

**Seae**

Secretaria de Acompanhamento Econômico

## **Comunidade Virtual do Programa Nacional de Promoção da Concorrência**

---

# **Aplicação do Direito da Concorrência a Licitações Públicas: Cartéis**





**Conteudista: Ana Paula Martinez**

**Mai de 2014**

## Sumário

Cartéis em licitação são aqueles ocorridos no bojo de licitações públicas ou privadas. Número relevante de jurisdições e organismos internacionais como a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE e a International Competition Network - ICN dedicam atenção detida ao tema – especialmente aos cartéis em licitações públicas – em vista dos graves prejuízos causados pela conduta, que afeta diretamente o erário público. Estima-se que países desenvolvidos dediquem cerca de 15% a 20% de seu PIB adquirindo produtos e serviços – esse percentual é, em média, maior nos países em desenvolvimento não apenas porque estão potencialmente mais expostos a fenômenos de corrupção e cartelização, mas porque ainda estão em estágio de grandes gastos em projetos de infraestrutura. Considerando um sobrepreço médio de 20% em cartéis em licitações, grosso modo, o Estado paga em média de 3% a 4% a mais de seu PIB ao adquirir produtos e serviços na presença de cartéis.

A presente apostila tem por objetivo apresentar os contornos e enquadramento legislativo da prática de cartel em licitações, identificando ainda formas de prevenção e identificação da conduta, especialmente por parte de pregoeiros e membros de comissão de licitação.



## 1. Concorrência: Definição e importância

“Concorrência” pode ser definida como o processo de rivalidade entre os agentes de mercado, que pode se expressar em termos de preço, qualidade, diversidade ou qualquer outra variável comercialmente relevante. É o estado em que forças de mercado agem livremente com o objetivo de garantir que os limitados recursos da sociedade sejam usados da forma o mais eficiente possível, maximizando o bem-estar social.

Quanto mais próximo estiver determinado mercado do estado de concorrência perfeita, menor será a diferença entre os preços praticados pelo produtor e seus custos marginais. No limite, em um mercado perfeitamente competitivo, o preço é fixado no ponto em que este se *igualava ao custo marginal de produção (incluindo a remuneração de seu custo de capital)*. Vale dizer, em um ambiente de concorrência perfeita, os preços cobrados dos consumidores são apenas aqueles necessários à remuneração do capital empregado na produção – nada mais, nada menos.

Cinco são os pressupostos de um mercado perfeitamente competitivo: (i) inexistência de informação assimétrica entre consumidores e produtores; (ii) inexistência de economias de escala de longo prazo; (iii) maximização de sua própria utilidade pelos consumidores e de seu próprio lucro pelos produtores; (iv) atuação de produtores como tomadores de preço; e (v) preços correspondem ao custo marginal de produção<sup>1</sup>. Na ausência de custos de entrada e saída significativos<sup>2</sup>, pode haver concorrência perfeita mesmo em mercados em que apenas um agente oferece produtos e/ou serviços. Isso porque a entrada de concorrentes pode ser vista pelo agente econômico como iminente caso ele pratique preços de monopólio, funcionando como pressão para garantir um mercado com características competitivas. Nesse ambiente de concorrência perfeita (ainda que potencial), os recursos disponíveis na economia são alocados aos usos que melhor refletem as preferências dos consumidores.

No mundo fora dos livros-textos, é virtualmente impossível

<sup>1</sup> Cf. VISCUSI, W. Kip. *Economics of regulation and antitrust*. 4. ed. Cambridge: The MIT Press, 2005, p. 79-80. Para descrição das diferentes estruturas de mercado, vide: OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. São Paulo: Renovar, 2004, p. 159-165.

<sup>2</sup> Custos de entrada são aqueles necessários para iniciar atividades (i.e., aquisição de maquinários e know-how, obtenção de licenças regulatórias, etc). Custos de saída são aqueles relacionados ao fim de atividades, como por exemplo, custos trabalhistas, regulatórios, entre outros. Muitos desses custos são irrecuperáveis – os chamados “*sunk costs*”. Nos termos da Portaria Conjunta SDE/SEAE No. 50, de 1º de agosto de 2001, a extensão dos custos irrecuperáveis depende principalmente: (i) do grau de especificidade do uso do capital; (ii) da existência de mercados para máquinas e equipamentos usados; (iii) da existência de mercados para o aluguel de bens de capital; e (iv) do volume de investimentos necessários para garantir a distribuição do produto (gastos com promoção, publicidade e formação da rede de distribuidores) (parágrafo 53).

presenciar um mercado perfeitamente competitivo. Em vista disso, costuma-se fazer referência ao conceito de “concorrência viável”<sup>3</sup>, estrutura de mercado em que a concorrência, apesar de imperfeita, é suficiente para assegurar um nível satisfatório de eficiência.

É altamente disseminada a noção de que concorrência mantém os preços próximos aos custos marginais de produção, isto é, garante preços mais baixos ao consumidor. Porém, tão ou mais importante do que os efeitos sobre preços é o impulso à inovação que a concorrência pode provocar<sup>4</sup>. E a inovação, por sua vez, é considerada por muitos trabalhos como um dos componentes essenciais para o desenvolvimento de qualquer economia.

### Quadro 1: Benefícios da Concorrência



#### Você sabia?

A primeira lei de defesa da concorrência do mundo foi emitida em 1889, no Canadá, seguida pelo *Sherman Act*, de 1890, dos Estados Unidos. Atualmente, mais de 120 países possuem legislação de defesa da concorrência, incluindo o Brasil, que emitiu sua primeira lei em 1938. A maioria dos países emitiu ou reformou suas leis de defesa da concorrência na década de 90, na esteira da onda de reforma de liberalização dos mercados de então.

<sup>3</sup> Do inglês *workable competition*. O primeiro economista a desenvolver tal conceito foi John Maurice Clark (*Toward a concept of workable competition. American Economic Review*, Nashville, v. 30, n. 2, p. 241-256, 1940). Os critérios propostos para definir “concorrência viável” (entre os quais a existência de publicidade informativa e o máximo número de agentes de mercado permitido pelas economias de escala) são até hoje controversos e não serão alvo de discussão neste trabalho.

<sup>4</sup> *Inovação* pode ser definida como o desenvolvimento e a aplicação de novo conhecimento que leva, essencialmente, à melhoria de processos produtivos e produtos.

## 2. O cartel como a mais grave lesão à concorrência: “Nossos concorrentes são nossos amigos, o consumidor é o inimigo”

A frase acima, do original em inglês “*Our competitors are our friends; our customers are the enemy*”, foi dita por um alto executivo de empresa que confessou participação no cartel das lisinas<sup>5</sup> em reunião entre concorrentes e ganhou notoriedade por traduzir bem o espírito do cartel – o consumidor é visto como o inimigo, como aquele que pode forçar as empresas a competir – essencialmente por meio de preços mais baixos e oferecimento de melhores produtos e serviços ao consumidor.

Cartéis são comumente definidos como acordos, ajustes ou mesmo troca de informações sobre variáveis comercialmente sensíveis entre concorrentes com o objetivo de alterar artificialmente as condições de mercado com relação a bens ou serviços, restringindo ou eliminando a concorrência<sup>6</sup>. Os cartéis operam essencialmente por meio da fixação de preços ou de condições de venda, limitação da capacidade produtiva ou distributiva ou divisão de mercados ou de fontes de abastecimento<sup>7</sup>.

Os cartéis estão associados a três tipos de ineficiências econômicas: alocativa, produtiva e dinâmica<sup>8</sup>. A ineficiência *alocativa* está relacionada à alocação ineficiente dos recursos

<sup>5</sup> A lisina é um aminoácido usado na alimentação animal. Cinco empresas fabricantes do produto formaram um cartel internacional na década de 1990, e o funcionário de uma delas delatou a prática ao Departamento de Justiça dos Estados Unidos, cooperou com as autoridades e, como resultado, recebeu imunidade criminal no contexto de um acordo de leniência. A persecução desse cartel pelas autoridades norte-americanas foi retratada no filme *The Informant*, de 2009, produzido pela Warner Bros Pictures. Para mais informações sobre o caso, vide: CONNOR, John M.. “Our customers are our enemies”: the lysine cartel of 1992-1995. *Review of Industrial Organization*. Boston, v. 18, n. 1, p. 5-21, 2001.

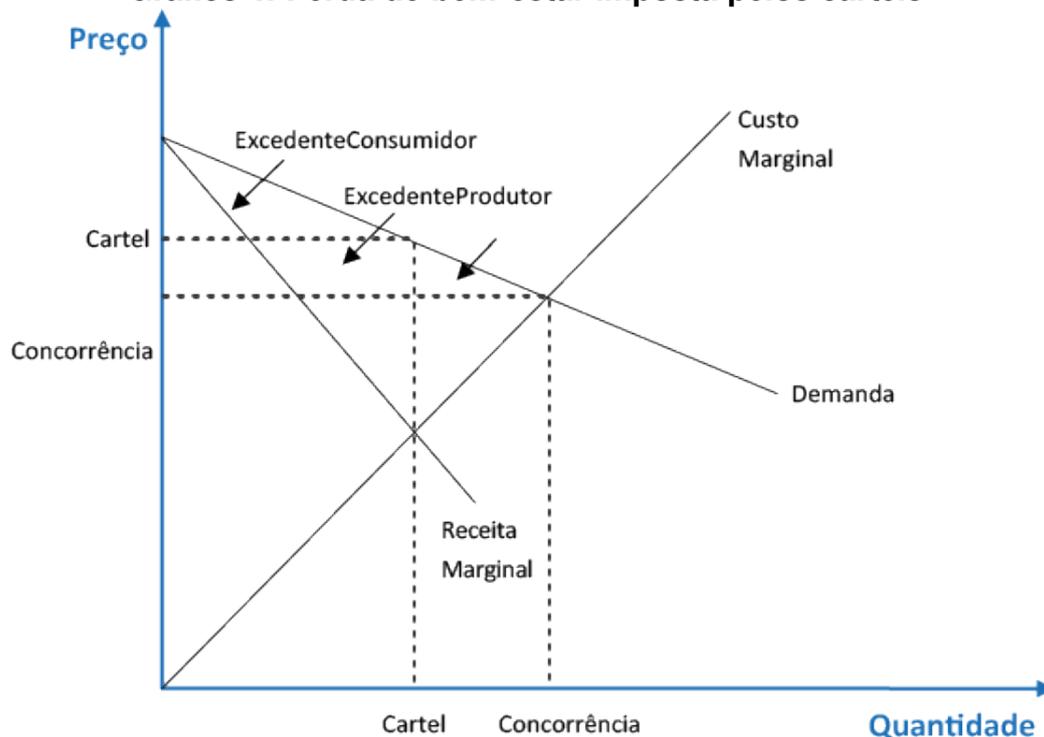
<sup>6</sup> A então Resolução do CADE 20, de 09.06.99, definia cartéis como sendo “acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio. Fatores estruturais podem favorecer a formação de cartéis: alto grau de concentração do mercado, existência de barreiras à entrada de novos competidores, homogeneidade de produtos e de custos, e condições estáveis de custos e de demanda”. O Conselheiro-Relator Ricardo Villas Bôas Cueva, no PA n. 08012.002097/99-81, d.j. 09.03.2005, assim se referiu a cartéis: “um acordo, um ajuste, uma convenção de empresas independentes, que conservam, apesar desse acordo, sua independência administrativa e financeira [...] o cartel tem como precípua objetivo eliminar ou diminuir a concorrência e conseguir o monopólio em determinado setor econômico. Os empresários agrupados em cartel têm por finalidade obter condições mais vantajosas para os partícipes, seja na aquisição de matéria-prima, seja na conquista de mercados consumidores, operando de forma a eliminar o processo normal de concorrência”.

