

Poder Econômico e Ética Empresarial: interfaces entre defesa da concorrência e combate à corrupção

Professores Vinícius Marques de Carvalho e Caio Farah Rodriguez

Aluno: Mateus Piva Adami

### ***Cartéis em licitações: formas de organização e casos práticos (29/10)***

#### **Leitura Obrigatória:**

OCDE – *Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement*

#### **Leitura Complementar:**

SØREIDE, T. *Corruption in Public Procurement: Causes, consequences and cures*. CMI Reports, 2002

TEW, J. *Siemens AG and others v Commission (Gas Insulated Switchgear): the difficulties faced by appellants seeking to challenge leniency evidence*. Journal of European Competition Law & Practice. 2014

A entidade Transparência Internacional aponta que contratações relacionadas a obras públicas, aquisição de armamentos e ao setor de energia (abrangendo as indústrias do petróleo e energia elétrica) são, nessa ordem, as três mais suscetíveis de enfrentar episódios de corrupção<sup>1</sup>. Os três setores, dentre outros, estão no centro de diversas investigações de corrupção envolvendo a formação de cartéis no Brasil.

Embora seja possível a formação de cartéis sem haver, necessariamente, corrupção de um agente público, os incentivos para que essa associação ocorra estão presentes, dada a existência de algumas condições: (i) altas somas de recursos em jogo; e (ii) complexidade tecnológica (o que ocorre, em alguma medida, nos três setores indicados<sup>2</sup>. Combater cartéis, assim, pode resultar também na redução dos níveis de corrupção e nos custos de obras públicas<sup>3</sup>, sendo certo que, para tanto, é necessário compreender o seu funcionamento e as formas de reduzir os incentivos para sua ocorrência. Não há, contudo, uma fórmula única e inquestionável de procedimento a ser adotada para evitar os cartéis e episódios de corrupção.

A análise dos aspectos levantados pela OCDE para a caracterização do mercado de licitações públicas como suscetível de sofrer com práticas cartelizadas, contudo, não parece oferecer uma análise suficiente para a compreensão do problema, ao menos em relação de obras de maior complexidade – como as que geralmente ocorrem nos três setores acima destacados. Dos elementos indicados pela OCDE, três parecem ser efetivamente aplicáveis a essa situação: (i) número reduzido de empresas; (ii) baixo nível de entrantes; e (iii) ausência de bens ou serviços substitutos<sup>4</sup>.

Os dois primeiros itens estão intimamente relacionados com os desenhos dos processos licitatórios e das exigências de qualificação técnica e econômico-financeira que são aplicadas aos interessados em contratações de obras públicas no Brasil – como se extrai, por exemplo, dos arts. 30 e ss. da Lei 8.666/93. As exigências de experiência técnica prévia, devidamente atestada, e porte mínimo da empresa (refletida em

---

<sup>1</sup> SØREIDE, T. *Corruption in Public Procurement: Causes, consequences and cures*. CMI Reports, 2002, pp. 12-13.

<sup>2</sup> Idem, p. 13.

<sup>3</sup> Idem, p. 1.

<sup>4</sup> OCDE – *Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement*, p. 3.

patrimônio líquido) efetivamente contribuem para reduzir o número de agentes no mercado e facilitar a colusão<sup>5</sup>.

O documento da OCDE aponta uma série de medidas que podem ser adotadas no desenho de licitações para desincentivar comportamentos colusivos, dentre as quais algumas serão a seguir destacadas, considerando alguns pontos de discussão havidos nas aulas anteriores – e que, em alguma medida, podem ser aplicados às licitações mais complexas e terem alguma compatibilidade com a legislação brasileira.

Em relação ao **objeto**, sugere-se a realização de ampla pesquisa de mercado e comparação com outros órgãos que tenham adquirido bens similares, inclusive com a consideração de preços praticados no exterior<sup>6</sup>, de forma a mitigar o efeito da própria administração local como adquirente na formação dos preços<sup>7</sup>. A consulta aos próprios licitantes pode ser interessante em casos que envolvam contratação de itens que envolvam complexidade técnica – com a cautela de não provocar o direcionamento do edital desnecessariamente a uma tecnologia proprietária<sup>8</sup>.

Também se aponta a necessidade de licitar um objeto bem definido tecnicamente, de forma a reduzir as chances de futuros ajustes contratuais. A repartição do objeto em lotes menores, quando possível, também é medida indicada.

Em relação à **qualificação/condição de participação dos agentes**, medidas que facilitem o aumento do número de competidores, como exigências de qualificação técnica e econômicas compatíveis com o porte dos empreendimentos<sup>9</sup>. Também se indica a importância de abrir os procedimentos a licitantes estrangeiros, de forma a aumentar a competitividade dos procedimentos.

