

CARTEL EM CONCORRÊNCIAS PÚBLICAS E CORRUPÇÃO: *TRADE-OFF* E POLÍTICA ÓTIMA

Lucas D'Angelo Colacino

Resumo: O objetivo desse artigo é apresentar as condições, estratégias e efeitos das práticas combinadas de cartéis em concorrência pública e corrupção e identificar direções para a política pública antitruste relacionadas à detecção, à investigação e à repressão. Assim, o trabalho aborda a teoria relacionada à união das práticas e analisa dois casos de cartel em licitações. O trabalho conclui que o estudo da corrupção é essencial para análise antitruste no que tange cartéis em licitação. A soma das práticas possui características de complementariedade e auto reforço, gerando prejuízos à concorrência. Ademais, há um *trade-off* entre políticas antitruste e políticas anticorrupção.

Palavras-chave: cartel, cartel em concorrências públicas, corrupção, política de defesa da concorrência, antitruste, compliance.

Keywords: cartel, cartel in public competition, corruption, antitrust policy, compliance.

1. Introdução

O cartel em concorrências públicas é uma prática comum em mercados oligopolizados e traz uma série de prejuízos à economia no que tange ao bem-estar social. A fraude em licitações, neste artigo identificado como corrupção, também acarreta em danos ao bem-estar da economia, com foco especial para o setor público. A união das práticas ilícitas pode gerar efeitos nocivos piores do que a simples soma dos prejuízos. Nesse sentido, o estudo dos incentivos que acarretam nas práticas é primordial para o planejamento da regulação relacionada às compras públicas.

A combinação das práticas tem sido crescente objeto de estudo da literatura econômica e no debate do antitruste nas últimas décadas. Tratada de forma independente pelos órgãos reguladores, o cartel em concorrência pública e a corrupção são observados, na prática, de forma conjunta, gerando auto

reforço e amplificando os efeitos nocivos para os consumidores e para a economia. Grande parte da literatura identifica os incentivos e as condições para a emergência da prática conjunta. Todavia, ainda não há consenso em relação às medidas para coibir, investigar e reprimir tais condutas. Há, inclusive, um debate em torno do *trade-off* que atualmente existe entre incentivos *anticartel* e incentivos anticorrupção.

Dessa maneira, a melhor forma de analisar os cartéis ocorridos em concorrências públicas é ressaltando a importância da corrupção na abordagem. Já existe hoje no Brasil algum nível de interação e compartilhamento de informações entre a autoridade antitruste e os responsáveis pela apuração de práticas corruptas. No entanto, as práticas ainda são tratadas de forma independente na concepção *ex-ante* – no desenho dos incentivos na regulação e nas licitações – e na concepção *ex-post* – na investigação e no desenho das punições ótimas. Assim, é fundamental que a prática de corrupção seja incluída no âmbito das análises antitruste de maneira a garantir que os incentivos à concorrência não sejam frustrados.

O artigo é segmentado em quatro partes, além desta breve introdução. Na segunda seção, é apresentada, de forma sucinta, uma revisão da literatura econômica a respeito da combinação entre cartel e corrupção em concorrências públicas e um debate em torno do *trade-off* existente na política de prevenção e repressão à combinação das práticas lesivas. A terceira seção apresenta dois casos julgados pelo Cade que ilustram a teoria. Na quarta seção, estão presentes os apontamentos de melhores práticas da literatura e dos órgãos internacionais dedicados ao assunto. Por fim, a quinta seção concluiu o estudo

2. Corrupção e cartel em concorrências públicas

Colusão em concorrências públicas e corrupção são problemas distintos. No entanto, eles frequentemente são observados em conjunto, sendo *um* catalisador do *outro* (OCDE, 2010). De um lado, tem-se o acordo horizontal entre firmas licitantes que procuram falsear o processo competitivo. Do outro, a prática vertical entre agentes privados (vendedores) e agentes do Estado (compradores), que se utilizam do poder público para obter ganhos pessoais, como, por exemplo, aceitando propina em troca de garantia de vitória na licitação. Geralmente, as empresas que estabelecem um cartel incluem no esforço de acordo um pagamento a determinado servidor público que, por sua vez, atua como facilitador do negócio (SOREIDE, 2002).

Apesar de independentes, a corrupção e a colusão podem ser combatidas de maneira integrada. Na verdade, o enfrentamento mútuo é necessário para que ocorra, de fato, um aumento de eficiência nas licitações. Entretanto, as medidas de combate ao cartel e à corrupção podem entrar em

choque direto em determinados casos, gerando a necessidade de aprofundamento no estudo da dosagem das medidas. De maneira análoga, o *trade-off* de contra-ataque à combinação de práticas ilícitas deve ser cuidadosamente desenhado, avaliando os incentivos de cada lado. Por exemplo, um número elevado de regras e especificidades requeridas pode atrair um número menor de empresas, facilitando a colusão. Por outro lado, um afrouxamento das condições necessárias para a participação do leilão deverá atrair propostas irregulares e gestores mais dispostos a solicitar a cooptação dos agentes públicos (OCDE, 2010).

