; R\$ 1,6 milhão no ano de 2012 e R\$ 4,5 milhões no ano de 2014, além dos R\$ 1,4 milhão que teriam sido redirecionados a Antonio Delfim Netto.

Em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral, o MPF identificou o montante de doações eleitorais realizadas pela Andrade Gutierrez em

prol da direção nacional do Partido dos Trabalhadores, entre os anos de 2010 a 2014. No ano de 2010, as doações eleitorais somaram R\$15.700.000,00. No ano de 2012, totalizaram R\$ 21.470.000,00; no ano de 2014, R\$ 14.680.000,00, sempre contabilizando somente o montante destinado à direção nacional.

Havia, assim, indícios de que os valores destinados ao Partido dos Trabalhadores e ao Partido do Movimento Democrático Brasileiro, como contrapartida à realização das obras referentes à Usina Hidrelétrica de Belo Monte, no percentual de 1% do valor dos contratos, com divisão igualitária de cinquenta por cento para cada agremiação política, foram repassados de forma dissimulada por meio de doações eleitorais registradas.

Importa consignar que o registro da doação eleitoral não elide o caráter criminoso da conduta, caracterizado pelo repasse de vantagens indevidas de forma dissimulada.

Em um segundo momento, e com a atuação ativa de Antonio Delfim Netto na formação do Consórcio Norte Energia, houve uma ordem de um representante do Governo Federal, aparentemente Antonio Palocci Filho, para que houvesse o direcionamento parcial das vantagens indevidas a Antonio Delfim Netto.

Segundo os colaboradores Flávio David Barra e Otávio Marques de Azevedo, duas figuras tiveram protagonismo na estruturação do Consórcio Norte Energia, Antonio Delfim Netto e José Carlos Costa Marques Bumlai. Flávio David Barra alegou que Antônio Palocci Filho lhe solicitara que fossem repassados cerca de quinze milhões de reais a Antonio Delfim Netto. Segundo o colaborador, a Andrade Gutierrez teria contribuído com parcela proporcional à sua participação no negócio e transferido os valores, por meio de contratos fictícios, às empresas LS Consultoria Empresarial Agropecuária, de Luiz Appolonio Neto, sobrinho e representante de Delfim Netto, e Aspen Assessoria e Planejamento, de propriedade de Delfim Netto.

O próprio Antonio Delfim Netto, em depoimento prestado perante a autoridade policial no Inquérito 4267/STF, confirmou que teve participação na estruturação do Consórcio Norte Energia.

Alegou, entretanto, que os valores que lhe foram pagos pelas empreiteiras tiveram por base a prestação de serviços de consultoria. Estranhamente, no entanto, não foi formalizado ou apresentado nenhum contrato entre Antonio Delfim Netto e/ou suas empresas e as empreiteiras ou o Consórcio.

Os depoimentos dos colaboradores das empresas participantes do Consórcio Norte Energia S.A. foram corroborados pelos documentos apresentados pelo MPF que apontam transferências milionárias das empreiteiras Andrade Gutierrez, Camargo Correa, Odebrecht, OAS e J. Malucelli, todas integrantes do Consórcio Construtor Belo Monte, em favor das empresas LS Consultoria Empresarial Agropecuária e Aspen Assessoria e Planejamento Econômico, pertencentes, respectivamente, a Luiz Appolonio Neto e Antonio Delfim Netto.

Luiz Carlos Martins apresentou, ainda, o contrato que reputou fraudulento de prestação de serviços formalizado entre a Camargo Correa e a Aspen Assessoria e, igualmente, as notas fiscais falsas emitidas com base nele. Foram, ainda, registradas comunicações telefônicas entre Luiz Appolonio Neto e terminais vinculados à Camargo Correa, entre os anos de 2012 a 2013.

Por sua vez, os pagamentos realizados pela Odebrecht teriam ocorrido por meio de seu “Setor de Operações Estruturadas⁴¹” diretamente a Luiz Appolonio Neto. O codinome utilizado para se referir a Antonio Delfim Netto nas planilhas e sistemas internos da Odebrecht era "Professor".

Inicialmente, teriam sido destinados R\$ 200.000,00 a Antonio Delfim Netto, a pedido do então Ministro de Minas e Energia Edison Lobão, conforme relato do colaborador Henrique Valadares.

Posteriormente, teriam sido ainda destinados a Antonio Delfim Netto, via Luiz Appolonio Neto, R\$ 300.000,00 na gestão de Antonio Carlos Dahia Blando, e R\$ 720.000,00, pagos em três parcelas de R\$240.000,00, já na gestão de Augusto Roque Dias Fernandes Filho. Há registros no sistema Drousys⁴² dos pagamentos havidos.

No caso da parcela de R\$ 300.000,00, existe registro parcial do pagamento de R\$ 63.000,00 na data de 31/07/2012, associado ao codinome "Professor" e à senha "Pastel". Assim, em análise sumária, tem-se que a LS Consultoria Empresarial Agropecuária e a Aspen Assessoria e Planejamento Econômico

⁴¹ O “Setor de Operações Estruturadas” consistia em um departamento dentro da empresa Odebrecht “que tinha por função, após ser abastecido com valores de origem criminosos, providenciar o repasse das vantagens indevidas para agentes públicos, com a adoção de mecanismos de ocultação e dissimulação”. Disponível em: www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/docs/bendine_denuncia.pdf. Acesso em: 27 ago. 2018.

⁴² O sistema Drousys servia à comunicação da equipe que operava os pagamentos do setor de propinas da Odebrecht. O sistema era parte hospedado em um servidor na Suíça e, uma outra parte, na Suécia (mais especificamente em Estocolmo). Era formado por 73 usuários que tiveram acesso aos e-mails, chats e canais de telefonia voIP para dificultar o rastreamento por autoridades.

receberam valores milionários de empresas comprovadamente envolvidas em esquemas criminosos, sem possuir estrutura, em princípio, compatível com a prestação de serviços daquela magnitude.

Havia indícios, portanto, em cognição sumária, de que o Consórcio Norte Energia (posteriormente SPE Norte Energia S.A.) fora indevidamente favorecido por agentes do Governo Federal, tornando por lograr-se vencedor em licitação destinada à construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte.

Os colaboradores Henrique Serrano do Prado Valladares, Emílio Alves Odebrecht e Marcelo Odebrecht, todos do Grupo Odebrecht, afirmaram, como visto acima, que a formação do Consórcio Norte Energia fora patrocinada pelo Governo Federal, após municiar-se de informações confidenciais, apresentando proposta destituída de viabilidade econômica, com deságio de 6% em relação à apresentada pelo Consórcio Belo Monte Energia, o que resultou na contratação do primeiro para a realização da obra.

Outros colaboradores, a exemplo de Flávio David Barra, Otávio Marques de Azevedo, ambos da Andrade Gutierrez, e Dalton dos Santos Avancini, da Camargo Correa, declararam que houve acerto no sentido de que todas as empresas participantes do Consórcio Construtor Belo Monte deveriam destinar vantagens indevidas no montante de 1% dos valores contratuais para o PT e PMDB, a serem divididos em partes iguais.

Posteriormente, conforme declarado pelos colaboradores Flávio David Barra, Otávio Marques de Azevedo, Antonio Carlos Dahia Blando e Augusto Roque Dias Fernandes, o rateio foi redistribuído, sendo destinada parte para Antonio Delfim Netto, no percentual de 10% dos valores contratuais, em virtude de sua participação no episódio.

O motivo teria sido o protagonismo de Antonio Delfim Netto na formação do Consórcio Norte Energia, permitindo, assim, que o Governo Federal pudesse assumir o controle indireto da concessão de Belo Monte.

Os fatos são indícios dos crimes dos arts. 90, 93 e 94 da Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, 2018). Podem, ainda, configurar crime de corrupção caso parte dos valores tenha sido destinada a agentes públicos, por exemplo, a campanhas eleitorais. As propinas teriam sido pagas por cada uma das empreiteiras integrantes do Consórcio Construtor Belo Monte, em percentual correspondente à sua participação no consórcio.

Se os pagamentos efetuados a Antônio Delfim Netto tiveram origem em acerto de corrupção entre agentes públicos e as empreiteiras, há fundada suspeita sobre a licitude dos serviços por ele prestados. O fato de ele não ter apresentado contratos por escrito desses serviços apenas reforça a suspeita.

O depoimento convergente de diversos colaboradores, de distintas empreiteiras, no sentido de que houve pagamento de propina na obtenção do contrato referente às obras na Usina Hidrelétrica de Belo Monte, aliado às provas de que houve pagamentos, em circunstâncias não totalmente esclarecidas, a empresas vinculadas direta ou indiretamente a Antonio Delfim Netto, que, aparentemente, não possuem estrutura para a prestação de serviços milionários, contribuem para configurar a existência, em cognição sumária, de crimes de fraude à licitação, corrupção, lavagem de dinheiro e, quiçá, organização criminosa.

Assim, em resumo, a fase histórica detalha o período em que a Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. – "Eletronorte" – iniciou os estudos de viabilidade técnica para a UHE Belo Monte, a que se seguiu a constituição de um grupo por Andrade Gutierrez, Camargo Corrêa e Odebrecht, a fim de participarem desses primeiros estudos. O relato dessa fase encerra-se com a determinação de separação do grupo pelo Governo, durante reunião realizada no Ministério de Minas e Energia em 1º de julho de 2009, contra o que não se insurgiram.

