

**DISCIPLINA: PODER ECONÔMICO E ÉTICA EMPRESARIAL: INTERFACES ENTRE
DEFESA DA CONCORRÊNCIA E COMBATE À CORRUPÇÃO**

PROFESSOR DOUTOR VINICIUS MARQUES DE CARVALHO

PROFESSOR CONVIDADO CAIO FARAH RODRIGUEZ

Aula 11: Cartéis em licitações: formas de organização e casos práticos (29/10)

Aluno responsável pelo artigo de reação: Renan Cruvinel de Oliveira (cruvinel.renan@gmail.com)

Os cartéis e a corrupção têm efeito nocivo grave nas licitações, uma vez que afetam recursos não apenas dos licitantes, mas também dos contribuintes, põem em cheque a confiança do público no processo concorrencial e comprometem os benefícios de um mercado competitivo. Enquanto os cartéis em licitação são prejudiciais à competitividade e impedem que se chegue ao menor preço e a melhor qualidade a que se chegaria em um certame em que as empresas competem genuinamente, a corrupção nas contratações públicas leva à compra de produtos ou serviços do melhor subornador ao invés da aquisição da melhor combinação preço-qualidade.

Ambas as práticas levam ao falseamento da concorrência somado à perda de excedente do consumidor e abuso dos recursos públicos. Para combater tais distorções e fortalecer a política de combate aos cartéis e à corrupção em licitações deve-se, necessariamente, compreender as formas de organização dos certames e a arquitetura das condutas ilícitas. E, para que haja tal compreensão, é preciso voltar atenção aos casos práticos e às experiências anteriores das instituições responsáveis pela identificação e persecução às condutas. Tal compreensão permite que as autoridades atuem não apenas após os certames objeto do conluio, mas também previamente, impedindo que os agentes cartelistas cheguem a um acordo capaz de frustrar o caráter competitivo da licitação.

Esse entendimento levou, por exemplo, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) a elaborar, a pedido da Secretaria-executiva do Programa de Parceria de Investimentos – PPI do Governo Federal, medidas para estimular o ambiente concorrencial dos processos

licitatórios. Segundo o Cade, elas pretendiam, a partir da experiência do órgão antitruste, enfrentar o desafio de conciliar o respeito à estabilidade das regras do ambiente econômico – com a finalidade de estimular o investimento privado – com a inserção de elementos que desestabilizem eventuais acordos colusivos, em negociação ou pré-existentes, com o objetivo de construir editais que estimulem a competição entre os agentes econômicos e dificultem a atuação concertada nas licitações.

A identificação seja de atos de corrupção, seja de cartéis não é tarefa simples e os textos contribuem imensamente para tal propósito. Com base no estudo de como se organizam os cartéis e a corrupção em licitações, tanto a OCDE¹ quanto Soreide² prepararam guias para orientar a formulação de políticas de combate a essas condutas. A OCDE³ apresenta, ainda, (i) uma lista de verificação para o planejamento do processo de contratação para redução de riscos de cartéis⁴ e (ii) uma lista de verificação para detecção de cartéis nas aquisições públicas⁵.

¹ OECD. Guidelines for fighting bid rigging in public procurements. 2016.

² SØREIDE, T. Corruption in Public Procurement: Causes, consequences and cures. CMI Reports, 2002

³ Segundo a OCDE, algumas dessas práticas são nos casos de cartéis em licitação: o mesmo fornecedor frequentemente oferece o menor lance; há uma correlação entre espaço geográfico e determinadas empresas; Um fornecedor não é habilitado em um lance em que ele normalmente seria; retirada inesperada de lances; companhias que sempre licitam e nunca vencem/ padrões de rotação entre os vencedores/ submissão conjunta de proposta quando pelo menos uma das empresas tem condições de oferecer o lance individualmente; constância em subcontratação; competidores promovem encontros próximo ao prazo final para os lances; Erros idênticos em propostas diferentes; propostas distintas com a mesma letra cursiva ou mesma formatação; documentos de uma empresa que se referem a lances de outras empresas; lances distintos que apresentam estimativas semelhantes; documentos de diferentes empresas que não apresentam a documentação necessária de modo semelhante; Inesperados e idênticos aumentos no preço de produtos que não podem ser explicados por aumento de custo; descontos antecipados são cortados repentinamente; grande diferença entre o valor do lance vencedor dos demais; o mesmo fornecedor apresenta valores altamente divergentes para contratos semelhantes; fornecedores locais apresentam valores significativamente mais altos que fornecedores de localidades distantes; atitudes inesperadas durante os próprios leilões, eletrônicos ou não, podem indicar comportamentos anticompetitivos; referências faladas ou escritas a respeito de um acordo; declarações de que os preços foram fundamentados em “sugestão da indústria” ou “preço padrão do mercado”; exclusividades ou limitações quanto a clientes ou áreas; declarações que expressem avançado conhecimento de informações não públicas a respeito de competidores; uso da mesma terminologia por diferentes fornecedores.