Dentre os elementos fundamentais no *trade-off*, a questão relacionada a transparência é emblemática. Boehm e Olaya (2006) definem a transparência como a disponibilidade de informações no processo de decisão e que tem como objetivos complementares a redução de assimetrias de informação e a redução de custos de transação. Já a UN (1999) chama a atenção para o fato de a transparência ser uma característica fundamental para a dinâmica de licitações públicas. O cumprimento dessa característica se daria por meio de regulações bem definidas, acesso de informações por parte dos envolvidos e do público em geral e oportunidades iguais para os ofertantes.

Em uma primeira visão, a transparência parece trazer significativos benefícios ao processo de concorrência pública. Três vertentes podem ser destacadas: (i) o aumento do custo de fraudes e do monitoramento e controle por parte dos órgãos competentes e do público; (ii) a maior responsabilização por parte das firmas e conseqüente individualização de eventuais crimes e; (iii) a permissão de maior discricionariedade por parte dos pregoeiros, uma vez que há maiores garantias de controle *ex-post*. Nas palavras de Rose-Ackerman e Palifka (2016, p.64), “*Systems that are more transparent and accountable can afford to give procurement officers more discretion than others with less accountability*”.¹ Por fim, (iv) a transparência ajuda a mitigar o dilema dos prisioneiros existente nos leilões em que a possibilidade de colusão existe.² (BOEHM; OLAYA; 2006).

Apesar dos aparentes benéficos incontestáveis, surgem dois *trade-*

¹ T.A. Sistemas que são mais transparentes e responsáveis podem suportar maior discricionariedade por parte de seus agentes governamentais do que outros com menos prestação de contas.

² Dada uma situação em que as informações a respeito de corrupção são assimétricas, há um incentivo para os agentes escolherem como estratégia o pagamento de propinas ou a saída do certame, mesmo que o resultado ótimo seja aquele derivado do não pagamento de propina por todos os agentes. Com a inserção de mecanismos de transparência, o incentivo de denunciar os demais licitantes corruptos aumenta e a assimetria de informação é reduzida (BOEHM; OLAYA; 2006).

offs. O primeiro entre corrupção e eficiência, que deve medir o custo da produção e da divulgação das informações necessárias a um processo transparente em relação aos ganhos oriundos dessas mesmas informações. O segundo *trade-off* surge dos ganhos e perdas entre corrupção e competição. Ao mesmo tempo em que a publicidade e a clareza das informações dificultam a formação de acordos corruptos, elas podem facilitar os acordos horizontais na medida em que disponibiliza dados em excesso. Da mesma forma, a divulgação das informações frequentemente confidenciais das firmas podem inibir a competição genuína (BOEHM; OLAYA; 2006).

O excesso de informações requeridas pelo comprador ou pelo pregoeiro também pode acarretar em perda de competitividade no certame. A exposição de elementos concorrencialmente sensíveis facilita o alinhamento e o monitoramento de um eventual cartel, além de inibir do processo os potenciais competidores que não querem expor suas estratégias comerciais e custos de produção. No longo prazo, a constante viabilização de informações pode tornar o leilão previsível e, conseqüentemente, permissivo aos acordos horizontais. Ademais, a literatura ainda encontra incertezas a respeito de quais informações poderiam ser disponibilizadas ao público (OCDE, 2010).

O segundo ponto emblemático concerne à escolha do formato do leilão na concorrência pública. O exemplo do leilão ascendente deixa clara a argumentação³. Nele, a própria dinâmica do processo revela informações dos demais licitantes, funcionando como mecanismo de avaliação por parte do leiloeiro. Todavia, Klemperer (2004) nota que essas mesmas revelações ajudam na formação no *enforcement* de colusões. A revelação dos palpites garante a identificação do ator que desvia da estratégia de cartel. Nesse sentido, o leilão aberto pode ser ao mesmo tempo permissivo à cartelização e combativo à corrupção (CRAMTON, 1998). O leilão fechado, por sua vez, acentua a assimetria de informação entre os competidores, o que, em tese, beneficia a competição, mas, por outro lado, gera certo grão de opacidade.

³ Os desenhos institucionais das licitações públicas podem ser bastante elaborados, de maneira a reunir diversos elementos jurídicos e incentivos econômicos. No âmbito teórico, todavia, é possível dividir os tipos de leilão em apenas dois: O leilão aberto ou ascending-bid auction, no qual lances são proferidos de maneira não secreta e descendente até o limite no qual não haja mais intenção de redução do preço por nenhum dos concorrentes. E o leilão fechado ou sealed-bid auction, no qual os lances são proferidos de maneira secreta e a oferta mais baixa é anunciada ao final do processo, revelando o vencedor. (MARSHALL; MARX, 2012)

3. Estudos de casos e melhores práticas⁴

O Processo Administrativo nº 08012.003321/2004-71 ganhou notoriedade na imprensa nacional e ficou conhecido como “*operação vampiros*”. O caso, além de ter sido constituído como um cartel em licitações, teve grande repercussão devido ao suposto envolvimento de políticos e membros do funcionalismo estatal.