Os signatários do acordo de leniência relataram que essa exigência teve impacto profundo nas empresas, visto que, há anos, haviam trabalhado em conjunto para a realização dos complexos estudos e já haviam efetuado gastos de, aproximadamente, R\$75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais) para viabilizar a construção da UHE de Belo Monte que, conforme reafirmaram durante os seus depoimentos, não poderia ser desenvolvida isoladamente por nenhuma delas. Essa, portanto, a justificativa que deram para a decisão de formação do cartel, de modo que mantiveram, ilicitamente, os contatos anticompetitivos, apesar da aparente separação.

A fase de cartelização, referente ao Leilão nº 06/2009 (período de 07/2009 a 04/2010), contempla os fatos posteriores a esse pedido de separação. A Andrade Gutierrez procurou compor seu próprio consórcio, enquanto a Camargo Corrêa e a Odebrecht se uniram para buscar formar novo consórcio. No entanto, embora separadas, as três empresas visaram implementar um acordo de divisão da construção da UHE Belo Monte, viabilizado mediante trocas de informações

concorrencialmente sensíveis e o alinhamento de práticas comerciais na estruturação de consórcios.

Por fim, chega-se à fase de cartelização, referente à Concorrência Privada da Norte Energia S.A. (04.2010 a 11.07.2011), que descreve a rearticulação do cartel formado por Andrade Gutierrez, Camargo Corrêa e Odebrecht, após a perda da licitação para concessão e a solicitação de apresentação de propostas pela Norte Energia S.A., vencedora do Leilão nº 06/2009. Com a perda da licitação pelo Consórcio Belo Monte Energia, os participantes do conluio entenderam, inicialmente, que não teriam mais condições de implementar o acordo de divisão de mercado de construção da UHE Belo Monte.

Essa impressão, porém, rapidamente se modificou, pois o Consórcio Norte Energia, vencedor da concessão - que, de acordo com os signatários, sabidamente, não tinha condições técnicas e financeiras para, isoladamente, executar a construção da UHE Belo Monte -, precisou delas para dar andamento à construção. Durante essa fase, as três concorrentes ajustaram o acordo inicial para manter a divisão da construção da UHE Belo Monte.

Seus interlocutores definiram que haveria um alinhamento das variáveis que impactariam nas propostas de preço a serem oportunamente apresentadas pelas empresas na concorrência privada da Norte Energia S.A. para o EPC da UHE Belo Monte. Assim, houve, principalmente, um alinhamento das contingências – a exemplo das premissas da construção, divisão de risco entre as construtoras e os investidores e o contingenciamento dos riscos das construtoras – entre as empresas concorrentes, mas como as contingências tinham valor considerável dentro da proposta, uma vez alinhadas, deixou de existir muito descolamento dos preços.

Da mesma forma, a proximidade entre os preços apresentados por Andrade Gutierrez, de um lado, e a Camargo Corrêa e a Odebrecht, de outro, decorreu do acerto sobre as contingências realizado entre as empresas, segundo informado por elas. As empresas participantes do conluio concorriam entre si, mas a disputa era, apenas e exclusivamente, pela liderança do grupo que seria formado para a construção, razão pela qual o alinhamento comercial para as questões de contingenciamento fora acordado por todas.

Ao longo de todo o período da conduta anticompetitiva, portanto, as empresas ajustaram as alterações do cenário à divisão inicial da construção da Usina

Hidrelétrica de Belo Monte, pretendida por Andrade Gutierrez, Camargo Corrêa e Odebrecht, divisão essa que, de fato, foi implementada, apesar de ter sido proibida.

Pode-se afirmar, assim, que essas empresas formaram um claro cartel de divisão de mercados em licitação pública, vedado pela legislação antitruste e que só veio a ser descoberto e punido em virtude da existência do instituto da leniência na legislação antitruste brasileira.

3.2 OS IMPACTOS DO CARTEL

O cartel viola direitos básicos dos consumidores na medida em que retira suas possibilidades de escolha, fazendo-os pagar preços mais altos e diminuindo suas opções de compra. Ademais, viola a proteção do consumidor contra as práticas comerciais coercitivas e desleais, deixando-o vulnerável.

Os cartéis ou acordos entre competidores que visem a estabelecer preços, fraudar a concorrência, restringir a produção ou dividir mercados, consistem em uma das violações mais sérias e danosas à lei da competição. Eles prejudicam os consumidores pelo aumento abusivo dos preços e pela restrição de oferta. Ademais, criam poder de mercado, causando desperdício e ineficiência nos países cujos mercados deveriam ser competitivos.

Entretanto, ainda que seja comumente aceito que os cartéis são danosos à livre concorrência, não é bem conhecida a extensão do dano que eles causam, o que precisa mudar, a fim de que se possa compreender como os cartéis prejudicam os consumidores e avaliar a magnitude deste prejuízo, pois apenas essa compreensão conduzirá a uma ação mais efetiva contra esta conduta, incluindo a imposição de sanções contra os participantes do cartel.

Não é fácil quantificar esses efeitos, pois isso exige uma comparação da situação vigente no mercado sob o cartel, com aquela que existiria em um mercado competitivo hipotético, o que geralmente é feito a partir de uma aproximação com o ganho ilícito recebido pelos membros do cartel originado de sua atividade.

Acrescente-se que os cartéis podem, ainda, trazer danos imensuráveis, como impedir o surgimento de novos produtos, comprometendo a inovação, os processos produtivos e novos atores econômicos, que não conseguem ingressar no mercado.

No caso da cartelização em grandes obras, já foram constatados prejuízos ao país e ao bem-estar da população, decorrente da prática de condutas

anticompetitivas envolvendo projetos de infraestrutura de transporte de passageiros sobre trilhos (em especial metrô) em licitações públicas realizadas, pelo menos, nos estados de Bahia, Ceará, Distrito Federal, Minas Gerais, Paraná, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e São Paulo (CADE, 2017).

Mais do que a perda financeira do Estado brasileiro, que se eleva à cifra de milhões de reais, a população fica prejudicada pelo atraso nas obras, pela indisponibilidade do serviço a que teria acesso e pelo comprometimento de verba pública considerável que poderia ser empregada em outra política ou obra pública essencial à população.

Essas consequências são chamadas de externalidades, consistindo em efeitos colaterais da produção de bens ou serviços sobre outras pessoas que não estão diretamente envolvidas com a atividade⁴³. Em palavras mais simples, as externalidades referem-se ao impacto de uma decisão sobre aqueles que dela não participaram.

As externalidades, ou seja, os efeitos sobre o exterior, são atividades que envolvem a imposição involuntária de custos ou de benefícios, que têm efeitos positivos ou negativos sobre terceiros sem que estes tenham oportunidade de o impedir e sem que tenham a obrigação de os pagar ou o direito de ser indenizados (NUNES, 2018).

Tais externalidades podem ter efeitos positivos ou negativos, isto é, podem representar um custo para a sociedade, ou podem gerar benefícios a ela. Um exemplo típico de externalidade negativa é o da fábrica que polui o ar, afetando a comunidade próxima. O estímulo à economia regional, como resultado da demanda de serviços pela fábrica, pode representar uma externalidade positiva para a comunidade.

Percebe-se, pois, que a construção de uma usina hidrelétrica, como a de Belo Monte, gera externalidades positivas, como o desenvolvimento da região e o aumento da produção de energia, mas é sobre as externalidades negativas que a reflexão fica mais densa.

Isso porque as externalidades negativas, aqui apresentadas como impactos, passam a se tornar custos para a população, tornando necessária a criação de políticas públicas para estimular a instalação de atividades que constituam

⁴³ Disponível em: <<http://www.licenciamentoambiental.eng.br/conceito-de-externalidades/>>. Acesso em: 27 ago. 2018.

externalidades positivas, a fim de impedir a geração de externalidades negativas ou obrigar os geradores destas a internalizarem-nas.

Em regra, as externalidades envolvem uma imposição involuntária e constituem uma ineficiência de mercado, o que impõe a intervenção do Estado através da oferta ou da criação de incentivos à oferta de atividades que constituam externalidades positivas e por meio do impedimento ou criação de incentivos à não produção de externalidades negativas.

As externalidades criadas pelo cartel são as mais diversas. No que diz respeito ao cartel para a construção de Belo Monte, as mais propaladas externalidades, especialmente em se tratando de Amazônia, são os danos ambientais que ela causou.

De uma forma geral, a exploração dos recursos naturais causa impactos ambientais, sejam locais ou globais, pois as agressões à natureza provocam mudanças e desequilíbrios nos geossistemas, e a própria ambiência natural encarrega-se de responder a essas investidas.

No caso do rio Xingu, as implicações ambientais oriundas da construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte dizem respeito ao conjunto de barragem, reservatório, tomada d'água e casa de força. Na abordagem dos impactos físicos ambientais, o principal problema apontado está relacionado com o represamento e o desvio de parte das águas do rio Xingu, evidenciado pela mudança no nível das águas, seja pela elevação à montante da barragem, seja pelo rebaixamento à jusante do canal para o desvio das águas. Isso implicará diretamente na dinâmica do relevo fluvial, vez que o aporte de sedimentos será modificado (FREIRE, 2014).