<sup>7</sup> Para compilação de definições de cartéis adotadas por diferentes jurisdições, vide: INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. *Defining hard core cartel conduct: effective institutions, effective penalties*, 2005, p. 11. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org>>. Acesso em: 20 nov. 2014.

<sup>8</sup> GÜNSTER, Andrea et al. Do *cartels undermine economic efficiency?* American Economic Association Working Paper, 2011.

sociais, essencialmente por conta do aumento de preços e da restrição da oferta. O gráfico a seguir demonstra que, na presença do cartel, parte do que seria excedente do consumidor é transferido indevidamente para o produtor e parte não é apropriada nem pelo consumidor nem pelo produtor, havendo destruição de riqueza social (o chamado “*peso morto*”<sup>9</sup>). É por isso que, como veremos adiante, sanções pecuniárias que recuperem os valores transferidos indevidamente do consumidor para o produtor não fazem a sociedade voltar ao estado em que estava na ausência do cartel, uma vez que parte do que teria sido apropriado pelo consumidor foi destruído pela conduta. A ineficiência *produtiva* relaciona-se ao fato de os agentes econômicos operarem com custos mais altos do que teriam na ausência do arranjo colusivo. Por sua vez, a ineficiência *dinâmica* está relacionada à perda de bem-estar social motivada pela redução dos incentivos à inovação – o cartel reduz os incentivos para que os agentes de mercado aprimorem seus processos produtivos e lancem novos e melhores produtos e serviços no mercado. Além disso, a existência de cartéis aumenta as barreiras à entrada em um mercado, tornando esses efeitos especialmente perversos.

**Gráfico 1: Perda de bem-estar imposta pelos cartéis**



<sup>9</sup> Sobre peso morto, vide glossário da OCDE (Glossary of Statistical Terms). Disponível em <http://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=3187> e <http://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf>. Acesso em 20 nov. 2014.

Estudo empreendido pela OCDE considerou dados de 16 cartéis internacionais que afetaram o comércio no valor de US\$ 55 bilhões de 1996 a 2000<sup>10</sup>. Segundo o estudo, tais cartéis geraram sobrepreço que variou de 3% a 65% em relação ao preço em um mercado competitivo – o sobrepreço médio foi de 15% a 20%. Publicações da OCDE sobre o tema de cartéis trazem exemplos de sobrepreços impostos por cartéis em diferentes jurisdições, com percentuais variando de 16,5% a 70%<sup>11</sup>.

CONNOR fez abrangente estudo considerando dados de 770 cartéis, e concluiu que tais cartéis geraram um sobrepreço médio de 25%<sup>12</sup>. De 1990 a 2008, foram identificadas ao menos 6 mil empresas provenientes de 57 países condenadas por prática de cartéis, que impactaram vendas no valor total de US\$ 16 trilhões. CONNOR<sup>13</sup> indica que a multa média nos Estados Unidos corresponde a 10,2% do volume de vendas afetado pelo cartel, o que somado com a sanção imposta pelas ações privadas de indenização, dá lugar a 18,9% do volume de vendas<sup>14</sup>. Percebe-se que o nível de sanções pecuniárias aplicadas pela jurisdição mais avançada na repressão aos cartéis é insuficiente para recuperar os danos causados pela prática – o que, como veremos mais adiante, não significa que não haja dissuasão possível ou que a dissuasão socialmente ótima seja aumentar o nível de sanções pecuniárias atualmente aplicadas. Connor

<sup>10</sup> OECD. *Hard core cartels: recent progress and challenges ahead*. Paris, OECD Press, 2003, p. 9. OECD. *Report on the nature and impact of hard core cartels and sanctions against cartels under national competition laws*. Paris: OECD Press, 2002, p. 72.

<sup>11</sup> OECD. *Implementation of the council recommendation concerning effective action against hard core cartels: third report by the competition committee*. Paris: OECD Press, 2005, p. 25: “[...] Japan has estimated that recent cartels raised prices on average by 16.5 percent. In Sweden and Finland, competition authorities observed price declines of 20 percent-25 percent following enforcement action against asphalt cartels, suggesting unlawful mark-ups of a similar magnitude. Along the same lines, in the above mentioned football replica kits case in the United Kingdom, long-term price reductions in the order of 30 percent were observed following the OFT’s enforcement action. In Israel, the competition authority observed that prices declined by approximately 40 percent-60 percent after it uncovered a bid rigging cartel among envelope producers. And estimates in the United States suggest that some hard core cartels can result in prices increases of up to 60 percent or 70 percent. Em tradução livre: “O Japão estimou que cartéis recentes impuseram aumento médio de preços de 16,5%. Na Suécia e na Finlândia, as autoridades de concorrência observaram redução nos preços de 20 a 15% depois de investigação de cartel no mercado de asfalto, sugerindo um sobrepreço dessa magnitude. Na mesma linha, a autoridade do Reino Unido observou redução de aproximadamente 30% no caso dos kits das réplicas de futebol, após a atuação da OFT. Em Israel, a autoridade de concorrência observou redução de aproximadamente 40 a 60% depois de investigação de cartel de fabricantes de envelopes. E estimativas dos Estados Unidos indicam que cartéis clássicos podem gerar um sobrepreço de 60 a 70%”.

<sup>12</sup> CONNOR, John. *Price-fixing overcharges: legal and economic evidence*, American Antitrust Institute Working Paper n. 04-05, 2005.

<sup>13</sup> CONNOR, John. *Cartels & antitrust portrayed: private international cartels from 1990 to 2008*. American Antitrust Institute Working Paper n. 09-06, 2006. Disponível em: <[http://www.antitrustinstitute.org/~antitrust/sites/default/files/Working%20Paper%2009-06\\_090120091450.pdf](http://www.antitrustinstitute.org/~antitrust/sites/default/files/Working%20Paper%2009-06_090120091450.pdf)>. Acesso em 22 ou. 2012.

<sup>14</sup> BOLOTOVA, Yulija; Connor, John M. *Cartel sanctions: an empirical analysis*, 2008. Disponível em: <<http://www.ssrn.com/abstract=1116421>>. Acesso em: 20 out. 2012.

estimou que a receita adicional ao ano em âmbito mundial assegurada por cartéis é da ordem de 25 bilhões de euros<sup>15</sup>.

Há vários estudos econômicos voltados ao cálculo dos danos causados por cartéis em economias em desenvolvimento, dos quais se destacam dois. O primeiro deles, de autoria de LEVENSTEIN&SUSLOW<sup>16</sup>, aponta que, em 1997, os países em desenvolvimento importaram US\$ 54,7 bilhão sem bens que foram objeto de acordos de cartel na década de 1990. Essas importações representaram 5,2% do total de importações naquele ano e 1,2% do produto interno bruto dos países da amostra. O economista YU<sup>17</sup> empreendeu estudo semelhante sobre o impacto de cartéis internacionais em economias em desenvolvimento. A tabela a seguir indica o percentual estimado por YU de sobrepreço imposto aos países em desenvolvimento por quatro conhecidos cartéis internacionais.

**Tabela 1**  
**Estimativas de sobrepreço de cartéis internacionais em economias em desenvolvimento**

Produto e duração	Número de empresas e nacionalidade	Percentual de sobrepreço
Vitaminas (90-99)	8 (EUA, Japão, Canadá, Suíça, Alemanha)	39%
Ácidocítrico (91-95)	11 (EUA, Alemanha, Suíça, Holanda, Áustria e França)	20%
Eletrodos de grafite (92-97)	8 (Alemanha, EUA e Japão)	49%
Lisina (92-95)	5 (EUA, Japão, Coreia do Sul)	10%

Fonte: YU, Yinne. *The impact of private international cartels on developing countries*. Stanford University Department of Economics, 2003. p. 13.

<sup>15</sup> CONNOR; John; HELMERS, C. Gustav. *Statistics on modern private international cartels, 1990-2005*. Working Paper n. 06-11, Purdue University, College of Agriculture, Department of Agricultural Economics, 2006.

<sup>16</sup> LEVENSTEIN, Margaret; SUSLOW, Valerie. *International price-fixing cartels and developing countries: a discussion of effects and policy remedies*. William Davidson Working Paper n. 538, 2003.

<sup>17</sup> YU, Yinne. *The impact of private international cartels on developing countries, cit.*

Um dos principais objetivos das autoridades antitruste deveria ser quantificar os danos causados por cartéis – essa informação é um indicador da gravidade da conduta e dará maior suporte público para sua repressão. Diante das dificuldades óbvias de se proceder a esse cálculo, determinar os ganhos do cartel por parte de seus membros pode dar, alternativamente, uma dimensão da extensão dos danos causados pela conduta, ao ser um indicativo da transferência indevida de renda entre consumidores e produtores. Mesmo este é um exercício difícil, geralmente evitado pelas autoridades, ainda que haja previsão legal para tanto em vários sistemas normativos<sup>18</sup>.

### Saiba Mais: O Cartel das Vitaminas

Entre 1990 e 1999, as nove maiores fabricantes mundiais de vitaminas dividiram o mundo em regiões de atuação, com o fim de evitar a concorrência entre elas. Como consequência, o consumidor pagava preços artificialmente elevados por vitaminas A, B2, B5, C, E e beta-caroteno.

O cartel foi levado ao conhecimento das autoridades por um de seus participantes, a empresa Rhone-Poulenc (atual Aventis), que colaborou com as investigações em troca de imunidade no âmbito do Programa de Leniência. Como resultado da investigação, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos fez acordos com as investigadas F. Hoffman-La Roche e BASF, que resultaram na confissão da prática por tais empresas e no pagamento de, respectivamente, US\$ 500 milhões e US\$ 225 milhões. Houve também prisão de executivos envolvidos. Na mesma linha, em 2001, a Comissão Europeia multou participantes do cartel em mais de 850 milhões de euros.

No Brasil, o CADE puniu as empresas BASF, F. Hoffman-La Roche e Aventis em mais de R\$15 milhões pela prática de cartel com efeitos no mercado brasileiro. Segundo o CADE, essas empresas teriam restringido a oferta e elevado os preços no Brasil de vitaminas na segunda metade dos anos 90. O cartel também teria impedido a entrada de vitaminas chinesas a preços mais baratos no Brasil.

## 2.1 Tipos de cartéis

A diferenciação mais básica entre os cartéis é quanto à variável comercialmente sensível objeto da conduta. Segundo esse critério, os

<sup>18</sup> OECD. *Hard core cartels: recent progress and challenges ahead*. Paris, OECD Press, 2003, p. 8-9: “When an estimate of harm is necessary, most officials employ a proxy, which is the unlawful gain accruing to the cartel members from their activity. In its simplest form, this estimation is the product of the cartel ‘mark-up’ above the competitive price and the commerce affected (units) by the cartel agreement”. Em tradução livre: “Quando é necessário proceder a uma estimativa de dano, a maioria das autoridades leva em consideração o ganho ilícito apropriado pelos membros do cartel. Em sua forma mais simples, essa estimativa é o resultado da multiplicação do sobrepreço e o comércio afetado, medido por unidades, pelo acordo de cartel”. A Lei 12.529/2011, seguindo a Lei 8.884/1994, determina que a multa imposta às empresas por infração à ordem econômica “nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimativa”.

cartéis podem ser classificados em cartéis de preços/quantidade<sup>19</sup> (como nos ensina a microeconomia, os dois terão os mesmos efeitos no mercado, uma vez que a quantidade determina indiretamente o preço e vice-versa) e cartéis de alocação de mercado ou grupos de clientes (também referidos como acordos de *market-allocation* ou *market-sharing*). Neste último caso, a intenção é replicar um ambiente de monopólio, em que cada agente econômico reserva uma área (e.g., bairro, cidade, Estado da Federação ou mesmo um país, no caso de um cartel internacional) ou um perfil de clientes para sua atuação. Os cartéis em licitação podem ser considerados uma subespécie de cartéis de alocação de mercado – por sua relevância, dedicaremos um subcapítulo ao tema mais adiante.

