

P A R E C E R

1 - RESUMO DOS FATOS

No ano de 2010, o Município do Rio de Janeiro, por meio da Secretaria Municipal de Transportes, realizou licitação, na modalidade concorrência pública, fundada no critério de melhor proposta na combinação de maior oferta pela outorga da concessão com a melhor técnica, consoante art. 15, VI, da Lei 8.987/95.

O objeto do certame consistiu na concessão da prestação do serviço público de transporte coletivo de passageiros por ônibus, nos termos do Edital “Concorrência n. CO 10/2010”. Para tanto, dividiu-se a rede de transporte municipal do Rio de Janeiro em cinco grandes áreas, cada uma denominada de Rede de Transporte Regional - RTR, das quais quatro foram licitadas (RTR2, RTR3, RTR4 e RTR5).

O Edital estabelecia, no item 8.01, que as pessoas jurídicas interessadas poderiam participar da concorrência isoladamente ou reunidas em consórcio, se comprovados os

requisitos mínimos de qualificação. As empresas participantes também foram autorizadas a participar de mais de um consórcio, desde que não relativos a uma mesma Rede de Transporte Regional.

Segundo o Edital, após o credenciamento, as pessoas jurídicas participantes deveriam apresentar três envelopes fechados, identificados pelas letras "A", "B" e "C". No envelope "A", deveriam conter documentos relativos à *habilitação* (habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e regularidade trabalhista). No envelope "B", deveria conter a *proposta comercial*, composta de: indicação da RTR de preferência, a *tarifa básica de remuneração - TBR* (valor mínimo necessário para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro na prestação do serviço licitado) e o *valor de contrapartida* a ser repassado ao Município em virtude da concessão (calculado pela diferença entre o valor de TBR e o valor estipulado para a operação do Bilhete Único, R\$ 2,40).

Todas as empresas interessadas optaram por participar do certame através de consórcios. Ao todo, seis consórcios foram habilitados.

Concorreram para a **RTR2**: Consórcio INTERSUL de Transportes, representado pela empresa Real Auto ônibus Ltda.; Consórcio SPRIO, representado por Empresa de ônibus Vila Galvão Ltda. e Consórcio VIA SUL, representado pela empresa Via Sul Transportes Urbanos Ltda. Para a **RTR3**, concorreram: Consórcio INTERNORTE, representado por Viação Nossa Senhora de Lourdes S/A e Consórcio SPRIO. Concorreram para a **RTR4**: Consórcio TRANSCARIOCA de Transportes, representado pela empresa Viação Redentor Ltda. e Consórcio

VIA SUL. Por fim, concorreu para a **RTR5** apenas o Consórcio SANTA CRUZ Transportes, representado por Expresso Pégaso Ltda.

Em ato realizado no dia 11 de agosto de 2010, foram abertos os envelopes "C", relativos às propostas técnicas. O Resultado do julgamento das propostas foi:

(A) RTR2: Consórcio INTERSUL (nota técnica 91,67), Consórcio VIA SUL (nota técnica 75,00) e Consórcio SPRIO (nota técnica 63,33).

(B) RTR3: Consórcio INTERNORTE (nota técnica 85,83) e Consórcio SPRIO (nota técnica 58,33).

(c) RTR4: Consórcio TRANSCARIOCA (nota técnica 91,67) e Consórcio VIA SUL (nota técnica 75,00).

(d) RTR5: Consórcio SANTA CRUZ (75,00).

Nesta fase de julgamento das propostas técnicas, houve duas impugnações.

Em terceiro ato público, realizado no dia 24 de agosto de 2010, foram abertos os envelopes "B", em que continham as propostas comerciais. Todos os consórcios participantes - vencidos e vencedores - apresentaram o mesmo valor a título de tarifa básica de remuneração (TBR), qual seja, R\$ 2,40, obtendo todos a mesma nota de proposta comercial: 100.

Por fim, no dia 31 de agosto de 2010, foi publicado em Diário Oficial o despacho do Secretário de Transportes Públicos, homologando o resultado da concorrência pública para adjudicar a prestação do serviço coletivo de

passageiros por ônibus **ao Consórcio INTERSUL, para a RTR2; ao Consórcio INTERNORTE, para a RTR3; ao Consórcio TRANSCARIOCA, para a RTR4 e ao Consórcio SANTA CRUZ, para a RTR5.**

Consta, ainda, que os contratos de concessão de cada Consórcio foram remetidos ao Tribunal de Contas de Município do Rio de Janeiro, para controle. Até a presente data, o TCM carioca analisou somente a concessão adjudicada o Consórcio INTERSUL e decidiu pela absoluta regularidade do certame e do contrato.

Tendo em vista tratar-se de concessão de serviço público, fundamental compreender, por primeiro, as características desse instituto, para, a seguir, analisar mais detalhadamente aspectos específicos da concorrência e da contratação em exame.

2 - A CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

A concessão é uma das formas de se delegar a execução de serviço público a pessoa jurídica ou consórcio de empresas, mediante regulamentação e controle do Poder Público¹. Trata-se de instrumento de prestação indireta de serviço público², realizado por empresa estatal ou por empresa particular que demonstre interesse e capacidade

¹ MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 20ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 337.

² AMARAL, Antônio Carlos Cintra, *Concessão de Serviço Público*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 21.Í

para o desempenho do serviço delegado, por sua conta e risco e por prazo determinado³.

A execução do serviço público pelo concessionário é realizada nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, contudo sob garantia contratual de equilíbrio-financeiro⁴ – a permitir o retorno do capital privado investido – e estruturada economicamente a partir de receitas tarifárias cobradas diretamente dos usuários.

Segundo Fernando Vernalha Guimarães, a concessão, mais do que um simples modo de transferir atividade de monopólio estatal:

*"é uma engenharia financeiramente peculiar, que visa propiciar alternativas negociais à administração pela atração de capital privado para o financiamento de projetos estruturantes, distribuindo a remuneração do concessionário – pelo poder público, pelos usuários, ou por ambos, envolvendo, eventualmente, uma composição com receitas alternativas –, ao longo da execução do serviço e a partir de sua exploração"*⁵.

Na concessão, confia-se ao concessionário a responsabilidade por uma gestão operacional do serviço, a qual, por mais que esteja sujeita ao rígido controle pelo poder público concedente, pressupõe certa dose de autonomia

³ MEDAUAR, Odete, *Direito Administrativo Moderno*, 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 374.

⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 15ª ed., 2002, p. 643.

⁵ GUIMARÃES, Fernando Vernalha, *Concessão de Serviço Público*, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 28.

no desempenho da atividade - daí se dizer que a concessão finca-se mais ao resultado e menos ao cumprimento de meios previamente estabelecidos⁶.

Essa margem de autonomia, que diferencia o contrato de concessão dos demais contratos administrativos, é diretamente proporcional ao grau de risco assumido pela gestão operacional do serviço público objeto de concessão. Assim, quanto maior a autonomia gerencial e operativa, maiores são os riscos encampados pelo concessionário⁷.

Portanto, o concessionário é remunerado pela própria exploração do serviço público, em geral, mediante tarifas, embora se admitam receitas alternativas. E a remuneração é proporcional aos resultados da exploração⁸.

O Brasil adotou dois regimes de prestação no que tange à formação e controle das tarifas: a) regime dos serviços monopolizados, que pressupõe um controle autoritário e administrativo das tarifas; b) regime dos serviços prestados sob concorrência, pressupondo a liberdade tarifária.

Como bem aponta Fernando Vernalha Guimarães, no regime dos serviços que pressupõe um sistema de infraestrutura por rede, como é o caso do transporte público urbano, cuja duplicação se mostra inviável pelos altíssimos custos, o monopólio estatal sobre a tarifação

⁶ GUIMARÃES, Fernando Vernalha, *Concessão de Serviço Público*, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 33.

⁷ GUIMARÃES, Fernando Vernalha, *Concessão de Serviço Público*, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 33.

⁸ GUIMARÃES, Fernando Vernalha, *Concessão de Serviço Público*, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 63. Segundo o autor, o sistema tarifário não é mais a "peça-chave" do modelo brasileiro de concessão - lembrando que nem toda concessão é remunerada por meio de tarifa, como o caso da concessão de rádio e televisão. No mesmo sentido, v. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 15ª ed., 2002, p. 644.

ainda resiste, justamente com o objetivo de proteger a livre concorrência.

Nestes casos, segundo o autor, há uma

"forte prevalência dos custos fixos sobre os custos variáveis, tornando possível a obtenção de expressivas economias de escala com o aumento da quantidade produzida. 'Se a essas economias de escala se somar uma grande proporção de custos irrecuperáveis (sunk costs), a entrada de competidores no mercado torna-se absolutamente inviável"⁹.

Em suma, a regulamentação sobre o preço dos serviços explorados por particulares em concessão varia em relação ao nível de controle estatal: a partir do simples acompanhamento da evolução dos preços, até a fixação do valor pela própria Administração Pública.

Na prestação de serviço em monopólio, como no transporte público municipal, os serviços públicos sob concessão recebem controle autoritário e efetivo quanto à fixação e manutenção das tarifas.

Na concessão desses serviços públicos em monopólio, ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, estabelece-se uma relação complexa, composta "de um ato regulamentar do Estado que fixa unilateralmente condições de funcionamento, organização e modo de prestação do serviço, isto é, as condições em que será oferecido aos usuários"¹⁰. Nesse cenário, diferentemente da concorrência pura e simples pelo

⁹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha, *Concessão de Serviço Público*, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 175.

¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 15^a ed., 2002, p. 653.

melhor preço e técnica, é o concessionário que, demonstrando reunir as condições técnicas necessárias, voluntariamente se insere debaixo da situação jurídica objetiva estabelecida pelo Poder Público.

3 - A PARTICIPAÇÃO DE CONSÓRCIOS NA CONCORRÊNCIA

3.1 - Consórcios e fomento da participação

O Edital da concorrência estabeleceu regras importantes para a análise ora efetuada. Em primeiro lugar, deve-se destacar a previsão de seu item 8.01:

8.01 - Poderão participar da presente Concorrências as pessoas jurídicas interessadas, isoladamente ou reunidas em consórcio, que comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos neste Edital.

Verifica-se, assim, que houve expressa previsão para a participação de empresas reunidas na forma de consórcio, estabelecendo, ainda, o Poder Público, as regras para a participação de consórcios no certame, nos itens 8.03 e seguintes do Edital:

8.03 - Será permitida a participação de consórcios, sujeitos às seguintes regras:

8.03.1 - No consórcio de empresas de transporte com empresas de outro setor, a liderança será da empresa de transportes.

8.03.2 - As sociedades consorciadas apresentarão instrumento público ou particular de compromisso de constituição do consórcio, subscrito por todas elas, indicando a sociedade líder, que será a responsável principal, perante o Município, pelos atos praticados pelo consórcio, sem prejuízo da responsabilidade solidária prevista no item 8.03.5 a seguir. A sociedade líder terá poderes para requerer, transigir, receber e dar quitação.

8.03.2.1 - O instrumento de constituição de consórcio de que trata o item 8.03.2 deverá indicar o percentual de participação de cada empresa no consórcio.

8.03.2.2.- O consórcio vencedor ficará obrigado a promover a constituição e o registro do consórcio antes da celebração do Contrato de Concessão, nos termos do art. 19, § 1º, da Lei federal 8.987/95 e poderá ter sua constituição e/ou composição alterada desde que seja observado o disposto no item 8.04 do presente Edital.

8.03.3 - Será exigida a apresentação conjunta, mas de forma individualizada, da documentação relativa à habilitação jurídica, à qualificação técnica, à qualificação econômico-financeira, à regularidade fiscal e à regularidade trabalhista. **As consorciadas poderão somar**

seus quantitativos técnicos e econômico-financeiros, estes últimos na proporção da respectiva participação no consórcio, para o fim de atingir os limites fixados neste edital relativamente à qualificação técnica e econômico-financeira.

8.03.4 - As sociedades consorciadas não poderão participar da concorrência isoladamente, nem através de mais de um consórcio para a mesma Rede de Transporte Regional - RTR.

8.03.5 - As sociedades consorciadas responderão solidariamente perante o Poder Concedente pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase da concorrência, quanto na da execução do contrato.

...

8.05. Não será permitida a participação, isoladamente ou em consórcios distintos, na licitação para a mesma Rede de Transporte Regional - RTR, de mais de uma pessoa jurídica sujeita ao controle societário de um mesmo grupo de pessoas físicas ou jurídicas.

Nota-se, pois, que o Edital procurou criar diversas garantias ao Poder Concedente, exigindo a formalização adequada dos consórcios, bem como a documentação que comprove a regularidade de cada uma das empresas participantes do consórcio, além de prever a responsabilidade solidária das empresas - tudo em consonância com os ditames da Lei n. 8.987/1995.

A previsão de possibilidade de habilitação de empresas consorciadas configura importante medida no sentido de aumentar e fomentar a participação de um maior número de concorrentes no certame, tendo em vista que o Edital exigia requisitos rigorosos no que se refere à qualificação técnica e econômico-financeira. Neste sentido, por exemplo, citam-se as seguintes exigências:

(B) QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

(B.1) - A qualificação técnica dos licitantes será comprovada por meio de:

(B.1.1) - Atestado, em nome do licitante ou de empresa(s) integrante(s) do consórcio licitante, firmado por ente público ou privado, que comprove desempenho anterior na prestação de serviço público de transporte coletivo urbano de passageiros por ônibus, compatível com o objeto da licitação, com frota operante mínima de 1.000 (hum mil) veículos por dia por prazo igual ou superior a 5 (cinco) anos; (...)

(C.7.1) - O valor da garantia de proposta, equivalente a 1% (um por cento) do Valor estimado dos Investimentos (item 27.1) para a respectiva Rede de Transportes Regional - RTR, resulta nos seguintes valores a serem oferecidos em garantia:

<i>RTR 2</i>	<i>R\$ 3.643.823,70</i>
<i>RTR 3</i>	<i>R\$ 5.666.912,05</i>
<i>RTR 4</i>	<i>R\$ 5.100.903,88</i>
<i>RTR 5</i>	<i>R\$ 3.591.441,78</i>

É importante, também, destacar o altíssimo valor previsto, no Edital, para os investimentos a serem feitos pela concessionária (item 27):

RTR 2	R\$ 364.382.370,48
RTR 3	R\$ 566.691.205,29
RTR 4	R\$ 515.090.387,86
RTR 5	R\$ 359.144.178,18

Muitas empresas, isoladamente, não poderiam cumprir tais determinações. Entretanto, reunidas em consórcio, passava a ser possível sua participação no certame. E é exatamente isso – o aumento de licitantes – que o já mencionado item 8.03.3 busca proporcionar, ao permitir que as consorciadas somem seus quantitativos técnicos e econômico-financeiro, desde que respeitada a proporção à participação no consórcio, para o cumprimento das exigências.

Efetivamente, não é apenas a maior facilidade em se cumprirem os requisitos de qualificação técnica e econômico-financeira que justifica a criação de consórcios. Reunidas, as empresas acabam por ter condições de racionalizar diversas variáveis fundamentais para a mais eficiente prestação do serviço público concedido. Assim, conseguem, por exemplo, aproveitar melhor os espaços de garagem para os ônibus em diferentes pontos da cidade; conseguem efetuar a manutenção dos coletivos de modo mais eficiente e menos custoso; dispõem de uma mais ampla rede de fornecedores de combustíveis, dentre outras vantagens.

Como já observou Calixto Salomão Filho,

*"nem todas as formas de cooperação econômica entre empresas implicam limitação da concorrência entre seus membros. Existem casos em que certas limitações são apenas coadjuvantes necessários para a obtenção de resultados economicamente positivos, como o progresso tecnológico ou mesmo a melhor eficiência das empresas."*¹¹

O consórcio, em determinadas licitações, pode efetivamente resultar em importante aumento de seu caráter competitivo, figurando como uma das hipóteses de cooperação econômica em que não há limitação da concorrência, mas, ao contrário, seu fomento.

A permissão à participação de consórcios viabilizou, no caso presente, a muitas empresas que somassem suas qualificações técnicas e econômico-financeiras não apenas para cumprir os requisitos do edital, mas também para a execução do objeto do contrato, o que certamente resultou em propostas comerciais e técnicas mais interessantes ao Poder Concedente.

Nossa legislação deixou a cargo da administração a escolha pela permissão ou não da participação de consórcios na licitação. É o que se depreende da leitura do art. 33, *caput*, da Lei n. 8.666/93: *"Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas: (...)".*

¹¹ *Direito Concorrencial - as estruturas*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 318.

Nessa linha, tem-se entendido que o administrador público deve avaliar as características do objeto a ser licitado, examinando se a permissão à participação de consórcios fomentará a concorrência (como o consórcio de empresas que, não consorciadas, não conseguiriam participar do certame) ou a prejudicará (caso do consórcio de empresas que poderiam participar isoladamente do objeto e, uma vez associadas, não concorrem entre si). O administrador deve fundamentar tecnicamente sua escolha, expondo os motivos pelos quais entendeu ser possível ou não a participação de consórcio na licitação¹².

Muito embora a lei, como visto, tenha conferido ao administrador essa escolha, não se trata de ato totalmente discricionário. Sempre que a autorização de consórcios promover a concorrência e mais ampla participação de empresas do setor, devem os consórcios ser admitidos pelo Poder Público quando da elaboração das regras do certame. Nessa linha, assinala Diógenes Gasparini que:

*"Com efeito, não se pode olvidar que a Administração pública deve tudo fazer para ter em suas licitações o maior número possível de concorrentes, e se o consórcio é um dos meios para que esse objetivo legal e obrigatório seja alcançado, há de entender-se que a competência não é discricionária."*¹³

Também o Tribunal de Contas da União já decidiu no sentido de que a participação de empresas consorciadas é

¹² Tribunal de Contas da União, Acórdão 1636/2007, Min. Rel. Ubiratan Aguiar, Plenário.

¹³ Consórcio de Empresas. In: *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, p. 582e ss., dez 1999, p. 584.

obrigatória quando a decisão contrária do administrador público resultar em restrição ao caráter competitivo do certame¹⁴.

Sobretudo nos casos de objetos de grande porte ou que exija especialidades distintas dos licitantes, a possibilidade de participação de consórcios na licitação se torna obrigatória ao administrador público. É o que leciona Carlos Ari Sundfeld:

*"Quando a contratação é de porte elevado ou envolve múltiplas especialidades, deve-se admitir o consórcio, viabilizando a participação de pessoas que, isoladas, não teriam a capacitação suficiente para concorrer."*¹⁵

Esse também é o entendimento que prevalece na jurisprudência do Tribunal de Contas da União:

*"A admissão ou não de consórcio de empresas em licitações e contratações é competência discricionária do administrador, devendo este exercê-la sempre sob justificativa fundamentada. **Não obstante, a participação de consórcio é recomendada sempre que o objeto seja considerado de alta complexidade ou vulto.**"*¹⁶

¹⁴ Tribunal de Contas da União, Acórdão 1672/2006, Min. Rel. Marcos Vinícios Vilaça, Plenário. Tribunal de Contas da União, Acórdão n. 1094/2004, Min. Rel. Augusto Sherman Cavalcanti, Plenário; Tribunal de Contas da União, Acórdão n. 2295/2005, Min. Rel. Benjamin Zymler, Plenário; Tribunal de Contas da União, Acórdão n. 22/2003, Min. Rel. Benjamin Zymler, Plenário; Tribunal de Contas da União, Acórdão n. 1678/2006, Min. Rel. Augusto Nardes, Plenário.