A implantação do projeto acarretou uma diversidade de mudanças drásticas no meio ambiente, cujas consequências serão, certamente, muito maiores das que as já anunciadas. Por um lado, haverá alagamento de parte da região e, por outro, um processo inverso, ou seja, a submissão ao regime de seca (SANTOS, *et al.*, 2012).

Diante do acelerado processo de construção de edificações e da pavimentação das ruas são constatados impactos como a impermeabilização do solo e a derrubada de vegetação, além da construção de fossas sépticas sem rigor, contaminando o lençol freático. É sabido que os impactos em bacias hidrográficas, por tratar-se de sistemas complexos, podem ocasionar problemas relativos tanto à

sua configuração físico-geográfica, quanto aos modos de vida e de organização da população atingida.

Com os desmatamentos nas margens do rio e a remoção de estruturas geológicas na área do represamento, ocorre a desconstrução da estrutura geomorfológica do canal fluvial, uma vez que novas ilhas fluviais surgem e outras desaparecem (FREIRE, 2014).

Há externalidades negativas também na biodiversidade local, que terá que adaptar-se às novas áreas estabelecidas e mesmo as que desaparecerão sem habitat adequado. No caso específico do desvio das águas, com a canalização até a barragem, o problema é a diminuição do aporte das águas à jusante do canal que seguiria pela chamada “Volta Grande do Xingu”, caracterizada por ser uma área onde o curso do rio apresenta baixa profundidade, com a presença de afloramentos rochosos acima do nível fluvial. Há, portanto, receio de mortandade de espécies fluviais, acreditando-se no ressecamento da Volta Grande do Xingu (FREIRE, 2014).

De outro lado, a construção da usina implicou na duplicação da população de Altamira, cidade em que se situa, na realocação de mais de dez mil habitantes e no alagamento de bairros não previsto no projeto. Outra externalidade refere-se à morte de 16 toneladas de peixes no trecho da Volta Grande do Xingu, no período de novembro de 2015 a fevereiro de 2016, causada, dentre outras razões, pela redução do oxigênio disponível da água, conforme constatado pelo IBAMA (ESTADÃO, 2016).

Da comparação entre os mapas de uso e ocupação do solo dos anos de 2011 e 2016 e que representam o antes e depois da construção de Belo Monte, ficou evidente o aumento da mancha urbana principalmente na cidade de Altamira. As áreas de água e solo exposto ocuparam uma porcentagem maior em relação à área total e a área de vegetação diminuiu (CABRAL JUNIOR, *et al.*, 2017).

Apesar de a água ocupar um percentual maior sobre a área total em 2016 e Belo Monte estar utilizando apenas cinco por cento da sua capacidade, já é evidente a grande redução da vazão no trecho de 100km da Volta Grande do Xingu que perpassa as comunidades indígenas Paquiçamba e Arara, assim como o alarmante desmatamento nestas terras indígenas.

Os resultados da análise espectral indicam um aumento dos sólidos em suspensão no rio e a conseqüente diminuição do oxigênio disponível no rio Xingu, já

que houve um aumento da reflexão da água em quase todas as bandas do espectro eletromagnético.

De acordo com Cunha *et al.* (2009), é necessário ter em mente que o empreendimento de Belo Monte, do ponto de vista da ictiofauna, é tecnicamente inviável, visto que irá destruir uma grande extensão de ambientes de corredeiras. A vazão reduzida irá provocar a mortandade de milhões de peixes ao longo dos 100 km ou mais da Volta Grande e não há medida a ser tomada que mitigue ou sequer compense este impacto.

Destaca que o EIA exhibe ainda erros na identificação de espécies presentes no rio e comenta que a bacia hidrográfica do Rio Xingu apresenta uma das maiores variedades de espécies de peixes já observada na Terra, com cerca de 4 vezes o total de espécies encontradas em toda a Europa.

Esta biodiversidade ampara-se, inclusive, na barreira geográfica representada pelas corredeiras e pedrais da Volta Grande que isolam em duas ecorregiões os ambientes aquáticos da bacia do Rio Xingu. O sistema de eclusas proposto, ao romper este isolamento, pode causar extinção de centenas de espécies, além de impactos socioeconômicos imprevisíveis, inclusive para o próprio aproveitamento hidrelétrico, por processos que, uma vez deflagrados, não podem ser revertidos ou controlados.

A construção gerou impactos ambientais como a inundação de áreas das cidades de Altamira e de Vitória do Xingu em consequência da construção de dois canais, que desviaram o leito original do rio e prejudicaram os agricultores e a população local, vez que a única forma de transporte dessa região, o fluvial, foi interrompida. Além disso, o desvio acarretou a redução da oferta de água, o que é mais grave quando observado que essa travessia é de fundamental importância para os moradores, pois é dessa forma que eles têm acesso a médicos, dentistas e fazem seus negócios, como a venda de peixes e castanhas.

Ademais, Belo Monte não possui reservatório de água e depende da sazonalidade das chuvas. Em épocas de cheia, a usina deve operar com metade da capacidade, porém, em tempos de seca, a geração de energia pode ficar um pouco abaixo de 4,5 mil MW. Além disso, a instalação da infraestrutura desta obra afetou também a flora e a fauna locais, causando uma perda irreversível de centenas de espécies e, portanto, revelando-se forte ameaça à biodiversidade. Levando estes

dados em consideração, a viabilidade econômica desta construção torna-se contraditória.

A diminuição da vazão do rio Xingu também afetou as terras indígenas de Paquiçamba e Arara da Volta Grande do Xingu, prejudicando os índios que vivem da pesca no rio. Além disso, o desmatamento na área poderá ser intensificado, além de ocorrer aumento da ocupação desordenada do território, causando impacto sobre essas populações indígenas, prejudicando os seus povos e a sua cultura que sempre residiram ao longo de sua bacia (PENSAMENTO VERDE, 2018).

Essas consequências culturais que obras da magnitude de Belo Monte causam, afetam, sobretudo, a vida dos indígenas. As ações mitigadoras e compensatórias propostas, como o programa de saúde indígena, o projeto de educação ambiental, o plano de melhoria das habitações indígenas, a capacitação de professores indígenas, entre outras, ficaram infinitamente aquém dos impactos nefastos e irreversíveis decorrentes da implantação de uma grande obra hidrelétrica.

A pauta de reivindicações continua nos dias atuais. Exemplo disso é que, ainda em 2018, famílias indígenas da região da “lagoa do Independente 1” acamparam no escritório do Ibama em Altamira na manhã de 9 de julho, cobrando que o órgão exija da Norte Energia o início imediato dos trabalhos de realocação das quase 600 famílias (MAB, 2018).

Após insistir, por 3 anos, pelo reconhecimento como atingidos pela hidrelétrica de Belo Monte, o Movimento dos Atingidos por Barragens (MAB), esse grupo só foi reconhecido pelo IBAMA em março de 2018, mas os seus integrantes ainda estão vivendo em área permanentemente alagada e poluída.

O IBAMA reconheceu a responsabilidade da concessionária da barragem e ordenou a remoção e o reassentamento ou indenização das famílias. De acordo com o órgão, elas foram levadas a ocupar o local, impróprio para moradia, devido ao aumento no custo de vida na cidade impulsionado pela construção da hidrelétrica.

O cadastro socioeconômico inicial da Norte Energia apontou 968 famílias no local; no entanto, relatório mais recente da concessionária afirma que são cerca de 578 famílias a serem removidas, a maioria vivendo em casas de palafita, mas também algumas morando sobre área aterrada ao redor da “lagoa”.

Esta foi a segunda vez em menos de um mês que a comunidade ocupou o órgão em busca de seus direitos (MAB, 2018).

As Ações Civis Públicas (ACPs) já mencionadas nesta dissertação são exemplos da luta para que o direito dos indígenas seja preservado, como a que discutiu o descumprimento de condicionantes indígenas de reestruturação da FUNAI de Altamira/PA, previstas na Licença Prévia da UHE Belo Monte e o caos no atendimento à sobredemanda gerada por Belo Monte (processo n.º. 2694-14.2014.4.01.3903, em trâmite perante a Vara Única da Subseção Judiciária de Altamira/PA); e o reconhecimento de que a implementação de Belo Monte constitui ação etnocida do Estado brasileiro e da concessionária Norte Energia S.A., evidenciada pela destruição da organização social, costumes, línguas e tradições dos grupos indígenas impactados (processo n.º. 3017-82.2015.4.01.3903, em trâmite perante a Vara Única da Subseção Judiciária de Altamira/PA).

Há que se falar, ainda, de outra externalidade relativa aos riscos ambientais da implantação das hidrelétricas, qual seja, o aumento de desmatamento, o que ocasiona perdas de biodiversidade e emissões de gases do efeito estufa e, por consequência, as mudanças climáticas decorrentes das emissões desses gases, que põem em risco a própria geração de energia por meio da redução das chuvas (SANTOS *et al.*, 2012).

Alguns defensores das hidrelétricas argumentam que a área de desmatamento direto decorrente da instalação do reservatório e infraestrutura de construção é relativamente pequena. Entretanto, a construção também estimula o desmatamento indireto. Por exemplo, o aumento de imigrantes para trabalhar na obra e para aproveitar outras oportunidades aumenta a demanda local por produtos agropecuários.