Outra categoria de classificação de cartéis refere-se a cartéis difusos (*soft*) e clássicos (*hard-core*). Cartéis clássicos foram definidos pela OCDE em recomendação a seus membros emitida em 1998 como sendo “um acordo anticompetitivo, uma prática anticompetitiva concertada ou um arranjo anticompetitivo entre concorrentes para fixar preços, fraudar licitações (propostas colusivas), estabelecer restrições na oferta ou quotas, ou dividir mercados por meio de alocação de clientes, fornecedores, área geográfica ou linhas de comércio”<sup>20</sup>. Segundo a OCDE, cartéis clássicos não incluem acordos, práticas ou arranjos que sejam eficientes do ponto de vista econômico. Essa definição foi incorporada pela ICN nos relatórios produzidos pelo subgrupo de cartéis<sup>21</sup>.

Há aqueles que requerem um elemento de institucionalidade, de permanência ao menos pretendida, para diferenciar cartéis clássicos de difusos. Esta foi a posição adotada pelo CADE por ocasião do julgamento do caso das britas, em que cartéis clássicos foram definidos como:

Acordos secretos entre competidores, com alguma forma de institucionalidade, com o objetivo de fixar preços e condições de venda, dividir consumidores, definir nível de produção ou impedir a entrada de novas empresas no mercado. [...] Este tipo de cartel opera através de um mecanismo de coordenação institucionalizado, podendo ser reuniões periódicas, manuais de operação, princípios de comportamento etc. Isto é, sua ação não decorre de uma situação

<sup>19</sup> Sobre cartéis de preços, vide: FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 330.

<sup>20</sup> OECD. *Recommendation of the council concerning effective action against hard core cartels*, cit. Do original: “an anticompetitive agreement, anticompetitive concerted practice, or anticompetitive arrangement by competitors to fix prices, make rigged bids (collusive tenders), establish output restrictions or quotas, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce”.

<sup>21</sup> Vide, por exemplo, INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. *Defining hard core cartel conduct: effective institutions, effective penalties*, cit., p. 11.

eventual de coordenação, mas da construção de mecanismos permanentes para alcançar seus objetivos<sup>22</sup>.

Por sua vez, os cartéis difusos foram assim definidos pelo CADE por ocasião do julgamento do mesmo processo:

Ato de coordenação da ação entre empresas com objetivo similar ao do cartel clássico, mas de caráter eventual e não institucionalizado. Esse é o caso quando um grupo de empresas decide reunir-se para coordenar um aumento de preço, muitas vezes em função de um evento externo que as afetou simultaneamente. Isto é, tal ação pode ser considerada eventual e não decorreu de uma organização permanente para coordenar as ações das empresas envolvidas<sup>23</sup>.

Há ao menos outras quatro formas de classificar os cartéis: (i) explícitos ou tácitos; (ii) nacionais ou internacionais; (iii) cartéis de compra ou de venda; e (iv) cartéis de importação ou de exportação.

No caso de colusão explícita, os membros do cartel procedem a um acordo explícito – oral ou escrito – sobre alguma variável concorrencialmente relevante. Outras vezes, o acordo se dá de forma tácita, por meio de mecanismos sutis e indiretos de comunicação – via imprensa, por exemplo. A colusão tácita – referida como “conduta paralela intencional” por SALOMÃO FILHO<sup>24</sup> – ocorre mais facilmente na presença de duopólios ou oligopólios. Alguns autores sustentam um tratamento mais leniente para o caso de colusão tácita<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> Trecho do voto do Conselheiro-Relator Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado no PA 08012.002127/2002-14, d.j. 13.07.2005. Entendimento em linha com o adotado pela Superintendência do CADE no PA 08012.010215/2007-96, de 06.09.2012, p. 21: “[...] denominados cartéis ‘clássicos’, nos quais os acordos são *perenes* e têm características que demonstram sua *institucionalização*, diferentemente dos cartéis ‘difusos’, os quais careceriam de tais elementos” (grifos do original).

<sup>23</sup> Trecho do voto do Conselheiro-Relator Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado no PA 08012.002127/2002-14, d.j. 13.07.2005.

<sup>24</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 270 e ss.

<sup>25</sup> GICO JUNIOR fez extensa pesquisa sobre esses dois tipos de cartéis, com análise de configuração e efeitos sobre a sociedade. O autor conclui que, “apesar de ser teoricamente justificável a punição das colusões tácitas nos mesmos moldes que as colusões expressas, na prática a implementação de uma política nesse sentido tenderia a gerar mais ônus do que benefícios para a sociedade”. Prossegue afirmando que “as colusões expressas devem ser condenadas e seus agentes perpetradores punidos com multas e obrigações de não fazer, enquanto as colusões tácitas seriam consideradas ilícitas nos casos em que claramente há práticas facilitadoras que auxiliam a manutenção do equilíbrio supracompetitivo, sendo a sanção aplicada em tais hipóteses, a imposição de uma ordem *ex nunc* de interrupção das práticas” (Gico Junior, Ivo Teixeira. *Cartel: teoria unificada da colusão*. São Paulo: Lex, 2007, p. 498-499).

Quanto à definição de cartéis nacionais *versus* internacionais, filiamo-nos à proposta da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos<sup>26</sup> e consideramos que cartéis poderão ser definidos como internacionais se ao menos um dos seguintes requisitos for preenchido: (i) se envolver partes de ao menos duas jurisdições; (ii) se a conduta causar efeitos em ao menos duas jurisdições; ou (iii) se a conduta tiver sido praticada em uma jurisdição mas causar efeito em outra. Na ausência de ao menos um desses requisitos, o cartel será classificado como nacional.

O primeiro caso de que se tem conhecimento de cartel internacional punido por infração contra a ordem econômica é o *U.S. v. American Tobacco*<sup>27</sup>, de 1907. O Departamento de Justiça dos Estados Unidos investigou na ocasião mais de 90 empresas e indivíduos. Uma das condutas analisadas foi o acordo entre empresas de cigarro norte-americanas e britânicas que estabelecia que cada uma não atuaria no país da outra e dividia o restante do mundo entre as empresas. Estudos estimam que, entre 1929 e 1937, os cartéis internacionais controlavam cerca de 40% do comércio mundial<sup>28</sup>. Porém, foi somente a partir dos anos 1940 e 1950 que as autoridades antitruste, notadamente as norte-americanas, começaram a investigar sistematicamente cartéis de âmbito mundial, com atuação nos mais diversos mercados: alumínio, lâmpadas incandescentes, nylon, titânio, equipamentos militares e instrumentos para aeronaves<sup>29</sup>. Após a Segunda Guerra Mundial até o início dos anos 1990, houve uma redução na repressão aos cartéis internacionais por parte das autoridades de defesa da concorrência. Foi somente a partir dos anos 1990, com a crescente globalização do comércio, liberalização da economia e privatização que a persecução a cartéis internacionais voltou a fazer parte das prioridades dos órgãos antitruste – ensejando discussões sobre aplicação extraterritorial da lei, *bis in idem* e cooperação internacional.

<sup>26</sup> A Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos em 1997 determinou que, para efeitos de estatísticas, uma questão internacional, seja ela uma investigação de condutas ilícitas ou um ato de concentração, será assim considerada se envolver potenciais impactos competitivos no mercado interno dos EUA ou nas suas relações de comércio exterior, e se forem preenchidos pelo menos um dos seguintes requisitos: (i) pelo menos uma das partes envolvidas não ser nacional dos EUA, (ii) pelo menos uma das partes envolvidas não estar situada nos EUA, (iii) a conduta considerada ilegal pela lei americana ter sido praticada fora de seu território, (iv) para análise do caso ou investigação ser necessária a cooperação com autoridades antitruste estrangeiras. Vide: U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, ANTITRUST DIVISION. *International Competition Policy Advisory Committee Final Report*, 2000. Disponível em: [www.usdoj.gov/atr/icpac/icpac.htm](http://www.usdoj.gov/atr/icpac/icpac.htm). Acesso em: 20 dez. 2012.

<sup>27</sup> *United States v. American Tobacco Co.*, 221 U.S. 106, 184 (1911).

<sup>28</sup> NUSSBAUM, Helga. *International cartels and multinational enterprises*. In: NUSSBAUM, Helga et al. *Multinational enterprises in historical perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 1986.

<sup>29</sup> O estudo *International Cartels as an obstacle to international trade*, elaborado por Corwin D. Edwards para o Departamento de Justiça dos Estados Unidos em 1944 mostra que antes da Segunda Guerra Mundial havia 179 cartéis internacionais, dos quais 109 contavam com a participação de empresas norte-americanas. Vide: U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, ANTITRUST DIVISION. *International Competition Policy Advisory Committee Final Report 2000*, cit.

Um indicativo da relevância dos cartéis internacionais é que dos 96 cartéis contra os quais os Estados Unidos impuseram multas superiores a US\$ 10 milhões até 31 de julho de 2012, 93 deles foram internacionais, a grande maioria deles afetando mais de duas jurisdições. Estudo aponta que cartéis internacionais geraram, em média, um sobrepreço 6% maior que os cartéis domésticos nos Estados Unidos<sup>30</sup>. Ainda que esse fenômeno possa não se repetir em outras jurisdições, estudos indicam que cartéis internacionais são especialmente propensos a causar danos significativos – de 133 cartéis estudados pela OCDE no período de 1996-2000, apenas 14 deles eram internacionais, mas estes responderam por mais da metade dos danos estimados no valor de US\$ 55 bilhões<sup>31</sup>. Investigações de cartéis internacionais recentes envolvem produtos e serviços tão diversos como vitaminas, lisinas, eletrodos de grafite, mangueiras marítimas, compressores e carga aérea.

Quanto aos cartéis nacionais, eles são mais facilmente formados naqueles países em que há concentração de poder econômico e em que a economia era até recentemente regulada, com mecanismos governamentais de determinação de preços, volume ou outras variáveis comerciais. Um exemplo é o Brasil, em que a existência do Conselho Interministerial de Preços – CIP e da Superintendência Nacional de Abastecimento – SUNAB criava contexto para trocas de informações comercialmente sensíveis entre concorrentes, tendo sido necessárias décadas para superar a cultura então formada.

Os cartéis de compra, por sua vez, envolvem arranjos colusivos entre adquirentes de insumos<sup>32</sup>, enquanto cartéis de venda atuam na ponta contrária, afetando diretamente seus clientes. Cartéis de venda são mais comuns e historicamente receberam mais atenção das autoridades antitruste. Não obstante, cartéis de compra igualmente geram importantes ineficiências sociais, ainda que, no curto prazo, se possa sustentar que poderia haver redução do preço final do produto ou serviço para o consumidor final naqueles casos em que houvesse repasse da depressão nos preços dos membros do cartel aos consumidores finais<sup>33</sup>. Tal qual

<sup>30</sup> BOLOTOVA, Yuliya; Connor, John; Miller, D. Factors influencing the magnitude of cartel overcharges: an empirical analysis of the United States market. *Journal of Competition Law & Economics*, Oxford, v. 5, n. 2, p. 361-381, 2007.

<sup>31</sup> OECD. *Recent progress and challenges ahead*. Paris: OECD Press, 2003, p. 9.

<sup>32</sup> Sobre o tema, vide: GOLDBERG, Daniel Krepel. *Poder de compra e política antitruste*. Singular: São Paulo, 2006, p.178-179.