¹⁵ *Licitação e Contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2ª ed, p. 131.

¹⁶ Cf. os diversos acórdãos do Tribunal de Contas da União reunidos em: *Resenha de Jurisprudência* - elaborada pelas secretarias das sessões. Controle 1706.5.2.2.3.90.0.

Trata-se exatamente da situação sob exame: o objeto da licitação analisada referia-se a um período de 20 anos de concessão de serviço público, relativo ao transporte coletivo de uma das maiores cidades brasileiras; exigia-se o desempenho anterior, com frota operante mínima de mil veículos por dia por prazo igual ou superior a cinco anos, e envolvendo valores de garantia contratual na ordem de R\$ 5.666.912,05 (cinco milhões, seiscentos e sessenta e seis mil, novecentos e doze reais e cinco centavos) - valor histórico. Evidentemente, a magnitude do objeto apontava para a obrigatoriedade de admissão, pelo Poder Público, da participação de consórcios no certame, tendo em vista que muitas empresas, tomadas individualmente, ainda que grandes e de renome, não conseguiriam participar da concorrência.

Assim, os consórcios acabaram por se constituir em importante medida para a conjugação de recursos e capacidades de empresas que, individualmente consideradas, não poderiam participar da licitação.

Portanto, na licitação aqui examinada, a formação de consórcios permitia uma maior competição no certame, em melhores condições e um maior número de *players*. Por isso, o Poder Concedente, cumprindo sua obrigação legal, permitiu expressamente a participação de consórcios na licitação, tomando-se os cuidados necessários para garantir a devida formalização e responsabilidade solidária das consorciadas.

Deve-se analisar, ainda, o fato de algumas empresas terem participado em mais de um consórcio e quais suas possíveis repercussões.

3.2 - Participação em mais de um consórcio

Foram dezessete as empresas que participaram de dois ou mais consórcios, conforme o quadro abaixo:

EMPRESAS	CONSÓRCIOS
AUTO VIAÇÃO BANGU LTDA.	INTERNORTE
	SANTA CRUZ
AUTO VIAÇÃO TRÊS AMIGOS S/A	INTERNORTE
	TRANSCARIOCA
CAPRICHOSA AUTO ÔNIBUS LTDA.	INTERNORTE
	TRANSCARIOCA
CITY RIO ROTAS TURÍSTICAS LTDA.	INTERNORTE
	TRANSCARIOCA
GIRE TRANSPORTE LTDA.	INTERNORTE
	INTERSUL
TEL - TRANSPORTES ESTRELA S/A	INTERNORTE
	TRANSCARIOCA
TRANSPORTE ESTRELA AZUL S/A	INTERNORTE
	INTERSUL
VIAÇÃO ACARI S/A	INTERNORTE
	TRANSCARIOCA
VIAÇÃO MADUREIRA CANDELARIA LTDA.	INTERNORTE
	TRANSCARIOCA
VIAÇÃO NOVACAP S/A	INTERNORTE
	TRANSCARIOCA
PREMINUM AUTO ÔNIBUS LTDA.	INTERNORTE
	INTERSUL
	TRANSCARIOCA
REAL AUTO ÔNIBUS LTDA.	INTERSUL

	TRANSCARIOCA
TRANSLITORÂNEA TURÍSTICA LTDA.	INTERSUL
	TRANSCARIOCA
TRANSURB S/A	INTERSUL
	TRANSCARIOCA
AUTO VIAÇÃO TIJUCA S/A	INTERSUL
	TRANSCARIOCA
EXPRESSO PÉGASO LTDA.	SANTA CRUZ
	TRANSCARIOCA
TRANSPORTES BARRA LTDA.	SANTA CRUZ
	TRANSCARIOCA

O Edital previa, consoante já anteriormente mencionado, que as consorciadas (ou empresas sujeitas a seu controle acionário) não poderiam participar de mais de um consórcio para a mesma região (RTR):

8.03.4 - As sociedades consorciadas não poderão participar da concorrência isoladamente, nem através de mais de um consórcio para a mesma Rede de Transporte Regional - RTR.

...

8.05. Não será permitida a participação, isoladamente ou em consórcios distintos, na licitação para a mesma Rede de Transporte Regional - RTR, de mais de uma pessoa jurídica sujeita ao controle societário de um mesmo grupo de pessoas físicas ou jurídicas.

A *contrario sensu*, evidentemente, as empresas estavam autorizadas a participar de mais de um consórcio, desde que não relativos a uma mesma região definida na licitação.

Da listagem acima, verifica-se que não houve qualquer descumprimento do edital, pelo contrário: as empresas consorciaram-se exatamente de acordo com as exigências estabelecidas pelo Poder Concedente.

Nessa linha, aliás, deve-se frisar que essa regra prevista no Edital promove a maior concorrência entre os licitantes, já que permite a uma mesma empresa concorrer em mais de um dos objetos da licitação.

Apesar de a Lei n. 8.987/95, em seu art. 19, IV, vedar a *"participação de empresas consorciadas na mesma licitação, por intermédio de mais de um consórcio ou isoladamente"*, entende-se que, quando um mesmo edital traz diferentes objetos a serem licitados, considera-se cada um deles como uma licitação distinta, razão pela qual a regra legal mencionada vale apenas para cada um dos objetos.

Esse foi, destaque-se, o entendimento do Tribunal de Contas do Município sobre o edital ora analisado, após examinar com detalhe a questão, que foi inclusive objeto de diligência:

"Participação de uma empresa em diversos Consórcios, mas em áreas diferentes:

Subitem III.6 da análise que trata do subitem 15.26.2 do edital - apesar de, a princípio, não ferir o art. 19, IV, da Lei 8.987/95, pois na verdade são lotes

diferentes, ou seja, concorrências diferentes, pelas regras do Edital, ao que parece, não poderia haver contratação como empresas consorciadas que participam de consórcios em outras áreas. Pois nesse caso, ela **não** sendo '**controladora**' do consórcio, poderia atuar em todas as áreas.

(...)

(Esclarecimentos prestados pela Secretaria Municipal de Transportes:)

'De fato, a Lei 8.987/1995, em seu art. 19, IV, impede a participação de empresas consorciadas na mesma licitação, por intermédio de mais de um consórcio ou isoladamente. O objetivo dessa regra legal é impedir que em um mesmo objeto licitado a mesma empresa possa apresentar mais de uma proposta. No caso presente, como já apontado por esse Tribunal, tal princípio não é violado, uma vez que, **apesar de o processo licitatório ser uno, cada área é um objeto específico que está sendo licitado.**

Portanto, parece-nos que tal restrição não viola o citado dispositivo legal, já que, na realidade, há uma concorrência distinta para cada RTR, ou seja, diversas licitações reunidas em um mesmo procedimento. Por outro lado, é certo que o **Edital restringe** que a **mesma empresa detenha a concessão** de mais de uma Rede de Transportes Regionais - RTRs, sendo permitida, contudo, a participação na licitação dessa mesma empresa em RTRs distintas. Tal restrição de obter mais de

uma concessão objetiva impedir que uma mesma pessoa tenha o controle da concessão de mais de uma área (é o que ocorreria no caso de uma mesma sociedade deter mais de uma concessão).

Passo diverso, porém, parece existir quando se fala em consórcio, sendo apenas uma participação minoritária, não haverá o risco de se ter um mesmo controlador em duas áreas.”

Portanto, nota-se que o próprio Edital permitiu, de um lado, a participação de empresa em mais de um consórcio, garantindo maior concorrência. E, por outro, vedou tal possibilidade dentro de uma mesma Região, garantindo que uma mesma empresa não determinasse a formação de mais de uma proposta para o mesmo objeto.

Diante disso, conclui-se que a organização de empresas em consórcios ocorreu nos exatos termos determinados ou permitidos pelo Edital, que, além disso, respeitou os parâmetros legais sobre a matéria e foi considerado regular pelo Tribunal de Contas do Município.

Conforme será visto mais adiante, a formação de consórcio no caso analisado não configurou a prática de cartel, já que, além de permitida por lei e pelo Poder Concedente, não visava a formação de preços ou de quantidades vendidas ou produzidas, pelo contrário: tinha como objetivo promover a maior participação na concorrência.

4 - A FIGURA DO CARTEL

4.1 - A disciplina legal

Diante desse quadro, cumpre examinar, ainda, se as condutas praticadas podem ou não se caracterizar, juridicamente, como prática de cartel.