Em virtude de notícias de jornal que expuseram ações da Polícia Federal e do Ministério Público Federal (MPF) na investigação de irregularidades em alguns processos licitatórios promovidos pelo Ministério da Saúde, a Secretaria de Direito Econômico⁵ (SDE) iniciou uma apuração paralela a fim de verificar a existência de cartel. Na mesma época, o Tribunal de Contas da União (TCU) realizou uma auditoria em relação às mesmas licitações⁶. As concorrências públicas investigadas ocorreram entre 1996 e 2004 e previam a compra de hemoderivados. A natureza do produto é relevante para o entendimento do caso devido aos incentivos que facilitam a composição de um cartel⁷.

⁴ O material analisado corresponde aos votos, relatórios, notas técnicas e pareceres emitidos pela autoridade antitruste brasileira. Assim, não há, nesses documentos e, conseqüentemente, na análise, espaço para juízos em relação à prática de corrupção e desvio direto de dinheiro público. Hoje, a autoridade antitruste brasileira não é responsável pela investigação ou repressão de condutas corruptas. Dessa forma, os documentos estão focados nas provas de execução do cartel e nos potenciais prejuízos causados ao ambiente concorrencial. Assim, a presença ou ausência de corrupção é vista como um elemento adicional, podendo estar associado à prática coordenada, mas sem que haja qualquer análise de mérito ou juízo de valor sobre tais práticas. Portanto, os casos relatam apenas a viabilidade e os indícios de participação de pregoeiros e agentes governamentais nos cartéis.

⁵ A Secretaria de Direito Econômico (SDE) era um órgão, vinculado ao Ministério da Justiça e pertencente ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Segundo a previsão da Lei nº 8.884/94, ela era responsável por instruir atos de concentração notificados e investigar condutas que infringissem a ordem econômica. Com a edição da Lei nº 12.529, a SDE foi extinta e suas atribuições foram realocadas para a Superintendência-Geral do Cade.

⁶ Processo TC 012.762/2003-9.

⁷ Os processos industriais de armazenamento e de logística envolvem grande complexidade, acarretando em barreiras à entrada significativas no mercado. Assim, 90% dos hemoderivados consumidos no Brasil eram de origem importada à época da conduta. Todavia, as empresas estrangeiras não poderiam participar das licitações diretamente em virtude da legislação nacional, que determina que empresas do ramo farmacêutico devem possuir registros que, por sua vez, só são dados às empresas que estão autorizadas a funcionar no Brasil. Dessa forma, os fabricantes de hemoderivados

Nesse contexto, a SDE, tomando por base a investigação da Polícia Federal e o relatório do TCU, verificou indícios de divisão de mercado e fixação de preços em cerca de quarenta licitações realizadas pelo Ministério da Saúde. O presente caso teve como base interceptações telefônicas autorizadas judicialmente e compartilhada pela Polícia Federal. Somou-se a isso o relatório do TCU que chamou a atenção para a baixa incidência de impugnações das licitações.

Apesar das provas indiretas reveladas pelo TCU não permitirem a comprovação do cartel, o conteúdo das conversas telefônicas deixa claro a combinação de preços e a existência de reuniões entre os concorrentes. Nelas, o diretor da Octapharma Brasil e representante da Octapharma AG, Jaisler Jabour dialoga com o representante da ARC, Marcelo Pitta. Em resumo, segundo a Nota Técnica Nº 102/2015/CGAA8/SGA2/SG/Cade, os funcionários deliberaram a cerca de:

(i) formação de ajuste entre as ofertantes quando da realização de licitações visando a divisão dos seus lotes, (ii) fixação de preços, de modo a impedir que as propostas ficassem abaixo de um determinado valor, (iii) direcionamento privado das licitações, através da definição de quem iria vencer determinado certame e (iv) a divisão de mercado de produtos entre os membros do cartel. (Processo Administrativo Nº 08012.003321/2004-71, Superintendência-Geral, p.138.)

Chama atenção também a conversa entre Jaisler Jabour e Eduardo Passos Pedrosa. Este segundo identificado nos documentos públicos do Cade apenas como um “lobista/consultor”⁸. No diálogo, Jabour informa Pedrosa o preço a ser praticado nos próximos pregões e o nome das empresas que deveriam vencer cada um dos certames. É importante notar que essa conversa telefônica foi juntada como prova em favor da condenação dos representados envolvidos.

Durante a investigação do caso na SDE e no Cade, os meios de comunicação relataram os desmembramentos das investigações paralelas que corriam na Polícia Federal. Em abril de 2008, a Folha de São Paulo noticiou que o Ministério Público Federal no Distrito Federal ajuizou ação de improbidade administrativa contra sete pessoas físicas e três empresas, apontando violação do sigilo das propostas e combinação prévia de preços. O

estrangeiros teriam de criar uma subsidiária nacional ou recorrer à cessão dos direitos sobre determinado produto a alguma empresa nacional.

⁸ CADE. Processo Administrativo Nº 08012.003321/2004-71, Gabinete do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

esquema envolveria, segundo o jornal, servidores do Ministério da Saúde, lobistas e representantes das empresas e, segundo a Polícia Federal, as práticas teriam causado prejuízos na casa dos dois bilhões de reais.