Da mesma forma, a promessa de novos investimentos gera expectativa de valorização das terras. Para aproveitar este potencial, especuladores ocupam as terras e usam o desmatamento para sinalizar sua posse. O risco de desmatamento indireto deve ser minimizado tanto pelos construtores quanto pelo poder público, o que envolveria, por exemplo, intensificar a fiscalização e aumentar sua eficácia e criar Unidades de Conservação. Os custos para reduzir este risco também deveriam ser considerados no planejamento geral das obras.

A construção da Usina de Belo Monte na região acarretou, como já exposto aqui, uma gama de externalidades negativas para as populações locais, sobretudo a indígena e aquelas que dependem das terras afetadas. Entretanto, o EIA

subestimou as práticas correntes das ciências sociais a respeito da interpretação da diversidade social.

Mais do que estar atento à parcela da população que seria afetada pela construção da hidrelétrica, seria fundamental estar alerta à minimização da complexidade sócio-cultural da população residente atingida, reduzida à categoria de diversos tipos de proprietários ou não proprietários, pessoas que terão suas terras alagadas ou não, resumindo as pessoas a mera estatísticas (SANTOS, *et al.*, 2012):

Além desses fatores, o que se observa na construção da usina é uma tentativa de implantar um projeto de sociedade, visando a impor uma “civilização” à região amazônica, projeto este que já existe na intenção política brasileira desde a segunda metade do século XX, em que o exército era responsável por realizar expedições ao norte do país, e, hoje, devido à demanda energética crescente, vê-se a oportunidade de se tornar realidade e ocupar a região com grandes empreendimentos (SANTOS, *et al.*, 2012, p. 218).

O objetivo central do desenvolvimento levou e leva governos a realizarem obras que, sequer, consideram os impactos sociais posteriormente sofridos pelos habitantes da região. No caso da Amazônia, a questão é ainda mais delicada por sua importância ecológica, em nível de biodiversidade e social, pois, nessa região, encontram-se os grupos indígenas, raramente consultados sobre as decisões que são tomadas, reforçando postura etnocêntrica, que busca justificativas para qualquer ação que viole direitos humanos e sociais.

Assim, a par de toda a discussão ambiental, a externalidade humana – incluídos aí os indígenas – é que merece peculiar atenção, pois fortes são os impactos sociais causados pelo cartel na Amazônia:

Nas mega-obras, não somente se obriga a Natureza, uma sua parte, um subconjunto que seja, a ser de outro modo, a ser outra coisa, mas a sociedade que ali vive...Tornar-se-á outra! (SEVÁ FILHO, 2005).

Ora, as sociedades sofrem transformações mesmo que não se implantem megaprojetos, pois transformações sociais têm muitas causas distintas. Mas, havendo um ou mais megaprojetos em jogo, as transformações dele decorrentes

concatenam-se e se impõem como razão principal, ou até única, sobre as demais transformações da mesma sociedade.

Nos investimentos de grande porte, a cartelização, como a que ocorreu na UHE Belo Monte, gera transformação social, grande acumulação de capital e mobilização de força de trabalho, de dimensões relevantes em comparação com a própria economia nacional; algumas se tornam rapidamente e permanecem durante alguns anos os principais focos concentrados de comércio e de emprego no país.

Além disso, criam – ou sobrepõem aos núcleos urbanos precedentes – suas próprias cidadelas operárias, com uma segmentação visivelmente autoritária, deliberadamente injusta, desde os alojamentos de solteiros dentro dos canteiros, e os cortiços e pensões improvisadas nos “beiradões”, cidades livres do outro lado do rio ou do alambrado, até os confortáveis hotéis de trânsito, e os clubes e salões exclusivos para os executivos e os engenheiros (SEVÁ FILHO, 2005).

Portanto, as grandes obras são campos de ação dos interesses de classes e de grupos sociais, cenários de disputas de oportunidades de lucros e de exercício de poder em âmbito extra-local e extra-nacional, por causa da cadeia financeira e produtiva que geram em duas pontas – a de fornecimento, durante a construção e a de distribuição de eletricidade, depois de pronta e operacional, ou seja, na etapa de realização da mercadoria a ser produzida.

No caso da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, não foram priorizadas a implementação de políticas públicas, nem houve um foco claro nas questões de saúde. A exclusão dos possíveis impactos à saúde humana e a negação da incomensurabilidade dos valores ambientais demonstram a falta de uma abordagem ecossistêmica para o complexo problema socioambiental.

É possível inferir que novos riscos e novas formas de adoecer e morrer aparecerão nas áreas de influências, alterando o perfil de morbimortalidade da população. As maiores consequências dos danos ambientais serão suportadas pelas populações de baixa renda e ao poder público restarão os custos diretos com a assistência. Esse aparente progresso técnico-econômico viola os direitos humanos pela deterioração das condições de vida da população e dos trabalhadores, e pela apropriação dos recursos ambientais com exportação de riscos entre regiões.

A vigilância das condições de vida, dos ambientes ou contextos onde se desenvolvem os processos reprodutivos da vida social é uma necessidade, a fim de que possam ser desenvolvidas ações em curto prazo, incorporando a preocupação

com a sustentabilidade ecológica e social na região. Há, ainda, que se falar sobre os riscos para evitar o adoecimento dos trabalhadores e da população no entorno do empreendimento, considerando, pelo menos, questões de ordem habitacional, cultural, ambiental, educacional, de emprego e renda e de saúde, as quais agravam as desigualdades sociais existentes.

Nesse contexto, voltando aos aspectos sociais, uma vez que existem mudanças na dinâmica fluvial, houve a remoção de algumas comunidades tradicionais, que incluem ribeirinhos e tribos indígenas, em virtude da certeza da inundação das áreas em que viviam pela eleva o do nível das águas do rio e igarapés a montante do represamento (FREIRE, 2014).

A situa o tem ocasionado tensões sociais desde a sua proposta de implanta o até os momentos atuais, em que a obra foi concluída. A remo o da popula o   inaceitável, uma vez que   naquele espaço que esses atores sociais estabeleceram rela es culturais e econômicas, implicando em mudanças no hábito de vida, desemprego, além de problemas psicológicos por conta da perda de identidade e desestrutura o das redes de rela es sociais.

Outra externalidade que merece especial aten o   aquela que se relaciona às questões econômico-financeiras, associadas ao dispêndio financeiro na sua constru o, levando em conta a capacidade energética instalada, bem como o desenvolvimento decorrente da elabora o do projeto.

Segundo Santos *et al.* (2012), a quase totalidade da pol mica econômica acerca da cria o da usina está associada a três grandes questões: a sua localiza o territorial, uma vez que a usina localiza-se no Rio Xingu, próximo   cidade de Altamira, no Pará – zona norte do Brasil; a sua potência instalada efetiva, pois, ainda que sua potência instalada seja de 11.233MW, a usina opera com reservatório muito reduzido e, dessa forma, produz, de fato, apenas 4.500MW ao ano (EPE, 2010); e os custos relativos   implementa o de Belo Monte.

Em rela o   produ o estimada de energia, Belo Monte   considerada a segunda maior Usina Hidrelétrica do país, atrás de Itaipu, binacional administrada por Brasil e Paraguai (MME, 2011).

No que se refere aos custos, há discussão acerca do valor final da instala o da usina na região, avaliada em cerca de R\$19 bilhões, conforme apontado pelo Histórico de Conduta do Acordo de Leniência celebrado pelo CADE. Entretanto,

qualquer discussão que avalie custos, ignora e omite custos indiretos, como linhas de transmissão e subestações, entre outros (Fearnside, 2009).

Já de acordo com o retorno do investimento, mesmo diante de análises muito otimistas, há apenas 35,5% de possibilidade de ela ser financeiramente viável e, levando-se em conta as estimativas dos vários riscos, essa chance cai para 2,8% (Sousa Júnior et al, 2006: 72-74). Sousa Júnior (2009) afirma que o EIA RIMA não contempla a análise dos impactos sobre a economia local e reitera que há uma subestimação dos valores divulgados na obra. Para ele, dificilmente a obra seria economicamente viável, sobretudo se todas as externalidades fossem incluídas na análise do cálculo.

No que se refere à sustentabilidade do projeto, afirma-se que ele atende aos ditames do compromisso nacional de assegurar o uso racional dos recursos naturais, a proteção ambiental e o desenvolvimento sustentável, proporcionando o aumento na demanda por trabalho, serviços e insumos, o que dinamizará a estrutura produtiva das comunidades próximas à hidroelétrica. A compensação financeira para os municípios atingidos será de aproximadamente R\$ 200 milhões por ano (SANTOS, *et al.*, 2012).

A par dessa análise das externalidades do cartel de Belo Monte, há que se destacar que, no Brasil, o cartel é crime (art. 36 da Lei nº 12.529/2011), como recomenda a doutrina desde o final da década de 90:

No final da década de 1990, começou a haver um consenso no sentido de que as sanções administrativas ou civis até então aplicadas por diferentes países eram insuficientes para dissuadir a prática de cartel, ocasião em que foi retomada a discussão acerca da criminalização da conduta. Especial consideração será dada ao sistema dos Estados Unidos, país que adotou, desde 1890, a pena privativa de liberdade como eixo central de sua política de repressão a cartéis (MARTINEZ, 2013).

