



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

FERNANDO ANTONIO DE ALENCAR ALVES DE OLIVEIRA JUNIOR

**A NECESSÁRIA E COMPLEXA RELAÇÃO ENTRE CONCORRÊNCIA E
CORRUPÇÃO: UMA (RE)ANÁLISE DOS CARTÉIS EM LICITAÇÃO
CONDENADOS PELO CADE**

Brasília
2022

FERNANDO ANTONIO DE ALENCAR ALVES DE OLIVEIRA JUNIOR

**A NECESSÁRIA E COMPLEXA RELAÇÃO ENTRE CONCORRÊNCIA E
CORRUPÇÃO: UMA (RE)ANÁLISE DOS CARTÉIS EM LICITAÇÃO
CONDENADOS PELO CADE**

Tese apresentada no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Universidade de Brasília - UnB, como requisito para obtenção do título de Doutor em Direito, Estado e Constituição, sob a orientação da Professora Dra. Ana Frazão.

Brasília
2022

TERMO DE APROVAÇÃO

FERNANDO ANTONIO DE ALENCAR ALVES DE OLIVEIRA JUNIOR

**A NECESSÁRIA E COMPLEXA RELAÇÃO ENTRE CONCORRÊNCIA E
CORRUPÇÃO: UMA (RE)ANÁLISE DOS CARTÉIS EM LICITAÇÃO CONDENADOS
PELO CADE**

Tese apresentada no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Universidade de Brasília-UnB, como requisito para obtenção do título de Doutor em Direito, Estado e Constituição.

Data de aprovação: ____/____/____.

Banca examinadora:

Ana Frazão
Doutora em Direito
(Orientadora)

Amanda Athayde
Doutora em Direito
(Membra)

Paulo Burnier da Silveira
Doutor em Direito
(Membro)

Vinícius Marques de Carvalho
Doutor em Direito
(Membro)

Ronaldo Pinheiro de Queiroz
Doutor em Direito
(Membro Suplente)

Para Laura, Francisco e Clara.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, preciso registrar minha enorme gratidão à professora Ana Frazão. Como orientadora, apontou caminhos sem os quais este trabalho não seria possível, pelo menos não no formato ora desenhado. Ana é uma constante fonte de inspiração, tanto pelo seu destacado conhecimento jurídico, quanto pelo seu necessário senso de justiça social. Para a minha alegria, além de referência acadêmica, tornou-se amiga e madrinha durante esta trajetória de pós-graduação.

Da UnB, no período do doutorado, tive a sorte de estar perto de professores como Amanda Athayde, Paulo Burnier, Rebecca Igreja e Eneá Almeida. Suas disciplinas foram essenciais não apenas para a elaboração da tese, mas também para a minha própria formação humana. Da USP, um café com Vinícius de Carvalho, quando estava nos seus últimos dias no CADE em 2016, foi o ponto de partida para várias inquietudes sobre a relação entre concorrência e corrupção, algumas das quais endereçadas neste trabalho. Convivi, ainda, nesse período, com colegas de pós-graduação inspiradores, como os professores Ângelo de Carvalho e Anderson Silva. A todos meu muito obrigado: de maneira direta ou indireta, seus exemplos fizeram com que eu não desistisse no meio do caminho.

Do CADE, guardo, em lugar especial no coração, Gilvandro Araújo, Victor Rufino, André Ramos, André Erhardt, Diogo Andrade, Maria Rosa, Cristina Esteves e Francisco Mendes. Minha primeira experiência como professor, aliás, foi substituindo temporariamente Dedeco, enquanto ele se recuperava do seu fatídico acidente de moto em 2009. Até hoje mantemos uma parceria acadêmica e profissional, que, de certa forma, também decorre do cavalo que naquela época cruzou o seu caminho. Os amigos ora mencionados, além de outros não citados, personificam o CADE que tão bem me acolheu entre 2006 e 2012, período ao qual, constantemente, “voltei” enquanto escrevia a tese.

Ao Ministério Público, minha gratidão é imensurável. É muito bom estar em um lugar no qual se reconhece como sendo “sua casa”. A tese não teria sido esta se não houvesse minha experiência na Lava Jato em 2017. Meu muito obrigado, pelo convívio inspirador, a Rodrigo Janot, Blal Dalloul, Vladimir Aras, Danilo Dias, Eduardo Pelella, Daniel Salgado, Carol Resende, Pedro Jorge, Ronaldo Queiroz, Clara Noleto, Melina Flores, Rodrigo Telles, Wilton Queiroz e Sérgio Bruno. SB, ainda, foi o responsável por me apresentar Brian Arthur e seus estudos acerca da complexidade. Da representação do MPF no CADE, agradeço aos colegas Márcio Barra Lima e Sady Torres Filho, que, além de me proporcionarem a experiência de representar a instituição no CADE em algumas sessões, como membro em

exercício, disponibilizaram a sala do MPF para que eu realizasse parte desta pesquisa. Do Grupo de Trabalho “Concorrência e Mercado de Capitais” da 3ª CCR, registro o agradecimento ao colega Antônio Cabral, quem, de maneira indireta, mas fundamental, incentivou-me a fazer o doutorado.

Colegas, servidores e estagiários da Procuradoria da República no Tocantins foram essenciais para a viabilidade desta minha trajetória acadêmica. Em nome de Álvaro Manzano, George Lodder, Daniela Daud, Daniel Luz, Carolina Rosado e Paulo Marques, agradeço a compreensão de todos que anuíram com a minha ausência física, alguns dias da semana, pelo período de dois anos, para o doutorado. Nesse tempo, fui titular do 1º Ofício Criminal e do 3º Ofício de Tutela e Ordem Econômica, em que pude trabalhar com pessoas extremamente comprometidas com o serviço público. Em nome de Alliny Naves, servidora, e de Beatriz Ribeiro, estagiária, registro meus agradecimentos àqueles que me ajudaram a manter, paralelamente à atividade acadêmica, o barco da atividade funcional navegando.

Para meus pais, Marta e Fernando, e para minha tia-mãe, Ainha, minha dívida é impagável. Com extremo sacrifício, contribuíram desde sempre para a minha formação. Estiverem comigo em momentos cruciais e me apresentaram um exemplo de amor sem o qual nenhum outro projeto de vida seria realizável. Meus sogros, Francisco e Angélica, também participaram ativamente deste doutorado com a sua torcida inestimável. Laura, minha amada esposa, é revisora e coautora deste e de todos os outros trabalhos acadêmicos que eu venha a realizar. Além de sempre me incentivar, dedicou boa parte do seu tempo ao cuidado dos nossos filhos, confirmando a sorte que tive de, além de viver com uma mulher linda, inteligente e sensível, partilhar a paternidade com a melhor mãe do mundo.

Francisco e Clara, o que falar de vocês? O meu doutorado tem, exatamente, a idade do Kiko. A Clara nasceu quando a fase de escrita desta tese estava em pleno vapor. Meus filhos me ajudaram a perceber, de forma muito mais precisa, a relevância de cada projeto, profissional e acadêmico, que conduzo em minha vida, além de ressignificarem o meu amor pelos meus pais. São donos dos sorrisos mais lindos do mundo, bem como dos choros mais angustiantes. Como amo vocês, meu Deus! Obrigado por tudo!

Percebo em mim e nesta tese um pouco de cada um, felizmente, mas assumo toda a responsabilidade por sua concretização, sobretudo quanto aos eventuais equívocos.

De Palmas para Brasília, julho de 2022.

“– ‘O que é sucesso para você?’ - perguntou o menino.
- ‘Amar’ - respondeu a toupeira.”

Charlie Mackesy em *O menino, a toupeira, a raposa e o cavalo*

RESUMO

A presente tese é um estudo empírico que tem por objetivo analisar os casos de cartel em licitação condenados pelo CADE entre os anos de 1994 e 2019, para avaliar duas hipóteses, denominadas, respectivamente, de necessidade e complexidade: (i) *no Brasil, a maioria dos casos de cartel em licitação está relacionada a atos de corrupção ou, ao menos, apresenta elementos indicativos de sua prática, bem como* (ii) *a coexistência desses dois ilícitos em um mesmo contexto fático altera substancialmente suas características, de modo a deteriorar alguns dos controles corriqueiramente utilizados para sua identificação e repressão*. O texto está estruturado em dois capítulos. O *primeiro* possui três eixos, os quais partem de temas gerais para, gradativamente, abordarem o cartel em licitação, no eixo da concorrência; a corrupção, no eixo da probidade administrativa; e a interseção entre os ilícitos, no eixo da complexidade. Para além da construção das hipóteses de pesquisa, esse capítulo também fundamentou as categorias utilizadas para o estudo empírico. O *segundo capítulo*, por sua vez, está dividido em quatro eixos: um preliminar, que avalia os casos da Lava Jato em processamento no CADE; outro que trata da pesquisa dos cartéis em licitação condenados; um terceiro no qual, a partir dos dados extraídos da pesquisa principal, é analisado como o CADE tem abordado esse tipo de ilícito concorrencial; e, por fim, um último no qual são propostas medidas para aprimorar as investigações desses ilícitos à luz da *Economia da Complexidade*, de Brian Arthur. Cartel e corrupção podem afetar diretamente processos licitatórios e, para o seu combate, o Estado brasileiro possui aparatos repressivos distintos (órgãos, entes e sanções), segmentados por área de atuação: a defesa da concorrência está disciplinada principalmente na Lei 12.529/2011, enquanto a promoção da probidade está prevista, sobretudo, nas Leis 8.429/1992 e 12.846/2013. A doutrina identifica relevante sinergia entre os dois ilícitos, tanto que é comum a infração concorrencial se sobrepor à prática do pagamento de propinas em um mesmo certame licitatório. Este estudo, de maneira inovadora, a partir dos casos de cartel em licitação no Brasil, pretende avaliar o aparato repressivo estanque do Estado, que contrasta com a realidade complexa dos ilícitos, bem como propor algumas melhorias.

Palavras-chave: cartel em licitação, corrupção e complexidade.

ABSTRACT

This doctoral thesis is an empirical study that aims to analyze the bid rigging practices punished by CADE between 1994 and 2019, in order to evaluate two hypotheses, called, respectively, necessity and complexity: (i) in Brazil, most cases of bid rigging are related to acts of corruption or, at least, to indicative elements of their practice, as well as (ii) the coexistence of these two illicit acts in the same factual context substantially alters their characteristics, in many situations undermining some of the controls routinely used for their identification and repression. The text is divided into two chapters. The first one includes three axes, which start from general themes and gradually approach the bid rigging practices, on the axis of competition; corruption, on the axis of administrative probity; and the intersection between the illicit practices, on the axis of complexity. In addition to the construction of research hypotheses, this chapter also substantiated the categories used for the empirical study. The second chapter, in turn, is divided into four axes: a preliminary one, which evaluates the Lava Jato cases being analyzed by CADE; another that deals with the study of sanctioned bid rigging practices; a third in which, based on the data extracted from the main research, it is analyzed how CADE has approached this type of antitrust illicit; and, finally, a last one in which measures are proposed to improve investigations in the light of Brian Arthur's Complexity Economics. Cartel practices and corruption can directly affect bidding processes and, to combat them, the Brazilian State has different repressive apparatuses (agencies and sanctions), segmented by area of activity: the antitrust is mainly disciplined in the Law 12.529/2011, while the promotion of administrative probity is foreseen, above all, in the Laws 8.429/1992 and 12.846/2013. The doctrine identifies a relevant synergy between the two offenses, so much so it is common for the antitrust infringement to overlap with the practice of bribery in the same bidding process. This study, in an innovative way, based on the Brazilian cases of cartel practices in bids, intends to evaluate the watertight repressive apparatus of the State, which contrasts with the complex reality of the illicit practices, and to propose some improvements.

Keywords: bid rigging, corruption and complexity.

RÉSUMÉ

La présente thèse de doctorat est une étude empirique qui vise à analyser les cas de cartel dans les appels d'offres condamnés par le CADE, entre les années 1994 et 2019, pour évaluer deux hypothèses, appelées, respectivement, de nécessité et de complexité: (i) au Brésil, la plupart des cas de cartel dans les appels d'offres sont liés à des actes de corruption ou, tout au moins, présentent des éléments révélateurs de leur pratique, ainsi que (ii) la coexistence de ces deux actes illicites dans un même contexte factuel modifie substantiellement leurs caractéristiques et détruit certains des contrôles couramment utilisés pour leur identification et leur répression. Le texte est structuré en deux chapitres. Le premier comporte trois axes, qui partent de thèmes généraux pour aborder progressivement le cartel dans les appels d'offres, sur l'axe de la concurrence; la corruption, sur l'axe de la probité administrative; et l'intersection entre les illicites, sur l'axe de la complexité. Outre la construction d'hypothèses de recherche, ce chapitre a également étayé les catégories utilisées pour l'étude empirique. Le deuxième chapitre, quant à lui, est divisé en quatre axes: un préliminaire, qui évalue les cas de Lava Jato en cours d'analyse par le CADE; un autre qui traite de l'enquête sur les cartels dans les appels d'offres condamnés; un troisième dans lequel, sur la base des données extraites de la recherche principale, il est analysé comment le CADE a abordé ce type de concurrence illicite; et, enfin, un dernier dans lequel des mesures sont proposées pour améliorer les enquêtes sur ces actes illicites à la lumière de L'Économie de La Complexité de Brian Arthur. Le cartel et la corruption peuvent affecter directement les processus d'appel d'offres et, pour les combattre, l'État brésilien dispose de différents appareils répressifs (agences et sanctions), segmentés par domaine d'activité : la défense de la concurrence est principalement disciplinée dans la Loi 12.529/2011, tandis que la promotion de la probité est prévue, surtout, dans les Lois 8.429/1992 et 12.846/2013. La doctrine identifie une synergie pertinente entre les deux infractions, à tel point qu'il est courant que l'infraction de concurrence se chevauche avec la pratique de verser des pots-de-vin dans le même processus d'appel d'offres. De manière innovante, cette étude, à partir des cas de cartel dans les appels d'offres au Brésil, évalue l'appareil répressif segmenté de l'État, qui contraste avec la réalité complexe des actes illicites, et a pour but de proposer quelques améliorations.

Mots-clés : cartel dans les appels d'offres, corruption et complexité.

Lista de Tabelas e Gráficos

Tabelas

- Tabela 1 - “O Brasil no IPC da Transparência Internacional” no item 1.2.2
- Tabela 2 - “O Brasil no WGI do Banco Mundial” no item 1.2.2
- Tabela 3 - “Leniências no CADE relacionadas à Lava Jato” no item 2.1.1.1
- Tabela 4 - “Casos comuns de cartel e corrupção” no item 2.2.4
- Tabela 5 - “Casos de cartel em licitação e corrupção” no item 2.2.5
- Tabela 6 - “Casos de cartel em licitação sem corrupção” no item 2.2.6

Gráficos

- Gráfico 1 - “Espaços para possíveis relações ilícitas relacionadas a uma licitação pública” no item 1.2.3
- Gráfico 2 - “Casos de cartel” no item 2.2.3
- Gráfico 3 - “Casos de cartel em licitação” no item 2.2.3
- Gráfico 4 - “Espaços para possíveis relações ilícitas relacionadas a uma licitação pública” no item 2.4.1.3
- Gráfico 5 - “Análise da corrupção e do cartel em licitações a partir da complexidade” no item 2.4.1.3
- Gráfico 6 - “Análise da corrupção e do cartel em licitações a partir da complexidade” no item 2.4.1.3

Lista de Abreviaturas e Siglas

AGU – Advocacia-Geral da União
APEOP – Associação Paranaense de Empresários de Obras Públicas
ATPF – Autorização de Transporte de Produto Florestal
BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CDC – Código de Defesa do Consumidor
CDHU – Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo
CGU – Controladoria-Geral da União
COMEC – Coordenação da Região Metropolitana de Curitiba
CNJ – Conselho Nacional de Justiça
CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito
CPMI – Comissão Mista Parlamentar de Inquérito
CPTM – Companhia Paulista de Trens Metropolitanos
DOF – Documento de Origem Florestal
DPDE – Departamento de Proteção e Defesa Econômica (extinto)
EBCT – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos
ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição
ENCCLA – Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro
EUA – Estados Unidos da América
FBI – *Federal Bureau of Investigation* dos Estados Unidos
FIESP – Federação das Indústrias do Estado de São Paulo
FTC – *Federal Trade Commission* (autoridade de defesa da concorrência dos EUA)
FNE – *Fiscalía Nacional Económica* (autoridade de defesa da concorrência do Chile)
GCR – *Global Competition Review*
GEDEC-MPSP – Grupo Especial de Delitos Econômicos do Ministério Público de São Paulo
ICN – *International Competition Network*
INSS – Instituto Nacional de Seguridade Social
IPC – Índice de Percepção da Corrupção da Transparência Internacional
IPED – Indexador e Processador de Evidências Digitais
LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados
LOA – Lei Orçamentária Anual
METRÔ-SP – Companhia do Metropolitano de São Paulo
MPF – Ministério Público Federal
MPF-CADE – Ministério Público Federal junto ao CADE
MPF-DF – Ministério Público Federal no Distrito Federal
MPF-MT – Ministério Público Federal no Mato Grosso
MPF-SP – Ministério Público Federal em São Paulo
MPPR – Ministério Público do Paraná
MPRJ – Ministério Público do Rio de Janeiro
MPRS – Ministério Público do Rio Grande do Sul
MPSP – Ministério Público de São Paulo
OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OEA – Organização dos Estados Americanos
ONU – Organização das Nações Unidas
OMC – Organização Mundial do Comércio
OMA – Organização Mundial das Aduanas
PIB – Produto Interno Bruto
ProCADE – Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE

SABESP – Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo
SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SDE – Secretaria de Direito Econômico
SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico
SEC – *United States Securities and Exchange Commission*
SEPRAC – Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência
SESDEC-RJ – Secretaria Estadual de Saúde e Defesa Civil do Estado do Rio de Janeiro
SIMBA – Sistema de Investigação e Movimentação Bancária
SG – Superintendência-Geral do CADE
STJ – Superior Tribunal de Justiça
STF – Supremo Tribunal Federal
SUDAM – Superintendência para o Desenvolvimento da Amazônia
TADE – Tribunal Administrativo de Defesa Econômica
TCC – Termo de Compromisso de Cessação do CADE
TCU – Tribunal de Contas da União
TRF – Tribunal Regional Federal
WGI – *Worldwide Governance Indicators* do Banco Mundial
WJP – *World Justice Project*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	16
1 A CONCORRÊNCIA, A PROIBIDADE E A COMPLEXIDADE	22
1.1 A concorrência e os cartéis nos mercados	25
1.1.1 A livre concorrência como valor a ser protegido pelo Estado.....	32
1.1.2 A defesa da concorrência no Brasil.....	42
1.1.3 Os cartéis	49
1.1.4 Os cartéis em licitação.....	59
1.1.5 As estruturas de governança estatais de combate aos cartéis em licitação.....	67
1.1.5.1 A importância da política de leniência antitruste	75
1.2 A proibidade e a corrupção nos mercados.....	80
1.2.1 A proibidade como valor a ser protegido pelo Estado	90
1.2.2 A defesa da proibidade no Brasil	97
1.2.3 A corrupção.....	110
1.2.4 A corrupção em processos licitatórios.....	122
1.2.5 As estruturas de governança estatais do combate à corrupção em licitação	130
1.2.5.1 A importância da colaboração premiada e da leniência anticorrupção	140
1.3 A complexa relação entre concorrência e proibidade	149
1.3.1 A relação entre concorrência e proibidade (macro)	159
1.3.2 A relação entre cartéis de licitação e corrupção (micro)	167
1.3.3 Da necessidade e da complexidade no enfrentamento conjunto dos cartéis em licitação e da corrupção, construção das hipóteses.	176
1.3.4 Sobre a escolha da metodologia e a identificação dos “elementos indicativos de corrupção”	178
1.4 Considerações finais do capítulo	182
2 OS CARTÉIS EM LICITAÇÃO E A CORRUPÇÃO.....	192
2.1 O caso da Lava Jato: o encontro entre agentes públicos corruptos e agentes econômicos cartelizados	194

2.1.1 A pesquisa preliminar: a Lava Jato no CADE.....	201
2.1.1.1 Os casos de cartéis da Lava Jato no CADE.....	202
2.1.1.2 A relação entre cartéis e corrupção na experiência da Lava Jato.....	205
2.1.1.2.1 Os agentes públicos e os cartéis na Lava Jato.....	205
2.1.1.2.2 Os cartéis da Lava Jato sem agentes públicos?.....	210
2.1.1.3 Considerações finais sobre a pesquisa preliminar da Lava Jato no CADE.....	212
2.2 A pesquisa dos casos de cartel em licitação condenados pelo CADE.....	215
2.2.1 Os dados pesquisados.....	218
2.2.1.1 Os dados objetivos pesquisados.....	219
2.2.1.2 Os dados valorativos pesquisados.....	221
2.2.2 Realização da pesquisa.....	224
2.2.3 Os resultados encontrados.....	229
2.2.4 Os casos comuns de cartel e a corrupção.....	231
2.2.5 Os casos de cartel em licitação e a corrupção.....	238
2.2.5.1 Casos na vigência da Lei 8.884/1994.....	240
2.2.5.2 Casos na vigência da Lei 12.529/2011, entre 2012 e 2015.....	246
2.2.5.3 Casos na vigência da Lei 12.529/2011, entre 2016 e 2019.....	255
2.2.6 Algumas anotações sobre os casos de cartel em licitação em que não foram encontrados elementos indicativos de corrupção.....	259
2.2.7 Estudo analítico dos critérios utilizados.....	261
2.2.8 A validação das hipóteses levantadas.....	263
2.3 Análise da jurisprudência do CADE sobre os cartéis em licitação.....	266
2.3.1 Mercado relevante.....	267
2.3.2 Padrão de instrução probatória.....	270
2.3.3 A corrupção e o fluxo de informações entre Ministérios Públicos, Polícia e o SBDC273.....	275
2.3.4 Distinção entre os cartéis em licitação e outras fraudes.....	275
2.4 Propostas para o efetivo combate aos ilícitos em licitação.....	279
2.4.1 Os cartéis e a corrupção em licitação como problemas complexos.....	286
2.4.1.1 Principais características dos sistemas complexos.....	288
2.4.1.2 A análise dos ilícitos a partir da abordagem tradicional.....	291
2.4.1.3 A análise dos ilícitos a partir da complexidade.....	294
2.4.2 Medidas para uma melhor investigação dos cartéis e da corrupção em licitações. ..	299

2.4.2.1 A necessária capacitação de pessoal	300
2.4.2.2 O uso da tecnologia como ferramenta indispensável para a análise desses ilícitos	303
2.4.2.3 O necessário diálogo interinstitucional.....	308
2.4.2.4 A necessidade de punição diferenciada para cartéis com corrupção em licitações	314
2.5 Considerações finais do capítulo	319
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	329
REFERÊNCIAS.....	339
APÊNDICE A – CASOS LAVA JATO NO CADE	370
APÊNDICE B – CASOS DE CARTEL CONDENADOS PELO CADE ENTRE 1994 – 2019, POR ORDEM CRONOLÓGICA DE JULGAMENTO	392
APÊNDICE C – CASOS DE CARTEL EM LICITAÇÃO CONDENADOS PELO CADE ENTRE 1994 – 2019, POR ORDEM CRONOLÓGICA DE JULGAMENTO.....	397
APÊNDICE D – CASOS COMUNS DE CARTEL EM QUE FORAM VERIFICADOS ELEMENTOS INDICATIVOS DE CORRUPÇÃO	399
APÊNDICE E – CASOS DE CARTEL EM LICITAÇÃO EM QUE FORAM VERIFICADOS ELEMENTOS INDICATIVOS DE CORRUPÇÃO	411
APÊNDICE F – CASOS DE CARTEL E ELEMENTOS INDICATIVOS DE CORRUPÇÃO	446

INTRODUÇÃO

Em 2016, o professor John M. Connor publicou um estudo com dados estatísticos contundentes sobre os cartéis internacionais. Em síntese, uma média de 75 conluios desse tipo era descoberta por ano no mundo e, entre 1990 e 2016, o valor de vendas afetadas se aproximava aos 50 trilhões de dólares norte-americanos, com prejuízos que ultrapassavam o montante de 1,5 trilhão, tendo sido estimados, pelo menos, 100.000 agentes econômicos responsáveis pela fixação uniforme de preços (CONNOR, 2016, p. 1).

Esses números justificam a atenção dada pela OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) aos cartéis *hardcore*: em 1998, a organização recomendou aos seus membros o combate dessa prática e, desde então, pelo menos 20 rodadas de debates e audiências foram promovidas pelo seu Comitê de Concorrência, bem como foram produzidos pelo menos três relatórios com uma síntese da experiência de diversos países, nos anos de 2000, 2003 e 2005 (OCDE, 2019a, p. 7). Em 2019, a recomendação de 1998 foi reiterada, reforçando a necessidade desse tipo de ilícito ser condenado independentemente da demonstração de prejuízos, bem como de que as vítimas sejam devidamente indenizadas (OCDE, 2019b, p. 5-6).

Quanto aos cartéis em licitação, a OCDE afirma que os contratos públicos constituem aproximadamente 15% do PIB dos seus membros, com uma tendência de valores maiores para países em desenvolvimento (OCDE, 2009, p. 2), os quais, em regra, tendem a apresentar maior quantidade de projetos no setor de infraestrutura. A partir desse dado e com base em um valor de sobrepreço médio de 20%, Ana Paula Martinez estima que, “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” (MARTINEZ, 2013, p. 47). Em 2018, o Brasil, somente no Governo Federal, teria realizado mais de 100 mil processos de licitação e gasto um valor aproximado de 48 bilhões de reais (CADE, 2019e, p. 12). Percebe-se, pois, que os prejuízos ao país podem alcançar montantes relevantes.

De maneira semelhante, nos últimos anos, entes internacionais têm chamado atenção para os prejuízos decorrentes da prática de corrupção no setor público. O Banco Mundial lançou publicação sobre o tema em setembro de 2020, na qual, em consonância com a OCDE, informa que os gastos governamentais em licitações correspondem a algo em torno de 10% a 25% dos orçamentos públicos, bem como que entre 10% a 30% desses valores têm sido desperdiçados com a corrupção (BANCO MUNDIAL, 2020, p. 19). A Transparência Internacional, por sua vez, publicou em janeiro de 2022 o seu *Índice de Percepção da*

Corrupção referente ao ano de 2021, no qual o Brasil registra pontuação abaixo da média mundial com apenas 38 pontos, que o classifica na 96ª posição de um total de 180 países analisados (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, 2022a).

A doutrina tem estudado, a partir de uma perspectiva mais ampla, a relação entre mercados competitivos e práticas de corrupção¹. Em uma perspectiva mais específica, há alguns estudos sobre a propensão de agentes econômicos cartelizados, em um processo de licitação, obterem ajuda de agentes públicos corruptos². Contudo, não foram identificados, no Brasil, trabalhos empíricos que busquem avaliar esses fenômenos conjuntamente.

Nesse contexto, a presente pesquisa se propõe a estudar a relação entre concorrência e corrupção, mais especificamente a interação existente, no Brasil, entre cartéis e agentes públicos corruptos nas licitações. Para tanto, serão reanalisados os casos condenados pelo CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), autoridade de defesa da concorrência brasileira, entre 1994 até 2019. Fala-se aqui em “reanálise” porque, ainda que haja trabalhos sobre cartéis em licitação³ e a autoridade de defesa da concorrência tenha se debruçado sobre os fatos para investigar o ilícito concorrencial, nesta pesquisa, propõe-se, de maneira inovadora, olhar os mesmos casos com foco na corrupção, a fim de melhor compreender a correlação dos fenômenos.

Cartéis em licitação e corrupção são problemas que precisam ser bem compreendidos, pois afetam o orçamento público e prejudicam de maneira direta a consecução de obras e serviços licitados e, de maneira indireta, a realização de políticas públicas importantes, como saúde e educação, pois há uma tendência de serem priorizados aqueles projetos que tenham maior capacidade de gerar propinas, usualmente chamados de “elefantes brancos”⁴. Além disso, no Brasil, o aparato estatal trata esses problemas (cartel e

¹ Nesse sentido, por exemplo: (i) Emerson (2006); (ii) Troesken (2007); (iii) Lewis e Das Nair (2014); (iv) Frazão (2017b); (v) Celentani e Ganuza (2002); (vi) Basu, McGavock e Zhang (2013); e (vii) Diaby e Sylwester (2015).

² Dessa forma, por exemplo: (i) Lambert-Mogiliansky e Compte Verdier (2005); (ii) Lambert-Mogiliansky e Sonin (2006); (iii) Lambert-Mogiliansky (2010); e (iv) Kovacic, Anderson e Muller (2016); e (v) Kovacic, Anderson e Jones (2019).

³ Vide, por exemplo: (i) Carvalho (2018), (ii) Mattos (2014) e (iii) Kramer (2014).

⁴ Susan Rose-Ackerman e Bonnie Palifka explicam que: “First, consider the officials’ decision calculus. The impact of high-level corruption goes beyond the mere scale of public investment and lost revenue for the public budget. Top officials may select projects and make purchases with little or no macroeconomic rationale [...]. Corrupt rulers favor capital-intensive public projects over other types of public expenditures and will favor public investment over private investment. They will frequently support ‘white elephant’ projects with little value in promoting economic development” (ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2016, p. 101). No mesmo sentido, Paolo Mauro (1998, p. 277-278), a partir de evidências empíricas, conclui que quanto maior for o nível de corrupção de um país, maior será o investimento público em setores nos quais haja maior possibilidade de cobrar propinas, como o setor de grandes obras e de infraestrutura, sendo reduzido, proporcionalmente, o gasto em educação.

ato de corrupção, ambos em um contexto de processos de licitação) como se fossem estanques, separados, o que pode prejudicar a efetividade no seu combate⁵.

A bibliografia trabalhada indica uma forte sinergia entre os ilícitos⁶, de maneira que as hipóteses investigadas são: (i) considerada a necessidade de os agentes econômicos sobreviverem nos mercados e, por isso, tenderem a controlar a concorrência, a maioria dos casos de cartel de licitação no Brasil deverá estar relacionada a atos de corrupção, ou, ao menos, deverá apresentar elementos indicativos da prática desses atos; e (ii) tendo em vista a natureza complexa dessa relação, a coexistência desses dois ilícitos, em um mesmo contexto fático, altera consideravelmente suas características, de modo a praticamente anular alguns dos mecanismos corriqueiramente utilizados para sua identificação e repressão.

Como objetivo geral, o trabalho se propõe a melhor compreender, no Brasil, a relação entre cartéis em licitação e agentes públicos corruptos. Como objetivos específicos, pretende-se: (i) entender quais os incentivos e os fins da relação entre agentes econômicos cartelizados e agentes públicos corruptos; (ii) estimar a frequência com que os ilícitos podem, conjuntamente, aparecer; (iii) avaliar de que forma a presença desses dois ilícitos, em um mesmo contexto fático, dificulta a sua detecção e, conseqüentemente, punição; bem como, (iv) consideradas as características observadas, esboçar quais seriam os aprimoramentos necessários e possíveis para melhor repressão desses ilícitos.

Os problemas serão abordados a partir da *Teoria dos Campos*, de Neil Fligstein (2002 e 2012), e da *Economia da Complexidade*, de Brian Arthur (1999 e 2015).

Em síntese, segundo Fligstein, mercado é um tipo de arena, domínio, setor, espaço de organização social ou campo⁷ que existe para produção e venda de bens e serviços,

⁵ Em âmbito federal, por exemplo, há entes e agentes públicos responsáveis administrativamente pelo combate aos cartéis, que compõem o SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência), enquanto outros entes e agentes cuidam do combate à corrupção, capitaneados pela CGU.

⁶ Assim: “Besides empirical evidence, there are theoretical issues motivating the study of links between collusion and corruption. First, any cartel must solve a series of problems including agreeing how to share the spoils, securing enforcement, and deterring entry (see McAfee and McMillan, 1992). A corrupt auctioneer can contribute to solving some of these problems, for example by providing means of retaliation to secure enforcement or creating barriers to entry. Second, corrupt auctioneers might seek to extract rents. Certain provisions in auction rules may provide them with ample opportunities to support collusion in order to create rents that they can appropriate” (LAMBERT-MOGILIANSKY; SONIN, 2006, p. 884).

⁷ Sinônimos frequentemente utilizados nas obras de Fligstein para denominar os *campos de atuação estratégica* em que atores coletivos, tais como empresas, grupos empresariais, cadeia de fornecedores e sistemas governamentais interagem. Há outros sociólogos que trabalham com esse conceito de campo, com destaque para Pierre Bourdieu, de quem Fligstein reconhece forte influência nas suas ideias, mas a *Teoria dos Campos* aqui abordada tem um diferencial importante: enquanto a maioria retrata os campos como uma realidade estável, em que o traço marcante seria a reprodução de rotinas sociais, Fligstein destaca a instabilidade como característica preponderante dos mercados, decorrente da própria interação entre os atores e de dois elementos que, justamente porque resultam dessa interação, necessariamente estarão presentes, que são a *tecnologia* e a *competição* (FLIGSTEIN, 2002, p. 9-12).

caracterizado pela troca estruturada, o que implica afirmar que os atores coletivos que participam desse campo social esperam trocas repetidas de seus produtos e serviços e, por isso, precisam de regras e estruturas sociais que guiem e organizem as negociações (FLIGSTEIN, 2002, p. 30). A *Teoria dos Campos* assume que os atores no mercado tentam produzir uma estabilidade local, que representa também um sistema de dominação no espaço, daí a distinção hierárquica entre atores *incumbentes*, que influenciam a formação da organização social, a qual, uma vez estabelecida, a eles beneficia, e os atores *desafiantes*, os quais se aproveitam em menor medida desses arranjos⁸.

Para Arthur, o termo “complexidade” se refere a um movimento verificado em diversas áreas científicas que busca dar enfoque na interação entre os elementos de um sistema e como, a partir dessa interação, os elementos se influenciam, alterando o próprio sistema, de maneira que padrões são criados e modificados. Há, portanto, uma clara preocupação quanto à formação de estruturas e ao modo em que essas estruturas impactam os objetos⁹. Dessa maneira, sistemas complexos são aqueles cujos elementos se adaptam e reagem aos padrões por eles mesmos criados. No caso da economia, diferentemente dos sistemas complexos em ciências naturais, como a biologia, a física e a química, em que são esperadas sempre reações simples dos seus elementos, adiciona-se um complicador, que é o fato de os agentes econômicos reagirem com estratégia e previsão, considerando os resultados que podem advir de um comportamento que eles ou outros agentes possam assumir (ARTHUR, 1999, p. 107).

Fligstein e Arthur, em suas respectivas áreas, adotam nas suas lições nortes como: a insuficiência da economia, *per se*, para compreensão dos mercados; a realidade complexa não se adequa às simplificações dos modelos teóricos costumeiramente adotados; os agentes

⁸ Nesse sentido: “Incumbents are those actors who wield disproportionate influence within a field and whose interests and views tend to be heavily reflected in the dominant organization of the strategic action field [...] Challengers, on the other hand, occupy less privileged niches within the field and ordinarily wield little influence over its operation. While they recognize the nature of the field and the dominant logic of incumbent actors, they can usually articulate an alternative vision of the field and their position in it. This does not, however, mean that challengers are normally in open revolt against the inequities of the field or aggressive purveyors of oppositional logics. On the contrary, most of the time challengers can be expected to conform to the prevailing order, although they often do so grudgingly, taking what the system gives them and awaiting new opportunities to challenge the structure and logic of the system” (FLIGSTEIN; MCADAM, 2012, p. 13).

⁹ Assim: “Complexity is not a theory but a movement in the sciences that studies how the interacting elements in a system create overall patterns, and how these overall patterns in turn cause the interacting elements to change or adapt. It might study how individual cars together act to form patterns in traffic, and how these patterns in turn cause the cars to alter their position. Complexity is about formation—the formation of structures—and how this formation affects the objects causing it. To look at the economy, or areas within the economy, from a complexity viewpoint then would mean asking how it evolves, and this means examining in detail how individual agents’ behaviors together form some outcome and how this might in turn alter their behavior as a result. Complexity in other words asks how individual behaviors might react to the pattern they together create, and how that pattern would alter itself as a result” (ARTHUR, 2015, p. 3).

econômicos, embora racionais, podem adotar comportamentos imprevisíveis, influenciados por questões sociológicas ou psicológicas, por exemplo, de modo que, com suas condutas, não apenas almejem a maximização dos lucros ou, até mesmo, que isso não seja o propósito mais relevante a ser considerado.

A partir dessas premissas, foi realizado um estudo hipotético-dedutivo¹⁰ dos casos de cartel em licitação condenados pelo CADE, autoridade de defesa da concorrência brasileira, entre o ano de 1994, quando a política de defesa da concorrência de fato se iniciou no Brasil¹¹, até 2019.

Inicialmente, no primeiro capítulo, foi feita uma *revisão bibliográfica* para fundamentar a construção das *hipóteses* que serviram de norte para se perquirir a relação entre concorrência e corrupção no contexto da interação entre agentes econômicos cartelizados e agentes públicos corruptos. Além disso, esse estudo também contribuiu na delimitação das *categorias* para a identificação dos elementos indicativos da presença de atos de corrupção nos casos de cartel em licitação. O capítulo conta com três eixos principais, os quais se propõem a delimitar, para a finalidade desta tese, os conceitos de concorrência e de probidade, além de seus respectivos ilícitos correlatos, cartel e corrupção, bem como a relação complexa entre o cartel e o agente público corrupto em licitações.

Essas *hipóteses* e *categorias*, em seguida, auxiliaram a pesquisa *empírica* de caráter predominantemente *qualitativo*¹², mas também *quantitativa*¹³, que compõe o segundo capítulo: foram analisados todos os processos administrativos de cartéis em licitação condenados pelo CADE entre 1994 e 2019, com o escopo de se buscar elementos que indicassem a possível coexistência do ilícito antitruste com práticas corruptas. Acredita-se que

¹⁰ No sentido de que “o pesquisador elege o conjunto de proposições hipotéticas que acredita serem viáveis como estratégia de abordagem para se aproximar do seu objeto” (MEZZAROBÀ; MONTEIRO, 2019, p. 72).

¹¹ Ivo Gico Junior, por exemplo, registra o caráter marcadamente intervencionista do Estado brasileiro na economia, durante quase todo século XX, o que fez com que o país, apesar de ter um histórico de leis de Direito da Concorrência desde a década de 40, mais especificamente a partir de 1938, com o Decreto-Lei 869, apenas com a Lei 8.884/1994, implantasse “de maneira séria, uma política de defesa da concorrência relativamente consistente” (GICO JUNIOR, 2006, p. 40).

¹² Nesse sentido: “Qualidade é uma propriedade de ideias, coisas e pessoas que permite que sejam diferenciadas entre si de acordo com suas naturezas. A pesquisa qualitativa não vai medir seus dados, mas, antes, procurar identificar suas naturezas [...]. A pesquisa qualitativa também pode possuir um conteúdo altamente descritivo e pode até lançar mão de dados quantitativos incorporados em suas análises, mas o que vai preponderar sempre é o exame rigoroso da natureza, do alcance e das interpretações possíveis para o fenômeno estudado e (re)interpretações de acordo com as hipóteses estrategicamente estabelecidas pelo pesquisador” (MEZZAROBÀ; MONTEIRO, 2019, p. 104-105).

¹³ Uma vez que também é objeto deste trabalho mensurar o quantitativo dos casos em que o fenômeno da corrupção é verificado nos cartéis em licitação. Nesse sentido: “se o objeto de sua pesquisa se prestar a qualquer tipo de medição e esta, evidentemente, for interessante para o resultado final da investigação a que você se propôs, a adoção de procedimentos de quantificação pode lhe ser útil” (MEZZAROBÀ; MONTEIRO, 2019, p. 103).

a análise dos casos do CADE é essencial para melhor compreender a correlação entre os problemas. Esse capítulo está estruturado em quatro partes.

Na primeira, foram pesquisados os casos relacionados à Operação Lava Jato no CADE, a partir dos respectivos acordos de leniência publicizados, a fim de se constatar se a possível relação entre agentes públicos corruptos e econômicos cartelizados, verificada na Petrobras, poderia também estar presente em outros entes ou órgãos públicos; na segunda, a jurisprudência do CADE de cartéis em licitação foi analisada com a finalidade específica de se perquirir, no bojo desses casos, elementos indicativos de corrupção; na terceira, foram selecionados os principais pontos observados na pesquisa jurisprudencial do CADE, os quais podem ajudar para uma melhor compreensão da forma com que é realizada a atividade administrativa estatal de combate aos cartéis em licitação; por fim, na quarta, realizou-se uma nova *revisão bibliográfica* e uma *pesquisa prescritiva*, na tentativa de se buscar algumas propostas para que as políticas públicas de defesa da concorrência e de combate à corrupção sejam aprimoradas, especificamente no que se refere à sua função de repressão.

Problemas complexos, como a interseção entre cartel e corrupção no contexto das licitações, demandam soluções compatíveis com as suas características. Algumas medidas corriqueiramente aplicadas, sem a exata compreensão de como essas estruturas se formam e de quais são os incentivos para a sua manutenção, podem ter o efeito de um mero placebo: acredita-se que os ilícitos estão sendo efetivamente combatidos, quando, na verdade, o que existe é um gasto ineficiente de recursos públicos com políticas repressivas diversas que não são capazes de mitigar os efeitos deletérios das práticas nos mercados. Conhecer essa realidade, no contexto brasileiro, é o primeiro passo, para, a partir de então, com as ferramentas adequadas, sobretudo no que se refere à identificação das características desses sistemas, serem pensadas medidas para aprimorar as investigações. O presente trabalho se propõe a contribuir, portanto, com a melhor compreensão desses temas, a partir dessas premissas.

1 A CONCORRÊNCIA, A PROIBIDADE E A COMPLEXIDADE

Em 2001, quando Richard Posner lançou a segunda edição do seu livro *Antitrust Law*, o subtítulo que constava na primeira edição, datada de 1976, foi propositadamente retirado: *an economic perspective*. Explicava o autor, já no prefácio, que, ao falar em uma “perspectiva econômica” para o antitruste, implicitamente se compreendia que existiam outras também válidas. Contudo, na sua visão, todas haviam falhado nos últimos anos¹⁴. Então, já no limiar do século XXI, haveria, no Direito da Concorrência, um consenso em torno de premissas como: o agente econômico é um *player* racional que busca maximizar os seus lucros, o bem-estar econômico deve ser associado ao conceito de eficiência, e a análise de custos e benefícios deve ser o parâmetro utilizado para estabelecimento de práticas ilícitas¹⁵. Não faria, pois, mais sentido especificar aquela que agora seria a única abordagem válida.

No mesmo ano, o sociólogo Neil Fligstein publicou *The Architecture of Markets*, obra na qual propõe a construção de uma abordagem sociológica sistematizada para os mercados, a partir da *Teoria dos Campos*¹⁶. Semelhantemente a outros estudos sociológicos, Fligstein critica a visão neoclássica de competição perfeita nos mercados e de *homo economicus*. Em síntese, o autor defende que diferentes aspectos das relações sociais entre agentes econômicos são significantes para a sobrevivência das empresas e para o funcionamento do mercado, bem como que os diferentes rendimentos econômicos de variados arranjos dos mercados, em diversas sociedades, fizeram com que alguns estudiosos considerassem o porquê de múltiplas estruturas sociais existirem e como elas podem produzir resultados econômicos de sucesso¹⁷.

¹⁴ Assim: “In the intervening years, the other perspectives have largely fallen away, a change that I have marked by dropping the subtitle from this new edition” (POSNER, 2001, prefácio).

¹⁵ De maneira detalhada, Richard Posner explica que: “Almost everyone professionally involved in antitrust today – whether as litigator, prosecutor, judge, academic, or informed observer – not only agrees that the only goal of the antitrust laws should be to promote economic welfare, but also agrees on the essential tenets of economic theory that should be used to determine the consistency of specific business practices with that goal. Agrees, that is, that economic welfare should be understood in terms of the economist’s concept of efficiency; that business firms should be assumed to be rational profit maximizers, so that the issue in evaluating the significance of a particular business practice should be whether it is a means by which a rational profit maximizer can increase its profits at the expense of efficiency; and that the design of antitrust rules should take into account the costs and benefits of individualized assessment of challenged practices relative to the costs and benefits or rule-of-thumb prohibitions, notably the per se rules of antitrust illegality” (POSNER, 2001, prefácio).

¹⁶ *A theory of fields*, no vernáculo de origem, foi estruturada com mais detalhes em obra lançada posteriormente, em 2012, em um trabalho de coautoria de Fligstein com McAdam (FLIGSTEIN; MCADAM, 2012). A teoria em si tem aplicação mais ampla do que apenas a análise de mercados e se propõe a ser um instrumento de estudo para vários espaços de interação social entre atores coletivos e individuais.

¹⁷ Aqui está a contradição com algumas análises econômicas tradicionais: “In contradiction to theories of competitive markets, many markets have complex and stable social structures based on repeated interactions of

A primeira edição de *Corruption and Government*, da jurista Susan Rose-Ackerman, data de um período próximo, mais exatamente de 1999. Na obra, Rose-Ackerman reconhece a importância da abordagem econômica para o enfrentamento da corrupção, entretanto ressalta também a necessidade da compreensão cultural e política, tanto que estrutura suas lições nesses três eixos, os quais são as partes fundamentais do seu escrito, para, em seguida, propor uma agenda de reformas¹⁸. Soluções para problemas sociais e para o desenvolvimento econômico que funcionam em determinado país não, necessariamente, terão os mesmos efeitos em outros, observadas as suas especificidades, sobretudo em razão da presença da corrupção, bem como da forma com que diferentes atores, como políticos, agentes econômicos e funcionários públicos interagem (ROSE-ACKERMAN; TRUEX, 2012).

Finalmente, também em 1999, Brian Arthur, por sua vez, em oposição à Economia Neoclássica, estabeleceu os parâmetros da chamada *Economia da Complexidade*, termo primeira vez utilizado¹⁹ pelo próprio Arthur em um artigo intitulado *Complexity and the Economy* (1999). A atividade econômica não está necessariamente em equilíbrio e não é algo dado, mas pode apresentar formas que estão em constante desenvolvimento, a depender de arranjos institucionais e tecnológicos. Ainda, retornos decrescentes e crescentes podem estar presentes em uma determinada situação de mercado (ARTHUR, 2015, p. 16 - 17).

Percebe-se, apesar da importância da produção acadêmica de Richard Posner para o Direito Antitruste, que, no início do século XXI, não havia (e até hoje não há) um consenso

buyers and sellers and on the status and reputation of market participants. It is also clear that firms have very different internal configuration that reflect these social processes [...]. Modern economic theory claims to be a general theory about how people interact in order to materially reproduce themselves (i.e., how they allocate scarce resources to different ends), and, therefore, it is assumed to be applicable to all societies at all times. The sociology of markets has a long and distinguished history of questioning this assumption” (FLIGSTEIN, 2002, p.7).

¹⁸ Assim: “We analyze the problem of corruption along four dimensions. The first takes the basic institutions of state and society as given and asks how corrupt incentives arise within public programs. We identify pathologies that recur across sectors drawing specific examples from a range of concrete situations [...]. The second dimension recognizes that corruption has different meanings in different societies. One person’s bribe is another person’s gift. A political leader or public official who aids friends, family members, and supporters may seem praiseworthy in some societies and corrupt in others [...]. The third dimension considers how the basic structure of the public and private sectors produces or suppresses corruption. We examine the relationship between corrupt incentives and democratic institutions and discuss the relative bargaining power of public and private organizations and individual actors. [...]. The final section of the book turns to the difficult of achieving reform” (ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2016, p. 36-38).

¹⁹ No seguinte trecho: “Conventional economics thus studies consistent patterns—patterns in behavioral equilibrium, patterns that would induce no further reaction. Economists at the Santa Fe Institute, Stanford, MIT, Chicago, and other institutions are now broadening this equilibrium approach by turning to the question of how actions, strategies, or expectations might react in general to—might endogenously change with—the aggregate patterns these create. The result, complexity economics, is not an adjunct to standard economic theory, but theory at a more general, out-of-equilibrium level” (ARTHUR, 1999, p. 107).

acerca das premissas por ele levantadas²⁰ para a abordagem do Direito Antitruste ou, de maneira mais ampla, para a compreensão da atividade econômica nos mercados²¹. Em comum, Neil Fligstein, Susan Rose-Ackerman e Brian Arthur, em suas áreas, contestaram, direta ou indiretamente, algumas ideias nucleares de escolas econômicas tradicionais, como a Escola Neoclássica, e adotaram nas suas lições nortes tais como: a insuficiência da economia, *per se*, para compreensão dos mercados; a realidade complexa não se adequa às simplificações dos modelos teóricos costumeiramente adotados; os agentes econômicos, embora racionais, podem adotar comportamentos imprevisíveis, influenciados por questões sociológicas ou psicológicas, por exemplo, de modo que, em suas condutas, não apenas almejem a maximização dos lucros ou, pelo menos, que isso não seja o propósito mais relevante a ser considerado.

Os autores mencionados constituirão a base teórica a partir da qual a presente pesquisa será realizada, com o objetivo de se verificar, no Brasil, a relação entre a defesa da concorrência e o combate à corrupção, com enfoque nas licitações públicas. Assim, na ordem apresentada, para a abordagem das questões concorrenciais e da prática dos cartéis, serão utilizadas as lições de Fligstein e da sua *Teoria dos Campos*; para a compreensão do fenômeno da corrupção nos mercados, os estudos de Rose-Ackerman que, a partir da economia, busca melhor identificar o problema e propor algumas soluções; por fim, dada a relação complexa que há entre ilícitos concorrenciais, como os cartéis, e a corrupção de agentes públicos, Brian Arthur fornecerá o arcabouço teórico para melhor compreensão das questões postas. Esses são os três eixos que compõem o presente capítulo.

²⁰ Vale aqui o registro de que o próprio Posner reconheceu, após a crise financeira das hipotecas de 2008, problemas na autorregulação do mercado pelos agentes econômicos, o que contraria algumas das premissas da Escola de Chicago. Assim: “modern economics is, on the one hand, very mathematical, and, on the other, very skeptical about government and very credulous about the self-regulating properties of markets. That combination is dangerous. Because it means you don’t have much knowledge of institutional detail, particular practices and financial instruments and so on. On the other hand, you have an exaggerated faith in the market. That was a dangerous combination” (POSNER, 2010, p. 3-4).