Para tanto, deve-se, em primeiro lugar, esclarecer que a conduta de cartel configura ilícito tanto no direito administrativo quanto no direito penal, com figuras típicas extremamente semelhantes¹⁷. No campo da legislação de proteção da concorrência, à época do processo licitatório, vigia a Lei n. 8.884/94, na qual a combinação do disposto nos seus artigos 20 e 21 definia os atos ilícitos configuradores do "cartel":

O art. 20, *caput*, e o art. 21, incs. I, III, IV e VIII, da Lei 8.884, de 1994, em redação a ser lida em conjunto, preceituam:

"Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados que tenham por objeto ou

¹⁷ No que se refere ao **direito penal**, a legislação brasileira prevê os crimes de cartel na Lei n. 8.137/90, art. 4º, com a redação dada pela Lei n. 12.529, de 11, que trouxe importantes alterações na matéria. Entretanto, os fatos ora analisados ocorreram no ano de 2010, devendo-se aplicar a legislação da época dos fatos, em razão do princípio da irretroatividade da lei penal. Assim, a anterior redação dos arts. 4º, 5º e 6º, da Lei n. 8.137/90 trazia uma série de condutas consideradas típicas. Muitas delas, à toda evidência, não se relacionam com a hipótese do cartel; outras estão revogadas, pelo fenômeno da *abolitio criminis* - já que não foram renovadas pela Lei 12.529 - , razão pela qual sequer serão nesta oportunidade estudadas: Assim rezava o art. 4º da Lei n. 8.137/90, em matéria pertinente ao cartel, e de forma mais benéfica, pois cominava pena de multa:

Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica:
I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante:
a) ajuste ou acordo de empresas; (...)
II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:
a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; (...)
Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.

possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da (sic) ordem econômica:

I - fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços;

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

III - dividir os mercados de serviços ou produtos...

.....

VIII - combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa".

4.2 - Domínio de mercado

São, portanto, descritas formas de **abuso do poder econômico**, que à toda evidência somente podem ser cometidas

por quem detenha poder de mercado¹⁸, conceituado como uma *“elevada participação no mercado relevante definido pela capacidade de restringir concorrentes reais e potenciais e pela existência de barreiras à entrada”*¹⁹. O abuso de poder econômico reside em usá-lo com vistas a desvirtuar a concorrência.

O art. 20, da Lei 8.884/94²⁰ (então vigente) traz a figura da posição dominante, esclarecendo-se que se presume a posição dominante *“sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante”*²¹

O mencionado abuso do poder econômico precisa efetivamente resultar em dominação do mercado ou na eliminação total ou parcial da concorrência seja no âmbito administrativo como penal.

Para Prado, *“dominar significa estar em condições de impor sua vontade sobre o mercado e isso independe de o domínio ser exercido em apenas uma parcela pequena do território nacional, já que, em razão da natureza do*

¹⁸ No mesmo sentido, cf.: PRADO, Luis Régis. *Direito penal econômico*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 47.

¹⁹ CORDOVIL, Leonor. In: CARVALHO, Vinicius Marques de; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada*. São Paulo, RT, 2011, p. 103. Há quem entenda que o poder de mercado esteja ligado à capacidade de influenciar no poder de formação de preços. Nesse sentido, cf. NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 28.

²⁰ Destacando-se que a Lei n. 12.529/11 segue o mesmo critério. Os empresários, malgrado participassem, por vezes, de mais de uma das empresas, detinham de 4% a menos de 1% do mercado. Extremamente pulverizado, sem qualquer possibilidade de se influir de qualquer forma nas condições deste mercado, sendo indispensável se unirem em consórcio para enfrentar as exigências do edital no que tange a assegurar a prestação do serviço, bem como no fornecimento de garantias e na possibilidade de atender aos investimentos necessários. Em anexo vide a relação dos empresários com a respectivas participações no mercado.

²¹ Art. 36, §2º.

produto, qualidade e preço dos transportes o mercado pode ser nacional, regional ou local.”²²

As características da figura do **cartel** deixam claro não ser possível seu cometimento no caso sob análise. Isto porque se trata de uma situação na qual as empresas concessionárias, definitivamente, não se enquadram: para a prática do delito, deve o agente previamente deter o poder econômico no mercado relevante, o que não ocorreu no caso em tela. A participação no mercado de cada empresa contratada foi determinada, unilateralmente, pelo próprio Poder Concedente, não tendo as variáveis econômicas ligadas à concorrência e à conquista de maiores parcelas do mercado desempenhado qualquer papel. Além disso, somente as empresas que ganharam a concorrência receberam parcelas do objeto licitado, por óbvio. Não se tratava, pois, de um mercado no qual era possível praticar abuso de poder econômico.

Em uma estrutura de concessão, não é possível identificar os elementos básicos para a configuração dessa primeira modalidade de cartel, pois não há, propriamente, um mercado livre, no qual se possa abusar de uma posição de poder econômico, pois todas as variáveis são determinadas e fixadas pelo Poder Público Concedente. Igualmente, não é possível criar barreiras à entrada de concorrentes nesse mercado, até porque somente podem desempenhar alguma função as empresas que lograram vencer a concorrência.

Portanto, tendo em vista as próprias características da concessão de serviço público, já acima descritas, não é possível a configuração na forma de dominação do mercado, que dependeria de se deter poder

²² PRADO, Luiz Régis. *Op. cit.* p. 48.

econômico naquele mercado relevante, o que não existia previamente à licitação realizada.

4.3 - A eliminação da concorrência

Já a eliminação da concorrência ocorrerá se ficar demonstrado que outros *players* não conseguiram ou tiveram maior dificuldade para entrar no mercado relevante ou *players* que já estavam no mercado, mas não fizeram parte do acordo, foram excluídos do mercado ou tiveram suas participações, em razão do ajuste, reduzidas. A dominação do mercado ou a eliminação parcial ou total da concorrência precisam decorrer, em razão de um nexo de causalidade, da conduta dos agentes. Ademais, essas condutas precisam ter sido praticadas por um meio específico, qual seja, o ajuste ou acordo de empresas.

Com relação à eliminação total ou parcial da concorrência, é possível, de plano, descartar de plano a conduta de *formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando a dividir o mercado* (art. 21, III), pois o edital já estabelecia que determinado agente econômico não pode atuar em dada área, que ficaria sob a exclusiva atuação de outro. Desta maneira, o consumidor acaba por dispor de somente uma opção para adquirir um determinado produto ou serviço, tendo de aceitar seus termos e preços.

No caso analisado, não houve, por óbvio, definição de distribuição regional por acordo ou ajuste entre as empresas. Pelo contrário: não havia qualquer liberdade de mercado nesse ponto, tendo em vista que a definição da divisão das regiões da cidade, assim como dos itinerários

dos ônibus, foram feitas unilateralmente pelo Poder Público Concedente, com base no interesse público, sem qualquer participação das empresas licitantes. Portanto, não há como se aplicar tal figura.

Já a conduta tipificada no inciso I do art. 21 da Lei n. 8.884/94, refere-se à combinação entre empresas para fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas. Pode ser praticada somente em coautoria, por agentes que atuem em um mesmo mercado por via de acordo concorrencial, graças a uma política uniforme ou concertada de atuação no mercado, sob pena de não se alcançar qualquer efeito²³. É da essência, portanto, da colusão horizontal a intenção de permanência do ajuste ou acordo, como forma de se conduzir das empresas associadas²⁴.

O cartel horizontal, entre empresas paralelas no mercado, deve ter por objeto alguma das variáveis concorrenciais, como assevera CALIXTO SALOMÃO: *quantidade, preço, qualidade, mercado*. Esse acordo, para ter algum efeito exige durabilidade na associação estabelecida, razão pela qual a estabilidade é considerada a principal característica do acordo, que se efetiva por se manter o preço uniforme ou a divisão de mercado²⁵.

²³ SALOMÃO, Calixto, *Direito concorrencial - as condutas*, São Paulo, Malheiros, 2.003, p. 264 e seguintes, para o qual as características específicas do acordo são: estabilidade e conteúdo que deve tornar previsível a política empresarial das empresas envolvidas.

²⁴ FORGIONI, Paula, *Os fundamentos do antitruste*, São Paulo, RT, 1.998, p. 327, nota 14, lembra a lição de PINTO ANTUNES no sentido do cartel ser uma organização durável, uma aliança entre empresas para determinados fins e objetivos, ao acordar, por exemplo, vender as suas mercadorias concorrentes pelo mesmo preço, em limitar a produção, ou em dividir zonas de influência.

²⁵ SALOMÃO, Calixto, *Direito concorrencial - as condutas*, São Paulo, Malheiros, 2.003, p. 264; FORGIONI, Paula, *Os fundamentos do antitruste*, São Paulo, RT, 1.998, p. 326, define cartel como acordos celebrados entre empresas concorrentes (que atuam, pois, no mesmo mercado geográfico e material) e que visam a neutralizar a concorrência entre elas.

4.3.1 - A fixação artificial de preço

Interessa, aqui, principalmente a finalidade de fixação artificial de preços, já que a ideia de fixação de quantidades a serem vendidas ou produzidas ou de divisão de mercado não se aplica ao presente caso.

Para verificar se seria possível efetuar acordo para fixação de preço, deve-se compreender que preço, conforme o clássico conceito econômico, consiste na expressão monetária de um bem passível de transação em um mercado.

Ocorre que, no caso dos transportes de ônibus no Rio de Janeiro, sequer se trabalha, propriamente, com a ideia de preço, mas sim de tarifa - já que se cuida de um serviço público, tarifa a partir da qual se avalia a remuneração a ser cobrada com estreitíssima margem para atender ao custo e ao lucro possível.

Pois bem, essa tarifa, diferentemente dos preços, não flutua de acordo com as regras de mercado, com a lei de oferta e da procura, com a inflação etc. Ela é estabelecida unilateralmente pelo Poder Público e não obedece somente à racionalidade econômica, mas também ao interesse público e a questões de cunho político.