A criminalização defende a punição da pessoa física no âmbito administrativo e também no processo criminal. O argumento básico é que, um sistema baseado exclusivamente na multa para a pessoa jurídica, não gera incentivos suficientes para que o cartel seja cada vez menos praticado. Além disso, a multa paga pela empresa pode comprometer seus rendimentos a ponto de haver demissão, diminuição de investimento tecnológico, custos para os próprios consumidores e perda de

qualidade dos produtos, o que também não auxiliaria a extinção do cartel, de modo que as multas podem ter efeitos perversos.

A criminalização, dado que a multa não tem um efeito dissuasório suficiente, pode gerar um conjunto de incentivos para impedir a existência do cartel, pois a possibilidade de prisão e desqualificação profissional, bem como o dano à reputação gera efeitos mais severos.

A incipiência da aplicação da legislação penal à prática de cartel no Brasil (com todos os desafios de fazê-lo em um país que ainda está em fase de construção de uma cultura de concorrência) e a política administrativa de priorizar a repressão a cartéis, dando suporte à esfera criminal, além de uma tendência global de criminalização da prática, reviveu a discussão sobre o tema.

Tanto quanto a criminalização da conduta da prática do cartel, a possibilidade de reparação de danos apresenta-se como um elemento que desestimula os cartéis. Propor a responsabilidade civil é viável? Esta é a reflexão que, por fim, esse trabalho pretende lançar.

Em tempos de Operação Lava-Jato e de acordos e de multas bilionárias, o debate a respeito da reparação de danos decorrentes de delitos de corrupção e de cartel ganha cada vez mais destaque no Brasil. Essa discussão sobre os danos causados pelas práticas anticompetitivas permeia as sessões do Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e está também instigando debates sobre a divulgação de informações e de documentos para fins do ajuizamento de ações de reparação de danos.

A reparação de danos gerados pelo cartel não exige, necessariamente, a configuração de culpa, mas precisam ser demonstrados outros elementos, não menos importantes, como o ato ilícito, o dano e a relação de causalidade, esse último chamado “nexo causal” (REGO, 2018).

O ato ilícito é a conduta que configura o cartel, que pode ser reconhecido em Acordo de Leniência ou por TCC homologado pelo Tribunal do CADE.

Já o dano é o prejuízo sofrido pelos agentes que atuam no mercado no qual houve cartel. Em geral, o dano é uma lesão a bem ou a interesse, seja patrimonial

ou moral. O Código Civil⁴⁴ define dano como toda e qualquer ofensa e, se toda lesão gera o dever de indenizar, todo dano deve ser reparado.

No direito antitruste há interesses difusos a serem protegidos, assim como direitos individuais homogêneos e direitos individuais em sentido estrito. Com isso, os danos gerados por uma conduta anticompetitiva, não são danos decorrentes da relação privada (embora possam existir também na relação contratual), mas decorrem de condutas praticadas nas relações econômicas, marcadas pelo poder do infrator, cujas práticas ilícitas são direcionadas para a obtenção de uma vantagem em prejuízo dos agentes que também atuam no mercado de determinado produto ou serviço (REGO, 2018).

Desta forma, os prejuízos são praticados na esfera da concorrência, mas são materializados no agente econômico que sofre o dano de forma individualizada. Assim, o dano gerado pela prática de cartel faz nascer o direito à indenização para o ressarcimento desses prejuízos, constitucionalmente garantidos, tal qual sua instrumentalidade.

Se o ponto central da conduta do cartel é justamente o preço, ou melhor, o seu aumento, essa é a causa dos danos aos consumidores. Assim, a obrigação de indenizar do infrator pode decorrer tanto da responsabilidade contratual quanto da extracontratual, ou seja, ainda que não haja relação contratual, mas desde que seja configurada a violação da lei.

Há, ainda, o nexo causal, aspecto crucial na responsabilização civil, isso porque mesmo havendo ato ilícito e dano, pode não haver obrigação de indenizar se não houver relação de causalidade ou o chamado “nexo causal”.

O nexo causal é a vinculação jurídica da causa (ato ilícito) com o efeito (dano), pelo qual não basta identificar o dano e a conduta ilícita; é preciso que o dano tenha sido causado pela conduta ilícita. Assim, mediante a identificação do nexo causal é possível reconhecer os danos objeto do pedido de reparação, bem como quem será legitimado a figurar no polo passivo da ação judicial.

Ainda que o tema das ações de reparação de dano causados por cartéis não seja tão novo, é relevante pois há inúmeras peculiaridades a respeito do assunto. A

⁴⁴ Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação (Código Civil).

questão principal consiste em analisar se há possibilidade de requerer, em juízo, a reparação de danos à coletividade em decorrência de cartel sancionado pelo CADE.

Não se questiona a simples possibilidade de consumidores individuais ajuizarem ações de reparação de danos individuais em face de prejuízos causados por integrantes de cartéis, pois isso já é expressamente permitido pelo artigo 47 da Lei de Defesa da Concorrência.

Vale refletir sobre o cabimento de ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público Federal ou por ministérios públicos estaduais, a fim de se reparar danos coletivos aos consumidores, nos termos do artigo 129, inciso III, da Constituição da República.

Dentre as questões polêmicas que o tema suscita, está aquela relacionada à discussão sobre a quem caberia calcular o dano à coletividade e quem teria o conhecimento técnico necessário para fazer esse complexo cálculo.

Calcular os danos causados à sociedade por cartéis é uma difícil tarefa, que depende da participação de especialistas em economia, no mercado específico, em contabilidade, entre outros, sendo prudente dizer que as autoridades concorrenciais tendem a ter melhores condições para realizar cálculos dessa natureza. Entretanto, também o Poder Judiciário teria competência para analisar e, eventualmente, arbitrar o dano causado por cartel à coletividade. Nessa hipótese, o MPF e os ministérios públicos estaduais apresentam-se como órgãos legítimos para buscar a reparação dos danos à coletividade.

O fato é que o tema da reparação de danos causados por cartéis precisa amadurecer, mas é importante que os agentes públicos envolvidos no debate avaliem, com cautela, a melhor forma de participarem de processos de reparação de danos, para evitar retrocessos na bem-sucedida política de defesa da concorrência do país.

As inúmeras externalidades negativas do cartel justificam a atuação do Estado. Se os prejuízos que o cartel gera à sociedade são tantos, que por si sós explicam a razão pela qual devem ser punidos e também reprimidos pelo Estado, cabe discutir o quão eficaz é a sua repressão.

A análise deve ser focada na reparação civil. Ou seja, ainda que os indivíduos ajam racionalmente e concluam que, com relação à multa e ao aspecto criminal, há possibilidade de firmar acordo de leniência e encerrar as consequências negativas, isso não afasta a obrigação de indenizar os prejudicados pela prática de cartel.

Não só não engloba a esfera civil, como ainda todos os participantes do cartel respondem de forma solidária pelo dano gerado pelo ilícito, nos termos do art. 33 da Lei nº 12.529/2011. Se os indivíduos que participam do cartel temem tanto as consequências de âmbito civil, porque não fortalecer a efetividade da reparação de danos aos lesados com uma forma de desincentivo a esta prática?

Essa seria uma alternativa para garantir que a punição do ilícito seja maior do que o lucro obtido pelo infrator, pois só assim se poderia dizer que a prática estaria realmente sendo reprimida. Assim, maior efetividade haveria se no processo de investigação da prática do cartel o CADE buscasse calcular a vantagem auferida pelos autores da infração, ou seja, os danos gerados pelos cartéis, os quais deveriam, indubitavelmente, ser ressarcidos, principalmente aos entes públicos lesados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concebida para ser a segunda maior hidrelétrica do Brasil e produzir energia suficiente para atender 60 milhões de pessoas, Belo Monte teve sua construção autorizada após a obtenção de todas as licenças necessárias em 2010 e, desde abril do ano de 2016, opera a cinco por cento de sua capacidade devendo estar em pleno funcionamento em 2019.

Esse estudo visou a responder se, na construção da UHE Belo Monte, houve a prática de cartel pelas empresas Andrade Gutierrez Engenharia S.A., Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A. e Construtora Norberto Odebrecht S.A., objetivando analisar o contexto em que ocorreu, as suas consequências e propor eventuais melhorias na legislação *antitruste*.

Para tanto, constatou-se que a ocupação da Amazônia sempre se pautou por vetores econômicos e geopolíticos decididos de forma endógena, inclusive no que diz respeito ao seu potencial ambiental, o que inclui os grandes projetos energéticos, embasados na promoção de infraestrutura e na criação de polos de desenvolvimento, com uma estratégia de impulsão à formação de redes, tanto de transmissão, como de distribuição de energia, a fim de dar uma resposta

governamental à elevação do preço do petróleo, que ocorrera no início da década de 1970.

Percebeu-se que essa realidade se manteve nas décadas seguintes, destacando-se que, de 1984 até a década de 1990, a eletrificação de novos municípios refletiu o processo de migração e de urbanização aceleradas, facilitado pela construção da usina de Tucuruí e da Estrada de Ferro de Carajás, pela emergência de novos municípios e pela expansão da rede de distribuição de energia hidrelétrica de Tucuruí na região.

Depois de 1990, a eletrificação de municípios associou-se à criação de novos municípios, ainda que a expansão da rede elétrica estivesse limitada à sede municipal, chegando de forma precária à zona rural, especialmente se observada a baixa renda dos produtores da agricultura familiar localmente dominantes.

