



FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
DEPARTAMENTO DE DIREITO COMERCIAL
PODER ECONÔMICO E ÉTICA EMPRESARIAL: INTERFACES ENTRE
DEFESA DA CONCORRÊNCIA E COMBATE À CORRUPÇÃO (DCO 5917)

ALUNO: João Otávio Bacchi Gutinieki (10660826)

DATA: 22 de Outubro de 2018.

**COMBATE À CORRUPÇÃO E DEFESA DA CONCORRÊNCIA. CARTÉIS E
FRAUDES EM LICITAÇÕES. INCENTIVOS E TEORIA DOS LEILÕES.**

Leitura Obrigatória:

HEIMLER, A. *Cartels in Public Procurement*. Journal of Competition Law & Economics, 2012, vol. 8:4, pp. 849 – 862

MARSHALL, R. C. & MARX, L. M. *The Economics of Collusion*. Chapter 3 – Narrative of a Bidding Ring, pp. 55 – 70

STJ REsp 1623985

Processo Administrativo 08700.004617/2013-4. Nota Técnica nº 81/2014, pp. 1 - 12; 26-30.

Leitura Complementar:

KLEMPERER, P. *Auction Theory: A Guide to the Literature*. Journal of Economic Surveys, vol. 13, n. 3, July 1999, pp. 227 – 286

MATTOS, César. *Modalidades de Licitação e Cartéis no Brasil*. Agosto/2014. Consultoria Legislativa – Câmara dos Deputados

1. INTRODUÇÃO

Seguindo o assunto das aulas anteriores, vale dizer, os cartéis como instrumentos anticompetitivos, o tema a ser tratado adiante versa sobre a prática de cartéis para a participação nas compras do Poder Público, representada especialmente pelos procedimentos licitatórios.

Antes de avançar a questões sobre a prática de cartéis, há que se ressaltar que o Poder Público, ao realizar suas compras e contratações de produtos e serviços tem o dever de bem utilizar o dinheiro proveniente dos contribuintes. Isto faz com que este processo negocial seja marcado por práticas diferenciadas das realizadas no âmbito puramente privado. Assim, por meio da realização de licitações, que tem bastante similitude com os leilões, busca o Poder Público contratar pelo menor preço com a maior qualidade.

Entretanto, em que pese os objetivos do processo licitatório, esta não é, em regra, a percepção que se tem da realidade. Tem-se a sensação de que os preços pagos pelo Poder Público vão além daqueles pagos pelos particulares, como é repetido nas incontáveis notícias que circulam na imprensa sobre o superfaturamento e sobrepreço em licitações e a criação de esquemas ilícitos para fraudá-las.

Dentre estes ilícitos, está a formação de cartéis entre os interessados em fornecer produtos e serviços ao Estado, que terminam por macular e manipular os objetivos do processo licitatório, transformando-o em um simples procedimento *pro forma* para a garantia dos interesses dos membros do cartel que, ao cobrarem um preço para além do que seria o de mercado, lesam o erário e, por conseguinte, toda a sociedade.

2. AS LEITURAS

A variedade dos documentos indicados para a leitura traz uma visão ampla da questão a ser discutida na aula. Digo documentos pois os textos vão para além de artigos e capítulos de livros, mas contemplam também um Inquérito Administrativo do CADE e um acórdão do Superior Tribunal de Justiça, cujo conteúdo será tratado no final.

Apesar de constar da bibliografia complementar, o texto de KLEMPERER traz um aporte geral da teoria econômica dos leilões, que tem aplicabilidade direta às compras públicas pelo modo em que são realizadas as licitações, verdadeiros “leilões reversos”, onde, ao invés do leiloeiro ligado à figura do vendedor, aparece como licitante, comprador.

Todo o contexto trazido pelo autor faz com que seja possível compreender a evolução da discussão do tema dentro das ciências econômicas, que, por sinal, é bastante recente. Por mais que o leilão seja uma prática social que remonta aos tempos mais longínquos, o seu estudo pela ciência econômica se deu de maneira focada a partir da década de 60 do século passado, com os trabalhos produzidos por Vickrey, em 1961 e 1962, que o levaram ao Nobel de Economia em 1996.

O autor ressalta em todo o texto os fundamentos para “teoria econômica dos leilões” e o seu fundamento na “informação” para que o leilão se demonstre lucrativo para uns e desvantajoso para outros. Em que pese tratar sobre colusão nos leilões, o foco do texto está mesmo em fazer um reporte geral sobre esta teoria econômica.

De maneira bastante acessível, o texto de MARSHALL e MARX traz uma narrativa sobre a manipulação de leilões, denominada na língua inglesa por “*bid-*

rigging”. Na narrativa, um experiente negociante de antiguidades, que participa de um cartel de compradores em leilões, explica a um novato as práticas que desenvolvia em seu ofício. Desde a maneira a se comportar durante um leilão até o modo pelo qual eram divididos os lucros, e feito o “segundo leilão”, ou “*knockout*” entre os participantes do conluio.