Um bom exemplo a demonstrar que a tarifa pública não depende somente das variáveis econômicas consistiu exatamente na decisão, tomada pelo poder público, de não aumentar a tarifa em função das manifestações que ocorreram pelo país. Ora, trata-se de decisão de natureza política e não econômica, determinando o valor da tarifa.

Assim, é necessária para a tipificação da conduta violadora da concorrência a realização de acordos, que versem sobre uniformidade de preço, **fixado artificialmente**, ou divisão de mercado, criando-se, efetivamente, uma situação de perigo à livre concorrência.

Importa, neste passo, a constatação de que a infração realize-se por meio de acordo ou ajuste entre empresas para se fixar de modo irreal, fora de critérios de formação de preço, um valor artificial estabelecido em concurso necessário entre empresas para DESFAZER a concorrência por via da uniformização de preço artificial que traga lucro indevido.

Assim, haveria cartel se tivesse havido uma ação conjunta dirigida, em uma convergência de vontades e de condutas em busca de um mesmo fim, qual seja, a eliminação da concorrência, do esforço da disputa de mercado, por via de uma **fixação artificial de preço ajustada entre os competidores**.

Ora, a tarifa foi fixada pelo próprio Poder Concedente em R\$ 2,40, deixando estreita margem de avaliação do custo do serviço pelos concorrentes, pois a diferença a maior entre o valor da tarifa e o valor do custo apresentado cabia ser destinado ao Poder Concedente. Esta estreita margem se comprova pela **IDÊNTICA** oferta feita **por TODOS os concorrentes**, os que venceram e os perdedores da concorrência, ou seja, R\$ 2,40, a indicar veementemente ser este o valor mínimo possível a ser cobrado pela prestação de serviço por usuário do transporte.

Constata-se, portanto, ser este o valor imposto pela realidade da operação de prestação de serviço de

transporte por todos os consórcios, em todas as regiões. **NÃO SE TRATOU DE PREÇO ARTIFICIALMENTE FIXADO**, mas do único preço mínimo possível segundo a realidade do negócio, **TANTO QUE APRESENTADO POR TODOS OS CONCORRENTES**, vencedores e perdedores da licitação.

Tem-se, então, a constatação da **inocorrência** de fixação artificial de preço ou divisão de mercado, por meio sem qualquer perturbação da competição normal, mantendo-se íntegra a competição concorrencial.

É fundamental destacar que o próprio Conselho Administrativo de Defesa Econômica, em caso idêntico ao presente²⁶ - no qual se analisou a possibilidade de formação de cartel em licitação para a concessão de serviço público de transporte coletivo de passageiros por ônibus convencional - fixou as exatas características desse tipo de concessão, na qual a lógica de mercado (a concorrência) é substituída pela lógica regulatória:

“Há situações, portanto, em que a concorrência deve ser afastada por conta de um objetivo regulatório (e aqui a discussão é se esse objetivo regulatório deve ser necessariamente de iniciativa do Estado ou se pode ser criado e implementado por particulares) e há situações em que, mesmo o mercado estando caracterizado por forte regulação, ainda assim há inequívoca possibilidade de intervenção concorrencial.

²⁶ Destaque-se que o CADE seguiu o entendimento que já fora adotado pela SDE, pela Procuradoria do CADE e pelo Ministério Público Federal.

*Não à toa, o serviço de transporte urbano tem sido caracterizado por poucas intervenções do CADE. O **serviço de transporte público coletivo no âmbito municipal** é prestado por meio de concessão a particulares, sendo atribuição do Poder Executivo Municipal Concedente realizar a licitação, que pode envolver linhas, grupos de linhas, áreas geográficas, ou mesmo um município inteiro (em geral de pequeno porte). E muitos, entre os quais este Relator, o consideram um **monopólio natural, em que o escopo de uma intervenção de uma autoridade de concorrência se queda relativizado.**"* (Averiguação Preliminar n. 08012.005355/2002-38, Voto do Conselheiro Relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo)

Nesse sentido, cabe, mais uma vez, lembrar as particularidades características do objeto de concessão, que não se confunde com parcelas de mercado regidas pelas regras da livre iniciativa:

*"Finalmente, em relação à alegação do Ministério Público de que houve formação de cartel entre as empresas Viação Dedo de Deus e Viação Primeiro de Março, nesse ponto a ação deve ser julgada improcedente. Como bem se argumentou nas contestações dessas empresas, não há como se reconhecer a prática de infração à ordem econômica prescrita no art. 20, II, da Lei 8.884/94. Isso porque **as empresas não exploram***

atividade econômica exercida sob o regime da livre concorrência. Trata-se, sim, de serviço público prestado sob permissão, submetido a regime jurídico de direito público e mediante contrato firmado com o poder concedente - o qual é o titular do serviço em questão, por força de previsão constitucional (art. 30, V, da CF). As condições da prestação de serviço, além disso, são definidas nesse contrato, o qual contém cláusulas exorbitantes, podendo ser modificado unilateralmente pelo Município.

Inexiste livre concorrência nesse ramo, nem mesmo entre as três empresas permissionárias. Cada qual explora linhas determinadas, com itinerário definido, previamente e que, via de regra, não se confundem - salvo alguns trechos comuns.

Não há como reconhecer que as duas empresas mencionadas dominam o mercado de prestação de serviço de transporte coletivo urbano de passageiros. O prestador do serviço, a rigor, é o Município, que o faz por meio de delegação a particulares. Vale dizer, a atividade por elas desempenhada não está sob o crivo da livre iniciativa e a escolha das permissionárias cabe ao Município. (...)

Sentença proferida no processo n. 0000078-64.2004.8.19.0061, da 2ª Vara Cível do Foro Regional de Teresópolis/RJ

4.3.2 - A proposta técnica

Quanto ao segundo critério para aferição da licitação, referente às propostas técnicas, a situação foi a seguinte:

A) Rede de transporte regional - RTR2:

A. 1 - Consórcio INTERSUL;

- Proposta técnica:

Melhores notas: tirou nota máxima (10) em quase todos os quesitos, com exceção da certificação ISO-9000.

Piores notas: apenas na certificação ISO-9000 (0).

Nota final da proposta técnica: 91,67.

A. 2 - Consórcio SPRIO;

- Proposta técnica:

Melhores notas: prazo para adaptação da frota à NBR 14022 (10), prazo para treinamento dos motoristas (10), tempo de experiência - ano (10) e experiência em % de veículos (10).

Piores notas: certificação ISO-900 (0), porcentagem de passageiros transportados utilizando vale-transporte (0), obtendo nota (06) em todos os demais quesitos.

Pontuação final da proposta técnica: 63,33

A. 3 - Consórcio VIA SUL;

- Proposta técnica:

Melhores notas: prazo de implantação do bilhete único (06), tirando nota máxima (10) em sete outros quesitos.

Piores notas: prazo para treinamento dos motoristas (0), tempo de experiência - ano (4) e experiência em operação - % de veículos (0).

Nota final da proposta técnica: 75,00.

Conclusões: A melhor proposta técnica, em geral, foi realmente a do Consórcio vencedor, INTERSUL, que ofereceu os melhores dados em grande parte dos quesitos, com a única exceção para a certificação ISO-9000. A pior proposta foi a do consórcio SPRIO, que, apesar de se destacar em tempo - ano e em experiência - % de veículos, apresentou os piores índices em todos os demais quesitos. A proposta do Consórcio VIA SUL foi a que mais se aproximou da proposta vencedora, porém o mau desempenho da VIA SUL quanto à experiência - % de veículos e no prazo para treinamento dos motoristas justificou sua classificação em segundo lugar.

B) Rede de transporte regional - RTR3:

B.1 - Consórcio INTERNORTE

- Proposta técnica:

Melhores notas: tirou nota máxima (10) em dez dos doze quesitos.

Piores notas: certificação ISO-900 (0) e prazo para adaptação da frota à NBR 14022 (3).

Nota final da proposta técnica: 85,83.

B.2 - Consórcio SPRIO

- Proposta técnica:

Melhores notas: prazo para adaptação da frota à NBR 14022 (10), prazo para treinamento dos motoristas (10) e tempo de experiência - ano (10).

Piores notas: certificação ISO-900 (0), porcentagem de passageiros transportados utilizando vale-transporte (0) e experiência em operação - % de veículos (4).

Nota final da proposta técnica: 58,33.

Conclusões: Com exceção da certificação ISO-9000, em que ambas tiveram nota 0, o Consórcio INTERNORTE, vencedor, superou o Consórcio SPRIO em quase todos os demais quesitos. Embora a SPRIO tenha superado o consórcio vencedor no quesito prazo para a adaptação da frota à NBR 14022 e igualado nas três melhores notas, obteve desempenho menor em seis dos doze quesitos, obtendo nota 6 em grande parte quesitos, enquanto a concorrente obteve nota máxima (10) nos mesmos itens.

C) Rede de transporte regional - RTR4:

C. 1 - Consórcio TRANSCARIOCA

- Proposta técnica:

Melhores notas: com exceção da certificação ISO-9000, obteve nota máxima (10) em onze dos doze quesitos, dada a melhor proposta.

Piores notas: certificação ISO-9000 (0).

Nota final da proposta técnica: 91,67.

C. 2 - Consórcio VIA SUL;

- Proposta técnica:

Melhores notas: obteve nota máxima (10) nos quesitos: prazo de adesão ao programa economizar, prazo para implantação de GPS, câmera interna de vídeo, prazo para a adaptação da frota à NBR 14022, prazo para adaptação dos terminais à NBR 9050, percentual de absorção de mão-de-obra operacional, certificação ISO-9000 e percentagem de passageiros transportados utilizando vale-transporte.

