

Guia

Combate a cartéis em licitação

Dezembro/2019



Ministério da Justiça e Segurança Pública
Conselho Administrativo de Defesa Econômica

Guia de Combate a cartéis em licitação

Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade

SEPN 515 Conjunto D, Lote 4, Ed. Carlos Taurisano

Cep: 70770-504 – Brasília/DF

www.cade.gov.br

Institucional

Presidente da República

Jair Messias Bolsonaro

Ministro da Justiça e Segurança Pública

Sergio Fernando Moro

Presidente do Cade

Alexandre Barreto de Souza

Conselheiros do Cade

Mauricio Oscar Bandeira Maia

Paula Farani de Azevedo Silveira

Lenisa Rodrigues Prado

Luis Henrique Bertolino Braido

Sérgio Costa Ravagnani

Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann

Superintendente-Geral do Cade

Alexandre Cordeiro Macedo

Procurador-Chefe do Cade

Walter de Agra Junior

Economista-Chefe

Guilherme Mendes Resende

Ficha Técnica

Coordenação:

Amanda Athayde Linhares Martins Rivera

Diogo Thomson de Andrade

Fernanda Garcia Machado

Revisão:

Alexandre Cordeiro Macedo

Colaboradores:

Beatriz Bellintani

Felipe Leitão Valadares Roquete

Juliano Pimentel Duarte

Lívia Dias de Melo

Mariana Piccoli Lins Cavalcanti

Mônica Tiemy Fujimoto

Priscilla Craveiro da Costa Campos

Renata Souza da Silva

Edição e Planejamento Gráfico:

Assessoria de Comunicação Social do Cade

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	10
INTRODUÇÃO – O QUE É CARTEL EM LICITAÇÃO E QUAIS SÃO SUAS CONSEQUÊNCIAS?	11
PARTE I – CARTÉIS EM LICITAÇÃO: NOÇÕES GERAIS E BREVE PANORAMA DO SEU COMBATE NO BRASIL.....	13
I.1. O cartel em licitação na Lei de Concorrência	13
I.1.1. Como os cartéis são punidos? As penalidades aplicadas pelo Tribunal Administrativo do Cade.....	15
I.1.2. Como descobrir um cartel? Os mecanismos de detecção	15
I.2. Quais outras autoridades investigam e punem cartéis e outras infrações relacionadas: o combate a cartel em licitação nas esferas administrativa, penal e civil, infrações relacionadas e autoridades competentes.....	19
PARTE II – IDENTIFICANDO CARTÉIS EM LICITAÇÕES: ELEMENTOS FACILITADORES, FORMAS DE CONLUIO E SEUS INDÍCIOS	25
II.1. O que facilita a formação de cartéis? Características do mercado de compras públicas propícias à formação e ao monitoramento de cartéis em licitação	25
II.2. As dificuldades de detectar um cartel em licitação e a importância das provas indiretas	27
II.3. Formas de conluio: as principais estratégias utilizadas pelas empresas para formação de cartéis em licitações.....	33
II.3.1. Propostas fictícias ou de cobertura (" <i>cover bidding</i> ").....	33
II.3.2. Supressão de propostas (" <i>bid suppresion</i> ") e retirada de propostas (" <i>bid withdrawal</i> ")	36
II.3.3. Bloqueio em pregão presencial.....	38
II.3.4. Propostas rotativas ou rodízio (" <i>bid rotation</i> ").....	40
II.3.5. Divisão de mercado (" <i>market allocation ou market division</i> ").....	42
II.3.6. Outras estratégias: mecanismos legais utilizados para implementação de estratégias anticompetitivas	45
II.4. Índícios de conluio nas contratações públicas	47
PARTE III – PREVENÇÃO CONTRA FORMAÇÃO DE CARTÉIS EM LICITAÇÕES	49
III.1. A contribuição dos agentes de compras públicas no combate a cartéis ...	49
III.2. O que pode ser feito para reduzir o risco de cartel em licitações.....	50
PARTE IV – ILICITOS RELACIONADOS AOS CARTÉIS EM LICITAÇÃO.....	52
IV.1. Cartel em licitações e fraude a licitações.....	52
IV.2. Cartel em licitação e corrupção	55

APRESENTAÇÃO¹

Este Guia de Combate a Cartéis em Licitação, elaborado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), atualiza a Cartilha “Combate a Cartéis em Licitações” de 2008 da extinta Secretaria de Direito Econômico² (SDE/MJ³) e busca consolidar a experiência institucional adquirida pela autoridade brasileira da concorrência nos mais de vinte anos de atuação no combate a cartéis, com destaque para conluíus em procedimentos licitatórios.

Nesse sentido, o presente Guia tem como principal objetivo orientar e auxiliar aqueles que participam da elaboração e execução de processos licitatórios, tais como pregoeiros e membros de comissões de licitação, outras autoridades encarregadas da investigação e punição deste ilícito e ao público em geral, sobre como identificar os principais sinais da existência de conduta colusiva em licitações, para assim aprimorar a detecção, prevenção e punição deste ilícito.

É importante destacar, ainda, que este documento não é vinculativo e não possui o caráter de norma (ou seja, não altera dispositivos do Regimento Interno do Cade – RICade). As práticas e procedimentos aqui descritos podem ser alterados a juízo de conveniência e oportunidade do Cade, a depender das circunstâncias do caso concreto.

O Guia será dividido em quatro partes:

- (I) Cartéis em licitação: noções gerais e breve panorama do seu combate no Brasil
- (II) Identificando cartéis em licitações: elementos facilitadores, formas de conluio e seus indícios
- (III) Prevenção contra formação de cartéis em licitações: o que pode ser feito
- (IV) Ilícitos relacionados aos cartéis em licitação

¹ Agradecemos a colaboração dos ex-Pincadistas Bruna Caixeta, Elisa Sarto, Julia Braga e Mário Norris pelo auxílio em pesquisas que subsidiaram este documento.

² Cartilha de Combate a Cartéis em Licitações da extinta Secretaria de Direito Econômico (SDE/MJ) (2008). Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha_licitacao.pdf/view>.

³ As funções da SDE/MJ são atualmente exercidas pela Superintendência-Geral do Cade, nos termos da Lei nº 12.529/2011.

INTRODUÇÃO – O QUE É CARTEL EM LICITAÇÃO E QUAIS SÃO SUAS CONSEQUÊNCIAS?

O cartel em licitação consiste no conluio entre agentes econômicos com o objetivo de eliminar ou restringir a concorrência dos processos de contratação de bens e serviços pela Administração Pública.

Essa conduta altera a situação normal e esperada de efetiva concorrência do certame, imputando ao Estado condições menos favoráveis na contratação de bens e serviços, tais como preços mais elevados, produtos e serviços de qualidade inferior ou aquisição de quantidade menor do que a desejada.

Em outras palavras, o cartel em licitação mina os esforços da Administração Pública em empregar de forma eficiente e eficaz seus recursos, com vistas a prover os bens e serviços necessários à população e promover o desenvolvimento do país, sendo, portanto, prejudicial a toda a sociedade.

Anualmente, o Estado Brasileiro, em todas as suas esferas federativas (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), destina um volume significativo de recursos para adquirir bens e serviços necessários para o desenvolvimento de suas atividades. Tais negócios jurídicos permitem ao Estado cumprir suas funções primordiais nas áreas de saúde, educação, segurança pública, infraestrutura e tantas outras.

Para que o Estado empregue seus recursos de maneira apropriada, seus contratos precisam ser feitos com base na melhor proposta para a Administração, considerando, dentre outras coisas, qualidade e preço do bem ou serviço. O certame deve respeitar elevados padrões de isonomia, qualidade e eficiência, sem favorecer qualquer dos participantes. Assim, é de fundamental importância que as licitações sejam transparentes e econômicas. Esses princípios estão intimamente relacionados à concorrência em uma licitação. Licitações com regras transparentes e amplamente conhecidas facilitam a participação do maior número de licitantes, aumentando a competitividade e, conseqüentemente, resultando em propostas mais vantajosas. Para o Estado, portanto, a efetiva competição entre as empresas nas licitações que promove é a verdadeira “alma do negócio”.

De acordo com a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)⁴, tais conluios retiram recursos dos adquirentes e contribuintes, diminuem a confiança do público no processo competitivo e enfraquecem os benefícios de um mercado competitivo.

A gravidade dos cartéis em licitação: de acordo com a OCDE, em seus países membros, os contratos públicos constituem aproximadamente 15% do PIB e, em países não-membros, os números podem ser ainda maiores. No Brasil, em 2018, apenas o governo federal realizou mais de 100 mil processos de contratação, envolvendo aproximadamente 48 bilhões de reais⁵, valor que demonstra o impacto que cartéis em licitação podem causar ao erário.

No ordenamento jurídico brasileiro, de forma similar ao que ocorre em outros países, temos diversos modelos de contratação, na tentativa de adequar a forma de contratação às diferentes situações enfrentadas, racionalizar as contratações e otimizar a alocação dos recursos públicos. Dentre as principais modalidades utilizadas atualmente podemos citar: (i) modalidades da Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos); (ii) Regime da Lei nº 10.520/2002 (Lei Geral do Pregão); (iii) Regime Diferenciado de Contratação (Lei nº 12.462/2011); (iv) Regime da Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais).

Cada um destes modelos apresenta benefícios e dificuldades específicas, não havendo um modelo ideal que impeça ou solucione todos os problemas possíveis, seja do ponto de vista antitruste ou de outros diversos problemas que afetam as contratações públicas. De todo modo, apesar de nenhuma modalidade de licitação ser imune à ocorrência de acordo entre concorrentes, cabe ao órgão licitante, com base nas melhores práticas, desenhar editais que, de um lado, estimulem a competitividade e a participação do maior número possível de empresas e, de outro lado, dificultem a atuação de cartéis. Assim, o presente Guia não se ocupará de nenhuma modalidade específica, buscando antes apontar as características das contratações públicas, de forma geral, que podem facilitar o conluio entre empresas, as principais estratégias usualmente utilizadas pelos agentes econômicos e os principais indícios da existência de cartel, com o objetivo de aprimorar sua prevenção e detecção.

⁴ Ver: OCDE. Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas (2009). Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/cartels/44162082.pdf>>.

⁵ Dados coletados no site "Painel de compras do Governo Federal". Link: <<http://painelcompras.planejamento.gov.br>. Acesso em 24/01/2019>.

PARTE I – CARTÉIS EM LICITAÇÃO: NOÇÕES GERAIS E BREVE PANORAMA DO SEU COMBATE NO BRASIL

I.1. O cartel em licitação na Lei de Concorrência

De uma forma geral, um cartel consiste em acordo ou prática concertada entre concorrentes para fixar preços, estabelecer quotas ou restringir produção, dividir mercados de atuação e alinhar qualquer variável concorrencialmente sensível, tanto em concorrências públicas como contratações privadas, sendo considerado universalmente a mais grave infração à ordem econômica⁶.

Ainda segundo a OCDE, os cartéis:

(...) causam danos a consumidores e negócios que adquirem seus produtos, por meio do aumento de preço ou da restrição da oferta. Como resultado, alguns adquirentes decidem não comprar o produto ao preço determinado pelo cartel ou compram-no em menor quantidade. Assim, os adquirentes pagam mais pela quantidade que compram, o que possibilita, mesmo sem saber, a transferência de riquezas aos operadores do cartel. Além disso, os cartéis geram desperdício e ineficiência. Eles protegem seus membros da completa exposição às forças de mercado, reduzindo a pressão pelo controle de gastos e para inovação, o que acarreta a perda de competitividade de uma economia nacional⁷.

Conforme apontado anteriormente, dentre as diversas formas de cartel, os cartéis em licitação são especialmente graves, uma vez que impedem ou prejudicam a aquisição pela Administração Pública de produtos e serviços pelo menor preço e da melhor qualidade, causando graves prejuízos ao erário e, conseqüentemente, aos contribuintes.

⁶ Vide jurisprudência do Cade, como: Nota Técnica nº 24/2015 da Superintendência-Geral que instaurou o Processo Administrativo nº 08700.007351/2015-51; Nota Técnica da Superintendência-Geral que instaurou o Processo Administrativo nº 08012.008821/2008-22, bem como o voto do Conselheiro-Relator Gilvandro Vasconcelos no mesmo caso; Nota Técnica da extinta SDE no Processo Administrativo nº 08012.005255/2010-11.

No mesmo sentido manifestou-se a OCDE. *In verbis*: "Cartéis são universalmente reconhecidos como a mais prejudicial de todas as condutas anticompetitivas. Ademais, eles não oferecem nenhum benefício social ou econômico legítimo que poderia justificar as perdas que acarretam". Tradução livre de "Cartels are universally recognised as the most harmful of all types of anticompetitive conduct. Moreover, they offer no legitimate economic or social benefits that would justify the losses that they generate" (OCDE, 2002).

⁷ Tradução livre de "Hard Core Cartels", preparado pelo Fórum Conjunto de Comércio e Concorrência da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE): 2003, p. 8.

Segundo a OCDE⁸, cartéis geram um sobrepreço estimado entre 10 e 20%⁹, se comparado ao preço em um mercado competitivo, causando perdas anuais de centenas de bilhões de reais aos consumidores. Em termos de valores, alguns dos mais relevantes casos de colusão encontram-se precisamente em contratações públicas¹⁰. Exemplo disso no Brasil é o Cartel de Portas de Segurança Giratórias (Processo Administrativo nº 08012.009611/2008-51), no qual, de acordo com estudo do Departamento de Estudos Econômicos do Cade, a colusão gerou sobrepreço de 25%¹¹.

Sendo considerada uma conduta anticompetitiva da mais alta gravidade, a prática de cartel encontra-se prevista na Lei Brasileira de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011) em seu artigo 36, § 3º, inciso I, alínea “d”:

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:

a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;

⁸ OCDE. Fighting Hard Core Cartels: harm effective sanctions and leniency programs (2002). Disponível em: <www.ocde.org/competition>.

⁹ Apesar da dificuldade de mensurar o aumento dos preços e mais genericamente os danos produzidos, uma estimativa conservadora aponta para um aumento de 10% ao ano nos preços em razão da prática de cartel (WERDEN, 2009, p. 12). Já outros autores apontam para números mais alarmantes ao identificarem uma média de sobrepreço em mercados cartelizados que varia de 10% a 20%, podendo chegar a até 50% (ARAUJO, CHEDE, 2012; CONNOR, BOLOTOVA, 2006). Segundo Connor, a média de sobrepreço para todos os tipos de cartel considerando um período longo, que vai de 1890 a 2013 é de 23% (CONNOR, 2014), contudo a depender do ano e tipo de cartel essa porcentagem é substancialmente maior, por exemplo, no período de 1990 a 1999 os cartéis internacionais apresentaram uma média de sobrepreço de 45,5%.