²¹ Apenas para citar alguns exemplos, embora os fins do antitruste seja um tema abordado nos tópicos 1.1.1, *A livre concorrência como valor a ser protegido pelo Estado*, e 1.1.2, *A defesa da concorrência no Brasil*, autores como Tim Wu (2018), que foi aluno de Posner, conforme revela na dedicatória do livro, e Binyamin Appelbaum (2019), em suas obras, questionaram as consequências negativas de uma prática de cerca de quatro décadas de Economia Neoclássica, sobretudo na área antitruste, para os Estados Unidos, que Wu identifica como uma tentativa de recriar uma *Gilded Era*, com todas as consequências negativas decorrentes da concentração econômica, sobretudo para a democracia, e Appelbaum chama, em tom crítico, de *Economists’ Period*. Mais especificamente no Direito da Concorrência, trabalhos como o de Maurice Stucke (2012) e Lina M. Khan (2017 e 2020), que, respectivamente, chamam atenção para a necessidade de o antitruste, em democracias, ter uma pluralidade de fins, bem como para o resgate do foco no processo competitivo e nas estruturas de mercado, tópicos deixados em um segundo plano pela Escola de Chicago.

Feita essa breve introdução, é possível, agora, tratar da concorrência nos mercados, com a finalidade de compreender o problema dos cartéis e, mais especificamente, dos conluíus em licitação. O que significa neste trabalho a expressão “mercado”?

1.1 A concorrência e os cartéis nos mercados

Mercado é um tipo de arena, domínio, setor, espaço de organização social ou campo que existe para a produção e a venda de bens e serviços e que é caracterizado pela troca estruturada, o que implica afirmar que os atores coletivos que participam desse campo social esperam trocas repetidas dos seus produtos e serviços e, por isso, precisam de regras e estruturas sociais que guiem e organizem as negociações (FLIGSTEIN, 2002, p. 30).

Há outros sociólogos que trabalham com esse conceito de campo²², com destaque para Pierre Bourdieu, de quem Fligstein reconhece forte influência nas suas ideias²³, mas a *Teoria dos Campos* aqui abordada tem um diferencial importante: enquanto a maioria retrata os campos como uma realidade estável, em que o traço marcante seria a reprodução de rotinas sociais, Fligstein destaca a instabilidade como característica preponderante dos mercados, decorrente da própria interação entre os atores²⁴ e de dois elementos que, justamente porque resultam dessa interação, necessariamente estarão presentes, que são a *tecnologia* e a *competição*. Essas ideias precisam ser detalhadas.

A *Teoria dos Campos* assume que os atores no mercado tentam produzir uma estabilidade local, que representa também um sistema de dominação no espaço, daí a distinção hierárquica entre atores *incumbentes*, que influenciam a formação da organização

²² Dessa forma: “This first element of the theory is the insight that action takes place in constructed mesolevel social orders, which is implied in various versions of institutional theory. These orders have been variously called sectors (Scott and Meyer 1983), organizational fields (DiMaggio and Powell 1983), games (Scharpf 1977), fields (Bourdieu and Wacquant 1992), networks (Powell et al. 2005), and, in the case of government, policy domains (Laumann and Knoke 1987) and policy systems/subsystems (Sabatier 2007). In the economic realm, markets can be thought of as a specific kind of constructed order (Fligstein 1996, 2001b)” (FLIGSTEIN, 2012, p. 9).

²³ Assim: “Obviously, there is a substantial affinity between Bourdieu’s scheme and the one proposed here. Bourdieu is a responsible for the idea of situating action in fields as any scholar. His theoretical apparatus is one of the most developed (although it is not the only one). We view our theorizing as developing both the theory of fields and the idea of action in order to explain more phenomena more explicitly. As such, we are not hypercritical of his approach but believe that he would take much of our argument as a useful way to expand the scope and power of field theory” (FLIGSTEIN, 2012, p. 24).

²⁴ Segundo o próprio Fligstein: “One of the key differences between our perspective and most versions of institutional theory is that we see fields as only rarely organized around a truly consensual ‘taken for granted’ reality. The general image for most institutionalists is one of routine social order and reproduction. In most versions of institutional theory, the routine reproduction of that field is assured because all actors share the same perceptions of their opportunities and constraints and act accordingly. To the extent that change occurs at all, it is relatively rare and almost never intentional. In contrast, for us, there is constant jockeying going on in fields as a result of their contentious nature” (FLIGSTEIN, 2012, p. 11-12).

social, a qual, uma vez estabelecida, a eles beneficia, e os atores *desafiantes*, os quais se aproveitam em menor medida desses arranjos²⁵. A organização social dos campos em geral se refere: (i) ao conjunto de princípios que estruturam o pensamento dos atores e são usados para entender as situações postas e que podem ser chamados de *compreensões cognitivas*, *quadros cognitivos* ou *visão de mundo*; (ii) às rotinas ou práticas que os atores desempenham nas suas relações sociais cotidianas; e (iii) às *relações sociais concretas* que constituem esferas que podem ou não ser conscientemente compreendidas pelos atores (FLIGSTEIN, 2002, p. 29).

Mercados podem estar em formação ou em crise²⁶, cenários que indicam construção ou desconstrução da sua organização social e, portanto, a instabilidade é facilmente deduzida. Entretanto, mesmo em situações de permanência ou de relativa estabilidade, os atores podem ser constantemente contrariados, em razão do jogo de interação existente entre eles. Ou seja, embora as relações sociais sejam orientadas de forma a ser mantidas as posições de vantagem dos *players* mais poderosos em face dos desafiantes, pressões decorrentes das relações do próprio mercado podem instar mudanças na configuração social (FLIGSTEIN, 2002, p. 32). As quatro principais ameaças para os agentes econômicos nos mercados estariam relacionadas aos principais atores com que eles se relacionam na atividade produtiva e à tecnologia, na ordem: fornecedores, competidores, funcionários e inovação.

Assim, primeiro, fornecedores podem controlar as vendas, aumentar os preços e fazer com que os agentes econômicos que dependem de seus produtos percam lucros; segundo, competidores podem engajar-se em uma competição de preços, que levará à redução

²⁵ Nesse sentido: “Incumbents are those actors who wield disproportionate influence within a field and whose interests and views tend to be heavily reflected in the dominant organization of the strategic action field [...] Challengers, on the other hand, occupy less privileged niches within the field and ordinarily wield little influence over its operation. While they recognize the nature of the field and the dominant logic of incumbent actors, they can usually articulate an alternative vision of the field and their position in it. This does not, however, mean that challengers are normally in open revolt against the inequities of the field or aggressive purveyors of oppositional logics. On the contrary, most of the time challengers can be expected to conform to the prevailing order, although they often do so grudgingly, taking what the system gives them and awaiting new opportunities to challenge the structure and logic of the system” (FLIGSTEIN, 2012, p. 13).

²⁶ Ao tratar sobre mudança e estabilidade nos mercados, Fligstein explica: “There are three phases in market formation: emergence, stability, and crisis. My concern is to specify how actors’ perceptions of the current social structure affects the tactics they use to seek stability for their firms [...]. A stable market is defined as a situation in which the identities and status hierarchy of producer firms (i.e., who are the incumbents and the challengers) is well known, and a conception of control that guides actors who lead firms is shared [...]. In new markets, the politics resemble social movements. The conditions in the market are wide open and fluid. Lots of firms are forming, each with different conceptions of what the market will be. The problem is that, in fluid situations, is not clear how to control competition [...]. Markets in crisis are susceptible to transformation. On rare occasions, the push for change may come from within the firms in a market. More frequently, firms invade the market and transform the conception of control” (FLIGSTEIN, 2002, p. 75-76).

do *market share* de determinado agente econômico e, eventualmente, retirá-lo do mercado; terceiro, a cooperação entre administradores e empregados pode apresentar conflitos interpessoais e políticos, os quais podem prejudicar a capacidade de o agente econômico produzir; e, por último, seus produtos ou serviços podem ficar obsoletos (FLIGSTEIN, 2002, p. 17).

Mas não apenas. O mercado não é um campo isolado. Está inserido em uma teia de diversos outros campos que com ele se relacionam, seja de maneira próxima, seja de maneira remota. Isso faz com que também haja possibilidade de choques exógenos²⁷, ou seja, de que forças externas ao mercado fomentem um movimento de mudança na organização social (FLIGSTEIN, 2012, p. 18-21). Em síntese, em qualquer mercado os agentes econômicos estão sujeitos a constantes pressões internas e externas. Chega-se ao ponto referente à sobrevivência.

A *Teoria dos Campos* explica que a busca por interações estáveis com competidores, fornecedores e trabalhadores é a principal causa das estruturas sociais nos mercados. As táticas observadas nos negócios, então, são orientadas para produzir estabilidade, particularmente entre competidores, o que não quer dizer que sempre os agentes econômicos encontram a solução para os problemas existentes ou que essas soluções sejam lícitas²⁸. É, aqui, que a *Teoria dos Campos* proporciona uma alternativa à teoria econômica tradicional, a qual afirma que os agentes econômicos agem movidos pela maximização dos lucros.

As empresas²⁹ se consideram mutuamente, em um determinado mercado, para tomar suas decisões, a depender da posição que ocupem, com finalidade de sobreviver no

²⁷ Uma vez que os campos estão inseridos em um complexo de redes, portanto conectados a outros campos, é de se esperar a interdependência entre alguns deles, o que pode acarretar os choques externos. Nesse sentido: “The main theoretical implication of the interdependence of fields is that the broader field environment is a source of routine, rolling turbulence in modern society. A significant change in any given strategic action field is like a stone thrown in a still pond sending ripples outward to all proximate fields. This does not mean that all or even most of the ripples will destabilize other fields. Like stones, changes come in all sizes. Only the most dramatic are apt to send ripples of sufficient intensity to pose a real threat to the stability of proximate fields” (FLIGSTEIN, 2012, p. 19).

²⁸ Assim: “I am not arguing that firms always find solutions to the problems presented to them by competition [...]. What I am arguing is that many of the actions taken by the owners and managers of firms make more sense if we understand the goal of those actions. Managers and owners are trying to enhance the survival of the firm by utilizing tactics oriented toward reducing the uncertainties they face due the competition between firms” (FLIGSTEIN, 2002, p. 18-19).

²⁹ Embora “empresa”, à luz do que dispõe o art. 966 do Código Civil, refira-se, tecnicamente, à atividade exercida pelo agente econômico, neste trabalho, vez ou outra, o termo será utilizado como sinônimo do próprio sujeito da atividade ou *player* do mercado. É, assim, por exemplo, a sua utilização mais recorrente na Lei 12.529/2011.

mercado, face às incertezas enfrentadas³⁰. Por isso, Fligstein trata sua teoria como uma abordagem político-cultural: a sobrevivência dos agentes é o que os move para fazer prevalecer determinada organização social, caracterizada pelas *relações sociais concretas* e pelos *quadros cognitivos* que os favoreçam (FLIGSTEIN, 2002, pp. 15-20). As interações nos *campos* funcionam como jogos em que os grupos que detêm mais poder se utilizam das regras culturais aceitas para reproduzi-lo. Lucro é, por certo, importante, mas a sobrevivência é essencial.

Quando, de maneira bem-sucedida, atores produzem relações sociais que têm o efeito de gerar mercados estáveis, criam-se situações em que os agentes econômicos *incumbentes*, os quais se consideram reciprocamente para agir, reproduzem de tempos em tempos seus comportamentos. O próprio mercado reproduz a cultura local que define quem é *incumbente* e quem é *desafiante*. Ela também estabelece como a concorrência funcionará, bem como fornece aos atores o arcabouço cognitivo para interpretar as ações neste mercado. A esse entendimento local, Fligstein atribui o nome de *concepções de controle*³¹ (FLIGSTEIN, 2002, p. 18), que são apenas uma das instituições necessárias para possibilitar as trocas estruturadas no mercado. As demais, também identificadas pela sociologia jurídica, são os *direitos de propriedade*, as *estruturas de governança* e as *regras de troca*.

Os *direitos de propriedade* são elementos centrais, pois definem quem controla o empreendimento capitalista e, conseqüentemente, quem tem do direito de reclamar pelo superávit da atividade produtiva. Nesse sentido, os *direitos de propriedade* criam estabilidade nos mercados, pois, ao diferenciar os donos dos demais, deixam claro quem está arriscando o que e quem será recompensado com determinada situação lucrativa da atividade empresarial. Já as *estruturas de governança* se referem às regras gerais na sociedade que definem as relações de competição e de cooperação, bem como estabelecem como as firmas devem ser internamente organizadas. Por fim, as *regras de troca* resolvem quem transaciona com quem e sob quais condições essas transações são conduzidas. São exemplos desses tipos de regras

³⁰ Dessa forma: “Economic theory assumes that the main mechanism that regulates this exchange is price competition. The theory of fields helps us observe these same social structures but interprets them quite differently. The main problem actors face is uncertainty caused by difficulties in finding suppliers and customers and in controlling their own firm. This uncertainty is manifested most acutely between competitors (i.e., firms who define themselves as sellers in the market) since all are trying to figure out how to reduce those uncertainties simultaneously. Competitors naturally come to watch one another and undertake actions to reduce their own uncertainty. They often do this by directly attacking their competitors and undermining their attempts to do the same” (FLIGSTEIN, 2002, p. 16-17).

³¹ Nesse sentido: “Conceptions of control function in two ways. They define the nature of the social relations between incumbent and challenger firms. In this way, they are a local set of understandings about who is powerful and why. They also function as cognitive frames through which the leaders strategic move of a competitor is interpreted in terms of the relationship between two firms (i.e., who is an incumbent and who is a challenger) and more broadly within the framing of how the market works” (FLIGSTEIN, 2002, p. 71).

as que dispõem sobre os padrões comuns de determinado produto, remessa, cobrança, seguro, troca de dinheiro e *enforcement* dos contratos (FLIGSTEIN, 2002, p. 33-35). É preciso, aqui, dar um enfoque especial às *estruturas de governança*, pois é nelas que estão inseridas as normas de defesa da concorrência.

As *estruturas de governança* são regras que estabelecem os meios legais e ilegais de controlar a competição e podem assumir duas formas, que seriam por meio do direito ou por práticas institucionais informais. Essas últimas são, basicamente, as rotinas institucionais, que podem ser trocadas mediante associações profissionais, consultores ou mudanças de administradores entre as empresas. No direito, referem-se, sobretudo, às regras de defesa da concorrência, que não apenas disciplinam práticas horizontais entre competidores, mas também verticais entre firmas e fornecedores. Quanto à organização interna dos agentes econômicos, a preocupação é com as operações que configurem atos de concentração, que podem representar movimentos de aquisição de *market share* em um mercado, na tentativa de estabilizá-lo, bem como uma integração vertical, na tentativa de assegurar o fornecimento de determinado insumo. Em um ou outro caso, a análise da autoridade antitruste, em observância dos parâmetros específicos de determinado ordenamento jurídico, prezará pela manutenção da concorrência (FLIGSTEIN, 2012, p. 34).

Agora é possível identificar, de maneira mais nítida, onde a tecnologia e a competição se inserem nesse contexto. Na medida em que causam instabilidade entre os agentes econômicos, elas seriam os elementos motores dos mercados, pois impulsionam as empresas a produzir mais e melhor. As duas estão intrinsecamente ligadas ao campo em que estão inseridas, pois ele é que lhes dá sentido. As mudanças tecnológicas podem até ter efeitos independentes, mas precisam de uma organização social que faça a tecnologia relevante³². A competição, por sua vez, produz também uma resposta da organização social. Os agentes econômicos tendem a controlar os piores aspectos da competição, com a finalidade de limitar as incertezas e promover sua própria sobrevivência nos mercados³³.

³² O caso do mercado de veículos com motor à combustão é um exemplo: “Many technologies require entrepreneurs to figure out what technology is good for. At the turn of the century, few observers believed that automobile with an internal combustion engine could find a mass market. This was because autos were expensive and difficult to make and maintain. Moreover, there was a lack of roads and no system of distribution for gasoline. But by 1915, Henry Ford was convinced that creating such a market was possible. The social technologies involve in producing the supporting structures for that market were as fundamental as the ‘narrow’ technical aspects of building the internal combustion engine” (FLIGSTEIN, 2002, p. 4-5).

³³ Nesse sentido: “Firms try to find ways to control the worst aspects of competition in order to continue to exist. Much of the market-making project is to find ways to stabilize and routinize competition. Much of the history of the largest corporations can be read as attempts to stabilize markets for these firms in the face of ruinous competition and economic downturns. They have searched for nonpredatory ways to compete. Firms can avoid direct competition by pursuing different market segments (i.e., high or low quality) and by diversifying

Por fim, resta abordar ainda um elemento imprescindível para a configuração dos mercados nas sociedades capitalistas modernas, deixado de propósito para o final deste tópico, que é o Estado³⁴.

A *Teoria dos Campos* explica como os governos, que também configuram grupos de campos, interagem com os mercados. Considerando que os governos fazem, interpretam e aplicam as normas jurídicas em uma dada sociedade, eles são essenciais para estabilizar os mercados. Em um momento inicial de determinado mercado, quando as trocas começam a incrementar e os preços a serem definidos, as relações sociais são estabelecidas e as firmas com maior poder econômico tendem a ditar as regras para as demais, com o escopo de gerar estabilização. À medida que os governos intervêm, definindo quais são os comportamentos aceitos, isso tende a produzir mercados estáveis e a favorecer os *incumbentes*. Da mesma maneira, quando esse mercado tender a ficar instável, os mesmos agentes econômicos procurarão o governo para socorrê-los. Governos são, pois, essenciais para promover a estabilidade dos mercados em sociedades capitalistas (FLIGSTEIN, 2002, p. 19).

Por um lado, os agentes econômicos precisam de estabilidade para a negociação de seus produtos e serviços, ou seja, é necessário todo um arcabouço de *direitos de propriedade, estruturas de governança, regras de troca e concepções de controle* que permitam que as trocas nos mercados sejam estruturadas. Por outro lado, essa estabilidade não pode ser de tal forma acentuada que reduza substancialmente a competição e a inovação, o que tende a ser o interesse dos *players* incumbentes. É que quanto menor a competição e a inovação, maiores serão as chances de advirem prejuízos à sociedade, tais como aumento de preços, diminuição de oferta, redução de qualidade, entre outros. Mas, então, como seria possível que os agentes econômicos, os quais devem se preocupar com a sua sobrevivência, organizem-se sozinhos não apenas para criar as condições de trocas estruturadas, mas também

product lines into related products. They can also use social relations, that is networks, to co-opt suppliers and competitors and attain legitimacy with governments and the financial sector” (FLIGSTEIN, 2002, p. 5).

³⁴ Ao tratar da *Teoria dos Campos* de maneira genérica, não com enfoque específico em mercados, Fligstein lembra que unidades governamentais podem fazer parte de determinados campos (seriam as *internal governance units*) ou, mesmo que elas não existam, haverá estruturas estatais externas que terão jurisdição sobre todos os campos. Esse raciocínio pode ser aplicado aos mercados, diferenciando-se os mercados regulados, que apresentariam essas *internal governance units*, dos mercados não regulados. Ainda, Fligstein observa que essas unidades governamentais também tendem a se adequar às *concepções de controle* vigente e, por isso, beneficiariam os atores incumbentes. Dada a aplicabilidade dessas lições para os mercados, vale a pena citá-las aqui: “In addition to incumbents and challengers, many strategic action fields have internal governance units that are charged with overseeing compliance with field rules and, in general, facilitating the overall smooth functioning and reproduction of system. It is important to note that these units are internal to the field and distinct from external state structures that hold jurisdiction over all, or some aspect of, the strategic action field [...]. Regardless of the legitimating rhetoric that motivates the creation of such units, the units are generally there not to serve as neutral arbiters of conflicts between incumbents and challengers but to reinforce the dominant perspective and guard the interests of the incumbents” (FLIGSTEIN, 2012, p. 13-14).

para manter a competição em níveis coletivamente desejáveis? É isso, sozinhos, os agentes econômicos não conseguem. É fundamental aqui o papel do Estado.

É importante atentar que problemas como o cartel e a corrupção pública, a qual decorre, em grande parte, da interação entre os agentes econômicos e os agentes públicos³⁵, uma vez presentes em um determinado mercado, poderão ser melhor identificados e, conseqüentemente, combatidos, se forem compreendidas quais são as *estruturas de governança* e as *concepções de controle* que os legitimam, não no sentido de que os torne conforme o direito, mas no sentido de serem condutas adotadas pelos agentes econômicos envolvidos, bem como aceitas pelos demais *players* do mercado. A compreensão desses ilícitos também pode ser facilitada se forem abordados como formas de os agentes econômicos controlarem a instabilidade, por meio da limitação da competição³⁶.

Aqui estão, em linhas gerais, as principais ideias da *Teoria dos Campos* de Fligstein, pelo menos aquelas que serão úteis ao desenvolvimento deste trabalho. Essas premissas serão levadas em consideração na abordagem dos assuntos subsequentes e, quando necessário, referenciadas.

Mercado é um espaço de interação dos agentes econômicos, voltado para a negociação estruturada de produtos e serviços, sendo a *competição*, bem como a *tecnologia*, elementos a ele intrínsecos. Em razão da instabilidade inerente dos mercados, em face dos riscos a que os *players* estão sujeitos, competição e inovação funcionam como motores. Considerando que a instabilidade em excesso inviabiliza as negociações, bem como a escassez de competição e inovação prejudica interesses caros ao desenvolvimento econômico, a medida correta deve ser dada pelo Estado, e uma das principais ferramentas para isso é a política de defesa da concorrência, importante elemento das *estruturas de governança*. Esse é o tema, portanto, do próximo tópico.

³⁵ Fligstein também aborda o problema da captura de agentes do Estado quando este intervém nos mercados, a partir da noção de *rent seeking*, ideia que será estudada em tópico específico adiante neste trabalho (vide item 1.2, *A proibidade e a corrupção nos mercados*. Assim: “Economists argue that one problem of government intervention in markets is the temptation be government officials to ‘rent-seek’ (Buchanan, Tellison, and Tulloch 1980). Rent seeking implies that government officials seek out payments from either firms or workers in a sector that involve bribes or taxes. In this case, the sector can be captured by the state” (FLIGSTEIN, 2002, p. 43).

³⁶ Nesse sentido: “In spite of the historical uniqueness of conceptions of control, it is possible to understand the general strategies that firms use to cooperate with competitors in order to share markets. Cartels, publicized prices, barriers to entry, limited production, patents, licensing agreements, and joint ventures in marketing and production are all tactics that firms use to divide markets. One way to produce stable markets is to get the state in regulation or protective legislation that increases the odds of survival is a normal strategy for dominant firms” (FLIGSTEIN, 2002, p. 73).

1.1.1 A livre concorrência como valor a ser protegido pelo Estado

Os extremos são indesejados. Um cenário caótico de instabilidade inviabiliza até mesmo a constituição dos mercados, a realização das trocas e o desenvolvimento econômico. Por outro lado, uma estabilidade que elimine, ou pelo menos tenda a reduzir substancialmente a concorrência e a inovação, embora possa, inicialmente, beneficiar um ou outro agente econômico já situado como incumbente, macula o interesse da coletividade³⁷ em adquirir produtos e serviços melhores, mais baratos e tecnologicamente avançados. Considerando, ainda, que o Estado está inserido em um campo de dimensões globais, portanto em interação com outras nações, inevitavelmente, a opção pela máxima estabilidade implicaria depreciação de ativos nacionais e perda de competitividade no exterior, o que traria prejuízos, inclusive, até mesmo aos agentes econômicos incumbentes inicialmente beneficiados. Qual seria, então, a medida correta³⁸? Esse é o dilema enfrentado pelos Estados na proteção da livre concorrência.

Em regra, a concorrência perfeita é utilizada como norte para o desenho da defesa da concorrência, enquanto a economia é indicada como o principal instrumento, se não o exclusivo, a ser usado para a mensuração dos seus resultados, ou seja, para a avaliação das intervenções promovidas pelo Estado. Além de Richard Posner (2001), para quem a teoria econômica do monopólio fornece a única base razoável³⁹, as abordagens de Herbert

³⁷ Sobre o Direito da Concorrência e a contraposição entre interesse particular e interesse geral, André Decocq e Georges Decocq pontuam: “Dans son acception la plus courante, l’expression ‘droit de la concurrence’ designe l’ensemble de ce qu’un usage unanimement suivi appelle règles de concurrence, c’est-à-dire de celles qui ont pour objet le maintien de la libre concurrence entre entreprises sur le marché. Elles visent à sauvegarder des structures d’entreprises et à imposer des comportements qui sont de l’essence de l’économie de marché. Leur finalité est, par suite, l’intérêt général ; elles n’assurent la protection d’intérêts particuliers que comme un moyen de maintien de la libre concurrence. Le droit de la concurrence ainsi entendu n’inclut donc pas les règles de droit dont l’objet exclusif ou essentiel est de protéger de tels intérêts en préservant la position légitimement acquise sur un marché par une entreprise donnée, comme celles qui sont relatives aux droits intellectuels ou à la lutte contre la concurrence déloyale” (DECOCQ ; DECOCQ, 2018, p. 21). Semelhantemente, Baker anota a contraposição entre interesse individual e social ao tratar de poder de mercado na economia norte-americana no início do século XXI: “All the while, we must keep in mind that, while market power is good for the firms possessing it, its social impact is detrimental. Market power makes money for a few, at the expense of the social good” (BAKER, 2019, p. 11).

³⁸ Em um exemplo de como o equilíbrio ideal é difícil de ser alcançado, Hovenkamp lembra que, para promover a inovação, um cenário de concorrência perfeita não seria adequado, assim como não é o de monopólio: “Perfectly competitive firms always have a short-run incentive to reduce their costs, but they may not have the resources necessary for the kinds of efficiency gains that show up only after long period of investment. Research and development (R&D) is typically quite costly, and often promises returns only after several years. At the other end of the spectrum, monopolists are likely to have the resources to engage in R&D, but they do not always have sufficient competitive incentives to do so” (HOVENKAMP, 2008, p. 25).

³⁹ Nesse sentido: “Economic analysis offers reasons – some firmly rooted in economic theory, some more conjectural – why monopoly reduces economic efficiency in some (not all) circumstances. My primary purpose in this chapter is to explain the theory of monopoly in terms comprehensible to readers who have no previous knowledge of economics yet I hope not wholly uninteresting to those possessed of such knowledge, and to

Hovenkamp (2008), Phillip Areeda, Louis Kaplow e Aaron Edlin (2013) e Massimo Motta (2009) sobre o tema também partem da premissa de que a economia é uma ferramenta indispensável, mas em diferentes perspectivas.

Hovenkamp (2008), cuja definição de Direito da Concorrência, na linha da *Teoria dos Campos* de Fligstein, reconhece o importante papel exercido pela inovação⁴⁰, registra expressamente que o antitruste deve ser uma empreitada econômica, e não moral. A intervenção no mercado apenas seria defensável se justificada economicamente. Ainda, relembra que o Direito da Concorrência não é a única forma de atuação do Estado e outras finalidades podem ser perseguidas por ferramentas distintas, como a regulação ou o regime de propriedades⁴¹. Hovenkamp (2008) registra que foram os neoclássicos que desenvolveram o conceito de custo marginal e a noção de que os atores racionais tomam decisões não apenas com base no que aconteceu no passado, mas a partir dos custos e do valor da próxima escolha a ser feita. Dessa maneira, o modelo neoclássico de bem-estar econômico⁴², pautado nas lições dos economistas William Jevons e Alfred Marshall⁴³, forneceu ao Direito Antitruste muitos dos seus princípios⁴⁴.

develop the relevance of the theory to antitrust policy. My secondary purpose is to argue that the economic theory of monopoly provides the only sound basis for antitrust policy” (POSNER, 2001, p. 9).

⁴⁰ Assim: “The antitrust laws are concerned with maintaining competition in private markets. ‘Competition’ refers to a state of affairs in which prices are sufficient to cover a firm’s costs, but not excessively higher, and firms are given the correct set of incentives to innovate. ‘Innovation’ in turn is a market-driven concept. It refers not only to new technology, but to any novel product, service, or method of distribution that increases sales” (HOVENKAMP, 2008, p. 13).

⁴¹ Dessa forma: “Antitrust is an economic, not a moral, enterprise. Nor is its goal compensation for competition’s victims, albeit the competitive process produces many. Antitrust is a defensible enterprise only if intervention into the market is economically justified. That entails that the market be ‘bigger’ in some sense as a result of intervention – whether ‘bigger’ is measured by higher output, improved quality, lower prices, or more innovation. Furthermore, the increase must be enough to justify the high cost of operating the antitrust machinery. Lest these conclusions sound too pessimistic, one must remember that antitrust is not the only way that government manages the economy. Rather, antitrust is the residual regulator, filing in the lacunae among other regulatory and property regimes” (HOVENKAMP, 2008, p. 10).

⁴² Hovenkamp explica como a Escola de Chicago, na década de 1970, estabeleceu o bem-estar do consumidor como meta para o Direito Antitruste, a partir da obra de Bork, apesar de o histórico legislativo das principais normas norte-americanas apontarem para a proteção de pequenos produtores como o fundamento principal para a sua promulgação. Além disso, trata, em linhas gerais, das principais diferenças das três principais escolas, que seriam a Escola de Chicago (baseada em modelos da Escola Neoclássica), a Escola de Harvard (estruturalista) à qual se filia (em uma feição mais moderna e menos estruturalistas, aproximada de algumas premissas da Escola de Chicago) e a chamada Escola Pós-Chicago (HOVENKAMP, 2008, p. 31-39).

⁴³ Em *The Opening of American Law: Neoclassical Legal Thought*, Herbert Hovenkamp recorda como a Economia Neoclássica, mais especificamente a partir das lições de Alfred Marshall, marginalista, influenciou o Direito da Concorrência norte-americano, bem como a separação hoje mais evidente entre Economia e Economia Política. Dessa forma: “No area of American Law was more explicitly driven by economics than antitrust. Marginalist economics was heavily focused on business firm behavior and market performance – ‘industrial organization’, as Alfred Marshall named this subdiscipline in ‘Principles of Economics’ (1890), published the same year that the Sherman Act was passed. Marshall also preferred the name ‘economics’ to ‘political economy’. The latter term was too closely associated with politics, which represented ‘the interests of only some part or parts of the nation’ rather than society as a whole. In 1879 he and his coauthor/wife had argued that ‘economics’ is a science rather than a political tool because it ‘brings together a great number of similar facts and

O professor Phillip Areeda, que foi um dos mais influentes juristas na área do antitruste e lecionou na Universidade de Harvard por mais de 30 anos, reconhece que, para o *mainstream*, a concorrência perfeita é o *standard* a ser perseguido, apesar de toda a dificuldade de a realidade se adequar à teoria, bem como que o uso da economia é indispensável para o antitruste, não obstante suas limitações (AREEDA; KAPLOW; EDLIN, 2013, p. 4).

Um mercado será perfeitamente competitivo se algumas condições forem preenchidas. Inicialmente, produtores e consumidores devem ser tão numerosos de maneira que ninguém, sozinho, consegue influenciar o preço, bem como não deve haver colusão entre eles. Atente-se que produtos ou serviços devem ser homogêneos, de forma que haja perfeita substituição de um produtor por outro. Além disso, os consumidores devem registrar suas preferências por meio das transações de mercado, ao adquirirem produtos e serviços, e devem estar plenamente conscientes dos preços praticados. Ainda, todos os preços também devem ser conhecidos pelos produtores, que devem deter plena ciência dos mecanismos de entrada e saída, de maneira que suas decisões levem em consideração tão somente a maximização dos lucros. Não deve haver externalidades a serem consideradas. Por fim, todos os produtores devem ter igual acesso aos insumos e não devem existir barreiras à entrada no mercado (AREEDA; KAPLOW; EDLIN, 2013, p. 5).

O próprio Areeda chama atenção para alguns aspectos corriqueiramente existentes, na realidade dos mercados, que dificultam sobremaneira o preenchimento dos requisitos de concorrência perfeita aqui descritos⁴⁵. São destacados os seguintes: (i) os agentes econômicos, em regra, não são tão numerosos e agem mais colusivamente do que

finds that they are special cases of some great uniformity which exists in nature” (HOVENKAMP, 2015, p. 206).

⁴⁴ Assim: “The great intellectual dividing line between classical political economy and what we now call ‘neoclassical economics’ was the development of the concept of marginalism and the construction of the marginal cost curve, which represents the cost of the next unit that a firm produces. Just as American antitrust policy was originally being formulated, the first great neoclassicists such as William Jevons and Alfred Marshall began to argue that rational actors make decisions not by averaging the things that had happened in the past, but rather by assessing the cost and value of the next choice to be made. For most decision-making purposes, the relevant ‘cost’ of something is the cost of the next unit to be produced [...]. Neoclassical economists were able to show that under perfect competition, where price equals marginal cost, market output tends to be highest and market prices lowest. They were also able to show that perfectly competitive markets maximize the short-run value of society’s resources. And they were able to give us important insights into the destructive power of cartels and monopolies” (HOVENKAMP, 2008, p. 15-16).

⁴⁵ Bem como registra os prós e os contras do norte da eficiência econômica na seguinte passagem: “The efficiency concept is at once powerful and weak: powerful because it is arguably the minimum necessary condition of any ideal economic system’s equilibrium, weak because it is not the only value considered important by our society” (AREEDA; KAPLOW; EDLIN, 2013, p. 5-6).

competitivamente; (ii) compradores têm conhecimento imperfeito dos produtos disponíveis⁴⁶, assim como os produtores têm conhecimento imperfeito acerca dos mecanismos de entrada e saída; (iii) inércia, ignorância e barreiras à entrada limitam a circulação de capital, trabalho e outros recursos produtivos; (iv) produtores não apenas buscam a maximização dos lucros, assim como consumidores nem sempre fazem escolhas racionais (AREEDA; KAPLOW; EDLIN, 2013, p. 9).

O economista Massimo Motta, por sua vez, adota o conceito de bem-estar econômico como elemento central para a avaliação do desempenho de determinado mercado⁴⁷ e, a partir dele, pauta a sua compreensão acerca do Direito da Concorrência. Segundo Motta, semelhantemente a Hovenkamp, objetivos ou considerações de política pública diferentes de eficiência não são importantes e, se os governos quiserem atingi-los, isso não deveria ocorrer por meio da política de defesa da concorrência, mas pela utilização de instrumentos diversos, desde que estes interfiram na concorrência o mínimo possível (MOTTA, 2009, p. 30).

Cada um dos autores apresenta, portanto, suas peculiaridades acerca da compreensão do Direito Antitruste. Mas há um aspecto que deve ser destacado e que os reúne:

⁴⁶ Talvez o exemplo mais evidente, o qual guarda perfeita adequação à *Teoria dos Campos* de Fligstein, seja a identificação e diferenciação de produtos. Essa homogeneidade demandada pelo modelo de concorrência perfeita, na prática, raramente existe. Sobre esse ponto e a medida que essa diferenciação afeta produtores e consumidores, afirma Areeda: “In many actual markets, however, products are identified with particular producers. Strengthening this identification can be very important in the case of consumer goods especially when there is a handful of sellers who avoid price competition. Such a seller prefers to persuade buyers that its products differ from rival products because then it may charge higher prices without losing all its customers to the competition. It will emphasize brand names, media advertising, elaborate package, and other consumer-directed marketing efforts [...]. But by the very fact that advertising does persuade, this behavior does not represent desires wholly original to the consumer. Advertising also encourages ‘demonstration effects’ – products are bought because peers have recently purchased similar items. The implications are not altogether clear because individual taste formation is inevitably a social process. Nevertheless, some part of product differentiation merely exploits consumer ignorance. Moreover, advertising may raise product differentiation barriers to entry. Finally, there is considerable theoretical and some empirical evidence that many oligopolists advertise more extensively than would be useful for the industry viewed collectively” (AREEDA; KAPLOW; EDLIN, 2013, p. 18-19). Fligstein (2012, p. 40-45) menciona, ao explicar o sentido de *meaning of life* e a sua importância para a compreensão da ação estratégica humana em um contexto social, que “Marx famously characterized religion ‘as the opiate of the masses’, insisting that beliefs and ideologies (read: the existential aspects of the social) were dependent upon and indeed an expression of the underlying material logic of society. We disagree. In our view, the human capacity and need for meaning and identity is as much a structuring force in social life as the material demands on the collective” (FLIGSTEIN, 2012, p. 43).

⁴⁷ Assim Motta explica sua noção de bem-estar econômico: “Economic welfare is the standard concept used in economics to measure how well an industry performs. It is a measure which aggregates the welfare (or surplus) of different groups in the economy. In each given industry, welfare is given by total surplus, that is the sum of consumer surplus and producer surplus. The surplus of a given individual consumer is given by the difference between the consumer’s valuation for the good considered (or her willingness to pay for it) and the price, which effectively she has to pay for it. Consumer surplus (or consumer welfare) is the aggregate measure of the surplus of all consumers. The surplus of an individual producer is the profit it makes by selling the good in question. Producer surplus is therefore the sum of all profits made by producers in the industry. From these definitions it follows that, other things being equal, an increase of price at which goods are sold reduces consumer surplus and increases producer surplus [...]. Hence, welfare is lowest when the market price equals the monopoly price (the highest price firms might want to charge), and highest when it equals marginal costs of production” (MOTTA, 2009, p. 18).

Hovenkamp (2008), Areeda, Kaplow e Edlin (2013) e Motta (2009), embora reconheçam o papel central da economia na análise antitruste, registram, diferentemente de Posner (2001)⁴⁸, as limitações dos parâmetros econômicos tradicionalmente utilizados para a compreensão da realidade dos mercados e a limitação da interferência estatal na realidade econômica, dada a sua complexidade. Antes de qualquer Estado decidir como deve ser o seu Direito da Concorrência, é imprescindível descortinar, com as ferramentas usualmente disponíveis, até onde é possível ir.

Hovenkamp, por exemplo, reconhece o perigo que pode representar, para o Direito Antitruste, o distanciamento das simplificações da Escola de Chicago, no cenário que ele denomina de “Economia Antitruste Pós-Chicago”. O problema não estaria exatamente na variedade das práticas anticompetitivas, o que de fato pode se verificar, mas na incapacidade de o sistema de Justiça lidar com esses ilícitos. O antitruste é uma empreitada defensável apenas se, a partir dele, for possível tornar os mercados mais competitivos. Atento às peculiaridades do sistema jurídico americano, pautado na *Common Law*, Hovenkamp afirma que o desenvolvimento, pelo Judiciário, de normas que aumentem, de maneira confiável, a riqueza nos mercados é uma tarefa que somente poderá ser exercida se forem aplicadas teorias que estejam ao seu alcance (HOVENKAMP, 2008, p. 39).

No mesmo sentido pontua Phillip Areeda, ao afirmar que as complexidades da vida econômica podem superar as ferramentas teóricas e o conhecimento empírico, de maneira que, não raras vezes, haverá incertezas acerca dos resultados de determinada conduta ou estrutura de mercado em análise. Por não ser possível prever as consequências das proibições de um ou outro comportamento específico, as autoridades e os doutrinadores do Direito da Concorrência deverão responder à seguinte pergunta repetidamente: até que ponto se deve buscar a verdade econômica em um caso particular no qual as hipóteses podem ser controversas ou indefinidas e o ordenamento jurídico não possa dar uma solução clara⁴⁹ (AREEDA; KAPLOW; EDLIN, 2013, p. 4). Assim, “antitrust thus looks to perfect

⁴⁸ Richard Posner, por outro lado, parte, simplesmente, de uma visão acrítica da teoria dos monopólios para justificar os fins do Direito da Concorrência (2001, p. 9-32).

⁴⁹ Neste trecho, faz uma crítica mais contundente ao modelo de concorrência perfeita e à ideia de *laissez-faire* em que ela é baseada: “The perfect competition model has been used to perpetuate laissez-faire policies in the face of reform demands. Because everything worked out ‘for the best’ in the model, it was asserted that government intervention, regardless of good intentions, would upset the economy’s autonomous tendency toward a beneficial equilibrium. To accept abuse, injustice, and avoidable human misery for that reason was not only callous, but it was also illogical on two grounds: (1) In practice, the economy fails to satisfy a number of critical assumptions of the perfect competition model. As a result, actual markets do not always cater efficiently to consumer tastes. (2) Even if the price system were efficient, the result would not reflect all important social and economic values” (AREEDA; KAPLOW; EDLIN., 2013, p. 9).

competition guidance, but the analysis inevitably emphasizes the myriad and complex imperfections of actual markets” (AREEDA; KAPLOW; EDLIN, 2013, p. 10).

E Massimo Motta (2009, p. 6-7), finalmente, chama atenção para a necessidade de compreensão do Direito Antitruste à luz do contexto social e histórico no qual está inserido. O economista cita o exemplo do julgamento *Appalachian Coals v. US (1933)*, um dos raros casos da história da Suprema Corte dos Estados Unidos em que um acordo de fixação de preços entre concorrentes não foi considerado ilegal, ao tratar do período entre Guerras⁵⁰, bem como lembra o início do Direito da Concorrência na Alemanha, em que os cartéis eram vistos, de certa maneira, positivamente, como instrumento para fomento da economia⁵¹.

É curioso também perceber que cada um deles oferece soluções distintas à dicotomia entre realidade complexa e teoria econômica limitada⁵². Para Hovenkamp (2008, p. 47), por exemplo, na dúvida, em razão da complexidade, as autoridades devem simplesmente não intervir⁵³. Phillip Areeda trabalha com o conceito de *workable competition*, o qual,

⁵⁰ Nesse sentido: “In the same line is the arguably most noticeable decision of this period, *Appalachian Coals v. US (1933)*. This marks one of the very rare exceptions to the per se prohibition of price-fixing. This Supreme Court decision can be understood considering only a historical perspective. The Great Depression was having important consequences on many industries, and one such industry which suffered hardship in the crisis was the coal mining industry. Facing a severe reduction in demand, and intending to avoid further losses, 137 producers located in the Appalachian Mountain region formed a company which sought to find the best prices and to allocate outputs among members. The Court found that this agreement was not unlawful since it was to be considered as a reasonable response to protect the market from destructive practices. This is probably one of the best examples of how competition laws and their enforcement are to be understood in the political, economic, and historic context which they are made” (MOTTA, 2009, p. 6-7).

⁵¹ Assim: “We have seen that the economic changes in the second half of the 19th century in the US created incentives for the formation of cartels and trusts which were soon to be outlawed by the Sherman Act. In Germany, however, the prevailing view was that cartels were an instrument to control instability created by cutthroat competition and price warfare. This idea, coupled with the feature that the freedom of contracting was one of the governing principles of competition laws, implied that in Germany not only price agreements were permitted, but also that they were enforceable in courts” (MOTTA, 2009, p. 9-10).

⁵² Dicotomia que pelo menos desde 1933 havia chamado a atenção de alguns economistas, como relembra Hovenkamp, ao comentar livro lançado naquele ano pelo aluno de Alfred Marshall, Joan Robinson, intitulado *The Economics of Imperfection Competition*. Em síntese, Segundo Hovenkamp, Robinson, em sua obra, enfatiza que “[...] real-world markets perform much less robustly than economists had imagined. Although the classicists were correct that true monopoly was the exception rather than the rule, they were far too sanguine about everything else. ‘Economists, misled by the logical priority of perfect competition in their scheme, were somehow trapped into thinking that it must be of equal importance in the real world’. But in fact ‘the real world did not fulfill the assumptions of perfect competition’” (HOVENKAMP, 2015, p. 209).

⁵³ Nesse sentido: “When a particular form of behavior is too complex for reliable analysis, then the only defensible antitrust rule is let the market rather than the courts control. Of course, Congress can always intervene, and further development in our tools of analysis may permit more definite conclusions later. But a court is in hazardous territory when it assumes that it can make society wealthier by condemning a practice whose competitive effects are poorly understood. The basic rule should be nonintervention unless the court is confident that it has identified anticompetitive conduct and can apply an effective remedy” (HOVENKAMP, 2008, p. 47). Atento à complexidade dos mercados e à insuficiência de recursos econômicos para apreendê-los em sua totalidade, Hovenkamp propõe cinco regras a serem aplicadas para a política da defesa da concorrência ser um empreendimento possível: (i) nem toda prática anticompetitiva pode ser condenada (dada a incapacidade dos instrumentos de apreender e reformular a realidade, sem os riscos de falsos negativos em excesso); (ii) evidências relacionadas à intenção devem ser usadas com moderação (em razão das dificuldades em se avaliar intenções na dinâmica dos agentes econômicos); (iii) a intervenção será justificada a depender do remédio

conforme o próprio autor reconhece, não é preciso, mas pelo menos tenta, por aproximação, melhor apreender a realidade dos mercados⁵⁴. Massimo Motta (2009, p. 30), de maneira bastante sincera, embora reconheça a eficiência como norte do antitruste, afirma que o faz na condição de economista. E afirma que cabe aos políticos, sociólogos e juristas decidirem se, diante de um conflito, irão priorizar considerações econômicas ou outras de natureza diversa⁵⁵.

Em síntese, ainda que seja realizada uma análise centrada tão somente em especialistas que creditam um papel único ou preponderante da economia na aplicação do Direito da Concorrência, é possível perceber diferentes gradações de como esse ferramental seria usado. E, mais importante, a maioria reconhece limitações na utilização exclusiva desse instrumento em face da realidade complexa dos mercados. Além disso, há vasta literatura que questiona o Direito da Concorrência construído a partir de um modelo unidimensional, no qual a eficiência é o seu exclusivo objetivo, premissa adotada por juristas adeptos da Escola de Chicago, como Richard Posner. Alguns exemplos.

Em obra lançada em 2019, intitulada *The Economists' Hour: False prophets, free markets, and the Fracture of Society*, o economista Binyamin Appelbaum contesta a prioridade que foi dada, pelo Direito da Concorrência norte-americano entre os anos de 1969 a 2008, período que ele denomina de *economists' hour*⁵⁶, para o bem-estar do consumidor, a

disponível; (iv) uma regra antitruste que não pode ser aplicada efetivamente é pior do que nenhuma regra; (v) custos administrativos e de *compliance* contam (HOVENKAMP, 2008, p. 50-56).

⁵⁴ Assim: “[...] antitrust policy is inevitably a complex matter. The institutions of antitrust law are not capable of effecting atomistic competition in all markets, nor would that objective seem desirable for our society as it may interfere with productive efficiency or with innovation. Political and social concerns interact with these economic values. And the cost of restructuring would be immense [...] Rivalry tends to keep costs and prices lower and quality higher than monopoly would. It provides a stimulus to more efficient production, to lower costs, and thus to lower prices. It also tends to induce resources to move out of areas of declining demand and into industries of increasing demand – with, to be sure, tune lags and imperfections. But, of course, the question is: How much rivalry? And how can it be tested? It is said that an imperfect market whose results are reasonably compatible with general economic welfare is workably competitive. Workable competition is not a precise concept, nor is it intended to be. It directs our attention to practical approximations rather than the hypothetical rarely existing extreme of ‘perfect’ competition” (AREEDA; KAPLOW; EDLIN, 2013, p. 29-30).

⁵⁵ Portanto, para Motta: “I have argued that objectives or public policy considerations other than economy efficiency are not important, but more simply that if a government wanted to achieve them, it should not use competition policy but resort to policy instruments that distort competition as little as possible. Furthermore, as an economist my role is to stress which measures aligned with the objective of increasing economic welfare and which are instead in contrast with it. It will be up to others, be they politicians or judges or sociologists, to decide whether to give priority to economic or other considerations when conflicts arise” (MOTTA, 2009, p. 30).

⁵⁶ Sobre *economists' hour*, período marcado pela forte influência do economista Milton Friedman na política econômica estadunidense, Appelbaum comenta: “In the four decades between 1969 and 2008, a period I call the ‘Economist’s Hour’, borrowing a phrase from the historian Thomas McCraw, economists played a leading role in curbing taxation and public spending, deregulating large sectors of the economy and clearing the way for globalization. Economists persuaded President Richard Nixon to end military conscription. Economists persuaded the federal judiciary largely to abandon the enforcement to antitrust laws” (APPELBAUM, 2019, p. 5 de 440). Appelbaum reconhece pontos positivos decorrentes da *economists' hour*, mas revela preocupações importantes que precisam ser observadas, com enfoque especial na concentração de poder econômico e renda:

partir da noção de eficiência. Essa visão estreita teria afetado negativamente outras áreas, mais especificamente os trabalhadores, a inovação tecnológica e a própria democracia (APPELBAUM, 2019, p. 157-159). Em suas palavras: “we live in a new era of giant corporations, and there is little evidence consumers are suffering. But the narrow focus of public policy on consumer welfare is causing other kinds of economic damage” (APPELBAUM, 2019, p. 157).

Em livro também publicado em 2019, *The Antitrust Paradigm: Restoring a Competitive Economy*, Jonathan B. Baker, ao tratar da influência da Escola de Chicago no Direito Antitruste norte-americano, defende, de certa forma, seu fracasso, notadamente no sentido de que seus parâmetros não conseguiram evitar a concentração e o exercício do poder de mercado nos Estados Unidos, em diversos segmentos da economia nos últimos anos. Assim, haveria a necessidade de uma verdadeira mudança de paradigma, o que demonstra que essas premissas estão em constante análise e sujeitas a contrapontos. Segundo Baker, o Direito da Concorrência, na forma como vem sendo aplicado, propiciou o acúmulo de poder econômico e prejuízos aos mercados, em que pese um aparato estatal antitruste relativamente desenvolvido⁵⁷. Para ele, é preciso realinhar a política de Direito da Concorrência norte-americana⁵⁸, com a finalidade de limitar os danos que o acúmulo de poder de mercado pode causar (BAKER, 2019, p. 1-7).