<sup>33</sup> O primeiro cartel de compra punido por seus efeitos anticompetitivos envolveu um acordo entre refinarias para deprimir o preço das beterrabas açucareiras utilizadas como insumo de produção. *Mandeville Island Farms, Inc. v. American Crystal Sugar Co*, 334 U.S. 219 (1948).

acontece com cartéis de venda, cartéis de compra são punidos pelo ordenamento jurídico brasileiro<sup>34</sup>.

Finalmente, passemos à classificação que considera “cartéis de exportação” *versus* “cartéis de importação”. Os primeiros envolvem ajuste ou troca de informações comercialmente sensíveis entre concorrentes com relação a produtos ou serviços vendidos no exterior, atuando como cartel de venda. Por sua vez, o segundo envolve agentes econômicos que importam produtos ou serviços, atuando como cartel de compra. Muitos países não reprimem e até mesmo incentivam cartéis de exportação, sob a alegação de que os efeitos danosos da conduta não seriam suportados por sua jurisdição<sup>35</sup>.

## 2.2 Formação de cartéis e sua manutenção

Certas características tornam um mercado mais propenso à formação de cartéis. São elas: número reduzido de agentes, agentes de mesmo porte e custos, presença de produtos homogêneos e existência de uma associação empresarial ou sindicato<sup>36</sup>.

Parece intuitivo que é mais fácil intercambiar informações ou entrar em acordo com três em vez de quinze empresas. Há que se ter cuidado aqui para não se concluir que todos os mercados oligopolizados – ou seja, aqueles mercados em que há reduzido número de agentes, com interdependência natural entre os atores – são cartelizados. O que a evidência empírica mostra é apenas que há maior probabilidade de formação de cartéis naqueles mercados em que há grande concentração de mercado. Isso não significa, é claro, que não seja possível haver formação de cartéis em mercados com menores índices de concentração econômica<sup>37</sup> – como é o caso daqueles no setor de revenda de combustíveis líquidos – ou que todo mercado oligopolizado é também alvo de cartel.

Igualmente, se os agentes têm porte e custos similares provavelmente terão os mesmos incentivos para ingressar em um cartel e será mais fácil chegar a um consenso. Por outro lado, a presença de uma

<sup>34</sup> O CADE puniu a conduta pela primeira vez por ocasião do PA 08012.002493/2005-16, Conselheiro-Relator Ricardo Villas Bôas Cueva, d.j. 28.11.2007, que tratava da alegada formação de cartel de compra de gado bovino com menos de 16 arroubas entre quatro empresas do setor.

<sup>35</sup> Sobre o tema, vide: Martinez, Ana Paula. Isenção antitruste para cartel de exportação: Qual o caminho? Revista do IBRAC, São Paulo, v. 17, n. 17, p. 38-67, 2010.

<sup>36</sup> HOVENKAMP, HERBERT. *ANTITRUST*. 2. ED. WASHINGTON: WEST INFORMATION PUBLISHING GROUP, 1997, p. 5.

<sup>37</sup> GÜNSTER, ANDREA ET AL. (*DO CARTELS UNDERMINE ECONOMIC EFFICIENCY?*, CIT.) EMPREENDERAM ESTUDO SOBRE 49 CARTÉIS PUNIDOS PELA COMISSÃO EUROPEIA ENTRE 1980 E 2004, UM DOS QUAIS CONTOU COM A PARTICIPAÇÃO DE 42 MEMBROS.

grande empresa cercada por empresas menores também pode propiciar um ambiente para a formação de cartéis, com a empresa de maior porte ameaçando as menores com práticas predatórias caso não ingressem no cartel<sup>38</sup>. Estudo com base em 43 cartéis condenados pela Comissão Europeia de 2002 a 2007 indica que em 38% dos casos os líderes do cartel eram ao menos 50% maiores do que a segunda empresa integrante do cartel em porte econômico<sup>39</sup>.

Produtos e serviços homogêneos também facilitam o entendimento quanto aos termos do acordo, uma vez que não será necessário discutir ajustes que reflitam as diferenças nos produtos e serviços. A existência de sindicatos e associações – que têm função legítima e podem incrementar bem-estar social e aumentar a eficiência no mercado – pode facilitar a formação de cartéis ao servir de plataforma para encontros e troca de informações entre concorrentes<sup>40</sup>; grande parte das condenações de cartéis no Brasil, por exemplo, envolveu a participação de tais entidades. Sindicatos e associações possibilitam estabilidade àqueles cartéis formados por um maior número de empresas.

Uma vez formado o cartel, o que determina seu “sucesso”? E como medir “sucesso”? Há duas variáveis principais: lucro extraído da conduta ilícita e duração. Um cartel que tenha conseguido impor um sobrepreço de 50% por dois anos pode ser considerado, do ponto de vista de seus membros, um arranjo superior a um cartel que tenha imposto um sobrepreço ao ano de 10% por cinco anos<sup>41</sup>. Porém, diante da dificuldade

<sup>38</sup> Foi o caso do cartel de refeições congeladas na Austrália, formado por 12 empresas, sendo uma delas de porte muito maior que as demais, que ameaçava as menores com a prática de preço predatório caso não cumprissem o acordo de cartel. Vide OECD. *Hard core cartels: recent progress and challenges ahead*. Paris, OECD Press, 2003, p. 12.

<sup>39</sup> GANSLANDT, MATTIAS; PERSSON, LARS; VASCONCELOS, HELDER. *ASYMMETRIC CARTELS: A THEORY OF RING LEADERS*. CEPR DISCUSSION PAPER N. 6829, 2008.

<sup>40</sup> Os cartéis podem se aproveitar da ocasião em que há encontros formais da associação ou sindicato para organizar encontros ilícitos. Vide trecho de Decisão da Comissão Europeia no caso dos aminoácidos, parágrafo 122: “ADM further proposed that the producers attend trade association meetings quarterly to adjust their price and sales volumes according to their agreements. It explained how forming an industry association could provide a seemingly legitimate, but artificial, reason to meet, and thus conceal the fact that purported competitors were secretly meeting to discuss prices and sales volumes. ADM described how to have ‘official’ and ‘unofficial’ meetings. ADM explained that while attending an official industry association meeting, one person would book a hotel suite and quietly notify the others and then they would secretly meet to discuss prices and sales volumes away from official meeting” (2001/418/EC, Decisão de 07.06.2000, no caso COMP/36.545/F3, JOUE L 152, 07.06.2001 p. 24-72). Em tradução livre: “A ADM também sustentou que os produtores compareceram às reuniões trimestrais da associação para ajustar o preço e volume de vendas conforme seus acordos. Explicou como a formação de uma associação da indústria poderia dar lugar a uma razão legítima, mas artificial, para [concorrentes] se encontrarem e assim disfarçar o fato de que concorrentes estavam se encontrando secretamente para discutir preços e volume de vendas. A ADM descreveu como organizavam encontros ‘oficiais’ e ‘não oficiais’. A ADM explicou que, paralelamente ao encontro oficial da associação, alguém reservava uma suíte de hotel e secretamente informava o fato aos demais, que então procediam à suíte para se encontrar e discutir preços e volume de vendas fora dos encontros oficiais”.

<sup>41</sup> O efeito dessas duas variáveis – lucro extraído da conduta ilícita e duração – na probabilidade de detecção do cartel é dúbio. Se quanto maior a duração do cartel, seria razoável sustentar que maior seria o risco de detecção, também é verdade que aumentos abruptos no preço provocados por um arranjo colusivo de curta duração chamam mais a atenção das autoridades para o mercado e podem ensejar a instauração de investigações.

de medir o sobrepreço imposto por cartéis, os economistas concentram seus estudos na duração do cartel como um indicativo de sucesso. Aí há outra dificuldade: como estabelecer o início e o fim da conduta? Cartéis são arranjos naturalmente instáveis, que envolvem, em muitos casos, desvios temporários da conduta. Nesses casos, deveriam ser contados múltiplos episódios de cartel ou apenas um, de duração maior, marcado por episódios de traição e instabilidade? Estudos empíricos parecem ignorar os episódios de instabilidade do cartel ao proceder à determinação da duração do cartel e geralmente medem a duração do momento em que o cartel foi formado até quando ele deixou de existir por completo.<sup>42</sup>

A depender do estudo econômico levado em consideração<sup>43</sup>, o tempo médio de duração de um arranjo ilícito entre concorrentes é de 3,7 a 7,5 anos; cartéis internacionais duram em média 57% mais quando comparados com cartéis puramente domésticos<sup>44</sup>. Aqui deve-se diferenciar arranjo “ilícito” daquele “lícito” entre concorrentes porque algumas jurisdições preveem isenções para determinados tipos de cartéis, caso em que a duração tende a ser maior – e.g., a média é de 15,5 anos para cartéis de exportação registrados nos termos do *U.S. Webb-Pomerene Act*<sup>45</sup>.

O maior desafio para a duração do cartel – partindo da premissa de que a conduta seja ilícita na jurisdição em que cause efeitos – é o fato de os custos de monitoramento serem altos e a informação disponível no mercado ser imperfeita, o que gera um ambiente de desconfiança entre os membros do arranjo colusivo e incentivos para desvio da conduta, como já apontou Stigler em seu conhecido trabalho sobre assimetrias de informação<sup>46</sup>. Há cartéis que contam com sofisticadas formas de identificação de desvios de conduta, com previsão de punição e compensação entre membros, incluindo “contas-correntes” e “câmaras de compensação”; a prática aponta que cartéis com boa organização administrativa têm maiores chances de perdurar no tempo.

O fato de o cartel contar com reduzido número de membros não está relacionado a uma duração maior da conduta – o que pode soar

<sup>42</sup> Sobre a confusão entre duração e estabilidade do cartel, com revisão de estudos empíricos, vide: DE, OINDRILA. ANALYSIS OF CARTEL DURATION: EVIDENCE FROM EC PROSECUTED CARTELS. *INTERNATIONAL JOURNAL OF THE ECONOMICS OF BUSINESS*, LONDON, v. 17, n. 1, p. 33-65, 2010.

<sup>43</sup> Vide: MARQUEZ, JAIME. LIFE EXPECTANCY OF INTERNATIONAL CARTELS: AN EMPIRICAL ANALYSIS. *REVIEW OF INDUSTRIAL ORGANIZATION*, BOSTON, v. 9, n. 3, p. 331-41, 1994; POSNER, RICHARD. A STATISTICAL STUDY OF ANTITRUST ENFORCEMENT. *JOURNAL OF LAW AND ECONOMICS*, CHICAGO, v. 13, n. 2, p. 365-419, 1970; GRIFFIN, JAMES M. PREVIOUS CARTEL EXPERIENCE: ANY LESSON FOR OPEC? IN: KLEIN, LAWRENCE R.; MARQUEZ, JAIME (ORG.), *ECONOMICS IN THEORY AND PRACTICE: AN ECLECTIC APPROACH*. DORDRECHT: KLUWER ACADEMIC PUBLISHERS, 1989, p. 179-206; LEVENSTEIN, MARGARET; SUSLOW, VALERIE. *WHAT DETERMINES CARTEL SUCCESS*. UNIVERSITY OF MICHIGAN WORKING PAPER N. 01/2002, 2002; GÜNSTER, ANDREA ET AL. *DO CARTELS UNDERMINE ECONOMIC EFFICIENCY?*, CIT., p. 19.

<sup>44</sup> Vide: CONNOR, JOHN M. *CARTELS & ANTITRUST PORTRAYED: PRIVATE INTERNATIONAL CARTELS FROM 1990 TO 2008*, CIT. CONNOR CONDUZIU ESTUDO TENDO POR BASE DADOS DE 516 CARTEIS.