O caso da *operação vampiros* é bastante ilustrativo no sentido em que se caracteriza um cartel deliberado clássico. De maneira preliminar, a estrutura do mercado já reúne os elementos facilitadores do cartel em licitação. O produto ofertado é homogêneo e as barreiras à entrada são elevadas, uma vez que a produção dos hemoderivados exige um alto grau de complexidade e a venda do produto deve passar por um crivo regulatório abrangente. Ainda, se considerada a dinâmica de compras por parte do Estado, ficam exacerbados os componentes convidativos ao cartel. As licitações de hemoderivados são realizadas de forma periódica e com ampla frequência, o que facilita o arranjo entre concorrentes, permitindo o estabelecimento de rodízio entre os vencedores de cada certame.

Além disso, a periodicidade dos leilões facilita o monitoramento por parte das empresas envolvidas na ação coordenada daquele que ousar desviar da estratégia de cartel. Tomando por base um jogo repetido infinitas vezes, é possível visualizar que o concorrente que desviar da estratégia concertada poderá ser punido na rodada seguinte, inviabilizando o cartel. A depender das forças de barganha entre os participantes, o desviante pode, no limite, ser excluído do cartel nas rodadas seguintes. Em síntese, a estrutura do mercado em questão atua como facilitador para estratégias de divisão de mercado e propostas rotativas combinadas com a clássica fixação de preços.

Com a dada estrutura, os concorrentes de hemoderivados organizaram uma estratégia, combinando preços e loteando o mercado de acordo com a capacidade e o poder de barganha de cada um. Adicionalmente, instituíram um rodízio no qual, a cada leilão, um concorrente diferente sairia vencedor. Dessa maneira, as empresas atuaram em conjunto de forma análoga a um monopolista, resultando, provavelmente, numa divisão ponderada dos lucros.

Mesmo a estrutura do mercado sendo um catalisador natural do cartel e o formato do leilão sendo um facilitador da ação coordenada, ainda existiriam riscos inerentes à prática ilícita. O próprio organizador dos pregões poderia atentar para a conspiração, assim como um concorrente à margem do cartel poderia ofertar hemoderivados a um preço mais baixo. Nesse sentido, o caso da *operação vampiros* é emblemático e mostra indícios de participação do comprador, seja diretamente por parte do pregoeiro ou ainda por parte de autoridades superiores⁹. No voto do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos, como

⁹ Mesmo podendo haver o envolvimento de autoridades com altas posições hierárquicas, os indícios de corrupção estão associados à corrupção burocrática. De acordo com a diferenciação proposta por Tanzi (1998), esse tipo de prática seria

já mencionado, há indícios de que um representante de uma das empresas condenadas mantinha contato com um interlocutor provavelmente do governo, indicando o acerto entre entes privados e públicos.

No acerto, o interlocutor privado detalha os lances que serão ofertados e os supostos vencedores de cada leilão. Dessa maneira, são somadas às estratégias de fixação de preços e rodízio de propostas, a exclusão de concorrentes externos ao cartel e a determinação dos vencedores de cada pregão. O somatório de estratégias resolve o problema associado aos riscos mencionados, seja a denúncia do pregoeiro, seja a entrada de um concorrente fora do acordo ofertando lances mais baixos. Assim, a prática de corrupção em conjunto com o cartel em licitação diminui o risco da operação como um todo e permite que se amplifique o escopo do próprio cartel, em consonância com o modelo de Coleman (1999), que propõe as condições para a atuação corrupta, conforme o risco da operação diminui, maior a chance de incidência da prática e maior a garantia de retorno.

Cabe ainda mencionar a forma em que se deu a investigação e a repressão por parte do Cade. Na averiguação de provas, a conversa telefônica entre o empresário da Octapharma Brasil e o suposto lobista foi relacionada como evidência para a execução do cartel, principalmente no que toca a fixação de preços e a determinação dos vencedores, bem como a apuração do caso por parte da autoridade da concorrência só foi possível graças ao compartilhamento de informações cedidas pelas autoridades encarregadas de apurar casos de corrupção. Tais fatos indicam uma certa complementariedade, assim como interdependência na investigação e na repressão dos casos envolvendo as duas práticas.

Outro caso que contribuiu para o desenvolvimento da pesquisa na área de cartéis em licitação diz respeito ao conluio entre empresas de coleta de lixo do interior do Rio Grande do Sul ocorrido em 2008. A investigação que deu origem ao Processo Administrativo nº 08012.011853/2008-13 foi iniciada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (MPE-RS). O órgão identificou indícios de uma série de práticas delituosas, entre elas o ajuste entre ofertantes, a fixação de preços, a divisão de mercado e o direcionamento privado das licitações. Após diligências, o MPE-RS compartilhou as provas obtidas na esfera criminal com a SDE para que o órgão prosseguisse a investigação no âmbito administrativo no tocante à lesão à concorrência.