⁴ Com relação à lista (i), estão entre as medidas sugeridas: coleta de informações acerca dos mercados objeto do certame e de recentes práticas ou tendências que afetem o processo licitatório; busca pela participação de competidores genuínos, evitando restrições desnecessárias do número de concorrentes; definição de requisitos e especificações claras e compreensíveis, mas que não sejam discriminatórias; criação de mecanismos que reduzam a comunicação entre os participantes; escolha cuidadosa de critérios para avaliação e premiação do processo para garantir que a confiança dos competidores no processo não seja abalada; busca pela identificação de situações problemáticas; e aumento da consciência dos envolvidos sobre os riscos dos cartéis.

⁵ Com relação à (ii), é sugerido, por exemplo: com atenção às práticas incomuns que possam indicar a existência de um cartel avaliação de padrões na submissão das propostas; comparação das propostas e demais documentos apresentados com vistas a verificar se há indícios de que uma mesma pessoa elaborou as propostas; busca por sinais e padrões na variação, especialmente, dos preços; atenção às declarações que possam indicar que as concorrentes chegaram a um acordo ou combinaram preços; e avaliação de encontros ou comportamentos suspeitos que possam propiciar trocas de informações ou conluios anticompetitivos relativos ao certame.

Os documentos, a partir da compreensão de que cartéis e esquemas de corrupção⁶ normalmente se utilizam de estratégias comuns, reúnem práticas a serem implementadas para estimular o ambiente concorrencial e a honestidade em contratações públicas.

Tais estratégias buscam permitir que os agentes públicos detectem padrões que podem ser úteis para revelar esquemas de cartel e de corrupção. Apesar de os indícios elencados não poderem ser considerados como prova que ateste inequivocamente o engajamento das empresas nas práticas, são úteis para que se estabeleçam investigações mais avançadas.

A observância dos padrões ao longo do tempo é mais efetiva para a caracterização da prática do que evidências coletadas em um único procedimento e permitiram defender, segundo os autores, que alguns setores ou tipos de contratações públicas são mais suscetíveis às práticas, os quais merecem atenção especial dos agentes públicos⁷.

A partir da análise de padrões em casos de cartéis e corrupção em licitações, tanto a OCDE⁸, quanto Soreide⁹ indicam alguns mecanismos para evitar que a ilicitude ocorra.

⁶ Por exemplo: a justificativa, pelo governo, de preferência por fornecedores cujos desempenhos, ou valores, já tenham se mostrado satisfatórios; mega eventos e estado de emergência; limitação do número de participantes em uma licitação, ou o convite de empresas sem atuação na área; imitar os participantes de acordo com experiências prévias ou a pré-qualificações; utilizar-se de determinadas especificações tecnológicas ou demasiadamente descritivas; (iv) a má utilização de informações de caráter confidencial; modificações no projeto inicial por meio de mudanças no contrato.

⁷ Segundo a OCDE, as características em regra comuns a tais setores são: poucas empresas; pouca ou nenhuma entrada; condições estáveis do mercado; associação de indústrias; lances repetitivos; produtos ou serviços idênticos ou simples; poucos ou nenhum substituto; pouca ou nenhuma tecnologia. Já com relação à corrupção, segundo Soreider, é mais comum nas seguintes categorias de contratações públicas: (i) produtos relacionados a pesquisas e desenvolvimento especializados; (ii) projetos complexos; (iii) produtos padrões obtidos no mercado aberto; e (iv) versões customizadas de produtos disponíveis no mercado aberto. Outros fatores relevantes sobre os projetos e que podem influenciar, a depender de como são abordados, na suscetibilidade a atos de corrupção são seu tamanho (ou o valor), sua mistificação (projetos de difícil compreensão como aqueles que envolvem tecnologias de ponta), e sua imediatividade. Setores submetidos a muita discricionariedade de agentes públicos tendem a ser objeto de corrupção.