<sup>45</sup> DICK, ANDREW. *INFORMATION, ENFORCEMENT COSTS AND CARTEL STABILITY: AN EMPIRICAL INVESTIGATION*. UNIVERSITY OF CALIFORNIA WORKING PAPER N. 698, 1993, p. 4

<sup>46</sup> STIGLER, GEORGE. A THEORY OF OLIGOPOLY. *JOURNAL OF POLITICAL ECONOMY*, CHICAGO, v. 72, n. 1, p. 44-61, 1964.

contraintuitivo. Estudo feito por POSNER<sup>47</sup>, que teve por base 989 cartéis investigados pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos entre 1890 a 1969, indica que 52% deles que contavam com dez participantes ou menos existiram por seis anos ou mais. Esse percentual aumenta para 64% nos casos de cartéis com mais de dez membros.

Se, por um lado, a maior duração do cartel não está associada a um menor número de participantes, dados empíricos indicam que a duração do cartel é maior naqueles casos em que seus membros controlam parte substancial do mercado<sup>48</sup>. Além disso, STIGLER<sup>49</sup> e DICK<sup>50</sup> apontam ao menos correlação entre a existência de consumidores que concentram grande parte da demanda e a duração do cartel: na presença de grandes consumidores, os membros do cartel têm maiores incentivos para trair os demais membros da conduta, o que leva a uma menor duração do cartel.

Outras variáveis que podem influenciar negativamente a duração do cartel são: demanda irregular, alteração nos contextos político e econômico, entrada de novos agentes no mercado e introdução de novas tecnologias.

### 3. O cartel em licitação

Cartéis em licitação são aqueles ocorridos no bojo de licitações públicas ou privadas. Número relevante de jurisdições e organismos internacionais como a OCDE<sup>51</sup> e a ICN dedicam atenção detida ao tema – especialmente aos cartéis em licitações públicas – em vista dos graves prejuízos causados pela conduta, que afeta diretamente o erário público. Estima-se que países desenvolvidos dediquem cerca de 15% a 20% de seu PIB adquirindo produtos e serviços<sup>52</sup> – esse percentual é, em média, maior nos países em desenvolvimento não apenas porque estão potencialmente mais expostos a fenômenos de corrupção e cartelização, mas porque ainda estão em estágio de grandes gastos em projetos de infraestrutura. Considerando um sobrepreço médio de 20% em cartéis em licitações, grosso modo, o Estado paga em média de 3% a 4% a mais de seu PIB ao adquirir<sup>53</sup> produtos e serviços na presença de cartéis.

<sup>47</sup> POSNER, RICHARD. A STATISTICAL STUDY OF ANTITRUST ENFORCEMENT, CIT..

<sup>48</sup> Vide MARQUEZ, JAIME. LIFE EXPECTANCY OF INTERNATIONAL CARTELS: AN EMPIRICAL ANALYSIS, CIT.; LEVENSTEIN, MARGARET; SUSLOW, VALERIE. *WHAT DETERMINES CARTEL SUCCESS*, CIT.; DICK, ANDREW. *INFORMATION, ENFORCEMENT COSTS AND CARTEL STABILITY: AN EMPIRICAL INVESTIGATION*, CIT.

<sup>49</sup> STIGLER, GEORGE. *A THEORY OF OLIGOPOLY*, CIT.

<sup>50</sup> DICK, ANDREW. *INFORMATION, ENFORCEMENT COSTS AND CARTEL STABILITY: AN EMPIRICAL INVESTIGATION*, CIT., p. 4.

<sup>51</sup> Destacam-se as *Diretrizes para Combater o Conluio entre Concorrentes em Contratações Públicas*, lançadas pela OECD em 2009. Disponível em: <[www.oecd.org/competition](http://www.oecd.org/competition)>. Acesso em: 20 dez. 2012.

<sup>52</sup> Vide: OECD. *Collusion and corruption in public procurement*, 2010, DAF/COMP/GF(2010)6. Paris: OECD Press, 2010, p. 10.

<sup>53</sup> Cartéis em licitações públicas também podem ocorrer quando o agente licitante aliena bens e direitos, como em processos de privatização. O objetivo dos membros do cartel é depreciar o preço da venda. A análise aqui feita para cartéis em licitações aplica-se tanto para casos em que o poder público é o adquirente quanto nos casos em que é alienante de bens e direitos.

Nesse tipo de cartel, há uma peculiaridade: a depender do formato da licitação, não há propriamente perda de bem-estar em sentido estrito. Como vimos acima, a perda de bem-estar – também referida como *peso morto* ou ineficiência estática – ocorre quando o consumidor de bem ou serviço deixa de adquirir a quantidade ideal desejada por conta do aumento de preço decorrente do poder de mercado (no caso do cartel, poder esse decorrente de prática ilícita). No caso de muitos certames, a entidade *licitante fixa a quantidade adquirida* do bem ou serviço, assumindo um dado intervalo de preço. Nesses casos, como o efeito de um eventual cartel *não é o de diminuir a quantidade consumida*, não há peso morto. Tem-se apenas uma transferência de renda da entidade licitante para os ofertantes em conluio. É evidente, contudo, que a ausência de perda direta de bem-estar não torna os efeitos de cartel dessa natureza necessariamente menos graves, em especial no que tange àqueles que atingem o poder público. A transferência de renda do poder público para os agentes do cartel diminui, indiretamente, a quantidade e a qualidade dos serviços públicos, que passam a ser custeados sem os recursos subtraídos ilicitamente pelos membros do arranjo colusivo, prejudicando, em especial, a população de menor renda, naturalmente mais dependente de produtos e serviços públicos. Os efeitos gravosos dos cartéis em licitações e o fato de muitas vezes eles estarem associados a episódios de corrupção fazem que alguns países criminalizem apenas esse tipo de arranjo colusivo<sup>54</sup>, como veremos adiante.

Os cartéis em licitação podem se travestir de várias formas, das quais se destacam o loteamento e o rodízio. No loteamento, os membros dos cartéis dividem os entes promotores de licitações ou os itens de uma mesma licitação – por exemplo, hipoteticamente, para um produto X comumente adquirido por ANATEL, ANEEL e ANAC, as empresas A, B e C acordam que a empresa A atenderá apenas a ANATEL, a empresa B ficará com a ANEEL e a empresa C ficará com a ANAC. Haverá também loteamento se o edital previr vários itens e as empresas dividirem os lotes de produtos entre si. No caso do rodízio, os participantes do cartel estabelecem a ordem em que cada um deverá ganhar uma determinada licitação – nesse caso, imaginemos uma situação em que as empresas A, B e C participam das licitações promovidas pela ANATEL, estabelecendo entre si a ordem em que vencerão os certames. A prática de rodízio é mais comum se as licitações forem promovidas com regularidade antecipada pelos entes privados e se tiverem dimensão e escopo semelhantes.

Tanto no caso do loteamento quanto no de rodízio, os membros do cartel se esforçam para dar a impressão de concorrência no certame – o que é muitas vezes atingido por meio de mecanismos como a supressão

<sup>54</sup> É o caso, por exemplo, de Áustria, Alemanha e França.

de propostas, a apresentação de propostas pró-forma ou propostas de cobertura. Na supressão de propostas, um determinado membro do cartel deixa de apresentar lance que, ausente o acordo, teria submetido ao agente público. Na apresentação de propostas pró-forma, o membro do cartel apresenta proposta que, contudo, contém erros que provocam a desqualificação do agente econômico do certame – o agente deixa de apresentar documentos obrigatórios exigidos no edital, por exemplo. Há também a possibilidade de subcontratação: os agentes combinam o resultado e, de modo a haver uma compensação àquele que não foi declarado vencedor, este passa a ser subcontratado pelo membro do cartel signatário do acordo com o ente público.

Dessa forma, por meio de um ou uma combinação desses mecanismos, os membros do cartel objetivam evitar a competição, determinando resultados e fazendo que o ente público ou privado extraia menos benefícios do que extrairia na ausência do conluio.



## TESTE SEUS CONHECIMENTOS

### FORMAS DE CARTÉIS EM LICITAÇÕES<sup>55</sup>

- ✘ **Fixação de preços:** há acordo entre concorrentes para aumentar ou fixar preços e evitar que as propostas fiquem abaixo de um “preço base”.
- ✘ **Divisão de mercado:** divisão de um conjunto de licitações entre membros do cartel.
- ✘ **Supressão de propostas:** concorrentes que eram esperados na licitação não comparecem ou, comparecendo, retiram a proposta formulada, com intuito de favorecer um determinado licitante, previamente escolhido.
- ✘ **Apresentação de propostas “pro forma”:** concorrentes formulam propostas com preços muito altos para serem aceitos ou entregam propostas com vícios reconhecidamente desclassificatórios.
- ✘ **Rodízio:** concorrentes alternam-se entre os vencedores de uma licitação específica.
- ✘ **Sub-contratação:** concorrentes não participam das licitações ou desistem das suas propostas, a fim de serem sub-contratados pelos vencedores. O vencedor da licitação a um preço supra-competitivo divide o sobre-preço com o subcontratado.

Uma forma encontrada pelas autoridades para reforçar a importância da legislação antitruste e possibilitar algum tipo de punição àqueles que intercambiam informações com os concorrentes sobre uma licitação é o chamado *Certificate of Independent Bid Determination (CIBD)* ou, em português, Declaração de Elaboração Independente de Proposta. O CIBD é uma declaração por meio da qual o licitante declara não ter intercambiado qualquer tipo de informação com seu concorrente sobre o certame em questão. Dessa forma, caso seja identificada prova de comunicação entre concorrentes referente à participação em um determinado certame, o poder público tem à sua disposição a possibilidade de investigar e punir os licitantes envolvidos por falsidade ideológica, o que se mostrará válido especialmente naqueles casos em que não for possível identificar uma prova do cartel, que tem requisitos mais restritivos para a configuração da conduta (para fins de falsidade ideológica, não se exigirá um acordo entre os concorrentes em relação à participação no certame, mas mera troca de informação, podendo ficar inclusive afastada a discussão acerca do caráter concorrencialmente sensível ou não da informação). O Brasil é um dos poucos países a ter adotado a exigência da declaração para as contratações federais, como veremos adiante.

<sup>55</sup> Resumo extraído de SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO/MJ. Combate a Cartéis em Licitações. Brasília: Imprensa Oficial, 2008.

Canadá e Estados Unidos são outros exemplos de países que, em linha com a recomendação da OCDE<sup>56</sup>, adotam, para determinados tipos de contratações, tais declarações.

### 3.1 Tratamento legislativo no Brasil<sup>57</sup>

Cartéis em licitações públicas podem sofrer repressão tanto na esfera administrativa quanto na esfera penal. O tratamento administrativo está refletido especialmente na Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, enquanto que o tratamento penal está centrado na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

#### 3.1.1 Lei nº 12.529/11

Prevê o artigo 36 da Lei nº 12.529/11 – de maneira idêntica ao quanto previsto no artigo 20 da hoje revogada Lei nº 8.884/94 – que constituem infração à 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: (i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços; (iii) aumentar arbitrariamente os lucros; ou (iv) exercer de forma abusiva posição dominante.

O inciso I do artigo 36 traz a definição de cartel clássico: acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: (i) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; (ii) 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; (iii) 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; (iv) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública.

O inciso II traz como exemplo de infração à ordem econômica “*promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes*”. O legislador procurou dar amplitude à norma ao descrever a conduta com três verbos – “*promover, obter ou influenciar*”. Parece-nos, como já entendeu o CADE em diversas ocasiões,

<sup>56</sup> OECD, *GUIDELINES FOR FIGHTING BID-RIGGING IN PUBLIC PROCUREMENT*, PARIS: OECD PRESS, 2009.