Piores notas: prazo para treinamento dos motoristas (0), experiência em operação - % de veículos (0) e tempo de experiência em operação - ano (4).

Nota final da proposta técnica: 75,00.

Conclusões: Apesar da vantagem da VIA SUL na certificação ISO-9000 e por ter proposta semelhante à do concorrente em alguns quesitos, ainda assim a proposta do Consórcio TRANSCARIOCA, o vencedor, foi ligeiramente superior, obtendo pontuação máxima em onze dos doze quesitos.

D) Rede de transporte regional - RTR5:

D.1 - Consórcio Santa Cruz

- Proposta técnica:

Melhores notas: Obteve pontuação máxima (10) em grande parte dos itens, com exceção dos quesitos câmera interna de vídeo, prazo para adaptação da frota à NBR 14022, experiência em operação - % veículos e certificação ISO-9000.

Piores notas: câmera interna de vídeo (3), prazo para adaptação da frota à NBR 14022 (3), experiência em operação e certificação ISO-9000 (0).

Nota final da proposta técnica: 75,00

Conclusões: o Consórcio SANTACRUZ foi o único competidor, saindo-se vencedor. Entretanto, as propostas ofertadas são bem compatíveis com as dos consórcios vencedores nos demais trechos, com nota máxima (10) em vários dos quesitos.

Conclusões finais:

Em suma, porquanto foram iguais as propostas comerciais apresentadas pelos consórcios participantes - tanto os vencidos quanto os vencedores apresentaram o mesmo valor a ser cobrado, R\$ 2,40 -, influíram efetivamente no resultado final apenas as propostas técnicas.

Comparando os resultados do certame quanto aos critérios técnicos, salta aos olhos a divergência entre as propostas apresentadas pelos participantes. Além disso, vislumbra-se um panorama diverso a cada trecho da rede regional de transporte licitado, elementos fáticos que

demonstram ter havido clara e efetiva concorrência entre os consórcios. Não houve, portanto, conduta uniforme entre os consórcios. Não houve ajuste ou acordo a configurar um cartel.

Numa visão global, é possível dizer que os quesitos que mais influíram para definir os vencedores em cada trecho foram aqueles condizentes à estrutura necessária para atender à demanda exigida pelo Poder Público (por exemplo, adesão ao programa economizar, implantação de GPS, instalação de câmara interna e adoção às normativas NBR 14022 e 9050), além da capacidade de adaptação às tais exigências em prazo menor.

Diante desse quadro, na prestação desse mesmo tipo de serviço público e na dimensão da rede carioca de transporte, empresas que detinham anteriormente o *know-how* necessário – não apenas em tempo de experiência, mas também associado à expertise e à estrutura técnica – tenderam a se sair melhor na disputa. E não porque os consórcios vencedores teriam se unido em suposto cartel, mas diante da especificidade dos critérios técnicos e de tempo objetivamente relacionados pelo próprio órgão licitante.

O caráter competitivo do certame pode ser inferido, ainda, do pelo fato de ter havido mais de uma impugnação quando da abertura dos envelopes das propostas técnicas, inclusive por parte dos consórcios vencedores.

5. CARTEL COMO FRAUDE À LICITAÇÃO

5.1 - Proteção à competição

O comportamento de ajuste ou acordo para fraudar licitação vem tratado por normas específicas, descritas no inciso VIII do art. 21 da Lei n. 8.884/94 e no art. 90, da Lei n. 8.666/90.

O inciso VIII do art. 21 da Lei n. 8.884/94, vigente à época da concorrência pública, editava ser infração à ordem econômica *"combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa"*. Já o art. 90 da Lei n. 8.666/90 estatui:

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

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

Esta norma do art. 90, da Lei n. 8.666/90, a exemplo do disposto no art. 21, VIII, da Lei n. 8.884/94, busca impedir, como se assinala, que se fraude ou frustre a licitação, objetivando-se, *fundamentalmente, preservar o caráter competitivo do certame licitatório; no caso, mais que o próprio procedimento, a relevância reside na sua natureza competitiva, de tal sorte que preservar ou realizar o referido procedimento sem essa característica, viola o bem jurídico que se pretende proteger, qual seja, a*

*competitividade da concorrência pública (em sentido lato)*²⁷.

São duas as consequências previstas que comprometem a competitividade das licitações, ou seja, frustrar ou fraudar a concorrência pública, por meio de ajuste, combinação ou outro expediente.

Interessante observar, na esteira de Marçal Justen Filho, que normalmente o que se visa é impedir que o acordo garanta a vitória de um deles, retirando o caráter competitivo do certame²⁸.

Ora, o caráter competitivo foi claramente preservado, como antes examinado, pois o valor cobrado para a passagem foi idêntico para todos os concorrentes, ganhadores e perdedores, como o único preço mínimo possível diante da realidade e natureza do serviço a ser prestado. Quanto às demais exigências técnicas, não houve comportamento uniforme por parte dos consórcios, mas fixações que decorriam de dados específicos e próprios como, por exemplo, o tempo de serviço já anteriormente prestado.

Assim, deve-se verificar, fundamentalmente, que não houve combinação para frustrar a competição e o procedimento licitatório, mesmo porque houve outros *players* que vieram a ser derrotados em vista dos critérios técnicos que não foram objeto de conduta uniforme por parte dos vencedores.

²⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Direito Penal das Licitações*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 189.

²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 1040.

Essencial é verificar que o resultado consistente no comprometimento do caráter competitivo não ocorreu. Tanto a norma administrativa como a penal visam a impedir que se frustrasse ou se venha a fraudar a concorrência, porém esta não sofreu dano ou perigo concreto de dano, **sendo mera elucubração agora aventar-se que alguns dados poderiam constituir indício de um fato comprovadamente não ocorrido.**

5.2 - Circunstâncias vislumbradas como indícios

Alguns fatos, todavia, relacionados ao certame podem vir a ser, apressadamente, apontados como “indícios” de prática de “cartel”, quais sejam:

- a) A circunstância de os quatro consórcios vencedores possuírem o mesmo endereço, lançado no mesmo dia, conforme CNPJs, no momento da licitação;
- b) das 41 (quarenta e uma) empresas que compõem os quatro consórcios, 16 (dezesseis) delas participam em mais de um Consórcio. Esse fato configuraria indício de cartel?
- c) diversas empresas possuem Diretores/Procuradores em comum – apenas oito empresas não possuíam diretores/procuradores em comum ou não participavam em mais de um consórcio, ao tempo da licitação;
- d) as cartas de fiança apresentadas possuem diversas semelhanças, tais como: terem sido emitidas na Comarca de São Paulo pela mesma instituição financeira – Itaú Unibanco S.A. – e pelo mesmo Gerente, na mesma data (16.9.2010), com o mesmo

prazo de validade e possuem numeração praticamente sequencial.

Deduzir de tais fatos a prática de cartel consiste em verdadeira ilação desprovida de qualquer substrato concreto, a começar pela circunstância fundamental de ter havido efetiva competição com diversos players cujos valores cobrados eram, para todos, **os mesmos**, e por não se ter conduta uniforme quanto aos critérios técnicos, dando-se uma disputa efetiva entre os pretendentes. Assim, não se pode falar, aqui, da existência de indícios de prática de cartel que não ocorreu.

Por outro lado, ainda que comprovasse a existência de contatos, por meio de seus representantes ou diretores, e tais comportamentos jamais podem ser entendidos, isoladamente, como prática de “cartel”. Exige-se muito mais, pois é necessário, fundamentalmente, que se frustrasse ou se cometesse fraude que desfigure o caráter competitivo do certame, dado real não verificado.

5.3 – Caracterização de indício

A complementar esse raciocínio, sequer podem ser considerados como indícios os fatos acima elencados (de “a” – “d”). Isto porque os indícios são elementos conhecidos da realidade a partir dos quais, em trabalho indutivo-dedutivo e segundo os dados da lógica, alcança-se a descoberta de fato não conhecido diretamente. São, portanto, **dados de fato, certos quanto à sua existência**, que, coordenados logicamente, segundo as categorias da inteligência humana,

em vista de suas qualidade e quantidade, apontam, de forma unívoca, uma realidade não diretamente provada.

Como acentua DE MARSICO, na prova indiciária, *"de um dado objetivo a um outro (dado), o nexó pode muito bem ser estabelecido por um elemento lógico, ou seja, pela dedução, enfim, fora da qual não se explicam os dados mesmos do mundo externo"*.²⁹

HÉLIO TORNAGHI conceitua o indício como *"o fato provado que por sua ligação com o fato probando autoriza a concluir algo sobre este"*³⁰.

Os indícios, por si, não possuem validade intrínseca, como bem acentua SPASARI: *"L'indizio segnala la via dello svolgimento logico, ma non la percorre, costituendo un nucleo probatorio privo di autosufficienza"*.³¹

O valor da prova crítica está na razão direta de sua quantidade, do caráter unívoco e convergente dos indícios e na inexistência de elementos que conduzam **logicamente** à negativa do fato probando.

Assinala Pierangeli que deverem os indícios formar uma cadeia, **uma conexão de fatos** que exclua qualquer hipótese negativa da ocorrência do que se busca dar por provado, ou seja, os indícios provam se não se dão indícios negativos³², isto é, em sentido contrário.

²⁹ DE MARSICO, Alfredo, *Diritto Processuale Penale*, Nápoles: Jovene, 1.966, p. 192.

³⁰ TORNAGHI, Hélio, *Instituições de Processo Penal*, São Paulo: Saraiva, 1.978, v. 4, p. 159.