Tim Wu, em *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*, obra lançada em 2018, reconhece que, nas quatro últimas décadas, a política de defesa da concorrência nos Estados Unidos e em outros grandes países foi propositalmente enfraquecida para propiciar o acúmulo de poder econômico, em uma repetição da chamada “Era Dourada” da segunda metade do século XIX, a qual foi marcada por níveis extremos de concentração de renda, desigualdade e pelo florescimento de regimes ditatoriais fascistas (WU, 2018, p. 14-19). E

“The embrace of markets lifted billions of people around the world from abject poverty. Nations have been tied together by the flows of goods and money and ideas, and most of the world’s 7.7 billion people live wealthier, healthier, and happier lives as consequence [...]. But the market revolution went too far. In the United States and in other developed nations, it has come at the expense of economic equality, of the health of liberal democracy, and future generations. Economists instructed policy makers to focus on maximizing growth without regard to the distribution of the gains – to focus on the size of the pie rather than the size of the pieces” (APPELBAUM, 2019, p. 6).

⁵⁷ Baker chama essa incongruência (acúmulo de poder econômico, apesar do aparato estatal desenvolvido) de “novo paradoxo do Direito da Concorrência”, fazendo referência às lições de Robert Bork, que, na década de 1970, apontara que a doutrina do Direito Antitruste norte-americano seria contraditória, à medida que, constantemente, desencorajava os agentes econômicos a serem mais eficientes (BAKER, 2019, p. 3).

⁵⁸ Importante o registro de que Baker não questiona, exatamente, o uso da economia como norte para aplicação do Direito Antitruste, mas a forma com que a Escola de Chicago aplicou esse remédio, haja vista os resultados alcançados, fortemente marcados pela concentração nos mercados. Nesse sentido: “The Chicago school’s failures increasingly cast our antitrust institutions in a bad light. Bork, Posner, and their ilk sought to improve economic performance by reshaping antitrust, and their method for achieving that outcome – economic analysis – is appropriate. The problem is the particular medicine they prescribed” (BAKER, 2019, p. 3).

esse movimento se deve ao triunfo da Escola de Chicago e das lições de Bork, sobretudo no final dos anos 70, que são notadamente contra o controle de estruturas⁵⁹. Para Wu, qualquer Estado pautado em princípios como o da igualdade e da descentralização de poder deve adotar uma *Neo-Brandeisian Agenda*⁶⁰, que reforce as preocupações com fusões e aquisições, bem como reconheça a proteção do processo de concorrência como objetivo do antitruste (WU, 2018, p. 127-139).

Os trabalhos de Lina Khan (2017 e 2020) também partem desta premissa: nas últimas décadas, a legislação antitruste dos Estados Unidos tem se centrado no bem-estar dos consumidores, de maneira que, provavelmente, concentrações ou condutas que resultem, ao menos imediatamente, em preços mais baixos não seriam consideradas ilegais. Em *Amazon's Antitrust Paradox*, publicado em 2017, Khan defende que esse foco é muito estreito, devendo o Estado se preocupar com objetivos mais amplos de concorrência, a partir do estudo de caso da Amazon. O seu argumento central é que não deveria ser abandonada, conforme propõe a Escola de Chicago, cujo propósito central é a promoção de eficiência e bem-estar do consumidor, a preocupação com estruturas e com o próprio processo competitivo⁶¹. Por essa

⁵⁹ Interessante a passagem em que Wu afirma: “If the public knows the name Robert Bork, it is for his failure to become confirmed to The Supreme Court in the 1980s, yielding the verb “to Bork” a candidate. But in retrospect his ideas proved for more influential than most of the justices whom he failed to join. By the early 2000s, antitrust was not merely pruned but enfeebled, with most of antitrust’s anti concentration agenda wiped-out. In many areas, but especially the laws governing bigness, concentration, and monopoly, the law was severely weakened, and in some cases, completely abandoned” (WU, 2018, p. 102).

⁶⁰ Conforme explica o próprio Wu, esta agenda Neo-Brandeisiana seria: “[...] a return to Brandeis wrote, ‘the true test of legality is whether the restraint imposed is such as merely regulates and perhaps thereby promotes competition or whether it is such as may suppress or even destroy competition’. The Neo-Brandeisian antitrust agenda is not an agenda for solving every economic challenge produced by the new Gilded Age. But structure matters, and these suggestions would help us return to an economic vision that prizes dynamism and possibility, and ultimately attunes economic structure to a democratic society” (WU, 2018, p. 138). Louis D. Brandeis nasceu em Louisville, no Estado de Kentucky, Estados Unidos, em 13 de novembro de 1856, e foi apontado como ministro da Suprema Corte norte-americana em 1916. Ele criticava a concentração econômica verificada no seu país no final do século XIX e início do século XX. Em publicação para celebrar o centenário do seu nascimento, intitulada *Mr. Justice Brandeis, Competition and Smallness: a Dilemma Re-examined*, publicada em *The Yale Law Journal*, consta o seguinte resumo do seu pensamento: “Distrustful of all concentration of power, he maintained that the giant corporation was a menace to the democratic process. Brandeis believed that the social development of the individual, neglected in a concentrated economy, would be fostered by an atmosphere of small business. He thus concluded society would profit if the government shattered the big enterprises which dominated industry” (YALE LAW JOURNAL, 1956, p. 69). É possível também encontrar, como referência a essa agenda de pensamento sobre o Direito da Concorrência, a expressão *Hipster Antitrust*, em tom crítico. Nesse sentido, por exemplo, vide, Wright *et al.* (2019).

⁶¹ Assim: “[...] the undue focus on consumer welfare is misguided. It betrays legislative history, which reveals that Congress passed antitrust laws to promote a host of political economic ends—including our interests as workers, producers, entrepreneurs, and citizens. It also mistakenly supplants a concern about process and structure (i.e., whether power is sufficiently distributed to keep markets competitive) with a calculation regarding outcome (i.e., whether consumers are materially better off). Antitrust law and competition policy should promote not welfare but competitive markets. By refocusing attention back on process and structure, this approach would be faithful to the legislative history of major antitrust laws. It would also promote actual competition—unlike the present framework, which is overseeing concentrations of power that risk precluding real competition” (KHAN, 2017, p. 737).

razão, na visão de Lina Khan (2020), o livro de Tim Wu foi lançado em um momento extremamente propício, a fim de que os fins do antitruste, especialmente nos Estados Unidos, sejam rediscutidos⁶².

Ainda, pelo menos desde 2012, Maurice Stucke destaca o fato de que, em contextos democráticos, a defesa da concorrência precisa estar atenta ao pluralismo existente na sociedade, motivo pelo qual deve observar múltiplos objetivos de natureza política, social, moral e econômica (STUCKE, 2012, p. 624). O próprio Hovenkamp, que, como visto, reconhece a centralidade da economia nessa discussão, alerta que preocupações, tais como proteger os consumidores de transferências de riqueza ou, até mesmo mais profanas, defender outros grupos de interesse que o Congresso estava determinado a resguardar, simplesmente não podem ser ignoradas, sob pena de ser atingida a própria democracia (HOVENKAMP, 2011, p. 77). Há, portanto, relevante discussão acerca do assunto, a qual, embora não faça parte do objeto principal deste trabalho, não pode ser ignorada.

Para os fins ora propostos, o importante a se registrar é que não há uma receita pronta e acabada de como promover a concorrência, ainda que, hoje, diversas entidades internacionais busquem oferecer parâmetros para a avaliação de uma política de defesa da concorrência eficiente⁶³ e exista certo consenso de premissas mínimas a serem seguidas⁶⁴.

⁶² Dessa forma: “Over the last few years, the relative stability of the antitrust consensus has yielded to a sharp rupture. Two aspects of this break are most notable: first, the fact that the debate cuts to foundational questions about the goals of antitrust, and second, its highly public-facing nature. No longer relegated to law journals and practitioner conferences, antitrust has once again been thrust to the forefront of public conversation, prompting front-page headlines, congressional hearings and investigations, magazine covers, and discussion at a presidential debate. Antitrust law has been transformed quickly from a relatively settled and sequestered domain of expertise to an area of active debate, with its future now something to be constructed rather than inherited. Professor Tim Wu’s *The Curse of Bigness* is a book for this moment. In just under 150 pages, Wu offers a sweeping history of antitrust law and traces how it is that, in his view, antitrust became unmoored from its central tenets and animating principles” (KHAN, 2020, p. 1656-1657).

⁶³ E, para a confecção deste trabalho, inúmeros documentos oficiais de autoridades internacionais e nacionais, nas áreas de defesa da concorrência e de combate à corrupção foram utilizados. Apenas é preciso, neste tópico, estar atento para duas preocupações alertadas por pesquisadores como Broome e Quirk (2015) e Blaug (2013). Primeira, constatada por Broome e Quirk (2015), de que os indicadores matemáticos podem funcionar como ferramentas para controle a distância de atores e para a imposição de uma forma de administrar em detrimento de outras. Nesse sentido: “Moreover, the growing use of global benchmarks as a tool for constructing (at least the appearance of) authoritative expertise, and for extending public and private authority over distant entities, has increased the need to connect theories of how power operates indirectly in the international realm to explanations of how and why such efforts are – or are not – successful at achieving their intended ends” (BROOME; QUIRK, 2015, p. 841). Segunda, o risco de que, à semelhança do que ocorreria na “Revolução Formalista”, a partir da influência da Escola Neoclássica e do ideal de equilíbrio, na década de 1950, segundo explica Blaug (2003, p. 153-154), construam-se teorias e políticas públicas desprovidas de amparo empírico. A própria noção de concorrência perfeita, que fundamenta a abordagem concorrencial da Escola de Chicago, segundo Blaug, não atenta para a concorrência por outros elementos que não preço (BLAUG, 2003, p. 153-154). Revolução Formalista, no sentido dado pelo autor, foram as mudanças que ocorreram na Economia, a partir de 1950, com base em estudos de Arrow e Debreu, e fizeram como que o equilíbrio dos mercados fosse o objeto central econômico. Para Blaug, “what is little understood about the Formalist Revolution of the 1950’s is precisely that the process conception of equilibrium was so effectively buried in that period that what is now called neoclassical orthodox, mainstream economics, consists entirely of static end-state equilibrium theorizing with

Mas há alguns nortes que podem ser adotados, à luz da *Teoria dos Campos* de Fligstein. Primeiro, os contextos sociais são relevantes para a definição da política de defesa da concorrência adequada. Segundo, as soluções econômicas tradicionais encontram consideráveis discrepâncias com a realidade e isso pode ser um problema. Terceiro, as *estruturas de governança* e as *concepções de controle* devem ser avaliadas, a fim de se mensurar o Direito da Concorrência existente e possível.

Isso nos leva, obrigatoriamente, à necessidade de analisar especificamente o Estado brasileiro e como, hoje, o Direito da Concorrência é aqui compreendido.

1.1.2 A defesa da concorrência no Brasil

É interessante perceber posicionamentos semelhantes entre pensadores do Direito da Concorrência nacional sobre as limitações da Escola de Chicago, sua relevante influência na aplicação das normas jurídicas pátrias e a necessidade de serem buscados outros parâmetros, que não meramente econômicos, para os objetivos do Direito da Concorrência no Brasil. É perceptível que esses autores, de forma explícita ou implícita, dialogam com as premissas pontuadas no tópico anterior.

Quanto às críticas endereçadas à Escola de Chicago, Calixto Salomão afirma, por exemplo, que há um consenso no sentido de que pelo menos duas das ideias básicas adotadas no modelo de concorrência perfeita são inexistentes e irrealizáveis: a homogeneidade do produto e a informação completa dos agentes (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 43). E, apesar do arcabouço normativo-constitucional brasileiro, o qual estabelece os princípios⁶⁵ que deveriam

little attention to the stability of equilibrium: dynamic adjustment processes appeared only in unorthodox Austrian economics or equally unorthodox evolutionary economics” (BLAUG, 2003, p. 146).

⁶⁴ Como é o caso do combate aos cartéis de licitações, conforme será analisado em tópico seguinte (vide itens 1.1.3, “Os cartéis”, e 1.1.4, “Os cartéis em licitação”). Fala-se aqui em “certo” consenso porque há uma ou outra voz na doutrina contra o Direito da Concorrência usualmente trabalhado, como é o caso, no Brasil, de André Santa Cruz Ramos (2015). Em síntese, a partir das lições de Ludwig von Mises e de outros pensadores ligados à Escola Austríaca, Santa Cruz defende que não deveriam ser aplicados os instrumentos corriqueiros de antitruste, tais como análise de ato de concentração, proibição de precificação predatória ou combate aos cartéis, por impedirem a ordenação espontânea dos mercados. Para ele, a legislação antitruste deveria se voltar, “apenas e tão somente, para impedir que o Estado limitasse ou impedisse a livre concorrência por meio da imposição de barreiras legais à entrada de competidores” (RAMOS, 2015, p. 267). Trata-se, contudo, de posição minoritária. Para aqueles que reconhecem a importância do controle de condutas, o combate aos cartéis de preços e, mais especificamente, dos cartéis em licitação é um consenso.

⁶⁵ Princípios, quando referidos neste trabalho como espécie de norma jurídica, serão no sentido de normas finalísticas que exigem a delimitação de um estado ideal de coisas a ser alcançado a partir de condutas necessárias para essa realização. Daí o princípio remeter o intérprete a valores e a diferentes modos de promover resultados. Na definição de Humberto Ávila, são normas “imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção” (ÁVILA, 2011, p. 78-79). Prospectivo por determinar um estado de coisas que

reger a ordem econômica, a defesa da concorrência foi amplamente aplicada no país de maneira impermeável aos parâmetros constitucionais, a partir de uma utilização acrítica dos parâmetros de eficiência e de bem-estar do consumidor, conforme relembra Ana Frazão⁶⁶, o que Luis Fernando Schuartz (2009) chamou de “Desconstitucionalização” e José Maria de Arruda de Andrade (2014) de “Economicização” do Direito da Concorrência.

O ponto principal a ser mencionado, aqui, contudo, parece ser o fato de que a não intervenção do Estado, por si, implica a assunção de uma escolha política. E cerrar os objetivos do antitruste em aspectos econômicos, por mais que se tente reafirmar a técnica e a racionalidade nessa opção, também é um desígnio político⁶⁷. Esse aspecto é ainda mais relevante em uma matéria como o Direito da Concorrência, cuja normatização privilegia regras de conteúdo aberto e cláusulas gerais. A fronteira entre insegurança jurídica e o arbítrio é, de fato, tênue. Daí Paula Forgioni fazer referência⁶⁸ ao Direito da Concorrência como túmulo do positivismo, fronteira fluida entre o Direito e a Economia, o público e o privado, apesar de que “muitos de seus operadores insistem que a racionalidade impera, a ponto de

virão e complementares, parciais, no sentido de que não têm a pretensão de gerar uma solução certa, determinada, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão. Portanto, são a partir dessas premissas de Humberto Ávila que se afirma, neste trabalho, que a livre concorrência e a probidade administrativa são princípios.

⁶⁶ Sobre a influência da Escolha de Chicago na aplicação do Direito da Concorrência brasileiro, Ana Frazão comenta: “Ao fazer um balanço sobre a aplicação da Lei de Defesa da Concorrência anterior – Lei 8.884/94 -, o ex-Conselheiro do CADE e professor Luis Fernando Schuartz, em instigante artigo intitulado ‘A Desconstitucionalização do Direito da Concorrência’, concluiu que ‘Os processos de decisão das autoridades responsáveis pela implementação da Lei Antitruste têm permanecido impermeáveis a argumentos substantivos de natureza constitucional’, de forma que a comunidade jurídica deveria se atentar para o que chamou de ‘peculiar e notável fenômeno de impermeabilização e desconstitucionalização metodológica do direito de defesa da concorrência brasileiro’. A principal razão da referida desconstitucionalização do Direito da Concorrência seria a ampla e irrefletida aceitação dos pressupostos epistemológicos da Escola de Chicago, que baseia a análise antitruste exclusivamente em critérios consequencialistas de eficiência econômica” (FRAZÃO, 2017a, p. 29). E sobre as incertezas relacionadas à eficiência econômica em si, pondera: “são inúmeros os problemas decorrentes de se eleger a eficiência ou qualquer critério econômico e puramente consequencialista como o único escopo do Direito da Concorrência. Afinal, além de as premissas desse raciocínio serem simplificadas e parciais, os pontos-chave de tal abordagem são extremamente polêmicos. Longe de ter gerado consenso em torno do que vem a ser o bem-estar do consumidor, a Escola de Chicago alimentou diversas controvérsias, cujo saldo é a conclusão de que dificilmente podemos considerar a eficiência como um critério único, claro e coerente para orientar a política antitruste” (FRAZÃO, 2017a, p. 42).

⁶⁷ Nesse sentido, Paula Forgioni trata assim sobre as escolhas políticas que estão relacionadas à forma com que se aplica o Direito da Concorrência: “A primeira observação é que, ao contrário do eu se apregoa, a aplicação das regras antitruste encerra sempre, ainda que veladamente, uma opção política. Inexiste técnica neutra. Transcurar essa dimensão da disciplina da concorrência impede sua adequada compreensão, reduzindo-se à simplicidade apenas aparente. A afirmação de que ‘a melhor política indústria é não ter política industrial’ implica, como é óbvio, assunção de escolha política – e não mero reconhecimento do resultado da atuação de certa força natural e aprioristicamente mais adequada (=eficiente). Esconder o mote político traz consigo a admissão do livre comportamento dos agentes econômicos como única forma de alocar recursos na sociedade, desprezando – ou procurando impedir o emprego de ferramentas que visem a subjugar os determinismos econômicos. Longe de serem ‘naturais’, os mercados são políticos” (FORGIONI, 2015, p. 12).

⁶⁸ Essa menção foi feita pela professora Paula Forgioni para o prefácio da obra da professora Ana Frazão.

descartar quaisquer outros instrumentos que não os estritamente econômicos. O observador atento pode se perguntar: em que mundo vivem?” (FRAZÃO, 2017a, p. 19).

É também uniforme o reconhecimento da relevante discrepância entre as premissas econométricas adotadas e a realidade complexa. A própria Paula Forgioni (2015, p. 13) relembra, por exemplo, que julgar algo certo ou errado envolve a consideração de diversas variáveis, tais como o momento histórico, o estágio de evolução da ciência econômica, a capacidade do agente econômico de prejudicar a concorrência e os benefícios dos consumidores⁶⁹. Calixto Salomão (2013, p. 57) ressalta, ao fazer referência à noção de bem-estar atrelada a eficiências, que os interesses dos consumidores são complexos e não podem ser resumidos ao aspecto unidimensional econômico⁷⁰. E chama atenção para o fato de que trazer outros valores, como a ética, para a discussão ora proposta, não significa alijar a economia, mas uma tentativa de conciliá-los. Semelhantemente Ana Frazão (2017a, p. 91) pontua que a economia, sozinha, não é capaz oferecer critérios isolados para endereçar as questões mais complexas sobre a formatação dos mercados⁷¹.

Vale a pena destacar que a doutrina, aqui, não questiona, exatamente, a redução da complexidade, o que tende a ser inevitável na formulação de modelos econômicos, mas o fato de que os parâmetros trazidos pela Escola de Chicago concretizam essa redução de maneira

⁶⁹ Sobre a insegurança que é ínsita ao Direito da Concorrência, tema que está alinhado à complexidade da realidade econômica: “no Estado Democrático de Direito, o antitruste aparece como a disciplina capaz de gerar maior grau de insegurança e imprevisibilidade para os agentes econômicos, especialmente em virtude da (necessária) amplitude de sua linguagem. Julgar algo ‘certo’ ou ‘errado’ obriga a consideração de variáveis quase infinitas: momento histórico, estágio de evolução da ciência econômica, capacidade daquela empresa (naquela situação, praticando aquele ato) prejudicar a concorrência, eventuais benefícios para os consumidores etc. [...] Embora a ninguém agrade admitir, um dos atributos intrínsecos do direito concorrencial é a insegurança” (FORGIONI, 2015, p. 13).

⁷⁰ Sobre o Direito da Concorrência e a tendência de se pautar sua aplicação apenas em critérios econômicos, diante de “interesses complexos” dos consumidores: “[...] é preciso reconhecer que o direito antitruste não pode continuar a ser visto como um direito unidimensional, direcionado também a um consumidor unidimensional (o clássico termo de Marcuse transmite bem o reducionismo da noção de consumidor atualmente empregada no antitruste), cujo único interesse é sempre mensurável em termos econômicos (i.e., através do preço dos bens). O ‘interesse do consumidor’ é muito mais complexo e sua definição deve ser, portanto, mais sofisticada. O cidadão tem, por exemplo, necessidades essenciais, como saúde e educação, pelas quais o interesse dificilmente pode ser mensurado em termos exclusivamente econômicos. Também a preservação do meio ambiente é, e será crescentemente nos próximos anos, um interesse incorporado às preocupações do consumidor e que não se reduz à dimensão econômica” (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 3-4).

⁷¹ Sobre a dificuldade de os métodos econômicos tradicionais apreenderem a complexidade da realidade, afirma Frazão: “Obviamente não se pretende aqui questionar a importância da utilização de critérios e metodologias econômicas no exame dos mercados ou na análise antitruste. Apenas se quer alertar para o fato de que a economia, sozinha, não é capaz de oferecer critérios isolados para endereçar as questões mais complexas sobre a formatação dos mercados, dentre as quais se incluem aquelas tratadas pelo Direito da Concorrência. As análises econômicas e os critérios econômicos têm importante papel na dimensão pragmática do discurso jurídico, podendo oferecer interessantes cenários e mapeamento das consequências de determinadas práticas. Entretanto, a metodologia econômica precisa ser combinada com as outras dimensões fundamentais do discurso jurídico, notadamente a finalística e a principiológica, que insistem nos objetivos sociais e econômicos da regulação jurídica, bem como na sua conexão com os direitos fundamentais e princípios constitucionais” (FRAZÃO, 2017a, p. 91).

extrema, distanciando-se sobremaneira da realidade. Não apenas. Essa característica alinha-se ao fato de que esses parâmetros são, ainda, escolhidos como o único norte válido para se identificar os objetivos do antitruste. Aqui está o cerne do incômodo. As soluções apresentadas por esses autores para os objetivos do Direito da Concorrência partem dessas premissas e, apesar de variarem em um ou outro aspecto, dialogam entre si a partir da escolha da Constituição Federal como uma bússola necessária.

Calixto Salomão, utilizando-se de bases do institucionalismo alemão, elabora o “conceito institucional de concorrência”, o qual não impõe um resultado ou efeito econômico, mas garante que o relacionamento entre os concorrentes se dê de forma leal e que a concorrência efetivamente exista, não sendo substituída por relações de poder, típicas dos mercados livres. Pretende-se, assim, assegurar que os agentes econômicos descubram as melhores opções e ordenem as relações econômicas da forma mais justa e equilibrada. Privilegia-se, ao serem fixados os objetivos e sentidos das regras concorrenciais, a supremacia do valorativo sobre o instrumental econômico, o que não implica renunciar à economia (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 61-63). Essa mudança apenas é possível por meio da discussão política dos valores protegidos pelas normas jurídicas, sobretudo constitucionais⁷².

Por sua vez, Paula Forgioni, a partir da experiência da União Europeia, trabalha um conceito instrumental do Direito da Concorrência. Este seria uma das formas de atuação do Estado sobre a economia. Assim, entre as técnicas de organização dos mercados, estão, as normas destinadas a regular a concorrência entre os agentes econômicos e o abuso do poder econômico. Afirma, pois, que no Brasil, em decorrência da Constituição Federal, com destaque para os arts. 3º e 170, o Direito da Concorrência não pode ser considerado um fim em si mesmo: “entende-se, assim, o Direito Antitruste como técnica de que lança mão o Estado contemporâneo para implementação de políticas públicas, mediante a repressão ao abuso do poder econômico e a tutela da livre-concorrência” (FORGIONI, 2015, p. 84).

Neste trabalho, adotar-se-ão as ideias ventiladas por Ana Frazão, não apenas porque dialogam com as lições de Fligstein e as críticas já mencionadas referentes à

⁷² Sobre a sua visão acerca do Direito da Concorrência, a dicotomia entre resultados econômicos e valores jurídicos, bem como o caráter procedimental das normas de direito econômico pondera: “Segundo a concepção aqui defendida, a mudança político-institucional só é possível através de profunda discussão política dos valores protegidos pelas normas. A força transformadora e propulsora do Direito está exatamente no fato de ele poder ser, mais que uma forma de definição de valores, instrumento de conhecimento da própria sociedade. Postular que o conhecimento é valorativo não é nada mais nada menos que afirmar que os valores de determinada podem influenciar – e influenciam – de maneira determinante o conhecimento que se tem dela [...] é de rigor por outro lado, que esse tipo de norma seja instrumental ao funcionamento do sistema econômico e social. Só assim é possível, de uma parte, afugentar o impasse político ideológico e permitir sua aplicação prática e, de outra, garantir seu caráter cognitivo. Assim, a regra deve permitir a intervenção estrutural e ser procedimental ao mesmo tempo, garantindo, como já visto, um *due process* em matéria econômica” (CALIXTO 2013, p. 59-60).

simplificação da Escola de Chicago no antitruste, elementos que também estão presentes nas lições de Calixto Salomão e de Paula Forgioni, mas também porque registra, entre os diálogos necessários para o Direito da Concorrência, a sua interface com o combate à corrupção.

Inicialmente, destaca-se aqui a lembrança de Ana Frazão de que o controle do poder econômico é não apenas um dos instrumentos mais efetivos da tutela dos consumidores, mas também um dos principais pilares da democracia. Daí ser um assunto que deveria interessar a todos os cidadãos e, por isso, submetido ao amplo escrutínio social. Esse é um argumento relevante para que as questões concorrenciais não sejam decididas sob uma perspectiva exclusivamente “técnica”, desconectada dos princípios constitucionais que regem a ordem econômica e o Estado Democrático de Direito. Daí a necessidade de uma reflexão mais abrangente não apenas quanto ao impacto da concorrência sobre a adequada alocação de bens sociais, mas também em relação à consecução dos objetivos esperados de uma economia de mercado em que a livre-iniciativa e a busca da justiça social estão em permanente tensão (FRAZÃO, 2017a, p. 23-24).

Deve-se ainda, como já dito, reconhecer a centralidade da Constituição para a aplicação do Direito da Concorrência no Brasil. O art. 173, §4^{o73}, apenas pode ser entendido a partir da compreensão de sua natureza instrumental e de sua conformidade com o art. 170⁷⁴, o qual centra a ordem econômica na valorização do trabalho e na livre iniciativa, princípios que, necessariamente, devem ter por finalidade assegurar a existência digna. Assim, o Estado Democrático de Direito brasileiro traz uma unidade de sentido que permeia toda a Constituição e orienta a aplicação não apenas dos princípios da ordem econômica, mas de todo o ordenamento jurídico brasileiro, conforme se infere também da análise dos arts. 1^o, inciso III, e 3^o da Carta Magna⁷⁵: a dignidade da pessoa humana (FRAZÃO, 2017a, p. 46-47).

⁷³ Assim estabelece o art. 173, §4^o, da Constituição Federal: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (BRASIL, 1988).

⁷⁴ O art. 170 dispõe: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei” (BRASIL, 1988).

⁷⁵ O art. 1^o, inciso III, prevê a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, enquanto o art. 3^o estabelece os seus objetivos fundamentais, todos também relacionados à noção de dignidade. Assim, respectivamente: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana” (BRASIL, 1988) e “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o

Dessa forma, o Direito da Concorrência não pode ser reduzido a um viés meramente economicista, pautado no conceito de eficiência, nem a um mero instrumento de política econômica: é imprescindível perquirir, na atividade de controle do poder econômico, em que medida os princípios constitucionais estão sendo observados⁷⁶. Isso não significa abrir mão do ferramental econômico, o qual continua sendo extremamente relevante para a compreensão dos mercados, muito menos ignorar a cautela necessária para resguardar a coerência e a aplicabilidade do Direito da Concorrência⁷⁷. A utilização da economia e a observância de valores constitucionalmente estabelecidos devem ser preocupações constantes dos operadores do direito ao lidar com matérias concorrenciais. A partir daqui Ana Frazão constrói uma ponte bastante interessante entre defesa da concorrência e combate à corrupção.

Por não ser uma disciplina isolada, voltada tão somente para o tecnicismo econométrico, o Direito da Concorrência precisa também se preocupar em dialogar com outros valores igualmente insculpidos na Constituição. Ana Frazão chama atenção para três diálogos específicos: a proteção do consumidor, a inovação e o combate à corrupção (FRAZÃO, 2017a, p. 58-70). Os dois primeiros são até intuitivos: de uma maneira direta ou indireta, todos os autores até então aqui trabalhados reforçam a conexão deles com a defesa da concorrência. Contudo, em relação ao combate da corrupção, é preciso reconhecer certo

desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1988).

⁷⁶ Neste trecho, Ana Frazão esclarece a medida que deve ser dada na compreensão do Direito da Concorrência: “Por outro lado, é importante destacar que a crítica feita à concepção exageradamente economicista do Direito da Concorrência, como já advertido no Capítulo 01, não pode levar à conclusão de que o Direito da Concorrência seja um mero instrumento de política econômica, o que facultaria à autoridade antitruste, inclusive, optar pela aplicação da lei antitruste ou pelo afastamento ou suavização, assim como escolher entre os interesses em conflito. Com efeito, a compreensão do Direito da Concorrência como mero instrumento de política econômica é perigosa, na medida em que: (i) ou realça a óbvia e necessária relação que o direito possui com a política, o que não é uma exclusividade do Direito da Concorrência de forma que não seria muito útil para definir os propósitos deste; ou (ii) sugere uma indevida e inaceitável submissão do Direito da Concorrência à política econômica, de modo que a legislação deveria ser interpretada e aplicada em razão de conveniências políticas [...]. Logo, no que se refere especificamente ao controle do poder econômico, não basta, para o direito, saber se determinada conduta é fruto ou não de certa política econômica ou se buscou o não a eficiência. É imprescindível saber se a conduta está em conformidade com os princípios e regras jurídicos pertinentes, ou seja, se são legítimas diante da racionalidade própria do direito, a ser desenvolvida por um juízo de fundamentação e aplicação de princípios constitucionais e regras jurídicas” (FRAZÃO, 2017a, p. 97-99).

⁷⁷ Sobre as dificuldades diante da abertura do Direito da Concorrência para outros valores e o papel a ser exercido pela economia: “Por essa razão, a mudança ora proposta deve ser realizada com extrema cautela, a fim de abrir o discurso antitruste para as importantes discussões constitucionais, sem descuidar da preocupação de resguardar a coerência do Direito da Concorrência e a sua aptidão para regular o poder econômico com parâmetros consistentes, adequados e minimamente previsíveis. Ainda se deve atentar para as importantes contribuições das análises econômicas, que são fundamentais para a dimensão pragmática do discurso jurídico antitruste. Sobre o assunto, é importante ressaltar a inviabilidade da sua utilização como metodologia exclusiva do Direito da Concorrência, mas não a de afastá-las do discurso antitruste, em razão da sua inegável importância” (FRAZÃO, 2017a, p. 51).

pioneirismo da professora Ana Frazão em estabelecer, no antitruste brasileiro, algumas premissas importantes para esse diálogo.

Inicialmente, reconhece que a corrupção distorce os mercados, substituindo critério de eficiência e de competição pelo da compra de facilidades, fato que cria custos de transação, barreiras à entrada e mitiga a rivalidade. A estagnação do mercado em favor dos incumbentes facilita um círculo vicioso: a rivalidade e a entrada são mitigadas, mantendo-se as concepções de controle, as quais, por sua vez, fomentam as relações pautadas em favores e em pagamentos de propina (FRAZÃO, 2017a, p. 63). Alinhada às ideias de Fligstein, Ana Frazão lembra que as normas jurídicas não são as únicas que moldam os mercados: é importante dar atenção também às normas sociais e culturais, bem como aos valores nela arraigados. Ou seja, devem ser observadas as próprias *estruturas de governança*. Dessa forma, é feito o seguinte alerta: “A importância de todo esse arcabouço institucional é tamanha que, em muitos casos, ele poderá levar até mesmo à completa ineficácia das regras jurídicas” (FRAZÃO, 2017a, p. 64).

Daí porque as soluções para o problema da corrupção devem ser pensadas a partir da análise de todo esse arcabouço normativo (não apenas do jurídico), bem como deve ser levada em consideração a possibilidade de o Direito da Concorrência, mediante a promoção da competição, permitir a construção de um ambiente menos corrupto⁷⁸. Esse será um ponto a ser trabalhado quando for estudada a relação entre concorrência e corrupção, mas desde já é preciso ressaltar a necessidade de o Direito da Concorrência estar aberto a esse diálogo. A solução da complexa relação entre agentes econômicos cartelizados e agentes públicos corruptos depende, em grande medida, dessa ponte que, no Brasil, ainda está para ser construída.

Muitos dos pontos de discordância aqui enaltecidos entre os autores trabalhados são relativizados quando o assunto é o combate a cartéis, sobretudo de preços. Trata-se de ilícito que é rechaçado por juristas de diferentes vertentes do Direito da Concorrência⁷⁹, conforme restará verificado no tópico seguinte.

⁷⁸ Sobre o assunto, Ana Frazão pontua: “Todas essas considerações mostram que há de se ter muita cautela ao lidar com o problema da corrupção, a fim de se resolver não apenas consequências atuais e pontuais do problema, mas sobretudo as suas causas. O aspecto mais importante da luta contra a corrupção são as medidas que podem modificar as instituições vigentes, que propiciam, incentivam ou toleram excessivamente as práticas de corrupção. Somente por meio da alteração das regras do jogo, da dinâmica competitiva dos mercados e da reformulação dos espaços de ação tanto do Estado como dos agentes econômicos é que se poderá pensar em uma solução isonômica, prospectiva e eficaz para o problema. Apesar das dificuldades inerentes a qualquer mudança institucional, é inequívoco que o Direito da Concorrência tem um rico potencial para oferecer caminhos e soluções que ajudem nesse propósito” (FRAZÃO, 2017a, p. 66-67).

⁷⁹ Apenas para exemplificar, Posner (2001, p. 51-100), Hovenkamp (2008, p. 125-149), Areeda, Kaplow e Edlin (2013, p. 113-143), Motta (2009, p. 137-159), Forgioni (2015, p. 338-356), Salomão (2013, p. 563-591) e Frazão

1.1.3 Os cartéis

O ferramental econômico, a partir da teoria do monopólio, é importante para compreender o porquê de os agentes econômicos formarem cartéis⁸⁰ e de que maneira essa prática é prejudicial. Em síntese, o cartel tem como objetivo emular o comportamento do monopólio e, assim, possibilitar que os produtores auferam lucros maiores, os quais não seriam obtidos em uma situação normal de concorrência, não apenas em prejuízo aos consumidores, que pagam um preço mais caro pelo produto ou serviço desejado, mas também em detrimento de toda a sociedade. É que a prática gera um “peso-morto”⁸¹ no mercado, ou seja, consumidores que antes poderiam comprar o produto ou o serviço em preços competitivos não conseguem pagar pelo preço monopolístico, além do que são reduzidos os incentivos à inovação, fazendo com que os agentes econômicos centrem esforços na apropriação indevida do excedente do consumidor. É o que se costuma chamar,

(2017a, p. 440-445) consideram os cartéis de preço condutas prejudiciais aos mercados e, portanto, sujeitos a punições. Hovenkamp lembra que, em regra, é mais simples autoridades de defesa da concorrência condenarem cartéis do que abusos de posição dominante, haja vista a maior facilidade em se perceber o seu caráter ilícito. Assim: “Antitrust is more cautious about condemning a single firm’s exclusionary practices than the practices of a group of collaborators, and for a good reason. A cartel can be created very quickly [...]. By contrast dominant firms typically come into existence slowly and with great difficulty, most often by welfare-enhancing practices such as innovation or low prices. These practices ‘exclude’ just as much as anticompetitive exclusionary practices, and distinguishing pro-from anticompetitive exclusions is often very difficult. Finally, exclusionary agreements among multiples firms are easily recognized unless they are kept in secret. Such agreements are also somewhat idiosyncratic, in the sense that most firms act without them. In sharp contrast, every act that a monopolist undertakes is its own. Unilateral acts are essential to the conduct of any firm’s business” (HOVENKAMP, 2008, p. 24).

⁸⁰ Na tentativa de explicar o motivo pelo qual os agentes econômicos praticam cartel, Ivo Gico pontua: “Partindo-se do pressuposto de que empresas independentes estão maximizando seus lucros, o que as levaria a formar um cartel? O que a possibilidade de colusão horizontal oferece a empresários e administradores que não seria alcançado pela livre concorrência? Por que se sujeitar a ter de discutir estratégias comerciais de sua empresa com terceiros? O que leva os agentes econômicos racionais a cometerem esse delito? A hipótese mais aceita entre juristas e economistas é uma só: ainda mais lucro! A Teoria dos Monopólios explica, do ponto de vista microeconômico, como o exercício do poder de mercado, resultante da uniformização de condutas entre concorrentes, pode aumentar ainda mais os lucros auferidos por cada empresa individualmente considerada” (GICO JUNIOR, 2006, p. 46-47). E ainda: “O cartel tem como fulcro emular o comportamento do monopólio, gerando lucro econômico para a organização a ser devidamente dividido entre seus integrantes nos termos de suas normas internas. Lucro esse possibilitado única e exclusivamente pela atuação em conjunto, ou para nos atermos à terminologia jurídica, pela colusão” (GICO JUNIOR, 2006, p. 72).

⁸¹ No sentido de que “do ponto de vista prático, todos os consumidores que estiverem dispostos a pagar acima do custo marginal do produto pela sua obtenção, porém possuam preços de reserva abaixo do preço monopolístico, não serão atendidos. O não-atendimento a esses consumidores, ou a perda da utilidade atribuída por eles ao bem, representa um resultado socialmente ineficiente, pois esse valor não é apropriado pelo monopolista, mas simplesmente destruído. A escassez artificial criada pelo monopolista gera uma perda de utilidade que não compensada de qualquer outra forma e, por isso, diminui a riqueza da sociedade como um todo” (GICO JUNIOR, 2006, p. 80).

respectivamente, de *perda estática* e *perda dinâmica*⁸² dos cartéis (GICO JUNIOR, 2006, p. 78-89).

Entretanto, para uma melhor compreensão do fenômeno, o suporte da sociologia e das lições de Neil Fligstein parece ser também essencial. Considerando que a sobrevivência dos agentes é o que os move para fazer prevalecer determinada organização social, caracterizada pelas *relações sociais concretas* e pelos *quadros cognitivos* que os favoreçam (FLIGSTEIN, 2002, 15-20), e apesar de cada contexto social e histórico apresentar um peculiar *conceito de controle*, entende-se o porquê de, como estratégia geral, os agentes econômicos utilizarem a cooperação com os concorrentes como forma de compartilhar mercados e de controlar um dos elementos centrais de desestabilização, a concorrência⁸³.

Cartéis, criação de barreiras à entrada artificiais, acordos de licenciamento, *joint ventures* em *marketing* e produção, tudo funciona como mecanismos de controle competitivo. Uns talvez eficientes, daí serem admitidos pelo ordenamento jurídico⁸⁴, outros marcadamente ineficientes, por isso serem rechaçados. Mas não apenas: a necessidade de sobrevivência também aponta para a tendência de os atores dominantes tentarem obter proteção regulatória e

⁸² Quanto às *ineficiências econômicas* acarretadas pela prática de cartel, Ana Paula Martinez expõe: “Os cartéis estão associados a três tipos de ineficiências econômicas: alocativa, produtiva e dinâmica. A ineficiência alocativa está relacionada à alocação ineficiente dos recursos 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 da riqueza social (o chamado ‘peso morto’) [...]. A ineficiência produtiva relaciona-se ao fato de os agentes econômicos operarem com custos mais altos do que teriam na ausência do arranjo oclusivo. 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” (MARTINEZ, 2013, p. 37-38).

⁸³ Massimo Mota também aborda que a organização dos agentes econômicos em cartéis é, justamente, uma forma de reação à guerra de preços da concorrência, em prejuízo à sociedade: “Firms often tried to respond to price wars and market instability by way of price agreements which enabled them to maintain high prices and margins. The organization of cartels and trusts (railroad and oil companies are the best known examples of these) had exactly this purpose. But the advantages of price stability for the members of cartels and trusts did not come without detriment to other groups in the economy. Final consumers were hurt by higher prices, and so were producers, such as farmers and small industries firms, which used products of cartelized sectors as an input” (MOTTA, 2009, p. 3). E Paula Forgioni lembra que: “onde quer que haja comércio, os agentes econômicos tendem a adotar determinados comportamentos que objetivam sua proteção, independentemente do governo (=poder externo) a que estão sujeitos. Esse fenômeno pode ser compreendido e justificado levando-se em consideração o fato de que os agentes econômicos, em qualquer período histórico, estão sujeitos a leis econômicas, semelhantes às da física [...]. Ou, na visão mais realista de Lambros Kotsiris: ‘A ideia do antitruste é tão antiga quanto a civilização e tão contemporânea quanto o espírito humano. Ela provém da típica tendência da natureza humana segundo a qual homens de todas as épocas buscaram aumentar seus interesses pecuniários, aproveitando-se das necessidades de seus companheiros e valendo-se dos mais variados mecanismos e métodos para realizar seu propósito” (FORGIONI, 2015, p. 54-55).

⁸⁴ Hovenkamp cita o exemplo da criação de parâmetros (*standards*) em indústrias, bem como exigências de qualificações para o exercício de profissões como exemplos de acordos horizontais que podem ser eficientes (HOVENKAMP, 2008, p. 22-23).

legal do Estado, que é um dos motes para a prática de atos de corrupção⁸⁵ (FLIGSTEIN, 2002, p. 73). O imperativo de sobrevivência em face da concorrência, portanto, explicaria sociologicamente a prática de cartéis⁸⁶ e, no contexto dos mercados, da própria corrupção.

Além disso, há uma instabilidade que é inerente a esse ilícito, consistente na possibilidade de quaisquer de seus membros quebrarem o acordo, na tentativa de aumentarem os seus ganhos (HOVENKAMP, 2008, p. 22-23). Mas não apenas. Os preços de monopólio também funcionam como um chamariz para agentes econômicos ingressarem no mercado e desafiarem o cartel, de maneira que, constantemente os membros do conluio mensuram prós e contras para decidirem se mantêm ou quebram o esquema ilícito (CARVALHO, 2018, p. 100-107). A teoria de Fligstein apresenta um interessante suporte para compreensão dessa atuação dos *players*.

Os mercados analisados como campos estratégicos representam jogos recorrentes. Mesmo em cenários de certa estabilidade, o jogo está sendo frequentemente reexecutado, de maneira que, a todo o momento, atores desafiantes e mudanças desestabilizadoras em campos próximos testam a vulnerabilidade dos incumbentes. Segundo Fligstein, portanto, “the rules, composition, and structure of the field will be in play constantly” (FLIGSTEIN, 2015, p. 31-32). Daí porque, para Fligstein, é importante compreender como o processo de desestabilização, nesse caso, quebra do cartel, será interpretado pelos atores incumbentes e desafiantes, além de como as ameaças e as oportunidades relacionadas comandam a organização dos recursos (FLIGSTEIN, 2015, p. 19 – 21). A *Theory of Fields* de Fligstein, assim, aplicada à sistemática dos cartéis, propicia um interessante suporte para a sua análise⁸⁷.

⁸⁵ A relação dessa necessidade de sobrevivência e da tendência de proteção com práticas corruptas é objeto de análise nos tópicos 1.3.2, “A relação entre cartéis em licitação e corrupção (micro)”, e 1.3.3, “Da necessidade e da complexidade no enfrentamento conjunto dos cartéis em licitação e da corrupção, construção das hipóteses”, deste capítulo.

⁸⁶ Ana Paula Martinez relembra a célebre frase de um dos membros do Cartel de Lisinas, que estava sendo monitorado pela Justiça dos Estados Unidos, em uma das reuniões: “nossos concorrentes são nossos amigos, o consumidor é o inimigo”, na seguinte passagem: “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 de lisinas em reunião entre concorrentes e ganhou notoriedade por traduzir bem o espírito do cartel – 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” (MARTINEZ, 2013, p. 36). Essa visão de consumidor “como inimigo” pode ser também compreendida a partir do suporte sociológico de Fligstein ora proposto.

⁸⁷ E o exemplo do cartel é expressamente mencionado pelo Fligstein, na seguinte passagem: “Incumbent groups may fashion an informal agreement to share the field. The result might be separate spheres of influence within the field, allowing these groups to cooperate without stepping on one another’s toes. They might even ritualize this agreement even as they periodically test its limits. For their part, challengers can use their resources dependence within a strategic action field to their advantage. If groups are dependent upon other groups, this can create stable situation in which ‘contracts’ are made. There will always be tension in these kinds of relations because they define the roles of unequal partners” (FLIGSTEIN, 2015, p. 15-16).

Com o propósito de melhor delimitar os casos que serão analisados na pesquisa empírica realizada no segundo capítulo deste trabalho, é importante, no vasto tema “cartel”, abordar aqui alguns aspectos relacionados à sua definição, bem como algumas de suas classificações, notadamente a que divide os cartéis em clássicos ou *hardcore* e difusos ou *softcore*, pois isso influenciará no padrão probatório utilizado para a condenação no CADE.

Ivo Gico Junior (2006, p. 216) define cartéis como “atos colusivos, entre concorrentes potenciais ou efetivos, autônomos, potencialmente resultantes em vantagens comuns decorrentes da supressão total ou parcial da livre concorrência, tendentes à dominação de um dado mercado relevante”. A sua obra é voltada, como o próprio nome sugere (*Cartel: teoria unificada da colusão*), não apenas para indicar uma teoria unificada da colusão horizontal, a partir de uma abordagem da economia (fato e valor) e do direito (norma)⁸⁸, mas também para dar um interessante enfoque para o problema da colusão tácita, na medida em que admite a condenação de agentes econômicos nesses casos, desde que haja alguma prática facilitadora do equilíbrio colusivo⁸⁹.

Ana Paula Martinez (2013, p. 36-37), em sua tese de doutorado defendida pela Universidade de São Paulo, depois transformada no livro *Repressão a cartéis: interface entre Direito Administrativo e Direito Penal*, cuida de como o cartel é normatizado nesses dois ramos do direito e formula algumas propostas de mudanças legislativas para aprimorar, no Brasil, a política de seu combate. Talvez em decorrência de sua experiência como chefe do Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE) entre 2007 a 2010, adota uma definição de cartel mais prática, calcada em parâmetros estabelecidos pela OCDE e pela ICN (*International Competition Network*), ao afirmar que seriam “acordos, ajustes ou mesmo troca de informações sobre variáveis comercialmente sensíveis entre concorrentes com o objetivo

⁸⁸ A organização dos capítulos da obra foi pautada na teoria tridimensional do direito do professor Miguel Reale, conforme alerta o autor já no início do seu capítulo II, ao mencionar: “Se Direito é Fato, Valor e Norma, em uma perspectiva mais zetética do que dogmática, para a análise jurídica das colusões horizontais é imprescindível estar munido do poderoso instrumental teórico analítico oferecido pela Ciência Econômica” (GICO JUNIOR, 2006, p. 43). E complementa: “a Teoria dos Monopólios fornece os conceitos e os elementos-chave para entendermos a razão de ser dos cartéis, a estrutura de incentivos do grupo, qual seja, a expropriação do excedente do consumidor na busca por lucro econômico (Fato), bem como o impacto negativo dessa conduta sobre o bem-estar social e do consumidor, razões pelas quais o estabelecimento de políticas públicas de combate ao monopólio se legitima (Valor). [...] Com o embasamento teórico-conceitual das razões de existência (Fato) e consequências consideradas negativas do fenômeno colusão horizontal (Valor), devemos agora nos deter sobre o enquadramento dessa conduta dentro do ordenamento jurídico brasileiro (Norma)” (GICO JUNIOR, 2006, p. 108).

⁸⁹ Dessa forma, em síntese: “De acordo com a teoria, 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, 2006, p. 498-499).

de alterar artificialmente as condições de mercado com relação a bens ou serviços, restringindo ou eliminando a concorrência” (MARTINEZ, 2013, p. 36-37).

Na noção de *atos colusivos* de Gico, podem ser enquadrados os *acordos*, os *ajustes* ou a *mera troca de informações sobre variáveis comercialmente sensíveis* citados por Martinez⁹⁰, bem como o objetivo destacado por Martinez de *alterar as condições de mercado, restringindo ou eliminando a concorrência*, que está contido na tendência de *dominação de mercado relevante* de Gico. Isso ficará mais claro quando os três principais elementos da tipificação administrativa de cartel no Brasil forem esmiuçados: *sujeito, núcleo da conduta e efeitos*⁹¹.

Quanto ao sujeito, tem-se que a legislação brasileira não exige um *requisito intrínseco* para que determinado agente econômico seja condenado pela prática de cartel. Da leitura do art. 31 da Lei 12.529/2011, o qual trata, de maneira geral, do âmbito subjetivo para a aplicação normativa da lei de defesa da concorrência, percebe-se que podem ser punidas “pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito” (BRASIL, 2011). Não se verifica qualquer motivo para, especificamente no cartel, excetuar-se um ou outro ponto do referido

⁹⁰ É de se destacar que tanto Martinez, quanto Gico admitem a possibilidade de prática de cartel, mesmo que não haja propriamente acordo entre os participantes. Para Martinez, seriam justamente os cartéis difusos “basicamente aqueles que não envolvem acordos entre seus partícipes, mas a mera troca de informações comercialmente sensíveis” (MARTINEZ, 2013, p. 43). Para Ivo Gico, seria o caso de *colusão tácita*, que admite a condenação em circunstâncias especiais (GICO JUNIOR, 2006, p. 299-304). Concorde-se com Gico quando afirma que, sob o manto da expressão “acordo tácito” estão presentes diversos tipos de condutas, que vão desde (i) acordo existente de cujas provas a autoridade antitruste não tem conhecimento, (ii) meios mais sutis e indiretos de trocas de informações, os quais, mesmo assim, fornecem um grau de certeza e de comprometimento de comportamento futuro e (iii) a coordenação de condutas simplesmente pela observação do mercado (GICO JUNIOR, 2006, p. 191-192). O problema, na prática, é separar os acordos tácitos ilícitos do mero paralelismo. O CADE admite a condenação de cartéis com fundamento em acordos tácitos, conforme se depreende do conceito de cartel nos anexos da antiga Resolução nº 20/1999 (“São 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”), cujo texto principal foi revogado, mas algumas partes dos seus anexos continuam sendo um importante referencial teórico mesmo à luz da Lei 12.529/2011. Esse tema não é objeto central do presente trabalho, motivo pelo qual não será aqui aprofundado. Recomenda-se a própria obra de Ivo Gico como o principal escrito em língua portuguesa sobre o tema.