¹⁰ MCAFFEE, R. Preston; MCMILLAN, John. Bidding rings. The American Economic Review: vol. 82, nº 3, Junho de 1992, p. 579.

¹¹ Cf. parecer do DEE/Cade anexado ao voto do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.009611/2008-51.

- b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;
- c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;
- d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública.

I.1.1. Como os cartéis são punidos? As penalidades aplicadas pelo Tribunal Administrativo do Cade¹²

Nos termos da Lei nº 12.529/2011¹³, empresas participantes de um cartel estão sujeitas a multas administrativas aplicadas pelo Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica que podem variar entre 0,1% a 20,0% do valor do faturamento bruto no ramo de atividade em que ocorreu a infração, além de outras penas, como a publicação da decisão em jornal de grande circulação, a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e de participar de licitações públicas e a cisão de ativos. Indivíduos envolvidos na conduta também estão sujeitos a multas do Cade, que podem variar entre R\$ 50.000,00 e R\$ 2.000.000.000,00, sendo que, no caso de administradores direta ou indiretamente responsáveis pela infração cometida, a multa cabível é de 1 a 20% daquela aplicada à empresa.

Uma das penalidades mais severas que o Cade pode aplicar, quando se trata de cartéis em licitações, é a proibição de o infrator participar de licitações por no mínimo 5 (cinco) anos¹⁴.

I.1.2. Como descobrir um cartel? Os mecanismos de detecção

Conscientes da ilicitude da conduta que estão cometendo e temendo que sejam descobertos, em especial considerando o aumento significativo de persecução e punição de cartéis nos últimos anos, os membros de um cartel são, com frequência, extremamente cuidadosos e discretos com as

¹² Como se verá a seguir na seção I.2, o cartel também é crime pela legislação brasileira. Assim, além das penalidades administrativas aplicadas pelo Cade, as pessoas envolvidas no cartel podem ser punidas com penas de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa, conforme o art. 4º da Lei nº 8.137/1990, que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo.

¹³ CF. Lei nº 12.529/2011, artigos 37 e 38.

¹⁴ Trata-se de medida com efeitos semelhantes à declaração de inidoneidade prevista no artigo 87, IV, da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993).

informações compartilhadas, com as reuniões e com a realização e implementação dos seus acordos, tornando-se a cada dia mais difícil detectar uma nova conduta. Não por outra razão, são exigidas das autoridades técnicas de detecção e apuração cada vez mais sofisticadas como ferramentas fundamentais para o sucesso de uma investigação de cartel.

A existência de cartéis pode chegar ao conhecimento do Cade por diversas maneiras, podendo ser denunciada pelas próprias empresas ou pessoas envolvidas em práticas de conluio, caso em que poderão receber uma redução das penalidades ou até mesmo imunidade, como se verá adiante. Terceiros interessados ou outras autoridades também podem trazer ao conhecimento do Cade a ocorrência dessas práticas ou, ainda, a própria autoridade da concorrência dispõe de instrumentos de investigação quando suspeita da possibilidade de existência de um cartel.

A seguir são apresentados os principais mecanismos utilizados atualmente pelo Cade para a detecção de cartéis.

I. Acordo de Leniência¹⁵

O Acordo de Leniência é um instrumento cujo objetivo é trazer ao conhecimento da autoridade antitruste condutas ilícitas que, de outra maneira, continuariam às escuras, ao mesmo tempo em que garante a realização de uma investigação mais eficiente, razão pela qual é largamente utilizado em diversos países¹⁶.

No Brasil, o Programa de Leniência¹⁷ tem como premissa básica que as pessoas (físicas ou jurídicas) que tenham envolvimento atual ou passado em práticas de cartel confessem e colaborem com as investigações em troca de imunidade total ou parcial em relação às penas administrativas e criminais

¹⁵ Para mais informações sobre o Programa, acessar o “Guia do Programa de Leniência Antitruste do Cade”. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-lenienca-do-cade-final.pdf>.

¹⁶ Os benefícios da adoção de um programa de leniência são estudados e celebrados por diversas autoridades ao redor do mundo. O instrumento é indicado como uma ferramenta importante para se obter um plano de combate a cartéis efetivo, na medida em que: i) desencoraja a participação de empresas em cartel; ii) estimula a desistência de participação em cartéis preestabelecidos; iii) aumenta a probabilidade de detecção de um cartel; e iv) aumenta a possibilidade de sanção pela Administração Pública. Nesse sentido, ver: International Competition Network. Anti-cartel enforcement manual (2009). Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc341.pdf>>. Conforme devidamente ressaltado pela OCDE em seu relatório para combate de cartéis Hard-Core (2002, p. 7), o principal desafio para uma política de combate a cartéis é justamente a sua detecção e é justamente este ponto que traduz a importância do programa de leniência. De fato, um programa de leniência devidamente estruturado e utilizado por uma autoridade de defesa da concorrência produz naturalmente uma instabilidade por si só nos cartéis em execução, bem como diminui a vantagem de adesão ou constituição de uma nova conduta coordenada anticoncorrencial, pois fragiliza a relação de confiança entre os partícipes e incentiva a comunicação à Autoridade Pública da existência da conduta anticompetitiva.

¹⁷ Previsto nos artigos 86 e 87 da Lei de Defesa da Concorrência e nos artigos 237 a 251 do RICade.

aplicáveis. A colaboração envolve a entrega de informações e documentos que permitam ao Cade identificar os demais coautores e comprovar a infração noticiada ou sob investigação.

Importante lembrar que apenas ao primeiro indivíduo ou empresa a reportar o ilícito será garantida imunidade administrativa e criminal, ou seja, isenção das penalidades pecuniárias e não pecuniárias, gerando assim um fator de desestabilização nos cartéis existentes.

O Programa de Leniência é um dos instrumentos mais eficazes para detectar, investigar e coibir condutas anticompetitivas com potencial lesivo à concorrência e ao bem-estar social. Constitui, assim, um importante pilar da política de combate a cartéis.

II. Termo de Compromisso de Cessação da Prática – TCC¹⁸

O Termo de Compromisso de Cessação (“TCC”), previsto no artigo 85 da Lei nº 12.529/2011 e nos artigos 219 a 236 do RICade, consiste em um acordo que pode ser celebrado entre o Cade e as empresas e/ou pessoas físicas que não forem habilitadas a celebrar o Acordo de Leniência. Neste caso, o acordo é realizado quando se tratar de uma infração cuja investigação pela autoridade já está em curso¹⁹ e, ao contrário do Acordo de Leniência, não gera benefícios aos Compromissários na seara criminal.

De forma similar ao que ocorre no Acordo de Leniência, o Compromissário de TCC também deve reconhecer sua participação na conduta e colaborar²⁰ com a investigação por meio da disponibilização ao Cade de relatos contendo informações e documentos que auxiliem na identificação ou confirmação dos demais participantes da conduta e na comprovação da infração²¹.

Aqueles que celebram o TCC com o Cade têm o benefício de um desconto que pode chegar a 50% da multa esperada com a eventual condenação. Além disso, a celebração do TCC gera a suspensão do prosseguimento das investigações em relação ao Compromissário, enquanto estiverem sendo

¹⁸ Para mais informações sobre os TCCs, acessar o Guia do Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-versao-final.pdf>.

¹⁹ Ressalta-se que o Acordo de Leniência pode ser celebrado no curso do processo. Contudo, tal possibilidade ocorre mediante o Acordo de Leniência Parcial, que confere ao Signatário redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos do art. 86, § 4º da Lei nº 12.529/2011.

²⁰ Em relação à colaboração é necessário ressaltar que os TCCs celebrados em fases processuais mais avançadas – como por exemplo, quando o Processo Administrativo já se encontra no Tribunal – tem pouca ou quase nenhuma possibilidade de agregar informações relevantes à instrução. Sua principal utilidade em termos de redução de custos seria atingida especialmente por meio de uma resolução antecipada do processo, evitando futuras disputas judiciais.

²¹ O TCC pode ser celebrado tanto com a Superintendência-Geral como com o Tribunal Administrativo, havendo algumas particularidades a depender do momento processual de celebração do acordo.

cumpridos os termos estabelecidos no compromisso, havendo, conseqüentemente, o comprometimento deste de cumprir com as obrigações previstas, dentre as quais a obrigação de cessação imediata da conduta reportada.

Os TCCs são um importante instrumento na persecução a cartéis, pois trazem informações e documentos complementares àqueles obtidos nos Acordos de Leniência e confirmam informações que já são de conhecimento da autoridade, robustecendo as investigações e respectivos procedimentos administrativos.

III. Representações e Clique-Denúncia

A Superintendência-Geral do Cade (SG/Cade) também pode, a depender da quantidade de indícios e provas, instaurar Procedimento Preparatório, Inquérito Administrativo ou Processo Administrativo mediante representação fundamentada de qualquer interessado, que aponte a existência de infração à ordem econômica (artigo 66, § 1º da Lei nº 12.529/2011).

Também podem ser Representantes membros do Congresso Nacional, ou qualquer de suas Casas, bem como da Secretaria de Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade do Ministério da Economia, das agências reguladoras e da Procuradoria Federal junto ao CADE (“ProCade”), conforme disposto no § 6º do artigo 66 da Lei de Defesa da Concorrência.

Além das representações, o Cade dispõe de um **Clique-Denúncia**²², que consiste em uma ferramenta integrada ao Sistema Eletrônico de Informações – SEI, por meio da qual qualquer cidadão pode realizar uma denúncia se tiver conhecimento da ocorrência de uma infração à ordem econômica²³.



A melhor maneira do cidadão apresentar uma denúncia à SG/Cade é por meio do Clique-Denúncia. Formulário disponível em: <http://www.cade.gov.br/>

Também é possível contatar a SG/Cade por telefone (61) 3221-8445.

As **denúncias podem ser anônimas** e o Cade garante total sigilo da identidade do denunciante caso ele solicite esse tratamento.

²² Disponível em: http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/cliquedenuncia/formulario_denuncia.php?acao_externa=denuncia&acao_orig_externa=denuncia&id_orgao_acesso_externo=0&id_orgao_acesso_externo=0.

²³ O Clique-Denúncia admite acusações realizadas por qualquer cidadão relacionadas a cartel, a outras condutas anticompetitivas, além de atos de concentração.

IV. Buscas e Apreensões

A possibilidade de realizar uma operação de busca e apreensão pela SG/Cade está prevista no artigo 13, “d”, da Lei nº 12.529/2011. Esta ferramenta é de suma importância devido à dificuldade de se obter provas nas investigações de cartel, contando-se, nesses casos, com o elemento surpresa para que as empresas não inutilizem provas da infração.

V. Análise Econômica e *Screening* (“Filtros”)

A SG/Cade também utiliza de ferramentas proativas de detecção de cartéis, como o *screening*. Trata-se da utilização de bases de dados e softwares e aplicações de testes estatísticos com o objetivo de identificar e mensurar risco de colusão em mercados ou setores específicos e detectar comportamentos suspeitos de seus agentes.

1.2. Quais outras autoridades investigam e punem cartéis e outras infrações relacionadas: o combate a cartel em licitação nas esferas administrativa, penal e civil, infrações relacionadas e autoridades competentes

No ordenamento jurídico brasileiro, o cartel configura ilícito antitruste, cuja previsão encontra-se na Lei nº 12.529/2011, conforme explicado anteriormente. Assim, no âmbito administrativo, o cartel como conduta anticompetitiva, i.e., infração que fere a livre concorrência, é investigado e o respectivo processo administrativo é instruído pela SG/Cade (artigo 13, inciso V da Lei nº 12.529/2011) e, posteriormente, é julgado pelo Plenário do Tribunal do CADE (artigo 9º, III da Lei nº 12.529/2011), que pode aplicar às empresas e pessoas físicas multas além de outras penalidades prevista na Lei.

ESFERA ADMINISTRATIVA

Cartel em licitação como ilícito concorrencial pela Lei nº 12.529/2011

Lei 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência)

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:

- a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;*
- b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;*
- c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;*
- d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;**



Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE

Superintendência-Geral: investiga a infração, instaura e instrui o Processo Administrativo para apuração da ocorrência de cartel em licitação e emite Nota Técnica recomendando arquivamento ou condenação