⁸ Dentre os passos a serem tomados pelos agentes públicos em caso de suspeita de cartel: (i) Tenha conhecimento da lei (ii) Não discuta com participantes suspeitos (iii) Mantenha todos os documentos (iv) Mantenha um registro detalhado de todas as atitudes suspeitas e de todos os possíveis envolvidos, faça as observações o quanto antes para que os detalhes sejam tão verossímeis quanto possível (v) Contate a autoridade antitruste (vi) Após análise com o departamento responsável considere a viabilidade, ou não, de se prosseguir com a licitação.

⁹ Com relação aos corruptos: as etapas do processo de licitação, do planejamento à avaliação dos lances, devem ater-se às regras pré-estabelecidas para a garantia de lisura do processo; deve haver um comprometimento político com o fim da corrupção, a começar pelo líder principal do país, que deverá ser seguido pelas demais esferas da sociedade; ao organizar as aquisições públicas devem ser estabelecidos procedimentos relativos a aquisições; observar critérios como índice de desempenho em certames anteriores e buscar a criação de uma unidade de aquisições com profissionais capacitados; atenção à transparência, à simplificação de regras e criação de códigos de condutas e regras de desqualificação como forma de combate aos problemas relacionados ao poder discricionário dos agentes públicos; e estímulo à concorrência como forma de combate à corrupção. Ainda segundo a autora, algumas atitudes mais específicas que podem ser tomadas com o objetivo de se evitar ou de se dificultar a prática de corrupção são: (i)

Ainda que se reconheça que a soma das práticas possui características de complementariedade e auto reforço, gerando prejuízos ao ambiente competitivo e que os guias são instrumentos importantes para o combate a práticas ilícitas envolvendo certames públicos, suas indicações devem ser aplicadas no mundo prático com certa dose de cautela devido a seu caráter incipiente e, muitas vezes, controverso.

É possível dizer que uma prática tende a potencializar a outra, o que levaria à conclusão prematura de que o combate a uma delas serviria para evitar que a outra também ocorresse. Por exemplo, ao conceder suborno a um determinado agente público pode se sentir a necessidade de formar um cartel com sua concorrente para que esta não denuncie a prática de corrupção. No mesmo sentido, um cartel já estabelecido tende a financiar a corrupção com o intuito de prolongar e efetivar o acordo anticompetitivo.

Contudo, quando se olha para as associações possíveis entre colusão em licitações e corrupção por parte do agente público, percebe-se que, em alguns momentos, o que servirá à prevenção à formação do cartel poderá estimular a corrupção e vice-versa. Exemplo disso é a transparência nos contratos licitatórios que ao mesmo tempo que é fundamental para evitar práticas corruptas e facilitar a fiscalização por órgãos de controle e pela população, pode estimular a formação de um conluio entre concorrentes.

Haveria, nesse sentido, um trade-off entre políticas antitruste e políticas anticorrupção em alguns casos, o qual deve ser levado em conta na estruturação dessas políticas.

perturbação das relações de corrupção, com atitudes como a rotação de agentes públicos, separação da atividade de avaliação dos licitantes no órgão comprador, reduzir os atrasos no processo como um todo ou de apenas partes dele; (ii) simplificação das regras, geram maior confiabilidade da sociedade e das empresas participantes no processo, uma vez que quanto mais variáveis e incertezas relativas às regras maiores as chances de corrupção; (iii) avaliação comparativa e itens padrão (benchmarking and off the shelf items), a exigência de padronização de produtos evita a especificação que tem por fim a pré-qualificação de competidores que não oferecem a melhor relação de custo-benefício; (iv) trabalho suplementar (supplementary work), relativo a mudanças de contrato para a realização de novas atividades, ou de retirada destas, pelo licitante vencedor mediante aumento dos valores recebidos; (v) regras para casos excepcionais, casos em que o agente público possua grande discricionariedade são propícios à corrupção, nesse sentido, mesmo em casos excepcionais, a atuação do administrador deve ser pautada, tanto quanto possível, em regras claras e objetivas.