⁹¹ A partir daqui serão utilizadas algumas ideias do tópico “*elementos jurídicos da definição de cartel*” da obra de Ivo Gico (2006, p. 166-214), que realizou uma análise normativa dos dispositivos da lei antitruste que formam o tipo legal da conduta. Embora a análise tenha sido feita à luz da Lei 8.884/1994, tem também aplicação na Lei 12.529/2011, haja vista a similaridade dos dispositivos. No decorrer deste texto, ponderações e ajustes necessários já foram realizados com esboço na Lei 12.529/2011. Vale ainda destacar que, curiosamente, a introdução do capítulo 3 do livro de Ivo Gico, o qual justamente trata dessa abordagem, tem duas citações de Herbert Hovenkamp e do Gregory Werden que dialogam diretamente com a teoria da complexidade e as premissas do presente trabalho. São elas: “Policy has to reflect the world we live in, and the world is a messy place (Hovenkamp)” e “The world is too complicated and economic tools are insufficiently precise for economic analysis to lead to a definitive determination as to the existence, or non-existence, of a collusive agreement (Werden)” (GICO JUNIOR, 2006, p. 109).

dispositivo. Há, contudo, um requisito *subjetivo extrínseco* relevante, consubstanciado no termo “concorrentes”: os agentes econômicos precisam atuar no mesmo mercado relevante.

Deve-se evitar, aqui, a tautologia de falar em “concorrentes que atuam em um mesmo mercado relevante”⁹². Ora, se são concorrentes, é porque atuam no mesmo nível da cadeia produtiva. Portanto, para que um cartel exista, a prática deve ser, essencialmente, horizontal⁹³. Destaca-se, no conceito trazido por Ivo Gico Junior, o fato de que essa concorrência não precisa já estar estabelecida, mas apenas vislumbrada em potencial. É que, seja no conluio entre concorrentes efetivos, seja entre concorrentes potenciais, “é a redução da pressão competitiva e, assim, a alteração ilegítima das forças componentes do mercado, enquanto mecanismo de alocação de recursos, que justifica a caracterização da conduta” (GICO JUNIOR, 2006, p. 189-190).

Por fim, ainda no que se refere aos sujeitos que praticam esse ilícito, deve-se registrar que, apesar da união eventual de esforços para mimetizar uma atuação monopolística, os agentes que praticam o cartel mantêm a sua autonomia. Não há, pois, uma integração fática ou jurídica de suas atividades, o que, em tese, poderia configurar um ato de concentração notificável, à luz do art. 88 da Lei 12.529/2011, desde que cumpridos os requisitos ali descritos⁹⁴. Na prática, pode haver casos para os quais seja difícil discernir se a autoridade de defesa da concorrência deve avaliar como controle de conduta ou controle de estruturas, entretanto, em tese, os agentes econômicos que praticam cartel, apesar da união específica de esforços em prejuízo à concorrência, mantêm a sua independência⁹⁵.

⁹² Como estipulava o Anexo I da Resolução nº 20 do CADE, que definia cartel como: “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” (CADE, 1999, p. 2-3).

⁹³ Pode-se discutir a possibilidade de agentes econômicos integrados verticalmente aos membros do cartel serem também condenados. Ivo Gico entende que sim (GICO JUNIOR, 2006, p. 180-181), à luz do disposto no art. 36, § 3º, inciso II, pela promoção de conduta uniforme.

⁹⁴ Quanto à *manutenção da autonomia* caracterizadora do cartel, Ivo Gico tenta distinguir esse tipo de ilícito dos atos de concentração, embora reconheça ser difícil, em alguns casos, realizar essa diferenciação na prática. Assim: “[...] apesar de, em algumas situações-limite, a diferença entre conduta e estrutura ser de difícil determinação, do ponto de vista teórico, o conceito de colusão horizontal envolve agentes econômicos independentes, cujo poder econômico surge única e exclusivamente como fruto de conduta colusiva. É a agregação de entes econômicos individuais, sem a intenção de se formar um novo ente independente, que caracteriza o cartel; é o incremento sem a perda de identidade. Tem-se, então, que a colusão horizontal envolve um ato colusivo perpetrado por agentes econômicos concorrentes sem retirar-lhes a identidade” (GICO JUNIOR, 2006, p. 206).

⁹⁵ Essa noção será importante quando forem analisados, no segundo capítulo deste trabalho, a tipologia dos cartéis em licitação, em uma tentativa de diferenciá-los de outras fraudes. Vide item 2.3.4, “Distinção entre os cartéis em licitação e outras fraudes”.

No que se refere ao núcleo da conduta, na forma como o cartel está previsto na Lei 12.529/2011⁹⁶, não é *conditio sine qua non* a existência de um “acordo” entre os concorrentes, ainda que, na grande maioria dos casos, exista esse elemento⁹⁷. O próprio legislador, mais especificamente no §3º, inciso I, do art. 36, utiliza outros verbos além de “acordar” para descrever o ilícito, tais como “combinar”, “manipular” ou “ajustar” (BRASIL, 2011), motivo pelo qual, neste trabalho, também se adota a denominação de “colusão explícita”, para significar aqueles casos de cartel em que for constatado um acordo entre os agentes econômicos, bem como “colusão tácita”, que permite o enquadramento do comportamento uniforme, mesmo que não engendrado por um acordo propriamente dito, potencialmente abusivo, quando identificada alguma prática facilitadora do equilíbrio colusivo⁹⁸. No presente trabalho, cartel e colusão serão termos utilizados de maneira indistinta. A referência eventual à “colusão explícita” ou “tácita” será feita, quando necessária, para distinguir um ou outro tipo de ilícito.

Por fim, quanto aos efeitos, as expressões *tendência à dominação*, usada por Gico Junior, ou *alterar as condições de mercado, restringindo ou eliminando a concorrência*, empregada por Martinez, referem-se à *potencialidade dos efeitos da conduta* e à *ausência de eficiências econômicas*. Aqui estão os elementos que diferenciam os cartéis de cooperações horizontais legítimas entre concorrentes. A *potencialidade dos efeitos da conduta* é depreendida a partir da posição dominante, que é presumida, nos termos do §2º do art. 36, quando as empresas cartelizadas forem capazes, conjuntamente, de alterar unilateralmente as condições de mercado ou possuírem participação de pelo menos 20%, podendo esse percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia (BRASIL, 2011). E cartéis seriam carentes de qualquer justificativa econômica, com destaque para as perdas

⁹⁶ Ao tratar do arranjo normativo e institucional do combate aos cartéis em licitação no Brasil, essa tipificação será detalhada, mas, por ora, é importante frisar que a análise inicialmente desenvolvida por Ivo Gico teve por base os incisos I, II, III e VIII do art. 21 da Lei 8.884/1994, que guardam similitude com o art. 36, §3º, incisos I e II, da Lei 12.529/2011. Vide item 1.1.5, “As estruturas de governança estatais de combate aos cartéis em licitação”.

⁹⁷ Que pressupõe manifestação de vontade dos agentes econômicos. Os concorrentes se reuniram para debater o nível de preço que melhor atenderia às necessidades comuns, e esse valor passaria a ser o preço praticado no mercado pelos integrantes do cartel (GICO JUNIOR, 2006, p. 191).

⁹⁸ Segundo Ivo Gico, “a despeito de o CADE fazer referência expressa a acordo entre concorrentes em seus julgados e o significado ordinário da palavra seguir o mesmo caminho, do exposto anteriormente, conclui-se que a legislação concorrencial não só não exige a presença de um acordo para caracterizar o ilícito, como os núcleos das condutas cartelizadoras listadas pela Lei 8.884/1994 (Art. 53 §5º) são mais amplos que acordo ou contrato na acepção corrente no Direito [...]. Como o acordo está presente na maioria dos casos de colusão horizontal, entretanto não em todos, é necessário um único termo tanto para as hipóteses que envolvem acordo quanto para o mero comportamento uniforme potencialmente considerado abusivo [...]. Nesse sentido, dar-se-á preferência à utilização da terminologia colusão, daí usarmos indistintamente o termo cartel ou colusão, mesmo que a expressão se refira a ajuste fraudulento” (GICO JUNIOR, 2006, p. 200-201).

estáticas e dinâmicas aqui já referidas, enquanto outras cooperações envolveriam, em maior ou menor grau, alguma justificativa⁹⁹.

A menção a “variáveis concorrencialmente sensíveis” trazidas por Martinez remete, pelo menos, às hipóteses de (i) preços ou condições de venda, (ii) capacidade produtiva ou distributiva e (iii) divisão de mercados ou de fontes de abastecimento” (MARTINEZ, 2013, p. 37), que compõem a definição de cartel clássico ou *hardcore* estabelecida pela OCDE. Há uma tipologia de cartéis comumente referida pela doutrina¹⁰⁰, mas interessa propriamente a este trabalho, antes de serem abordados especificamente os cartéis em licitação, a divisão costumeiramente realizada por autoridades de defesa da concorrência, sobretudo para fins de estabelecimento de padrões probatórios que justificam uma condenação, entre cartéis clássicos ou *hardcore* e difusos ou *softcore*.

⁹⁹ Essa é a conclusão a que chega Ivo Gico, ao analisar a jurisprudência do CADE, na seguinte passagem: “O outro elemento distintivo sugerido pelo CADE é a carência de justificativas econômicas. Cartéis seriam carentes de qualquer justificativa econômica e as demais cooperações envolveriam, em maior ou menor grau, alguma justificativa. Mesmo que posteriormente a justificativa oferecida não fosse considerada suficiente para contrabalançar os efeitos deletérios da conduta, resultando em sua ilicitude por desarrazoada, não se trataria de um cartel. Do ponto de vista analítico, a presença ou não de eficiências (ainda que potenciais) é fundamental para distinguir entre cartéis e integrações contratuais” (GICO JUNIOR, 2006, p. 211).

¹⁰⁰ Por exemplo, quanto à variável comercial sensível da conduta, os cartéis podem ser “classificados em cartéis de preço/quantidade (como nos ensina a microeconomia, os dois teriam o mesmo efeito 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 a sua atuação” (MARTINEZ, 2013, p. 43). E, ainda, em relação às classificações de (i) explícitos ou tácitos; (ii) nacionais ou internacionais; (iii) de compra ou de venda; e (iv) de importação ou de exportação, Ana Paula Martínez comenta: “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 [...]. Quanto à definição de cartéis nacionais versus internacionais, filiamo-nos à proposta da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos 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 [...]. Os cartéis de compra, por sua vez, envolvem arranjos colusivos entre adquirentes de insumos, 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. Tal qual acontece com cartéis de venda, cartéis de compra são punidos pelo ordenamento jurídico brasileiro. 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” (MARTINEZ, 2013, p. 43-47).

A OCDE definiu cartéis clássicos ou *hardcore*, em uma recomendação produzida para os seus membros em 1998, como sendo um acordo, um arranjo ou uma prática anticompetitiva que envolva pelo menos um dos seguintes aspectos: (i) fixar preços, (ii) estabelecer restrições na oferta ou quotas, (iii) dividir mercados por meio de alocação de clientes, fornecedores, área geográfica ou linhas de comércio e (iv) fraudar licitações (propostas colusivas)¹⁰¹. Dessa maneira, segundo a OCDE, se a prática colusiva se referir a uma dessas variáveis comercialmente sensíveis referidas, estará configurado um cartel *hardcore*. Visto que não restou definido o que seriam os cartéis difusos ou *softcore*, costumava-se entendê-los a partir da exclusão do conceito ora apresentado: aqueles cartéis que não se enquadrarem na definição de *hardcore* seriam difusos¹⁰².

No caso do “Cartel das Britas”, o CADE tentou formular uma distinção entre cartéis clássicos e difusos, por meio do voto do conselheiro-relator Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado, que diferenciou um e outro tipo de cartel a partir do elemento da “institucionalidade”¹⁰³. Nesse sentido, cartéis *hardcore* teriam alguma espécie de organização, como manuais de comportamento, código de princípios ou documentos do gênero. Entende-se esse elemento diferenciador problemático¹⁰⁴ por dois motivos¹⁰⁵: primeiro, a

¹⁰¹ O documento produzido em 1998, denominado *Recommendation concerning effective action against hard core cartels* foi revisto em 2019 (OCDE, 2019). A nova publicação avalia a evolução do combate a cartéis *hardcore* em diversos países, nos termos pautados pela OCDE, intitulada *Review of the 1998 OECD Recommendation concerning Effective Action against Hard Core Cartels*. A definição permanece a mesma e é assim trazida no novo documento: “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” (OCDE, 2019a, p. 13).

¹⁰² A própria OCDE, em recomendação expedida em 2019, menciona que não se incluem no conceito de cartel *hardcore* eventuais acordos que configurem integração legítima de atividade econômica com ganho de eficiência ou aqueles excetuados ou determinados pela legislação do país. Assim: “They do not include: (a) agreements, concerted practices, or arrangements that are reasonably related to a legitimate efficiency-enhancing integration of economic activity; (b) agreements, concerted practices or arrangements that might otherwise qualify as hardcore cartels, which are directly or indirectly exempted from the coverage of Adherents’ competition laws or are mandated in accordance with Adherents’ laws” (OCDE, 2019b, p.5).

¹⁰³ Segundo consta no voto-condutor, os cartéis clássicos operam “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 eventual de coordenação, mas da construção de mecanismos permanentes para alcançar seus objetivos. Distingo o Cartel Clássico do que chamo de Cartel Difuso. Este último é um ato de coordenação da ação entre empresas com objetivo similar ao do Cartel Clássico, mas de caráter eventual e não institucionalizado” (CADE, 2005b, p. 15.476).

¹⁰⁴ Ana Paula Martinez também não se filia à distinção feita pelo CADE no caso cartel das Britas, a partir do voto do conselheiro relator Luiz Carlos Delorme Prado, para quem os cartéis clássicos seriam aqueles “institucionalizados”. Segundo ela, “Alinhamo-nos ao posicionamento da OCDE e da ICN e consideramos que duas são as características que servem para definir um cartel clássico: (i) a presença de um acordo, explícito ou tácito (i.e., a mera troca de informações comercialmente sensíveis não é suficiente para caracterizar um cartel como clássico); e (ii) que o acordo seja relativo a variáveis comercialmente sensíveis, como preços, quantidade, áreas de atuação/clientes ou participação em licitações. Estando presentes essas características, o acordo é suficientemente grave para justificar a sanção em seu mais alto grau. Cartéis difusos serão basicamente aqueles

“institucionalidade” não é um parâmetro estabelecido pela OCDE, portanto, é estranho à definição originária do tipo “cartel clássico”. Segundo, a identificação do grau de “institucionalidade” depende da medida de conhecimento da autoridade antitruste sobre o ilícito, ou seja, do arcabouço probatório analisado. Parece haver certa contradição no sentido de que o critério para identificar uma regra de limitação probatória demanda, justamente, análise probatória. Aqui é importante compreender as consequências práticas em identificar um cartel como sendo *hardcore*.

A identificação de um ilícito desse tipo representa a possibilidade de uma condenação a partir da aplicação da *regra per se* ou de ilícito por objeto¹⁰⁶: adota-se um *standard* probatório para que, uma vez demonstrados determinados elementos, a comprovação de outros seja dispensada¹⁰⁷. A experiência das autoridades antitruste indica os malefícios à coletividade decorrentes daquela conduta, bem como que, uma vez provado o

que não envolvem acordos entre seus partícipes, mas a mera troca de informações comercialmente sensíveis” (MARTINEZ, 2013, p. 42-43).

¹⁰⁵ Embora esse critério de diferenciação traga alguns percalços, concorda-se com as conclusões do CADE quanto ao padrão probatório exigido para condenações em casos de cartel desse tipo, ou seja, pela aplicação da regra *per se*, conforme restará exposto a seguir.

¹⁰⁶ A regra de instrução probatória *per se* não é sinônimo de infração por objeto, embora, na prática, tenham a mesma consequência, que é a limitação quanto ao grau de instrução probatória necessária para uma condenação. As regras *per se* e da razão são originárias do Direito Antitruste norte-americano e, em síntese, indicam, respectivamente, que determinadas condutas são condenadas independentemente da discussão dos seus efeitos, pois a praxe demonstra que tais condutas, quando existentes, são prejudiciais à concorrência, enquanto outras, para serem condenadas, devem ser demonstrados os efeitos maléficos à concorrência do mercado. Já a distinção entre ilícito por objeto e por efeitos encontra respaldo no regramento da União Europeia, referindo-se, respectivamente, a determinadas condutas que, por seu próprio objeto, devem ser condenadas, enquanto outras demandam a produção de efeitos prejudiciais.

¹⁰⁷ Há certa controvérsia doutrinária acerca da aplicação, no Brasil, da regra *per se*. Por exemplo, Calixto Salomão Filho afirma que: “É hoje conclusão pacífica e resultado adquirido do Direito Brasileiro o não tratamento de qualquer conduta como um ilícito *per se*. Todas estão sujeitas a algum critério de racionalidade que as possa vincular à produção de algum efeito. Essa concepção foi consagrada na lei brasileira pela correlação necessária imposta pelo art. 36 da lei concorrencial brasileira entre as condutas descritas no art. 36, §3º, e os efeitos descritos no caput do art. 36” (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 564). Entretanto, na prática, o CADE tem aplicado a regra *per se* ou de infração por objeto para casos de cartel *hardcore*, conforme restará observado no tópico 2.3.1. E isso não significa dizer que o CADE ignora a necessidade da potencialidade de efeitos anticompetitivos. É que, conforme explicado por Francisco Schertel Mendes, em sua dissertação de mestrado, não se trata, aqui, exatamente de um novo tipo de conduta, mas de um parâmetro de julgamento, *standard* probatório. Os efeitos, a partir de determinado ponto, estão presumidos. Assim: “a regra *per se* consiste em nada mais que do que um conjunto de presunções e atalhos probatórios que buscam diminuir os altos custos administrativos existentes em investigações antitruste, permitindo a conclusão pela configuração de uma infração antitruste de uma forma mais curta e simplificada. Em nenhum momento do desenvolvimento do antitruste, cogitou-se que a aplicação da regra *per se* poderia significar a condenação de alguma conduta que não estivesse vinculada à produção de algum efeito anticompetitivo. Pelo contrário, a criação dessas regras indica justamente a constatação, pela via jurisprudencial, de um vínculo tão claro entre determinados atos empresariais e alguma forma de potencial anticompetitivo que torna desnecessário um aprofundamento da análise para se concluir pela existência de um ilícito antitruste [...]. Na verdade, os dispositivos legais que fundamentam o controle de condutas no Brasil são muito pouco informativos no que toca aos formatos de investigação antitruste e ao padrão probatório exigido para a caracterização da infração concorrencial, deixando a condução de tais atividades em grande parte nas mãos do CADE” (MENDES, 2013, p. 80-81). Recomenda-se o trabalho de Francisco Schertel Mendes (2013) para o aprofundamento sobre a aplicação das regras *per se* e da razão, ou de condutas por objeto e por efeitos, no âmbito do CADE.

acordo em torno de uma das variáveis mencionadas, seria perda de tempo investigar outros tópicos, como eficiências. Daí porque Ana Frazão, ao concordar com a conclusão formulada pelo CADE no caso do Cartel das Britas, no sentido de que determinados estudos econômicos, diante de condutas como o cartel clássico, são desnecessários, afirma que, quando concorrentes realizam um conluio com o único objetivo de elevar preços, é dispensável a análise de elementos como o mercado relevante, a participação de mercado ou a existência ou não de barreiras à entrada, pois “a potencialidade lesiva da conduta sobre a ordem concorrencial – que constitui o critério central no direito brasileiro para configuração da infração à ordem econômica – decorre diretamente das provas da materialidade do conluio organizado de preços” (FRAZÃO, 2017a, p. 442-443).

Os cartéis *clássicos* são ilícitos que causam prejuízos vultosos à sociedade¹⁰⁸. Em 2016, o professor John M. Connor publicou estudo com dados estatísticos de cartéis internacionais que são contundentes. Em síntese, entre 2011 e 2016, uma média de 75 cartéis desse tipo foi descoberta no mundo por ano. E, entre 1990 e 2016, o valor nominal de vendas afetadas por cartéis se aproxima aos 50 trilhões de dólares norte-americanos, com prejuízos que ultrapassam o montante de 1,5 trilhão de dólares. São estimados, pelo menos, 100.000 agentes econômicos responsáveis pela fixação uniforme de preços em cartéis internacionais (CONNOR, 2016, p. 1).

Atenta a esse cenário, a OCDE, em 2019, expediu nova recomendação, reiterando alguns termos da de 1998, para que a prática de cartel *hardcore* fosse considerada ilegal independentemente da necessidade de demonstração de efeitos adversos nos mercados, bem como para que a compensação efetiva das vítimas fosse uma das prioridades¹⁰⁹. Entre as formas destacadas pela OCDE para configuração de um cartel *hardcore*, está justamente a fraude a licitações, por meio de propostas colusivas, tema do próximo tópico.

1.1.4 Os cartéis em licitação

¹⁰⁸ Sobre a estimativa de prejuízos causados pelos cartéis *hardcore*, Ana Paula Martinez lembra estudo da OCDE denominado *Hard Core Cartels* e menciona: “Estudo empreendido pela OCDE considerou dados de 16 cartéis internacionais que afetaram o comércio no valor de US\$ 55 bilhões de 1996 a 2000. 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%” (MARTINEZ, 2013, p. 38-39).

¹⁰⁹ Assim: “[...] that Adherents make hard core cartels illegal regardless of the existence of proof of actual adverse effects on markets, and design their anti-cartel laws, policies and enforcement practices with a view to ensuring that they halt and deter hard core cartels and provide effective compensation for cartel victims, in accordance with their legal frameworks, institutional set up and procedural safeguards” (OCDE, 2019b, p. 5-6).

A Administração Pública direta e indireta no Brasil, para adquirir bens e serviços, deve, em regra, adotar uma série de procedimentos cuja finalidade é a obtenção de ofertas mais vantajosas, a partir da utilização de critérios isonômicos e impessoais, as chamadas licitações públicas¹¹⁰. A matriz desses procedimentos é a teoria dos leilões¹¹¹, que tem como enfoque a promoção da competição entre os agentes econômicos¹¹².

Chega a ser um ato de coragem tentar enumerar as normas que tratam do disciplinamento das licitações no Brasil, haja vista a quantidade de textos legais e infralegais sobre o tema. Entre as mais importantes, estão as Leis 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações), 10.520/2002 (Pregão), Lei 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC) e Lei 13.303/2016 (Estatuto Jurídico das Empresas Públicas) e os Decretos nº 7.581/2011 (regulamenta o RDC) e nº 10.024/2019 (regulamenta o pregão eletrônico).

Em 1 de abril de 2021, foi publicada a Lei 14.133/2021, a chamada *Nova Lei de Licitações e Contratos*, a qual, apesar de entrar em vigor na data em que foi publicada e revogar integralmente a Lei 8.666/1993 e a Lei 10.520/2002, bem como toda a parte da Lei 13.303/2016 que trata do RDC, previu um regime de transição, mantendo a vigência dos referidos diplomas por até dois anos, ficando, nesse período, a cargo da Administração Pública optar por qual regime legal utilizar. Assim, seja porque, quando da elaboração deste trabalho, todas as normas ainda estavam em vigor, seja porque os cartéis em licitação analisados no capítulo seguinte foram, em sua totalidade, praticados sob a vigência da Lei

¹¹⁰ As compras realizadas por entes privados que se assemelham, no formato, às licitações da Administração Pública, mas com regramento distinto, são, vez ou outra, denominadas de “licitações privadas” ou “concorrências privadas”. Trata-se de tema não abordado no presente trabalho, em razão da delimitação do seu objeto já exposta, motivo pelo qual as referências aqui à “licitação” ou a “procedimento licitatório”, quando não adjetivadas, referem-se aos processos de aquisições da Administração Pública.

¹¹¹ Victor Aguiar de Carvalho lembra que: “o instrumento mais relevante para a análise econômica das licitações é a denominada teoria dos leilões. Tal ferramenta utiliza técnicas matemáticas e de teoria dos jogos para avaliação das estratégias ótimas que deveriam ser adotadas pelo leiloeiro (no desenho do certame) ou pelos ofertantes em um leilão [...]. Considerando o fato de que a licitação se trata de um leilão reverso, as conclusões típicas da teoria dos leilões devem ser interpretadas invertendo-se a métrica de preços. Melhor esclarecendo: os resultados de maior receita (ou de maior preço) na teoria dos leilões correspondem a menor custo (ou menor preço) nas licitações” (CARVALHO, 2018, p. 120-122).

¹¹² Segundo Lucas Colacino: “tanto o leilão, como a concorrência pública são instrumentos que têm como objetivo desenhar um resultado competitivo. No caso das licitações, no qual existe apenas um comprador, o mercado não é bem retratado por curvas de oferta e demanda convencionais. Dessa forma, a solução mercadológica é a criação de um concurso para a compra. Dito de outra maneira, o custo de transação de realizar a compra no mercado convencional e as assimetrias de informação envolvidas superam o custo de elaboração e execução do concurso (MARSHALL; MARX, 2012). Assim, é comum verificar a utilização de tais mecanismos em empresas com alto faturamento, principalmente em relação aos suprimentos que não servem às atividades fins. No caso das compras por parte da Administração Pública, além dos fatores citados, também podem ser incluídos, como justificativa para a licitação, os princípios de governança pública sedimentados na letra da lei e o dever para com a prestação de contas aos cidadãos. Diante dessas justificativas, a execução do leilão gera a rivalidade necessária ao sucesso da operação de compra. A interação entre os ofertantes resolve a problemática gerada pela assimetria de informação entre os próprios ofertantes e o órgão comprador” (COLACINO, 2016, p. 21-22).

8.666/1993, considerar-se-ão os dois cenários normativos, anterior e posterior à Lei 14.133/2021, fazendo-se os registros e as distinções necessárias quando pertinentes.

No regime normativo anterior à Lei 14.133/2021, entre as modalidades mais utilizadas de licitações pelo Estado, destacam-se a concorrência, a tomada de preço, o convite¹¹³ e o pregão¹¹⁴. As três primeiras modalidades variam quanto à complexidade do procedimento e quanto ao valor a ser contratado¹¹⁵, configurando leilões do tipo fechado ou *sealed-bid auction*¹¹⁶, enquanto o pregão detém uma fase em que o leilão é aberto ou *ascending-bid auction*, também conhecido como leilão inglês¹¹⁷. Há também uma diferenciação relevante quanto ao momento de habilitação: enquanto no pregão apenas o licitante vencedor submete-se à análise acerca de suas condições para contratar com a Administração¹¹⁸, nas outras modalidades mencionadas, a habilitação ocorre em momento anterior à classificação das propostas.

Em relação ao combate dos cartéis em licitação, considerado o regime anterior à Lei 14.133/2021, o problema não é tão somente que a legislação mencionada seja extremamente burocrática e não consiga enfrentar, satisfatoriamente, a colusão entre os participantes (MATTOS, 2014, p. 3), mas, fundamentalmente, que a regulamentação jurídica das licitações, de maneira geral, não é pensada como forma de prevenir os cartéis, ou seja, a

¹¹³ A concorrência permite que quaisquer interessados em participar possam se habilitar ao certame, desde que obedecidas as prescrições do edital, e se aplica à aquisição de obras e serviços de engenharia de valores acima de R\$ 3.300.000,00 ou compras e outros serviços acima de R\$ 1.430.000,00. A tomada de preços é realizada entre fornecedores previamente cadastrados e se aplica à aquisição de obras e serviços de engenharia de valores até R\$ 3.300.000,00 ou compras e outros serviços até R\$ 1.430.000,00. Por fim, na modalidade convite, deve ser convidada uma quantidade mínima de três participantes para o certame licitatório e se aplica à aquisição de obras e serviços de engenharia de valores até R\$ 330.000,00 ou compras e outros serviços até R\$ 176.000,00. Esses são os valores atualizados pelo Decreto nº 9.412, datado de 19 de junho de 2018.

¹¹⁴ O pregão é aplicado para a aquisição de bens e serviços comuns, que são aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

¹¹⁵ A Lei 14.133/2021 acaba com a variação de modalidade de licitação conforme o valor da contratação. No novo regime licitatório, a modalidade a ser utilizada varia conforme o objeto a ser contratado.

¹¹⁶ Sobre os leilões abertos ou fechados, ainda Lucas Colacino explica: “Os desenhos institucionais das licitações públicas podem ser bastante elaborados, de maneira a reunir diversos elementos jurídicos e incentivos econômicos. No âmbito teórico, todavia, é possível dividir os tipos de leilão em apenas dois: O leilão aberto ou *ascending-bid auction*, no qual lances são proferidos de maneira não secreta e descendente até o limite no qual não haja mais intenção de redução do preço por nenhum dos concorrentes. E o leilão fechado ou *sealed-bid auction*, no qual os lances são proferidos de maneira secreta e a oferta mais baixa é anunciada ao final do processo, revelando o vencedor. Cada um desses métodos possui vantagens e desvantagens gerando *trade-offs* para a escolha do melhor modelo” (COLACINO, 2016, p. 22).

¹¹⁷ Victor Aguiar de Carvalho lembra que “No pregão, a primeira fase, relativa a envelopes contendo a indicação do objeto e do preço oferecidos (art. 4º, VII, Lei nº 10.520/02), também corresponde ao formato de leilão fechado de primeiro preço. Já a fase seguinte de lances verbais (art. 4, VIII), aproxima-se ao leilão inglês” (CARVALHO, 2018, p. 124).

¹¹⁸ Essa lógica de inversão de fases (habilitação após o julgamento das propostas) também foi estabelecida como regra geral no RDC, art. 12, e no Estatuto Jurídico das Empresas Públicas, art. 51.

partir do prisma da livre concorrência¹¹⁹. E um olhar mais cuidadoso nas duas dicotomias mencionadas, se leilão aberto ou fechado, bem como se habilitação antes ou depois da análise das propostas, revela isso.

Nos leilões fechados, caso haja eventual traição de um dos membros do cartel ao esquema ilícito, os demais membros apenas descobrirão o descumprimento quando as ofertas forem abertas, o que impossibilita reação ao desvio no próprio certame. Por outro lado, no leilão aberto, é mais fácil o monitoramento do cumprimento do acordo colusivo, o que favorece a estabilidade do cartel¹²⁰. Quanto à habilitação, se ela for realizada após a análise das propostas, tende a favorecer a concorrência, pois se evita que licitantes se utilizem da fase anterior para inabilitar potenciais rivais, bem como que uns conheçam os outros inicialmente, o que é a condição necessária para se entabular um acordo ilícito (CARVALHO, 2018, p. 120-141). Contudo, essa análise concorrencial ao fenômeno licitatório, embora desejada para a escolha de um ou outro formato, é, ainda hoje, rara¹²¹.

Aqui vale a pena registrar algumas mudanças importantes no regime da Lei 14.133/2021 (BRASIL, 2021).

Agora, de maneira geral, o art. 17 prevê que a habilitação ocorrerá posteriormente à apresentação e ao julgamento das propostas, o que, em tese, propicia maior competitividade entre os concorrentes. Foram extintas as modalidades de convite e tomada de preço, restaram como opções principais à Administração o pregão e a concorrência (art. 28, incisos I e II). O pregão deve ser utilizado quando o objeto puder ser definido objetivamente no edital por meio

¹¹⁹ Esse é um dos pontos centrais da dissertação de mestrado de Victor Aguiar de Carvalho, que analisa detalhadamente os fatores do regime jurídico licitatório que contribuem para a cartelização e elabora algumas propostas para corrigi-los. Em síntese, divide esses fatores em (i) estruturais (tais como formato das licitações, entrada e participação dos participantes, além de frequência das licitações), (ii) de viabilização de participação (consórcios, subcontratações e fracionamento do objeto) e (iii) relativos à publicidade e transparência (informações divulgadas, preço de reserva e orçamento sigiloso) (CARVALHO, 2018, p. 119-190). Uma vez que este trabalho tem por enfoque o aprimoramento da atividade repressiva dos cartéis em licitação, considerada sua relação com a corrupção, os fatores mencionados, focados na prevenção, apenas serão aqui detalhados quando interessarem ao tema proposto, como no caso das benesses e dos prejuízos da transparência de informações para, respectivamente, o combate à corrupção e a prática de cartéis em licitação, que será objeto de análise nos tópicos 1.3.2 e 1.3.3. De toda forma, para melhor compreensão das causas estruturais dos cartéis em licitação, recomenda-se a leitura da obra de Victor Aguiar de Carvalho (2018).

¹²⁰ Uma perspectiva diferente é trazida por William Kovacic, Robert Anderson e Alison Jones: “Procurement design may also create potential risks. For example, sealed bidding tenders are easier to rig than negotiated procurements, which allow the buyer to push for better terms and thus potentially induce a cartel to cheat. Nonetheless, negotiated procurements can also entail risks in corrupt systems where the negotiation is treated as an opportunity to broker a bribe” (KOVACIC; ANDERSON; JONES, 2019, p. 1250).

¹²¹ Nesse sentido, é o próprio trabalho de Victor Aguiar de Carvalho aqui citado, que menciona: “Por sua importância para o bem-estar da sociedade, a tutela estatal da concorrência como valor jurídico constitucionalmente consagrado não pode ficar restrita à seara do Direito Antitruste. Para sua melhor promoção é preciso também permear as normas licitatórias com as preocupações que hoje são próprias apenas do Direito Concorrencial, reinterprestando-as à luz do princípio constitucional da livre concorrência” (CARVALHO, 2018, p. 80).

de padrões de desempenho e qualidade, consideradas as especificações usuais de mercado, bem como não pode ser utilizado para serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, nem para as obras ou os serviços especiais de engenharia¹²² (art. 29, *caput* e parágrafo único). Por fim, foi criada a modalidade do “diálogo competitivo”, para os casos relativos a inovações tecnológicas ou técnicas, de impossibilidade de satisfação dos interesses da Administração sem que haja algumas adaptações e de impossibilidade de definir precisamente as especificações técnicas (art. 32). Em síntese, foi previsto um procedimento no qual administradores públicos e agentes econômicos trocam informações com a finalidade de se obter uma contratação mais eficiente.

Apenas com o passar do tempo e a análise de algumas contratações realizadas sob a égide da Lei 14.133/2021, será possível inferir se as alterações, de fato, diminuirão os problemas corriqueiramente enfrentados nas licitações públicas, notadamente o cartel entre agentes econômicos e a prática de corrupção. Contudo, desde já se pode afirmar que, em comparação com a legislação anterior, o atual diploma dá maior atenção a aspectos concorrenciais, notadamente por meio da previsão da habilitação, como regra geral, em momento posterior à apresentação e ao julgamento das propostas, o que já vinha sendo apontado pela doutrina como algo pró-competitivo. A complexidade da corrupção e dos cartéis será analisada em tópico seguinte deste trabalho¹²³, no qual poderão ser debatidas como essas soluções podem afetar um ou outro problema, quando, em um mesmo contexto fático, eles estão presentes. Por ora, é importante detalhar um pouco mais os cartéis em licitação, sobretudo para melhor defini-los e compreender como eles frequentemente se apresentam na prática.

Os cartéis em licitação ocorrem quando dois ou mais agentes econômicos coordenam seus comportamentos para aumentar preços ou mudar a qualidade de produtos e serviços desejados pela Administração (SILVEIRA, 2020, p. 149), ou seja, buscam fraudar o caráter competitivo de determinado procedimento¹²⁴. Nesse tipo de ilícito, diferentemente dos cartéis tradicionais, a depender do formato escolhido de licitação, não se verifica o chamado *peso morto* ou *ineficiência estática*, visto que a quantidade a ser adquirida é, normalmente,

¹²² O próprio legislador explica, no art. 6º, inciso XXI, o que seriam os serviços comuns e especiais de engenharia (BRASIL, 2021).

¹²³ Tema do item 1.3, “A complexa relação entre concorrência e probidade”, e subitens.

¹²⁴ O guia do CADE de combate aos cartéis em licitação assim define a conduta: “O cartel em licitação consiste no conluio entre agentes econômicos com o objetivo de eliminar ou restringir a concorrência dos processos de contratação de bens e serviços pela Administração Pública” (CADE, 2019e, p. 11).

dada pela Administração¹²⁵. Entretanto e justamente por isso, a transferência de renda do ente público para os agentes privados é extremamente perniciosa: a tendência de maximização dos ganhos do cartel é proporcional aos prejuízos causados ao orçamento público.

Segundo a OCDE, os contratos públicos constituem aproximadamente 15% do PIB dos seus membros, com uma tendência de valores maiores para países em desenvolvimento (OCDE, 2009, p. 2), os quais, em regra, tendem a apresentar uma maior quantidade de novos projetos no setor de infraestrutura. A partir desse dado e com base em um valor de sobrepreço médio de 20% para cartéis de licitações, Ana Paula Martinez estima que, “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” (MARTINEZ, 2013, p. 47). Em 2018, o Brasil, somente com o Governo Federal, teria realizado mais de 100 mil processos de licitação e gasto um valor aproximado de 48 bilhões de reais (CADE, 2019e, p. 12). Percebe-se, pois, que o potencial de prejuízos ao país alcança, facilmente, a casa dos bilhões de reais.

Em atenção ao escopo do presente trabalho, o qual tem por objetivo central investigar a possível coexistência da corrupção nos casos de cartel em licitação condenados pelo CADE, parece relevante, aqui, para nortear a pesquisa empírica realizada no segundo capítulo, chamar atenção ainda para quatro tópicos: características nas licitações que favorecem a formação do cartel, características dos mercados que propiciam os cartéis em licitação, principais estratégias utilizadas e sinais indicativos de existência de um acordo colusivo.

As licitações públicas são fortemente reguladas com a finalidade de serem evitadas práticas ilícitas, bem como de possibilitar à Administração adquirir bens e serviços a um preço vantajoso. Ao se moldar a oferta pela demanda, no caso das licitações, criam-se determinadas condições que, naturalmente, mitigam a concorrência e favorecem a prática de acordos horizontais entre os agentes econômicos. William E. Kovacic, Robert D. Anderson e Alison Jones, por exemplo, chamam atenção aos seguintes fatores existentes nas licitações que favorecem práticas colusivas: (i) demanda constante e previsível; (ii) poucos

¹²⁵ Nesse sentido, Ana Paula Martinez destaca: “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, partindo de um dado intervalo de preço [...] A transferência de renda do poder público para os agentes econômicos do cartel diminui, indiretamente, a quantidade e a qualidade dos serviços públicos, que passam a ser custeados sem os recursos subtraídos ilícitamente pelos membros do arranjo oclusivo, prejudicando, em especial, a população de menor renda, naturalmente mais dependente de produtos e serviços públicos” (MARTINEZ, 2013, p. 47-48).

competidores, barreiras à entrada e, em regra, exclusão de licitantes estrangeiros; (iii) padronização e restrições de especificações de produtos; (iv) ausência de incentivos para que os agentes públicos que lidam com a licitação identifiquem os cartéis; (v) certas exigências relacionadas à transparência; (vi) o modelo de licitação; e (vii) presença de “consultores” para a coalisão¹²⁶.

Alguns mercados, por apresentarem determinadas características, são mais propícios para a formação de cartéis em certames licitatórios. Essa inclinação, por exemplo, se dá quando há produtos homogêneos, pequeno número de agentes econômicos competindo no mercado relevante, inexistente ou irrelevante entrada no mercado, diminuta substituição de produtos e assimetria de informação entre fornecedor e consumidor¹²⁷. Michael Kramer cita que, na prática, verifica-se alto índice de cartéis de licitações nos mercados de (i) construção, reparo e manutenção de rodovias, (ii) suplementos farmacêuticos, (iii) grandes projetos de construção civil, (iv) projetos de tecnologia da informação e (v) suprimento de material de escritório (KRAMER, 2014, p. 3).

De maneira uníssona, CADE¹²⁸ (2019, p. 33-47), OCDE (2009, p. 2-3) e doutrina (por exemplo, KRAMER, 2014, p. 2-3) apontam para quatro estratégias não excludentes, portanto que podem estar presentes sozinhas ou em conjunto em um mesmo certame, que seriam (i) as propostas fictícias ou de cobertura (*cover bidding*)¹²⁹, (ii) a supressão ou retirada

¹²⁶ Breves comentários sobre cada um deles. As compras públicas tendem a ser inelásticas, bem como previsíveis quanto ao montante a ser comprado e aos certames que serão realizados, o que facilita acordos entre os licitantes para divisão dos contratos. Quanto mais concentrado o mercado, mais fácil será a colusão e os próprios certames tendem a restringir a concorrência. O cartel também é mais facilmente entabulado quando os agentes econômicos competem por apenas preço, por exemplo, não sendo possível a diferenciação entre os produtos, justamente o que ocorre em licitações, que devem limitar as especificações do que está sendo adquirido. A identificação de cartéis pelos agentes públicos tem o efeito imediato de retardar a aquisição daquele produto ou serviço, o que pode dificultar a rotina do serviço, além de que não há mecanismos para destinar ao órgão/ente licitante os valores de sobrepreço evitados pelos cartéis descobertos. Algumas medidas de transparência, como a publicação das propostas vencedoras e perdedoras, facilitam a colusão e o monitoramento entre si pelos membros do cartel. Alguns modelos de licitação facilitam a colusão entre os agentes econômicos. Por fim, alguns cartéis em licitação obtêm auxílio de associações, sindicatos ou consultores para uniformização de seus preços (KOVACIC; ANDERSON; JONES, 2019, p. 1247-1251).

¹²⁷ O guia do CADE de combate aos cartéis em licitação menciona as seguintes especificidades do mercado de compras públicas que favorecem a formação, bem como o monitoramento de cartéis: (i) homogeneidade dos produtos e serviços, ausência de substitutos e baixa alteração tecnológica; (ii) condições do mercado, estabilidade na demanda e repetitividade das compras públicas; (iii) manutenção de cláusulas editalícias; (iv) transparência; (v) número restrito de concorrentes; (vi) barreiras à entrada; (vii) necessidade das contratações; e (viii) interações frequentes entre licitantes (CADE, 2019e, p. 25-27), que são, em grande medida, os mesmos indicadores apontados pela OCDE (2009, p. 3-4), que confere destaque também para o “papel das associações comerciais ou de classe”, bem como para “o nível reduzido ou nulo de inovação tecnológica”.

¹²⁸ O CADE, em seu guia, relembra ainda a possibilidade da estratégia de bloqueio de pregão presencial, que, na verdade, é uma forma específica de proposta de cobertura em que os membros do cartel combinam suas propostas para que apenas os cartelizados passem para a fase de lances em um pregão presencial e, assim, possam mitigar a competição na fase de lances orais (CADE, 2019e, p. 38-40).

¹²⁹ As propostas fictícias ou de cobertura (também conhecidas como complementares, de cortesia, figurativas ou simbólicas) são a forma mais frequente de implementação dos cartéis em licitação. Ocorrem quando os agentes

de propostas (*bid supression* ou *bid withdrawal*)¹³⁰, (iii) propostas rotativas ou rodízio (*bid rotation*)¹³¹ e, finalmente, a (iv) divisão de mercados (*market allocation* ou *market division*)¹³².

Ainda, a autoridade de defesa da concorrência brasileira chama atenção para a possibilidade de mecanismos legais, como a formação dos consórcios ou a subcontratação, serem indevidamente utilizados para a realização de estratégias anticompetitivas (CADE, 2019e, p. 45-47), conforme também é destacado pela doutrina que estuda o tema (CARVALHO, 2018, p. 144-163). Os concorrentes podem se valer desses institutos para implementar acordos anticompetitivos, como nos casos em que, mesmo com capacidade técnica e financeira, firmam consórcios para viabilizar uma melhor divisão de certames ou utilizam a subcontratação para, por exemplo, agraciar os agentes econômicos que colaboraram com o cartel e apresentaram propostas de cobertura ou, simplesmente, deixaram de participar do certame.

Por fim, quanto aos sinais indicativos de acordos colusivos em licitações, deve-se destacar aqui que as autoridades de defesa da concorrência, com base na *expertise* adquirida em casos já julgados, elencam alguns elementos indicativos de que, naquela licitação, há uma prática colusiva entre os agentes econômicos. Em que pese a diversidade de sinais, o CADE tentou classificá-los quanto ao momento do certame¹³³, dividindo-os em quatro grupos: (i) indícios no momento da apresentação de propostas¹³⁴, (ii) indícios nas declarações dos

econômicos combinam submeter propostas que envolvem, pelo menos, um dos seguintes casos: (i) um dos concorrentes aceita apresentar uma proposta mais elevada do que a proposta do candidato escolhido para vencer, (ii) um concorrente apresenta uma proposta que já sabe de antemão que é demasiado elevada para ser aceita, ou (iii) um concorrente apresenta uma proposta que contém condições específicas que sabe de antemão que serão inaceitáveis para o comprador. As propostas fictícias são concebidas para dar a aparência de uma concorrência efetiva entre os licitantes.

¹³⁰A supressão de propostas envolve acordos entre os concorrentes nos quais uma ou mais agentes concordam em abster-se de concorrer ou em retirar uma proposta previamente apresentada para que a proposta do concorrente escolhido seja aceita.

¹³¹ Nos esquemas de propostas rotativas (ou rodízio), as empresas continuam a concorrer, mas combinam apresentar alternadamente a proposta vencedora, seja considerando os lotes em uma licitação ou licitações distintas. A forma como os acordos de propostas rotativas são implementados pode variar. Por exemplo, os conspiradores podem decidir atribuir aproximadamente os mesmos valores monetários de um determinado grupo de contratos a cada empresa ou atribuir valores que correspondam às suas respectivas participações de mercado.

¹³² Aqui os concorrentes definem os contornos do mercado e acordam em não concorrer para determinados clientes ou em áreas geográficas específicas.

¹³³ A OCDE, por sua vez, embora se refira praticamente aos mesmos indícios, os divide com foco no que deve ser analisado. Dessa maneira, haveria cinco grupos: (i) apresentação de propostas; (ii) documentos apresentados; (iii) preços estabelecidos; (iv) declarações suspeitas e (v) comportamentos suspeitos (OCDE, 2009, p. 14-18).

¹³⁴ Por exemplo: número de propostas apresentadas substancialmente inferior ao habitual ou esperado; retirada inesperada, sem explicação plausível, de alguma(s) empresa(s) do procedimento ou diminuição inesperada no número de participantes da licitação; apresentação de propostas por agentes que notadamente não teriam possibilidade de vencer a licitação (ex.: erros banais, acima do valor de referência) ou, ainda, por empresas que continuam a submeter propostas apesar de serem constantemente malsucedidas; um licitante comparece à licitação com várias propostas ou apresenta proposta por si e por outras empresas concorrentes; concorrentes

concorrentes¹³⁵, (iii) indícios nos comportamentos dos licitantes durante o certame e nas condições comerciais das propostas¹³⁶ e (iv) indícios no resultado do procedimento¹³⁷ (CADE, 2019e, p. 47-49).

É importante anotar que esses sinais indicativos devem ser observados, sobretudo, pelos agentes públicos que estão à frente da organização e da realização do certame licitatório. Eles estão na linha de frente para combater eventual conluio entre os agentes econômicos, tanto que o CADE, expressamente, considera como um dos públicos-alvo do seu guia, e não poderia ser de outra forma, “aqueles que participam da elaboração e execução de processos licitatórios, tais como pregoeiros e membros de comissões de licitação” (CADE, 2019e, p. 10). Contudo, e se o agente público, responsável por identificar o cartel, com ele colabora? A utilidade dessas medidas é, imediatamente, colocada em xeque.

Antes de ser abordado como a probidade é adotada como valor da Administração Pública no ordenamento jurídico brasileiro e de que forma a corrupção interfere nas relações estabelecidas nos mercados, deve-se esboçar um breve arcabouço das estruturas de governança estatais para o combate aos cartéis em licitação.

1.1.5 As estruturas de governança estatais de combate aos cartéis em licitação

habituais não apresentam propostas num procedimento no qual seria de esperar que o fizessem, continuando a concorrer em outros procedimentos; empresas participam em consórcio, apesar de evidentemente terem condições para apresentar propostas individuais; e, por fim, quando duas ou mais propostas: têm valores idênticos (especialmente quando se trata de propostas fechadas); têm redação e formatação semelhantes, erros (de digitação, gramaticais, ortográficos ou de cálculos matemáticos) similares ou idênticos; são enviadas do mesmo endereço, e-mail, fax ou possuem selos postais com números sequenciais e/ou foram expedidos da mesma agência de correios; submetidas eletronicamente, foram criadas ou editadas por um mesmo fornecedor; possuem papel timbrado, formulário ou dados de contatos semelhantes.

¹³⁵ Nesse sentido: justificativas dos preços da proposta com referência a “preços sugeridos pelo setor”, “preços padrão do mercado” ou “tabelas de preços do setor”; referência explícita a propostas de concorrentes ou à existência de alguma forma de acordo; referência à exclusividade de uma determinada área ou cliente de um concorrente; declarações de associações empresariais com referência a propostas de forma detalhada; atuação de sindicatos e associações, em sede administrativa e/ou judicial, para impedir a participação de empresas sob o argumento de inadequação da empresa ou propostas inexequíveis.

¹³⁶ Tais como: licitantes vencedores subcontratam concorrentes que perderam, retiraram ou se recusaram a apresentar propostas na licitação e/ou contratam recorrentemente o mesmo concorrente; analisando uma série de licitações, os fornecedores periodicamente vencem as mesmas ou quantidades semelhantes de licitações; há uma margem de preço estranha e pouco racional entre a proposta vencedora e as demais; uma empresa solicita os documentos do procedimento para si e para outro(s) concorrente(s) ou então uma empresa apresenta a proposta junto com outro(s) concorrente(s); o valor das propostas é significativamente reduzido quando um novo concorrente entra no processo ou, ao contrário, aumenta significativamente sem alteração dos concorrentes ou sem variação nos custos.

¹³⁷ Assim: existência de um padrão de rodízio entre os vencedores das licitações e seus lotes e padrão de distribuição geográfica das propostas vencedoras; uma mesma empresa sempre vence as licitações de certo órgão público, e outras continuam participando mesmo que sempre percam; e verificação de preços muito díspares ofertados em diferentes licitações, apesar de o objeto e as características dos certames serem parecidos.