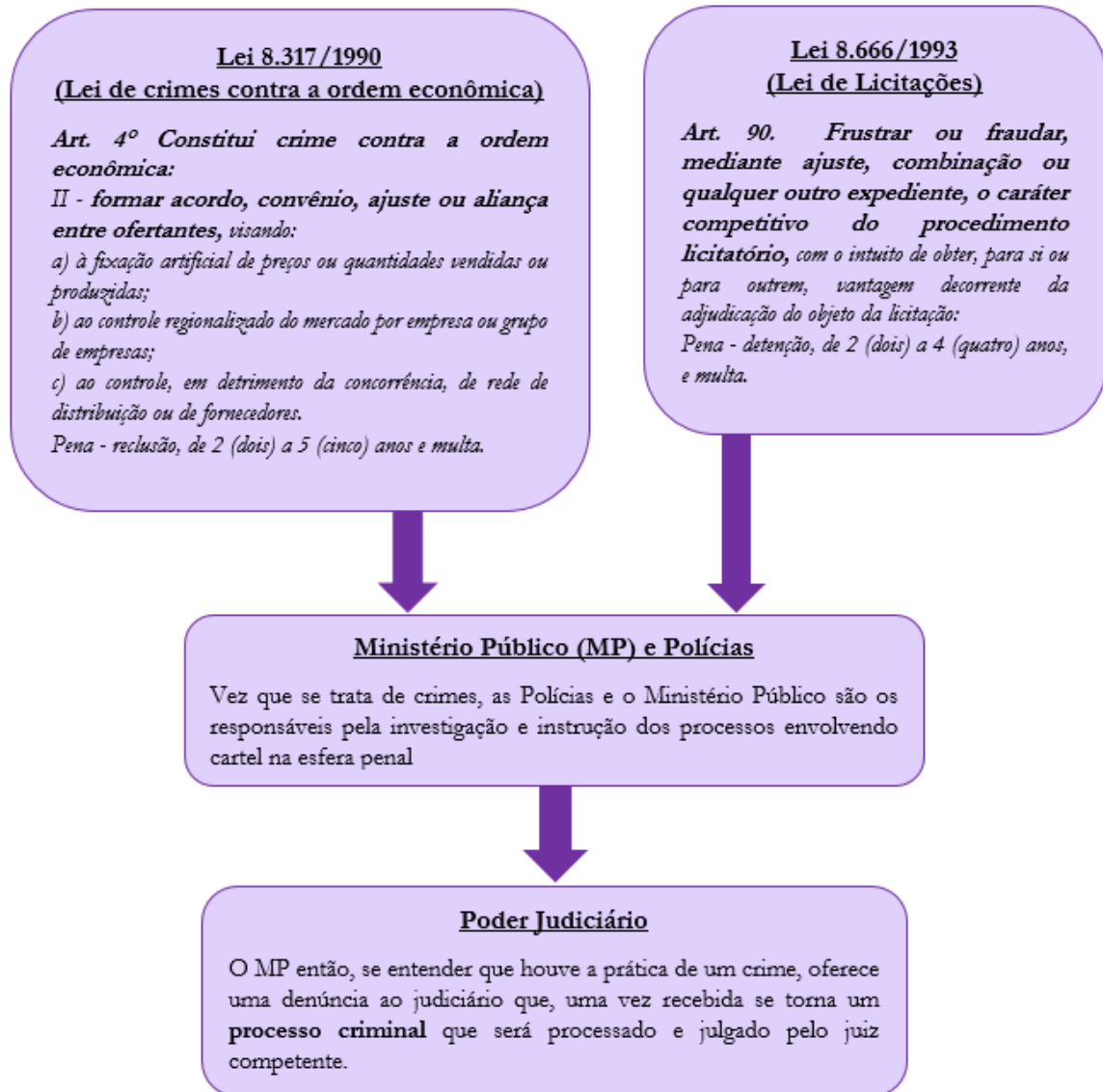
Plenário do Tribunal do CADE: julga e aplica multa e outras sanções cabíveis que, no caso do cartel em licitação, incluem a penalidade de proibição de contratar com a Administração pública pelo prazo de cinco anos

A conduta de cartel também constitui crime contra a ordem econômica, previsto no artigo 4º da Lei nº 8.317/1990, sendo na esfera penal apurado judicialmente a partir de investigações das autoridades policiais e do Ministério Público. Os indivíduos envolvidos na conduta estão aqui sujeitos a penas de reclusão de dois a cinco anos e multa, sanção esta que pode ser aumentada de um terço até metade se o crime causar grave dano à coletividade, for cometido por um servidor público ou se relacionar a bens ou serviços essenciais para a vida ou para a saúde.

Além disso, casos de cartéis em licitações públicas também são passíveis de enquadramento como crime pelo artigo 90 da Lei nº 8.666/1993. Os indivíduos envolvidos no ilícito estão sujeitos a penas de detenção de dois a quatro anos e multa.

ESFERA PENAL

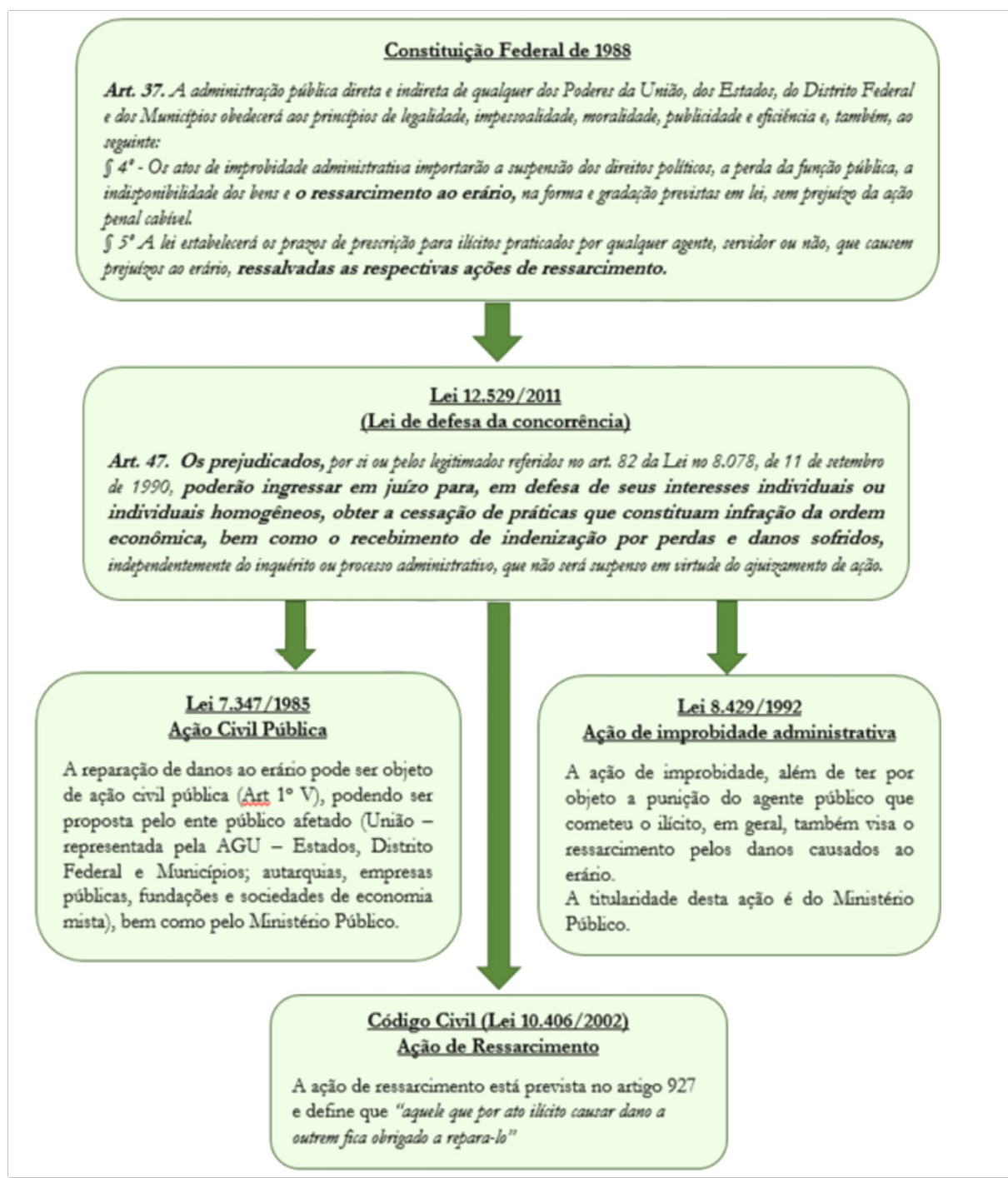
Cartel em licitação como crime contra a ordem econômica pela Lei nº 8.137/1990 e como crime que afeta licitações e contratos da Administração Pública pela Lei nº 8.666/1993



Ademais, os membros de um cartel também estão sujeitos, no âmbito civil, a ações privadas de reparação de danos, que podem ser ajuizadas por qualquer prejudicado, conforme disposto no artigo 47 da Lei nº 12.529/2011, e também a ações civis públicas, de autoria do Ministério Público e outros legitimados.

ESFERA CÍVEL

Reparação de danos ao erário e a particulares



Ressalta-se, ainda, que frequentemente os mesmos fatos que são juridicamente enquadrados como cartel sob a ótica da autoridade antitruste também podem constituir outras infrações administrativas, podendo ser objeto de análise e investigação por parte de outras autoridades, destacando-se os órgãos de controle.

Isso ocorre na medida em que cada autoridade (assim como as respectivas leis) tem por objeto bens jurídicos diversos, podendo um mesmo fato afetar diversos bens jurídicos e, assim, ensejar a competência de diferentes autoridades. Em outras palavras, a Lei Antitruste protege o bem jurídico da concorrência; a Lei Anticorrupção protege a Administração Pública; a Lei do Tribunal de Contas da União (TCU) visa a controlar e proteger as contas públicas; e a Lei de Licitações protege a lisura dos processos licitatórios promovidos pela Administração Pública. Nesse sentido, os cartéis em licitação, enquanto uma forma de restrição ao caráter competitivo de uma licitação, afetam uma diversidade de bens jurídicos, podendo assim serem investigados e punidos sob a égide de outras leis.

Nesse contexto, por exemplo, o TCU, em seu papel de fiscalizador das contas públicas, tem a função de acompanhar os processos licitatórios e as contratações públicas e, caso verifique alguma forma de fraude à licitação, tem o poder de declarar a inidoneidade do licitante, bem como, se identificar a possibilidade de danos ao erário, fará a conversão do processo em tomada de contas (artigos 41, 46 e 47 da Lei nº 8.443/1992).

A Controladoria-Geral da União (CGU), por sua vez, é o órgão encarregado de apurar, processar e julgar os ilícitos que atentam contra o patrimônio público, dentre os quais encontra-se a tentativa de frustrar ou fraudar o caráter competitivo da licitação (artigos 5º, inciso IV e 9º da Lei nº 12.846/2013).

Ainda no âmbito da Lei Anticorrupção, a Advocacia-Geral da União (AGU) pode requerer a indisponibilidade dos bens direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano (artigo 19, § 4º da Lei nº 12.846/2013). Por fim, ressalta-se que a AGU é ainda legitimada para a propositura de Ação Civil Pública com vistas a recuperar o dano causado.

ESFERA ADMINISTRATIVA

Cartel em licitação nos termos da Lei nº 12.846/2013

Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção)

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

IV - no tocante a licitações e contratos:

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

Controladoria Geral da União – CGU

CGU tem a competência para apurar processar e julgar os ilícitos da lei anticorrupção, dentre eles a fraude a licitação que pode envolver combinação entre as empresas licitantes (art. 9º da Lei 12.846/2013).

Advocacia Pública e Ministério Público (AGU e Advocacia dos Estados, Municípios e DF)

Advocacia Pública ou órgãos de representação judicial / MP podem requerer a indisponibilidade dos bens direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano (art. 19 da Lei 12.846/2013)

Ainda, como já colocado, os mesmos fatos que configuram ilícito antitruste podem enquadrar-se em outros ilícitos administrativos, dentre os quais merecem destaque a fraude à licitação, a corrupção e a improbidade administrativa. As diferenças e relações entre esses ilícitos estão detalhadas na última parte deste guia, que fala sobre ilícitos relacionados ao cartel.

PARTE II – IDENTIFICANDO CARTÉIS EM LICITAÇÕES: ELEMENTOS FACILITADORES, FORMAS DE CONLUIO E SEUS INDÍCIOS

II.1. O que facilita a formação de cartéis? Características do mercado de compras públicas propícias à formação e ao monitoramento de cartéis em licitação

Algumas especificidades do mercado de compras públicas, no Brasil e no mundo, trazem significativas implicações para a prevenção e o combate de cartéis em licitações públicas. Dentre os principais elementos estruturais de compras públicas que facilitam a formação de cartéis bem como seu monitoramento pelos membros²⁴, destacam-se os seguintes:

- (I) **Homogeneidade dos produtos e serviços, ausência de substitutos e baixa alteração tecnológica:** quando os produtos ou serviços a serem adquiridos apresentam pouca ou nenhuma diferenciação torna-se mais fácil chegar a um acordo, já que os cartelistas precisarão definir em conjunto apenas uma variável de fácil controle e mensuração: o preço. No caso das compras públicas, isso é particularmente observado, já que, em grande parte das licitações, não há diferenças significativas de qualidade e/ou tecnologia nos produtos e serviços licitados, tratando-se de bens e serviços comuns. Além disso, quando há poucos substitutos para aquele produto, ou ainda, quando o produto não envolve grandes mudanças em termos de tecnologia, as empresas têm maior segurança do sucesso do seu acordo e garantia de que ele perdurará por um tempo maior.
- (II) **Condições do mercado, estabilidade na demanda e repetitividade das compras públicas:** mudanças significativas nas condições de demanda ou fornecimento tendem a desestabilizar possíveis acordos colusivos em curso. Por outro lado, um fluxo constante e previsível de demanda por parte da Administração Pública aumenta o risco de conluio. Tal característica – aliada ao fato de as empresas terem acesso à duração dos contratos vigentes – tem como consequência a facilidade para realização dos acordos e de possíveis futuras compensações e até mesmo para manutenção dos acordos a longo prazo, vez que reduz o custo de monitoramento do cartel e facilita a punição de eventuais desviantes.
- (III) **Manutenção de cláusulas editalícias:** a necessidade periódica de contratação de serviços e aquisição de produtos relativos ao custeio da Administração Pública leva os responsáveis

²⁴ Vide OCDE. Competition and Procurement (2011); e OCDE. Guidelines For Fighting Bid Rigging in Public Procurement: helping governments to obtain best value for money (2009). Ambos disponíveis em: <www.ocde.org/competition>.

pelos órgãos licitantes a manterem as mesmas cláusulas editalícias ao longo do tempo, reproduzindo o conteúdo dos editais em diversas licitações consecutivas, fator que traz previsibilidade à interação entre os competidores e, portanto, relativa estabilidade aos termos que embasam o acordo colusivo.