³¹ SPASARI, Mario, *Fede publica e prova nel sistema del falso documentale*, Milão: Giuffrè, 1.963, p. 73.

³² PIERANGELI, José Henrique, *Da prova indiciária*, RT 601/301; CAMPOS, Antonio Carlos, *Do processo de conhecimento*, São Paulo: Saraiva, 1.983, p. 234. Para

São os indícios, portanto, provas indiretas, dependentes em tudo da correção da operação intelectual indutiva-dedutiva do julgador, que deve ser exigente para alçar determinado fato à condição de indício, como dado revelador de fato desconhecido por via da lógica e do bom senso.

Na Jurisprudência, também se encontra a exigência de serem os indícios **graves, veementes, unívocos**, não neutralizados outros dados da realidade ou por contra-indícios. Vejam-se as seguintes decisões:

"A prova indiciária somente é bastante à incriminação do réu quando formadora de uma cadeia concordante de indícios sérios e graves, unidos por um liame de causa e efeito, excludente de qualquer hipótese favorável ao acusado"³³

*"Para constituírem prova segura **os indícios devem ser precisos e convergentes de forma a merecer plena credibilidade**, e serem aptos à sustentação do decreto condenatório. Mera presunção não permite a comprovação da autoria delitiva"³⁴*

"Ainda que se admita a imposição de um decreto condenatório com base em indícios,

o Autor, o indício é um fato conhecido que aliado a vários outros da mesma natureza pode induzir ao fato desconhecido.

³³ Decisão do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, inserta na Revista de Jurisprudência do Tribunal - TACRESP 38/167.

³⁴ Tribunal Regional Federal da 3ª Região, APELAÇÃO CRIMINAL nº 2000.03.99.042470-2, SEGUNDA TURMA, Rel. Des. SYLVIA STEINER. J. 28/05/2002, DJU DATA: 11/09/2002 PÁGINA: 316.

há necessidade de que eles sejam veementes, convergentes, sérios e graves”³⁵

“O raciocínio envolvido no elemento indiciário, segundo reiterada lição doutrinária, é dedutivo - parte-se de uma premissa maior (P), regra da ciência ou da experiência, passando por uma premissa menor (p), que é o fato conhecido e provado, ou indício, para alcançar uma conclusão ou fato indicado³⁶”.

Dessa maneira, indício não é dado autossuficiente, não possui validade intrínseca. Muito menos se confunde com representação subjetiva da realidade, como uma mera ilação, pois a prova indiciária deve partir de dados concretos certamente sabidos e graves em um conjunto coerente e concatenado, que por raciocínio lógico-dedutivo conduza ao reconhecimento de fato não diretamente sabido. Ademais, não deve haver a circunstância que exclua qualquer hipótese da ocorrência do que se busca dar por provado.

5.4 - Ausência de indícios de cartel

Assim, como examinarei a seguir, nenhum fato relevante, sério foi apresentado como indício e muito menos, como se exige, na doutrina e na jurisprudência, um conjunto de fatos conexos, coerentes e harmoniosos. Além da falta destas qualidades no dado apontado, não se realizou e

³⁵ Tribunal de Justiça do Paraná, Apelação 8, 5ª Câmara Criminal, Relator Lauro Augusto Fabrício de Melo, Data Publicação 09/02/2011, j. 27/01/2011.

³⁶ Tribunal De Justiça Do Rio Grande Do Sul, Apelação Nº 0045516838, Sexta Câmara Criminal, Rel. João Batista Marques Tovo, J. 15.12.11.

nem se pode realizar a operação intelectual própria e essencial da prova indiciária, ou seja, o trabalho indutivo-dedutivo por via do qual os dados conhecidos, de modo unívoco, convergem para a admissão acerca do fato não conhecido diretamente.

Assim, é essencial que, para o reconhecimento da existência de indícios de cartel, dados reais possam, fora de ilações, com todo o rigor lógico, deixar demonstrado ter havido combinação de preços ou de outras condições de modo a frustrar o caráter competitivo do certame. Conforme acima examinado, nem valor cobrado nem outras condições ligadas à proposta técnica foram objeto de ajuste.

Destaque-se não ter havido no campo das questões denominadas técnicas uma uniformidade de conduta entre os consórcios vencedores. Pelo contrário, cada consórcio vencedor preencheu condições diferentemente, o que contraria absolutamente o dado essencial caracterizador do cartel em concorrência pública. Repita-se, a divergência entre as propostas apresentadas pelos participantes em suas propostas técnicas, com panorama diverso a cada trecho licitado, demonstra ter havido clara e efetiva concorrência entre os consórcios e não cartel desfigurador da competição.

Como se vê, os fatos apontados não se concatenam logicamente, apontando a ocorrência desta realidade denominada cartel, havendo, pelo contrário significativos contra-indícios.

Por exemplo, viu-se que o próprio Edital permitia a participação de uma mesma empresa em mais de um consórcio, pois isso geraria maior participação entre os lotes. Não se

deve estranhar, nesse caso, o fato de 16 empresas participarem de mais de um consórcio. Esse dado não pode ser apontado como indício de conluio. Esta circunstância vem inclusive a atender a uma das metas estabelecidas no Edital, como se pode verificar no item 6. III: “promover a integração entre os diferentes operadores, permissionários e concessionários do sistema municipal de transporte coletivo”...

A circunstância de que das 41 (quarenta e uma) empresas que compõem os quatro consórcios, 16 (dezesseis) delas participam em mais de um Consórcio não constitui qualquer afronta ao Edital e muito menos uma forma de cartel pois a **participação de uma empresa em diversos Consórcios, deu-se em áreas diferentes e apesar de o processo licitatório ser uno, cada área é um objeto específico que está sendo licitado.**

Do mesmo modo, o fato de as cartas de fiança ofertadas serem semelhantes pode ser compreendido em razão de que certamente foi feita uma pesquisa entre as instituições financeiras com o porte para conceder carta de fiança de tamanho valor, sendo que foi contratada aquela que ofereceu as melhores condições - até porque, evidentemente, as instituições cobram por esse serviço.

Também aqui não há um dado de realidade que aponte para a ocorrência de uma certa conduta, não se podendo falar em indício.

As circunstâncias aventadas por si só não indicam ter havido conluio, apenas mostram que este poderia ter sido mais fácil de se efetivar, sem que nada de concreto se apresente no sentido de ter havido uma reunião sequer na

qual se tenha tido por objeto a uniformização das propostas. E a infração em questão não ocorre em razão do mero contato. É necessário que haja, em virtude dele, uma combinação concreta, dado a ser alcançado como conclusão certa e lógica a partir dos dados conhecidos. Ademais, esta combinação cumpre ter tido potencialidade para causar fraude ou frustração do caráter competitivo da licitação. Mas, o que se viu, foi não ter este certame sofrido qualquer fraude ou se lhe ter retirado o caráter competitivo.

Portanto, resta claro que os fatos que se pretendem configurar como indício consistem, na verdade, em meras elucubrações, desprovidas de concretude, de concatenação, de sentido unívoco. Não apresentam, pois, nenhuma daquelas características essenciais acima descritas, apontadas seja pela doutrina, seja pela jurisprudência, para que possam ser tomadas como indícios.

O Tribunal de Contas do Município e a Secretaria de Transporte Municipal - legalmente obrigados a identificar eventuais ilicitudes - foram tranquilos e unânimes em apontar, após exame da questão, a inexistência de qualquer indício ou suspeita quanto a prática de cartel ou de fraude à licitação.

Nesse sentido, importantíssimo citar o trecho do acórdão no qual o TCM - lembrando manifestação da SMTR - analisa com detalhe a questão:

"Apesar disso, um ponto merece reflexão nesse momento, pois o único fato novo ocorrido após análise do edital por essa C. Corte de Contas e vinculado ao contrato

01/2010 foi o questionamento de uma suposta formação de cartel na composição dos consórcios, uma vez que a 6ª Inspetoria observou em sua análise, às fls. 30vº, que das 41 (quarenta e uma) empresas que compõem os consórcios, 16 (dezesseis) participaram em mais de um consórcio.

Do mesmo modo, para melhor análise cabe observar o preceituado no subitem 15.26.2 do edital: (...)

Constata-se que tivemos em cada RTR Consórcios controlados por empresas diferentes, segundo quadro elaborado pela 6ª Inspetoria, às fls. 34 vº, a seguir:

- *Consórcio Intersul - Empresa Real Auto Ônibus Ltda.*
- *Consórcio Transcarioca - Viação Redentor Ltda.*
- *Consórcio Internorte - Viação Nª Srª. Lourdes; e*
- *Consórcio Santa Cruz - Empresa Expresso Pégaso Ltda.*

Visando ainda corroborar nessa discussão, o Ex-Secretário Municipal de Transportes, Sr. Alexandre Sansão Fontes, em Audiência nesta Corte de Contas, apresentou, às fls. 240/247, do presente, informações acerca do alegado indício de formação de cartel, assim exposto:

'Com efeito, cartel, conforme entendimento fixado pela jurisprudência do Conselho de Defesa Econômica - CADE, autarquia federal, a quem compete, nos termos da Lei nº

12.529/2011, julgar infrações à ordem econômica, é um acordo entre empresas no qual, na maioria das vezes, o preço é fixado e o mercado dividido. Outras variáveis de mercado também podem ser consideradas no cartel, tais como a qualidade do produto, lançamento de novos produtos, etc. O objetivo do cartel é elevar os preços ao consumidor, através da redução da concorrência, aproximando o resultado do mercado em termos de lucratividade ao que seria alcançado numa situação de monopólio.'