<sup>57</sup> Para análise exaustiva do tema, vide MARTINEZ, ANA PAULA. *REPRESSÃO A CARTÉIS: INTERFACE ENTRE DIREITO ADMINISTRATIVO E DIREITO PENAL*. SÃO PAULO: SINGULAR, 2013, 364 pp.

que, nessas situações, não é necessário poder coercitivo para configurar a prática infrativa. Basta que os destinatários em seu conjunto detenham poder de mercado para ficar configurado o potencial de restrição de concorrência por parte, por exemplo, de uma sugestão de uma determinada associação para que os associados adotem certa conduta em uma dada licitação. Nessa redação, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência historicamente enquadrava a conduta de associações e sindicatos para alinhar atuação de associados no mercado – por exemplo, por meio de tabelas de preços sugeridos para produtos ou serviços<sup>58</sup>.

Quanto às sanções previstas na Lei nº 12.529/2011, tanto pessoas jurídicas quanto físicas podem ser objeto de investigação por condutas anticompetitivas e sofrerem a imposição de penas. Para as entidades que exercem atividade empresarial, a multa varia de 0,1 a 20% do faturamento bruto da empresa ou grupo econômico no ano anterior à instauração do processo. Entidades que não exercem atividade empresarial, como podem ser sindicatos e associações, e funcionários de empresas, como gerentes comerciais, podem ser multados em valores entre R\$ 50 mil e R\$ 2 milhões. Por fim, administradores podem ser obrigados a pagar multa em valor equivalente a 1 a 20% da multa aplicada à empresa, desde que comprovada dolo ou culpa. O requisito de dolo ou culpa foi introduzido pela Lei nº 12.529/2011 e limitará o número de investigações do CADE contra administradores.

Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I - no caso de empresa, multa de 0,1% a 20% do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação;

II - no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas

<sup>58</sup> Vide, e.g., voto da então Conselheira Neide Malard no PA nº 53/92: “Não há dúvida de que a elaboração de tabelas de preços só pode ter o objetivo de obstar a atuação dos mecanismos de mercado para a formação do preço, ou seja, prejudicar a concorrência. Principalmente quando se trata de associação. A assertiva de que a tabela é meramente referencial é o argumento mais banal utilizado por esse tipo de cartel e não se sustenta por sua própria inconsistência. Referencial a que, é de se indagar: Aos custos da empresa média, da pequena ou da grande? A qualidade dos serviços de quem melhor os presta ou o contrário?” (...) “O que é ilegal, nos termos da Lei nº 8.158/91 (revogada) e da Lei nº 8.884/94 é limitar de fato, ou em potencial, a concorrência ou a livre iniciativa, por qualquer que seja a forma: acordo, convenção, por meio de associação ou não, e, a tabela comum a diversos concorrentes, conforme divulgada por estes sindicatos, é uma prova contundente de coordenação de preços patrocinada pelos mesmos “ (...) “Não se requer seja impositiva a tabela. A conduta se materializa na medida em que, utilizando-se de sua indiscutível aptidão para influenciar seus afiliados, elabora tabela, divulgando-a e até recomendando-a, com o declarado objetivo de proteger a categoria dos médicos”.

de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R\$ 50.000,00 e R\$ 2.000.000.000,00;

III - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% a 20% daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo.

§ 1º Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro.

§ 2º No cálculo do valor da multa de que trata o inciso I do caput deste artigo, o Cade poderá considerar o faturamento total da empresa ou grupo de empresas, quando não dispuser do valor do faturamento no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, definido pelo Cade, ou quando este for apresentado de forma incompleta e/ou não demonstrado de forma inequívoca e idônea.

Além de sanções pecuniárias, a lei de concorrência prevê a imposição de sanções acessórias, de forma individual ou cumulativa: (i) a publicação, em meia página e a expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória; (ii) a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a 5 (cinco) anos; (iii) a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; (iv) a recomendação aos órgãos públicos competentes para que seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito; (v) a recomendação aos órgãos públicos competentes para que não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos; (vi) a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de

ativos ou cessação parcial de atividade; (vii) a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos; e (viii) qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

### O Cartel dos Vigilantes

O CADE já analisou em diversas ocasiões a formação de cartéis no âmbito de licitações públicas. O caso do cartel dos vigilantes merece especial destaque.

Em 2003, um dos membros de um cartel que agia em licitações para contratação de serviços de vigilância no Estado do Rio Grande do Sul denunciou o esquema fraudulento. O cartel fraudava licitações organizadas pela Superintendência Regional da Receita Federal do Rio Grande do Sul e pela Secretaria Municipal de Saúde de Porto Alegre. O denunciante apresentou evidência direta das fraudes à licitação, incluindo testemunhos de empregados e gravações de conversas telefônicas mantidas entre os envolvidos. A estratégia envolvia divisão de mercado, fixação de preço e exclusão de concorrentes dos certames. Em 2007, o CADE impôs multas a dezesseis empresas, que variaram de 15 a 20% de seu faturamento bruto em 2002. Executivos das empresas condenadas e três associações de classe também foram multadas pelo CADE. A quantia total de multas impostas foi superior a R\$40 milhões. Além disso, as empresas foram proibidas de participar em licitações por cinco anos.

*“É um convite. É oficial. Me vê quem participa, me passa que eu tenho que ter o convite. Rio Grande eles te dão. Foi falado aqui na mesa agora. Rio Grande é todo (...). O serviço que tem em Rio Grande é teu, novo”.*

*“Todo mundo vai te cobrir, tu sabe disso”.*

(Trecho de conversa entre membros do cartel usado como prova no processo do CADE).

### 3.1.2 Lei nº 8.666/93

Apesar de usualmente o crime de cartel em licitações ser enquadrado pelas autoridades criminais no artigo 90 da Lei nº 8.666/93, há três tipos penais que comportam a prática<sup>59</sup>:

Art. 90. 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:

<sup>59</sup> Os três tipos mencionados podem abarcar condutas outras que não apenas cartéis, como corrupção ou mesmo acordos de exclusividade firmados com fornecedores que impeçam demais concorrentes de apresentar lances competitivos no certame.

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

Art. 95. Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida.

Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:

I - elevando arbitrariamente os preços; (...)

V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato.

Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

O artigo 90 traz o tipo que pode ser considerado o mais geral em tema de cartéis em licitações, aplicável a qualquer modalidade de compra pública<sup>60</sup>. O tipo abarca crime material, de resultado, como aponta Greco Filho<sup>61</sup>, em que há descrição da conduta (*ajuste, combinação ou qualquer outro expediente*) e seu resultado (*frustrar ou fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório*<sup>62</sup>), com a previsão de dolo específico (*intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do*

<sup>60</sup> Exemplo é carta-convite: “*HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. FRAUDE EM LICITAÇÃO (ART. 90 DA LEI 8.666/93). MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA SUFICIENTEMENTE DEMONSTRADOS. PROSSEGUIMENTO. ORDEM DENEGADA. (...) 3. Segundo a denúncia, a paciente e o co-acusado, previamente acordados, teriam montado um processo fraudulento, de forma que as demais concorrentes, previamente informados, sabiam que figurariam na concorrência, modalidade Carta Convite, apenas para satisfazer a exigência legal. O co-réu encarregou-se de recolher as propostas das mencionadas entidades, as quais, embora em envelopes distintos e lacrados, foram encaminhadas diretamente para a paciente*” (...) (STJ, 5ª Turma, HC 84.248/SP, Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho, d.j. 05.06.2008, DJe 30.06.2008).

<sup>61</sup> “*O crime é de dano, ou seja, há necessidade de que a manobra do concorrente frustrate ou venha a fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório. Haveria necessidade de prejuízo econômico para a Administração? Não é ele elemento material do tipo, e, assim, basta que se demonstre que o ajuste, a combinação ou outro expediente excluiu eventual candidato ou preordenou o resultado entre os concorrentes. (...) O crime é de resultado, como se disse, devendo ocorrer a frustração ou fraude do caráter competitivo do procedimento licitatório, em virtude do ajuste, combinação ou outro expediente*”. GRECO FILHO, VICENTE. *DOS CRIMES DA LEI DE LICITAÇÕES*. 2ª ED. SÃO PAULO: SARAIVA, 2007, p. 72/73.

<sup>62</sup> Cf. GASPARINI, DIÓGENES, *CRIMES NA LICITAÇÃO*, 2ª ED. SÃO PAULO: NDJ, 2001, p. 101, “*FRUSTRAR SIGNIFICA ENGANAR, BALDAR, TORNAR INÚTIL, NO CASO, A COMPETITIVIDADE DA LICITAÇÃO. É CONDUTA COMISSIVA. HÁ QUE HAVER UMA AÇÃO. FRUSTRA-SE O CARÁTER COMPETITIVO DA LICITAÇÃO, POR EXEMPLO, QUANDO O SERVIDOR, EM RAZÃO DO AJUSTE EFETIVADO COM UM CERTO CONCORRENTE, PREVÊ, NO EDITAL, EXIGÊNCIA QUE POUCOS PODEM SATISFAZER, OU FIXA NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO PRAZO LEGAL PARA A APRESENTAÇÃO DAS PROPOSTAS DE TÉCNICA E PREÇO INCOMPATÍVEL COM A SUA COMPLEXIDADE DE ELABORAÇÃO.*”

*objeto da licitação*<sup>63</sup>). O que se quer proteger, portanto, é a concorrência plena no certame, sem que seja necessário ficar caracterizado prejuízo efetivo à Fazenda Pública. Como já decidiu o STJ, a tentativa de cometer o ilícito do artigo 90 é igualmente punível<sup>64</sup>. Ademais, o fato de o certame ser anulado porque a autoridade identificou o ajuste prévio entre os licitantes não afasta a ilicitude da conduta<sup>65</sup> - o certame terá sido frustrado, como prevê o tipo penal.

O artigo 95, por sua vez, prevê crime formal ao prever ser crime “*Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo*”, incorrendo na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida. Aqui não interessa o intuito do sujeito ativo nem tampouco se ele efetivamente conseguiu afastar um licitante do processo licitatório, a mera tentativa (“*procurar afastar*”) já se enquadra no tipo. No âmbito de um cartel, a conduta poderá ficar configurada quando um potencial licitante aborda seu concorrente e oferece vantagem para que este não participe do certame – situação que nos faz recordar do convite à formação de cartéis tratado no âmbito administrativo. Para a configuração do tipo, o agente econômico afastado deve estar em condições objetivas de concorrer no certame, sob pena de se configurar crime impossível por “*impropriedade do objeto*”. Imagine-se um acordo entre duas empresas para que uma deixe de participar em um determinado certame, sendo que

<sup>63</sup> “*PENALE PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 89, CAPUT, DA LEI Nº 8.666/93. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO PENAL QUE SE ESGOTA NO DOLO. CRIME QUE SE PERFAZ INDEPENDENTEMENTE DA VERIFICAÇÃO DE QUALQUER RESULTADO NATURALÍSTICO. I - A simples leitura do caput do art. 89 da Lei nº 8.666/93 não possibilita qualquer conclusão no sentido de que para a configuração do tipo penal ali previsto exige-se qualquer elemento de caráter subjetivo diverso do dolo. Ou seja, dito em outras palavras, não há qualquer motivo para se concluir que o tipo em foco exige um ânimo, uma tendência, uma finalidade dotada de especificidade própria, e isso, é importante destacar, não decorre do simples fato de a redação do art. 89, caput, da Lei nº 8.666/93, ao contrário do que se passa, apenas à título exemplificativo, com a do art. 90 da Lei nº 8.666/93, não contemplar qualquer expressão como «com o fim de», «com o intuito de», «a fim de», etc. Aqui, o desvalor da ação se esgota no dolo, é dizer, a finalidade, a razão que moveu o agente ao dispensar ou inexigir a Licitação fora das hipóteses previstas em lei é de análise desnecessária.” (...) (STJ, REsp 991.880/RS, Ministro Relator Fischer, d.j. 28.02.2008, DJe 28.04.2008).*