- (IV) **Transparência:** as informações relacionadas às licitações possuem caráter público, corolário do princípio constitucional da publicidade dos atos administrativos, bem como instrumento necessário ao controle social da Administração Pública. Contudo, isso também permite às empresas o acesso irrestrito a informações comerciais que, no mercado privado, representam dados comercialmente sensíveis. Nas licitações públicas, as empresas conhecem os preços praticados pelos concorrentes (propostas comerciais), as características técnicas e de qualidade dos produtos e serviços ofertados (regras editalícias e documentos de habilitação), os custos (planilhas de formação dos preços), as estratégias comerciais (histórico de participação em licitações), a carteira de contratos (documentos comprobatórios de experiência), dentre outras informações. Nesse sentido, tal característica estrutural reduz o custo do monitoramento e punições a desvios por parte das empresas participantes do acordo anticompetitivo.
- (V) **Número restrito de concorrentes:** a probabilidade de ocorrência de colusão em licitações públicas é tanto maior quanto menor o número de empresas que tem capacidade técnica e econômica para fornecer aquele bem ou serviço. Quanto menos agentes no mercado, mais fácil é o estabelecimento de um acordo entre eles.
- (VI) **Barreiras à entrada:** caso as barreiras à entrada em um dado mercado sejam altas, i.e., se a entrada naquele mercado é custosa, difícil ou lenta, as empresas que nele atuam estão protegidas da pressão competitiva de potenciais novos entrantes, fator esse que facilita a formação e a manutenção de acordos colusivos, bem como permite aos seus integrantes abusar de seu poder coordenado. Em casos de compras públicas, a análise de barreiras à entrada passa ainda, por vezes, pela análise dos editais das licitações. Com efeito, os editais são documentos que estabelecem as regras que pautarão a interação entre as licitantes – aspectos relacionados a preço, quantidade, qualidade, tecnologia, prazos de execução, duração do contrato, dentre outros – e buscam reproduzir, de maneira *ad hoc*, o ambiente competitivo que, em tese, vigeria no mercado privado. Tal reprodução, contudo, é imperfeita, uma vez que os editais trazem cláusulas que excluem do certame algumas potenciais competidoras – via exigências relacionadas à experiência prévia, acervo técnico, habilitação

técnica, cumprimento de obrigações tributárias, dentre outras – funcionando, portanto, como barreiras à entrada.

(VII) **Necessidade das contratações:** a dificuldade de a Administração Pública reagir a elevações significativas de preços – pois não é viável, em relação a diversos serviços e produtos, recusar e/ou adiar sua contratação –, faz com que a fixação de preços em patamares supracompetitivos torne-se, em diversos certames, uma estratégia viável e bem-sucedida, deixando o Estado à mercê das condições artificialmente fixadas entre os licitantes.

(VIII) **Interações frequentes entre licitantes:** outro fator que facilita a colusão são os mercados em que os contatos entre os licitantes são frequentes e constantes. Seja porque comumente as mesmas empresas participam de grande parte das licitações daquele mercado ou porque interagem no âmbito de associações e ou eventos do setor, tais contatos facilitam a definição de uma estratégia comum, bem como o monitoramento e punição de desvios por integrantes do cartel. No quadro brasileiro, em que há descentralização das licitações (cada unidade gestora promove as licitações para suprir suas necessidades), a frequência dos contatos entre empresas de determinados setores pode ser bastante expressiva.

II.2. As dificuldades de detectar um cartel em licitação e a importância das provas indiretas

Com vistas a demonstrar a existência de acordos colusivos, a autoridade de defesa da concorrência pode utilizar tanto provas diretas – documentos que comprovam a existência material do acordo entre os licitantes – quanto as chamadas provas indiretas²⁵. Devido à dificuldade de obtenção de provas diretas, as provas indiretas constituem importante meio de prova dos acordos.

Na investigação de cartéis em licitação, é comum o uso de provas indiretas, especialmente em termos de comportamentos suspeitos dos participantes que fogem ao que seria esperado em uma licitação normal em que há de fato concorrência entre os licitantes. Exemplos disso são: propostas com erros semelhantes, rodízio de vencedores entre concorrentes e verificação de um padrão na margem de preço das propostas apresentadas.

²⁵ O Código de Processo Penal Brasileiro, em seu artigo 239, conceitua as provas indiretas como um conjunto de fatos demonstrados – ainda que circunstanciais – que, por guardarem relação com o crime, podem, por indução, permitir que se conclua por sua existência.

As provas indiretas resultam da interpretação ativa – e.g., inferências lógicas, análises econômicas e deduções – levada a cabo pela autoridade, acerca de fatos e indícios que, analisados em conjunto, comprovariam a infração anticoncorrencial, posto não haver outra explicação plausível para os investigados se comportarem daquela maneira²⁶.

De um lado, os participantes do cartel, que têm em mãos as provas diretas do acordo, empregam todos os esforços necessários para dissimular sua existência. De outro, as autoridades de defesa da concorrência enfrentam tais estratégias de dissimulação e destruição das provas empreendidas pelos participantes de cartéis²⁷ por meio do uso de provas indiretas, que possuem importante papel na demonstração da existência de acordos colusivos, conforme verificado na jurisprudência internacional.

²⁶ Considera, C., Duarte, G.F.S. *A Importância de Evidências Econômicas para a Investigação de Cartéis: A Experiência Brasileira*. Universidade Federal Fluminense - Texto para Discussão nº 181, outubro/2005. Disponível em: <http://www.uff.br/econ/download/tds/UFF_TD181.pdf>.

²⁷ Guerrin, M., Kyriazisym G, (1992) (tradução livre).

O USO DE PROVAS INDIRETAS NO CENÁRIO INTERNACIONAL

O Departamento de Justiça americano (*Department of Justice – DOJ*), responsável pela persecução criminal de infrações antitruste nos Estados Unidos, já sugeriu a condenação de cartel em licitações com base em provas indiretas^[1]. Há, ainda, outros precedentes que embasam a possibilidade de se recorrer a provas indiretas em casos de investigação de acordos colusivos:

De fato, é axiomático que uma conspiração típica ‘é raramente demonstrada por intermédio de acordos explícitos’, sendo quase sempre necessário recorrer a ‘inferências que podem ser derivadas do comportamento dos supostos conspiradores’. Assim, a investigação antitruste pode provar a existência da combinação ou conspiração por meio tanto de provas diretas ou indiretas, suficientes ‘para garantir (...) que os conspiradores tinham uma unidade de propósito ou compreensão e desenho comuns, ou um encontro de intenções para um arranjo que fosse de encontro à lei antitruste.’^[2]

A autoridade europeia de defesa da concorrência também admite a utilização de provas indiretas para a persecução de cartéis^[3]. Veja-se, por exemplo, excerto da decisão da Corte de Justiça Europeia em *Aalborg Portland A/S and others v Commission*, que analisa recurso interposto frente à decisão do órgão antitruste europeu que determinou a condenação de cartel no mercado europeu de cimento^[4].

Veja que são bem conhecidas tanto a proibição de participar de acordos anticompetitivos quanto as penalidades nas quais os infratores incorrem, é normal que as atividades derivadas de tais práticas e acordos sejam feitas de maneira clandestina, com reuniões realizadas em segredo – frequentemente em países não envolvidos na prática – e evitando-se a confecção de documentos acerca do acordo.

Mesmo se a Comissão Europeia descobrir provas diretas, demonstrando o contato ilegal entre empresas concorrentes – tais como minutas das reuniões – tais documentos serão, regra geral, fragmentários e esparsos, sendo normalmente necessário, portanto, reconstruir alguns detalhes do acordo por intermédio de dedução.

Na maioria dos casos, a existência de infrações à ordem econômica e acordos colusivos precisa ser inferida de outros indícios e coincidências que, tomados em conjunto, podem, na ausência de outra explicação plausível, constituir prova da infração à lei antitruste.^[5]

A literatura internacional também caminha no mesmo sentido. A OCDE coligiu informações sobre a utilização de provas indiretas por diversas autoridades da concorrência. Entre as principais conclusões, destacam-se as seguintes:

2. A melhor prática é utilizar as provas indiretas de forma holística, dado seu efeito cumulativo, em vez de tomá-las individualmente. (...)

4. Existem dois tipos gerais de provas indiretas: prova indiretas de comunicação e provas indiretas econômicas. A prova indireta de comunicação entre concorrentes é considerada a mais importante.^{[6]v}

Ademais, também importa ressaltar que, de acordo com o *Anti-Cartel Enforcement Manual* elaborado pela *International Competition Network – ICN*^[7], a forma como cada jurisdição determina as evidências necessárias para provar cartéis difere. Contudo, independentemente da prova analisada ser direta ou indireta, é necessário observar as seguintes evidências, dentre outras:

- 1 – Evidências que indiquem o conhecimento antecipado de informações que sobre os preços ou os lances do concorrente;
- 2 – Evidências que indiquem que os concorrentes discutiram lances ou que chegaram um acordo a respeito dos lances;
- 3 – Evidências de monitoramento do acordo;
- 4 - Evidências que um cliente em particular ou um contrato é exclusivo para determinada empresa;

[1] Caso *United States v. Champion International Corporation*, 557 F.2d 1270 (9th Cir. 1977), relativa a cartel em licitações para venda de madeira. Vide: OCDE. *Prosecuting Cartels without Direct Evidence*, 2006, p.174.

[2] *ES Dev., Inc. v. RWM Enters.*, 939 F.2d 547, 554 60 USLW 2090, 1991-2 Trade Cases 69,505 (8th Cir. 1991), <https://bulk.resource.org/courts.gov/c/F2/939/939.F2d.547.90-2467.90-2466.90-1761.90-1760.html>, acessado em 03 de maio de 2013 (tradução livre).

[3] Vide, por exemplo, decisão da Corte de Justiça Europeia no “Caso Dyestuffs” (*ICI vs Comissão*, Case 48/69, 1972, §§66-68, <http://eurex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61969CJ0048:EN:PDF>, acessado em 03 de maio de 2013)

[4] *Cases IV/33.126 and 33.322 - Cement*, <http://eur.lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31994D0815:EM:HTML>, acessado em 03 de maio de 2013.

[5] *Aalborg Portland A/S and others v Commission* (Joined Cases C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P and C-219/00 P), <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d58a5500806a674a49b719cceb5a3d6dae.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbn4Oah0Se0?text=&docid=48825&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=299626>, acessado em 03 de maio de 2013 (tradução livre)

[6] Vide OCDE, *Prosecuting Cartels without Direct Evidence*, 2006, p.09-11 (tradução livre).

[7] Vide ICN, *Anti-Cartel Enforcement Manual*, 2008, p. 13 (tradução livre).

CASO DOS AQUECEDORES SOLARES

(Processo Administrativo nº 08012.001273/2010-24)

RESUMO DO CASO

O Processo Administrativo instaurado em 2012 teve por objeto a investigação de suposto cartel em licitações para aquisição de aquecedores solares para habitações de baixa renda construídas pela Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo (CDHU).

A investigação evidenciou que algumas empresas combinavam preços e dividiam o mercado em licitações para aquisição de aquecedores solares realizados pela CDHU, acordo este que era implementado por meio da supressão/retirada de propostas nas licitações, além da rotatividade

de vencedores para os diversos lotes e pela utilização da estratégia conhecida como bloqueio em pregão presencial.

O caso foi julgado pelo Tribunal do Cade em 2015, quando decidiu-se por maioria pela condenação de todas as empresas envolvidas, arquivando o processo somente com relação a uma associação e duas pessoas físicas. Além da condenação ao pagamento de multa, também foi aplicada a penalidade não-pecuniária de inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor.

PROVAS INDIRETAS

Destacou-se neste caso o uso de provas indiretas que, em seu conjunto probatório, levaram à condenação das empresas. Dentre elas foi de especial importância a identificação de coincidências de preços das propostas apresentadas por diferentes empresas nos lotes das licitações. As propostas (apresentadas em envelopes fechados), por vezes, eram absolutamente idênticas – até os centavos –, fato que muito dificilmente seria mera coincidência, conforme explicou o Conselheiro-Relator Márcio de Oliveira Júnior em seu voto:

310. (...) as combinações clássicas de preços e de mercados são acompanhadas de manobras em procedimentos licitatórios para simular competitividade. Esses mecanismos são pensados para camuflar o acordo anticompetitivo, uma vez que não se pode esperar que um ilícito seja expressamente firmado em um contrato. Por essa razão, as autoridades instrutória e julgadora devem considerar os diversos tipos de elementos de prova para desvelar um cartel.

311. O conjunto probatório deve demonstrar, essencialmente, (i) a similitude das posturas dos participantes da licitação, (ii) que as empresas participantes do cartel foram as vencedoras dos lotes pretendidos ou permitiram que uma empresa por eles escolhida fosse a vencedora, (iii) a alternância de posturas para ganhar ou perder um lote a partir de propostas de cobertura e supressões ou retiradas de lances, (iv) a existência de barreiras à entrada no certame, (v) a existência de canais de comunicação ou fóruns de transparência que facilitem a permeabilidade das informações entre concorrentes. Nesse sentido, a importância da categoria da prova – direta ou indireta – é irrelevante, já que o conjunto probatório é o que define a formação da convicção do julgador. O que diferencia um caso de provas indiretas de um caso clássico de prova direta é o

maior esforço de instrução e análise para apontar os elementos que evidenciam a infração contra a ordem econômica.

312. Os autos demonstraram que houve (i) combinações de preços e retiradas/supressões de lances para favorecer os participantes do conluio, (ii) os vencedores de cada lote foram aqueles desejados pelos cartelistas, (iii) a fase de lances foi utilizada como fórum de alternância de lances entre as Representadas para simular concorrência, (iv) barreiras à entrada que favoreciam a oferta de produtos a empresas de maior porte, que coincide com o porte das Representadas, (v) os Representados utilizavam a ABRAVA para dar maior transparência a esse mercado, tendo em vista que era composta pela maioria das empresas que participaram da licitação. (...)

314. No presente Processo Administrativo, verifiquei que existem injustificáveis coincidências de preços em diversos dos lotes envolvidos, as quais não podem ser explicadas por similitude do preço dos insumos (aqui considerados os bens e serviços que compõem os kits) ou pela homogeneidade plena de todos os fatores formadores de preços. Tampouco houve explicações sobre como os preços dos envelopes fechados de cinco lotes diferentes coincidiam, incluindo sempre uma mesma empresa – Enalter, a qual sempre declinava do direito de ofertar lances.

Fica assim demonstrada a importância das provas indiretas bem como sua ampla aceitabilidade por diversas autoridades da concorrência na investigação e compreensão da atuação de cartéis.

O fundamental a se saber sobre as provas indiretas é que elas não são valoradas isoladamente, sob pena de depreciar o acervo probatório, apesar de serem indício relevante para as autoridades detectarem cartéis. Os elementos coligidos devem ser apreciados em conjunto, de forma a permitir que as evidências e suas circunstâncias esclareçam-se mutuamente, tornando a valoração de tais provas um juízo interpretativo.²⁸ Assim, a conduta de cada empresa deve ser avaliada tanto a partir de seu cotejamento com a conduta dos demais competidores quanto com a situação do mercado em questão.²⁹

²⁸ ICI vs Comission, Case 48/69, 1972, §68.

²⁹ Guerrin, M., Kyriazisym G, Cartels: proof and procedural issues. *Fordham International Law Journal*, v.16, n.2, 1992 (tradução livre).