Os agentes econômicos que praticam cartel em licitação, no Brasil, estão sujeitos a consequências nas esferas administrativa, penal e civil. E, para tanto, diversos órgãos e entidades devem ser mobilizados ou, em outras palavras, são vários os atores estatais responsáveis pela repressão desse tipo de ilícito. O fundamento constitucional dessa atividade é o art. 170, inciso IV, o qual prevê a livre concorrência como princípio que deve reger a atividade econômica¹³⁸, bem como o art. 173, parágrafo 4º, o qual determina a regra¹³⁹ de que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (BRASIL, 1988).

Foi a partir da Lei 8.884/1994, a qual estruturou o SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência), por meio do CADE, da SDE (Secretaria de Direito Econômico) e da SEAE (Secretaria de Acompanhamento Econômico), que, efetivamente, deu-se cumprimento à defesa da concorrência no Brasil¹⁴⁰. Até então, embora o CADE tenha um histórico

¹³⁸ O *caput* do art. 170 faz menção à “ordem econômica”, entretanto, vale aqui a advertência feita por Eros Grau, no sentido de que a expressão não se refere, nessa passagem, à parcela da ordem jurídica, mas à esfera dos acontecimentos. Daí a preferência por “atividade econômica”. Nesse sentido: “analisado porém com alguma percuciência o texto, [...]o leitor verificará que o art. 170 da Constituição, cujo enunciado é, inquestionavelmente, normativo, assim deverá ser lido: as relações econômicas – ou a atividade econômica – deverão ser (estar) fundadas na valorização do trabalho humano em a livre iniciativa, tendo por fim (fim delas, relações econômicas ou atividade econômica) assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios [...]” (GRAU, 2007, p. 68), entre os quais, está justamente o da livre concorrência.

¹³⁹ As regras, como norma jurídica, são “imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos” (ÁVILA, 2011, p. 78). Distinguindo-se norma e texto, convém recordar lição de Ávila no sentido de que “não é correto afirmar que um dispositivo constitucional contém ou é um princípio ou uma regra, ou que determinado dispositivo, porque formulado dessa ou daquela maneira, deve ser considerado como um princípio ou uma regra. Como o intérprete tem a função de medir e especificar a intensidade da relação entre o dispositivo interpretado e os fins e valores que lhe são, potencialmente e axiologicamente, sobrejacentes, ele pode fazer a interpretação jurídica de um dispositivo hipoteticamente formulado como regra ou como princípio” (ÁVILA, 2011, p. 41-42). O princípio sobrejacente à norma referida é o da legalidade.

¹⁴⁰ Ivo Gico registra o caráter marcadamente intervencionista do Estado brasileiro na economia, durante quase todo século XX (GICO JUNIOR, 2006, p. 29-42), o que fez com que o país, apesar de ter um histórico de leis de Direito da Concorrência desde a década de 40, mais especificamente a partir de 1938, com o Decreto-Lei nº 869, apenas com a Lei 8.884/1994, implantasse “de maneira séria, uma política de defesa da concorrência relativamente consistente” (GICO JUNIOR, 2006, p. 40), muito em decorrência da abertura do mercado brasileiro, do plano de estabilização financeira (Plano Real) e do processo de privatizações, levados a cabo pelos governos dos presidentes Fernando Collor de Mello, Itamar Franco e Fernando Henrique Cardoso. Sobre o assunto, ainda, pontua: “De um jeito ou de outro, fato é que a tradição intervencionista do País, em relação aos preços e demais variáveis concorrencialmente relevantes, é indiscutível. Na realidade, em inúmeras oportunidades, o Estado brasileiro esteve excessivamente próximo à iniciativa privada, em algumas circunstâncias, como parceiro; em outras como substituto; ou ainda como absorvedor dos riscos da própria atividade empresarial (e.g. Instituto Brasileiro do Café). Em tais períodos, ao invés de adotar o mercado como instrumento sinalizador dos bens que deveriam ser produzidos, a alocação de recursos era fortemente influenciada ou mesmo estabelecida pelo Estado, seja pela intervenção direta (e.g., empresas públicas), seja pelo dirigismo econômico (e.g., incentivos fiscais e creditícios). Em um ambiente fortemente intervencionista como esse, não é de todo surpreendente que a política de promoção da concorrência seja considerada secundária ou mesmo indesejável” (GICO JUNIOR, 2006, p. 30-31). No mesmo sentido Paula Forgioni fala em “surto de vigência”, ao comentar a aplicação da Lei 4.137/1962, norma de defesa da concorrência que teve, na história

legislativo que se inicia no ano de 1945, com o Decreto-Lei nº 7.666, também conhecido por “Lei Malaia”¹⁴¹, apenas com a mudança relevante do papel do Estado no domínio econômico moldada pela Constituição de 1988 e implementada com a abertura dos mercados no início da década de 1990, bem como com a estabilização financeira e monetária, a livre concorrência, de fato, tornou-se valor de destaque para a atividade econômica do país.

Na esfera administrativa, sob a perspectiva concorrencial, o CADE é o ente responsável por investigar esse tipo de conduta, por meio da sua Superintendência-Geral, bem como julgar e punir, por meio do Tribunal Administrativo¹⁴², os agentes econômicos envolvidos, pessoas físicas e jurídicas, nos cartéis de licitações em todo território nacional. A tipificação está insculpida no art. 36 e seus incisos, bem como exemplificada no §3º, inciso I, “d”, o qual estabelece como infração da ordem econômica “acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: [...] d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública” (BRASIL, 2011). Embora a tipificação propriamente dita esteja no *caput* e nos incisos do art. 36, a praxe do CADE é de enquadrar a conduta a partir do rol exemplificativo do §3º¹⁴³, motivo pelo qual essa referência será a utilizada para identificar os casos de cartel em licitação na pesquisa jurisprudencial a ser realizada¹⁴⁴.

legislativa brasileira, o maior período de vigência (entre 1962 a 1994), “em seu período de vigência, sem embargo de alguns breves ‘surto’ ou ‘ondas’ de aplicabilidade, a Lei Antitruste de 1962 não encontrou maior efetividade na realidade brasileira, sendo impossível identificar qualquer atuação linear e constante de diretriz econômica que se tenha corporificado em uma política da concorrência” (FORGIONI, 2015, p. 120).

¹⁴¹ Projeto coordenado pelo pernambucano e então Ministro de Justiça, Agamenon Magalhães, que trazia a previsão da Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE). De toda forma, vale lembrar que o Decreto-Lei nº 7666, de 22 de junho de 1945, vigeu por menos de cinco meses, visto que foi revogado pelo Decreto-Lei nº 8.162, em 9 de novembro do mesmo ano, haja vista a deposição de Getúlio Vargas em 29 de outubro de 1945. O decreto-lei nº 869/1938, de feição penal, cujo principal objetivo era disciplinar os crimes contra a econômica popular, apesar de proibir uma ou outra prática ofensiva à livre concorrência, não previa a criação de qualquer órgão administrativo para tratar da matéria. Assim, de fato, o CADE só foi constituído com a Lei 4.137/1962 e aqui já era denominado de Conselho Administrativo de Defesa Econômica (GICO JUNIOR, 2006, p. 29-42).

¹⁴² No Brasil, o modelo utilizado para desenho da autoridade de defesa da concorrência é o de jurisdição administrativa, ou seja, foi criado um ente com poderes administrativos para a persecução de condutas anticompetitivas e o controle de atos de concentração. Esse modelo é inspirado em tradições da Europa continental e é também utilizado em países como França, Itália e Portugal. O outro modelo usualmente adotado é o inquisitorial ou “*prosecutorial*”, típico de países anglo-saxões, em que a autoridade de defesa da concorrência assume um papel acusatório, restando geralmente ao Poder Judiciário decidir sobre a existência de infração. São exemplos países como EUA, Canadá, Áustria, Austrália e Nova Zelândia (SILVEIRA, 2020, p. 6-8). De toda sorte, é importante o registro de que as decisões proferidas pelo CADE estão sujeitas à revisão do Poder Judiciário, nos termos do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

¹⁴³ Nesse mesmo sentido, Ivo Gico pontua, referindo-se ainda aos dispositivos da Lei 8.884/1994, mas com perfeita adequação ao raciocínio aqui empreendido, dada a similitude dos textos normativos: “Em uma interpretação literal e isolada do *caput* do art. 21, conclui-se pela carência de valor jurídico agregado do dispositivo. O artigo não traz em seu bojo qualquer comando normativo positivo ou negativo. Simplesmente informa que as condutas listadas nos incisos, assim como quaisquer outras, podem caracterizar uma infração à ordem econômica, basta satisfazerem o art. 20. Em outras palavras, presentes os requisitos do art. 20, a infração está configurada, independentemente de a conduta estar listada no art. 21 [...] Não obstante, a praxis do SBDC desautoriza a interpretação literal do *caput* do art. 21. A experiência mostra que as autoridades concorrenciais,

O *caput* do art. 36 e os seus incisos tipificam a infração antitruste a partir de seus efeitos, já que configuram infração “independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados”. E os efeitos estão descritos nos incisos: “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; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante” (BRASIL, 2011). Diversas práticas podem ser aí enquadradas, funcionando o dispositivo como verdadeira válvula de escape¹⁴⁵ para que a autoridade da defesa da concorrência, a partir de sua interpretação, possa moldar a política antitruste, para decidir quais condutas praticadas pelos agentes econômicos considerará abrangidas pelo dispositivo e, portanto, ilícitas¹⁴⁶.

Nos termos da Lei 12.529/2011, as empresas¹⁴⁷ participantes de um cartel estão sujeitas, como sanção principal, a multas administrativas que podem variar entre 0,1% a 20,0% do valor do faturamento bruto no ramo de atividade em que ocorreu a infração, além de outras penas, como publicação da decisão em jornal de grande circulação, proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e de participar de licitações públicas, bem como cisão de ativos. Pessoas físicas ou jurídicas envolvidas na conduta, de direito público ou privado, para as quais o critério de “faturamento bruto” não possa ser utilizado, também estão sujeitas a multas do CADE, sendo que no montante entre R\$ 50.000,00 e R\$

geralmente, analisam a conduta inicialmente à luz do art. 21, para só então confrontá-la com os efeitos prosritos pelo art. 20” (GICO JUNIOR, 2006, p. 162).

¹⁴⁴ A maioria dos casos pesquisados foi julgada na vigência da lei anterior ou, pelo menos, os fatos foram praticados à sua época, o que implica a aplicação de sua tipificação, que muito se assemelha a da atual legislação. Dessa forma, na Lei 8.884/1994, o cartel em licitação estava previsto no art. 20, incisos, e exemplificada no art. 21, VIII, que estabelece como infração “combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa” (BRASIL, 1994).

¹⁴⁵ A menção aqui à “válvula de escape” faz alusão à expressão conhecida no antitruste brasileiro, utilizada pela professora Paula Forgioni, para se referir não exatamente a essa tipificação por efeitos, mas à regra da razão, à definição de mercado relevante e ao interesse protegido pela Lei 12.529/2011 (FORGIONI, 2015, p. 193-257). De maneira geral, com a expressão, Forgioni refere-se à necessidade do legislador de “flexibilização do texto normativo, destinada a adequá-lo à mutável realidade em que se insere” (FORGIONI, 2015, p. 193).

¹⁴⁶ Há, por exemplo, discussão na doutrina se a evasão fiscal pode configurar um ilícito concorrencial, sujeito à apreciação da autoridade antitruste. Sobre o tema, Vinícius Marques de Carvalho e Marcela Mattiuzzo (2021), a partir da análise da jurisprudência do CADE, a qual afasta essa competência, defendem essa possibilidade, desde que preenchidos alguns requisitos, que seriam: (i) reiteração da prática evasiva; (ii) alta tributação e baixa margem de lucro do mercado afetado; (iii) aumento significativo da participação de mercado pela empresa investigada; (iv) correlação entre a maior participação de mercado e a conduta evasiva; e (v) verificação de dano efetivo à concorrência. Especificamente sobre o art. 36 da Lei 12.529/2011, em sentido semelhante ao ora mencionado, comentam: “Desse modo, eventuais efeitos concorrenciais de práticas tributárias são passíveis de análise e repressão pelo SBDC, o que é reforçado pelo fato de que os incisos do art. 36 da Lei nº 12.529/11 tipificam infrações à ordem econômica a partir de seus efeitos, independentemente do formato que assumam – ou seja, toda e qualquer prática que gere os efeitos deletérios à concorrência estipulados na legislação pode (e deve) ser punida enquanto tal” (CARVALHO; MATTIUZZO, 2021, p. 65).

¹⁴⁷ O sentido empregado pela lei para o termo “empresa”, aqui reproduzido, em verdade, é o de pessoa jurídica ou física, portanto agente econômico, que aufera faturamento bruto.

2.000.000.000,00. No caso de administradores direta ou indiretamente responsáveis pela infração cometida, a multa cabível é de 1 a 20% daquela aplicada à empresa¹⁴⁸.

Embora a promoção da probidade seja um assunto abordado em tópico seguinte deste trabalho¹⁴⁹, espaço no qual serão também detalhadas as estruturas de governança estatais para o combate à corrupção, deve-se destacar que a prática de cartel em licitação pode ser também punível nos termos do art. 5º, inciso IV, “a”, da Lei 12.846/2013, chamada também de “Lei Anticorrupção” ou “Lei da Empresa Limpa”, como ato lesivo à Administração Pública¹⁵⁰. Consta na referida alínea, em leitura conjunta com o art. 6º, que “frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público” (BRASIL, 2013a) pode implicar à pessoa jurídica, como sanção principal, multa de 0,1% a 20% do faturamento bruto. Cada órgão ou entidade dos Poderes Executivos, Legislativo e Judiciário pode instaurar e julgar o processo administrativo, com destaque para o fato de que, no Executivo federal, a CGU (Controladoria-Geral da União) tem competência concorrente e pode ainda avocar processos instaurados com fundamento na Lei 12.846/2013.

Mas não apenas. Deve-se atentar para o fato de que a prática de cartel no procedimento licitatório, na verdade, é uma forma de fraudar a licitação, fato que instaura, em tese, a legitimidade de diversos órgãos para atuação¹⁵¹. Na esfera federal, destacam-se, além

¹⁴⁸ É o que se depreende da leitura dos arts. 37 e 38 da Lei 12.529/2011.

¹⁴⁹ Vide item 1.2, “A probidade e a corrupção nos mercados”.

¹⁵⁰ Há na doutrina a tentativa de distinguir o ilícito da Lei 12.529/2011 do da Lei 12.846/2013, com destaque para o artigo de Carolina Saito e Diogo R. Coutinho (2019), que diferenciam um e outro caso nas próprias denominações, ao chamá-los de “cartel em licitação”, quando incidir a Lei do CADE, e “fraude em licitação”, quando se aplicar a Lei da Empresa Limpa. Para além de constatarem a diferenciação de bens jurídicos protegidos pelas normas (respectivamente concorrência, de um lado, e probidade e moralidade, de outro), o que de alguma forma será também endereçado neste trabalho, verificam a possibilidade de existirem infrações para as quais incidem uma ou outra norma, bem como as duas concomitantemente, a depender do caso concreto. Destaca-se o seguinte trecho: “relevante destacar, em primeiro lugar, que a LEL não prevê a necessidade de que o acordo seja firmado entre concorrentes, elemento este que é constitutivo apenas da infração de cartel. Assim, frustrar o caráter competitivo de uma licitação para fins da LEL, não necessariamente exige a ocorrência de um conluio entre os concorrentes, podendo ser utilizados outros meios fraudulentos para influenciar o procedimento licitatório. Nesse sentido, podem ser citados os casos de direcionamento do edital, utilização indevida de dispensa de licitação e o fornecimento de informações sigilosas por parte de agentes públicos aos entes privados” (SAITO; COUTINHO, 2019). Apenas é importante deixar aqui mais claro que, na verdade, o cartel em licitação pode ser uma das formas de fraudar a licitação.

¹⁵¹ Antes da nova Lei de Licitações, Alexis Sales de Paula e Souza (2021) analisou a possibilidade de cumulação de diversas sanções administrativas aos cartéis em licitação, lembrando que, ao ilícito, podem ser aplicadas punições pela Lei do CADE (Lei 12.529/2011), a Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013), a Lei de Licitações (Lei 8.666/1993 então em vigor), a Lei de Pregão (Lei 10.520/2002), a Lei do RDC (Lei 12.462/2011) e a Lei das Estatais (Lei 13.303/2016). O autor trabalha com critérios específicos, a depender do tipo de sanção, para solucionar eventuais conflitos normativos. A nova Lei de Licitações (Lei 14.133/2021) traz um novo complicador nesse cenário, sobretudo enquanto ainda vigente, concomitantemente, com a sistemática de legislação antiga. De toda forma, em síntese, é possível identificar três matrizes de sanções administrativas: a concorrencial, a anticorrupção e aquela decorrente do regime licitatório aplicado. Cada uma delas tem regras próprias e autoridades distintas para analisar os fatos e aplicar as penas cabíveis.

da CGU, o próprio TCU (Tribunal de Contas da União), que pode declarar a inidoneidade do licitante, e a AGU (Advocacia-Geral da União), que pode demandar judicialmente a reparação do dano causado, conforme ressalta o CADE, de maneira relativamente detalhada, no seu próprio guia de cartel em licitação¹⁵². Deve ser enfatizado aqui o fato de que, mesmo que não se identifique a participação de servidores públicos corruptos, a mera existência de um cartel em licitação, por poder configurar ato atentatório à Administração Pública e fraude à licitação, atrai, por si, uma notória e complexa conexão entre a proteção à concorrência e defesa da probidade, a qual não pode passar despercebida do operador do direito.

Na esfera penal, os principais órgãos responsáveis pela persecução são as Polícias Civis e Federal, e os Ministérios Públicos Estaduais e Federal. Isso porque o crime de cartel em licitação pode ser de competência da Justiça Estadual ou Federal, a depender do caso concreto¹⁵³. Já se percebe, aqui, diferentemente da esfera administrativa, maior descentralização para identificação, investigação e punição desse tipo de ilícito. Além disso, há notoriamente também uma diferença quanto à especialidade: enquanto o CADE é um ente voltado unicamente para as infrações à ordem econômica, esses diversos órgãos de persecução penal devem lidar com crimes dos mais variados tipos, inclusive cartéis.

¹⁵² O item 1.2 do guia de “Combate a Cartéis em Licitação” do CADE trata de outras autoridades responsáveis por investigar e punir cartéis, bem como infrações correlatas. Destaca-se o seguinte trecho, o qual trata justamente da possibilidade de o ilícito concorrencial afetar o patrimônio público e, assim, instaurar a atribuição de órgãos como CGU, TCU e AGU: “os cartéis em licitação, enquanto uma forma de restrição ao caráter competitivo de uma licitação, afetam uma diversidade de bens jurídicos, podendo assim serem investigados e punidos sob a égide de outras leis. Nesse contexto, por exemplo, o TCU, em seu papel de fiscalizador das contas públicas, tem a função de acompanhar os processos licitatórios e as contratações públicas e, caso verifique alguma forma de fraude à licitação, tem o poder de declarar a inidoneidade do licitante, bem como, se identificar a possibilidade de danos ao Erário, fará a conversão do processo em tomada de contas (arts. 41, 46 e 47 da Lei 8.443/1992). A Controladoria-Geral da União (CGU), por sua vez, é o órgão encarregado de apurar, processar e julgar os ilícitos que atentam contra o patrimônio público, dentre os quais encontra-se a tentativa de frustrar ou fraudar o caráter competitivo da licitação (arts. 5º, inciso IV e 9º da Lei 12.846/2013). Ainda no âmbito da Lei Anticorrupção, a Advocacia-Geral da União (AGU) pode requerer a indisponibilidade dos bens direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano (artigo 19, § 4º da Lei nº 12.846/2013). Por fim, ressalta-se que a AGU é ainda legitimada para a propositura de Ação Civil Pública com vistas a recuperar o dano causado” (CADE, 2019e, p. 23).

¹⁵³ A Constituição, em seu art. 109, inciso VI, estabelece que compete à Justiça Federal “os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira” (BRASIL, 1988). Nos crimes contra o sistema financeiro, o legislador infraconstitucional determinou a competência da Justiça Federal (art. 26 da Lei 7.492/1986). No caso dos crimes contra a ordem econômica, não há dispositivo normativo nesse sentido. Por isso, em regra, o crime de cartel em licitação será da Justiça Estadual, salvo se configurada(s) outra(s) hipótese(s) do art. 109 da Constituição. Assim, podem ser da competência federal quando praticados “em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas” (BRASIL, 1988), conforme expresso no art. 109, inciso IV, da Constituição e reconhecido na jurisprudência do STJ, exemplificada no AGRHC 269029, ou, ainda, quando praticados em conexão com outro crime de competência federal, segundo também jurisprudência do STJ exemplificada no HC 218796. Ainda sobre o tema, o Ministério Público Federal, por meio da sua 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, a qual é responsável por matérias criminais, editou a Orientação nº 09, em 26 de maio de 2014, na qual considera que o crime de formação de cartel, quando envolve outros Estados e países, seria também da competência federal.

O crime de cartel é previsto, de maneira genérica, no art. 4º da Lei. 8.137/1990¹⁵⁴, mas havia tipos específicos na Lei 8.666/1993, a Lei Geral de Licitações, que melhor se adequavam à situação. O art. 90 do referido diploma legal estabelecia como crime, com pena de detenção de dois a quatro anos, o ato de “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” (BRASIL, 1993). O art. 95 também previa como criminosa a prática que pode estar relacionada, penalizada igualmente com pena de detenção de dois a quatro anos, de “afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo” (BRASIL, 1993). Por fim o art. 96, incisos I e V, o qual punia com detenção de três a seis anos quem fraudava “em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente”, seja “elevando arbitrariamente os preços”, seja “tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato” (BRASIL, 1993).

As circunstâncias do caso concreto, por certo, determinavam qual tipo penal poderia ser aplicado, até cumulativamente¹⁵⁵, embora, da leitura dos dispositivos, fosse perceptível maior confusão entre os arts. 90 e 96, ainda que a doutrina reconheça que, neste último, cuja pena é mais grave, fazia-se necessário, diferentemente do art. 90, a comprovação de prejuízo à Fazenda Pública¹⁵⁶. De toda forma, em qualquer hipótese, apenas pessoas físicas podem ser penalizadas criminalmente pela prática de cartel¹⁵⁷. A “Nova Lei de Licitações e Contratos” alterou em parte esse cenário.

¹⁵⁴ Os indivíduos envolvidos nessa conduta estão sujeitos à pena de reclusão de dois a cinco anos e multa, sanção que pode ser aumentada de um terço até metade se o crime causar grave dano à coletividade, for cometido por um servidor público ou se relacionar a bens ou serviços essenciais para a vida ou para a saúde.

¹⁵⁵ Há uma discussão relevante na doutrina, que foge do escopo imediato deste trabalho, no sentido não apenas de indagar qual tipo deve ser aplicado no caso concreto, mas também se podem ser imputados, para um mesmo fato, dois ou mais crimes, especificamente entre o art. 4º da Lei 8.137/1990 e o art. 90 da Lei de Licitações. De um lado, Marcelo Batlouni Mendroni, por exemplo, defende que, por esses dispositivos normativos protegerem bens jurídicos distintos, o que existe é um concurso formal de crimes (MENDRONI, 2017). Outros, como Ana Paula Martinez, defendem que não existem bens jurídicos distintos e haveria um conflito aparente de normas, resolvido pelo princípio da consunção, aplicando-se, ao cartel em licitação, a Lei 8.666/1993, enquanto, para outros tipos de cartéis, aplicar-se-ia a Lei 8.137/1990 (MARTINEZ, 2013, p. 195-196).

¹⁵⁶ Nesse sentido, por exemplo, Ana Paula Martinez, ao comentar o art. 90, afirma que: “o que se quer proteger, portanto, é a concorrência plena do 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. Ademais, o fato de o certame ser anulado porque a autoridade identificou ajuste prévio entre os licitantes não afasta a ilicitude da conduta – o certame terá sido frustrado” (MARTINEZ, 2013, p. 193). Por outro lado, quanto ao art. 96, “vê-se, portanto, que o tipo é mais gravoso – e por isso contém sanção mais rigorosa – ao exigir a comprovação de prejuízo da Fazenda Pública” (MARTINEZ, 2013, p. 194).

¹⁵⁷ Conforme se depreende das disposições normativas da Lei 8.137/1990, da Lei 8.666/1993 e, agora, da Lei 14.133/2021. Há discussão na doutrina acerca da possibilidade ou não de tipificação penal para pessoas jurídicas em crimes contra a ordem econômica, em decorrência do disposto no art. 173, §5º, que prevê “a lei, sem prejuízo

A Lei 14.133/2021, para os tipos legais mencionados, operou uma continuidade normativo-típica, inserindo no Código Penal dispositivos similares, com penas mais graves. Apenas pessoas físicas continuam como sujeitos ativos dos crimes, mas o tipo penal do art. 90 foi previsto, de forma mais simples e direta, no art. 337-F (“Frustração do caráter competitivo de licitação”), com pena de quatro a oito anos de reclusão e multa. O art. 95 foi substituído pelo art. 337-K (“Afastamento de licitante”), com pena de três a cinco anos e multa. Por fim, o art. 96 está agora no art. 337-L (“Fraude em licitação ou contrato”), mais especificamente no seu inciso V, com pena de quatro a oito anos e multa¹⁵⁸. É importante perceber que a parte penal da Lei 8.666/1993 foi revogada imediatamente com a entrada em vigor da Lei 14.133/2021, conforme prescreve o art. 193, inciso I, de forma que, desde 1 de abril de 2021, os novos tipos penais aqui mencionados estão em vigor. Haja vista a similitude na redação entre os tipos penais novos e antigos, as discussões doutrinárias anteriormente citadas ainda se aplicam.

Por fim, os membros de um cartel também estão sujeitos, no âmbito civil, a ações privadas de reparação de danos, perante o Poder Judiciário, que podem ser ajuizadas por qualquer prejudicado (agente econômico ou consumidor), conforme disposto no art. 47 da Lei 12.529/2011 e no art. 927 do Código Civil. Ainda, podem sofrer ações coletivas propostas pelo Ministério Público ou por outro legitimado, nos termos da Lei 7.347/1985 e do CDC (Código de Defesa do Consumidor), mais especificamente dos arts. 81 a 104. Essas iniciativas independem da existência de prévia condenação pelo CADE¹⁵⁹ e apesar de, nos últimos anos,

da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular” (BRASIL, 1988). Ana Paula Martinez, por exemplo, entende que não caberia interpretação extensiva para a responsabilidade penal da pessoa jurídica e ainda observa que o constituinte não fez referência expressa a ela no art. 173, §5º, como fez para os crimes ambientais no art. 225, §3º, da Constituição Federal (2013, p. 208-209). Em sentido contrário, pela admissão constitucional dessa responsabilidade penal, Guilherme Nucci (2017). De toda forma, o fato é que hoje não há lei que estabeleça a responsabilidade penal de pessoas jurídicas para a prática de cartel.

¹⁵⁸ São estes os tipos penais, na ordem em que estão aqui citados: “Frustração do caráter competitivo de licitação. Art. 337-F. Frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório: Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa; [...] Afastamento de licitante. Art. 337-K. Afastar ou tentar afastar licitante por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo: Pena - reclusão, de 3 (três) anos a 5 (cinco) anos, e multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar em razão de vantagem oferecida. Fraude em licitação ou contrato. Art. 337-L. Fraudar, em prejuízo da Administração Pública, licitação ou contrato dela decorrente, mediante: [...] V - qualquer meio fraudulento que torne injustamente mais onerosa para a Administração Pública a proposta ou a execução do contrato: Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa” (BRASIL, 2021).

¹⁵⁹ Embora a condenação do CADE seja um marco importante. Para os casos em que, por exemplo, tenha sido firmado Acordo de Leniência, o STJ já entendeu que a decisão do TADE é o momento a partir do qual o sigilo da leniência pode ser afastado, de maneira que às informações e documentos ali produzidos sejam

terem sido cada vez mais discutidas por atores do Direito da Concorrência¹⁶⁰, ainda precisam ser aprimoradas¹⁶¹ e mais frequentemente utilizadas¹⁶².

Para além da *expertise* do CADE na matéria e da sua centralidade na atuação administrativa dos casos de cartel em licitação, muito contribuiu para o desenvolvimento da defesa da concorrência no país e, conseqüentemente, o reconhecimento da excelência do trabalho realizado pelo CADE por diversas publicações internacionais¹⁶³, sua política de leniência.

1.1.5.1 A importância da política de leniência antitruste

A Lei 8.884/1994, a qual disciplinava o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência à época, não previa, no seu texto original, o Acordo de Leniência. Ele foi

compartilhadas com terceiros interessados para fins de ações de reparação cível. É nesse sentido o julgamento dos embargos de declaração no REsp 1554986 /SP, publicado em 06/03/2018.

¹⁶⁰ Duas iniciativas institucionais relativamente recentes demonstram que o tema vem sendo mais debatido. A então SEPRAC (Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência), em maio de 2018, lançou, como política de advocacia da concorrência, um manual de *Cálculo de danos em cartéis: guia prático para o cálculo do sobrepreço em ações de reparações de danos* (SEPRAC, 2018), o qual poderá ajudar na tormentosa tarefa de mensurar os danos praticados pelo cartel. E o Ministério Público Federal, por meio da 3ª Câmara de Coordenação e Revisão, lançou, em 2019, um *Roteiro de Atuação – Combate a Cartéis* (MPF, 2019a), com o intuito de aprimorar, no Ministério Público brasileiro, as ações civis públicas de reparação de danos relacionadas ao tema.

¹⁶¹ Aspectos relacionados à prescrição, por exemplo, precisam ser pacificados. Conforme aponta Giovana Vieira Porto, não há uniformidade na jurisprudência nem sobre a data do seu termo inicial, nem sobre a sua suspensão. Em síntese, quanto ao termo inicial, foram pesquisados diversos julgados no sentido de que o termo *a quo* da prescrição deve se iniciar na data da violação do direito (art. 189 do Código Civil) ou na data do conhecimento do ato ilícito (art. 27 do CDC), sendo que, nessa hipótese, a data pode ser a decisão definitiva do CADE ou, em se tratando de relação contratual, as datas da alteração contratual lesiva ou da rescisão do contrato. Os prazos também são distintos no CDC, cinco anos, e no Código Civil, três anos, considerando-se o prazo geral para as ações reparatórias (PORTO, 2017, p. 152-158). Nesse mesmo trabalho, há o indicativo de que, em 2017, já havia pelo menos 69 ações no Judiciário brasileiro que visavam à reparação de danos por cartel, sendo 50,8% ajuizadas por terceiros e a 49,2% pelo Ministério Público (PORTO, 2017, p. 133). Paulo Burnier lembra que tramita no Senador Federal projeto relevante sobre o tema (PL nº 283/2016), o qual, por exemplo, esclarece que a contagem da prescrição tem início a partir da ciência inequívoca do ilícito, assim considerada com a publicação do julgamento final do CADE ou, alternativamente, desfecho da ação penal. O mesmo projeto de lei prevê o chamado *double damages*, que é a possibilidade de ser postulado ressarcimento em dobro pelos prejuízos sofridos (SILVEIRA, 2020, p. 81 de 217).

¹⁶² Essa é uma das conclusões a que chegou Daniel Costa Caselta, ao estudar a responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel no sistema brasileiro, em comparação com o estadunidense e o europeu. Assim: “as ações de indenização em matéria concorrencial ainda são escassas no Brasil – especialmente em comparação com os Estados Unidos e até mesmo com a Europa – de modo que os prejudicados não têm conseguido obter a reparação dos prejuízos, nem tampouco as ações indenizatórias têm servido para complementar os esforços de prevenção de cartéis adotados pelo CADE e pelas autoridades de persecução penal” (CASELTA, 2015, p. 182-183).

¹⁶³ Por exemplo, o CADE ganhou o prêmio de melhor agência antitruste das Américas, concorrendo com autoridades como a dos EUA (FTC) e do Chile (FNE), para os anos de 2014, 2016 e 2017, pela revista britânica GCR. Ainda, o *Manual de Diligências de Busca e Apreensão Cíveis*, em 2018, e o *Guia de Combate a Cartéis em licitação*, em 2020, foram premiados na categoria *Best Soft Law* pela Revista francesa *Concurrences*. Em 2021, pelo nono ano consecutivo, o CADE recebeu quatro estrelas no *ranking* anual promovido pela GCR, o que mantém a autarquia entre as melhores agências antitruste do mundo.

introduzido por meio da MP 2.055-4/2000, depois convertida na Lei 10.149/2000, a qual inseriu o Art. 35-B na lei existente e previu, de maneira detalhada, a possibilidade de extinção da punibilidade ou redução de sanção para aqueles agentes econômicos que praticarem infração antitruste e decidirem colaborar. Desde o início do instituto, três características estavam presentes¹⁶⁴, as quais, de certa forma, garantiram seu sucesso: a possibilidade de extinção da punibilidade em âmbito administrativo e criminal, a necessidade de primazia (ou preempção) e o reconhecimento do CADE como balcão único para firmar o acordo.

Na leniência antitruste¹⁶⁵ brasileira, o agente econômico que efetivamente colabora com as investigações, na identificação dos demais envolvidos no ilícito e na obtenção de informações e documentos, pode ter a sanção administrativa reduzida de 1/3 a 2/3 ou até eliminada, com a previsão da extinção da punibilidade também para a esfera penal. Ou seja, é possível a obtenção de um benefício efetivo para o agente que, praticante de um ilícito antitruste de pluralidade subjetiva, como os cartéis, decide colaborar com a Administração Pública para a responsabilização dos envolvidos. Há, aqui, um forte elemento desestabilizador do conluio, consistente na oferta de benefício relevante e certo que possibilita ao agente sopesar os prós e os contras em continuar a prática ilícita. Mas não apenas isso.

É também um elemento desestabilizador da prática ilícita a previsão legal de que a leniência será firmada apenas com a primeira empresa que reportar a conduta anticoncorrencial. Literalmente se criou no CADE um controle de senha (*marker*) com a finalidade de se aferir concretamente a primazia ou preempção do pedido por parte do agente econômico candidato da leniência¹⁶⁶. Assim, os membros de um cartel, por exemplo, não apenas ponderam concretamente benefícios de cessar a prática, à luz das vantagens oferecidas pela legislação, mas também sabem que, se não forem os primeiros a delatar, não serão

¹⁶⁴ A possibilidade de extinção da punibilidade penal, não prevista inicialmente na MP 2.055-4, foi introduzida na sua conversão pela Lei 10.149/2000, por meio do acréscimo do art. 35-C.

¹⁶⁵ A referência à *leniência antitruste* tem por objetivo realizar a distinção entre a leniência na legislação de defesa da concorrência, antiga Lei 8.884/1994 e atual Lei 12.529/2011, e o Acordo de Leniência previsto na Lei 12.846/2013. Embora os objetivos dos institutos sejam, em um ou outro caso, semelhantes, as condutas-objeto e os órgãos e/ou entidades com atribuição para firmá-los são distintos.

¹⁶⁶ O procedimento está assim explicado no Guia do Programa de Leniência Antitruste do CADE: “O pedido de senha (‘marker’) é o ato em que o proponente do Acordo de Leniência entra em contato com a Superintendência-Geral do CADE a fim de comunicar o interesse em propor Acordo de Leniência em relação a uma determinada conduta anticoncorrencial coletiva e, assim, garantir que é o primeiro proponente em relação a essa conduta. Trata-se, portanto, de uma espécie de corrida entre os participantes da conduta anticompetitiva para contatar a autoridade antitruste e reportar a infração e, com isso, se candidatar aos benefícios do Acordo de Leniência – os quais são conferidos apenas ao primeiro proponente a se qualificar junto a SG/CADE” (CADE, 2016n, p. 25).

beneficiados¹⁶⁷. O desenho institucional do programa de leniência antitruste, por fim, teve seu sucesso garantido ao fornecer segurança jurídica aos agentes econômicos.

O CADE, mais especificamente a Secretaria de Direito Econômico, na formatação da Lei 8.884/1994, e a atual Superintendência-Geral, nos termos da Lei 12.529/2012, é o único ente responsável para firmar a leniência antitruste no direito brasileiro. Há, pois, um balcão único para a negociação e a assinatura do acordo, fator que evita a tentativa dos agentes econômicos de barganhar com diferentes autoridades os termos de uma possível colaboração, o que poderia, além de representar desperdício de recursos e um indesejado prolongamento da prática ilícita, mitigar o poder de negociação da Administração Pública. Ainda, para evitar discussões jurídicas acerca dos benefícios, especificamente no que se refere aos efeitos da extinção da punibilidade na esfera penal, o CADE, independentemente de previsão legal, participa o Ministério Público, órgão com atribuição criminal, como interveniente anuente, na assinatura dos acordos de leniência¹⁶⁸.

Essas três características garantem ao programa de leniência antitruste brasileiro a previsibilidade quanto a requisitos, procedimentos e benefícios esperados, bem como os incentivos para uma corrida rumo à confissão¹⁶⁹. Entretanto, um programa de leniência bem estruturado, para dar resultados, precisa ser acompanhado de uma política efetiva de punição, caso contrário, o baixo risco de detecção aliado à diminuta probabilidade de sanção mitiga os incentivos para os membros do cartel de delatar¹⁷⁰. O CADE, pois, precisava “ter dentes”. E os lapidou entre os anos de 2006 a 2008¹⁷¹.

¹⁶⁷ Na legislação antitruste há outros benefícios para os agentes econômicos retardatários, como os Termos de Compromisso de Cessação (TCCs), os quais podem gerar efeitos na esfera administrativa, mas não automaticamente na esfera penal, ou ainda a *Leniência Plus*, que é a previsão, trazida pela Lei 12.529/2011, de um participante de um cartel já delatado também se beneficiar da redução de 1/3 da sanção ao entregar alguma outra conduta diferente daquela, a qual foi objeto da primeira leniência, desde que a autoridade administrativa não tivesse dela prévia ciência. A *Leniência Plus* será objeto de análise a seguir.

¹⁶⁸ O próprio Guia do Programa de Leniência do CADE cita que “muito embora os artigos 86 e 87 da Lei nº 12.529/2011 não exijam expressamente a participação do Ministério Público para a celebração de Acordo de Leniência Antitruste, a experiência consolidada do CADE é no sentido de viabilizar a participação do Ministério Público, titular privativo da ação penal pública e detentor de atribuição criminal, tendo em vista as repercussões criminais derivadas da leniência” (CADE, 2016n, p. 17).

¹⁶⁹ Elementos que, ao lado da existência de determinados graus de sigilo das negociações e das informações trocadas, bem como das técnicas de comprovação documental da narrativa do delator, compõem os principais pontos de sucesso para um programa de leniência, conforme defende Victor Rufino (2016), a partir da análise das experiências do Brasil, da União Europeia e dos Estados Unidos.

¹⁷⁰ Esse também é o posicionamento de Amanda Athayde, que reconhece três pilares para a estruturação um programa de leniência específico, à luz do que é recomendado pela ICN e reconhecido por diversas autoridades antitruste pelo mundo: (i) alto risco de detecção da prática, (ii) receio de severas punições e (iii) transparência, previsibilidade e segurança jurídica (ATHAYDE, 2021, p. 93-122).

¹⁷¹ Segundo consta no Relatório de Gestão do CADE de 2008: “Assim, reformulando os procedimentos de trabalho relativos a cobranças de dívidas e a atuação dos advogados, desenvolvidas nas seguintes etapas: (i) Criação e implantação de uma força-tarefa, compreendendo: a análise, um a um, de todos os processos administrativos julgados pelo CADE entre 1994/2005; e adoção, em 100% dos casos, das providências que

A Procuradoria Federal especializada junto ao CADE realizou nesse período o levantamento e a inscrição em dívida ativa de todas as multas aplicadas até então não cobradas, entre 1994 a 2005, o que resultou em um montante de aproximadamente 850 milhões de reais inscritos¹⁷². Foram ajuizadas 181 execuções fiscais, mais de oito vezes do que no mesmo período anterior (2003 a 2005)¹⁷³. Além disso, construiu-se na jurisprudência o entendimento de que, para suspender os efeitos da decisão do CADE, era necessária a efetivação de depósito judicial do valor integral da multa, à luz dos arts. 65 e 66 da Lei 8.884/1994¹⁷⁴. Dessa forma, desenvolveu-se no Brasil o ambiente favorável ao programa de leniência: o “bastão” tornou-se suficientemente pesado, de maneira a estimular os agentes cartelizados a buscar pela “cenoura”¹⁷⁵.

havam sido negligenciadas até então (inscrição em dívida ativa, inscrição no CADIN e ajuizamento de ações de execução forçada); (ii) Identificação das ações judiciais existentes, relacionando-as aos processos administrativos respectivos, e definição de estratégia para a defesa judicial do CADE; (iii) Definição e implementação de novo modelo de advocacia pública para o CADE – ‘Advogado Responsável’, descrito adiante. [...] Assim, iniciou-se com a identificação dos processos administrativos julgados entre 1994/2005 em que o CADE determinou alguma providência. Todos os processos julgados entre 1994 e 2005 foram encaminhados à Procuradoria, para análise. Os autos dos processos em que o CADE determinou alguma providência (multa ou obrigação de fazer) foram distribuídos para análise aos Procuradores Federais do Setor Consultivo que, com base em uma ficha padrão, sugeriram as providências a serem adotadas e a classificação temática da matéria tratada. A análise dos autos desses 632 processos administrativos permitiu fossem apurados alguns dados estatísticos e identificar o seguinte perfil de atuação, a partir da classificação da matéria neles tratada” (CADE, 2009a, p. 27-28).

¹⁷² Em 2006 foi inscrito, em dívida ativa, o total de R\$ 98.221.259,00. Em 2007, R\$ 599.640.451,80; e, em 2008, R\$ 149.943.931,71. Nos anos de 2003, 2004 e 2005, respectivamente, haviam sido inscritos R\$ 16.076.047,34, R\$ 40.219.250,22 e R\$ 1.887.732,88. Entre 2006 e 2008 foram inscritos, portanto, cerca de 12 vezes mais em valores na dívida ativa (CADE, 2009a, p. 30).

¹⁷³ Em 2006, 2007 e 2008, respectivamente, foram propostas 40, 85 e 56 execuções fiscais, enquanto nos anos de 2003 a 2005 foram propostas 22, registrando-se que todas se concentraram no ano de 2003, visto que não houve execuções em 2004 e 2005 (CADE, 2009a, p. 30).

¹⁷⁴ Conforme registro no Relatório de Gestão do CADE em 2008: “A Procuradoria vem melhorando, qualitativamente a defesa do CADE em juízo, no biênio 2006/2008 e conseguiu: [...] assegurar que em 100% dos casos as liminares para suspender os efeitos das decisões do CADE sejam concedidas somente mediante depósito judicial do valor das multas ou caução para garantia das obrigações de fazer, conforme dispõe os arts. 65 e 66 da Lei 8.884/94” (CADE, 2009a, p. 31).

¹⁷⁵ Nos moldes defendidos por Christopher R. Leslie: “The high costs of betrayal can thus cause a cartel to unravel by making every firm untrustworthy. The higher the criminal fines and other penalties, the less likely firms will be to trust their partners in a price-fixing scheme. Furthermore, every firm knows that it is perceived as less trustworthy by its cartel partners because no firm wants to be the sucker. This creates a vicious cycle of distrust within a cartel because each firm distrusts its partners who have a strong incentive to confess—to avoid the penalties of being the sucker – but each firm also knows that it is less likely to be trusted, which further increases pressure on its partners to confess” (LESLIE, 2006, p. 477). Semelhantemente, afirma a OCDE: “A 2002 OECD report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions against Cartels under National Competition Laws (OECD, 2002) highlighted that, if a cartel has been formed (and therefore specific deterrence is no longer possible), the threat of serious sanctions creates an incentive for cartel members (companies or individuals) to defect, report and co-operate with investigating agencies, in exchange for reduced sanctions or full immunity. The ‘carrot and stick’ approach to cartel investigation requires that the ‘stick’ – the possible sanction – be sufficiently severe to give effect to the ‘carrot’ – the opportunity to avoid the sanction by reporting the conduct and co-operating with the agency. Thus, in addition to deterrence, sanctions also have co-operation purposes” (OCDE, 2019a, p. 61).

O primeiro acordo de leniência foi firmado em 2003, referente a um cartel de licitações de empresas de vigilância no Rio Grande do Sul¹⁷⁶ e, em 2011, já eram contabilizados 100 pedidos de leniência. Após a promulgação da Lei 12.529/2012 e a previsão da *Leniência Plus*¹⁷⁷, esses números cresceram exponencialmente. Em 2016 foi promulgado o *Guia do Programa de Leniência Antitruste do CADE*, o que trouxe ainda mais segurança jurídica ao instituto. Apenas no ano de 2017 foram firmados 20 acordos e, em 2018, o CADE já contabilizava 390 pedidos de leniência (CADE, 2019f, p. 66).

A *Leniência Plus* é um interessante instituto e foi previsto pela primeira vez na Lei 12.529/2011, pois permite um aproveitamento mais eficiente do requisito da primazia¹⁷⁸. Para firmar uma leniência no CADE, o agente econômico deve ser o primeiro a procurar a instituição para delatar o ilícito. Entretanto, se em uma investigação específica não puder ser signatário da leniência porque, por exemplo, não foi o primeiro a procurar o ente público, ele pode, ainda assim, firmar leniência em outro caso e se beneficiar da redução de 1/3 da sanção esperada para o primeiro caso, além do(s) benefício(s) próprio(s) da leniência para o caso em questão, desde que o CADE não tivesse conhecimento prévio do(s) ilícito(s)¹⁷⁹. Isso potencializa a possibilidade de leniências para casos de vários cartéis praticados em um mesmo mercado ou ramo de atividade.

Esse breve relato evidencia o relativo sucesso no Brasil da atividade administrativa de repressão aos cartéis exercida pelo CADE, quando comparada às esferas penal e civil, o que justifica a opção deste trabalho de, ao perquirir pelos casos de cartel em

¹⁷⁶ O caso do cartel de vigilantes refere-se ao processo administrativo nº 08012.001826/2003-10. O cartel contava com a participação dos Sindicatos SINDESP-RS e SINDIVIGILANTES, bem como com diversas empresas prestadoras de Serviços de Vigilância e era liderado pela Associação das Empresas de Vigilância do Rio Grande do Sul (ASSEVIRGS) e outros. À época, foram realizadas operações de busca e apreensão em algumas empresas e associações de classe envolvidas no cartel. As evidências apreendidas, em consonância com o delatado pelos denunciante, demonstraram que os representados realizavam reuniões semanais na Sede do SINDESP-RS para organizar os resultados dos lances os leilões públicos. A data de celebração desse acordo, 8 de outubro de 2003, é considerada o marco para se comemorar no Brasil o “Dia Nacional de Combate a Cartéis”.

¹⁷⁷ Amanda Athayde (2017) reconhece, após a promulgação da Lei 12.529/2011, o início de uma “nova onda” no Direito da Concorrência brasileiro, que estaria centrada no controle de condutas coordenadas, os cartéis. Em síntese, são reconhecidas três ondas: a primeira de consolidação do CADE e do controle de estruturas, que vai da Lei 8.884/1994 até a Lei 12.529/2011; a segunda, que vai da Lei 12.529/2011 até os dias atuais, com enfoque na repressão aos cartéis; e, por fim, uma terceira onda, ainda em fase inicial, que seria a de combate a condutas unilaterais. A política de leniência antitruste no Brasil, iniciada em 2000, ajuda a explicar o surgimento da segunda onda aqui referida.

¹⁷⁸ A *Leniência Plus* está disciplinada no art. 86, §7º e §8º, da Lei nº 12.529/2011 e o no art. 250 do RICade.

¹⁷⁹ O guia de leniência do CADE assim explica o instituto: “Seria o caso, por exemplo, de uma empresa e/ou pessoa física, já investigada por cartel em um 1º mercado (1º cartel), que não se habilita para a negociação de Acordo de Leniência. Se essa empresa e/ou pessoa física tiver interesse em colaborar com a investigação no 1º mercado, poderá fazê-lo por meio de um TCC. Para além disso, essa empresa e/ou pessoa física pode reportar à SG/CADE outro cartel, em outro mercado (2º cartel), do qual a SG/CADE não tenha qualquer conhecimento prévio. Nesse caso, além de obter todos os benefícios do Acordo de Leniência com relação ao 2º cartel, poderá obter uma redução de um terço da penalidade aplicável no 1º cartel” (CADE, 2016n, p. 55).

licitação já condenados no país, focar a análise a partir dos julgados da agência antitruste brasileira.

Feitas essas considerações acerca do papel da concorrência nos mercados, é o momento de aprofundar a forma com que a probidade pública interfere na atividade dos agentes econômicos.

1.2 A probidade e a corrupção nos mercados

Assim como o cartel é um problema que afeta diretamente a livre concorrência, valor abarcado pela Constituição Federal ao elencar os princípios que disciplinam a ordem econômica, a corrupção, no âmbito da Administração Pública, é o ilícito que macula frontalmente a probidade administrativa¹⁸⁰. Dito de outra maneira: as regras que fomentam o combate à corrupção têm a probidade administrativa como princípio, norte constitucional. Essa correlação entre valor insculpido em um princípio constitucional e o ilícito que diretamente o afeta é o mote central deste trabalho e, talvez por isso, seria desnecessária fazer aqui essa afirmação. Contudo, tamanha é a importância dessa correlação para a compreensão das ideias a seguir expostas, que, neste caso, eventual redundância deve ser relevada: o cartel está para a livre concorrência como a corrupção está para a probidade.

E a promoção da probidade administrativa tem, assim como a livre concorrência, fundamento constitucional. Depreende-se dos próprios princípios da Administração Pública explícitos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal; da regra repressiva do §4º do mesmo dispositivo; do §9º do art. 14, o qual prevê a inelegibilidade como forma de proteção da probidade; do art. 15, inciso V, como hipótese de suspensão de direitos políticos; por fim, do art. 85, inciso V, o qual prevê a ofensa à probidade como uma hipótese de crime de responsabilidade praticado pelo Presidente da República¹⁸¹. Ainda, deriva de diversos

¹⁸⁰ Mas podem interagir entre si, a partir de uma relação complexa, sobretudo no contexto de licitações públicas, a ponto de uma mesma conduta ofender a mais de um bem jurídico, conforme será exposto no item 1.3, mais especificamente item 1.3.2.