A opção por grandes hidrelétricas foi alvo de severas críticas, destacadas no estudo, centradas, principalmente, na defesa da ideia de que os problemas energéticos da região poderiam ter sido solucionados de forma mais pontual, de modo que a matriz energética tivesse flexibilidade na oferta, como previsto no Plano Decenal de Expansão de Energia 2026 - PDE 2026 (BRASIL, 2017), que estabelece como prioridade a expansão das fontes de energia renováveis e das termelétricas.

Foi destacado que o projeto de construção de Kararaô, atual Usina Hidrelétrica de Belo Monte, remonta ao ano de 1975, com o início dos Estudos de Inventário Hidrelétrico da Bacia Hidrográfica do Rio Xingu e que houve muita discussão sobre os impactos negativos da obra desde então, o que levou à propositura de um novo projeto, em 1994, pelo Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica, hoje sucedido pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e pela Eletrobrás.

Constatou-se que o novo projeto acabou por aumentar descontroladamente o seu custo, facilitando o mau uso dos recursos públicos, a partir da seleção pública das empresas que pretendiam executar a obra, que foi permeada de falhas, que acabaram por viabilizar a formação de um cartel de divisão de mercados, objetivando impedir a entrada de *players* estrangeiros na licitação e garantir altos lucros.

Buscou-se demonstrar os malefícios trazidos pela atuação dos cartéis, que podem ser ainda maiores quando a conduta anticompetitiva ocorre em licitações

públicas, na medida em o gasto de recursos públicos afeta, sobremaneira, a consecução do interesse público e a execução de suas políticas sociais.

A cartelização para a construção de Belo Monte foi discutida a partir de uma revisão de conceitos específicos do Direito da Concorrência, em especial os que envolvem os cartéis, como as questões como tipologia/classificação, ciclo de vida, fatores ambientais facilitadores para o seu surgimento e a questão da prova da irregularidade. Destacou-se a celebração de acordos de leniência, como o firmado entre as empresas acima referidas e o CADE, que permitiu que viesse a público a sua existência.

Os estudos realizados permitiram identificar ao menos três aspectos da política de combate a cartéis em licitações que podem vir a ser objeto de atenção e de melhorias por parte das autoridades competentes.

Em primeiro lugar, aponta-se a necessidade de cooperação, já existente entre o CADE e outros órgãos de repressão de ilícitos, especialmente para garantir uma atuação mais integrada na área de acordos com empresas e indivíduos que desejem cooperar com investigações. Isso porque cartéis em licitação diferem de outras práticas anticompetitivas por muitas vezes estarem associados a distintas condutas ilícitas e potencialmente gerarem responsabilização perante diversos órgãos, tais como: a CGU, que pode aplicar sanções por infrações à Lei Anticorrupção (Lei nº. 12.846/13) e à Lei de Licitações, com destaque para a declaração de inidoneidade de empresas, a qual impede participação em licitações futuras; o TCU, que também pode aplicar multas a pessoas jurídicas e declará-las inidôneas e os Ministérios Públicos (Federal e Estaduais), que podem promover persecução criminal contra indivíduos e propor ação cível de improbidade administrativa contra empresas.

O “Guia sobre o Programa de Leniência Antitruste do CADE” aponta que a Superintendência Geral busca se coordenar com a CGU e os MPs durante as negociações, reconhecendo, todavia, não haver regra geral para tanto. Nada obstante, o mesmo documento de orientação destaca o Memorando de Entendimentos, celebrado em março de 2016 entre o CADE e a Procuradoria da República em São Paulo (MPF/SP), o qual constitui exemplo de coordenação interinstitucional que certamente pode inspirar futuros convênios bilaterais ou mesmo multilaterais, com vistas a prover maior segurança jurídica a possíveis interessados em colaborar com as autoridades competentes.

O segundo, também afeito a soluções consensuais entre autoridades e investigados, refere-se à possível complementação do “Guia sobre Termos de Compromisso de Cessação para casos de cartel” do CADE, por meio de estabelecimento de critérios próprios a casos de *bid rigging* para o cálculo da multa pecuniária, pois, para além da possibilidade de sanções em múltiplas esferas, casos de cartel em licitação podem tanto envolver fraudes a diversos certames quanto a apenas um só.

O terceiro aspecto é que o CADE poderia indicar com maiores detalhes sua posição com relação a critérios de licitude de consórcios entre empresas para a participação em licitações públicas. A nova Lei Antitruste explicitamente isenta tais consórcios do controle prévio como ‘atos de concentração’ (art. 90, parágrafo único), o que, todavia, não implica imunidade *antitruste* para o controle *ex post* de condutas anticoncorrenciais, uma vez que, em determinadas situações, um consórcio pode ser subsumível à conduta de “ajustar com concorrente preços em licitação pública” para “limitar a livre concorrência” (art. 36, inc. I e §3º, inc. I, alínea ‘d’), de forma análoga a um cartel.

O cartel de Belo Monte, descrito no último capítulo desta dissertação, ocorreu de fato. A proximidade de preços entre as empresas decorreu de um acordo sobre as contingências realizado entre elas, segundo os próprios executivos informaram. Se disputa houve, foi apenas pela liderança do grupo, mas todas, indistintamente – Andrade Gutierrez, Camargo Corrêa e Odebrecht – acordaram preços e condições previamente, formando um claro cartel de divisão de mercados em licitação pública, cuja descoberta foi possível em virtude da existência do instituto da leniência na legislação *antitruste* brasileira.

As externalidades negativas da construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte foram apresentadas e avaliadas. Sobre a questão ambiental, pontualmente, foram apresentados seus impactos negativos sobre a biodiversidade local, como o alagamento de determinadas regiões e problemas associados às cláusulas do relatório do EIA do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA).

Ainda de acordo com o EIA, os principais impactos constatados envolvem o aumento do uso e ocupação desordenados do solo, da demanda por serviços e equipamentos públicos, da especulação imobiliária, do custo de vida da população,

da pressão sobre os recursos minerais, florestais e pesqueiros e de problemas sociais relacionados à segurança e à saúde pública.

Constatou-se que as externalidades em muito ultrapassam as questões ambientais, gerando efeitos colaterais sobre pessoas e bens que não estavam envolvidas diretamente com a atividade, como os indígenas e as comunidades tradicionais.

Outra externalidade que mereceu especial atenção foi a relativa às questões econômico-financeiras, considerando-se o dispêndio financeiro para a sua construção, levando em conta a capacidade energética instalada, bem como o desenvolvimento decorrente da elaboração do projeto.

No que se refere aos custos, há incerteza sobre o valor final da instalação da usina na região, avaliada em cerca de R\$19 bilhões, conforme apontado pelo Histórico de Conduta do Acordo de Leniência celebrado pelo CADE. Entretanto, qualquer discussão que avalia custos, ignora e omite os indiretos, como linhas de transmissão e subestações, entre outros (FEARNSIDE, 2009).

Quanto ao retorno do investimento, mesmo diante de análises muito otimistas, há apenas 35,5% de probabilidade de ela ser financeiramente viável, cabendo referir que, levando-se em conta as estimativas dos vários riscos, essa chance cai para 2,8% (SOUSA JÚNIOR *ET ALL*, 2006: 72-74)., pois o EIA RIMA não contempla a análise dos impactos sobre a economia local e reitera que há uma subestimação dos valores divulgados na obra, de modo que, dificilmente a obra seria economicamente viável, sobretudo se todas as externalidades fossem incluídas na análise do cálculo.

Discutiu-se a possibilidade de reparação de danos como um elemento para desestimular os cartéis, concluindo-se que a reparação de danos gerados não exige, necessariamente, a configuração de culpa, mas não prescinde da demonstração de outros elementos, não menos importantes, como o ato ilícito, o dano e a relação de causalidade.

O direito *antitruste* se expressa pelos interesses difusos característicos do direito econômico, o qual protege tanto os individuais homogêneos quanto os direitos individuais em sentido estrito, de forma que os danos gerados neste sentido, não são decorrentes da relação privada (embora possam existir também na relação contratual). Neste caso, são danos que decorrem de condutas praticadas nas relações econômicas, marcadas pelo poder do infrator, cujas práticas ilícitas são

direcionadas para a obtenção de uma vantagem em prejuízo dos agentes que também atuam no mercado de determinado produto ou serviço (REGO, 2018).

Desta forma, os prejuízos refletem na esfera da concorrência, mas são materializados no agente econômico que sofre o dano de forma individualizada. Assim, o dano gerado pela prática de cartel faz nascer o direito à indenização para ressarcimento desses prejuízos, constitucionalmente garantida, tal qual sua instrumentalidade.

Se o ponto central da conduta do cartel é justamente o preço, ou melhor, o seu aumento, essa é a causa dos danos aos consumidores. Assim, a obrigação de indenizar do infrator pode decorrer tanto da responsabilidade contratual quanto da extracontratual, ou seja, ainda que não haja relação contratual, mas desde que seja configurada a violação da lei.

Não se questiona a simples possibilidade de consumidores individuais ajuizarem ações de reparação de danos individuais em face de prejuízos causados por integrantes de cartéis, pois isso já é expressamente permitido pelo artigo 47 da Lei de Defesa da Concorrência.

O que vale a reflexão é o cabimento de ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público Federal ou por ministérios públicos estaduais, a fim de se reparar danos coletivos aos consumidores, nos termos do artigo 129, inciso III, da Constituição da República.