A partir disso, é possível afirmar que, principalmente no caso de cartéis em licitações públicas, existem circunstâncias que, quando analisadas em conjunto, demonstram não haver outra explicação racional para justificar o comportamento dos licitantes, a não ser a existência de um acordo anticompetitivo prévio entre eles e estes elementos, considerando a dificuldade cada vez maior de encontrar provas diretas, são fundamentais para a detecção e investigação de cartéis em licitação.

II.3. Formas de conluio: as principais estratégias utilizadas pelas empresas para formação de cartéis em licitações

Os cartéis em licitações podem assumir formas variadas, combinando uma ou mais estratégias para a implementação do acordo ilícito. As estratégias utilizadas pelos integrantes do cartel, especialmente no âmbito das licitações públicas, envolvem, regra geral, a mitigação da competição e a alocação privada e artificial de contratos entre empresas que, na verdade, deveriam competir entre si. Nesse sentido, o uso concomitante de estratégias comuns permite que tais agentes definam os contornos precisos do mercado, por intermédio da alocação de carteiras de contratos, órgãos contratantes, áreas geográficas, faturamento, dentre outros critérios, visando à distribuição dos lucros adicionais advindos da redução da pressão competitiva.

II.3.1. Propostas fictícias ou de cobertura ("*cover bidding*")

As propostas fictícias ou de cobertura (também designadas como complementares, de cortesia, figurativas ou simbólicas) são a forma mais frequente de implementação dos esquemas de conluio entre concorrentes e são concebidas para dar aparência de concorrência genuína entre os licitantes. Essa modalidade ocorre quando indivíduos ou empresas combinam submeter propostas que envolvem, pelo menos, um dos seguintes comportamentos:

- (1) Um dos concorrentes aceita apresentar uma proposta mais elevada do que a proposta do candidato escolhido para vencer o certame,
- (2) Um concorrente apresenta uma proposta que já sabe de antemão que é demasiado elevada para ser aceita, ou
- (3) Um concorrente apresenta uma proposta que contém condições específicas que sabe de antemão que serão inaceitáveis para o comprador.

A seguir, são apresentados alguns exemplos de casos concretos em que foi utilizada a estratégia de proposta de cobertura:

CARTEL DE SERVIÇOS TERCEIRIZADOS DE LAVANDERIA PARA HOSPITAIS NO RIO DE

JANEIRO (OPERAÇÃO "ROUPA SUJA")

(Processo Administrativo nº 08012.008850/2008-94)

RESUMO DO CASO

O Processo Administrativo foi instaurado em 2008, com o objetivo de investigar eventual formação de cartel com intuito de fraudar licitação pública de contratação de serviços de lavanderia para hospitais no Rio de Janeiro. A investigação evidenciou que representantes de empresas atuantes no setor, em diversas ocasiões, mantiveram contatos telefônicos e realizaram reuniões presenciais, tendo compartilhado informações comerciais sensíveis, tais como preços, valores de propostas comerciais, carteiras de contratos, etc. A finalidade desses contatos foi concretizar acordos com o objetivo de divisão do mercado, apresentação de propostas de cobertura e imposição de dificuldades para a entrada de novos concorrentes. Adicionalmente, restou comprovado que o sindicato do setor atuou para facilitar a conclusão do acordo entre empresas.

O caso foi julgado pelo Tribunal do CADE em 2016, decidindo-se pela condenação de todas as representadas, à exceção de duas pessoas físicas, uma delas em razão da celebração de TCC.

COBERTURA

O uso da estratégia de propostas de cobertura foi evidenciada neste caso, por exemplo, por meio de tabelas de preço nas quais havia expressamente um preço cotado e um preço para "cobertura" que deveria ser superior aquele que seria o vencedor. Eram estabelecidos os valores de cobertura e até mesmo o somatório das quantidades atribuídas a cada participante do acordo. O uso das propostas de cobertura foi uma das principais estratégias utilizadas para garantir a implementação do acordo anticompetitivo nas licitações.

IMAGEM 1³⁰

COMO A PROLAV DEVE UM HOSPITAL À
BRASIL SUL, O FATURAMENTO DEVERÁ
SER:

$$\begin{aligned} & \text{ALEX.} \\ & 79.000 + 20.000 = 99.000 \times 3,65 = \text{R\$ } 361.350 \\ & \text{OU} \end{aligned}$$

$$\begin{aligned} & \text{SALG.} \\ & 79.000 + 21.800 = 100.800 \times 3,65 = \text{R\$ } 367.920 \end{aligned}$$

OBS. A BRASIL SUL RETIRARÁ OU TROCARÁ
A PROPOSTA DO MARCÍLIO DIAS, DANDO
COBERTURA LÍQUIDA

IMAGEM 2³¹

LOTES	QUILOS	PREÇO COTADO	PREÇO DE COBERTURA
Prolav			
Loçou	28.0	3,64 3,64	3,65
Pinel	5.5	3,64 3,63	3,65
Fernando Magalhães	19.5	3,64 3,63	3,65
Solgado Filho	21.8	3,64 3,64	3,65
Ijaremia	22.0	3,64 3,64	3,65
*****	93.8	*****	*****
São Seb.			
Maternidade Carneiro Dantas	32.0	3,62 3,62	3,63 ou acima
Picinde	14.2	3,62 3,62	3,63 ou acima
*****	46.2	*****	*****
B. Sul.			
Andaraí	38.0	3,65 3,68	não cotar ou 3,66
Miguel Couto	35.0	3,65 3,64	não cotar ou 3,66
*****	73.0	*****	*****

JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL

CARTEL DE EQUIPAMENTOS MÉDICOS – ÍNDIA

RESUMO DO CASO

Trata-se de uma conduta anticompetitiva envolvendo manipulação de propostas em licitação para fornecimento, instalação, teste e comissionamento do Teatro de Operação Modular (MOT) e Sistema de Munições de Gases Médicos (MGMS) do Centro de Lesões Esportivas (SIC), do Safdarjung Hospital, New Deli. As empresas investigadas eram: (i) PES Installtions Pvt. Ltd. (PES); (ii) MDD Medical Systems Pvt. Ltd. (MDD); (iii) Medical Products Services (MPS).

COBERTURA

A autoridade antitruste da Índia ("CCI"), depois de analisar os formulários de propostas apresentadas pelas partes opostas, constatou que "não houve apenas um erro tipográfico comum

³⁰ Parágrafo 159 da versão pública do voto da Conselheira-Relatora Ana Frazão.

³¹ Parágrafo 161 da versão pública do voto da Conselheira-Relatora Ana Frazão.

no calendário de preços, mas também foram apresentadas datas comuns nas várias seções dos formulários de proposta pelo PES e pela MDD. A CCI verificou que estes erros tipográficos comuns eram devidos à partilha, entre os licitantes, das cópias impressas do formato do calendário de preços com o objetivo de preparar e arquivar os documentos do certame em conjunto. Além disso, segundo a CCI, a coincidência dos erros nos formulários de proposta apresentados pelos licitantes era indicativa do fato de que havia conluio entre eles para manipular o processo de licitação. Assim, a CCI concluiu que os três concorrentes tinham realmente um acordo entre eles e, em conformidade com esse acordo, PES e MPS apresentaram propostas complementares incomparavelmente mais altas em relação à oferta do MDD.

II.3.2. Supressão de propostas (“*bid suppression*”) e retirada de propostas (“*bid withdrawal*”)

As estratégias de supressão de propostas envolvem acordos entre os concorrentes para que uma ou mais empresas abstenham-se de concorrer ou retirem uma proposta previamente apresentada, de modo que a proposta do concorrente escolhido pelo cartel como vencedor do certame seja aceita.

Portanto, a empresa pode abster-se desde início de participar do certame (ao que chamamos supressão de propostas) ou decidir retirar sua proposta quando está concorrendo, a fim de que o concorrente participante do cartel seja bem-sucedido em seu lugar.

A seguir, são apresentados dois exemplos dessa estratégia:

<u>CARTEL EM OBRAS DE ADUTORA EM SÃO PAULO</u> (Processo Administrativo nº 08012.009885/2009-21)
RESUMO DO CASO O Processo Administrativo foi instaurado em 2010, a partir de Representação encaminhada pela Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (SABESP), retratando supostas irregularidades praticadas pelas empresas SAENGE e pela CONCIC na Concorrência Internacional CSO nº 53.542/07. O caso foi julgado pelo Tribunal do CADE em 2015, decidindo-se pela condenação de todos os investigados, com exceção apenas de uma pessoa física.

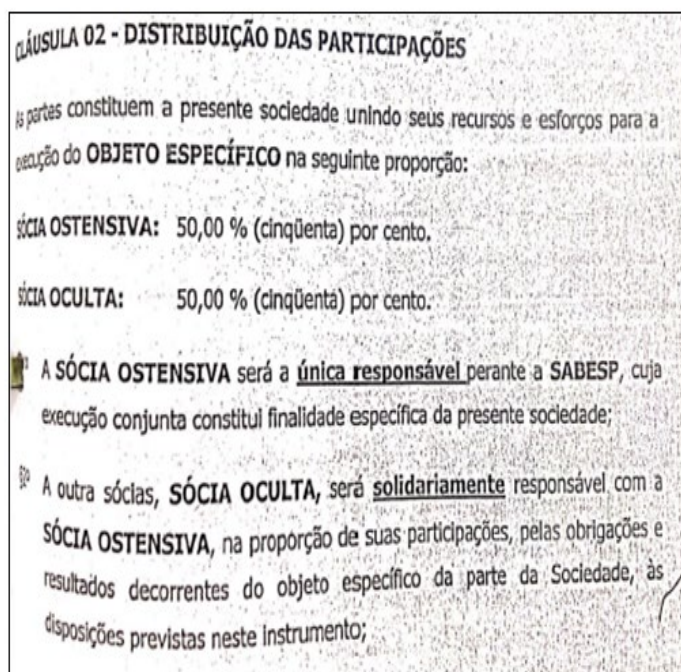
SUPRESSÃO

A supressão de propostas foi evidenciada na medida em que, após ser consagrada vencedora na primeira rodada, a empresa CONCIC deixou de apresentar documentos solicitados pela SABESP dentro do prazo solicitado. Com sua desclassificação do certame a SAENGE foi declarada vencedora do certame.

Posteriormente, a SABESP tomou conhecimento da existência de um contrato de sociedade em conta de participação entre a CONCIC e a SAENGE, relativo às obras licitadas, que foi firmado antes do fim do procedimento licitatório, quando a CONCIC ainda figurava em primeiro lugar. Nos termos do “Instrumento Particular de Constituição de Sociedade em Cotas de Participação de Propósito Específico”, o negócio jurídico tinha por objeto “a execução conjunta das obras do Lote 3 do Sistema Produtor de Água Mambu/Branco da Baixada Santista”. Assim, considerando que a desistência da primeira colocada foi motivada pela celebração do instrumento contratual e diante de outras evidências acerca da natureza, do momento em que o contrato foi firmado e dos incentivos econômicos que motivariam o acordo, considerou-se que a não apresentação dos documentos exigidos por parte da CONCIC foi uma supressão de sua proposta inicial.

IMAGEM 2³²

Instrumento Particular (fls. 177)



³² Fl. 177 dos autos públicos do Processo Administrativo.

JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL

CARTEL DOS CABOS DE ENERGIA – COMISSÃO EUROPEIA

RESUMO DO CASO

Trata-se de investigação instaurada em face dos principais produtores de cabos de energia submarinos e subterrâneos que realizavam encontros e contatos bilaterais e multilaterais, com o objetivo de restringir a competição em territórios específicos.

SUPRESSÃO

De acordo com a decisão da Comissão Europeia, a partir de fevereiro de 1999, os principais produtores de cabos de energia submarinos e subterrâneos alocaram projetos de acordo com a região geográfica e os clientes. Além disso, ocorreu troca de informações sobre fatores como preço, para assegurar a vitória do ofertante escolhido para ser vencedor. Dessa forma, o escolhido ofereceria o menor preço, enquanto os outros submeteriam ofertas maiores, suprimiriam suas ofertas ou fariam ofertas que não eram atrativas nas licitações.

As empresas ainda tinham obrigação de repassar informações, o que permitia o monitoramento do grupo e assegurava o cumprimento dos acordos. Outras práticas também foram realizadas para dar força ao cartel, como recusa coletiva de fornecer acessórios ou assistência técnica a certos concorrentes.

II.3.3. Bloqueio em pregão presencial

O bloqueio em pregão presencial é uma estratégia anticompetitiva caracterizada pela atuação concertada entre uma empresa que fornece determinado bem ou serviço objeto da licitação e, pelo menos, outras duas pessoas jurídicas. Em geral essas empresas possuem alguma relação de fornecimento e distribuição. O objetivo de tal prática é reduzir as chances de que outras licitantes não alinhadas sejam classificadas para a fase de lances em um pregão presencial, restringindo, com isso, a concorrência naquele certame.

O pregão presencial pode ser dividido em duas fases:

- 1ª fase ou fase de abertura das propostas: selecionam-se as propostas que irão para a fase de lances verbais, quais sejam: a melhor proposta e aquelas com valores superiores a esta até o limite de 10%. Não havendo ao menos duas propostas até o limite de 10%, classificam-se as três melhores propostas para a fase de lances verbais;

- 2ª fase: ocorrem os lances verbais³³, sendo o ápice competitivo do certame. Os classificados ficam cientes dos preços dos seus concorrentes e passam a competir abertamente pelo contrato. Portanto, tal fase permite, quando há efetiva competição pelo objeto licitado, que a Administração obtenha a proposta de preço mais vantajosa, resultando em economia de recursos por parte do erário³⁴.

Assim, em tal estratégia, as empresas em conluio conhecem as propostas umas das outras e uma delas apresenta uma proposta competitiva em menor valor enquanto as outras apresentam propostas com valores no intervalo de 10%, tidas como propostas de cobertura³⁵, na expectativa de que apenas essas empresas alinhadas sejam classificadas para a fase de lances verbais. Por meio dessa estratégia, as empresas não alinhadas – cujas propostas não se encontram no intervalo de 10% da melhor proposta – podem ser artificialmente impedidas de participar da fase de lances verbais, eliminando a competição nesta fase do pregão. Por consequência, as empresas em conluio, classificadas para a fase de lances, não apresentam novas propostas ou apresentam propostas simuladas, com apenas uma pequena redução nos valores.