O Ex-Secretário de Transporte ainda afirma que:

'tais variáveis não se encontram presentes na hipótese, na medida em que se trata de mercado sujeito à regulação por parte do Poder Público Municipal, que estabelece unilateralmente, e sem qualquer ingerência, participação ou interferência dos concessionários, todos os aspectos relacionados com a prestação dos serviços, tais como as respectivas tarifas, itinerários, linhas, horários, etc. Os concessionários se limitam, portanto, a executar os serviços com estrita observância das normas estabelecidas pelo Município, de nada servindo eventuais acordos visando dispor sobre qualquer aspecto relacionado com o funcionamento do mercado.'

(...)

Dessa forma, Voto no sentido do conhecimento e arquivamento do presente contrato nº 01/2010, celebrado entre a Secretaria Municipal de Transportes - SMTR e o Consórcio Intersul de Transporte, recomendando de pronto a Jurisdicionada para que observe na Revisão Tarifária prevista de quatro em quatro anos (item 21.04 do Edital), a inclusão de possíveis fontes alternativas, acessórias ou complementares, conforme previsto no art. 18, inciso VI, da Lei n. 8.987/95."

De outro lado, o fato de apresentarem os consórcios o mesmo endereço é demonstrativo de que não se fez oculta a intenção de união de esforços de diversas empresas ao participarem de mais de um consórcio diante da dimensão do objeto licitado. Não se ocultou a junção de interesses na constituição de consórcios que são meramente provisórios, sem personalidade jurídica, até que seja declarado vencedor e providencie-se sua efetiva constituição.

A provisoriedade e a participação de empresas em mais de um consórcio justificam, explicam a utilização de um mesmo endereço, bem como a transparência com que agiram sem esconder que se estava a reunir forças para participar dos diversos objetos licitados, mas em cada qual com propostas específicas diversas, como se examinou relativamente à questão técnica.

O mesmo se diga com relação à cartas de fiança bancária. A identidade de endereço e de instituição bancária não significa logicamente que se tenha acordado, como de fato não ocorreu, acerca do conteúdo das propostas.

Este ajuste, aliás, pode se dar por empresas totalmente independentes, entre consórcios que indiquem endereços diferentes e fianças de instituições financeiras diversas a mostrar que estas circunstâncias são absolutamente sem significado para levar à conclusão de ter havido um acordo ou ajuste de modo a frustrar o caráter competitivo do certame.

Não existe possibilidade de passagem lógica, portanto, entre a circunstância de se atribuir o mesmo endereço a entidades ainda provisórias ou cartas de fiança da mesma instituição bancária e **uma conduta uniforme na proposta ou propostas que garantam a vitória de um determinado concorrente em prejuízo da ocorrência de disputa.**

Portanto, apenas uma compreensão mal-intencionada dos fatos pode querer vislumbrar indícios onde eles não existem. Trata-se de fatos ocorridos há 3 anos, que não foram contestados judicialmente pelos demais licitantes; foram considerados lícitos pelas autoridades que os analisaram; e que nada, absolutamente nada indicam, de modo lógico e concatenado, no sentido da ocorrência de prática ilícita.

6 - RESPOSTA AOS QUESITOS

Faz-se na Consulta diversas indagações que poderiam ser respondidas englobadamente, pois, conforme acima se examinou, não houve prática de cartel seja no que tange à proposta comercial, seja relativamente à proposta técnica. Ademais, a conduta dos consórcios e das empresas que os constituem seguiu à risca os termos do Edital. Assim, não

passa de exercício de imaginação procurar indício de algo que marcadamente inexistiu, não se fez realidade.

No entanto, circunstâncias eventualmente vislumbradas como indício de cartel nem têm o condão de se constituírem em dados certos e unívocos que conduzam pela lógica e o bom senso à conclusão de ter havido conduta uniforme e concertada por parte dos consórcios no certame relativo ao transporte regional no município do Rio de Janeiro. Respondo, portanto, a seguir, brevemente, aos quesitos formulados, pois as questões já foram anteriormente esmiuçadas:

a) O fato de as empresas integrantes dos consórcios vencedores corresponderem às antigas transportadoras que atuavam no sistema pela antiga modalidade de permissão por linha configuraria cartel?

R - Basta lembrar que um dos critérios de avaliação da Proposta Técnica é exatamente o tempo de prestação de serviço prestado anteriormente, para se perceber que ter atuado no sistema jamais pode ser considerado elemento indicativo de cartel. Aliás, não há qualquer ligação possível entre a experiência anterior e a prática de cartel.

b) Do mesmo modo, o fato de os quatro consórcios possuírem o mesmo endereço, lançado no mesmo dia, conforme CNPJ's, no momento da licitação, configuraria cartel?

R - Como ressaltado, os Consórcios são entidades provisórias, muitas vezes constituídas às pressas

para atender à inscrição no certame, sendo seu dado identificador, como endereço, circunstância lateral e sem significado para dela se extrair como consequência lógica, a prática de cartel, que, repita-se, não existiu. A apresentação do mesmo endereço apenas revela transparência de entendimentos na formação dos consórcios enquanto entidades provisórias.

c) Das 41 (quarenta e uma) empresas que compõem os quatro consórcios, 16 (dezesseis) delas participam em mais de um Consórcio. Esse fato configuraria indício de cartel?

R - Como já exposto, a circunstância de que das 41 (quarenta e uma) empresas que compõem os quatro consórcios, 16 (dezesseis) delas participam em mais de um Consórcio não constitui qualquer afronta ao Edital e muito menos uma forma de cartel, pois a participação de uma empresa em diversos Consórcios deu-se em áreas diferentes e, apesar de o processo licitatório ser uno, cada área é um objeto específico que está sendo licitado.

d) Outra circunstância de que diversas empresas possuem Diretores/Procuradores em comum poderia respaldar a conclusão que se estaria diante de cartel?

R - Se algumas das empresas que integram os Consórcios possuíam os mesmos diretores ou procuradores, seria uma farsa alterar a diretoria destas empresas no instante de virem a integrar o Consórcio. A manutenção da realidade apenas

demonstra transparência e não indica por si só ter havido uniformidade de proposta, mesmo porque não houve. Além do mais, a existência de diretores e procuradores em comum facilita o cumprimento de uma das metas expostas no Item 6 do Edital, qual seja, a integração entre as operadoras de transporte.

e) Desconsiderando-se aquelas empresas que possuíam diretores/procuradores em comum (identificados na composição dos Consórcios), apenas 08 (oito) empresas não possuíam diretores/procuradores em comum ou não participavam em mais de um consórcio, ao tempo da licitação. Tal fato configuraria cartel?

R - A realização de uma união de esforços para atender a grandiosidade dos serviços licitados, em busca de melhoramento técnico e de eficiência não indica a prática de cartelização, pois não houve em face destas circunstâncias comprometimento do caráter competitivo do certame, nem conduta uniforme.

f) As cartas de fiança apresentadas possuem diversas semelhanças, tais como:

- Foram emitidas na Comarca de São Paulo pela mesma instituição financeira - Itaú Unibanco S.A. - e pelo mesmo Gerente de proc. de serviços;
- Foram emitidas no mesmo dia: 16.9.2010;
- Foram emitidas com o mesmo prazo de validade;
- Possuem numeração praticamente sequencial a saber:
Cons. INTERNORTE - Carta de Fiança nº D-47734-9;
Cons. SANTA CRUZ - Carta de Fiança nº D-47735-6;

Cons. INTERSUL - Carta de Fiança nº D-47736-4;
Cons. TRANSCARIOCA - Carta de Fiança nº D-47738-0.

Tais semelhanças configuram a existência de cartel?

R - Como já antes acentuado, para o reconhecimento da existência de indícios de cartel, é preciso que dados reais possam, fora de ilações, com todo o rigor lógico, deixar demonstrado ter havido combinação de preços ou de outras condições, de modo a frustrar o caráter competitivo do certame. A obtenção de carta de fiança em um mesmo estabelecimento bancário, na mesma data e com o mesmo gerente apenas indica que, havendo empresas participantes de mais de um consórcio e diretores que integravam mais de uma empresa, a obtenção do favor bancário era fruto de um mesmo contato facilitador da concessão da garantia, não se podendo, por via lógica, deduzir uma realidade de outra natureza, qual seja, a combinação de uniformidade de propostas no certame, que, como se viu, não ocorreu.

g) O fato de o Edital de Concorrência CO 010/2010, em seus itens 8.01 e 8.03, admitir a participação de Consórcio configuraria restrição à livre concorrência?

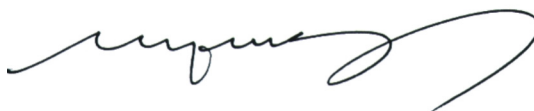
R - Primeiramente, cabe lembrar que, no item 8., do Edital, estabelecia-se não ser permitida a participação, isoladamente ou em consórcios distintos, na licitação para a mesma Rede de Transporte Regional - RTR, de mais de uma pessoa

jurídica sujeita ao controle societário de um mesmo grupo de pessoas físicas ou jurídicas.

As dimensões dos serviços licitados exigiam a constituição de consórcios que se mostraram importante medida para a conjugação de recursos e capacidades de empresas que, individualmente consideradas, não poderiam participar da licitação. Portanto, na licitação aqui examinada, a formação de consórcios permitia uma maior competição no certame, em melhores condições e um maior número de *players*. Os consórcios não limitaram, mas ampliaram a participação de empresas.

Este é o meu parecer

São Paulo, 30 de julho de 2.013



MIGUEL REALE JÚNIOR