Em fevereiro de 2014 o caso foi julgado pelo Tribunal do Cade com a relatoria do conselheiro Eduardo Pontual. No voto, o então conselheiro relatou a dinâmica de estratégias que perdurou no ano de 2008 e que manteve

percebido na execução do leilão, em contraste com a corrupção política que recai sobre a preparação do edital ou ainda sobre a própria decisão de compra.

certa estabilidade na relação comercial entre as empresas de coleta de resíduos urbanos e de saúde, assim como sustentou um padrão elevado de preços. O conjunto de estratégias pode ser posto em prática devido, em parte, à alta probabilidade de exercício de poder de mercado, resultado da estrutura do mercado e do caráter das licitações empreendidas. Assim como no mercado de hemoderivados, os produtos ofertados na coleta de lixo podem ser considerados homogêneos. Além disso, as barreiras à entrada, oriundas de exigências regulatórias e altos investimentos iniciais em relação aos ganhos, seriam suficientes para coibir a entrada de potenciais competidores em caso de elevação coordenada de preços.

Já as licitações promovidas pelas prefeituras do Estado sulista detinham aderência às condições favoráveis à prática do cartel. Em suma, tais licitações exigiam uma série de requisitos, limitando o número de participantes e não tinham o poder de se recusar a contratar após o lançamento do edital, diminuindo o poder de barganha do ente público. O próprio desenho das licitações também era convidativo ao monitoramento de um potencial cartel, uma vez que os certames aconteciam com frequência regular e mantinham abertos os nomes dos participantes do leilão. Assim, a previsibilidade das contratações, aliada à transparência excessiva do pregão geraram as condições necessárias para que as empresas pudessem se organizar de maneira a identificar e punir o participante que desviasse da estratégia acordada¹⁰.

No caso concreto, as empresas condenadas atuaram de forma coordenada tendo em vista a maximização de lucros totais e a exclusão de concorrentes ao longo do período de tempo de ao menos vinte e uma licitações realizadas por prefeituras do Estado. As provas obtidas pelo MPE-RS e posteriormente compartilhadas com a SDE, se concentravam em: (i) conversas telefônicas entre representantes das empresas; (ii) troca de e-mails marcando reuniões entre os mesmos representantes e (iii) planilhas de informações obtidas por meio de busca e apreensão.

Pela troca de e-mails e pelas conversas telefônicas, foi possível identificar o acerto de valores de forma a estabelecer um “preço base” para cada um dos serviços ofertados. Importante notar que o mercado inclui a coleta e o transporte de diferentes tipos de resíduos. Assim, os representantes também acordaram pela divisão do mercado tanto no âmbito dos produtos quanto no âmbito geográfico, assim como pela definição do vencedor em cada pregão. Com vistas ao falseamento da concorrência, as empresas que não estivessem

¹⁰ Assim como no caso dos hemoderivados, aqui também é possível imaginar um jogo repetido indefinidamente, com frequência regular e identificação do jogador que desviar da estratégia acordada logo após a rodada. Dessa maneira, os incentivos convergem para a manutenção do cartel.

definidas como vencedoras de um determinado certame deveriam dar lances fictícios, caracterizando a proposta de cobertura. Dessa forma, ocorria um rodízio de vencedores dentro de uma área geográfica específica. Por fim, as planilhas encontradas continham informações de repasses de uma das representantes para a outra ao longo do ano de 2008, indicando a cumplicidade entre as empresas condenadas, além de uma provável subcontratação da empresa que não se sagrava vencedora da falsa competição.

Diante das provas de determinação dos vencedores e da estabilidade que as empresas mantiveram ao longo do ano de 2008 fica difícil crer que não havia alguma complacência por parte dos responsáveis pelos pregões. Apesar de não ser explícita a menção nos autos do Processo, a regularidade de preços elevados ao longo do tempo deveria ter chamado atenção das autoridades encarregadas da compra, assim como a subcontratação entre as mesmas empresas participantes dos certames, logo após o final de cada licitação. Mesmo que o pregoeiro ou a autoridade responsável não tenham atuado ativamente na elaboração e execução do cartel, a simples conivência com o mesmo já seria passível de enquadramento na regulação de fraude em licitações¹¹.

Não apenas a possibilidade, mas a elevada probabilidade de que a infração ocorra deveria suscitar preocupações por parte da autoridade antitruste, de maneira a contribuir para a investigação e a repressão de casos como esse. Como já mencionado, as condições estruturais do mercado, somadas à dinâmica de licitações geram incentivos para a ação coordenada combinada com a prática corrupta. A frequência sistemática em que ocorrem os leilões, por exemplo, é um típico facilitador de ambas as práticas. Por sua vez, o excesso de transparência, à exemplo da exposição dos nomes e especificidades dos participantes, pode contribuir para o monitoramento do cartel, por um lado, e coibir o envolvimento do pregoeiro por outro.

No caso do *cartel do lixo*, é possível afirmar que tal exposição contribuiu para a execução do acordo assim como é provável que tenha coibido uma ação direta das autoridades responsáveis pelos certames. Ou seja, nesse caso, a transparência teria cumprido parcialmente sua finalidade em relação à corrupção e falhado em relação a formação de cartéis, tal como o *trade-off* proposto pela teoria exposta por Boehm e Olaya (2006). Todavia, os autores argumentam que “*transparency stimulates competition through the information supply effect it produces and by minimizing the risk of corruption*” (BOEHM;

¹¹ O artigo 90 da Lei nº 8666/93 impõe que: “Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.”

OLAYA, 2006, p.441)¹², o que é parcialmente negado pelos casos expostos, exacerbando uma discussão a respeito da ponderação de elementos como a transparência em relação à competição e corrupção em licitações.