A restrição na competitividade do pregão ocorre porque, na ausência do conluio entre as empresas, propostas com valores acima do intervalo de 10% seriam classificadas para a fase de lances, mantendo a concorrência nessa segunda etapa do pregão.³⁶

A estratégia do bloqueio nem sempre assegura que as empresas em conluio vençam o pregão, pois as demais concorrentes podem apresentar propostas menores ou dentro do intervalo de 10%, classificando-se, assim, para a fase lances verbais. De todo modo, a prática do bloqueio tem importante potencial anticompetitivo, uma vez que trata de acordo entre concorrentes envolvendo variáveis como preços e quantidades que são consideradas concorrencialmente sensíveis e devem ser analisadas pelo Cade.

³³ Realizada na forma de “leilão reverso”, em que os lances são sucessivos e decrescentes.

³⁴ Passada a fase de lances e selecionada a melhor proposta pelo critério de melhor preço, verifica-se a habilitação do primeiro colocado, em um procedimento mais célere do que o verificado nas demais modalidades de licitação. Nos casos em que não se habilitar o primeiro colocado, analisa-se a documentação do segundo. As duas fases são fundamentais para que a Administração obtenha não apenas o melhor preço, mas a mais vantajosa das propostas.

³⁵ Parecer nº 10/2016/CGEP/PFE-CADE-CADE/PGF/AGU, do Processo nº 08012.009645/2008-46, instaurado a partir da Representação formulada por CMW Saúde e Tecnologia Importação e Exportação Ltda., sob a alegação de que a Support Produtos Nutricionais Ltda., fornecedora de “alimentos para fins especiais”, praticava venda de mercadoria abaixo do preço de custo e fixava ou praticava, em acordo com concorrentes, preços e condições de venda de bens em licitações públicas.

³⁶ A estratégia de bloqueio não se aplica ao pregão eletrônico, pois nesta modalidade todas as empresas com propostas classificadas na fase inicial podem participar da fase competitiva, em que são apresentados os lances (art. 23 do Decreto nº 5.450/2005).

CARTEL EM LICITAÇÃO PARA AQUISIÇÃO DE TINTAS

(Processo Administrativo nº 08012.006199/2009-07)

RESUMO DO CASO

O Processo Administrativo foi instaurado em 2012 para investigar a prática de cartel em licitação na modalidade Pregão Presencial promovida pela Prefeitura de Lages (Santa Catarina) para aquisição de material de pintura e hidráulico.

O caso foi julgado pelo Tribunal do CADE em 2014, que condenou três das empresas investigadas ao pagamento de multa e ao cumprimento de obrigações acessórias.

BLOQUEIO EM PREGÃO PRESENCIAL

Apesar da relativa ausência de provas diretas, havia um robusto conjunto probatório formado principalmente por provas econômicas de paralelismo de preços e provas indiretas como a identidade visual idêntica das propostas dos concorrentes, erros de ortografia e identidade na formatação e redação das propostas.

Tais provas evidenciaram a aplicação da estratégia de bloqueio em pregão presencial, vez que o objetivo das empresas, ao apresentarem preços idênticos ou intervalos iguais das propostas iniciais, era precisamente garantir que, além da empresa escolhida pelo cartel para ser vencedora do certame, pelo menos, uma das outras duas passasse à fase de lances. Em alguns casos, quando o uso dessa estratégia permitia que as três cartelistas passassem à fase de lances, duas delas simulavam competição e abriam mão dos lances em favor da escolhida para ser a vencedora, tornando inócua a fase de lances. Em outros casos, quando agentes não integrantes do cartel eram classificados para a fase de lances, os infratores trabalhavam em favor da vencedora e contra o entrante, de modo a “bloquear” outros efetivos concorrentes de apresentar propostas que fossem, de fato, mais favoráveis à Administração. Essa estratégia foi utilizada pelos participantes do cartel. Na fase de lances, os classificados não sofriam a pressão competitiva de outros agentes não classificados.

II.3.4. Propostas rotativas ou rodízio (“*bid rotation*”)

Nos esquemas de propostas rotativas (ou rodízio), as empresas conspiradoras continuam a concorrer, mas combinam de apresentar alternadamente a proposta vencedora, seja para os diferentes lotes de uma mesma licitação ou para diferentes licitações, de modo que cada membro do cartel seja vencedor de uma “parte”. Em outras palavras, é uma forma de divisão de mercado.

A forma de implementação das propostas rotativas pode variar. A divisão pode se dar em valores iguais (mesmo número de lotes) ou ser, por exemplo, proporcional ao tamanho, *market share* ou capacidade produtiva de cada empresa.

CARTEL DE PORTAS DE SEGURANÇA GIRATÓRIAS

(Processo Administrativo nº 08012.009611/2008-51)

RESUMO DO CASO

O Processo Administrativo foi instaurado em 2008 para apurar formação de cartel em procedimentos licitatórios realizados pelo Banco do Brasil e pelo Banrisul para fornecimento de portas detectoras de metais.

O caso foi julgado em 2014, decidindo-se pela condenação de 4 pessoas jurídicas e 10 pessoas físicas.

PROPOSTAS ROTATIVAS OU RODÍZIO

As empresas participantes se alternavam na apresentação de propostas vencedoras, fato que foi evidenciado nas conversas entre os participantes, que discutiam qual empresa venceria cada licitação, com base nas vitórias passadas. A estratégia de rodízio era ainda facilitada pela utilização de tabelas que organizavam o *ranking* das participantes do cartel, a fim de determinar a ordem em que cada empresa venceria as licitações futuras.

IMAGEM 3³⁷

10/07 às 16:51: julipaviani@hotmail.com - não vamos deixar o preço cair né
patyjesus@hotmail.com – de forma alguma
julipaviani@hotmail.com – bom vamos combina o seguinte, amanhã vc comenta com o Cleber, pode ser?
patyjesus@hotmail.com – tem escorre esta
patyjesus@hotmail.com – sim (...)

15/07 16:03 patyjesus@hotmail.com – é vc que tá na disputa?
julipaviani@hotmail.com – estou na licitação...

16:03 - julipaviani@hotmail.com – meu último valor é de R\$ 83.900,00
patyjesus@hotmail.com – meu 83880,00
julipaviani@hotmail.com – qual o foi o limite que vc combinou com o cleber?
patyjesus@hotmail.com – mpci fecharia 16400,00 cada

16:04 julipaviani@hotmail.com – mas o meu limite é de 83.000,00
16:06 julipaviani@hotmail.com – 82.000,00 é o limite pra MPCI
julipaviani@hotmail.com – pois é, eu já parei como combinado

II.3.5. Divisão de mercado ("*market allocation* ou *market division*")

A estratégia de divisão de mercado envolve a combinação de um esquema de apresentação de propostas com o objetivo de repartir o mercado de alguma forma entre os membros do conluio. A repartição pode referir-se, por exemplo, sobre a carteira de clientes (órgãos públicos diversos), o tipo de produto/serviço ou o mercado geográfico (região/município/estado, etc.).

Esta estratégia pode estar intimamente ligada a outras estratégias apontadas acima, como a rotatividade de propostas, a apresentação de propostas de cobertura ou a supressão de propostas. As empresas concorrentes podem, por exemplo, atribuir clientes específicos ou tipos de clientes a diferentes empresas, para que os demais concorrentes não apresentem propostas (ou apresentem apenas uma proposta fictícia) em licitações promovidas por essas classes de potenciais clientes. Em troca, o concorrente não apresenta propostas competitivas a outro grupo específico de clientes, que foi destinado a outras empresas integrantes do cartel.

³⁷ F. 147 dos autos públicos do Processo Administrativo.

CARTEL INTERNACIONAL DE MANGUEIRAS MARÍTIMAS

(Processo Administrativo nº 08012.010932/2007-18)

RESUMO DO CASO

O Processo Administrativo foi instaurado em 2007 a partir da celebração de Acordo de Leniência, segundo o qual havia um cartel internacional com efeitos no Brasil no mercado de mangueiras marítimas de borracha.

O caso foi julgado em 2015, decidindo-se pela condenação de 3 pessoas jurídicas, 1 pessoa física e pelo arquivamento do processo em relação a 3 pessoas jurídicas e 4 pessoas físicas. Além disso, foram homologados 4 TCCs que resultaram no arquivamento do caso em relação a estes investigados.

DIVISÃO DO MERCADO

O cartel era altamente institucionalizado e regido por normas de conduta e por previsões de punição para quem burlasse o acordo, havendo, ainda, um “comitê técnico”, integrado pelos principais membros do cartel, com o objetivo de destrinchar e de especificar regras.

De acordo com o “comitê técnico”, o cartel deveria ser organizado por um coordenador e buscar (i) maximizar os preços e a lucratividade, (ii) assegurar que o campeão fosse efetivamente vencedor por meio de propostas de cobertura, (iii) permutar informações sobre preços, quantidades, participações de mercado e demais informações concorrencialmente sensíveis, (iv) fiscalizar o cumprimento do acordo e manter a disciplina entre os membros, principalmente no que se refere às alocações de “projetos” e à punição a membros desviantes e (v) reduzir os custos de transação atinentes à captação de clientes e estratégias de vendas.

O coordenador do cartel era o responsável por ditar as regras a serem seguidas pelos infratores e fiscalizar o cumprimento das participações de mercado combinadas entre as empresas. A ele era confiado o trabalho de dirimir os conflitos entre os participantes e buscar as propostas de cobertura ao vencedor nomeado pelo cartel (também chamado de “campeão”), as quais eram chamadas de “apoio”.

Em termos estruturais, tais coberturas eram desenhadas com base em participações de mercado, histórico de fornecimento e funcionamento das fábricas. No tocante à conduta anticompetitiva, as coberturas eram também elaboradas com base no histórico de obediência ao acordo, na divisão de mercado para assegurar *market shares* específicos e em compensações entre os concorrentes.

IMAGEM 4³⁸

"DE:

(...)

PARA: A1 [Bridgestone], A2 [Yokohama], B1 [Dunlop], B2 [Trelleborg]

DE: B3 [ITR Pirelli/Parker]

DATA: 08 de outubro de 1999.

Ref: Reunião com A2

Confirmamos que B3 [ITR Pirelli] manteve uma reunião com A2 [Yokohama] esta semana para discutir a situação de mercado em sua totalidade, assim como vários assuntos específicos relacionados à futura cooperação. A impressão geral que tivemos foi de que A2 [Yokohama] dará apoio à idéia de melhorar preços de mercado em geral e que estão felizes em cooperar em pesquisas específicas a fim de fazer com que isso aconteça. Também confirmaram que B3 [ITR Pirelli/Parker] atuaria como seu coordenador e será responsável pelas suas atividades no Clube para o futuro imediato, confirmando também sua concordância com relação às alocações de participações de mercado que foram discutidas na primeira reunião geral em agosto. Estas foram acordadas com segue:

A1[Bridgestone]: 25%

B1 [Dunlop]: 25%

B2 [Trelleborg]: 12%

A2 [Yokohama] +B3 [ITR Pirelli/Parker]: 30%

C [Manuli]: 8% - Isto será também usado como um "saldo de conta" para ajudar a qualquer membro que estiver sem trabalho.

A2 [Yokohama] gostaria de propor um novo método de alocação de pesquisa para assegurar que cada membro tenha contas seguras nas quais será acordado que nenhuma outra empresa interferirá com o Vencedor nomeado. Os tipos de pesquisa serão classificados como segue:

JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL

CARTEL DOS TUBOS COM REVESTIMENTO TÉRMICO – BÉLGICA

RESUMO DO CASO

O processo foi instaurado com o objetivo de investigar suposto cartel no mercado de tubos com revestimento térmico.

DIVISÃO DO MERCADO

No final de 1990, quatro produtores dinamarqueses firmaram um acordo de cooperação geral no seu mercado interno e, a partir do outono de 1991, dois produtores alemães passaram a participar regularmente das reuniões. Segundo a Comissão Europeia, foi nesse contexto que se realizaram negociações que conduziram, em 1994, a um acordo para fixar quotas em todo o mercado europeu. Estas quotas eram atribuídas pelo clube de dirigentes (composto pelos presidentes ou pelos diretores-gerais das empresas participantes no cartel) a cada empresa, tanto a nível europeu como a nível nacional. Os países em causa incluíam a Alemanha, Áustria, Dinamarca, Finlândia, Itália, Países Baixos e Suécia.

Em 1995, a empresa sueca Powerpipe AB (única empresa grande que não participou do cartel) comunicou a situação à Comissão; queixando-se de que suas atividades no mercado interno estavam sendo travadas. Em 1998, a Comissão concluiu pela existência de uma série de acordos

³⁸ Parágrafo 269 da versão pública do voto do Conselheiro-Relator Márcio de Oliveira Júnior.

e práticas com o objetivo de dividir, com base em quotas, os mercados nacionais entre os produtores e, mais especificamente, de dificultar as atividades da concorrente dierta Powerpipe AB. O que era originalmente um cartel dinamarquês se tornou um conluio europeu, que teve um efeito considerável no comércio intracomunitário.

II.3.6. Outras estratégias: mecanismos legais utilizados para implementação de estratégias anticompetitivas

a) Formação de consórcios

O artigo 33 da Lei nº 8.666/1993 traz a autorização legal para a constituição de consórcios em licitações públicas, sendo esse instrumento relevante para que se aumente a competitividade de certames, especialmente em casos de grandes contratações, em que uma empresa isoladamente não teria condições de fornecer o bem ou prestar o serviço licitado.

Contudo, de acordo com Marçal Justen Filho³⁹, apesar de existirem hipóteses nas quais os consórcios contribuem para o aumento do número de participantes, especialmente em licitações cujo mercado ou objeto são complexos, a formação de consórcios pode reduzir o universo da disputa e incentivar que os potenciais interessados façam acordos entre si. Em alguns casos, tal instrumento pode ser utilizado de forma distorcida, com o fim principal de garantir uma divisão acordada previamente entre concorrentes. Em geral, isso ocorre em casos em que as empresas tem capacidade técnica e financeira para, isoladamente, prestarem o serviço e/ou fornecerem o produto licitado, mas decidem formar consórcio. Tais consórcios, portanto, reduzem a competitividade do certame – haja vista que potenciais concorrentes suprimem suas propostas individuais, passando a formar um consórcio – e alocam as parcelas do objeto licitado às consorciadas.