<sup>64</sup> “*PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 90 DA LEI 8.666/93. TENTATIVA. REDUÇÃO MÍNIMA. DELITO QUE SE APROXIMOU DA CONSUMAÇÃO. ORDEM DENEGADA. 1. A diminuição da pena pela tentativa deve considerar o iter criminis percorrido pelo agente: quanto mais perto da consumação, menor a redução. 2. No caso, a fraude no procedimento licitatório (tomada de preços) foi descoberta já na ocasião da abertura dos envelopes contendo a documentação de habilitação e propostas. 3. Demonstrando as instâncias ordinárias que o paciente percorreu quase todo o caminho do crime, mostra-se correta a redução em 1/3 (um terço). 4. Ordem denegada.” (STJ, HC 86.858/SE, Ministro Relator Og Fernandes, d.j. 18.11.2008, DJe 09.12.2008).*

<sup>65</sup> “*RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ART. 90 DA LEI Nº 8.666/93. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO-EVIDENCIADA DE PLANO. ANÁLISE SOBRE A MATERIALIDADE DOS DELITOS QUE NÃO PODE SER FEITA NA VIA ELEITA. (...) 2. A anulação do certame licitatório, em razão do evidente ajuste prévio entre os licitantes, não afasta a tipicidade da conduta prevista no art. 90 da Lei nº 8.666/93. 3. Narrando a denúncia a participação do Recorrente no ajuste que frustrou o caráter competitivo do procedimento licitatório, com todas as suas circunstâncias, de modo a possibilitar sua defesa, não é possível o trancamento da ação penal na via do habeas corpus, mormente quando a alegação de falta de justa causa demanda o reexame do material cognitivo constante nos autos. (...)” (STJ, RHC 18.598/RS, Relatora Ministra Laurita Vaz, d.j. 06.11.2007, DJe 10.12.2007).*

esta objetivamente não preenchia todos os requisitos do edital. Não há como se caracterizar o crime, nem mesmo em sua forma tentativa.

Por fim, o artigo 96 traz crime material, em que há descrição da conduta (*fraudar licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente*) e seu resultado (*elevando arbitrariamente os preços ou tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato, em prejuízo da Fazenda Pública*), sem que haja a previsão de dolo específico. Vê-se, portanto, que o tipo aqui é mais gravoso – e por isso contém sanção mais rigorosa – ao exigir a comprovação de prejuízo à Fazenda Pública (aqui compreendida entidades públicas – autarquias, Estados, União Federal, Distrito Federal e Municípios – que arrecadam diretamente ou recebem tributos e contribuições previstos em leis), sendo o tipo, contudo, limitado a licitações para aquisição de bens ou mercadorias e não serviços. A comprovação do prejuízo é, via de regra, tarefa árdua, mas é em tese possível se a autoridade conseguir obter acesso a provas nos estabelecimentos dos investigados que indiquem quais seriam os lances que cada um estaria disposto a apresentar na ausência do acordo – aqui parte-se da premissa que todos os licitantes faziam parte do acordo ou que aqueles que não integravam o acordo submeteram um preço maior que os partícipes do ilícito.

A ação penal é de natureza pública, a cargo do Ministério Público, podendo, contudo, qualquer pessoa provocar a iniciativa do órgão, fornecendo-lhe informações sobre o fato e a autoria, bem como indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção. Excepcionalmente, admite-se ação penal privada subsidiária da pública, se esta não for ajuizada no prazo legal.

### **3.1.3 Declaração de Elaboração Independente de Proposta**

A Instrução Normativa da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento nº 2, de 16 de setembro de 2009, estabeleceu “*a obrigatoriedade de apresentação da Declaração de Elaboração Independente de Proposta, em procedimentos licitatórios, no âmbito dos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais - SISG.*” A adoção da Declaração de Elaboração Independente de Proposta foi feita por recomendação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência<sup>66</sup>, em linha com as melhores práticas internacionais. Para além de órgãos

<sup>66</sup> A declaração foi primeiramente publicada como Anexo II à Portaria da SDE nº 51, de 03.07.2009, por recomendação da OCDE.

federais, órgãos estaduais e municipais passaram a voluntariamente adotar a exigência de declaração em seus procedimentos licitatórios<sup>67</sup>.

Na declaração, o participante da licitação atesta, por meio da declaração, que a proposta foi elaborada de forma independente e que não houve contato prévio com concorrentes em relação a ela. Algumas autoridades têm inabilitado para participar de licitações agentes que não apresentam a declaração<sup>68</sup>, ainda que alguns questionem a licitude da obrigatoriedade da apresentação da declaração para habilitação nas licitações, uma vez que ela não consta do rol de documentos previsto nos artigos 27 a 33 da Lei nº 8.666/93 – o Judiciário já acolheu este argumento<sup>69</sup>. Parece-nos que a declaração constitui-se em pressuposto de admissibilidade da proposta, com base no artigo 44, §2º, da Lei nº 8.666/93, que prevê que não será considerado “*preço ou vantagem baseada nas ofertas dos demais licitantes*”. Em outras palavras, a declaração pode ser exigida no momento da habilitação, mas para ser analisada somente quando do julgamento da proposta.

Caso as autoridades identifiquem registro de contato prévio com o concorrente que afronte os termos citados, o indivíduo poderá ser processado penalmente por crime de falsidade ideológica, nos termos do

<sup>67</sup> Na mesma linha, o 2º Encontro da ENACC, ocorrido em junho de 2010, estabeleceu como meta “3. Exigir a apresentação de Declaração de Elaboração Independente de Proposta, nos termos da Instrução Normativa SLTI n. 02/2009, em todas as contratações de obras e serviços referentes à Copa 2014 e Olimpíadas 2016, inclusive nos casos de dispensa ou inexigibilidade de licitação.”

<sup>68</sup> Vide, e.g., DNIT, decisão no recurso administrativo referente ao Processo nº 50603.007983/2009-61, Edital nº 222/2010-03, de 11.01.2011.

<sup>69</sup> TRF, 1ª Região, AI nº 0070964-04.2010.4.01.0000/DF, Desembargador Relator Fagundes de Deus, 5ª Turma, d.j. 25.05.2011, e-DJF1 01.07.2011, p.150: “9. A “declaração de elaboração independente de proposta” refere-se à proposta e teria substrato na Lei n. 8.666/93, art. 44, § 2º, em que é vedada a consideração de “preço ou vantagem baseada nas ofertas dos demais licitantes”. 10. A declaração funcionaria como pressuposto de admissibilidade da proposta, ou seja, a proposta somente será apreciada ou validada se acompanhada de declaração de que fora elaborada de forma independente, ou seja, livre de combinação entre os licitantes. 11. Não há fundamento para que o licitante seja inabilitado por defeito da proposta. As fases de habilitação e de julgamento das propostas são distintas. A inabilitação obsta a consideração da proposta (Lei n. 8.666/93, art. 43, incisos II, III, IV, e V). A licitação obedece a um sistema de preclusões, de modo que não há cogitar de inversão das fases, sob pena de ofensa à lógica de que somente se chega à desclassificação da proposta se a proponente fora, antes, habilitada. 12. Exigência de declaração de que a proposta foi elaborada de forma independente, já para o início do certame, adequar-se-ia ao pregão, especialmente na modalidade eletrônica (v.g. Pregão Eletrônico AA n. 14/2011-BNDES). Isto porque, no pregão, há inversão das fases de habilitação e de julgamento, justificada pela celeridade que se pretendeu conferir com essa modalidade. Somente a licitante vencedora é que tem, encerrada a sessão, sua qualificação jurídica aferida (Lei n. 10.520/2002, art. 4º, inciso XII). 13. A “declaração de elaboração independente de proposta” prestar-se-ia a conferir maior densidade ao preceito do art. 44, § 2º, da Lei n. 8.666/93. Mas, se admissível a exigência, o documento somente poderá ser exigido para a validade da proposta. 14. A impropriedade da disposição do edital que culminou com a inabilitação da impetrante/agravante, por si só, justifica o deferimento liminar da segurança.”

artigo 299 do Código Penal<sup>70</sup>. Vê-se que a conduta é menos rigorosa que aquelas contidas nos tipos das Leis nº 8.137/90 e 8.666/93 – enquanto estes últimos exigem um acordo, a declaração faz referência mais geral a contatos e trocas de informações comercialmente sensíveis relacionados à participação em uma licitação. É necessário aqui dolo específico: o sujeito deve ter tido como fim da conduta prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante. Ausente esse requisito, o fato será atípico.

---

<sup>70</sup> “Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante. Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular. Parágrafo único - Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte.” O crime de falsidade ideológica é usualmente caracterizado quando há apresentação da declaração de pobreza falsa para obter o benefício da assistência judiciária gratuita.



## Modelo de Declaração de Elaboração Independente de Proposta

### [Identificação da Licitação]

[IDENTIFICAÇÃO COMPLETA DO REPRESENTANTE DA LICITANTE], representante devidamente constituído de [IDENTIFICAÇÃO COMPLETA DA LICITANTE OU DO CONSÓRCIO] (doravante denominado [Licitante/Consórcio]), para fins do disposto no item [COMPLETAR] do Edital [COMPLETAR COM IDENTIFICAÇÃO DO EDITAL], declara, sob as penas da lei, em especial o art. 299 do Código Penal Brasileiro, que: (a) a proposta anexa foi elaborada de maneira independente [pelo Licitante/Consórcio], e que o conteúdo da proposta anexa não foi, no todo ou em parte, direta ou indiretamente, informado a, discutido com ou recebido de qualquer outro participante potencial ou de fato da [IDENTIFICAÇÃO DA LICITAÇÃO], por qualquer meio ou por qualquer pessoa; (b) a intenção de apresentar a proposta anexa não foi informada a, discutido com ou recebido de qualquer outro participante potencial ou de fato da [IDENTIFICAÇÃO DA LICITAÇÃO], por qualquer meio ou por qualquer pessoa; (c) que não tentou, por qualquer meio ou por qualquer pessoa, influir na decisão de qualquer outro participante potencial ou de fato da [IDENTIFICAÇÃO DA LICITAÇÃO] quanto a participar ou não da referida licitação; (d) que o conteúdo da proposta anexa não será, no todo ou em parte, direta ou indiretamente, comunicado a ou discutido com qualquer outro participante potencial ou de fato da [IDENTIFICAÇÃO DA LICITAÇÃO] antes da adjudicação do objeto da referida licitação; (e) que o conteúdo da proposta anexa não foi, no todo ou em parte, direta ou indiretamente, informado a, discutido com ou recebido de qualquer integrante de [ÓRGÃO LICITANTE] antes da abertura oficial das propostas; e (f) que está plenamente ciente do teor e da extensão desta declaração e que detém plenos poderes e informações para firmá-la.

\_\_\_\_\_, em \_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_  
([REPRESENTANTE LEGAL DO LICITANTE/CONSÓRCIO NO ÂMBITO DA  
LICITAÇÃO, COM IDENTIFICAÇÃO COMPLETA])

## 3.2 Medidas preventivas

É fundamental que pregoeiros e membros de comissão de licitação adotem medidas preventivas para promover a concorrência em licitações públicas.

O primeiro grupo de cuidados refere-se ao mercado afetado. É necessário verificar se o mercado tem características que facilitam a formação de cartéis e obter informações sobre outras contratações públicas e privadas do mesmo bem (muitas vezes, licitações privadas conseguem obter lances mais competitivos exatamente em decorrência dos mecanismos de controle implementados pelas empresas!). Além disso, é fundamental identificar tendências de preços e eventuais causas para mudanças.