Apesar da discussão em torno dos elementos *ex-ante* ao pregão, é notável a importância da verificação da prática corrupta para a análise de casos de cartel em licitações. Tal como na *operação vampiros*, o compartilhamento da produção derivada de investigações entre Ministério Público e Cade foi fundamental para a punição administrativa no âmbito concorrencial, assim como para a punição criminal no âmbito penal.

4. Melhores práticas para coibir corrupção e cartel em concorrências públicas

A necessidade de coordenação de medidas anticorrupção e antitruste induz à cooperação entre a autoridade de defesa da concorrência local e o órgão de investigação de casos de corrupção. No caso brasileiro, por exemplo, essa integração se daria entre o Cade e a Polícia Federal, juntamente com o Ministério Público. Mesmo tendo competências distintas, a troca de informações entre os agentes facilita o processo de investigação, além de acelerar a implementação de multas e/ou medidas jurisdicionais e prover novos dados para os futuros desenhos de licitações. Ou seja, a colaboração entre os órgãos investigativos se estenderia para os formuladores de concursos de concorrências.

Inseridos nesse contexto, vários órgãos internacionais, tais como a OCDE e o *Transparency International*, consultorias privadas multinacionais, assim como a literatura econômica e jurídica preveem uma série de medidas visando a criação de uma “*cultura de compliance*” (OCDE, 2010; SOKOL, 2012; MISSALI, 2015). Tal *cultura* se baseia em um sistema crível de detecção dos malfeitos combinados com punições suficientes e *enforcement* de aplicação tanto por parte do órgão antitruste, como por parte dos agentes privados. De fato, a inclusão de programas de *compliance* vem sendo aplicada nos últimos anos em acordos entre o Cade e as partes envolvidas em cartéis (MISSALI, 2015). Seguindo a mesma filosofia, os programas de acordos de leniência também têm se consolidado como política de detecção dos conluíus em concorrências públicas, ainda que de maneira incipiente e sujeita a críticas mistas (MILLER, 2009; SPAGNOLO, 2000). Por fim, a literatura ainda sugere uma série de medidas que possam mitigar ambos os problemas, a exemplo do uso de indicadores de reputação (SPAGNOLO, 2012).

¹² T.A. [a] transparência estimula a competição por meio do efeito produzido pela oferta de informação e pela minimização do risco de corrupção.

As punições do agente regulador, por sua vez, podem variar de multas financeiras até condenações criminais, passando pela vedação a participação em novas licitações por um determinado período de tempo. Segundo a OCDE, as medidas devem ser sustentadas por três princípios: o desenvolvimento de um roteiro de “*best practices rules*”¹³, extensos esforços de defesa das políticas e o *enforcement* das ações que condenem a corrupção e/ou a colusão, mesmo em casos relativamente pequenos, tal como o caso do *cartel do lixo*.

No contexto transacional, o antitruste ganha a forma de um contrato de longo prazo coletivo entre firmas e consumidores, partindo da hipótese de que os contratos privados entre as partes não são suficientes para atingir os objetivos políticos¹⁴. Em outras palavras, contratos entre agentes privados podem incorrer em externalidades negativas para os consumidores, a exemplo da combinação de preços. Como há a existência de custos de transação positivos, o poder de barganha dos consumidores geralmente falha em fazer com que as firmas internalizem tais externalidades. A partir disso, se faz necessária a atuação do órgão de defesa econômica (BICKENBACH; KUMKAR; SOLTWEDEL, 1999).

Analogamente, os contratos verticais informais entre agentes privados e públicos também tendem a produzir externalidades negativas, mesmo que benéficos para ambas as partes. Assim, mesmo com o custo de fiscalização, investigação e *enforcement*, além do aumento do custo para as partes envolvidas, a atuação governamental sobre a corrupção e o cartel em concorrência pública é explicada pela mitigação dos efeitos negativos proporcionados pela combinação das práticas. Dessa forma, com a clara percepção de prejuízo econômico para a sociedade, se justifica a preocupação *ex-ante*, seja com a forma que toma o desenho dos editais de licitação e concessão, seja da maneira como ele é realizado (SOREIDE, 2002)¹⁵. Do mesmo modo, a consternação com as premissas e o *enforcement* para as investigações e aplicações de penas *ex-post* também se faz necessária.

Tendo em vista a alarmante relevância e as perdas ocasionadas pelos cartéis em contratações públicas, a OCDE tem feito esforço na direção de discutir o tema e propor medidas que minimizem a quantidade de infrações. Algumas das indicações têm cunho preventivo, a fim de reduzir o risco de cartel por meio de definições no contrato. Outras, têm por objetivo a melhor

¹³ T.A. Regras de melhores práticas.

¹⁴ O termo “político” é utilizado aqui para indicar a melhor solução possível para a sociedade. Nos termos na Nova Economia Institucional, isso quer dizer alcançar o mais alto grau de eficiência para a sociedade e não apenas para as partes envolvidas.

¹⁵ Como verificado, as concorrências públicas podem ser realizadas de diversas maneiras, à exemplo de leilões convencionais ou pregões eletrônicos.

aplicabilidade da punição e as mais eficazes formas de detectar conluio entre participantes de processos de licitação pública.