A permissão para formação de consórcios pode, ainda, incentivar as empresas a acordarem os ganhadores de cada licitação em uma situação em que haja certa previsibilidade de ocorrência dos certames e que os produtos sejam similares entre si. Toma-se, como exemplo, um mercado com cinco agentes e com previsão de lançamento de duas licitações em que é permitida a formação de consórcios. Os concorrentes têm incentivos para, ao invés de participarem individualmente do certame, formar consórcios, de modo que todos saíam beneficiados, com uma margem de preço superior ao cenário competitivo.

³⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 14 ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 495.

b) Subcontratação

Tal como apontado acima, a subcontratação, também passível de ser autorizada em licitações públicas, é um instituto por meio do qual o contratado transfere parte de uma obra ou serviço para ser executada por terceiro. Em certas situações, os concorrentes podem se valer desse instituto para implementar seus acordos anticompetitivos, como no caso de empresas que suprimiram propostas ou apresentaram propostas de cobertura serem recompensadas com contratos de subcontratação. Dessa forma, a subcontratação das empresas colaboradoras permite que os lucros excepcionalmente elevados – fruto da ausência de competitividade derivada do acordo colusivo firmado entre as concorrentes – sejam divididos entre os participantes do cartel.

Novamente, não se está aqui a afirmar que a subcontratação é, sempre e necessariamente, o resultado de um acordo entre concorrentes. Os potenciais riscos de tal instituto, no que se refere às possíveis estratégias colusivas disponíveis às empresas licitantes, devem, contudo, ser analisados no âmbito de investigações acerca do comportamento colusivo de empresas em licitações públicas.

CARTEL DO TRANSPORTE AÉREO POSTAL

(Processo Administrativo nº 08012.010362/2007-66)

RESUMO DO CASO

O Processo Administrativo foi instaurado em 2007 em decorrência de Representação do Ministério Público Federal no Distrito Federal, requerendo a apuração de formação de cartel em licitação promovida pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) para contratação de serviços de transporte postal aéreo.

O caso foi julgado em 2014 pelo Tribunal do Cade, com a condenação de todos investigados ao pagamento de multa.

SUBCONTRATAÇÃO

No caso, quatro dias antes da data de entrega das propostas, as duas empresas investigadas celebraram um "Termo de Compromisso de Subcontratação", segundo o qual a empresa que se sagrasse vencedora em qualquer das linhas do procedimento licitatório realizado pela ECT deveria subcontratar a outra para a realização de 50% dos serviços. É clara a ilegalidade e o caráter anticompetitivo da referida subcontratação uma vez que era prévia à licitação e tinha como objetivo manter uma determinada alocação anteriormente definida.

IMAGEM 5⁴⁰

DO OBJETO

01. Toda e qualquer contratação de Serviços de Transporte Aéreo de Cargas por parte da EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT, que envolva qualquer das duas empresas.

02. Reunindo ambas as partes, condições de participar de todas as modalidades de licitação junto a ECT, a BETA e a SKYMASTER assim o farão, cada qual por si, apresentando as propostas comerciais que julgarem cada uma delas convenientes aos seus interesses.

03. Se a BETA e/ou a SKYMASTER forem vencedoras da Concorrência para qualquer das linhas nas licitações, compromete-se a empresa vencedora (BETA ou SKYMASTER), seja ela qual for, em caráter irrevogável e irrevogável, a realizar a subcontratação da outra, para a realização de 50% (cinquenta por cento) dos serviços de cada uma das linhas que lhe tiverem sido adjudicadas, observado o disposto no item 5.4 abaixo.

04. Este compromisso será aplicado para o conjunto dos contratos que forem adjudicados a BETA e SKYMASTER, devendo, posteriormente, ser celebrado um instrumento de subcontratação para cada um deles.

E por estarem de acordo, firmam a presente em 2 (duas) vias, perante as testemunhas abaixo.

São Paulo, 21 de Julho de 2008

BRAZILIAN EXPRESS TRANSPORTES AÉREOS LTDA
Sr. Antonio Augusto Conceição Morato Leite Filho
CPF 761.834.838-14

SKYMASTER TRANSPORTES LTDA

II.4. Indícios de conluio nas contratações públicas

Para além das características de mercado que facilitam a formação de cartéis exploradas no item II.1., há ainda outros indícios que podem alertar as entidades e pessoas que realizam as licitações e processos de contratação para a possibilidade de conluio. Tais indícios variam de uma licitação para a outra e rementem, especialmente, para casos que são de competência do Cade investigar, conforme ilustrado abaixo:

(I) Indícios no momento de apresentação de propostas:

- Número de propostas apresentadas substancialmente inferior ao habitual ou esperado.
- Retirada inesperada, sem explicação plausível, de alguma(s) empresa(s) do procedimento ou diminuição inesperada no número de participantes da licitação.
- Apresentação de propostas por agentes que notadamente não teriam possibilidade de vencer a licitação (ex.: erros banais, acima do valor de referência) ou, ainda, por empresas que continuam a submeter propostas apesar de serem constantemente mal-sucedidas.

⁴⁰ Fl. 2294 dos autos públicos do Processo Administrativo.

- Um licitante comparece à licitação com várias propostas ou apresenta proposta por si e por outras empresas concorrentes.
- Concorrentes habituais não apresentam propostas num procedimento no qual seria de esperar que o fizessem, continuando a concorrer em outros procedimentos.
- Empresas participam em consórcio, apesar de evidentemente terem condições para apresentar propostas individuais.
- Duas ou mais propostas:
 - Têm valores idênticos (especialmente quando se trata de propostas fechadas).
 - Têm redação e formatação semelhantes, erros (de digitação, gramaticais, ortográficos ou de cálculos matemáticos) similares ou idênticos.
 - São enviadas do mesmo endereço, e-mail, fax ou possuem selos postais com números sequenciais e/ou foram expedidos da mesma agência de correios.
 - Submetidas eletronicamente foram criadas ou editadas por um mesmo fornecedor.
 - Possuem papel timbrado, formulário ou dados de contatos semelhantes.

(II) Indícios nas declarações dos concorrentes:

- Justificativas dos preços da proposta com referência a “preços sugeridos pelo setor”, “preços padrão do mercado” ou “tabelas de preços do setor”.
- Referência explícita a propostas de concorrentes ou à existência de alguma forma de acordo.
- Referência à exclusividade de uma determinada área ou cliente de um concorrente.
- Declarações de associações empresariais com referência a propostas de forma detalhada.
- Atuação de sindicatos e associações, em sede administrativa e/ou judicial, para impedir a participação de empresas sob o argumento de inadequação da empresa ou propostas inexecutáveis.

(III) Indícios nos comportamentos dos licitantes durante/no certame e nas condições comerciais das propostas:

- Licitantes vencedores subcontratam concorrentes que perderam, retiraram ou se recusaram a apresentar propostas na licitação e/ou contratam recorrentemente o mesmo concorrente.
- Analisando uma série de licitações, os fornecedores periodicamente vencem as mesmas ou quantidades semelhantes de licitações.
- Há uma margem de preço estranha e pouco racional entre a proposta vencedora e as demais.
- Uma empresa solicita os documentos do procedimento para si e para outro(s) concorrente(s) ou então uma empresa apresenta a proposta junto com outro(s) concorrente(s).
- O valor das propostas é significativamente reduzido quando um novo concorrente entra no processo ou, ao contrário, aumenta significativamente sem alteração dos concorrentes ou sem variação nos custos.

(IV) Indícios no resultado do procedimento:

- Existência de um padrão de rodízio entre os vencedores das licitações e seus lotes e padrão de distribuição geográfica das propostas vencedoras.
- Uma mesma empresa sempre vence as licitações de certo órgão público e outras continuam participando mesmo que sempre percam.
- Verificação de preços muito díspares ofertados em diferentes licitações, apesar de o objeto e as características dos certames serem parecidos. Atenção para comparar licitações semelhantes em termos de quantidade, produto e período de tempo.

Diante de indícios de configuração de cartel em licitação, o agente de compras públicas deve acionar o Cade, mediante representação fundamentada ou por meio do Clique-Denúncia, para que seja aberto inquérito administrativo para apuração dos fatos.

PARTE III – PREVENÇÃO CONTRA FORMAÇÃO DE CARTÉIS EM LICITAÇÕES

III.1. A contribuição dos agentes de compras públicas no combate a cartéis

A experiência do Cade demonstra que a elaboração de editais pró-competitivos deve fundar-se em princípio que busca o desenho de regras editalícias que, simultaneamente, (i) reduzam a previsibilidade acerca dos principais parâmetros da contratação (tais como valor de referência,

quantidade a ser contratada, divisão em lotes, critérios técnicos de habilitação, etc.) e (ii) introduzam, assim, elementos desestabilizadores em mercados nos quais há maior propensão à atuação de cartéis.

Tal princípio não deve ser interpretado como uma afronta à estabilidade das normas que regem as contratações públicas ou à segurança jurídica, que visam a garantir previsibilidade aos agentes econômicos, requisito essencial à realização de investimentos de forma eficiente e eficaz.

Desse modo, os agentes de compras públicas devem atentar, desde o momento da elaboração do edital, para os itens apresentados a seguir, com vistas a reduzir o risco de cartel em licitações e a detectar possíveis condutas anticompetitivas entre os participantes do certame.

III.2. O que pode ser feito para reduzir o risco de cartel em licitações⁴¹

Tendo em vista tudo o que já foi exposto, segue breve *checklist* com medidas que podem ser adotadas para prevenção e redução do risco de formação de conluios em contratações públicas:

(I) Recomendações gerais:

- Adoção da Declaração de Elaboração Independente de Proposta, nos termos da Instrução Normativa do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão nº 02, de 16 de setembro de 2009, de forma a exigir que cada licitante garanta, por intermédio de documento assinado por seu representante legal, que sua proposta comercial e lances tenham sido elaborados sem qualquer tipo de compartilhamento de informação comercial sensível com empresa concorrente.
- Vedação da divulgação do valor de reserva/valor de referência, nos moldes do Regime Diferenciado de Contratação (RDC), conforme Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.
- Avaliar a pertinência da adoção de leilões simultâneos - quando houver mais de uma concessão relativa a objeto semelhante – de forma a dificultar a divisão de mercado (estratégia facilitada pela eventual adoção de leilões sequenciais).
- Planejamento de leilões simultâneos que busquem licitar projetos complementares – seja complementaridade intra-leilão, seja com projetos já licitados anteriormente – de maneira a

⁴¹ Ver Contribuições do CADE “Medidas para estimular o ambiente concorrencial dos processos licitatórios”. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/contribuicoes-cade-ppi.pdf/view>>.

possibilitar que seja(m) criada(s) situação(ões) de valoração super-aditiva nos leilões, atraindo tanto empresas já atuantes no mercado, quanto possíveis entrantes.

- Avaliar possibilidade de utilizar desenhos híbridos de leilão, nos moldes do “modo combinado de disputa” do Regime Diferenciado de Contratação (RDC), conforme artigos 23 e 24 do Decreto nº 7.581, de 11 de outubro de 2011.
- Garantir que os esclarecimentos relacionados ao Edital – prestados aos interessados na fase que antecede a apresentação das propostas – sejam realizados em ambiente virtual, de forma a não permitir a identificação das empresas.
- Evitar, tanto na fase interna quanto na fase externa, que existam oportunidades para que representantes das eventuais empresas interessadas se encontrem presencialmente.

(II) Recomendações para desenho de editais:

- Consórcios: avaliar a adoção de critérios que estimulem a competitividade, de forma a incentivar a participação de “entrantes” no mercado e evitar que tal instituto seja utilizado para “redução estratégica da demanda” (fato prejudicial para a valoração do ativo, na perspectiva do concedente).
- Subcontratação: estabelecer critério para controle e cadastro de empresas subcontratadas, com registro obrigatório, a fim de evitar a utilização do instituto como forma de pagamento lateral e cartelização.
- Criação de incentivos para empresas “entrantes” no que tange aos critérios de pontuação para avaliação técnica das propostas.
- Exigências diferenciadas quanto ao seguro-garantia (Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias S.A. e Fundo Garantidor de Infraestrutura), de forma a incentivar a competitividade nos leilões.

(III) Recomendações para durante o certame:

- Utilizar sistema informatizado específico para realização do leilão, que contemple as especificidades das regras⁴², de forma a garantir:

⁴² Nesse sentido, ver experiência da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL).

- Ambiente de teste para simular o leilão.
- Sigilo em relação aos participantes e aos lances apresentados.
- Evitar que existam momentos presenciais, de forma a impedir que representantes das empresas participantes se encontrem durante o leilão.

(IV) Recomendações sobre a especificidade de cada mercado e certame:

- Cada mercado possui especificidades, regulamentações e necessidades que podem impactar, de forma distinta, o desenho licitatório. A título de exemplo, necessidades regulatórias, técnicas, de qualidade, de segurança e até mesmo de concorrência no mercado durante o período de concessão devem ser sopesados em face da necessidade de estímulo à concorrência no processo licitatório em si, a fim de se atingir um equilíbrio ideal para o desenho da concessão e do edital.
- Ter uma base de dados que consolide informações relevantes sobre licitações é essencial para uma persecução a cartéis em licitações efetiva, seja por parte dos órgãos licitantes, seja por parte de outras autoridades. Isso porque, o efetivo monitoramento dos procedimentos licitatórios pode ter um efeito dissuasório, além de facilitar a detecção de cartéis.

PARTE IV – ILÍCITOS RELACIONADOS AOS CARTÉIS EM LICITAÇÃO

IV.1. Cartel em licitações e fraude a licitações

Não é incomum que fraude a licitação e cartel em licitação sejam tratados como uma só coisa, como sinônimos para um mesmo ilícito. Contudo, como brevemente explicado no item I.2., tratam-se de figuras jurídicas distintas, embora coincidentes em diversas situações.

Logo, é importante reconhecer corretamente os contornos jurídicos de um e outro, seus pontos de congruências e divergência, pois desta identificação decorrem consequências relevantes, como, por exemplo, a autoridade competente para investigar e punir e a espécie de sanção aplicável a cada caso.

A fraude à licitação está prevista no artigo 46 da Lei do TCU (Lei nº 8.443/1992) e no artigo 93 da Lei de Licitações e Contratos Públicos (Lei nº 8.666/1993):

Art. 46. Verificada a **ocorrência de fraude comprovada à licitação**, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.