¹⁸¹ Eis os dispositivos constitucionais aqui mencionados, na ordem: Art. 37, *caput*, “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte” [...] art. 37, §4º, “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível” [...] art. 14, §9º, “Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta” [...] art. 15, inciso V, “É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: [...] v- improbidade administrativa, nos termos do art. 37, §4º” [...] art. 85, inciso V, “São

compromissos internacionais firmados pelo Brasil¹⁸². Daí que, em atenção ao disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, considera-se a probidade administrativa como um direito fundamental e, por conseguinte, cláusula pétrea¹⁸³, nos termos do art. 60, §4º, inciso IV¹⁸⁴.

A probidade administrativa é o direito fundamental, extensível a todo cidadão, de ter uma boa Administração Pública (FREITAS, 2009, p. 22), a qual observa os princípios constitucionais, notadamente a legalidade, a impessoalidade, a publicidade, a moralidade e a eficiência, bem como os valores e os princípios correlatos, todos comuns às administrações de Estados democráticos (OSÓRIO, 2013, p. 5). Impõe, pois, aos administradores um conjunto de deveres, positivos e negativos, gerais e especiais, cujo mote principal é fazer cumprir com os princípios constitucionais aplicáveis à administração estatal. As Leis 8.429/1992 e 12.846/2013 são, no Brasil, os principais diplomas legislativos que conferem concretude a probidade administrativa, ao prever, respectivamente, os chamados “atos de improbidade” e a responsabilidade das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública.

Para além de a corrupção configurar uma importante violação ao direito fundamental à probidade administrativa, por que combatê-la é importante? Essa é uma pergunta que pode ser respondida a partir de diferentes abordagens, a depender inclusive da

crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: [...] V – a probidade na administração” (BRASIL, 1988). Mas não são as únicas referências à improbidade no texto constitucional, pois o ADCT a cita, ainda, no art. 97, §10, inciso III, ao prever como ato de improbidade a não liberação de determinados recursos especificados no dispositivo, bem como no art. 104, inciso II, que prevê improbidade, por parte do chefe do Executivo, no inadimplemento do pagamento de precatórios atrasados.

¹⁸² O Estado brasileiro é signatário, pelo menos, das seguintes convenções: (i) Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 125, de 14 de junho de 2000, e promulgada pelo Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000; (ii) Convenção Interamericana contra a Corrupção da OEA, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 152, em 25 de junho de 2002, e promulgada pelo Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002, sofrendo pequena alteração pelo Decreto nº 4.534, de 19 de dezembro de 2002; e (iii) Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 348, de 18 de maio de 2005, e promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

¹⁸³ Esse é, por exemplo, o posicionamento defendido na dissertação de mestrado de Alexandre Albagli Oliveira, intitulada *O direito fundamental à probidade administrativa: valor constitucional da probidade, contornos normativos e repercussões jurídico-legais*. Em síntese, o autor afirma que a probidade administrativa é um direito fundamental tanto no aspecto formal, por estar previsto na parte destinada aos direitos políticos, mais especificamente no art. 14, §9º, quanto material, por estar atrelado à dignidade humana, e, ainda, podendo ser considerada um direito fundamental não enumerado (art. 5º, §2º, da Constituição). O autor, semelhantemente ao posicionamento ora adotado, não dá uma interpretação restritiva do art. 60, §4º, inciso IV, que veda emendas tendentes a abolir “direitos e garantias individuais”. Uma interpretação restritiva do dispositivo mencionado poderia limitar essas garantias e direitos àqueles expressamente previstos no art. 5º da Constituição Federal. Contudo, a abertura do §2º do mesmo dispositivo, já citada neste trabalho, permite concluir também, segundo Albagli Oliveira, pela condição de cláusula pétrea da probidade administrativa, haja vista as convenções internacionais sobre o tema já firmadas pelo Brasil (OLIVEIRA, 2014).

¹⁸⁴ Assim prescrevem os dispositivos, na ordem em que são mencionados: Constituição Federal, Art. 5º, §2º, “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 1988) e Art. 60, §4º, inciso V, “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] os direitos e garantias individuais” (BRASIL, 1988).

forma como a “corrupção” é definida¹⁸⁵. Para a finalidade deste trabalho, considerar-se-á como preponderante o enfoque econômico, que pode ser, didaticamente, dividido em duas questões complementares: de que forma a corrupção afeta a economia, ou mais especificamente os mercados, e como a economia¹⁸⁶ pode afetar a corrupção ou, dito de outra maneira, ajudar no seu combate¹⁸⁷? Há diversos pesquisadores¹⁸⁸ que produziram estudos relevantes, na tentativa de responder a esses dois questionamentos, mas, seja pelo seu pioneirismo, seja pela sua relevante produção acadêmica, Susan Rose-Ackerman será aqui utilizada como referencial.

Ainda em 1975¹⁸⁹, Susan Rose-Ackerman, a partir de uma análise de cenários¹⁹⁰ que simulavam a forma com que a competitividade dos agentes econômicos influenciaria os incentivos para a corrupção, concluiu que mais importante do que investimentos no incremento da fiscalização ou de mecanismos de punição, para evitar a corrupção, seria trabalhar com as condições de mercado. Por exemplo, quando um governo adquire produtos objetivamente definidos que são também negociados em mercados privados competitivos, os incentivos para corrupção diminuem consideravelmente, muito em razão do parâmetro de preços estabelecidos no próprio mercado. Ainda, se determinado produto deve ser desenhado

¹⁸⁵ Por ora, é suficiente trabalhar com a definição utilizada pela própria Susan Rose-Ackerman, *The abuse of an entrusted power for private gain* (ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2016, p. 9). Esse assunto será objeto de abordagem específica no tópico 1.2.3.

¹⁸⁶ No português, o termo “economia”, propositadamente utilizado, pode, aqui, gerar equívocos, haja vista que define tanto o objeto, como a ciência que o estuda. Para ser mais preciso, ele poderia ser substituído, na primeira parte, por “atividade econômica” e, na segunda, por “ciência econômica”, do inglês, respectivamente, *economy* e *economics*. Esse esclarecimento, embora seja perceptível no decorrer do texto, faz-se, desde já, necessário.

¹⁸⁷ Em artigo publicado em 2010 intitulado *The Law and Economics of Bribery and Extortion*, Rose-Ackerman explica que a análise econômica da corrupção tende a se enquadrar em duas categorias mais amplas: “First economics can help isolate the underlying factors that produce corrupt incentives, independent of the strength of bribery laws. Empirical work builds on this theory to produce estimates of the social costs of corruption and its impact under a range of conditions. [...]. Second, economic principles can help one assess the laws and policies against bribery to see whether they deter payoffs effectively” (ROSE-ACKERMAN, 2010, p. 218).

¹⁸⁸ Para citar alguns trabalhos: Paolo Mauro (1995), em *Corruption and Growth*, conclui que corrupção tem um impacto negativo sobre o investimento privado e sobre o crescimento econômico; Shang-Jin Wei (1997), em *Why is corruption so much more taxing than tax? Arbitrariness Kills*, conclui que a corrupção eleva o grau de incerteza nos investimentos estrangeiros em um país, com efeito danosos sobre a economia; e Daron Acemoglu e Thierry Verdier (2000), em *Choice between Market Failures and Corruption*, alertam que intervenções governamentais na economia são também oportunidades para a corrupção.

¹⁸⁹ Rose-Ackerman fundamentou seu escrito em trabalhos lançados anos antes que tratavam da abordagem econômica do crime, com destaques para Gary Becker (1968), *Crime and Punishment: an Economic Approach* e George Stigler (1970), *The Optimum Enforcement of Laws*. Esse escrito de Becker fundamenta a chamada *teoria econômica do crime*. Em síntese, a compreensão do comportamento criminoso passaria pelo fato de a utilidade esperada percebida pelo agente em cometer o crime exceder a utilidade esperada no emprego do seu tempo em atividades diversas. Assim, uma análise de custos e benefícios é o que pesaria para alguém tornar-se criminoso.

¹⁹⁰ Foram analisados três cenários hipotéticos em que determinado governo desejava fazer uma compra em (i) um mercado competitivo e com produtos objetivamente definidos, sejam eles similares ou com alguma diferenciação, mas, em um caso ou outro, negociáveis também para agentes privados, (ii) em um mercado competitivo, mas com um produto não definido objetivamente e, por fim, (iii) em um monopólio bilateral, em que o governo pretende adquirir um produto não definido objetivamente a ser fornecido por um único agente econômico.

para uso específico do governo, uma alternativa interessante para evitar a corrupção seria diminuir a vagueza nos critérios de compra, reduzindo, assim, a discricionariedade da aquisição pelos agentes públicos. Por fim, uma alternativa a ser analisada, para os casos em que o produto não possa ser objetivamente definido, dada a peculiaridade da necessidade estatal, é que a sua produção seja feita pelo próprio ente público (ROSE-ACKERMAN, 1975, p. 202-203).

Essa abordagem econômica, embora central nos seus trabalhos, não é exclusiva e dialoga com outras análises, em atenção à complexidade que é própria do fenômeno da corrupção. Isso tanto é verdade que em *Corruption and Government: causes, consequences and reform* (ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2016), Rose-Ackerman e Palifka estruturam seus capítulos em três grandes linhas: abordagem da corrupção como um problema econômico, cultural¹⁹¹ e político¹⁹². Mas os pontos centrais, segundo a própria autora, são os seguintes: (i) quaisquer que sejam os fins promovidos pelo Estado, a corrupção deteriora sua capacidade de alcançar as metas, bem como (ii) a economia oferece um ferramental indispensável para a compreensão do problema, mormente quanto à análise de instituições¹⁹³ e incentivos que propiciam a sua prática. Esses pontos precisam ser detalhados.

¹⁹¹ Aspectos culturais podem influenciar na própria definição de “corrupção”, bem como é legítima a perspectiva de que um enfrentamento robusto à corrupção necessariamente passa pela mudança de regras sociais prevalentes que favorecem a prática. Esses temas são debatidos, naturalmente, em uma abordagem cultural do problema da corrupção, contudo Susan Rose-Ackerman complementa: “We, of course, recognize that entrenched social norms affect the incidence of corruption and the definition of acceptable behavior. However, the study of ‘culture’ is one part of the larger analytic effort to understand the causes and consequences of corruption. Some behavior – trust in others, for example, or bestowing ‘gifts’ on public servants – may be determined by cultural mores, but it may also be triggered by strategic calculations and guesses about interests of other actors” (ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2016, p. 233-234)

¹⁹² A corrupção ocorre, em regra, a partir de uma relação entre o Estado e o setor privado. O poder de barganha de cada um desses grupos determina, de maneira geral, o impacto da corrupção na sociedade e a distribuição dos seus ganhos entre corruptos e corruptores. Em outras palavras, analisa-se de que forma o poder político interfere no poder econômico e vice-versa. A abordagem da corrupção a partir da perspectiva política discute, por exemplo, em que medida a consolidação de uma democracia é importante para uma estratégia anticorrupção. Por certo o respeito a liberdades civis, notadamente a de expressão, característico em democracias, favorece ao combate à corrupção. A própria necessidade de se submeter periodicamente ao escrutínio popular, igualmente, é outro importante freio. Mas outra análise seria possível, mesclando a abordagem política e econômica: “The nature of corruption depends not only on the organization of government but also on the organization and power of private actors. The critical issue is how much bargaining power the government and the private sector have in dealing with one other. One basis conclusion can be stated at the outset. To the extent that a democratic government disperses power among officials, it may give each one little bargaining power vis-à-vis powerful private interests. A successful democracy may need to encourage the creation of competitive private markets as well as establish a competitive system of politics. Otherwise powerful private interests may control the state for their own ends” (ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2016, p. 276). Esse é um ponto central debatido na obra *Corruption: a study in political economy* (ROSE-ACKERMAN, 1978). Percebe-se, portanto, que as abordagens econômica, cultural e política são complementares.

¹⁹³ Aqui se pode perfeitamente adotar a concepção de instituição formulada por Douglass North, para quem “institutions are the humanly devised constraints that structure political, economic and social interaction” (NORTH, 1991, p. 97), com a observação de que Susan Rose-Ackerman, em seus trabalhos, refere-se preponderantemente às instituições formais, uma vez que seu enfoque é na maneira com que o Estado desenha

Ainda que existam diferenças culturais e de valores entre diversos países, há um traço central da condição humana que aproxima e explica as ações de cada indivíduo: o interesse próprio, que também pode ser denominado de ambição ou maximização de utilidade. A interação entre o interesse próprio e interesse público pode revelar um valor social importante ao primeiro. Um bom exemplo é justamente a noção de mercados competitivos: os agentes econômicos, na busca pela maximização dos seus lucros, competem entre si, propiciando a diminuição de preços, a melhoria da qualidade de produtos e serviço, bem como a inovação, beneficiando, em tese, toda a coletividade. Em sentido oposto, a guerra contrapõe o interesse próprio a fins públicos de forma extrema, a ponto de destruir os recursos que motivaram a própria guerra, reduzindo, de maneira geral, a riqueza de todos envolvidos (ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2016, p. 6-7).

Nesse sentido, a corrupção está mais próxima da guerra do que da concorrência para os mercados. O ato de alguém se utilizar de poderes que lhe foram legitimamente confiados para atingir fins privados drena esforços da consecução dos objetivos para os quais aqueles poderes foram justamente criados. Assim, o interesse próprio veiculado na corrupção estatal deteriora diretamente o interesse público, seja naqueles casos em que o agente público recebe propina para praticar atos que deveria fazer regularmente sem o recebimento de qualquer valor, seja, em maior medida, quando faz ou deixa de fazer atos em contrariedade com o que se espera na sua posição¹⁹⁴.

Há estudos que apontam para potenciais benefícios em práticas corruptas, quando visam contornar medidas ineficientes e burocráticas adotadas pelos governos, que é o chamado debate *sand the wheels* contra *grease the wheels*¹⁹⁵. Essa é uma ideia

órgãos, entidades e regras para regular a interação entre os agentes econômicos e públicos. Neste trabalho, quando não explicitada a diferenciação, o termo “instituições” significará, justamente, as instituições formais produzidas pelo Estado.

¹⁹⁴ Algumas definições de corrupção dão destaque para essa diferenciação, como a utilizada por Rose-Ackerman em artigo publicado em 1997: “*Corruption is an illegal payment to an agent to obtain a benefit that may or may not be deserved in the absence of payoffs*” (ROSE-ACKERMAN, 1997a, p. 3). E alguns idiomas diferenciam as situações: “Payments are corrupt if they are illegally made to public agents with the goal to obtaining a benefit or avoiding a cost. Many payoffs are made in return for actions that violate the rules. However, individuals of firms also pay bribes to get benefits to which they are entitled or to avoid costs artificially created for the purpose of generating bribes. These payoffs are corrupt as well. Some languages have distinct words for these different situations. Thus, Bardhan (1997: 1321) notes the difference in Russian ‘between *mzdoimstvo*, taking a remuneration to do what you are supposed to do anyway, and *likhoimstvo*. taking a remuneration for what you are not supposed to do” (ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2016, p. 51).

¹⁹⁵ Há quem defenda a corrupção como graxa necessária para promover o desenvolvimento econômico. Em 1968, o cientista político da Universidade de Harvard, Samuel P. Huntington, sintetizou a ideia central da *Teoria da Graxa*, ou *Grease the wheels*, da seguinte frase, a qual se tornou célebre entre os adeptos dessa corrente de pensamento: em termos de crescimento econômico, a única coisa pior que uma sociedade com uma burocracia rígida, excessivamente centralizada e desonesta, é uma sociedade com uma burocracia rígida, excessivamente centralizada e honesta (HUNTINGTON, 1973, p. 69). Huntington defendia que a corrupção poderia ser uma alternativa viável à transposição da burocracia que dificulta a expansão econômica. Outros estudos citados por

veementemente combatida por Susan Rose-Ackerman¹⁹⁶. Primeiro porque a tolerância na corrupção em um ou outro órgão do governo pode se espalhar, tornando o problema sistêmico. Para além das medidas governamentais ineficientes, os agentes econômicos tenderão a querer pagar propina para resolver todo e qualquer restrição estatal. Segundo, pode gerar um incentivo para que agentes públicos criem outros entraves, além daqueles que já existem, com o objetivo de arrecadar ainda mais propina, além do que pode selecionar para determinada política pública aqueles que têm mais condição de pagar propina, e não aqueles que melhor se adequem aos critérios legais. Terceiro, a corrupção pode contribuir para um cenário de incerteza nos negócios, uma vez que não há mecanismos de *enforcement* do que foi pactuado, visto se tratar de algo ilícito. Assim, ainda que, em tese, admita-se que práticas corruptas possam eliminar ineficiências em uma ou outra medida regulatória ou tributária, isso afetará diretamente, em médio e longo prazo, o próprio Estado de Direito e, conseqüentemente, a capacidade produtiva dos mercados (ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2016, p. 82-92).

No que se refere à análise da corrupção como problema que afeta diretamente a atividade econômica, é importante a compreensão de como isso ocorre. Todos os Estados controlam benesses e ônus impostos aos agentes econômicos¹⁹⁷. Autorização para o exercício de determinada atividade econômica, concessão de algum benefício fiscal, contratação para fornecimento de bens ou serviços, desoneração de tributos são apenas alguns exemplos de decisões tomadas por agentes públicos, dos mais diversos níveis hierárquicos, que influenciam direta e decisivamente sobre determinados mercados e, por consequência, sobre

Rose-Ackerman que concluem em sentido semelhante: Francis Lui (1985), *An equilibrium queuing model of bribery*; Frank Flatters e Bentley Macleod (1995), *Administrative corruption and taxation*; e, anterior ao Samuel P. Huntington, Nathaniel Leff (1964), *Economic development through bureaucratic corruption*.

¹⁹⁶ Além de abordar esse tema em *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform*, outros trabalhos de Rose-Ackerman explicam por que a corrupção não deve ser, em hipótese alguma, tolerada. Em *Corruption, Inefficiency and Economic Growth*, publicado em 1997, Rose-Ackerman conclui que, ainda que em situações bem específicas, práticas corruptas possam tornar mais eficientes medidas burocráticas do Estado, a médio e longo prazo, a corrupção tende a deteriorar a confiança nas instituições, tornando-se uma prática disseminada e, assim, atrapalhando o desenvolvimento econômico de um modo geral. Assim: “Corruption can further short term efficiency in a subset of quite specific cases, but neither theory or evidence suggests that it is a spur to economic growth. Stable states that operate under the rule of law have a development advantage. Since corruption undermines this commitment, it undermines state legitimacy and in the process harms the prospects for growth” (ROSE-ACKERMAN, 1997a, p. 17.) O cerne do livro publicado em 1978, intitulado *Corruption: a study in political economy*, é que a prática não seria compatível com princípios democráticos: “Political decisions that are made on the basis of majority preferences may be undermined by wide use of an illegal market as the method of allocation” (ROSE-ACKERMAN, 1978, p. 2). Philip Pettit, nesse mesmo sentido, defende que o poder em uma República deve ser exercido “a way that tracks, not the power-holder’s personal welfare or world-view, but rather the welfare and world-view of the public” (PETTIT, PHILIP *apud* DAWOOD, 2014, p. 107). De maneira semelhante, vide Mauro (1995).

¹⁹⁷ Dito de outra forma por Susan Rose-Ackerman: “Bribes are paid for two reasons: to obtain government benefits and to avoid costs” (ROSE-ACKERMAN, 1997b, p. 34).

os agentes econômicos que neles atuam. Substituem-se critérios técnicos e eficientes por laços ilícitos pautados no pagamento de propinas, as quais possibilitam as oportunidades de *rent seeking*¹⁹⁸. Corrupção, portanto, é um sintoma de que algo está errado com a administração do Estado. Instituições públicas cuidam da relação dos agentes econômicos com os entes estatais e, quando a corrupção acontece, significa que, no lugar de atingir finalidades públicas, elas estão sendo utilizadas para alcançar interesses privados (ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2016, p. 51).

Tomado o exemplo de uma contratação pública, determinado agente econômico pode corromper agentes políticos, seja do Poder Executivo, seja do Legislativo, para que tomem a decisão de priorizar, nos gastos orçamentários, a aquisição do bem ou do serviço relativo ao seu mercado, independentemente do grau de importância que essa aquisição tenha, de fato, para atender às necessidades da população. Privilegiam-se os chamados elefantes brancos¹⁹⁹. Ainda, agentes públicos de diferentes camadas da burocracia estatal podem ser corrompidos para viabilizar o direcionamento dos certames licitatórios e a edição de atos infralegais, de modo a garantir que a contratação seja ganha por quem pagou a propina, mesmo que isso afete, necessariamente, os custos da contratação. Por fim, agentes públicos da estrutura repressora, seja policial, judicial ou do próprio ente licitante, podem ser corrompidos para que se evite o descobrimento do ilícito e a sua punição. A compreensão desse cenário

¹⁹⁸ Renda, no sentido econômico, pode ser definida como o valor pago a mais, por um fator de produção, do que seria necessário para mantê-lo no seu uso corrente. A renda tende a diminuir, à medida que aumenta a quantidade de fornecedores, ou seja, incrementa a concorrência. Na busca pelo incremento da renda, os agentes econômicos, muitas vezes, tendem a manipular o ambiente em que a atividade econômica está inserida, o que não necessariamente significa adicionar valor à economia. Essa prática é conhecida pelos economistas como *rent seeking*, expressão que, numa tradução literal, pode ser tida simplesmente como “busca por renda”, contudo, no uso econômico corriqueiro é dotada de sentido negativo (LEWIS; DAS NAIR, 2014, p. 4-5). As diversas formas com que o Estado intervém nos mercados configuram oportunidades variadas de produção de renda para os agentes econômicos. A regulação econômica, por exemplo, pode criar barreiras à entrada, beneficiando agentes econômicos incumbentes; uma política de benefícios fiscais ou de empréstimos subsidiados pode favorecer determinado segmento econômico; ou até mesmo a opção de o Estado adquirir determinado produto ou serviço em um grande certame licitatório: tudo gera oportunidades para que os agentes econômicos auferam renda. Surge aqui uma tendência de os agentes econômicos oferecerem propinas para os agentes públicos tomadores de decisão, bem como destes solicitarem vantagens indevidas, uma vez que, nesses atos estatais, há oportunidades de *rent seeking*. Neil Fligstein também aborda o problema da captura de agentes do Estado quando este intervém nos mercados, a partir da noção de *rent seeking*. Assim: “Economists argue that one problem of government intervention in markets is the temptation be government officials to ‘rent-seek’ (Buchanan, Tellison, and Tulloch 1980). Rent seeking implies that government officials seek out payments from either firms or workers in a sector that involve bribes or taxes. In this case, the sector can be captured by the state” (FLIGSTEIN, 2002, p. 43).

¹⁹⁹ Nesse sentido, Susan Rose-Ackerman e Bonnie Palifka: “First, consider the officials’ decision calculus. The impact of high-level corruption goes beyond the mere scale of public investment and lost revenue for the public budget. Top officials may select projects and make purchases with little or no macroeconomic rationale [...] Corrupt rulers favor capital-intensive public projects over other types of public expenditures and will favor *public investment over private investment. They will frequently support ‘white elephant’ projects with little value in promoting economic development*” (ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2016, p. 101).

institucional da corrupção, aqui exemplificada no contexto da licitação, é imprescindível para o melhor enfrentamento do problema.

Além disso, deve-se perceber que é um problema de mão dupla²⁰⁰. Se afeta a Administração Pública e causa prejuízos aos cofres públicos, de maneira semelhante, deteriora as relações competitivas do mercado em que é praticada. Os agentes econômicos que se sobressaem e conseguem sobreviver são aqueles que melhor adaptam suas *estruturas de governança* aos *conceitos de controle* prevalentes: a definição de quem será incumbente e quem será desafiante passa pelos laços ilícitos construídos com os agentes públicos e não pela promoção da eficiência. Produtos ou serviços melhores e mais baratos, bem como a promoção de inovação deixam de ser elementos determinantes para a obtenção de *market share*. Ou seja: a corrupção tem o potencial de afetar de maneira direta e determinante a concorrência do mercado relevante. Nesse sentido, assim como o cartel, a corrupção nos mercados configura uma forma perniciosa de os agentes econômicos buscarem sua sobrevivência.

Na corrupção privada, esse efeito deletério à concorrência destaca-se ainda mais, pois se torna o motivo principal pelo qual o Estado deve fomentar o seu combate²⁰¹. Quando são substituídos critérios concorrenciais pelo pagamento de propinas, mercados que se relacionam com o ente privado também são afetados. E não são prejudicados apenas os concorrentes que deixam de fazer negócios, muitas vezes essenciais para a manutenção da sua atividade, apesar de poderem ofertar produtos ou serviços melhores e mais baratos, mas também os consumidores, que estão na parte final da cadeia e, em regra, arcam com o sobrepreço decorrente da prática. Há, portanto, um interesse público na abordagem do tema, que possivelmente fica mais nítido aqui, na corrupção privada, do que na corrupção pública,

²⁰⁰ Esse é uma expressão difundida pelo próprio Banco Mundial, nos seguintes termos: “The problem of corruption lies at the intersection of the public and the private sectors. It is a two-way street. Private interests, domestic and external, wield their influence through illegal means to take advantage of opportunities for corruption and rent seeking, and public institutions succumb to these and other sources of corruption in the absence of credible restraints. Corruption violates the public trust and corrodes social capital. A small side payment for a government service may seem a minor offense, but it is not the only cost corruption can have far-reaching externalities. Unchecked, the creeping accumulation of seemingly minor infractions can slowly erode political legitimacy to the point where even noncorrupt officials and members of the public see little point in playing by the rules” (BANCO MUNDIAL, 1997, p. 112).

²⁰¹ No Brasil, a corrupção privada não é hoje diretamente tipificada como crime, em que pese o país ser signatário, por exemplo, da Convenção de Mérida, que dispõe nesse sentido (vide Artigo 12, 2, “b”). Entre os projetos legislativos que tentaram criar esse tipo penal, mas fracassaram, destaca-se o 5.895/2016, que pretendia alterar a Lei 9.279/1996. Vale o registro de que os incisos IX e X do art. 195 da Lei 9.279/1996 tratam, de maneira indireta, do tema, mas preveem penas bastante brandas. Por fim, em 2018, umas das ações da ENCCLA foi a elaboração de um anteprojeto de lei para instituir a corrupção privada na Lei 8.137/1990, inserindo no texto legal o art. 4º-A. A iniciativa foi enviada para a Presidência da República, ainda sem encaminhamento (ABREU, 2020, p. 89). Observe-se que são projetos que tinham como bem jurídico tutelado, justamente, a Livre Concorrência.

haja vista que nesta, de maneira imediata, há o prejuízo ao Erário que merece a tutela emergente dos órgãos estatais.

A ineficiência da corrupção pode ser analisada por diversas perspectivas, exemplificadas da seguinte forma por Rose-Ackerman. Inicialmente, a necessidade de pagar propina constitui por si uma barreira à entrada que impede concorrentes, escrupulosos ou que não tenham laços com agentes públicos, de ingressar no mercado. Além disso, considerando que o valor da propina pode variar conforme o montante contratado, os projetos tendem a ser mais caros e mais complicados do que seria necessário, com o mote de facilitar a ocultação da corrupção. Ainda, a qualidade do produto ou do serviço ofertado pode ser reduzida, a fim de que o agente econômico possa realizar o pagamento da propina acertada. Se não bastasse, com o escopo de obter ainda mais propinas, os agentes públicos têm o incentivo de criar falsas dificuldades à atividade do agente econômico, por meio de requerimentos desnecessários ou até mesmo de atrasos na contratação ou no pagamento do objeto contratado. Por fim, o agente econômico que paga propina e estabelece laços com os agentes públicos corrompidos para uma determinada contratação de obra pública, por exemplo, esperará obter também outros benefícios ineficientes, como vantagens tributárias, empréstimos subsidiados ou regulação favorável aos seus interesses (ROSE-ACKERMAN, 1997b, p. 42-43).

É importante mencionar ainda que a corrupção, ao afetar o orçamento público, sobretudo quando são preteridas políticas públicas importantes para a sociedade, como as de saúde e educação, em prol de, por exemplo, grandes projetos militares ou de engenharia, reforça a desigualdade social. Toda a população é afetada, mas são justamente os mais vulneráveis, aqueles que mais necessitam de serviços públicos, os que sofrem o maior impacto. Há diversos estudos que tentam demonstrar a correlação entre corrupção e desigualdade²⁰², inclusive considerando o contexto da América Latina²⁰³, especialmente o do

²⁰² Sanjeev Gupta, Hamid Davoodi e Rosa Alonso-Terme, a partir de dados das décadas de 1980 e 1990 referentes a diversos países, por meio de uma análise regressiva, defendem que a corrupção tem um efeito negativo na desigualdade, de maneira que a piora no índice de corrupção de um país por um desvio padrão (2,52 pontos de uma escala de 0 a 10) implicaria o crescimento de aproximadamente 5,4 pontos no coeficiente Gini, bem como que o aumento padrão na taxa de crescimento da corrupção (deterioração de 0,78%) estaria associado à redução de aproximadamente 7,8% do crescimento da renda dos pobres por ano. Entre as razões elencadas para tanto, estariam associados o baixo crescimento econômico, um sistema de tributação progressiva e uma baixa efetividade de gastos públicos (GUPTA; DAVOODI; ALONSO-TERME, 1998). Semelhantemente, corrupção teria impacto negativo na qualidade e na quantidade de serviços públicos, como educação e saúde, segundo demonstram Omar Asfar e Tugrul Gurgur, em estudo publicado em 2005. Tendo como cenário as Filipinas, os pesquisadores relacionaram a corrupção aos resultados negativos dos testes de pontuação da educação, à diminuição do *ranking* dos estabelecimentos de ensino e aos índices de insatisfação com o serviço prestado. Em saúde pública, a corrupção foi apontada como responsável pela diminuição de taxas de imunização, atraso na vacinação de recém-nascidos, o aumento no tempo de espera de pacientes e o desencorajamento no uso de clínicas públicas (ASFAR; GURGUR, 2005). Na perspectiva de a corrupção influenciar negativamente as escolhas dos gastos públicos, Paulo Mauro, a partir dos índices de corrupção de mais de 100 países entre 1982 e

Brasil²⁰⁴. Assim, embora não seja o escopo principal deste trabalho, não há como dissociar os efeitos econômicos da corrupção dos problemas que esta ocasiona na área social.

Assim, em síntese, deve-se promover a probidade nos mercados pelos seguintes motivos. Primeiro, a corrupção acarreta prejuízos à sociedade, pois desvia recursos originalmente destinados a políticas públicas, que são apropriados indevidamente pelos corruptos. Segundo, independentemente da finalidade almejada pelo Estado e da linha político-econômica adotada, a corrupção na esfera pública, por dificultar o alcance das metas estatais originárias, deve ser combatida, sobretudo em um contexto republicano e democrático. Terceiro, a prática de oferecer propina a agentes do setor público implica forte incentivo para serem realizadas escolhas políticas que não necessariamente atendam ao interesse coletivo, como, por exemplo, a opção por projetos complicados e de alto custo, os chamados elefantes brancos, os quais geram propinas ainda maiores e de difícil identificação. Quarto, o pagamento de vantagens indevidas causa ineficiências, selecionando não os agentes

1995, publicou, em 1998, um estudo que demonstra a influência da corrupção na composição dos gastos públicos, fato que afetaria negativamente, sobretudo, a educação pública. Altos gastos com produtos ou serviços fornecidos por empresas oligopolísticas, com altos recursos tecnológicos, como o comércio internacional de transportes militares, tendem a ser preferidos, no lugar de atividades menos lucrativas, como a construção de escolas. Políticos corruptos esperam receber maiores propinas nesses tipos de contratação, as quais são mais propícias para manter a prática ilícita em sigilo (MAURO, 1998, p. 263-279). No mesmo sentido, é o artigo publicado por Ondrej Jajkowicz e Agata Drobiszová, em 2015, que, após estudarem dados de 21 países da OCDE entre os anos de 1998 e 2011, concluíram o seguinte: o incremento da corrupção está associado ao aumento de gastos com defesa e serviços públicos em geral, bem como à diminuição de gastos com educação, saúde, recreação, cultura e religião (JAJKOWICS; DROBISZOVA, 2015, p. 1251-1259).

²⁰³ Luis Reygadas, ao abordar a relação entre corrupção e desigualdade na América-Latina, afirma: “Las políticas sociales en América Latina se han visto afectadas por un fuerte deterioro de lo público, que se expresa en corrupción, patrimonialismo, desconfianza y debilidad institucional. Para contrarrestar la desigualdad, es necesario que una parte importante de la riqueza privada se redistribuya, mediante instrumentos de política pública. Si el ámbito de lo público, de lo que es de interés colectivo, se encuentra restringido, se encuentra débil o carece de legitimidad, los intereses privados prevalecerán. Los individuos y los grupos resistirán y opondrán recursos de muy diversa índole contra los esfuerzos de equiparación. [...] La corrupción no es privativa de América Latina, existe en otras latitudes y pudiera argumentarse que muchas de las evaluaciones internacionales tienen un sesgo etnocéntrico que favorece a los países desarrollados. Pese a ello, es innegable que el patrimonialismo y el manejo discrecional de los puestos y recursos públicos han sido características extendidas en la región. Los mecanismos para contrarrestar la desigualdad se han visto minados por la corrupción, muchos programas de bienestar social son secuestrados por grupos de interés, lo que genera nuevas desigualdades entre quienes tienen ‘enchufes’ y ‘contactos’ con las autoridades y quienes carecen de ellos. Esto ha servido de pretexto para la reducción o cancelación de muchos programas sociales” (REYGADAS, 2008, p. 159-160). Deve-se ressaltar que pode haver peculiaridades na região que tornam essa análise um pouco mais complexa. Estudo da Transparência Internacional sobre o tema cita, por exemplo, artigo de Dobson e Ramlogan, publicado em 2009, no qual os autores, no contexto da América Latina, afirmam que a diminuição da corrupção pode acarretar aumento da desigualdade, pelo menos imediata, em razão do largo setor de economia informal, composta em grande parte por pobres (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, 2017, p. 5).

²⁰⁴ Sobre o Brasil, é interessante o estudo realizado pelos economistas Flavius Sodré e Francisco Ramos, que analisaram o impacto da corrup o praticada pelos gestores públicos sobre a pobreza nos municípios, a partir de informa es da Controladoria-Geral da União, mais especificamente do Programa de Fiscaliza o por Sorteios Públicos. Foi estudado o banco de dados montado pelos auditores federais com a lista de todas as irregularidades já encontradas nos municípios até então fiscalizados. Como resultado, foi verificado que um aumento médio de 50 irregularidades praticadas pelos municípios acresce em 5% a propor o de pobres e diminui a renda média dos mesmos em 7% (SODRÉ; RAMOS, 2018).

econômicos mais capacitados, mas os que podem pagar a propina, além de criar barreiras à entrada para novos agentes no mercado específico. Quinto, a corrupção reforça a má distribuição de poder e de renda, promovendo incremento na desigualdade.

Dessa forma, um olhar econômico ao problema da corrupção pública é indispensável, seja para, a partir do ferramental da ciência econômica, estudar o fenômeno, seja para melhor compreender de que forma o pagamento de propinas atinge a própria atividade econômica. A dicotomia aqui proposta é fictícia, uma vez que não há como separá-los: um olhar econômico implica compreender como o fenômeno afeta os mercados, da mesma maneira que o reconhecimento da mitigação da concorrência, a partir da corrupção, já significa compreendê-la por meio da lente econômica. São, portanto, perspectivas indissociáveis na prática.

Por fim, ainda a partir de Susan Rose-Ackerman (1978), a economia constitui uma ferramenta importante para compreensão da corrupção, mas apresenta seus limites. Passados mais de dois séculos depois de Adam Smith, agora está mais claro o quão é irreal o conjunto de condições necessárias para que as aspirações neoclássicas sejam concretizadas. Contudo, isso não pode impedir que se avance, a ponto de se reconhecer ao menos dois papéis relevantes para a ciência econômica nesse quiproquó: primeiro, ajudar na definição de estruturas institucionais que possam dar às pessoas os incentivos corretos para se comportarem de maneira ideal e, ainda, na análise do que dá errado, facilitar a compreensão dos arranjos institucionais que propiciam a prática da corrupção²⁰⁵.

1.2.1 A proibidade como valor a ser protegido pelo Estado

²⁰⁵ Nesse trecho da obra de Rose-Ackerman intitulada *Corruption: a study in political economy*, a autora deixa clara sua compreensão acerca do modelo neoclássico e do papel da economia no combate à corrupção. Essa noção permeia suas obras subsequentes, motivo pelo qual merece aqui o destaque: “One of the most distinctive features of neoclassical economics is its attitude toward the diversity of values. Rather than trying to judge the ultimate worth of a consumer’s tastes, the traditional aim has been to demonstrate that a market system can generate socially efficient results from a population with diverse and conflicting preferences. Of course, two centuries after Adam Smith it is now clear just how unrealistic a set of conditions is required before a system of private markets can fulfill neoclassical aspirations. [...] Nonetheless, the belief that economics must take a completely neutral attitude toward the preferences of individuals remains a central element of the profession’s creed. While this assumption has been challenged by others, I have tried to move beyond platitudes and use economic analysis itself to refine the understanding of the place of morality in social life. Positive economic theory, of course, cannot substitute for a normative theory defining desirable political behavior. Once these ultimate ideals are clarified, however, positive theory can play two essential roles. First, it can help economize on virtue by defining institutional structures to give people material incentives to behave ideally [...]. Second, and at least as important, is the aid economists can bring to the normative analysis of institutional malfunction” (ROSE-ACKERMAN, 1978, p. 228-229).

Atualmente, há uma espécie de convergência global sobre a necessidade de os Estados promoverem o combate à corrupção. Ainda que existam variações de um lugar para outro no como fazer isso²⁰⁶ ou na compreensão, por parte da população local, sobre quais tipos de atos seriam ou não corruptos e, portanto, considerados ilícitos²⁰⁷, há hoje diversas normas internacionais que buscam uniformizar a atuação estatal nessa seara.

O Brasil é signatário das seguintes convenções que tratam diretamente do tema²⁰⁸:

(i) Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais de 1997 da OCDE, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 125, de 14 de junho de 2000, e promulgada pelo Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000; (ii) Convenção Interamericana contra a Corrupção de 1996 da OEA, firmada em Caracas, na Venezuela, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 152, em 25 de junho de 2002, e promulgada pelo Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002, sofrendo pequena alteração pelo Decreto 4.534, de 19 de dezembro de 2002; e (iii) Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção de 2003 da ONU, firmada em Mérida, no México, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 348, de 18 de maio de 2005, e promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

Ainda na década de 1990, dois outros momentos marcantes foram a criação, em 1993, da Transparência Internacional, organização não-governamental que tem por finalidade combater a corrupção e produz, desde 1995, o Índice de Percepção da Corrupção (IPC)²⁰⁹,

²⁰⁶ Alguns exemplos de diferenciações mencionadas por Rose-Ackerman: “National legal systems differ as to whether business firms or other organizations, as opposed to individuals, can be guilty of bribery. They also differ in their treatment of payoffs that only involve private actors, such as a payment from a salesman to a purchasing agent. In some legal systems, business firms cannot be guilty of a crime but can be subject to fines, and, in others, commercial bribery is a civil, not a criminal offense” (ROSE-ACKERMAN, 2010, p. 218).

²⁰⁷ Há, na diferenciação acerca do conceito de corrupção, um elemento cultural que não pode ser ignorado. Ainda que o tema seja objeto de abordagem específica em tópico a seguir deste trabalho, vale a pena citar a lembrança de Leslie Holmes que, ao tentar explicar *o que é corrupção*, trata das “razões pelas quais os conceitos de corrupção são distintos”, a depender da localidade. Cita o exemplo de quatro condutas que estão relacionadas ao favorecimento a partir de laços pessoais: *Blat*, na Rússia, *Guanxi*, na China, *networking*, nos Estados Unidos, e *old school tie*, na Inglaterra. Todas têm em comum a noção de pertencimento de um grupo, com a criação de privilégios aos seus membros, fato que pode caracterizar corrupção, a depender da conceituação adotada, ao mesmo tempo que pode parecer aceitável ou reprovável a depender da perspectiva do observador (HOLMES, 2015, p. 4-8).

²⁰⁸ Seria possível falar de outras normas importantes no contexto mundial, como a Convenção do Conselho da Europa, consolidada em 1997, ou a Convenção da União Africana, assinada em 2003. Ainda, outras normas setoriais, como o Código de Boas Práticas de Transparência em Políticas Monetárias, aprovado em 1999 pelo Banco Mundial, o Acordo Plurilateral sobre Contratação Pública, firmado em 1996 pela OMC ou a Declaração de Arusha sobre Cooperação e Integridade Aduaneira aprovado pela OMA, no ano de 1993. Por fim, normas de determinados países que, pela sua importância global, podem ser também objeto de estudo, como a norma dos Estados Unidos, o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) de 1977, ou a norma do Reino Unido, que entrou em vigor em 2011, o *United Kingdom Bribery Act* (UKBA).

²⁰⁹ Preferiu-se neste trabalho a utilização do nome e da sigla em português, porque, no inglês, a sigla de *Corruption Perception Index* é CPI, que pode causar confusão com as Comissões Parlamentares de Inquérito vez ou outra aqui também mencionadas.

que é o indicador mais conhecido no mundo para comparar a corrupção entre os países, bem como o discurso proferido em 1 de outubro 1996 pelo então presidente do Banco Mundial, James D. Wolfensohn, no encontro anual da instituição em Washington, Estados Unidos, que ficou conhecido como *Cancer of Corruption Speech*, no qual atrelou o desenvolvimento financeiro aos esforços no combate à corrupção, à implementação de medidas de eficiência pelos governos e a ações contra influências indevidas no serviço público²¹⁰.

Esse movimento internacional de combate à corrupção pelos Estados contemporâneos encontra origem direta nos Estados Unidos, mais especificamente na promulgação do *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), em 1977, e na promoção do livre comércio mundial fomentada pelas próprias grupos econômicos norte-americanos. Exatamente: o arcabouço normativo do Direito Internacional de combate à corrupção, portanto, da promoção da probidade administrativa, foi fomentado pela defesa da livre concorrência, em mais um exemplo de que os temas estão intrinsecamente ligados.

O FCPA tem uma gênese bastante peculiar. Curiosamente, a questão da corrupção internacional foi primeiro colocada no centro das atenções não por causa de eventos no exterior, mas de eventos internos – o escândalo de Watergate²¹¹. O ano era 1973 e o promotor especial do caso, Archibald Cox, havia solicitado que as empresas envolvidas na campanha de

²¹⁰ Segue o trecho do referido discurso em que o problema da corrupção é diretamente abordado: “Corruption is a problem that all countries have to confront. The solutions, however, can only be homegrown. National leaders need to take a stand. Civil society plays a key role as well. Working with our partners, the Bank Group will help any of our member countries seeking to implement national programs that discourage corrupt practices. And we will support international efforts to fight corruption and to establish voluntary standards of behavior for corporations and investors in the industrialized world. The Bank Group cannot intervene in the political affairs of our member countries. But we can give advice, encouragement, and support to governments that wish to fight corruption, and it is these governments that will, over time, attract the larger volume of investment. Let me emphasize that the Bank Group will not tolerate corruption in the programs that we support, and we are taking steps to ensure that our own activities continue to meet the highest standards of probity” (BANCO MUNDIAL, 2005, p. 50-51).

²¹¹ Sucintamente, em 18 de junho de 1972, durante a campanha para a reeleição de Richard Nixon, candidato do Partido Republicano, o jornal Washington Post noticiou o arrombamento do escritório do Partido Democrata, localizado no Complexo Watergate, na capital americana. Após o incidente, dois repórteres começaram a investigar o caso e receberam informações, a partir de uma pessoa de codinome *Deep Throat* (*Garganta Profunda*), quem teria revelado o envolvimento do presidente Nixon no assalto. O republicano estaria envolvido em tentativas de espionagem e conspiração contra o partido adversário. No começo de 1973, ocorreu a prisão e o julgamento de cinco envolvidos na invasão. Um dos acusados reportou ao juiz que o governo americano conduzia uma grande operação para abafar o escândalo. Utilizando fitas gravadas com conversas privadas de Nixon, a Comissão de Justiça do Congresso americano concluiu que o presidente tinha conhecimento da tentativa de espionagem ao partido rival e que havia utilizado de sua influência para barrar as investigações. Seu advogado argumentou que o presidente tinha prerrogativas de cargo e não estava obrigado a apresentar informações confidenciais, porém o material havia sido editado e trechos das conversas teriam sido removidos. Com isso, as autoridades acusaram Nixon de tentar obstruir a Justiça, abusar do poder e desacatar ordens judiciais. Em 24 de julho de 1974, Nixon foi julgado pela Suprema Corte americana e condenado a apresentar as gravações originais, que comprovariam o seu envolvimento na ação criminosa. Tal constatação culminou na abertura de processo de *impeachment* pelo Congresso, que resultou na sua renúncia, em 9 de agosto de 1974. Foi o primeiro presidente na história dos Estados Unidos a abdicar do cargo (CUNHA, 2017, p. 135-136).

reeleição do presidente Nixon se apresentassem e admitissem seus negócios ilícitos. As respostas expuseram não apenas os pagamentos ilegais de campanha e a participação de Nixon no atentado contra a sede do Partido Democrata, fatos que levaram à sua renúncia, mas também revelaram a praxe internacional do pagamento de propinas em países subdesenvolvidos (STEVENSON; WAGONER, 2011, p. 787).

Em 3 de fevereiro de 1975, Eli Black pulou do 44º andar do prédio *Pan Am* em *New York*. Black era presidente da *United Brands*, conglomerado multibilionário, mais conhecido como *Chiquita Banana*. Ele havia, semanas antes do suicídio, pago propina ao então presidente de Honduras, General Oswaldo López, para reduzir as taxas de exportação da companhia naquele país. A partir desse fato, o então diretor de *enforcement* da SEC, Stanley Sporkin, que já havia acompanhado os desdobramentos do caso Watergate, teria reunido seu time e alertado, ironicamente: “*Guys, don’t drop out of windows for no reason*”. Os investigadores deveriam, pois, descobrir o que estava acontecendo. De forma criativa, Sporkin oferecia aos executivos as seguintes opções: voluntariamente entregarem a SEC informações dos ilícitos praticados, caso contrário seriam processados por violação à legislação federal de mercado de capitais pela omissão de informações e forçados a pagar uma auditoria independente, que faria o levantamento. Centenas de sociedades empresárias optaram pelo caminho mais simples e colaboraram, revelando a prática corriqueira de pagar propina a autoridades estrangeiras para fomentar os seus negócios no exterior, sobretudo em países subdesenvolvidos, bem como de esconder esses pagamentos por meio de artifícios contábeis diversos (SOLTES, 2016, p. 33-35).

A opinião pública norte-americana, nesse momento, sobretudo em razão das repercussões do caso Watergate, reagiu firmemente contra esses subornos, que, apesar de serem puníveis quando praticados em solo estadunidense, poderiam não ser sancionados quando o corrompido fosse, por exemplo, o presidente de Honduras. O FCPA, portanto, foi uma resposta do Congresso dos Estados Unidos a esse clamor social e tornou ilegal a oferta ou a consumação de pagamento de vantagens indevidas a funcionários de governos, partidos políticos ou candidatos a cargos políticos estrangeiros. A norma não se limitou a agentes econômicos com sede nos EUA ou sujeitos a sua legislação (*domestic concerns*), mas também é aplicável àqueles que negociam ações nas bolsas de valores americanas (*issuers*) ou que pratiquem atos de corrupção no território dos EUA (*foreign nationals and entities*). Nesta última hipótese, o ato não precisa ser praticado fisicamente no país, mas por simples passagem, como, por exemplo, uma quantia paga por suborno em transação financeira por intermédio de instituição financeira sediada no país (CUNHA, 2017, p. 136-138).

O *enforcement* do FCPA nos Estados Unidos, com o passar dos anos, causou o seguinte problema aos grupos econômicos daquele país: estavam proibidos de angariar novos negócios em países estrangeiros por meio da prática de corrupção, mas essa mesma proibição não era imposta, pelas limitações territoriais naturais da aplicação das normas estadunidenses, àqueles grupos que não se enquadravam em quaisquer das hipóteses previstas no FCPA, ou seja, a maioria das companhias estrangeiras, sobretudo europeias. O poder econômico das companhias norte-americanas e a capacidade de mobilização dos EUA, principal financiador de relevantes organismos internacionais, como OEA e OCDE, proporcionaram a disseminação, pelo mundo, dos ideais do FCPA, a fim de obrigar companhias estrangeiras a não praticarem corrupção em países subdesenvolvidos, estimulando, assim, a livre concorrência em mercados internacionais (CUNHA, 2017, p. 141).

Esse fio poderia ser puxado até a Antiguidade, mas não é o objetivo deste tópico fazer um relato histórico do combate à corrupção, até porque, pelas limitações decorrentes do tema ora abordado, essa digressão seria certamente incompleta. Os professores Ronald Kroeze, André Vitória e G. Geltner, por exemplo, organizaram uma obra intitulada *Anticorruption in History: from Antiquity to the Modern Era*, que reúne diversos trabalhos que tratam, em diferentes momentos da História, da corrupção e do seu enfrentamento. O importante é constatar que, pelo menos desde a década de 1990, verifica-se um esforço internacional coordenado e sem precedentes para reduzir a corrupção²¹². Contudo, nessa história, mais duas referências à relação entre livre concorrência e corrupção merecem, aqui, uma anotação.

Primeira, antes do caso Watergate e da promulgação do FCPA, houve um outro episódio de grande repercussão, nos Estados Unidos, de crime do colarinho branco²¹³ que

²¹² Constatação também feita por Jens Ivo Engels em *Corruption and Anticorruption in the Era of Modernity and Beyond*, que, de forma cética, comenta: “One of the unsettling experiences of the so-called fight against corruption is this: despite the unprecedented efforts to reduce corruption in the last two decades, there is no serious sign that these efforts can ever be successful”. A seguir, explica seu ponto: “We could answer, cynically, that the ‘anticorruption industry’ has no interest in being successful, because this would ruin its business model. We can also assume, less cynically, a classical insight of the history of criminality: the more a certain type of crime is focused on by prosecution authorities, the more transgressions are detected. Prosecution paradoxically creates the crime. In the case of anticorruption, however, there is another factor to be considered. It is linked to the very notion of corruption and its long history [...]. As corruption has always been a concept describing defects of a society or political system, it implies the need for reform or the need to fight against it. In this sense, every corruption debate has been an anticorruption debate” (KROEZE; VITÓRIA; GELTNER, 2020, p. 168).