Dentre as medidas preventivas estão: (i) levar em conta não apenas o produto/serviço e os fornecedores, mas também as características e práticas do mercado em questão; (ii) estruturar a contratação pública de forma a maximizar a participação potencial de candidatos que genuinamente concorram entre si; (iii) especificar necessidades com o objetivo de acatar produtos alternativos; (iv) reduzir a comunicação entre concorrentes e evitar expor informações dos mesmos; (v) selecionar cuidadosamente os critérios de avaliação e adjudicação das propostas de maneira a não desencorajar concorrentes viáveis e; (vi) aumentar a consciência dos funcionários públicos quanto aos riscos de conluio entre concorrentes.

Já entre as considerações para detectar conluio estão¹⁶: (i) procurar por indícios e padrões na fase da apresentação das propostas por meio do histórico de participação dos concorrentes e da dinâmica do mercado; (ii) procurar por indícios em todos os documentos apresentados e padrões relacionados com o estabelecimento de preços e; (iii) estar sempre alerta para declarações e comportamentos suspeitos, tais como reuniões entre participantes da licitação ou entregas conjuntas de documentos.

A entidade internacional ainda recomenda que, em caso de suspeita de formação de cartel, o órgão comprador deva preservar os documentos e contatar as autoridades de defesa da concorrência. Além disso, também cabe aos órgãos licitantes a tomada de ciência a respeito da legislação vigente que regula o tema em questão e o julgamento quanto à continuidade do processo de compra pública.

Tais indicações trazem à tona uma nova variante problemática: a associação entre colusão em licitação e corrupção por parte do agente público. Muitas das medidas preventivas de conluio são, algumas vezes, favoráveis a esse tipo de corrupção, fazendo com que a discussão sobre o tema se torne turva principalmente e relação ao *trade-off* entre políticas de prevenção à formação de cartel e prevenção à corrupção.

Portanto, o aproveitamento cauteloso das medidas enumeradas é crucial para a eficácia da ação regulatória e para o desenvolvimento do campo de atuação da defesa da concorrência. Nesse sentido, a OCDE, em nova rodada de discussões, indicou a cooperação entre agências de regulação antitruste e

¹⁶ “Os indicadores da existência de conluio descritos acima identificam numerosos padrões suspeitos de propostas e estabelecimento de preços, bem como declarações e comportamentos suspeitos. Não devem, no entanto, ser considerados como prova de que as empresas estão a empreender um cartel.” OCDE. Diretrizes Para Combater o Conluio Entre Concorrentes em Contratações Públicas, fevereiro de 2009, pag.19.

agentes judiciais com o objetivo de traçar estratégias coerentes e obter ganhos com troca de informação. Além disso, há a necessidade da aplicação de multas e penalidades com credibilidade. Por fim, é preciso criar uma cultura de *compliance* nos órgãos públicos e privados com o objetivo de evitar a impunidade e, conseqüentemente, evitar práticas alinhadas.

5. Conclusão

Em resumo, pode-se afirmar que **o estudo sobre a corrupção é essencial para a análise de cartéis em licitações do ponto de vista da defesa da concorrência**. Essa conclusão fica evidente quando se verifica que há um *trade-off* entre políticas voltadas para coibir os cartéis em concorrências públicas e políticas para frear a corrupção em licitações. Além disso, a complementariedade e as externalidades¹⁷ geradas por meio da coordenação de esforços entre concorrentes e agentes do poder público faz com que as práticas, muitas vezes, se tornem indissociáveis.

A partir dessa análise e das contribuições de Boehm e Olaya (2006) e Klemperer (2004) e de discussões atuais de órgãos internacionais (OCDE; UN), foi possível verificar a existência do *trade-off* de políticas públicas, principalmente no vértice da transparência. Outras variáveis que seguem direções opostas, se considerarmos cartel e corrupção, são o número de regras e as especificações para participar de certames que, apesar de limitar o espaço para fraudes, também limita o espaço para a competição genuína.

Dessa forma, os dois casos apresentados ilustram o somatório das práticas. No caso da compra de hemoderivados, apesar de todas as condições mercadológicas propícias ao cartel e condições favoráveis derivadas dos editais de licitação foram verificados indícios de corrupção em provas documentais. Assim, além de contar com estratégias de cartel em concorrência pública, o caso também contou com estratégias de fraude, a exemplo da exclusão de concorrentes e a determinação prévia do vencedor. Com isso, houve a mitigação dos riscos de insucesso do cartel e o aumento do valor esperado da estratégia acordada.

De maneira parecida, o *cartel do lixo* também pode ser caracterizado como um cartel clássico em um mercado com produtos homogêneos e barreiras à entrada, contando também com a presença de licitações com periodicidade regular. Nele, a transparência das informações divulgadas foi fator fundamental para a estabilidade contínua do acordo que manteve os preços elevados por pelo

¹⁷ As externalidades seriam positivas do ponto de vista dos agentes envolvidos na ação coordenada e negativa se considerado o ponto de vista do setor público e, conseqüentemente, da sociedade.

menos um ano. Da mesma forma, a transparência não impediu a alta probabilidade de corrupção por parte das autoridades governamentais responsáveis pelos pregões, contrariando Boehm e Olaya (2006).