Dentre as questões polêmicas que o tema traz consigo, está aquela relacionada à discussão sobre a quem caberia calcular o dano à coletividade e quem teria o conhecimento técnico necessário para fazer esse complexo cálculo.

Calcular os danos causados à sociedade por cartéis é uma difícil tarefa, que depende da participação de especialistas em economia, no mercado específico, em contabilidade, entre outros, de modo que as autoridades concorrenciais tendem a ser o local mais apropriado para se realizar cálculos dessa natureza. Entretanto, também o Poder Judiciário teria competência para analisar e, eventualmente, arbitrar o dano causado por cartel à coletividade. Nessa hipótese, o MPF e os ministérios públicos estaduais apresentam-se como órgãos legítimos para buscar a reparação dos danos à coletividade.

O fato é que o tema da reparação de danos causados por cartéis precisa amadurecer, mas é importante que os agentes públicos envolvidos no debate avaliem com cautela a melhor forma de participarem de processos de reparação de

danos, para evitar retrocessos na bem-sucedida política de defesa da concorrência do país.

Todos os dados levantados permitem inferir que cabe uma reflexão sobre a elaboração de modelos de licitação que sejam mais efetivos para a inviabilização da formação e da atuação dos cartéis em licitações públicas, considerando os seus impactos ambientais, econômicos e sociais.

REFERÊNCIAS

ACEVEDO MARIN, Rosa Elizabet; OLIVEIRA, A.C. Violencia e deterioración de la salud colectiva en la región de Altamira: entre lós actos de la construcción de la hidroeléctrica de Belo Monte, Pará, Brasil. **RISC**, Ciudad de Mexico, 2012.

ANTUNES, Flávia Mesquita A institucionalização do modelo regulatório do setor elétrico brasileiro: o caso das distribuidoras de energia elétrica. 103 fls. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade católica, Departamento de Administração, Rio de Janeiro, 2006.

ANTUNES, David. Externalidades negativas sobre o meio ambiente: procesos económicos de custeio. **Revista de Ciências Gerenciais**, v. XIII, n. 18, Valinhos, 2009.

BECKER, B. **Por que a participação tardia da Amazônia na formação econômica do Brasil?** IPEA, 2009. Disponível em: <www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDF/livros/15_cap08_Bertha.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2018.

BERCOVICI, Gilberto. Política econômica e direito econômico, **Rev. Fac. Dir. Univ. SP**, v. 105, p. 389-406, jan/dez. 2010.

BRASIL, Tribunal de Contas da União (TCU). **Manual de auditoria operacional**. 3ª ed. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo (Seprog), 2010.

BRASIL, Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE). **Aplicação do Direito da Concorrência a Licitações Públicas: Cartéis**. Brasília: SEAE/Comunidade Virtual do Programa Nacional de Promoção da Concorrência, 2014.

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Guia: Programa de Leniência Antitruste do Cade**. Brasília: CADE, 2016.

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Cade celebra acordo de leniência em investigação de cartel na licitação da usina de Belo Monte**. Brasília: CADE, 2016a.

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Histórico da Conduta – Acordo de Leniência 07/2016**. Disponível em: <http://www.sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?F8Xlo3aofomMtFnzeoUJtV3Ncl2sAprX9Nn0wl4gfUqjVB6p3rfkYCokExZv_HgBs gUbeV7pFSDsUve0s8Z-sg>. Acesso em: 14 fev. 2017.

BRASIL, Departamento de Proteção e Defesa Econômica da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. **Combate a cartéis em licitações** – guia prático para pregoeiros e membros de comissões de licitação. Brasília, 2008. Disponível em < http://www.comprasnet.gov.br/banner/seguro/cartilha_licitacao.pdf>. Acesso em: 05 de agosto de 2017.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicoocompilado.htm>. Acesso em: 05 ago. 2017.

BRASIL. **II PLANO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/anexo/ANL6151-74.PDF. Acesso em: 24 set. 2017.

BRASIL, Ministério de Minas e Energia, Empresa de Pesquisa Energética. **Plano Decenal de Expansão de Energia 2026**. Brasília: MME/EPE, 2017.

BRASIL, Governo. **Dilma inaugura usina hidrelétrica de Belo Monte**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2016/05/dilma-inaugura-usina-hidreletrica-de-belo-monte>>. Acesso em 01 fev. 2018.

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Histórico da Conduta – Acordo de Leniência 21/2017**. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?mYbVb954ULaAV-MRKzMwwbd5g_PuAKStTINGP-jtcH5MdmPeznqYAOxKmGO9r4mCfJITXxQMN01pTgFwPLudA_HaklpLxg2drf0QoVj4QHlRK3QaPa6pwg2EA6BvmJE6>. Acesso em: 14 fev. 2018.

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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L8137.htm>. Acesso em: 27 jul. 2018.

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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 27 jul. 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 27 jul. 2018.

BRASIL. **Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986.** Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L7492.htm>. Acesso em: 27 jul. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.** Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm>. Acesso em: 27 jul. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998.** Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613.htm>. Acesso em: 27 jul. 2018.

BUCHAIN, Luiz Carlos. Os objetivos do direito da concorrência em face da ordem econômica nacional. In: NUSDEO, Fábio (Coord.). **O direito econômico na atualidade.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CABRAL JUNIOR, Matias; OLIVEIRA, Lucas Mateus Fontenele de; ANTUNES, Dinameres Aparecida. **Belo Monte e seus impactos socioambientais.** Congresso Técnico Científico da Engenharia e da Agronomia – CONTECC, ago, Belém, 2017.

CARVALHO, Vinícius Marques de; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Jopert (eds.). **Defesa da Concorrência no Brasil: 50 anos.** Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, 2013.

CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Inovação, cooperação e concorrência: desafios para a política antitruste no Brasil.** 200 fls. Doutorado (Tese) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-20102015-145425>. Acesso em: 24 jun. 2018.

CASTELAR, Armando. O Brasil precisa de uma estratégia de desenvolvimento? In: SICSÚ, João; CASTELAR, Armando (Org.). **Sociedade e economia: estratégias de crescimento e desenvolvimento.** Brasília: IPEA, 2009, p. 9 - 18.

COLACINO, Lucas D'Angelo. **Cartel em concorrências públicas e corrupção: uma abordagem econômica.** 92 fls. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Instituto de Economia, Programa de Pós-Graduação em Economia da Indústria e da Tecnologia, Rio de Janeiro, 2016.

CONCEIÇÃO, Tânia Sena. **Trabalhadores nos canteiros de obras da UHE Belo Monte-Altamira: condições de saúde e políticas públicas**. 193 fls. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Pará, Núcleo de Altos Estudos Amazônicos, Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Sustentável do Trópico Úmido, Belém, 2014.

CSF, Conservation Strategy Fund. **Custos e benefícios do complex hidrelétrico Belo Monte: uma abordagem econômico-ambiental**. Série Técnica, 4ª ed, março de 2006.

CUNHA, J. M; LIMA, F. C. T. de; ZUANON, J. A. S.; BIRINDELLI, J. L. O.; BUCKUP, P. A. Avaliação do EIA-RIMA – ictiofauna. In: SANTOS, S.M.S.B.M.; HERNANDEZ, F. de M. (Orgs.). **Painel de especialistas: Análise Crítica do Estudo de Impacto Ambiental do Aproveitamento Hidrelétrico de Belo Monte**. Belém, 2009, p. 148-159.

DEL MORAL HERNÁNDEZ, Francisco F.; MAGALHÃES, Sonia B. Ciência, cientistas e democracia desfigurada: Ocaso Belo Monte. **Novos Cadernos NAEA**, v. 14, n. 1, pp. 79-96, 2011.

FEARNSIDE, Philip. O novo EIA-RIMA da Hidrelétrica de Belo Monte: Justificativas Goela Abaixo. In: SANTOS, S.M.S.B.M.; HERNANDEZ, F. de M. (Orgs.). **Painel de especialistas: Análise Crítica do Estudo de Impacto Ambiental do Aproveitamento Hidrelétrico de Belo Monte**. Belém, 2009, p. 108.

FEARNSIDE, Philip. **A Usina Hidrelétrica de Belo Monte em pauta**. Revista Política Ambiental, nº 7, janeiro, 2011.

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

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

FLEURY, Lorena C.; ALMEIDA, Jalcione. A construção da hidrelétrica de Belo Monte: Conflito ambiental e o dilema do desenvolvimento. **Ambiente & Sociedade**, v. 16, n. 4, p. 141-158, 2013.

FORGIONI, Paula. O que esperar do antitruste brasileiro no século XXI? In: NUSDEO, Fábio (Coord.). **O direito econômico na atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FORGIONI, Paula. **Os Fundamentos do Antitruste**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017.

FREIRE, L. M. Revista Geonorte, Edição Especial 4, v.10, n.1, p. 490-493, 2014.

GABAN, Eduardo Malan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste: o combate aos cartéis**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. **Defining hard core cartel conduct: effective institutions, effective penalties**. ICN Working Group on Cartels, 2005. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2017.

ISA, Instituto Socioambiental. **Entenda o que são as condicionantes que envolvem a construção da hidrelétrica de Belo Monte**. Disponível em: <<https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/entenda-o-que-sao-as-condicionantes-que-envolvem-a-construcao-da-hidreletrica-de-belo-monte>>. Acesso em: 16 nov. 2017.