²¹³ A expressão *white collar crime* foi cunhada por Edwin Sutherland em 1939, quando discursou no encontro anual da Sociedade Americana de Sociologia na Philadelphia e desafiou a audiência, questionando o entendimento prevalente de crime à época, restrito aqueles ilícitos praticados nas ruas e por membros das classes mais pobres. Para Sutherland, os ilícitos mais graves eram perpetrados por empresários de respeito, de alto *status* econômico e social, que não eram usualmente condenados nas cortes. Referia-se à criminalidade do colarinho branco, que ele chamava de crime real. Esse discurso foi publicado como artigo no ano seguinte

deve ser citado. É justamente o caso em que, pela primeira vez, grandes empresários foram para a prisão pela prática de cartel naquele país²¹⁴. Mais um detalhe importante: era um caso de cartel em licitação no setor elétrico, conhecido como *The Great Electrical Conspiracy*. Em 1961, *General Electric* e *Westinghouse* fraudaram uma licitação de equipamentos elétricos para a *Tennessee Valley Authority*.

Como relembra Eugene Soltes, as propostas eram idênticas, apesar de as distâncias entre as fábricas dos produtos de cada companhia e o ente licitante divergirem em centenas de milhas: os custos de entrega por si seriam suficientes para gerar diferenciação nos preços. As investigações revelaram práticas hoje tidas como comuns nesse tipo de ilícito: havia divisão de mercado, com porcentagens determinadas para cada participante do cartel, os encontros eram “mascarados” na documentação com referências a *Christmas card list*, que significava a lista de participantes das reuniões, e *phases of the moon* representava uma forma lúdica de indicar qual agente econômico deveria ganhar cada contrato. Pelo menos sete executivos foram mandados para a prisão, e a repercussão do caso fez com que, seis meses depois, em janeiro de 1962, o governo Kennedy, por meio do secretário de comércio Luther Hodges, fomentasse a criação do guia denominado *A Statement on Business Ethics and a Call to Action*, que trazia vários temas relacionados à conduta empresarial. Estava, assim, sendo pavimentada a estrada que levaria, na década seguinte, à reprovação, pela opinião pública, dos agentes econômicos envolvidos no caso Watergate e, conseqüentemente, à promulgação do FCPA (SOLTES, 2016, p. 24-31).

Segunda, como menciona Josh Goodman em *The anti-corruption and antitrust connection*, houve um caso antitruste na década de 1970 relacionado ao pagamento de propinas no estrangeiro por companhias fabricantes de aeronaves dos Estados Unidos. Exatamente, antitruste e propina. Lockheed, Boeing e McDonnell Douglas foram processadas pelo FTC em 1978 por corrupção no Japão, na Itália, na Alemanha, na Holanda e em outros países. Conforme ressalta Goodman, antes desse episódio estrangeiro, houve outros casos de

(SUTHERLAND, 1940). Depois de 10 anos da referida palestra, em 1949, Sutherland lança sua obra talvez mais famosa, *White Collar Crime*, que reúne registros de pesquisa feita nas esferas criminal e cível, a qual aponta que os homens de negócios e companhias norte-americanas são criminosos profissionais, pelos diversos registros de condenações encontrados (SOLTES, 2016, p. 16-23). Tanto a corrupção, quanto os cartéis, são crimes praticados, na maioria dos casos, por empresários de alto padrão social e econômico, o que permite enquadrar esses ilícitos como “crimes do colarinho branco”.

²¹⁴ Eugene Soltes transcreve as palavras do então *attorney general* dos Estados Unidos, Robert Kennedy, responsável pelo caso: “In the past 30 years the government has won a number of antitrust suits. But in these earlier cases the punishment was usually in the form of fines, and after it was over, business went on as usual. The businessman who participated was not treated as though he had done anything really wrong. He was just following the accepted practices of big business in the 20th century U.S.A.. He was accepted as usual at the country club, he was appointed as usual to be the chairman of the community charity-drive” (SOLTES, 2016, p. 26).

corrupção empresarial também analisados pelo FTC. A criação do FCPA, em 1977, arrefeceu essa atribuição da autoridade antitruste dos Estados Unidos, mas o histórico ajuda a ressaltar como as duas áreas estão, em sua origem, conectadas²¹⁵. E, ainda, os debates para a elaboração do FCPA contaram com a participação de representantes da autoridade antitruste dos Estados Unidos, que ajudariam a esclarecer ao Congresso as limitações do *Sherman Act* para coibir casos de corrupção internacional²¹⁶ (GOODMAN, 2013, p. 2).

Esse movimento internacional de combate à corrupção não é isento de críticas. Há preocupações de, pelo menos, dois tipos. Primeira, constada por André Broome e Joel Quirk (2015), no sentido de que os indicadores globais, entre os quais podem ser incluídos os de combate à corrupção, funcionem como ferramentas para o controle, à distância, de atores e para a imposição de uma forma de administrar em detrimento de outras²¹⁷. Segunda, o risco de que, conforme explica Mark Blaug (2003), construam-se teorias e políticas públicas sob encomenda, desprovidas de amparo empírico, uma vez que não estariam exatamente conectadas à realidade aplicada²¹⁸. E conceitos abstratos estão relacionados ao risco de, considerado o cenário internacional e a relação entre os Estados, caracterizar-se o direito como instrumento de opressão²¹⁹.

²¹⁵ Assim: “The use of the antitrust laws, including the FTC Act, to challenge bribery, though uncommon, was not unprecedented. In its early years, the FTC made pursuing and exposing bribery within the United States a significant focus of its enforcement activities. Combating domestic bribery had waned as an FTC priority many decades earlier, however. The FTC’s renewed attention to bribery proved short-lived because, with the FCPA’s enactment in 1977, the perceived need for antitrust to serve as an enforcement gap-filler for foreign corrupt payments diminished” (GOODMAN, 2013, p. 2).

²¹⁶ Dessa forma: “In testimony before Congress in 1975, Donald Baker, the Deputy Assistant Attorney General for the Antitrust Division of the DOJ, explained that, while foreign bribery would violate the antitrust laws in certain circumstances, antitrust would not be ‘the most cost effective enforcement tool’ for combating it due to the need to show the bribery scheme caused harm to competition under the antitrust framework” (GOODMAN, 2013, p. 2).

²¹⁷ Nesse sentido: “Moreover, the growing use of global benchmarks as a tool for constructing (at least the appearance of) authoritative expertise, and for extending public and private authority over distant entities, has increased the need to connect theories of how power operates indirectly in the international realm to explanations of how and why such efforts are – or are not – successful at achieving their intended ends” (BROOME; QUIRK, 2015, p. 841).

²¹⁸ Blaug, na verdade, no texto aqui referido, trata da Economia e da chamada Revolução Formalista de 1950, a partir da qual, segundo o autor, privilegia-se, de maneira absoluta, a forma em relação ao conteúdo. Uma de suas conclusões: “The best way not to learn how markets function and how a competitive economy actually works is to study general equilibrium theory” (BLAUG, 2003, p. 154). Trata-se de problema que pode contaminar toda e qualquer política pública, no caso, aqui, a do combate à corrupção.

²¹⁹ No sentido dado por Castro: “Muitas vezes, as teorias e conceitos abstratos mostram-se completamente inadequados ou insuficientes como apoios intelectuais capazes de conduzir à superação de conflitos práticos. E insistir na utilidade ou validade prática de conceitos abstratos e amplamente abrangentes pode conduzir o jurista a adotar o expediente de escamotear a insuficiência ou inadequação das formas intelectuais empregadas para fundamentar decisões sobre problemas concretos. O direito, corre, então, o risco de tornar-se um instrumento de opressão. Declarar uma forma intelectual abstrata como fundamento de uma decisão prática, diante de uma ordem social perceptivelmente injusta, quando essa forma se mostra claramente inapta apresentar um meio de mudança, é o ato que faz um jurista um opressor” (CASTRO, 2012, p. 15-16).

Feitas essas considerações, é importante entender como a defesa da probidade se apresenta no contexto brasileiro.

1.2.2 A defesa da probidade no Brasil

A indagação “o Brasil é um país corrupto?” é equívoca, haja vista a dificuldade em se definir objetivamente o que seria “um país corrupto”. Inicialmente, é possível compreender melhor a dimensão do problema a partir da identificação da posição brasileira em *rankings* internacionais que buscam mensurar e comparar a corrupção pública entre as nações. Os dois mais conhecidos serão aqui abordados: o Índice de Percepção da Corrupção (IPC) da ONG Transparência Internacional e o *Worldwide Governance Indicators* (WGI) do Banco Mundial.

O IPC é publicado anualmente e afere a percepção de determinados atores, na sua maioria agentes econômicos e especialistas sobre o tema, acerca da corrupção e do seu enfrentamento em 180 países. Ele é produzido desde 1995, mas pelo menos desde 2012, em razão de mudanças na metodologia, é possível aferir precisamente como determinado país tem evoluído no tratamento do tema. Segundo explica a própria Transparência Internacional, o índice é calculado a partir de dados oriundos de 13 fontes externas, entre 12 instituições, incluindo o Banco Mundial e o Fórum Econômico Mundial. As notas variam entre 0 e 100, de forma que, quanto maior a pontuação, melhor avaliada é a integridade do país (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, 2018).

Em 2021, o Brasil obteve 38 pontos no IPC, ficando abaixo da média global, que é de 43 pontos, encontrando-se na 96ª posição entre os 180 países²²⁰. Para se ter uma noção da posição de alguns países, vale citar os cinco primeiros colocados e respectivas pontuações, que são Dinamarca (88), Finlândia (88), Nova Zelândia (88), Noruega (85) e Singapura (85), bem como os cinco últimos, em ordem, Iêmen (16), Venezuela (14), Somália (13), Síria (13) e Sudão do Sul (11). Próximo ao Brasil, com os mesmos 38 pontos, estão Argentina, Indonésia,

²²⁰ O Brasil não ficou apenas abaixo da média global, mas também abaixo da média dos BRICS (39 pontos), da média regional para a América Latina e o Caribe (41 pontos) e ainda mais distante da média dos países do G20 (54 pontos) e da OCDE (66 pontos). Esses dados, bem como os mencionados no parágrafo foram obtidos no *site* da Transparência Internacional, mais especificamente na página do IPC. Vide: <https://transparenciainternacional.org.br/ipc/>. Acesso em: 9 fev. 2022.

Lesoto, Sérvia e Turquia (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, 2022a). A Tabela 1²²¹ mostra a variação, desde 2012, da pontuação brasileira e de sua classificação²²²:

Tabela 1 - O Brasil no IPC da Transparência Internacional

ANO	PONTUAÇÃO	RANKING
2012	43/100	69/176
2013	42/100	72/177
2014	43/100	69/175
2015	38/100	76/168
2016	40/100	79/176
2017	37/100	96/180
2018	35/100	105/180
2019	35/100	106/180
2020	38/100	94/180
2021	38/100	96/180

Fonte: Elaborada pelo autor

A Transparência Internacional tem ainda outro indicador interessante denominado de *Global Corruption Barometer*. Trata-se, na verdade, de uma pesquisa feita para pessoas comuns com perguntas do tipo “você pagou alguma propina no último ano”, “você acha que a corrupção aumentou no seu país” ou “seu governo combate à corrupção de maneira eficiente”? Essa iniciativa começou em 2003 e, em 2019, foi lançada a sua 10ª edição. Alguns dados extraídos dela: 54% dos entrevistados acreditam que a corrupção no serviço público do Brasil piorou no último ano, enquanto 11% confessaram que pagaram algum tipo de propina no mesmo período. Para a indagação se você “acha que a maioria ou todas as pessoas de

²²¹ Existe uma ferramenta virtual em que, a partir da seleção do país e do ano, é possível verificar as notas e o posicionamento obtido em cada IPC. Vide em: <<https://www.transparency.org/en/cpi/2021>>, acesso em: 09 de fev. 2022.

²²² Destacam-se os anos de 2018 e 2019, os quais apresentam a pior nota da série histórica. Em publicação do IPC no período, a Transparência Internacional destaca assim os seguintes pontos que pesaram negativamente para a avaliação brasileira: “Após as eleições de 2018, que foram profundamente influenciadas por acentuada narrativa anticorrupção por parte de diversos candidatos, o Brasil passou por uma série de retrocessos em seu arcabouço legal e institucional anticorrupção. O país também enfrentou dificuldades no avanço de reformas abrangentes em seu sistema político. Tais retrocessos incluem, entre outros, uma liminar do Supremo Tribunal Federal que praticamente paralisou o sistema de combate à lavagem de dinheiro do país e um inquérito ilegal que secretamente buscava constranger agentes da lei” (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, 2020, p. 13).

determinada instituição estão envolvidas com corrupção”, o Parlamento brasileiro alcançou o maior índice, recebendo resposta positiva de 63% dos entrevistados²²³.

O WGI, por sua vez, avalia indicadores de governança pública de mais de 200 países desde 1996. Entre as seis dimensões de governança avaliadas²²⁴, está o “controle da corrupção”²²⁵. Os países recebem notas que variam de -2,5 até 2,5, sendo que, quanto maior for a nota, melhor avaliados são os indicadores de governança. Semelhantemente ao IPC, o Banco Mundial recolhe a percepção de diversos atores acerca do tema, tais como institutos de pesquisa, organizações não governamentais, organizações internacionais, agentes do setor privado e *think tanks*. As informações, representadas na Tabela 2, indicam a pontuação para o Brasil nos anos de 2010, 2015 e 2020, períodos em que os dados estão disponibilizados²²⁶.

Tabela 2 - O Brasil no WGI do Banco Mundial

Ano	Número de fontes consultadas	Nota (entre -2,5 até 2,5)	Ranking em porcentagem (0% a pior posição, 100% a melhor)	Margem de erro
2010	16	0,05	60	0,15
2015	13	-0,40	42,79	0,13
2020	14	-0,34	43,75	0,13

Fonte: Elaborada pelo autor

Para além de possíveis críticas referentes à metodologia, tais como ausência de clareza quanto ao processo de compilação dos dados e mensuração das notas, ou quanto à escolha dos atores consultados, esses índices de percepção apresentam alguns problemas que

²²³ Vide <<https://www.transparency.org/en/gcb/latin-america/latin-america-and-the-caribbean-x-edition-2019/results/bra>>. Acesso em 09 de fev. 2022. Trata-se de ferramenta interativa na qual, a partir da escolha do país e do ano da pesquisa, os resultados podem ser obtidos.

²²⁴ As demais dimensões são (i) *voice and accountability*, (ii) *political stability and absence of violence/terrorism*, (iii) *government effectiveness*, (iv) *regulatory quality*, (v) *rule of law*. As avaliações são individualizadas por dimensão, daí porque se optou aqui por trazer apenas a de *control of corruption*. Entretanto, é preciso mencionar que outras dimensões, como *rule of law* e *voice and accountability*, estão também relacionadas ao combate à corrupção e poderiam ser objeto de análise.

²²⁵ Conforme explica o próprio Banco Mundial, “*Control of corruption captures perceptions of the extent to which public power is exercised for private gain, including both petty and grand forms of corruption, as well as ‘capture’ of the state by elites and private interests*” (BANCO MUNDIAL, 2022). Neste mesmo documento, são listadas as fontes de dados utilizadas para a elaboração do índice.

²²⁶ Os dados podem ser obtidos por meio de ferramenta interativa no *site* do Banco Mundial, ao serem selecionadas as opções *interactive data access*, a forma de visualização, *table view*, o indicador desejado, *control of corruption* e, por fim, o país, *Brazil*. Vide: <https://info.worldbank.org/governance/wgi/Home/Reports>. Acesso em: 9 fev. 2022.

já são reconhecidos pela doutrina. Um deles é que a percepção tende a mudar de maneira mais lenta do que a realidade, pois, por motivos psicológicos, as pessoas têm uma inclinação de manter seus posicionamentos anteriormente formados. Outro, extremamente relevante de ser aqui mencionado, é o fato de que percepções levam em conta a existência de mais informação disponível (ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2016, p. 26-27). Determinado governo pode ser corrupto, mas por controlar a imprensa e restringir os meios de comunicação, a percepção da população pode não refletir exatamente essa realidade. Ou, de forma contrária, escândalos revelados pela mídia podem influenciar no incremento do índice de percepção sem que, necessariamente, isso signifique que haja mais corrupção. Ela pode estar simplesmente sendo combatida.

Feitas essas observações e respeitadas as limitações desses tipos de índices, duas constatações são nítidas. A primeira é o fato de que o Brasil, atualmente, apresenta uma posição inferior à da média dos demais países, isso tanto no IPC, quanto no WGI. A segunda, o país, nos últimos 10 anos, apresentou uma piora nos índices, marcada sobretudo no ano de 2015, em que caiu de 43 para 38 pontos no IPC, enquanto foi de 0,05 para -0,40 no WGI. Uma possível explicação pode estar atrelada ao desenrolar da Operação Lava Jato, deflagrada em 2014, que será objeto de abordagem específica em tópico seguinte deste trabalho²²⁷. A publicidade dos fatos investigados, o que não necessariamente é um algo ruim, vez que pode significar a revelação de problemas antes desconhecidos, tende a aumentar a percepção de que a corrupção existe no país, confirmando o senso comum de que poeira à vista incomoda mais do que aquela abaixo do tapete. O ponto central é que, por esses dados, corrupção é um tema que demanda maior atenção das autoridades e o seu combate, considerada a importância econômica brasileira em cenário mundial²²⁸, precisa ser aprimorado.

A FIESP (2010), tendo por base dados da Transparência Internacional anteriores a 2015, portanto possivelmente²²⁹ quando o Brasil apresentava índices de avaliação melhores, elaborou estudo acerca dos custos econômicos da corrupção. De maneira mais precisa, o trabalho teve por base o IPC de 2009, no qual o Brasil ostentava a 75ª posição entre 180 países avaliados, bem como o PIB de 2008, e considerou como custo da corrupção “todo o montante de recursos que deixa de ser aplicado no país (seja em atividades produtivas, saúde,

²²⁷ Vide item 2.1, “O caso da Lava Jato: o encontro entre agentes públicos corruptos e agentes econômicos cartelizados”.

²²⁸ O Banco Mundial coloca o PIB brasileiro entre os 12 maiores do mundo, considerados os dados disponíveis em 2020. Vide: https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.CD?most_recent_value_desc=true. Acesso em: 14 fev. 2022.

²²⁹ Fala-se em possivelmente porque, como houve mudanças na metodologia a partir de 2012, a própria Transparência Internacional reconhece a dificuldade em se fazer comparações com os períodos anteriores.

educação, tecnologia etc.) porque é desviado para o pagamento das práticas corruptas” (FIESP, 2010, p. 23). Foi estimado, como resultado, que, se o Brasil tivesse como nota uma determinada média de CPIs obtida a partir de um grupo de países, poderia também auferir a sua média de PIBs²³⁰, isso representaria um acréscimo de 15,5% do seu PIB *per capita* entre 1990 a 2008. Assim, chegou-se ao custo, por ano, com a corrupção de 41,5 bilhões de reais ou 2,3% do PIB, ano referência de 2008. Em termos relativos, esse valor equivalia a 27% do que o setor público gastou com educação, a 40% do orçamento público da saúde e ultrapassava o valor que estados e União gastaram com segurança pública (FIESP, 2010, p. 24- 28).

Essa avaliação dos organismos internacionais, de que a corrupção é um problema no Brasil ainda pendente de melhor endereçamento, pode ser corroborada com um exemplo. O membro do Ministério Público no TCU Lucas Rocha Furtado (2018) tem livro no qual comenta 11 grandes casos de corrupção nacionais, todos investigados a partir da década de 1990, portanto já sob a égide da Constituição de 1988. São eles: Caso “Jorgina de Freitas” na previdência social, “Anões do Orçamento”, “Máfia dos Sanguessugas”, “Fraude na Sudam”, “Caso Collor”, “Operação Curupira”, caso dos bancos “Marka/FonteCidam”, “Escândalo dos Precatórios”, “Fórum Trabalhista de São Paulo”, “Mensalão” e “Lava Jato”²³¹. Pois bem. É

²³⁰ A nota média era 7,45, enquanto a obtida pelo Brasil em 2009 foi de 3,65. O grupo de países a partir do qual se tirou a média foi: Coreia do Sul, Costa Rica, Japão, Chile, Espanha, Irlanda, EUA, Alemanha, Austrália, Canadá, Cingapura e Finlândia. Vale lembrar que a metodologia do IPC mudou a partir de 2012, daí a diferença quanto às notas (margens de 0 a 10).

²³¹ O caso da Lava Jato será objeto de abordagem específica em tópico seguinte deste trabalho, por isso não será aqui comentado. Os demais podem ser sumariados, na ordem em que são citados, conforme dados que constam na obra aqui mencionada de Lucas Furtado (2018). O caso (i) “Jorgina de Freitas” na Previdência Social se deu, conforme o próprio nome sugere, contra a Previdência entre 1980 e 1990, a partir de uma série de falsificações documentais engendradas por servidores públicos do INSS, procuradores da autarquia, juízes e advogados, que, por meio de ações judiciais, obtinham o pagamento de benefícios indevidos por valores extremamente elevados. Jorgina de Freitas foi uma advogada que teria se beneficiado com o esquema criminoso e desviado algo em torno de 114 milhões de dólares dos cofres públicos. Os (ii) “Anões do Orçamento” refere-se à fraude ocorrida, entre o fim da década de 1980 e o início da de 1990, na Comissão de Orçamento do Congresso Nacional, órgão responsável por examinar a LOA. Os parlamentares receberiam benefícios indevidos para inserirem dotações orçamentárias referentes a serviços e obras públicas de interesse de agentes privados. A (iii) “Máfia dos Sanguessugas”, também conhecida como “Escândalo das Ambulâncias”, refere-se à operação realizada em 2006 pela Polícia e Ministério Público federais que desmontou organização criminosa responsável por fraudar licitações na área da saúde, sobretudo para aquisição de ambulâncias em municípios. O caso de (iv) “Fraude na Sudam” se refere a diversos episódios de corrupção na Sudam, também entre a década de 1980 e o início da de 1990, relacionados ao fomento de projetos, em parceria com agentes privados, para o desenvolvimento da região amazônica. O (v) “Caso Collor”, também conhecido como “PC Farias”, em referência ao seu tesoureiro de campanha, Paulo Cesar Farias, se refere à venda de favores a empresários a partir da obtenção de valores para, sobretudo, uso na campanha eleitoral de 1989. A (vi) “Operação Curupira” se refere à operação deflagrada em 2002 pela Polícia e Ministério Público federais contra fraudes nas chamadas ATPFs, que eram autorizações para o transporte de madeiras, hoje substituídas pelos DOFs., e envolvia funcionários do IBAMA, despachantes e madeireiros. O (vii) caso dos bancos “Marka/FonteCidam” se refere a operações de câmbio realizadas em 1999 pelo Banco Central em favorecimento das duas instituições financeiras citadas. Essas operações implicaram um rombo para os cofres públicos de cerca de 1,5 bilhão de reais. O (viii) “Escândalo dos Precatórios” teve início na cidade de São Paulo e depois se espalhou para outras localidades no país. Em síntese, estados e municípios aproveitavam-se da exceção constitucional para emissão de títulos públicos não federais para pagar dívidas de

interessante observar que a maioria desses casos, conforme constata também Furtado, não teve uma persecução eficiente²³². Isso indica não apenas que a corrupção é um problema ainda candente no país, mas também que não é adequadamente enfrentada.

Não será objetivo deste tópico discutir propriamente as causas da corrupção no país, até pela dificuldade em se delimitar, em poucas linhas, o que teria relação de causalidade com a corrupção ou, apenas, apresentaria uma correlação²³³, mas é interessante observar, a fim de se verificar como a promoção da probidade e a livre concorrência estão interligadas, quais são os fatores frequentemente associados à corrupção brasileira, bem como ao insucesso no seu combate, tão somente para se perquirir até que ponto aspectos econômicos ou, mais especificamente, de defesa da concorrência se entrelaçam com o tema da corrupção.

Luís Roberto Barroso, por exemplo, ministro do STF, escreveu artigo intitulado *Empurrando a História: combate à corrupção, mudança de paradigmas e refundação do Brasil*, no qual relaciona o que, para ele, seriam as causas remotas e imediatas da corrupção no país. Seria possível indicar as seguintes, segundo Barroso, como sendo as causas remotas: a cultura da desigualdade, decorrente das origens aristocráticas e escravocratas, que formaram uma sociedade em que existem superiores e inferiores, os que estão sujeitos à lei e os que se consideram acima dela; o patrimonialismo, decorrente da colonização ibérica, a qual foi

precatórios constituída até 1988 e emitiam títulos a fim de que os envolvidos no esquema criminoso se apropriassem indevidamente do dinheiro obtido a partir de sua venda. O caso (ix) do “Fórum Trabalhista de São Paulo” seria mais um caso, entre tantos, de fraude em obras públicas, se não tivesse ocorrido em um município tão relevante economicamente como São Paulo e se não tivesse havido um desvio tão exorbitante. Em 1998, era um escândalo nacional. Estima-se que cerca de 170 milhões de reais não foram aplicados na obra que, apesar de ainda na fase de conclusão da estrutura, já tinha quase 100% do valor inicialmente orçado gasto. O juiz Nicolau dos Santos Neto, então presidente do TRT de São Paulo, é um nome corriqueiramente associado ao escândalo. Por fim, (x) o “Mensalão”, que tinha o publicitário Marcos Valério como operador principal. Em síntese, sua função era angariar recursos de fontes diversas para distribuir entre diversos políticos, sobretudo parlamentares da base de apoio do Governo Federal. O caso foi tornado público em 2005, depois que uma gravação do então diretor dos Correios recebendo propina para favorecer empresários foi publicada pela Revista Veja. O esquema estava relacionado à indicação político-partidária para ocupação de cargos de comando em diversos órgãos e entidades da Administração, com o escopo também de angariar recursos públicos de maneira indevida, algo bastante semelhante ao encontrado na Lava Jato, conforme será estudado neste trabalho.

²³² Como a Lava Jato será estudada em tópico específico seguinte, a presente análise se refere aos outros 10 casos. Quanto aos tópicos “cumprimento de sentença penal” e “recuperação de recursos desviados”, tem-se o seguinte, segundo Rocha Furtado (2018, p. 215). Os casos “Anões do Orçamento”, “Fraude na Sudam”, “Operação Curupira”, “Marka/FonteCidam”, “Escândalo dos Precatórios” não tiveram cumprimento de sentenças penais. E apenas os casos “Jorgina de Freitas” na Previdência Social e “Fórum Trabalhista de São Paulo” tiveram alguma recuperação de ativos, mas entendida pelo próprio autor como “insignificantes”. Para os demais casos, não houve qualquer valor recuperado.

²³³ Vale repetir aqui o alerta feito por Scott Cunningham em *Causal inference: the mixtape*, sobre causalidade, correlação e a importância de os dois não serem confundidos: “It is very common these days to hear someone say ‘correlation does not mean causality’. Part of the purpose of this book is to help readers be able to understand exactly why correlations, particularly in observational data, are unlikely to be reflective of a causal relationship. When the rooster crows, the sun soon after rises, but we know the rooster didn’t cause the sun to rise. Had the rooster been eaten by the farmer’s cat, the sun still would have risen. Yet so often people make this kind of mistake when naively interpreting simple correlations” (CUNNINGHAM, 2021, p. 16-17).

marcada pela má separação entre a esfera pública e a esfera privada; e a onipresença do Estado, com o controle da política e das atividades econômicas, seja pela exploração direta, seja por mecanismos de financiamento a empresas privadas de concessão de benefícios. Por sua vez, seriam causas imediatas da corrupção sistema político, com eleições caras, de baixa representatividade popular (sistema proporcional em lista aberta) e de difícil governabilidade, além da impunidade (BARROSO, 2020, p. 24-25). Tome-se essa lista como molde para o exercício que ora se propõe.

Sobre a desigualdade e as origens aristocrática e escravocrata da nossa sociedade, é possível, talvez até necessária, uma remissão à obra do sociólogo Gilberto Freyre, *Casa Grande & Senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. Nela, Freyre registra os antagonismos que marcam o Brasil colônia, com destaque para a contraposição entre o senhor e o escravo²³⁴, ponto central da formação do patriarcado açucareiro²³⁵. Embora isso se depreenda da leitura dos seus ensaios, que centram a análise nas influências do índio, do colonizador português e do escravo negro na formação social brasileira, Freyre reconhece expressamente que, antes de buscar explicações na raça e na religião, é a economia²³⁶, mais especificamente a monocultura de cana²³⁷, que condiciona essa

²³⁴ Nesse sentido: “Considerada de modo geral, a formação brasileira tem sido, na verdade, como já salientamos às primeiras páginas deste ensaio, um processo de equilíbrio de antagonismos. Antagonismo de economia e de cultura. A cultura europeia e a indígena. A europeia e a africana. A africana e a indígena. A economia agrária e a pastoril. A agrária e a mineira. O católico e o herege. O jesuíta e o fazendeiro. O bandeirante e o senhor de engenho. O paulista e o emboaba. O pernambucano e o mascate. O grande proprietário e o pária. O bacharel e o analfabeto. Mas predominando sobre todos os antagonismos, o mais geral e o mais profundo: o senhor e o escravo. É verdade que agindo sempre, entre tantos antagonismos contundentes, amortecendo-lhes o choque ou harmonizando-os, condições de confraternização e de mobilidade social peculiares ao Brasil: a miscigenação, a dispersão da herança, a fácil e frequente mudança de profissão e residência, o fácil e frequente acesso a cargos e a elevadas posições políticas e sociais de mestiços e de filhos naturais, o cristianismo lírico à portuguesa, a tolerância moral, a hospitalidade a estrangeiros, a intercomunicação entre diferentes zonas do país. Esta, menos por facilidades técnicas do que pelas físicas: a ausência de um sistema de montanhas ou de rios verdadeiramente perturbador da unidade brasileira ou da reciprocidade cultural e econômica entre extremos geográficos” (FREYRE, 2006, p. 116-117).

²³⁵ Sobre as características do patriarcado no contexto explorado por Gilberto Freyre: “No Brasil, as relações entre os brancos e as raças de cor foram desde a primeira metade do século XVI condicionadas, de um lado pelo sistema de produção econômica – a monocultura latifundiária; do outro, pela escassez de mulheres brancas, entre os conquistadores. O açúcar não só abafou as indústrias democráticas de pau-brasil e de peles, como esterilizou a terra, em uma grande extensão em volta aos engenhos de cana, para esforços de policultura ou pecuária. E exigiu enorme massa de escravos. A criação de gado, com a possibilidade de vida democrática, deslocou-se para os sertões. Na zona agrária desenvolveu-se, com a monocultura absorvente, uma sociedade semifeudal – uma minoria de brancos e brancarões dominando patriarcais, polígamos, do alto das casas-grandes de pedra e cal, não só os escravos criados aos magotes de casas de taipa e de palhas vassalos das casas-grandes em todo o rigor da expressão” (FREYRE, 2006, p. 32-33).

²³⁶ Assim: “A formação patriarcal do Brasil explica-se, tanto nas suas virtudes, como nos seus defeitos, menos em termos de ‘raça’ e de ‘religião’ do que em termos econômicos, de experiência de cultura e de organização da família, que foi aqui a unidade colonizadora. Economia e organização social que às vezes contrariaram não só a moral sexual católica, como as tendências semitas do português aventureiro para a mercancia e o tráfico” (FREYRE, 2006, p. 34).

relação e proporciona a miscigenação, traço marcante da nossa população. Outro ponto destacado por Freyre é a constituição da família, não do Estado, não da Igreja, como núcleo central da formação social brasileira²³⁸ e a sua influência no controle político do Estado, com o registro de práticas como o nepotismo e o oligarquismo²³⁹. Não à toa, “família” e “economia” são expressões constantes no subtítulo da obra do sociólogo (FREYRE, 2006, p. 85).

A referência à família, bem como a menção à dificuldade de, no Brasil, serem separadas a esfera pública e a privada remetem ao trabalho do sociólogo e historiador Sérgio Buarque de Holanda. A forte tendência à pessoalidade, que mistura as relações familiares com as do Estado, surpreende estrangeiros, cultua o bacharelismo, faz florescer um catolicismo intimista, privilegia o favorecimento pessoal na Administração Pública e enfraquece até a concorrência em relações tipicamente comerciais, é uma característica do brasileiro denominada por Holanda de “cordialidade” (HOLANDA, 1995, p. 139-151). A maioria das referências dessa frase, provavelmente, são lembradas instantaneamente pelos leitores de seu trabalho. Nem mesmo a menção ao trecho de sua obra que correlaciona expressamente o homem cordial ao favorecimento pessoal na Administração Pública brasileira soa estranha²⁴⁰. Contudo, a assertiva de que Sérgio Buarque de Holanda tratou da cordialidade como traço que afeta a concorrência pode ter passada despercebida. Ele exemplifica, pelo menos em duas

²³⁷ Neste trecho, Freyre reforça o impacto que a organização social e econômica da casa-grande e da senzala teve para nossos costumes, inclusive o compadrismo: “A casa-grande, completada pela senzala, representa todo um sistema econômico, social, político: de produção (a monocultura latifundiária); de trabalho (a escravidão); de transporte (o carro de boi, o banguê, a rede, o cavalo); de religião (o catolicismo de família, como capelão subordinado ao pater famílias, culto dos mortos etc.), de vida sexual e de família (o patriarcalismo polígamo), de higiene do corpo e da casa (o ‘tigre’, a touceira de bananeira, o banho de rio, o banho de gamela, o banho de assento, o lava-pés); de política (o compadrismo)” (FREYRE, 2006, p. 36).

²³⁸ Assim: “A família, não o indivíduo, nem tampouco o Estado nem nenhuma companhia de comércio, é desde o século XVI o grande fator colonizador no Brasil, a unidade produtiva, o capital que desbrava o solo, instala as fazendas, compra escravos, bois, ferramentas, a força social que se desdobra em política, constituindo-se na aristocracia colonial mais poderosa da América. Sobre ela o rei de Portugal quase reina sem governar. Os senados de Câmara, expressões desse familismo político, cedo limitam o poder dos reis e mais tarde o próprio imperialismo ou, antes, parasitismo econômico, que procura estender do reino às colônias os seus tentáculos absorventes” (FREYRE, 2006, p. 81).

²³⁹ Nesse sentido: “Vivo e absorvente órgão da formação social brasileira, a família colonial reuniu, sobre a base econômica da riqueza agrícola e do trabalho escravo, uma variedade de funções sociais e econômicas. Inclusive, como já insinuamos, a do mando político: o oligarquismo ou nepotismo, que aqui madrugou, chocando-se ainda em meados do século XVI com o clericalismo dos padres da Companhia [...]. Pela presença de um tão forte elemento ponderador como a família rural ou, antes, latifundiária, é que a colonização portuguesa do Brasil tomou desde cedo rumo e aspectos sociais tão diversos da teocrática, idealizada pelos jesuítas – e mais tarde por eles realizada no Paraguai – da espanhola e da francesa” (FREYRE, 2006, p. 85).

²⁴⁰ Menciona Sérgio Buarque de Holanda que, “no Brasil, pode dizer-se que só excepcionalmente tivemos um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedicados a interesses objetivos e fundados nesses interesses. Ao contrário, é possível acompanhar, ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impositiva” (HOLANDA, 1995, p. 146).

passagens²⁴¹: causa estranhamento a negociantes estrangeiros, o fato de que, no Brasil, o traço cordial não desaparece “sequer nos tipos de atividade que devem alimentar-se normalmente da concorrência” (HOLANDA, 1995, p. 148-149). Referia-se à necessidade do estreitamento de laços de amizade para o fechamento de negócios: no Brasil, de onde deveria se esperar sobretudo a eficiência, encontrava-se fortemente a camaradagem.

Sobre laços de amizade nos negócios e a omnipresença do Estado, Sérgio Lazzarini, em *Capitalismo de Laços*, reconhece a dificuldade, para não falar em impossibilidade, em se aferir o sucesso empresarial apenas por critérios de eficiência, haja vista as diversas conexões e interações existentes entre os agentes econômicos e o Poder Público. Estudando o contexto brasileiro e partindo da noção da “laços” como relações sociais valiosas²⁴², Lazzarini, que faz inclusive referência à Sérgio Buarque de Holanda²⁴³, a partir da análise de dados referentes aos controladores de sociedades empresárias no Brasil, tenta demonstrar a hipótese principal do seu trabalho, que é a afirmação de que o capitalismo de laços no país tornou-se ainda mais forte após as privatizações, no início da década de 1990, sobretudo por conta da aglomeração de proprietários, bem como do papel exercido pelos fundos de pensão das empresas estatais e pelo BNDES (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social), que atuam como conectores de grupos, atores de ligação, haja vista a sua dispersão de participação no capital de diversas sociedades empresárias no país. Reconhece-se expressamente os efeitos desse emaranhando na livre concorrência, mais

²⁴¹ Primeiro, trata do assunto em uma das notas do capítulo quatro, denominado de *O semeador e o ladrilhador*, em que ele compara o perfil de colonização dos portugueses com o dos espanhóis, mais especificamente no ponto três, intitulado *A aversão às virtudes econômica*, da seguinte forma: “Para retirar vantagens com portugueses e castelhanos, sabem muitos comerciantes de outros países que é da maior conveniência estabelecerem com eles vínculos mais imediatos do que as relações formais que constituem norma ordinária nos tratos e contratos. É bem ilustrativa a respeito a anedota referida por André Siegfried e citada em outra parte deste livro, acerca do negociante da Filadélfia que verificou ser necessário, para conquistar um freguês no Brasil ou na Argentina principiar por fazer dele um amigo” (HOLANDA, 1995, p. 133). E, em trecho seguinte, já no capítulo referente ao *Homem cordial*, anota: “O desconhecimento de qualquer forma de convívio que não seja ditada por uma ética de fundo emotivo representa um aspecto da vida brasileira que raros estrangeiros chegam a penetrar com facilidade. E é tão característica, entre nós, essa maneira de ser, que não desaparece sequer nos tipos de atividade que devem alimentar-se normalmente da concorrência. Um negociante da Filadélfia manifestou cerca vez a André Siegfried seu espanto ao verificar que, no Brasil como na Argentina, para conquistar um freguês tinha necessidade de fazer dele um amigo” (HOLANDA, 1995, p. 148-149).

²⁴² Assim: “À primeira vista, o termo ‘laço’ pode denotar relações próximas, íntimas, duradouras. Aqui, entretanto, o significado é mais no sentido de relações sociais valiosas: um contato pessoal que é estabelecido para obter algum benefício particular ou, ainda, um gesto de apoio visando algo em troca no futuro [...] ‘Laço’, neste livro, é algo que deve ser entendido de forma mais genérica como ‘relação entre atores sociais para fins econômicos’” (LAZZARINI, 2011, pos. 348 de 4698).

²⁴³ Relembra expressamente Lazzarini, “sob uma perspectiva mais histórica, a ênfase relacional deste livro também se alinha ao influente livro de Sérgio Buarque de Holanda, *Raízes do Brasil*. O ‘homem cordial’ descrito pelo historiador nada mais é que um indivíduo guiado por relações que extrapolam o que é definido unicamente por leis ou formalidades do país. Em uma colônia em formação, sem amparo de um sistema judiciário impessoal e com forte ação discricionária da Coroa portuguesa, havia pouco que fazer além de executar trocas econômicas na base dos laços” (LAZZARINI, 2011, pos. 522 de 4698).

especificamente o seu potencial negativo, embora se registre a necessidade de mais estudos para melhor compreendê-los²⁴⁴. Deve-se fazer o registro de que Lazzarini não está preocupado exatamente em fazer um juízo de valor acerca dos laços, mas em constatar a sua existência, explicar como funcionam, bem como reforçar o ponto de que a economia brasileira não pode ser compreendida sem considerá-los²⁴⁵ (LAZZARINI, 2011, p. 395).

A discussão acerca do capitalismo de laços e das características do nosso sistema político remete a dois autores que buscaram entender, justamente, como o presidencialismo brasileiro funciona, Sérgio Abranches e Bruno Carazza.

O sociólogo e cientista político Sérgio Henrique Hudson de Abranches escreveu um artigo em 1988 intitulado *Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro*, em que explicava a formação do nosso modelo político a partir de 1945, pautado no presidencialismo, no federalismo, no bicameralismo, no multipartidarismo e na representação proporcional²⁴⁶. A expressão *Presidencialismo de coalizão* é vez ou outra equivocadamente utilizada para representar uma forma de fazer política centrada no clientelismo e na corrupção. Entretanto, não era essa a intenção do autor. Depreende-se das suas lições a

²⁴⁴ Dessa forma: “A análise quanto aos efeitos do capitalismo de laços sobre a concorrência ainda é precária. Os diversos governos, pelo contrário, frequentemente procuram estimular associações de firmas sem muito interesse em examinar possíveis efeitos danosos à competição. Em certos casos, até mesmo regras do jogo são alteradas. Por exemplo, a Oi/Telemar, em 2008, chegou-se a flexibilizar uma regra existente no setor de telefonia, impedindo que o mesmo grupo controle empresas operando em duas regiões distintas. É verdade que, como já discutimos, as aglomerações permitem juntar forças para tocar projetos complexos e de larga escala; trata-se de uma estratégia empresarial legítima e, em muitos casos, meritória. Porém, com tantos consórcios e grupos envolvendo proprietários entrelaçados, suspeitas de pouca competição emergem naturalmente. Com pouca concorrência, ganha o empresário mas perde a sociedade, com produtos e serviços caros. Em vez de catalisador das aglomerações, o governo deveria agir como contrapeso: examinando em detalhe as suas implicações anticompetitivas e facilitando a entrada de novos empreendedores e grupos de firmas” (LAZZARINI, 2011, pos. 2920 e 2928 de 4698).

²⁴⁵ Após elencar pontos negativos e positivos sobre a existência dos laços, ou o papel das relações sociais em um contexto econômico, Lazzarini complementa: “Mas o mundo é complexo e raramente acomoda uma visão monocromática de determinado debate. Como quase tudo na vida, relações sociais, incluindo relações entre atores privados e públicos – têm aspectos positivos e negativos [...] Este livro não tem a pretensão de resolver esse debate, mas descrever a dinâmica do capitalismo de laços no Brasil e examinar possíveis implicações para a economia do país” (LAZZARINI, 2011, pos. 395 e 410 de 4698).

²⁴⁶ Conforme relata no seguinte trecho: “Constituem o que se poderia classificar, com acerto, as bases de nossa tradição republicana: o presidencialismo, o federalismo, o bicameralismo, o multipartidarismo e a representação proporcional. Seria ingênuo imaginar que este arranjo político-institucional se tenha firmado arbitrariamente ou fortuitamente ao longo de nossa história. Na verdade, expressa necessidades e contradições, de natureza social, econômica, política e cultural, que identificam historicamente o processo de nossa formação social” (ABRANCHES, 1988, p. 10). E mais especificamente sobre o “presidencialismo de coalizão” e as peculiaridades do sistema brasileiro, afirma: “Apenas uma característica, associada à experiência brasileira, ressalta como uma singularidade: o Brasil é o único país que, além de combinar a proporcionalidade, o multipartidarismo e o ‘presidencialismo imperial’, organiza o Executivo com base em grandes coalizões. A esse traço peculiar da institucionalidade concreta brasileira chamarei, à falta de melhor nome, ‘presidencialismo de coalizão’, distinguindo-o dos regimes da Áustria e da Finlândia (e a França gaullista), tecnicamente parlamentares, mas que poderiam ser denominados de ‘presidencialismo de gabinete’ (uma não menos canhestra denominação, formada por analogia com o termo inglês cabinet government)” (ABRANCHES, 1988, p. 21-22).

possibilidade de serem formadas coalizões por meios legítimos²⁴⁷, embora, em 1988, já anteviesse alguns problemas que se confirmariam nos anos subsequentes, como a dificuldade de ser governar e a instabilidade constante do modelo²⁴⁸. Em 2018, Abranches lança nova obra para analisar os 30 anos do presidencialismo de coalizão à luz da Constituição de 1988, intitulada *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. Além de se debruçar sobre os dois processos de *impeachment* sofridos pelos presidentes Fernando Collor e Dilma Rousseff, os quais, de certa forma, validam suas premissas acerca da instabilidade, Abranches analisa também a relação dos agentes econômicos com o poder político.

Atente-se: as pressões exercidas no sistema político, que ocasionam problemas de natureza fiscal ou inflacionária, não podem ser dissociadas da dinâmica dos agentes econômicos e da forma com que eles se relacionam com o Estado. De forma explícita, Abranches reconhece que os agentes econômicos dominantes, ou, para utilizar a expressão de Fligstein, incumbentes, atuam constantemente nas estruturas do mercado e do Estado para manter seus privilégios, a ponto de soar ingênuo acreditar que os problemas decorrentes da formatação do presidencialismo de coalizão brasileiro poderiam ser resolvidos apenas com uma reforma política, alterando-se as regras eleitorais e partidárias. Não poderiam, justamente porque isso apenas levaria à adaptação dos agentes econômicos. E, mais importante: essa relação, a partir da manutenção de privilégios, propicia a formação de uma classe de agentes econômicos ineficientes, dependentes do Estado e carentes de competitividade²⁴⁹. O ponto da

²⁴⁷ O próprio Sérgio Abranches faz esse esclarecimento, já nas primeiras linhas da sua obra de título semelhante, lançada em 2018: “Tem se tornado dominante a ideia de que todas as distorções e vícios, como o toma-lá-dá-cá, a cooptação, o clientelismo endêmico, a corrupção, derivariam do presidencialismo de coalizão. Não derivam. São maneiras ilegítimas de formas alianças e coalizões. Mas as coalizões podem ser formadas por métodos legítimos de negociação de programas e valores, livrando o presidencialismo de tais vícios” (ABRANCHES, 2018, p. 9).

²⁴⁸ Nesse sentido: “O maior risco ao desempenho da coalizão está no quadro institucional do Estado para decidir, negociar e implementar políticas. Isto porque, como o potencial de conflito é muito alto, a tendência é retirar do programa mínimo, ou compromisso básico da aliança, as questões mais divisivas, deixando-as para outras fases do processo decisório. [...] A existência de distâncias muito grandes na posição ideológica e programática e, principalmente, na ação concreta dos componentes da coalizão pode comprometer seriamente sua estabilidade, a menos que existam subconjuntos capazes de encontrar meios de suprir esses vazios com opções reciprocamente aceitáveis. Mais que do peso da oposição dos “de fora” - sobretudo em se tratando de grandes coalizões -, o destino do governo depende da habilidade dos “de dentro” em evitar que as divisões internas determinem a ruptura da aliança” (ABRANCHES, 1988, p. 29).

²⁴⁹ Nas exatas palavras de Abranches: “A dinâmica do sistema político não é a única fonte de pressões fiscais e inflacionárias. A heterogeneidade e o desenvolvimento desigual geram demandas na sociedade além da capacidade corrente do Estado e do mercado para satisfazê-las. A ação organizada das elites no mercado é uma causa central desse jogo de pressões. Elas atuam na estrutura de preços, no mercado, na estrutura de incentivos, no Estado, para manter seus privilégios. Esse é um ponto importante, porque se presume, na discussão político-econômica brasileira, que uma reforma nas regras políticas, principalmente eleitorais e partidárias, resolveria nosso paradoxo fiscal. Mas uma reforma apenas levaria à adaptação dos agentes políticos e econômicos às novas regras, para preservar interesses e privilégios cujas raízes são sociais. Além disso, a histórica aliança nacional-

corrupção não é diretamente aprofundado por Abranches, mas o economista Bruno Carazza faz isso de em seu trabalho *Dinheiro, eleições e poder: as engrenagens do sistema político brasileiro*.

O trabalho é baseado em robusto cruzamento de dados de doações eleitorais e do processo legislativo²⁵⁰. Carazza relembra que, em grandes escândalos de corrupção já na vigência da atual Ordem Constitucional, como nos casos “PC Farias”, “Os anões do orçamento” e, mais recentemente, na “Lava Jato”, os mesmos agentes econômicos aparecem envolvidos, como a Odebrecht, a Andrade Gutierrez e a OAS, presentes nos três casos, ou alternando-se, Queiroz Galvão, Carioca Engenharia, Serveng-Civisan, com um *modus operandi* similar: buscam no governo formas de benefícios, que vão de licitações viciadas a empréstimos subsidiados no BNDES, de subsídios fiscais à regulação frouxa, por meio de políticos dispostos a concedê-los mediante pagamento de propina, doações eleitorais oficiais ou via caixa-dois²⁵¹. Ele vai direto ao ponto: as relações entre dinheiro, eleições e poder ocorrem no país e resultam em legislação e políticas públicas que se afastam do que seria desejável do ponto de vista do interesse geral para atender a pleitos de grupos de interesses organizados e com acesso a parlamentares e autoridades (CARAZZA, 2018, p. 9-13).

Entre os maiores doadores para as campanhas de 2002, 2006, 2010 e 2014, é perceptível que os cinco primeiros²⁵², JBS S.A. (R\$ 567.960.018,87), Construtora Andrade Gutierrez S.A. (R\$ 203.533.282,49), Construtora OAS (R\$ 189.807.878,47), Construtora e Comércio Camargo Corrêa S.A. (R\$ 188.954.832,72) e Construtora Queiroz Galvão S.A. (R\$ 145.364.961,83), estiveram envolvidos em investigações de corrupção recentes, como a

desenvolvimentista, que contrapôs o capital estrangeiro, agente do imperialismo, ao capital nacional, supostamente aliado nessa luta, criou um patriciado oportunista, dependente do Estado, o qual defende, com todos os meios, os subsídios e incentivos *que o protegem e permitem sobreviver com baixíssima produtividade e escassa capacidade competitiva*” (ABRANCHES, 2018, p. 362).