Com a união de todos os elementos apresentados, chega-se a já explanada conclusão de que o entendimento de casos de cartel em concorrências públicas deve prestar total atenção à prática de corrupção. Dentre os insights identificados nesse trabalho podem-se destacar: (i) a complementariedade e o auto reforço entre as duas práticas investigadas; (ii) o necessário compartilhamento de informações entre órgão que investigam condutas anticompetitivas e condutas corruptas; (iii) o *trade-off* existente entre políticas *ex-ante* e *ex-post* para coibir cartéis em licitação e fraude nas concorrências públicas e; (iv) a convergências de efeitos de ambas as práticas: a anulação do processo competitivo.

Assim, diferente do que ocorre hoje no Brasil, a corrupção poderia ser incluída na análise antitruste em casos de cartel em licitação, ao menos para fins de investigação e de comprovação das práticas. Além disso, pode-se assumir que a lesividade do cartel ganha voluptuosidade com a inclusão do leiloeiro no acordo. Dessa forma, não seria exagero incluí-lo como polo passivo nos cartéis quando houver elementos para tal.

6. Referências

BICKENBACH, Frank; KUMKAR, Lars; SOLTWEDEL, Rüdiger. The new institutional economics of antitrust and regulation. 1999.

BOEHM, Frederic; OLAYA, Juanita. Corruption in public contracting auctions: the role of transparency in bidding processes. *Annals of Public and Cooperative Economics*, v. 77, n. 4, p. 431-452, 2006.

CADE. Processo Administrativo Nº 08012.002127/2002-14, Gabinete do Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado, CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

_____. Processo Administrativo Nº 08012.003321/2004-71, Gabinete do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

_____. Processo Administrativo Nº 08012.011853/2008-13, Gabinete do Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro, CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

CHOI, Jay Pil; GERLACH, Heiko. Global cartels, leniency programs and international antitrust program. *International Journal of Industrial Organization*: vol. 30, 2012.

COMPTE, Olivier; LAMBERT-MOGILIANSKY, Ariane; VERDIER,

Thierry. Corruption and competition in procurement auctions. *Rand Journal of Economics*, p. 1-15, 20

CRAMTON, Peter. Ascending auctions. *European Economic Review*, v. 42, n. 3, p. 745-756, 1998.

FOLHA DE SÃO PAULO, 10 de abril de 2008. <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2008/04/390858-procuradoria-processa-vampiros-por-improbidade-administrativa.shtml>

G1, 02 de abril de 2015. <http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2015/04/mp-rs-denuncia-37-empresarios-por-formacao-de-cartel-para-coleta-de-lixo.html>

HODGSN, Geoffrey M. and JIANG, Shuxia, *The Economics of Corruption and the Corruption of Economics: An Institutionalist Perspective* (July, 24 2008). *Revista de Economía Institucional*, Vol. 10, No. 18, First Semester, 2008.

KLEMPERER, Paul. Auctions: theory and practice. Available at SSRN 491563, 2004.

LAMBERT, Ariane; SONIN, Konstantin. Corruption and collusion in procurement tenders. Lambert, K. Sonin, 2003.

LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. What determines cartel success?. *Journal of Economic Literature*, p. 43-95, 2006.

MARSHALL, Robert C.; MARX, Leslie M. *The economics of collusion: cartels and bidding rings*. Cambridge: The MIT Press, 2012.

MILLER, Nathan H. Strategic leniency and cartel enforcement. *The American Economic Review*, p. 750-768, 2009.

MISSALI, Guilherme Teno Castilho. Programa de Compliance Antitruste: a hora e a vez de repensá-lo no ordenamento concorrencial brasileiro. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 3, n. 1, 2015.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. *Diretrizes Para Combater o Conluio Entre Concorrentes em Contratações Públicas*, Fevereiro de 2009.

_____. – OCDE. *Policy RoundTables: Collusion and Corruption in Public Procurement*, 2010.

_____. – OCDE. *Lei e Política de Concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares*. Paris: OECD Press, 2010.

ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and government: Causes, consequences, and reform*. Cambridge university press, 2016.

SOKOL, D. Daniel. Cartels, Corporate Compliance and What Practitioners Really Think About Enforcement. *Antitrust Law Journal*, v. 78, 2012.

SOREIDE, T. "Corruption in public procurement. Causes, consequences and cures" Chr. Michelsen Institute, Report 2002:1, CMI Bergen.

SPAGNOLO, Giancarlo. Self-defeating antitrust laws: how leniency programs solve Bertrand's Paradox and enforce collusion in auctions. 2000.

_____. Reputation, competition, and entry in procurement. *International Journal of Industrial Organization*, v. 30, n. 3, p. 291-296, 2012.

TANZI, Vito. Corruption and the budget: Problems and solutions. In: *Economics of corruption*. Springer US, p. 111-128, 1998.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL (2006), *Handbook for Curbing Corruption in Public Procurement*. Available from: http://archive.transparency.org/publications/publications/other/procurement_handbook.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TC 012.762/2003-9

UN "A strategy for improving public procurement", International Trade Centre UNCTAD, Switzerland, 1999.