ISA, Instituto Socioambiental. **Especial Belo Monte**. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/esp/bm/index.asp>>. Acesso em 12 jan. 2018.

KOVACIC, William E.; SHAPIRO, Carl. Antitrust policy: a century of economic and legal thinking. **The Journal of Economic Perspectives**, p. 43-60, 2000.

LIRA, Bruno de Oliveira. **Cartéis em licitação: utilizando a teoria dos leilões para avaliar a legislação licitatória nacional**. 115 fls. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Recife, 2012.

LOUREIRO, Violeta Refkalefsky. **A Amazônia no século XXI: novas formas de desenvolvimento**. São Paulo: Empório do Livro, 2009.

LOUREIRO, Violeta Refkalefsky. **Amazônia: estado, homem, natureza**. 2 ed. Belém: Cejup, 2004.

MACHADO, Lia Osório. Sistemas “longe do equilíbrio” na reestruturação espacial na Amazônia. In: MAGALHÃES, Sônia Barbosa; BRITO, Rosyan Caldas; CASTRO, Edna Ramos (org.). **Energia na Amazônia**. Belém: MPEF/UFGPA/Associação de Universidades Amazônicas, 1996, v. 2, p. 835-859.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**. 2 ed. trad. e rev. São Paulo: Cengage Learning, 2011.

MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis: interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**. Editora Singular: São Paulo, 2013.

MINISTÉRIO DAS MINAS E ENERGIA. Projeto da Usina Hidrelétrica de Belo Monte: Fatos e Dados. Disponível em: <http://www.mme.gov.br/documents/10584/1590364/BELO_MONTE_-_Fatos_e_Dados.pdf/94303fc2-d171-45be-a2d3-1029d7ae5aad>. Acesso em: 27 ago. 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, MPF. Procuradoria da República. **Processos caso Belo Monte**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/documentos/2016/tabela_de_acompanhamento_belo_monte_atualizada_mar_2016.pdf/>. Acesso em 03 nov. 2017.

MIRANDA, Maria Bernadete. O Monopólio e o Oligopólio. **Revista Virtual Direito Brasil**, v. 5, n. 2, 2011.

MONTEIRO, Maurílio de Abreu. Meio século de mineração industrial na Amazônia e suas implicações para o desenvolvimento regional. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 19, n. 53, p. 187-207, 2005.

MOVIMENTO DOS ATINGIDOS POR BARRAGEM, MAB. **Ocupação do Ibama em Altamira (PA) chega ao terceiro dia**. Disponível em: <http://www.mabnacional.org.br/noticia/ocupa-do-ibama-em-altamira-pa-chega-ao-terceiro-dia>. Acesso em: 27 ago 2018.

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**, v. 4, n. 1, maio de 2016, p. 185-210.

NUNES, Paulo. **Externalidades**. Disponível em: <<http://knoow.net/cienceconempr/economia/externalidades/>>. Acesso em: 27 ago 2018.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 9 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NUSDEO, Fábio. A ordem econômica constitucional: algumas reflexões. In: NUSDEO, Fábio (Coord.). **O direito econômico na atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015a.

OCDE, Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômicos. **Lei e Política de Concorrência no Brasil**. 2010. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/45154401.pdf>. Acesso em: 11 de agosto de 2017.

OECD. **Recommendation of the Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement**. July, 2012. Disponível em: <http://acts.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=284&InstrumentPID=299&Lang=en&Book=False>. Acessado em 05.08.2014.

OLIVEIRA, André Gustavo Veras de Oliveira. O Acordo de leniência na Lei de Defesa da Concorrência e na Lei Anticorrupção diante da atual conjuntura da Petrobras. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 3, n. 2, novembro de 2015. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/217/103>. Acesso em: 11 de agosto de 2017.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

Pensamento verde. **A construção da Usina de Belo Monte e seus impactos ambientais**. Disponível em: <https://www.pensamentoverde.com.br/meio-ambiente/a-construcao-da-usina-de-belo-monte-e-seus-impactos-ambientais/>. Acesso em: 27 ago 2018.

PEREIRA, Guilherme Teixeira. **Política de combate a cartel no Brasil: análise jurídica do Acordo de Leniência e do Termo de Compromisso de Cessação de Prática**. 156 fls. Dissertação (Mestrado) – Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, São Paulo, 2011.

PEREIRA, Andresa Semeghini; CARNEIRO, Adeneele Garcia. A importância dos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa para manutenção da ordem econômica no Brasil. **Interfaces Científicas** – Direito. Aracaju, v. 4, n. 1, p. 33-44, outubro de 2015.

PINDYCK, R. S.; RUBINFELD, D. L. **Microeconomia**. 6 ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2008.

PINTO, Lúcio Flávio. **A Amazônia em questão: Belo Monte, Vale e outros temas**. São Paulo: B4 Editores, 2012.

SINISGALLI, Paulo A. A. Valoração dos danos ambientais de hidrelétricas: Estudos de caso. Tese (Doutorado), Programa de Pós-graduação em Economia Aplicada, Unicamp, 2005.

Rego, Cristiane Roberta Franco da Cruz. Reparação de danos como desestímulo à prática de cartel: uma abordagem prática. 129 f. Dissertação (Mestrado), Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getulio Vargas, 2018.

REIS, João Francisco Reis; SOUZA, Jaime Luiz Cunha de. Grandes projetos na Amazônia: a hidrelétrica de Belo Monte e seus efeitos na segurança pública. **Dilemas**: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social, v. 9, n. 2, p. 215-230, mai-ago 2016.

SALES, Marlon Roberth; BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. O Acordo de Leniência: uma análise de sua compatibilidade constitucional e legitimidade. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 10, n. 3, p. 31-50, set-dez 2015.

SCAFF, Fernando Facury. Tributação, livre-concorrência e incentivos fiscais. In: NUSDEO, Fábio (Coord.). **O direito econômico na atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

SANTOS, Sílvio Coelho dos. Hidrelétricas e suas consequências socioambientais. In: VERDUM, Ricardo; BALAZOTE, Alejandro O. *et al.* (Orgs). **Integração, Usinas Hidrelétricas e Impactos Socioambientais**. Brasília: INESC, 2007.

SANTOS, Thauan; SANTOS, Luan; ALBURQUEQUE, Renata; CORRÊA, Eloah. Belo Monte: impactos sociais, ambientais, econômicos e políticos. **Revista Tendências**, v. XIII, n. 2, Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas, Universidad de Nariño, jul-dez, 2012.

SERRA, M. A.; FERNÁNDEZ, R. G. Perspectivas de desenvolvimento da Amazônia: motivos para o otimismo e para o pessimismo. **Economia e sociedade**, Campinas, v. 13, n. 2 (23), p. 107-131, jul/dez, 2004.

SEVÁ FILHO, Osvaldo. Conhecimento crítico das mega – hidrelétricas: para avaliar de outro modo alterações naturais, transformações sociais e a destruição dos monumentos fluviais¹. In: SEVÁ FILHO, Osvaldo (Org). **Tenotã-Mõ**. São Paulo: International Rivers Network, 2005, p. 281-295.

SICSÚ, Abraham Benzaquen; MELO, Murilo Otávio Lubambode. **Competitividade, política de defesa da concorrência e soberania nacional: avaliações sobre o caso brasileiro**. Recife: Núcleo de Estudos para a América Latina – NEAL/UNICAP, 2007.

SINISGALLI, Paulo A. A. Valoração dos danos ambientais de hidrelétricas: Estudos de caso. Tese (Doutorado), Programa de Pos-graduação em Economia Aplicada, Unicamp, 2005.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Teoria da constituição econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TAVARES, Maria Goretti; COELHO, Maria Célia Nunes; MACHADO, Lia Osório. **Redes de Distribuição de Energia e Desenvolvimento Regional da Amazônia oriental**. In: COELHO, Maria Célia Nunes; MONTEIRO, Maurílio de Abreu (Orgs.). *Mineração e reestruturação espacial na Amazônia*. Belém: NAEA, 2007.

VALLE, Raul Silva Telles de. Uma abordagem jurídica das idas e vindas dos projetos hidrelétricos no Xingu. In: SEVÁ FILHO, Osvaldo (Org). **Tenotã-Mõ**. São Paulo: International Rivers Network, 2005, p. 63-73.

VASCO, Fleury. **Os três principais modelos de contratos com fornecedores para obras de infraestrutura**. Disponível em: <http://chromaeng.com.br/os-tres-principais-modelos-de-contratos-com-fornecedores-para-obras-de-infraestrutura>. Acesso em: 10 jun 2018.

VASCONCELOS, Silvinha Pinto; RAMOS, Francisco de Sousa. **Análise da efetividade do programa de leniência brasileiro no combate aos cartéis**. TD. Mestrado em economia, Juiz de Fora, 2007. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Silvinha_Vasconcelos/publication/228944537_ANALISE_DA_EFETIVIDADE_DO_PROGRAMA_DE_LENIENTIA_BRASILEIRO_NO_COMBATE_AOS_CARTEIS/links/09e41510280c431942000000/ANALISE-DA-EFETIVIDADE-DO-PROGRAMA-DE-LENIENTIA-BRASILEIRO-NO-COMBATE-AOS-CARTEIS.pdf. Acesso em 15 mar 2018.