Art. 93. **Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório:**

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

A Lei de Licitações prevê pena de detenção de seis meses a dois anos e multa a quem fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório. A caracterização do ato fraudulento ocorre na hipótese de se constatar, no bojo de um procedimento licitatório, qualquer ato ardiso, enganoso, de má-fé, com o intuito de lesar ou ludibriar, ou de se furtar a cumprir um dever previsto na lei ou no instrumento convocatório do certame.

Note-se que, em qualquer das suas espécies (seja na falsificação de documento obrigatório, na entrega de uma mercadoria por outra, etc.), o ato fraudulento cometido em um procedimento licitatório sempre irá lesar a lisura e incolumidade dos atos e procedimentos públicos, bens jurídicos estes protegidos pela Lei de Licitações.

Importante destacar que a Lei de Licitações prevê diversas espécies de condutas fraudulentas. Dentre elas existem aquelas que lesam, simultaneamente, a integridade dos atos administrativos e o caráter competitivo do certame público, i.e., a fraude realizada mediante ajuste ou combinação (cartel), que está disposta especificamente no artigo 90 da Lei.

Assim, compete ao Ministério Público, cuja função é zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e defender a ordem jurídica, investigar, perseguir e promover a ação penal em desfavor daqueles agentes (públicos ou privados) cuja conduta se enquadre nas formas de fraude tipificadas na Lei nº 8.666/1993, seja na sua forma mais genérica (do artigo 93) ou na forma específica de fraude ao caráter competitivo das licitações (do artigo 90). Após apreciação das denúncias pelo Poder Judiciário, garantida a ampla defesa, poderão incidir sobre os agentes fraudadores as sanções penais correspondentes. Também tem competência, na seara administrativa, para investigar e punir a fraude o Tribunal de Contas, conforme Lei do TCU, que poderá declarar a inidoneidade do licitante.

Na medida em que visa a ludibriar a Administração Pública, o cartel em procedimentos licitatórios é, ao mesmo tempo, uma espécie de fraude sujeita às sanções criminais supracitadas e também uma

infração à ordem econômica, o que atrai a competência do Cade para investigar e eventualmente punir tal conduta.

Abaixo, é possível observar algumas situações nas quais a infração antitruste e a fraude podem se confundir:

- (I) Empresas participantes de uma licitação com sócios comuns, que integrem o mesmo grupo societário: não haveria, a priori, uma infração antitruste (cartel), mas possivelmente uma fraude ao caráter competitivo do procedimento licitatório;
- (II) Empresas com sócios comuns, que não constituem claramente o mesmo grupo societário: é possível que haja tanto infração antitruste quanto fraude licitatória, sendo a proximidade entre concorrentes um indício de cartel a ser cotejado com outras provas; ou
- (III) Empresas com relação de parentesco ou afinidade entre sócios: pode caracterizar infração antitruste e fraude licitatória, pois a relação entre sócios é apenas indício de proximidade entre concorrentes, a ser cotejado com outras provas.

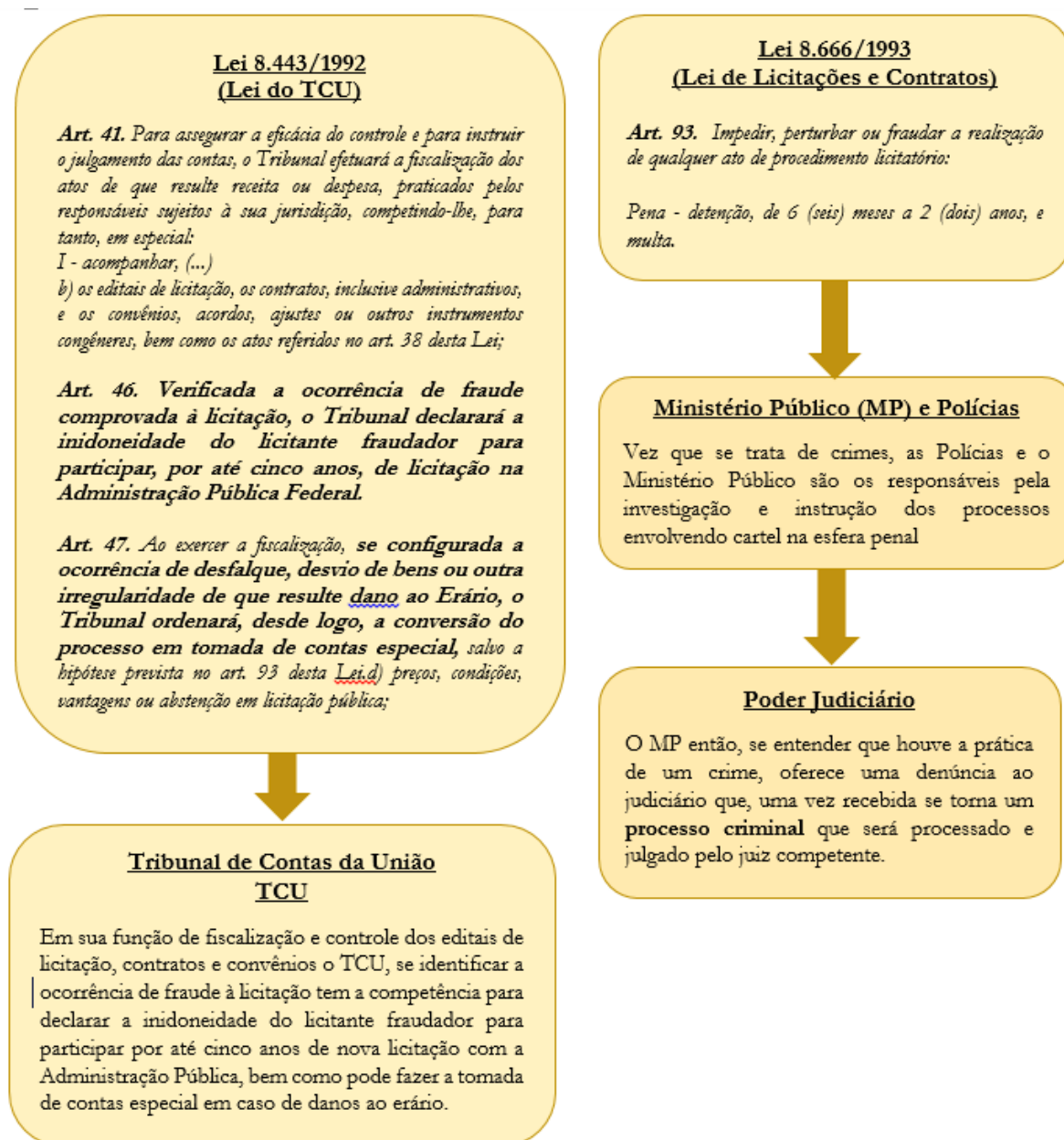
Embora ocorra aparente confusão, observa-se, contudo, que a questão principal está em reconhecer duas situações distintas: (i) agentes econômicos concorrentes que passam a combinar previamente a atuação conjunta em licitações – caso de cartel; versus (ii) agentes econômicos que nunca concorreram (por terem sócios comuns, fantasmas, laranjas, etc.) e que passam a atuar em licitações como se concorrentes fossem – caso de fraude.

Além disso, existem formas de se fraudar uma licitação que além de não envolverem acordo entre concorrentes, podem ser feitas unilateralmente, a exemplo da prestação de informações falsas pela empresa vencedora.

Nestes dois últimos casos mencionados, de fraude entre agentes que são distintos, mas em realidade não são concorrentes e fraude que não envolveu sequer um acordo entre empresas, não estamos diante de um caso de cartel em licitação e, portanto, a investigação e punição não é de competência do Cade, mas sim do Ministério Público e do TCU.

Dessa forma, observa-se que, apesar de fraude e cartel possuírem aspectos congruentes, eles permanecem sendo situações que não se confundem e em cada caso haverá uma norma aplicável, um órgão competente para investigação e julgamento.

Fraude à licitação nos termos das Leis nºs 8.666/1993 e 8.443/1992



IV.2. Cartel em licitação e corrupção

Os cartéis em licitação apresentam diversas peculiaridades que tornam o tema mais complexo. Dentre elas, uma é especialmente desafiadora: a eventual coexistência dos ilícitos de cartéis em licitação e corrupção (entre cartelistas e agentes públicos).

A coexistência e interrelação entre as práticas pode ocorrer de diferentes maneiras. Uma forma possível é, por exemplo, quando um agente público pretende auferir vantagens indevidas e entra em contato com uma empresa ou um grupo de empresas para oferecer um direcionamento de

contratações. De outro lado, também é possível que os membros de um cartel, visando garantir o sucesso de seu acordo, socorram-se de práticas de corrupção para garantir “vista-grossa” ou colaboração do agente público responsável pela licitação ao seu acordo anticoncorrencial.

Assim, nota-se que no contexto das contratações públicas, é relativamente comum a coexistência dessas práticas ilícitas, as quais podem se reforçar mutuamente, criando uma espécie de círculo vicioso que agrava ainda mais os danos já profundos causados por cada prática isoladamente. Entretanto, é preciso entender que ainda que interconectadas as práticas de corrupção e colusão são ilícitos autônomos, i.e., uma não é condição para a existência da outra, podendo, nesse sentido, existir de maneira completamente independente.

Consequentemente, cartéis em licitações e atos de corrupção são infrações de natureza diversa e recebem tratamento próprio no ordenamento jurídico brasileiro. Logo, é muito importante reconhecer corretamente as condutas que caracterizam um e outro e os efeitos daí decorrentes, como a espécie de sanção aplicável a cada caso, os órgãos competentes para investigar e aplicar punições, e etc.

Os cartéis em licitação, como já explicado, têm natureza de acordos entre concorrentes que têm por objetivo restringir ou neutralizar a competição entre eles no âmbito do procedimento licitatório. No limite, trata-se da mais grave espécie de atentado à ordem econômica, em que os agentes são movidos pela racionalidade de que os concorrentes possuem um objetivo em comum, enquanto o consumidor (além de, no caso da licitação, o próprio poder público) sai prejudicado.

A competência para prevenir e reprimir infrações à ordem econômica, inclusive cartéis, é do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) que, nos termos da Lei nº 12.529/2011, é a entidade judicante incumbida de impor sanções administrativas às condutas anticompetitivas descritas no artigo 36 da Lei de Defesa da Concorrência, dentre as quais o cartel em licitação.

A corrupção, por sua vez é um crime contra a Administração Pública, previsto no Código Penal, podendo ser praticado por funcionário público (corrupção passiva – art. 317) ou por particular (corrupção ativa – art. 333), com pena de 2 a 12 anos de reclusão e multa em ambos os casos.

Nesse sentido, a Lei Anticorrupção (Lei Federal nº 12.846/2013) criou uma interface administrativa complementar às atuações do CADE e dos Ministérios Públicos, com foco na responsabilização objetiva de pessoas jurídicas na esfera administrativa e civil, em decorrência da prática de atos lesivos à Administração Pública.

De acordo com a Lei Anticorrupção, consistem em atos lesivos à Administração (dentre outros previstos no artigo 5º):

- (I) Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada – o que corresponde à conduta de corrupção ativa;
- (II) Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público – o que corresponde à prática de cartel em licitações.

Na modalidade passiva, a corrupção consiste em solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem. Já a corrupção ativa consiste na conduta de oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício.

A persecução penal dos agentes envolvidos, seja na corrupção passiva ou ativa, cabe ao Ministério Público, que deverá encaminhar denúncia ao Poder Judiciário, sem prejuízo da atuação dos demais órgãos administrativos de controle interno e externo, como tribunais de contas, controladorias, conselhos de ética, etc.

Nestas hipóteses em que há congruências entre cartel em licitação e atos de corrupção, é ainda mais importante que a defesa da concorrência e o combate à corrupção ocorram simultaneamente, demandando uma atuação complementar de todas as autoridades competentes.

Um bom exemplo de atuação conjunta é o Memorando de Entendimentos firmado entre o MPF/SP e o Cade, visando ao combate de cartéis e especialmente as negociações de acordos de leniência. Como a celebração dos acordos de leniência na esfera administrativa produzem efeitos benéficos também na esfera penal, é importante que a autoridade antitruste e o Ministério Público atuem na construção de uma convergência institucional na matéria.

Sendo assim, cartéis em licitações e atos de corrupção, apesar de serem infrações de natureza diversa e atingirem bens jurídicos distintos, podem ser orquestrados conjuntamente e por isso demandam atuação complementar das autoridades competentes, cujas interfaces podem ser descritas no quadro-resumo abaixo. Importa ressaltar que a relação entre as esferas se trata de ação coordenada, pois o combate à corrupção, ainda que a prática esteja intimamente ligada a um ilícito de cartel, não é competência do Cade.

	CADE Lei de Defesa da Concorrência (cartel)		CGU Lei Anticorrupção (corrupção)	MPs e Polícias Crimes (ex. cartel, corrupção, lavagem de dinheiro, etc.)
Sanções	Administrativas (até 20% faturamento bruto) + proibição de contratar com a administração pública, se aplicável		Administrativas (até 20% faturamento bruto) + proibição de contratar com a administração pública, se aplicável	Prisão + Serviço Comunitário + Multas
Tipo de acordo	Acordo de Leniência (CADE) – Lei 12.529/2011 e RICADE	TCC (CADE) – Lei 12.529/2011 e RICADE	Acordo de Leniência – Lei 12.846/2013	Colaboração Premiada – Lei 12.850/2013 e outros
Beneficiário	Pessoas jurídicas e físicas (1º apenas)	Pessoas jurídicas e físicas (2º e seguintes)	Pessoas jurídicas (1º? Possivelmente, 2º e seguintes tb)	Pessoas físicas (1º, 2º e seguintes)
Competência	Celebrado pela SG, <u>com</u> intervenção do MP	Homologado pelo Tribunal do CADE, <u>sem</u> intervenção do MP	*Federal: CGU (Homologação MP? PLS 105/2015 Fiscalização TCU? IN 74/2015)	Homologado pelo juiz, a requerimento do Delegado, MP ou do colaborador
Benefícios	Imunidade total ou redução parcial (1 a 2/3) administrativa, criminal e permissão de contratar	Redução da multa (faixas de até 50% desconto, RICADE), e permissão de contratar	Redução da multa (1 a 2/3) e permissão de contratar	Perdão judicial, redução da pena privativa de liberdade ou até mesmo deixar de oferecer denúncia
Danos cíveis?	Sim. Não exime da reparação civil de dano	Sim. Não exime da reparação civil de dano	Sim. Não exime da reparação integral de dano	Sim. Não exime da reparação integral de dano