Superada essa fase, é necessário bem escolher, dentre as formas jurídicas possíveis de contratação (licitação, pregão eletrônico, pregão presencial<sup>71</sup>, carta-convite, entre outras), aquela que terá o maior potencial para incrementar a concorrência. Por exemplo, o pregão eletrônico é visto como modalidade que exige custos reduzidos de participação e, portanto, atrai maior número de interessados, além de dificultar a comunicação entre os agentes durante o certame.

Riscos de comunicação entre concorrentes		
a depender da modalidade de licitação		
ALTO	MÉDIO	BAIXO
Concorrência	Pregão Presencial	Pregão Eletrônico

Ao redigir o edital, é necessário que sejam evitadas exigências desnecessárias que diminuam o número de licitantes de forma não razoável. Além disso, é imperativo que sejam dados prazos razoáveis para a elaboração de propostas e que não seja feita a pré-qualificação

<sup>71</sup> Segundo Portaria n. 51/2009, da então Secretaria de Direito Econômico, “A Lei do Pregão prevê que serão classificadas para a fase de lances do pregão presencial tanto a empresa que apresentar a proposta com menor preço como aquelas com proposta de valor até 10% acima da melhor proposta, e, na ausência de ao menos três empresas nessas condições, poderão ser convocadas as licitantes que oferecerem as três melhores propostas (art. 4º, VIII e IX). As empresas assim classificadas poderão apresentar novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor (fase de lances, ou fase competitiva). A SDE vem recebendo denúncias de prática de “bloqueio” em pregões presenciais, caracterizada pela atuação concertada entre uma empresa que produz determinado bem ou serviço objeto da licitação, e pelo menos outras duas pessoas jurídicas, em geral atuantes, como distribuidoras da primeira. O objetivo de tal prática é impedir que outras licitantes sejam classificadas para a fase de lances de um pregão presencial, e, com isso, restringir a concorrência naquele certame.”

de fornecedores. Se possível, deve-se criar condições para a entrada de empresas menores, fazendo objetos mais delimitados se a contratação assim permitir. Por exemplo, se for possível criar múltiplos lotes para aquisição de grupos de serviços e/ou produtos ao invés de lote único provavelmente isso permitirá a participação de empresas de menor porte. Por outro lado, evite criar lotes de valores idênticos ou similares, pois essa característica facilitará a atuação de carteis.

Uma questão peculiar diz respeito à possibilidade de formação de consórcios para participar de licitações. Estes podem tanto restringir como incrementar a concorrência,<sup>72</sup> devendo o CADE analisar a conduta considerando os efeitos gerados em cada caso. Haverá restrição à concorrência se for possível demonstrar que as empresas consorciadas teriam capacidade plena de competir individualmente no certame, ausente o consórcio. Haverá promoção da concorrência se o consórcio permitir que empresas que de outra forma não teriam capacidade para oferecer lances passem a fazê-lo por meio da combinação de forças. Aqui é importante reconhecer que concorrência pode não ser o único valor buscado pela autoridade licitante no momento da contratação de serviços ou aquisição de produtos. A autoridade licitante também pode estar buscando redução de risco econômico, por exemplo, o que justificaria a opção por consórcios mesmo que isso resulte em menor nível de concorrência no certame.

Por paradoxal que possa soar, a transparência comumente exigida em licitações aumenta as chances de colusão – e esse efeito é particularmente danoso em contratações públicas. A transparência não apenas reduz custos de monitoramento para os cartéis já existentes, como também possibilita a formação de arranjos colusivos ao disponibilizar com antecedência a informação de quem participa do certame. Por exemplo, é comum que autoridades solicitem àqueles que retiram os editais ou que acessam o *data room* de um determinado projeto a sua identificação e assinatura em folha de presença, ficando o nome das empresas e agentes responsáveis disponíveis a terceiros. Além da divulgação prévia

<sup>72</sup> Vide: OECD. *Public procurement – the role of competition authorities in promoting competition*. DAF/COMP(2007)34. Paris: OECD Press, 2007, p. 34: “Joint bidding is competition-enhancing if it allows firms that are not able to supply complementary products to join with other firms to jointly supply those complementary products. [...] However, when competing firms bid jointly, this usually reduces competition as joint bidding reduces the number of participants. This so-called reduced competition effect promotes less aggressive bidding and therefore has negative effects on competition”. Em tradução livre: “A apresentação de propostas em consórcio incrementa a competitividade se permitir que empresas que não têm condições de fornecer produtos complementares se juntem a outras empresas para então fornecer de forma conjunta tais produtos complementares. [...] Por outro lado, quando empresas concorrentes apresentam ofertas de maneira conjunta, isso geralmente diminui a concorrência, já que o consórcio diminui o número de participantes. Esse assim chamado efeito de diminuição de concorrência promove ofertas menos agressivas e consequentemente efeitos negativos na concorrência”. Nesse mesmo sentido, já decidiu o Tribunal de Contas da União: “Ao nosso ver, a formação de consórcio tanto pode se prestar a fomentar a concorrência (consórcio de empresas menores que, de outra forma, não participariam do certame), quanto a cerceá-la (associação de empresas que, caso contrário, concorreriam entre si)” (Acórdão 2813/2004, 1.ª Câmara, Relatório do Ministro-Relator Marcos Vinícios Vilaça, d.j. 09.11.2004).

ao certame da identidade de seus esperados participantes, outro fator que pode facilitar a formação de cartéis é o desenho do edital. O edital pode, intencionalmente ou não, estar redigido de forma tal que reduza o número de possíveis participantes – o membro da comissão de licitação, por exemplo, inclui uma especificação de produto tão restritiva que apenas duas empresas conseguem se habilitar ao certame.<sup>73</sup> Nesse caso, é a própria autoridade que provoca uma restrição à concorrência.

Ademais, se fornecedores conseguem sempre antecipar como a Administração Pública vai adquirir um determinado produto ou serviço, a atuação do cartel ficará facilitada. Assim é recomendável que haja alteração da frequência e a quantidade contratada e que ocasionalmente a aquisição seja feita em conjunto com outros órgãos.

Por fim, a função do CADE em promover a concorrência via desenhos de editais mais competitivos é educativa e não punitiva. Uma das principais medidas recomendadas pelo órgão para incrementar a competitividade de licitações é a de que o órgão licitante exija que os concorrentes apresentem a Declaração de Elaboração Independente de Proposta já discutida nesta apostila. Neste sentido já se manifestou o órgão:

“A competência punitiva do CADE, porém, não alcança os atos praticados por órgãos do Poder Público no exercício de seus poderes regulatórios (em sentido amplo), mesmo que prejudiciais à livre concorrência. Não que a lei antitruste não seja amplamente aplicável aos entes estatais: seu art. 15 afirma expressamente o contrário. O ponto é que, propriamente sujeitos ao disposto na Lei n. 8884/94, estão apenas os agentes econômicos em sentido estrito, i.e., os ofertantes e demandantes de bens e serviços em um mercado. Enquanto tais, pessoas jurídicas controladas pelo Estado podem ser representadas e eventualmente sancionadas, sem qualquer privilégio em comparação aos agentes puramente privados. Não obstante, nos casos em

---

<sup>73</sup> Exemplo dessa situação é a descrita pelo Conselheiro-Relator Abraham Benzaquen Sicsu do CADE por ocasião do julgamento do chamado “cartel de vigilância privada”: “Quanto às características do mercado, pode-se verificar que o mercado de prestação de serviços de vigilância privada em licitações públicas no Estado do Rio Grande do Sul possui características que favorecem a ocorrência e a manutenção de um cartel. [...] A despeito do número de empresas de segurança privada autorizadas pela Polícia Federal no Rio Grande do Sul, as condições constantes dos editais faz com que somente as maiores possam fazer frente às exigências, em especial no que se refere à série de certificações negativas de pendências com órgãos públicos. Tal fato se configura em barreira a entrada” (PA 08012.001826/2003-10, voto do Conselheiro-Relator Abraham Benzaquen Sicsu, d.j. 19.09.2007).

que o Poder Público comparecer como genuíno ente regulador, a atuação do CADE estará, perante este, limitada à ‘advocacia da concorrência’”. (Averiguação Preliminar 08000.013661/97-95, Voto do Cons. Luis Fernando Schuartz, 13.09.2006).

### 3.3 Medidas de controle

A prática mostrou que alguns sinais podem indicar a ocorrência de cartéis em licitações, seja no momento de realização do certame, seja no momento de acompanhamento da prestação do objeto do contrato:

- a. Desistência inesperada de fornecedores que eram esperados a participar da licitação;
- b. Existência de empresas que, apesar de qualificadas para a licitação, não apresentam propostas para um determinado órgão, embora o façam para outro;
- c. No caso de pregões eletrônicos, propostas de diferentes empresas com a mesma terminação nas casas decimais;
- d. Padrão de rodízio entre os vencedores das licitações;
- e. Existência de margem não racionalmente explicável entre proposta vencedora e demais propostas;
- f. Apresentação de propostas com valores muito diferentes nas diversas licitações de que as empresas participam, no caso de as licitações terem objeto e escopo semelhantes;
- g. Semelhança na redação das propostas, eventualmente com os mesmos erros ou rasuras;
- h. O valor dos lances se reduz quando um novo agente entra no processo licitatório;
- i. Vencedor do certame subcontrata concorrentes que participaram da licitação<sup>74</sup>;

<sup>74</sup> Vide: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *COMBATE A CARTÉIS EM LICITAÇÕES*. BRASÍLIA: IMPRENSA OFICIAL, 2008, p. 6-7.

## Cartel identificado durante

### a prestação do objeto do contrato

Em 2014, o CADE condenou as empresas Skymaster Airlines Ltda., a Brazilian Express Transportes Aéreos Ltda. – Beta Cargo, além de dois de seus representantes. Concluiu-se que houve formação de cartel em licitações públicas realizadas pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT para contratação de serviço de transporte aéreo de cargas. As multas aplicadas somaram R\$ 83 milhões.

Os procedimentos licitatórios foram destinados à contratação de empresas para operar em rotas da Rede Postal Noturna. Foi verificado que quatro dias antes de apresentarem suas propostas em concorrência da ECT realizada em 2000, os representantes das empresas firmaram “Termo de Compromisso de Subcontratação” por meio do qual se comprometeram a dividir a prestação dos serviços caso uma delas fosse vencedora da licitação. Segundo o CADE, essa parceria entre concorrentes é legal somente quando realizada após o certame. Para o órgão, o acordo prévio demonstra claramente a existência de compartilhamento de informações comerciais e o objetivo das empresas de interferir no resultado da licitação, prejudicando a livre concorrência e a livre iniciativa. A denúncia havia sido apresentada ao órgão pelo Ministério Público Federal.

Se o agente público tiver fundados receios de que pode estar diante de cartel em licitações, deve entrar em contato com as autoridades responsáveis (CADE e autoridades criminais) para que seja iniciada a devida investigação. Verifique primeiro quais são os licitantes suspeitos, de preferência tanto as empresas quanto as pessoas físicas. Reúna também documentos que contenham os indícios ou a forma de obtê-los (e.g., ComprasNet, sistema BB Licitações, publicação no DOU).

### Saiba mais

A OCDE disponibiliza diretrizes para combater cartéis em licitações públicas. O guia foi emitido em 2009 e há versão disponível em português: <http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/44162082.pdf>. Além disso, em julho de 2012 o Conselho da OCDE emitiu recomendação a seus países membros e observadores para promover a concorrência em licitações públicas (*Recommendation of the Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement*).

Resumo extraído de SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO/MJ. Combate a Cartéis em Licitações. Brasília: Imprensa Oficial, 2008.