Nesse ponto o estudo também aponta a necessidade de exigir transparência em relação à subcontratação – apontando-se a necessidade de indicar, de antemão, quem serão os subcontratados. De forma mais geral, também faz ressalvas em relação à participação de empresas através de consórcios em licitações, notadamente quando dispuserem de capacidade para apresentação de propostas individualmente<sup>10</sup>.

Quanto aos **procedimentos adotados**, recomenda-se a utilização de critérios de julgamento que comportem alguma forma de negociação e discricionariedade para o gestor público, para além do julgamento forçado exclusivamente em critério de preço<sup>11</sup>. Também há recomendação para que os leilões comecem com uma proposta lacrada, não permitindo que os preços sejam formulados no momento do certame, quando já se tem pleno conhecimento dos demais competidores.

---

<sup>5</sup> Importante notar que tais exigências possuem lastro na legislação e são suportadas pela necessidade de conferir alguma segurança à Administração em relação ao cumprimento do escopo contratual.

<sup>6</sup> OCDE – *Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement*, p. 4.

<sup>7</sup> SØREIDE, T. *Corruption in Public Procurement: Causes, consequences and cures*. CMI Reports, 2002, p. 24-25

<sup>8</sup> OCDE – *Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement*, p. 7.

<sup>9</sup> Idem, p. 6.

<sup>10</sup> Idem, p. 8.

<sup>11</sup> A legislação brasileira, tal qual interpretada pelos órgãos de controle, limita sensivelmente as hipóteses de utilização de critérios de julgamento envolvendo efetivamente qualquer tipo de avaliação técnica, bem como a própria negociação de propostas. Vejam-se, por exemplo, as licitações de concessão de saneamento no Estado de São Paulo, que se utilizam do critério técnica e preço, mas a avaliação técnica fundamentalmente consiste em um *checklist* de compatibilidade com o termo de referência apresentado pela Prefeitura contratante – a fim de impedir, na visão do Tribunal de Contas, uma avaliação “subjetiva” das propostas.

Poder Econômico e Ética Empresarial: interfaces entre defesa da concorrência e combate à corrupção

Professores Vinícius Marques de Carvalho e Caio Farah Rodriguez

Aluno: Mateus Piva Adami

Recomenda-se que a qualificação dos licitantes seja realizada durante o procedimento de licitação propriamente dito, evitando-se o uso de mecanismos de prequalificação dos interessados, pois isso poderia facilitar os contatos entre eles. A fixação clara das sanções aplicáveis em caso de prática de cartel, como a suspensão de participação em licitações, é medida recomendada.

**Após licitação**, é importante a cautela na celebração de aditivos, pois podem abrir margem para corrupção. Nesse ponto, o estudo destaca que qualquer ajuste após a celebração do contrato deve ser cuidadosamente analisado, consistindo em uma possível evidência de prática ilícita na contratação<sup>12</sup>.

Há uma atenção especial para o **monitoramento das contratações**<sup>13</sup>, tratadas de forma geral, de modo a subsidiar o órgão responsáveis pelas contratações com dados que podem: (i) ajudar no desenho de novas licitações; e (ii) auxiliar na atividade de detecção de cartéis em licitações.

Nesse sentido, por um lado, a elaboração de uma espécie de banco de dados poderia alimentar um sistema de inteligência para a Administração Pública<sup>14</sup>. Ele poderia sistematizar, por exemplo, os seguintes dados, para todas as contratações realizadas por todas as esferas da federação: (i) preços praticados em relação a cada objeto; (ii) as exigências de habilitação praticadas; (iii) os licitantes – vencedores ou não; (iv) potenciais participantes – agentes que retiraram formalmente os editais, apresentaram esclarecimentos/impugnações/representações em Tribunais de Contas; (v) composição dos consórcios; (vi) identificação dos subcontratados; (vii) termos aditivos celebrados.

Essa base de dados poderia funcionar para a identificação de cartéis e fraudes relacionadas a contratos públicos, em paralelo com o uso dos acordos de leniência e a introdução de mecanismos de *whistleblowing* – aspectos também mencionados pelo estudo.

Conforme mencionado acima, não há fórmula que automaticamente resulte na redução dos cartéis e corrupção. De fato, algumas medidas acima poderiam ter justamente o efeito contrário. Por exemplo, o aumento da discricionariedade do agente público pode reduzir o incentivo para a formação de cartéis (por dificultar o alinhamento de preços e qualidade dos serviços), mas aumentar a margem para corrupção<sup>15</sup>. A própria ideia de que o aumento do número de competidores poderia automaticamente reduzir os incentivos para cartéis e para a corrupção também é questionada, dado que, em um mercado altamente competitivo, a ilicitude pode ser a única forma de diferenciação<sup>16</sup>. O próprio incentivo à participação de agentes estrangeiros, em tese submetidos a mecanismos adicionais de *compliance*, também pode possuir o efeito inverso – diante de dados que demonstram um índice maior de corrupção de empresas estrangeiras em mercados emergentes<sup>17</sup>.