O texto demonstra de maneira clara que o ponto chave da lucratividade nos leilões está em deter “informação” sobre o objeto. Isto será primordial para se traçar o caminho negocial a ser trilhado, inclusive e especialmente quando se manipula um leilão, ou, no caso do objeto da aula, uma licitação.

A facilidade e a maneira simples com que as ideias são passadas pelo texto, bem como a sua conexão com casos julgados nos Estados Unidos, demonstram a certeza da existência de conluios e manipulação nos mais diversos tipos de “concorrências”.

O trabalho de HEIMLER, por sua vez, tem o foco nos cartéis nas licitações públicas, como diz o próprio título “*Cartels in public procurement*”. O texto inicia por tratar dos objetivos anticompetitivos e claramente secretos deste tipo de acordo entre concorrentes, causando prejuízos não apenas ao erário, mas também à inovação. Diferencia os cartéis que operam no mercado privado, daqueles que tem foco nas contratações públicas, relatando as dificuldades de detecção destes últimos, em especial pela estabilidade que estes possuem.

Os incentivos para a quebra de um acordo de cartel são muitos, em especial pela chance de maior lucratividade em vender abaixo do sobrepreço acordado entre os membros do cartel, ou então em poder vender em áreas proibidas pelos acordos de divisão de mercado.

Entretanto, a natureza das compras públicas e a chance de lucratividade garantida para todos os membros do cartel de licitações faz com que esta tenha estabilidade muito maior que a dos que operam no mercado privado e estejam menos sujeitos aos incentivos de fuga ou de cooperação com as autoridades de concorrências, através de programas de leniência.

Neste caminho, o autor tem que é necessário o treinamento dos servidores públicos envolvidos nos procedimentos licitatórios afim de que estes percebam a existência de conluio entre os concorrentes e também a atuação da autoridade antitruste a partir dos indícios trazidos pelos servidores.

Neste ponto, há espaço para uma reflexão interessante, não feita pelo autor, mas que versa sobre o cabimento e a oportunidade de um programa de *whistleblowing*,

abrindo a possibilidade para que tanto os concorrentes que não fazem parte do cartel quanto os servidores públicos que sabem de desvios de seus colegas possam denunciar as práticas anticoncorreciais em troca de prêmios e garantias.

O último artigo a ser tratado é o de MATTOS, que traz de maneira sintética, mas completa, informações sobre as modalidades de licitação vigentes no país e a abertura para a participação de cartéis nas compras públicas. Enfoca o Regime de Contratação Diferenciada (RDC), utilizado, por exemplo, para os grandes eventos sediados no país, como as Olimpíadas e a Copa do Mundo.

Segundo o autor, no RDC há a possibilidade de se desenhar um leilão à medida necessária para o objeto a ser licitado, evitando risco de direcionamento que se façam presentes, o que pode dificultar a atuação de cartéis na licitação, garantindo o cumprimento de sua função primordial, o bom uso do dinheiro público.

Como dito logo no início, para além dos artigos, há a indicação de leitura de dois documentos. O primeiro deles é um acórdão penal do Superior Tribunal de Justiça, produto de um julgamento de Recurso Especial sobre a recepção ou não pelo juízo criminal de denúncia formulada pelo Ministério Público de São Paulo contra alguns indivíduos acusados de crime de cartel e de crime de fraude à licitação no caso da expansão da Linha 2 (Linha Verde) do Metropolitano de São Paulo.

Este cartel, que operou na licitação da expansão da Linha 2, é tratado também no outro documento, o Inquérito Administrativo do CADE, fruto do acordo de leniência da Siemens.

É de causar espanto a maneira com que decidiu o Superior Tribunal de Justiça, pela não ocorrência do crime de cartel. Em que pese a qualidade do voto vencido do Ministro Rogerio Schietti Cruz, a tese que se sagrou vencedora naquela turma demonstra a distância e falta de compreensão do poder judiciário sobre questões basilares de direito da concorrência.

Ressaltando que o assunto em discussão na era nem mesmo uma condenação, mas a recepção de uma denúncia pelo juízo criminal. Ou seja, no caso, mesmo que esta fosse recebida, seria dado acesso ao amplo contraditório aos denunciados para estes comprovarem os fatos que cressem por relevantes. Isto tudo quando a existência de cartel aparenta estar bem comprovada após os fatos e provas levados ao CADE pela cooperação em leniência da Siemens.

O Inquérito Administrativo do CADE trata do cartel formado para atuação em diversas licitações envolvendo transportes sobre trilhos no país, com atuação não

apenas no Metropolitano de São Paulo, mas em diversas obras espalhadas por todo o país, desde 1998. O que demonstra a expressividade da questão e dos prejuízos decorrentes da prática do ilícito de cartel nas licitações públicas.

Portanto, estamos diante de um tema vivo e de discussão necessária, em especial quando se tem um tribunal superior a decidir da maneira que o fez apenas cinco meses atrás. Ademais, como toda a diferença pode estar em possuir uma “informação privilegiada”, pode-se abrir a discussão sobre a prática de corrupção para o acesso a este tipo estes dados.