Essas constatações demonstram que a incorporação de orientações formuladas com base na experiência estrangeira – como o guia da OCDE – não pode deixar de levar em consideração a dinâmica do mercado local. Embora algumas considerações sejam

---

<sup>12</sup> OCDE – *Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement*, p. 8.

<sup>13</sup> OCDE – *Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement*, p. 10.

<sup>14</sup> SØREIDE, T. *Corruption in Public Procurement: Causes, consequences and cures*. CMI Reports, 2002, p. 13 e 27.

<sup>15</sup> Idem, p. 27.

<sup>16</sup> SØREIDE, T. *Corruption in Public Procurement: Causes, consequences and cures*. CMI Reports, 2002, p. 28-29.

<sup>17</sup> Idem, p. 30.

quase decorrentes de senso comum, os mecanismos devem ser adaptados, tarefa que pode ser pensada pelas autoridades de defesa da concorrência no exercício de sua competência de *advocacy* – por exemplo, com fundamento no art. 6º, inciso III, da Lei 13.334/2016, que cria o Programa de Parcerias de Investimentos (PPI). Tal observação se aplica, notadamente, em projetos de alta complexidade, nos quais os procedimentos podem se afastar procedimentalmente de regras padronizadas de contratação, baseadas em experiências internacionais<sup>18</sup>.

A análise dos casos concretos pode auxiliar nesse caminho, como é o caso do Acordo de Leniência relacionado ao caso Belo Monte, firmado entre o Superintendência Geral do CADE e a empresa Andrade Gutierrez<sup>19</sup>. Com base nos aspectos listados acima, podemos identificar alguns pontos de atenção:

- Membros do consórcio efetivamente responsável pela construção da usina apresentaram, conjuntamente, os estudos técnicos que fundamentaram a licitação.
- Houve determinação governamental para que tais empresas apresentassem propostas separadamente, em dois grupos, para dar “impressão de competitividade” para a licitação. Apesar da separação ter sido formalmente efetivada, os contatos continuaram, com o objetivo de gerar a divisão da obra em três partes iguais.
- A expectativa era a de que um dos consórcios integrados pelas empresas vencesse a licitação e, posteriormente, viabilizasse a contratação das demais.
- Posteriormente um dos consórcios, integrado por duas das empresas, desistiu de apresentar proposta – mantendo os contatos com aquela que seria integrante do único consórcio a apresentar proposta. Essa expectativa não se concretizou.
- A contratação foi estruturada de forma partida: (i) primeiro, a celebração de um contrato de concessão, adjudicado a um grupo investidor (composto fundamentalmente de empreiteiras de pequeno e médio porte e empresas públicas); e (ii) uma licitação privada, realizada pela concessionária, que gerou a efetiva realização da obra.
- O contrato para execução da obra foi estruturado como Contratação EPC, que acabou sendo vencido por uma das três empresas que originalmente estudaram o ativo, mas que acabou incorporando, além das outras duas, também as integrantes do consórcio que celebrou o contrato de concessão.

Observa-se, portanto, que a implantação da UHE Belo Monte, obra de inegável complexidade, experimentou dois momentos de cartelização: (i) durante a fase de concessão, em alguma medida motivada pela interferência do Governo; e (ii) na contratação do contrato privado de EPC. Conforme mencionado acima, o porte da obra e a especialização técnica necessária para sua execução contribuem para que o número de interessados efetivamente capazes de executá-la seja muito reduzido.

No caso, as empresas inicialmente responsáveis pelos estudos técnicos seriam as únicas efetivamente habilitadas a tanto – sendo necessária sua associação para reduzir os riscos inerentes ao um projeto de quase R\$ 30 bilhões. Isso coloca uma dúvida relevante acerca da forma com que o projeto foi licitado, dado que, tanto na licitação pública quanto na privada, o foco foi a contratação exclusivamente pelo critério de menor

---

<sup>18</sup> SØREIDE, T. *Corruption in Public Procurement: Causes, consequences and cures*. CMI Reports, 2002, p. 21.

<sup>19</sup> Vide processo n. [08700.006377/2016-62](#)

Poder Econômico e Ética Empresarial: interfaces entre defesa da concorrência e combate à corrupção

Professores Vinícius Marques de Carvalho e Caio Farah Rodriguez

Aluno: Mateus Piva Adami

preço. Seria essa a melhor forma de conduzir esse tipo de procedimento? O receituário da OCDE seria aplicável ao caso concreto em que medida, a fim de reduzir os incentivos à cartelização? Como diferenciar projetos de extrema complexidade como Belo Monte de obras de grande porte para fins de desenho dos procedimentos de contratação? Ou melhor: Belo Monte pode ser parâmetro?