²⁵⁰ Já no início da obra, Carazza relata episódio de experiência pessoal, quando, como servidor público trabalhando no Senado, presenciou discussão em 2004 referente à aprovação da então Nova Lei de Falências e dois senadores, um do PT e outro do PSDB, em conversa particular, indagaram-se: “- *Você já conversou com Ernane? O que Ernane acha disso? – O Ernane falou que está o.k.. A redação está boa. – Então, se o Ernane concordou, a gente não se opõe*”. Ernane é o nome fictício de um lobista de um grande grupo de comunicação (CARAZZA, 2018, p. 4-7).

²⁵¹ Ainda, foi também verificada prática apelidada de “caixa-três”, que eram as doações por meio de interposta pessoa jurídica, como as que a Odebrecht realizava por meio da Cervejaria Petrópolis (CARAZZA, 2018, p. 52).

²⁵² Carazza comenta: “A um exame mais atento, todas essas empresas têm muito a ganhar estreitando seus laços com o Estado. Embora esteja claro que as empreiteiras se aproximam dos políticos de olho nas licitações de obras públicas, elas próprias e as demais superdoadoras têm forte interesse na condução da política econômica – legislação tributária, política industrial, créditos subsidiados no BNDES e em outros bancos públicos, regras de comércio exterior e benefícios fiscais como os da Zona Franca de Manaus” (CARAZZA, 2018, p. 54). E continua: “Seja por meio de despesas bilionárias com licitações e contratos, pela edição de regulação, pelo desenho da política tributária ou via concessão de crédito subsidiado pelos bancos oficiais o Estado é uma fonte praticamente inesgotável de negócios para o empresariado. E doações eleitorais são uma excelente forma de abrir portas e garantir acesso facilitado para quem exerce o poder” (CARAZZA, 2018, p. 59).

própria Lava Jato, a “Greenfield” e a “Carne Fraca” (CARAZZA, 2018, p. 51). Daí porque Carazza, a partir das lições de Abranches, fala em “Presidencialismo de Cooptação”, chamando atenção para o seguinte fato, no mínimo curioso: apesar do prognóstico de Abranches, estudos apontam, com destaque para os trabalhos de Fernando Limongi e Argelina Figueiredo²⁵³ (1998, 2001), que o sistema se mantém estável, com alto índice de aprovação de projetos do governo, isso tanto em governos do PSDB, quanto do PT. Segundo Carazza, o problema nessa constatação é que, para garantir a governabilidade, o presidente da República tem de fazer muitas concessões, seja por meio da nomeação de apadrinhados políticos para cargos comissionados em estatais, seja para execução de emendas parlamentares e até mesmo postura leniente para com a corrupção (CARAZZA, 2018, p. 117-126).

Essas breves considerações a partir de Freyre, Holanda, Lazzarini, Abranches e Carazza têm por objetivo demonstrar que qualquer discussão sobre fatos relacionados às origens da corrupção no Brasil, ou às dificuldades do seu combate, não pode dispensar uma análise econômica ou, mais especificamente, concorrencial, o que confirma a premissa deste trabalho de que os temas, promoção da probidade e defesa da concorrência, não apenas estão correlacionados, como também são necessários, no sentido de que o debate de um pressupõe a atenção no outro.

A impunidade não foi mencionada porque sua solução perpassa pelo combate de todo e qualquer ilícito, seja a corrupção, tema ora tratado, seja o cartel em licitação: ambos necessitam, para serem devidamente combatidos, da punição dos infratores. A sua abrangência para a promoção da probidade e na defesa da concorrência está subentendida. O trabalho intitulado *Corrupção e Judiciário: a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção*, de Ivo Gico Júnior e Carlos Higino Alencar, talvez seja o mais elucidativo acerca do tamanho do problema brasileiro nesse ponto. Os autores concluem, a partir da análise dos servidores públicos federais demitidos administrativamente entre 1993 e 2005²⁵⁴, que a chance de um servidor público corrupto ser criminalmente processado é em torno de 34,01%, e as chances de ser civilmente processado são ainda menores, apenas 24,26%. Além disso, a chance de ser efetivamente condenado criminalmente é de 3,17%, enquanto a chance de ser

²⁵³ Bruno Carazza cita outros trabalhos desses autores, mas os dois aqui referenciados apresentam uma boa síntese de suas ideias, sobretudo a obra de 2001, que é a segunda edição do livro *Executivo e Legislativo na Nova Ordem Constitucional*, que reúne seus principais trabalhos publicados entre 1995 e 1998.

²⁵⁴ De 1993 a 2005 foram identificados 687 servidores públicos demitidos administrativamente (MAP, MDA, MDIC, MTUR, MF, MPOG, MRE), dos quais 246 (35,81%) foram por razões não relacionadas com corrupção e 441 (64,19%) estavam realmente envolvidos em práticas corruptas. O estudo, para avaliar a efetividade do sistema judicial, parte da análise desses casos.

responsabilizado civilmente é de apenas 1,59% (GICO JUNIOR; ALENCAR, 2011, p. 89-90). É importante registrar que o resultado de condenações é baixíssimo, mas se torna ainda mais assustador quando contrastado com a metodologia: foram avaliados órgão federais, dos quais se espera melhores formas de controle, haja vista a existência de mais recursos, do que se verifica usualmente em estados e municípios, bem como os autores pautaram suas avaliações no grupo dos servidores demitidos administrativamente por corrupção, o que desconsidera, obviamente, o outro grupo, aquele formado pelos corruptos que não foram descobertos.

Feitas essas considerações, é importante, agora, avaliar o próprio conceito de corrupção utilizado neste trabalho, bem como algumas classificações que ajudarão na compreensão da pesquisa realizada.

1.2.3 A corrupção

Neste trabalho, o foco de estudo será a corrupção no setor público (“corrupção pública”), mais especificamente aquela relacionada à prática do favorecimento de agentes privados por parte de agentes públicos mediante o pagamento de propinas (“suborno” ou “extorsão”) ou, ainda, por meio de mera “troca de favores”, com o escopo de que os últimos façam ou deixem de fazer algo para que os primeiros sejam declarados vencedores de processos licitatórios, portanto obtenham a contratação para fornecimento de determinado produto ou prestação de obra ou serviço (*grand corruption*). Nesse sentido, trata-se de ilícito que envolve duas partes: uma beneficiada pelo contrato público, que é o agente privado, o qual promete, oferece ou paga a propina, bem como outra, detentora do poder de “entregar” a contratação, no caso o agente público, que aceita a promessa, solicita ou recebe o pagamento ilícito (“corrupção ativa” e “corrupção passiva”). A depender da quantidade de agentes públicos envolvidos e do grau de comprometimento das instituições no Estado ou dos poderes políticos, fala-se também em *corrupção sistêmica*, *state capture* ou *political corruption*.

Apenas por essa breve descrição, percebe-se que a definição de corrupção apresenta nuances diversas, relacionadas tanto à sua delimitação, quanto à sua classificação, que, a depender dos caminhos seguidos, impactarão a forma com que seu combate é praticado. Neste tópico, definições e classificações da corrupção serão exploradas, a fim de ser bem compreendida a corrupção praticada em processos licitatórios.

Organismos internacionais²⁵⁵, como a ONG Transparência Internacional²⁵⁶, bem como doutrina especializada no tema²⁵⁷ conceituam corrupção como *o abuso de um poder confiado*²⁵⁸ para a obtenção de um ganho privado. Considera-se abuso, nesses termos, não apenas a ação, quando se deveria omitir, ou a omissão, quando se deveria agir, mas também a mera obtenção de ganho pela ação ou omissão, ainda que conforme o poder confiado, contudo quando o ganho era desnecessário para a sua prática. Há, em regra, dois tipos de críticas para esse conceito. A primeira, que talvez seja até mais uma constatação do que um ponto negativo propriamente dito, é que se trata de uma noção de corrupção com enfoque na teoria do *agente principal* ou no problema do *principal-agente*. A segunda, de que, por ser extremamente abrangente, perde acuidade, trazendo para o manto da corrupção condutas diversas, o que enfraquece o seu próprio combate. É importante compreender essas duas análises.

A busca pelo ganho pessoal é compreendida como a causa básica da corrupção no setor público. A *principal-agent theory* enfatiza a relação entre o agente, no caso o detentor de um cargo público, e o principal, ente estatal para o qual o agente trabalha, a partir da premissa de que os poderes confiados por lei ao agente devem servir aos interesses do principal. Ocorre que há a possibilidade de os interesses daquele contrastarem com os interesses deste e, em razão da assimetria de informação entre ambos, o agente pode abusar dos seus poderes, em benefício próprio, mas em prejuízo do ente público, haja vista a impossibilidade de o Estado monitorar e controlar integralmente todos os seus prepostos. Este seria o chamado *agency*

²⁵⁵ O Banco Mundial também utiliza conceito semelhante, ao tratar da corrupção como sendo o abuso de uma “posição pública” para fins de um ganho privado. Isso não significa dizer que a instituição desconhece a existência de corrupção na esfera privada, mas, simplesmente, que pretende dar maior ênfase à corrupção pública, problema que atinge diretamente às suas finalidades institucionais. Assim : “The term corruption covers a broad range of human actions. To understand its effect on an economy or a political system, it helps to unbundle the term by identifying specific types of activities or transactions that might fall within it. In considering its strategy the Bank sought a usable definition of corruption and then developed a taxonomy of the different forms of corruption could take consistent with that definition. We settled on a straightforward definition—the abuse of public office for private gain. Public office is abused for private gain when an official accepts, solicits, or extorts a bribe. It is also abused when private agents actively offer bribes to circumvent public policies and processes for competitive advantage and profit. Public office can also be abused for personal benefit even if no bribery occurs, through patronage and nepotism, the theft of state assets, or the diversion of state revenues. This definition is both simple and sufficiently broad to cover most of the corruption that the Bank encounters, and it is widely used in the literature. Bribery occurs in the private sector, but bribery in the public sector, offered or extracted, should be the Bank’s main concern, since the Bank lends primarily to governments and supports government policies, programs, and projects”. Vide: <http://www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/corruptn/cor02.htm>. Acesso em: 20 fev. 2022.

²⁵⁶ Segundo a Transparência Internacional, *Corruption is the abuse of entrusted power for private gain*. Vide: <https://www.transparency.org/what-is-corruption>. Acesso em: 10 dez. 2021.

²⁵⁷ Nesse sentido, por exemplo, Rose-Ackerman e Palifka reafirmam o conceito da Transparência Internacional: “the abuse of an entrusted power for private gain” (ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2016, p. 9).

²⁵⁸ Neste trabalho, optou-se por traduzir a expressão *entrusted*, do inglês, constante nas definições da doutrina e da Transparência Internacional, por *confiado*. Acredita-se que é um vocábulo, no português, que bem apreende o sentido do conceito.

problem, que é exemplificado justamente pela prática da corrupção²⁵⁹. O conceito de corrupção ora apresentado traz forte enfoque nessa relação agente e principal, tendo como elemento norteador, justamente, o abuso dos poderes confiados para fins de obtenção de um ganho privado. Mas observar a corrupção, fenômeno complexo, apenas por essa vertente²⁶⁰ é um equívoco.

Toda corrupção é um problema do tipo agente-principal²⁶¹, mas não apenas: pode ser compreendida também como um problema de ação coletiva, ou do inglês *collective action problem*. E a abordagem por uma teoria não exclui a outra²⁶². Em síntese, todos poderiam estar melhores se adotassem determinado padrão de conduta, contudo, para determinado indivíduo, sua situação pode melhorar se, justamente, defraudar a ação coletiva. Em alguns

²⁵⁹ Segundo Rose-Ackerman: “Principal-agent relationships are at the heart of any corrupt transaction. An employee or another person acting as an agent for a government body or a private organization accepts a private benefit in return for acting in the payee’s interest. The bribe taker may be able to solicit bribes simply by dint of his or her position of authority or may enhance that authority with threats” (ROSE-ACKERMAN, 2010, p. 218).

²⁶⁰ Há uma tendência de contrapor a *principal-agent theory* à *collective action theory*, no sentido de que a opção por uma impediria a adoção da outra. Por exemplo, isso fica implícito quando, ao tratar do conceito econômico de corrupção, Bo Rothstein e Aiysha Varraich explicam: “Corruption research within economics and especially anti-corruption policy have leaned back on this research and have to a large extent been guided by an economic approach called the ‘principal-agent theory’. Corruption, the theory says, is a situation which can be fixed if the honest ‘principal’ changes the incentives for his or her dishonest corrupt ‘agents’ so that they will find it more to their interest to stay away from corruption [...] As an alternative, Persson et al. (2013) suggest that systemic corruption should be understood in line with the theory of ‘collective action’, much like Elinor Ostrom’s research on common-pool resources (Ostrom 1990). In such a situation, agents are not motivated by utility maximization but by what they perceive will be the most likely strategy of most other agents in their society” (ROTHSTEIN; VARRAICH, 2017, p. 18-19).

²⁶¹ Um importante ponto abordado, por exemplo, por William E. Kovacic, Robert D. Anderson e Alison Jones é que, em alguns casos, sobretudo quando verificado um cenário de corrupção política, o pagamento de propinas nos certames licitatórios não está, exatamente, relacionado a um problema com o “agente”, mas com o “principal”, ou, pelo menos, com agentes que detêm o poder político e a representação democrática. Identificar esse cenário e centrar esforços para cuidar da “corrupção do principal” deve ser também uma preocupação daqueles que lidam com o tema. Assim: “Moreover, an important, and neglected, theoretical point is the assumption that the problems lie truly with corrupt “agents” (procurement officials) who need to be controlled by the responsible principals. Evidence suggests, however, that corruption in government procurement sometimes derives from the actions of corrupt principals – that is, corrupt governmental authorities—and not their subordinates. These situations necessitate alternative remedial measures” (KOVACIC; ANDERSON; JONES, 2019, p. 1236). Essa noção não invalida a afirmação de que “toda corrupção é um problema do tipo ‘agente-principal’”, desde que se considere, no caso da corrupção política, o “principal” como o próprio ente estatal ou, em contextos democráticos, a sociedade.

²⁶² Nesse sentido, por exemplo, vide Heather Marquette e Caryn Peiffer: “In this paper, we have shown how principal-agent and collective action explanations for the persistence of corruption are not necessarily competing but are usefully complementary. When conceptualising corruption as a problem, the two theories emphasise different sets of important dynamics. Principal-agent theory’s take on corruption highlights the rational calculations made by individuals at discrete points in time in a specific type of hierarchical structure. While collective action theory points to the role intra-group trust can play in influencing individual decisions, it has more to contribute than just this insight. A collective action theory lens applied to corruption emphasises the fact that the same individual decisions on whether or not to engage in corruption occur within a wider society, rather than in isolation from the behaviour of others. Thus, monitoring, transparency and sanctioning – all variables that impact upon individual calculations of whether or not to engage in corruption – are also weighed against the potential influence of group dynamics that may impact on the likelihood of free riding. Collectively, the two theoretical approaches to corruption teach us that corruption persists in highly corrupt countries because it is not only difficult to monitor and therefore difficult to prosecute, but also because, when it is systemically pervasive, people may lack the incentives to initiate either countermeasure” (MARQUETTE; PEIFFER, 2015, p. 11).

casos, há incentivos para agir contrariamente ao bem-estar da coletividade em benefício próprio. Em outros, os níveis de cooperação podem funcionar como estímulos: em um cenário em que a maioria coopera, as pessoas, individualmente, sentem-se também estimuladas a cooperar. Do contrário, se a maioria defrauda, individualmente cada um se sentirá estimulado a agir por conta própria. Observa-se que a corrupção, em um cenário sistêmico, pode ser analisada a partir da perspectiva da ação coletiva: todos se incomodam com a corrupção, mas, a depender do nível de práticas corruptas na sociedade, haverá estímulos para que os indivíduos pratiquem ou não o ilícito.

As teorias, aplicadas conjuntamente para a corrupção, não apenas podem propiciar a formulação de remédios diferentes, alguns mais voltados para a fiscalização do agente, outros com enfoque em combater os efeitos sistêmicos da corrupção, mas também possibilitam até a melhor compreensão do próprio problema: a ação coletiva, em situações de corrupção sistêmica, ajuda a explicar a prática do próprio problema do agente-principal. Mas o fato é que o conceito de corrupção, na forma como aqui até então entabulado, reforça uma das teorias, podendo passar a falsa impressão de que ela é exclusiva, quando isso não ocorre.

Um segundo grupo de críticas se refere à amplitude do conceito. Por exemplo, esse tipo de noção de corrupção pode dificultar a diferenciação entre o ilícito e algumas práticas aceitáveis em contextos democráticos, sobretudo quando relacionadas a agentes políticos²⁶³, como doações eleitorais e *lobby*. As críticas de Yasmin Dawood caminham neste sentido, ao relacionar o conceito de corrupção ora abordado com o desenvolvimento da democracia: primeiro, a dificuldade em se distinguir entre um ganho político aceitável e um corrupto; segundo, a diferenciação entre interesse público e interesse privado; e, terceiro, a distinção entre uma representatividade legislativa aceitável e uma corrupta. Esses problemas, que emergem a partir da conceituação de corrupção como o uso de uma posição pública para um ganho privado, afetam o cerne do debate sobre o que seria uma política democrática legítima (DAWOOD, 2014, p. 127-132).

²⁶³ Novamente trecho da obra de Bo Rothstein e Aiysha Varraich, que, ao tratarem da chamada *institutional corruption*, referindo-se à corrupção que afeta o sistema político e altera as regras democráticas, moldando-as para favorecer interesses privados específicos, comenta a dificuldade que é, em certas situações, distinguir a corrupção de práticas aceitáveis: “It turns out to be difficult to find a clear and precise demarcation line for the ‘input side’ between what is to be considered illegitimate influence through money or other forms of power and what is to be seen as legitimate political mobilization. For example, if a pharmaceutical company makes a direct payment to a Member of Parliament in exchange for her or his vote, this would be seen by almost all observers as political corruption. However, if a union movement supports a political party by giving money to the party and in exchange expects gets legislation that makes it easier for the unions to recruit and keep members, the case is not that clear. Many would say that this is not corruption but ‘just politics’” (ROTHSTEIN; VARRAICH, 2017, p. 15).

Leslie Holmes tenta propor uma definição alternativa, mais precisa, a partir de cinco critérios para identificar quando há corrupção no setor público: (i) ato ou omissão individual ou de um grupo que ocupa um cargo público, seja eleito ou nomeado; (ii) o cargo público deve ter um grau de autoridade para deter o poder de tomar uma decisão, garantir a aplicação da lei ou de defender o Estado; (iii) o agente deve praticar ou omitir o ato, ao menos parcialmente, por causa de interesses pessoais ou de uma organização em que ele participe, como partidos políticos, e esses interesses devem ser contrários aos interesses da sociedade e do Estado; (iv) o agente deve ter agido, ao menos parcialmente, de maneira clandestina; (v) o ato ou a omissão deve ser percebido(a) por uma proporção significativa da população e/ou pelo Estado como corrupto (HOLMES, 2015, p. 16-17).

Bo Rothstein e Aiysha Varraich (2017, p. 1-10) chamam atenção para a necessidade de a Ciência Política focar seu olhar para o fenômeno da corrupção, mormente no que se refere à compreensão da importância da Administração Pública neste tema. Segundo os autores, a democracia tem sua relevância para o incremento do bem-estar humano, mas o foco deve ser em uma gestão pública honesta, efetiva e imparcial²⁶⁴. Em razão da dificuldade de se definir o que seria corrupção, Rothstein e Varraich propõem que o foco seja no seu oposto: o que seria uma boa governança pública? E é justamente a imparcialidade a pedra de toque das suas ideias. Os autores opõem à corrupção a “quality of government”, cuja sigla no inglês é “QoG”, e, a partir de um conceito normativo e procedimental, estabelecem como medida de “QoG” a imparcialidade, no sentido de que, ao implementarem leis e políticas públicas, os agentes públicos devem levar em consideração tão somente aquilo que é estipulado na própria lei e na política²⁶⁵ (ROTHSTEIN; VARRAICH, 2017, p. 136). Em síntese, já que não é possível bem definir corrupção, deve-se partir para a compreensão do que seja um governo não corrupto.

Deve-se observar que, apesar das críticas, há pontos positivos relevantes que justificam a adoção do conceito que já é bastante difundido. Primeiro porque, em que pese a simplicidade, apreende essencialmente os elementos da prática de corrupção, enaltecendo a característica do *entrusted power*, que é, justamente, o que possibilita a troca de benefícios

²⁶⁴ Nesse sentido: “Our argument is certainly not that representative democracy is unimportant but that without a reasonably competent, impartial, uncorrupted, honest and effective public administration, representative democracy is unlikely to deliver or increase human well-being” (ROTHSTEIN; VARRAICH, 2017, p. 5).

²⁶⁵ Assim: “What is presented here is thus not of the grand ambition that Barry, Rawls and other political philosophers have pursued, namely, to construct a universal theory of social and political justice. The ambition is more modest, namely, to construct a theory of what should count as the opposite of corruption, that is, as QoG. The implication is that when a policy has been decided upon by the representative democratic system, be it deemed just or unjust according to whatever universal theory of justice one would apply, QoG implies that it has to be implemented in accordance with the principle of impartiality” (ROTHSTEIN; VARRAICH, 2017, p. 140).

entre corruptores e corruptos. O corrompido, portanto, está em uma posição de poder que garante ao agente privado o acesso àquilo que é do seu interesse²⁶⁶. Segundo, também registra, por meio das expressões “abuso” e “ganho privado”, que a transferência de dinheiro ou de algo que o valha, vez que “ganho” não se restringe apenas à pecúnia, para o corrupto é indevida. Abusar, justamente, no sentido de agir contrariamente àquilo que legitimamente se espera do agente público. Terceiro, porque, em se tratando de combate à corrupção, é melhor um conceito que apreenda outras condutas eventualmente menos danosas, do que aquele que deixa escapar condutas prejudiciais à probidade administrativa. De toda forma, para a finalidade deste trabalho, é possível utilizar uma noção mais restrita de corrupção, o que elimina parte das críticas mencionadas, daí porque, a partir da ideia do *abuso de um poder confiado para a obtenção de um ganho privado*, é possível avançar para melhor delimitá-la.

Desconsidera-se, aqui, a corrupção privada. Em razão da delimitação do objeto da pesquisa, que se propõe a analisar as decisões do CADE relacionadas aos cartéis em licitações públicas, é possível, para a finalidade deste trabalho, decotar os abusos de poder praticados no âmbito de entes privados²⁶⁷, tais como sociedades empresárias, associações ou ONGs.

²⁶⁶ Conforme pondera Susan Rose-Ackerman: “Although corrupt behavior can arise in a number of different contexts, its essential aspect is an illegal or unauthorized transfer of money or an in-kind substitute. The person bribed must necessarily be acting as an agent for another individual or organization since the purpose of the bribe is to induce him to place his own interests ahead of the objectives of the organization for which he works.’ In order to be eligible for a corrupt transaction, the ‘bribee’ must necessarily be in a position of power, created either by market imperfections or an institutional position which grants him discretionary authority” (ROSE-ACKERMAN, 1975, p. 187).

²⁶⁷ O caso mais emblemático de corrupção privada no mundo talvez seja o chamado *Fifagate*, revelado em 2015, que teria contado com o envolvimento de Ricardo Teixeira e José Hawilla, segundo narra o jornalista Allan de Abreu em *Corrupção no futebol, um crime impune no Brasil*. Em síntese, José Hawilla, empresário brasileiro, era o sócio-proprietário da Traffic, sociedade empresária que, sobretudo durante a gestão de Ricardo Teixeira, presidente da CBF entre 1989 a 2012, não apenas explorava o direito de transmissão, em nome da CBF, de diversas competições de clubes brasileiros, como Copa do Brasil e Campeonato Brasileiro, além da própria seleção brasileira, como também gerenciava o seu *marketing* esportivo. O poder da Traffic expandiu-se por outras Confederações da América Sul, até chegar aos Estados Unidos, após a Copa do Mundo de 1994, por intermédio de negócios com a Concacaf (Confederação das Américas do Norte, Central e Caribe). Entre 1995 e 1999, os ativos da Traffic passaram de R\$ 5,6 milhões para R\$ 57,6 milhões, enquanto o patrimônio pessoal de Hawilla oficialmente declarado à Receita Federal saltou de R\$ 3,7 milhões em 1995 para R\$ 76 milhões em 1999, uma diferença de quase 2.000%. A Traffic conseguira tamanho sucesso no mercado não exatamente por sua *expertise* ou competência, mas por intermédio do pagamento de propinas aos dirigentes. A Traffic intermediava contratos com patrocinadores e emissoras de televisão, que pagavam para ter suas marcas estampadas nas competições geridas pela empresa, bem como pela transmissão dos eventos esportivos. Parte desse dinheiro, que deveria ser destinado para o aprimoramento das instituições e do próprio futebol, era separado para pagamento de propinas que iam para os dirigentes das Confederações, que garantiam a hegemonia da Traffic e aniquilavam a concorrência. Outras empresas de *marketing* que podiam realizar o mesmo serviço de forma até mais eficiente não tinham qualquer chance. Os números referentes à Copa América, competição que envolve as seleções da América do Sul, são impressionantes. Tendo por base apenas a Copa América, entre as edições de 2013, 2015, 2016, 2019 e 2023, estima-se que o valor de propina nesses esquemas seja algo em torno de 30% do valor de cada contrato firmado. No caso, os contratos somados totalizavam US\$ 352,5 milhões, tendo sido pago de propina para dirigentes algo em torno de US\$ 110 milhões. Tudo isso foi descoberto por conta de investigação que se iniciou nos Estados Unidos e contou como um dos colaboradores o próprio José Hawilla

Portanto, apesar de o conceito de corrupção supratranscrito englobar a prática na esfera privada, ela não interessa a este trabalho e, aparentemente, também não tem despertado a atenção do legislador brasileiro. Há um aspecto público relevante no combate da corrupção privada, conforme já restou abordado²⁶⁸, que está diretamente atrelado à promoção da livre concorrência nos mercados afetados, mesmo assim a prática não é tipificada criminalmente no Brasil, diferentemente do que ocorre em outros países, como Estados Unidos, Reino Unido e membros da União Europeia²⁶⁹.

O enfoque, portanto, será na corrupção pública, ou seja, que acontece na interação entre agentes públicos e privados, nas mais diferentes camadas de poder e envolve a obtenção de algum benefício. Poderiam ser citados vários, tais como o acesso a um bem ou política públicos, a concessão de empréstimos a juros subsidiados, a isenção fiscal, a anistia de sanção, contudo, por critérios óbvios, se o estudo focará a corrupção nas licitações públicas, interessa, aqui, o benefício da obtenção de contratos para fornecimento de materiais ou serviços. Ainda, tendo em vista este objetivo específico, é possível delinear um organograma de interações entre agentes públicos e privados que possibilita a melhor compreensão de como o fenômeno da corrupção pode ocorrer nessas relações. Toma-se como exemplo, com algumas adaptações, o quadro de interações da corrupção pública contido na obra de Rose-Ackerman e Palifka (2016, p. 13).

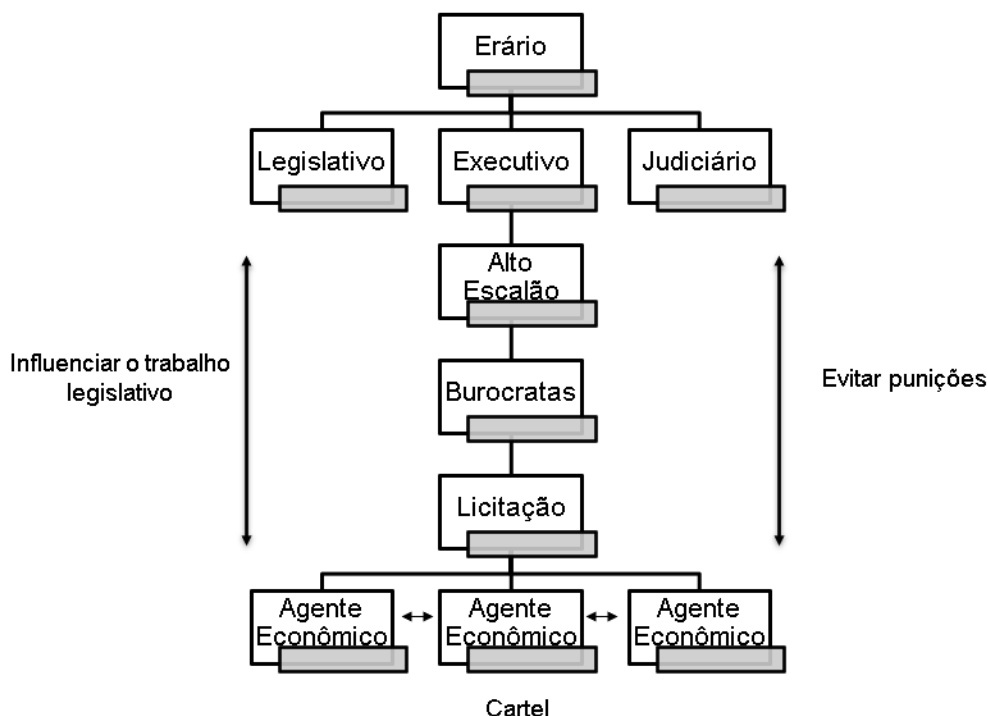
Gráfico 1 - Espaços para possíveis relações ilícitas relacionadas a uma licitação pública

(ABREU, 2020). Allan de Abreu é também autor do livro *O delator: a história de J. Hawilla, o corruptor devorado pela corrupção no futebol*.

²⁶⁸ Vide item 1.2, “A probidade e a corrupção nos mercados”.

²⁶⁹ Já houve algumas tentativas infrutíferas para tipificação da conduta. O Projeto de Lei 236 do Senado, o qual instituiria um novo Código Penal, trazia, no art. 167, a previsão da corrupção entre particulares, com pena de um a quatro anos, além de multa. Entretanto, o projeto foi arquivado. Mesmo fim teve o projeto 5.895/2016, que pretendia alterar a Lei 9.279/1996. Vale o registro de que o art. 195, incisos IX e X, da Lei 9.279/1996 trata, de maneira indireta, do tema, mas prevê penas brandas. Por fim, em 2018, umas das ações da ENCCLA foi a elaboração de um anteprojeto de lei para instituir a corrupção privada na Lei 8.137/1990, inserindo no texto legal o art. 4º-A. A iniciativa foi enviada para a Presidência da República, ainda sem encaminhamento (ABREU, 2020, p. 89). Diversos países punem atos corruptos em entes privados. Nos Estados Unidos, pune-se com até 20 anos de prisão os atos de extorsão denominados de RICO (*Racketeering Influenced Corrupt Organizations*), algo como organizações corruptas que praticam extorsão. Desde 1998 a União Europeia obrigou todos os seus países-membros a criarem leis específicas para uma punição efetiva no setor privado. No Reino Unido, o *United Kingdom Bribery Act (UKBA)* pune também a corrupção privada.

ESPAÇOS PARA POSSÍVEIS RELAÇÕES ILÍCITAS RELACIONADAS A UMA LICITAÇÃO PÚBLICA



Fonte: Elaborado pelo autor.

Há um objetivo principal, que é a busca por recursos do Erário, os quais são geridos pelo *Poder Executivo*, que tem o controle dos cofres públicos, mas depende dos trabalhos do *Poder Legislativo*, sobretudo no que se refere à aprovação do orçamento, para fazer funcionar a máquina pública. O Executivo também influencia na escolha de cargos importantes na Administração Pública, como os dos dirigentes de órgãos ou entidades da Administração direta ou indireta. De maneira mais específica, serão esses dirigentes, que podem ser chamados de *alto escalão* da Administração, que tomarão decisões referentes à contratação de materiais ou serviços. Mas não apenas: a operacionalização das licitações é feita por *burocratas*, responsáveis por normatizar e realizar os procedimentos, bem como fiscalizá-los. Por fora, mas com a importante missão constitucional de fazer cumprir a lei, o Poder Judiciário tem o papel de efetivar punições, mesmo aquelas originalmente aplicadas pela Administração. A interação dos agentes econômicos, obstinados pela obtenção desses contratos, pode ocorrer com todos (*chefia do Poder Executivo, Poder Legislativo, Poder Judiciário, alto escalão, burocratas*), mas não apenas. *Agentes econômicos* que competem podem também interagir entre si, com o escopo de maximizarem os seus lucros, em prejuízo

da concorrência. E essa última interação pode ser relevante, conforme será abordada, para o próprio sucesso da corrupção.

Também é possível desconsiderar, aqui, a maioria das práticas comumente listadas no guarda-chuva da definição ora trabalhada. Rose-Ackerman e Palifka, por exemplo, quando abordam a corrupção nesses termos, listam as seguintes condutas como tipos de corrupção: *bribery*, *extortion*, *exchange of favors*, *nepotism*, *cronyism*, *judicial fraud*, *accounting fraud*, *electoral fraud*, *public service fraud*, *embezzlement*, *kleptocracy*, *influence peddling* e *conflicts of interest*²⁷⁰ (ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2016, p. 8-9). Convém centrar a atenção nos três primeiros tipos, haja vista a possibilidade de estarem relacionados à realização das licitações públicas.

O *bribery* ou suborno é a troca de dinheiro, presentes ou favores para que seja descumprida a lei ou, ainda, para que seja concedido algum benefício que, embora legítimo, deveria ser obtido sem qualquer contrapartida. Envolve, pois, o pagamento da propina, que é justamente a vantagem indevida repassada, que pode ser identificada pelas expressões do inglês *bribe* ou, mais especificamente nas licitações, *kickback*. Para práticas de corrupção relacionadas à obtenção de contratos públicos, corriqueiramente, a propina é ajustada a partir de determinado percentual ou parte do valor a ser auferido pela contratação, ou seja, o *kickback*, que tem, em seu significado, a ideia de retorno (indevido) de parte do que foi pago²⁷¹.

²⁷⁰ Registre-se aqui uma síntese dos demais tipos de corrupção, ainda segundo Rose-Ackerman e Palifka, a fim de que seja facilitada a compreensão da delimitação realizada. *Nepotism* é a contratação de alguém por laços familiares ou laços sociais de proximidade em prejuízo de suas qualificações pessoais. *Cronyism* é a preferência de membros de um grupo racial, étnico, religioso, político ou social a membros de outros grupos, em um contexto de trabalho. *Judicial*, *accounting*, *electoral* e *public service fraudes* são fraudes específicas, relacionadas, na ordem, às decisões do Poder Judiciário baseadas em algum critério diferente, como ameaça ou pagamento de propina, que não o mérito do próprio caso, à intencional mudança de documentos contábeis para alterar a realidade da empresa, à manipulação dos resultados das eleições por compra de votos, à ameaça de eleitores ou adulteração de urnas e ao acesso a determinado serviço público, como educação, moradia ou saúde, por meio do pagamento de propina, em detrimento dos critério técnico-legais preestabelecidos. A prática de *embezzlement* pressupõe uma relação entre empregado e empregador, em que aquele se apropria de algo deste. *Kleptocracy* se refere a um Estado autocrático, em que as instituições são organizadas para maximizar o enriquecimento pessoal dos líderes. *Influence peddling* está relacionado ao uso de uma posição ou influência política em troca de dinheiro ou favores, enquanto *conflicts of interest* é a obtenção de ganho pessoal a partir de suas decisões políticas. Todas são noções importantes para a compreensão da corrupção em um contexto macro, mas, na realidade de um procedimento licitatório, são desnecessárias, uma vez que as noções de *bribery*, *extortion* ou *exchange of favors* abrangem, em regra, as situações usualmente encontradas.

²⁷¹ O dicionário Merriam-Webster define o termo *kickback* justamente como “a return of a part of sum received often because of confidential agreement or coercion”. Vide em: <https://www.merriam-webster.com/dictionary/kickback>. Acesso em: 1 mar. 2022. E o *glossary* do *Anti-corruption Resource Centre* estabelece o seguinte significado: “A bribe paid after the fact for an undue favour or service. For instance, a company that receives a government contract might send the responsible official regular payoffs for the duration of the contract. Street vendors may pay the permission-granting authority a small sum each month as long as they are allowed to operate”. Vide: <https://www.u4.no/terms>. Acesso em: 1 mar. 2022.

Se a propina é demandada pelo agente público como condição essencial para o cumprimento ou a quebra do seu dever, tem-se a *extortion* ou, do português, extorsão²⁷². A diferença para o suborno está na proatividade, no papel ativo, que o agente público toma diante da propina na extorsão. Seria mais do que um pedido, uma solicitação ou um aceite de pagamento indevido: uma verdadeira exigência. A doutrina costuma, para diferenciar as situações, classificá-las como *transactive corruption*, ou seja, aqueles casos em que corruptor e corrupto estão em certa posição de igualdade e acertam entre si o pagamento ilícito, enquanto *extortive corruption* seria uma corrupção mais predatória, em que o agente toma a iniciativa de forma incisiva (HOLMES, 2015, p. 9). Na legislação penal brasileira, tanto o *bribery*, quanto a *extortion* estão tipificados nos crimes de corrupção, ativa²⁷³ e passiva²⁷⁴, e de concussão²⁷⁵.

A *exchange of favors*, no português, troca de favores, teria um caráter residual em face do suborno e da extorsão. Para aqueles casos em que as partes combinam entre si a prática de ilegalidades, mesmo que não seja identificada uma propina propriamente dita, ainda assim haveria corrupção nessa modalidade. Seria o mero atendimento a um pedido ou ao exercício de influência de outrem, com a infração de um dever funcional. É um gestor de uma empresa estatal que atende a pedido de um determinado agente político para favorecer um agente econômico específico em uma licitação, na expectativa de que aquele agente político ou mesmo o agente econômico retribua, ainda que não imediatamente, o “favor” realizado. Aqui, de maneira semelhante ao suborno e à extorsão, o Código Penal tem conduta típica que se assemelha à prática, mais especificamente no seu §2º do art. 317, que prevê a pena de três meses a um ano no caso em que o “funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem” (BRASIL, 1940).

²⁷² O *glossary* do *Anti-corruption Resource Centre* estabelece o seguinte significado para *extortion*: “The practice of obtaining something (money, favours, property) through the use of threats or force. For example, extortion takes place when armed guards exact money for passage through a roadblock. Withholding life-saving medical attention unless a bribe is paid could also be considered an act of extortion”.

²⁷³ No Código Penal, no Título XI, *Dos Crimes contra a Administração Pública*, no capítulo II, intitulado *Dos crimes praticados por particular contra a administração em geral*, o art. 333, *caput*, prescreve ser corrupção ativa o ato de o particular “Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício”, estabelecendo como pena reclusão de 2 a 12 anos (BRASIL, 1940).

²⁷⁴ No Código Penal, no Título XI, *Dos Crimes contra a Administração Pública*, no capítulo I, intitulado *Dos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral*, o art. 317, *caput*, prescreve ser corrupção passiva o ato de o funcionário público “solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem”, estabelecendo como pena reclusão de 2 a 12 anos (BRASIL, 1940).

²⁷⁵ No Código Penal, no Título XI, *Dos Crimes contra a Administração Pública*, no capítulo I, intitulado *Dos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral*, o art. 316 tipifica a concussão como “exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida”, estabelecendo como pena a reclusão de 2 a 12 anos (BRASIL, 1940).

É possível notar uma certa gradação nas condutas, no que se refere à análise do arcabouço probatório. Uma troca de favores pode ser apenas parte dos fatos revelados de um suborno, o qual, por sua vez, pode na verdade ser uma extorsão, caso se adicione o elemento da “exigência” na conduta do agente público. E, sob o ponto de vista penal, a identificação de um ou outro elemento, por certo, influenciará no enquadramento típico da conduta analisada. Entretanto, neste trabalho, essas discussões penais, relativas ao enquadramento típico, serão relevadas. Não interessa exatamente, aqui, diferenciar na análise dos casos estudados se o que houve foi uma extorsão, um suborno ou uma troca de favores. O que importa é perquirir neles elementos que indiquem a possível existência da corrupção, compreendida na possibilidade de pelo menos uma dessas três práticas. Em um contexto de licitação pública, na qual determinado agente econômico sagra-se vencedor em prejuízo da escorreita competição do certame, na tipologia aqui apresentada, acredita-se que os casos estarão enquadrados em, pelo menos, um desses três ilícitos. A menção aos tipos penais serve apenas para ilustração do que será investigado nos casos de cartel em licitação condenados pelo CADE.

No que se refere às classificações da corrupção, a doutrina também apresenta diversos exemplos²⁷⁶, mas, neste trabalho, alguns não podem passar despercebidos, em razão da sua relevância para a compreensão do fenômeno da corrupção no âmbito das licitações.

O abuso do poder confiado praticado pelos agentes públicos que interagem com a população, cotidianamente, é entendido como *petty corruption* ou pequena corrupção do português. São exemplos comumente referidos: a corrupção para escapar de uma infração de trânsito, para obter vaga em escola ou hospital públicos ou para evadir-se da polícia. Por outro lado, a *grand corruption* está atrelada ao abuso de agentes públicos que estão em níveis hierárquicos superiores e, justamente por isso, sua prática causa danos maiores à sociedade e, em regra, envolve maiores montantes de dinheiro, tanto no que se refere ao benefício indevidamente concedido, quanto à propina paga²⁷⁷. Os casos de corrupção em licitações

²⁷⁶ Há algumas classificações recorrentes de corrupção. Para citar exemplos, *black corruption* seriam aqueles atos de corrupção em que a maioria das pessoas condena e quer ver seus praticantes punidos, enquanto *white corruption* são aqueles atos que, embora formalmente tidos por corruptos, são tolerados e as pessoas não querem ver seus praticantes punidos. No meio do caminho, estaria a *gray corruption*, que representa os atos que, para parte das pessoas, deveriam ser punidos, enquanto para outras deveriam ser tolerados. Outra classificação diferencia *grass-eating corruption*, mais reativa aqueles casos em que o agente aceita propina se for oferecida, enquanto *meat-eating*, que é mais proativa, uma corrupção mais predatória, em que o agente toma a iniciativa de forma incisiva. São ideias correlatas às noções de corrupção transacional e corrupção extorsiva já mencionadas neste trabalho (HOLMES, 2015, p. 8-12).

²⁷⁷ A Transparência Internacional, por exemplo, trata a *petty corruption* e a *grand corruption* da seguinte forma: “Petty corruption: everyday abuse of entrusted power by public officials in their interactions with ordinary citizens, who often are trying to access basic goods or services in places like hospitals, schools, police departments and other agencies. Grand Corruption: the abuse of high-level power that benefits the few at the

pública são enquadráveis justamente nesse último grupo, haja vista o segmento específico de agentes públicos e econômicos relacionados à sua prática.

A corrupção ativa e a corrupção passiva são utilizadas pelo Código Penal brasileiro para fazer uma distinção, respectivamente, entre o agente privado, que promete ou oferta propina, e o agente público, que solicita, recebe ou aceita a sua promessa. Ainda que haja variações entre os países nessa diferenciação, com destaque para o glossário do *Anti-corruption Resource Centre*, que simplesmente identifica corrupção ativa como o ato de prometer ou dar, enquanto a passiva está representada no de receber²⁷⁸, o importante aqui, nessa classificação, é notar a existência de dois lados na transação ilícita, bem como que, no Brasil, fez-se a opção de punir ambos, observados os respectivos tipos penais. Os casos de cartel em licitação com interseção da corrupção envolvem, justamente, esses dois lados, ativo e passivo, representados pelos agentes econômicos cartelizados e pelos agentes públicos corruptos.

Outra classificação recorrentemente mencionada é a que distingue o fenômeno de acordo com a sua frequência: “corrupção esporádica” está relacionada à oportunidade ocasional, e “corrupção sistêmica”, também conhecida como “endêmica”²⁷⁹, é quando a corrupção já é um aspecto integrado e essencial dos sistemas econômicos, sociais e políticos de determinada localidade. É comum utilizar o termo “corrupção sistêmica” para descrever um processo de corrupção generalizada, extensiva e estabelecida em todos os níveis da sociedade, variando da *petty* a *grand corruption*, de forma que se torna a regra e não exceção das relações sociais.

Quando a corrupção sistêmica atinge o poder político, pode-se configurar um quadro de *political corruption* ou corrupção política no português. A Transparência Internacional a define como a manipulação de políticas, instituições e normas de procedimento na alocação de recursos financeiros pelos tomadores de decisão políticas, os

expense of the many, and causes serious and widespread harm to individuals and society. It often goes unpunished”. Vide: <https://www.transparency.org/en/corruptionary>. Acesso em: 3 mar. 2022.

²⁷⁸ Nesse sentido: “Active bribery refers to the act of promising or giving the bribe, as opposed to the act of receiving a bribe (passive bribery)”. Vide: <https://www.u4.no/terms>. Acesso em: 23 jun. 2022, pesquisar por *active bribery*.

²⁷⁹ Novamente o glossário do *Anti-corruption Resource Centre* pode ajudar. Nele consta a seguinte definição para *systemic corruption*: “(Also know as endemic corruption). A situation when corruption is an integral part of a state’s economic, social and political system, and where most people have no alternatives to dealing with corrupt officials. Sporadic corruption, in contrast, occurs irregularly and does not compromise the mechanisms of governance in the same crippling way”. Vide: <https://www.u4.no/terms>. Acesso em: 23 jun. 2022, pesquisar por *systemic corruption*.

quais abusam de sua posição para se manter no poder²⁸⁰. Por fim, o Banco Mundial, desde 2000, cunhou o conceito de *State capture* ou “captura do Estado”, que é correlato ao de *political corruption*, podendo ser referido como um tipo desta. É quando determinados agentes privados moldam a atuação do Estado para o seu próprio interesse, afetando a formulação de políticas públicas por meio do pagamento de propinas para agentes políticos (HOLMES, 2015, p. 11).

Percebe-se que a distinção entre *political corruption* e *State capture* pode ser destacada a partir de qual lado se foca a corrupção. A primeira se assemelha a uma corrupção passiva sistêmica implementada pelo grupo político no poder, enquanto a segunda se refere a uma corrupção ativa sistêmica praticada por determinado grupo privado que detenha poder econômico. Todas essas classificações esclarecem que a corrupção tem, em regra, dois lados, bem como reforçam que é na aproximação entre poder econômico e poder político que esse tipo de ilícito floresce.

Em síntese, a pesquisa considerará como corrupção, no contexto das licitações públicas, aquelas práticas entre agentes públicos e privados que se aproximem das condutas de suborno, extorsão ou troca de favores, tendo como parâmetros, respectivamente, os tipos penais de corrupção ativa e passiva, concussão, bem como o §2º do art. 317 do Código Penal. Classificações como corrupção ativa e passiva, sistêmica, corrupção política e Estado capturado poderão ser utilizadas nos respectivos sentidos ora apresentados. É importante, agora, estudar especificamente a corrupção que ocorre nos certames licitatórios, a fim de se verificar quão frequente e prejudicial ela pode ser.

1.2.4 A corrupção em processos licitatórios

Em 2 de dezembro de 2014, a OCDE publicou o seu *Foreign Bribery Report* (OCDE, 2014), o qual analisa a prática de suborno envolvendo autoridades públicas estrangeiras. Nele, há informações relevantes sobre as características desse tipo de ilícito e a incidência da corrupção nos processos licitatórios dos países membros da OCDE. Esses dados foram depois reproduzidos no documento lançado em 2016, intitulado *Preventing Corruption in Public Procurement* (OCDE, 2016) e precisam ser, neste trabalho, compartilhados.

A corrupção em licitações públicas corresponde a 57% dos casos verificados, uma considerável maioria. Em seguida, na ordem, aparecem: 12% para desembaraço aduaneiro,

²⁸⁰ Essa é a definição encontrada no glossário da Transparência Internacional. Vide: <https://www.transparency.org/en/corruptionary/political-corruption>. Acesso em: 23 jun. 2022.

7% para tratamentos preferenciais diversos, 6% para tratamento tributário favorável, 6% para licenças e autorizações, 4% para acesso à informação confidencial, 1% para vistos de viagem, e 7% seriam casos desconhecidos. Além disso, sabe-se que cerca de 2/3 dos casos de corrupção envolvem setores econômicos que atuam fortemente em licitações, sendo eles os de extração (minérios, petróleo, metais e correlatos), de construção, de transporte e armazenamento, além do de comunicação e informação. Seria possível afirmar que, dado os contextos normativo e econômico brasileiros, a maior parte dos casos de corrupção ocorre aqui também nas licitações públicas?

É no mínimo curioso perceber que o montante dos recursos destinados para contratações de produtos e serviços corresponde a uma parte bem restrita do orçamento público federal. Alguns dados sobre o orçamento das despesas de 2019²⁸¹ do Governo Federal, ano anterior à pandemia de Covid-19, podem aclarar essa afirmação. Naquele ano, foram orçados 3,24 trilhões de reais, empenhados 2,84 e efetivamente pagos 2,6 dos quais 54% representam reservas de contingência e encargos especiais²⁸², que são, sobretudo, despesas referentes à dívida pública (refinanciamento, juros e amortização). Os outros 46%, cerca 1,2 trilhões, estão nas áreas finalísticas, com predominância de 55,66% para previdência social, 9,5% saúde, 7,86% educação, 7,72% assistência social e 6,62% defesa nacional. Ou seja, mais de 3/4 do orçamento público federal é de encargo social e previdência. Desvios federais nessas áreas poderiam ocorrer a partir de fraudes, por exemplo, de títulos da dívida pública ou de benefícios previdenciários, mas precisam ser esquemas engendrados com partícipes diversos, bem como, invariavelmente, por meio de falsidades de documentos, portanto, mais difíceis de serem implementados²⁸³ e de mais fácil detecção, quando comparados com as licitações.

²⁸¹ Dados que podem ser obtidos nos endereços eletrônicos do Portal da Transparência e do TCU: <https://www.portaltransparencia.gov.br/despesas?ano=2019>, <https://www.portaltransparencia.gov.br/contratos?ano=2019> e <https://sites.tcu.gov.br/contas-do-governo-2019/orcamento-publico.htm> todos com ferramentas interativas de gráficos acessadas em 9 mar. 2022.

²⁸² Além da dívida pública, nos encargos especiais, estão as transferências constitucionais a estados e municípios, bem como a cobertura de resultados negativos do Banco Central.

²⁸³ O caso de “Fraude na Previdência Social”, também conhecido como “Jorgina de Freitas”, uma das advogadas que teria lucrado cerca de 114 milhões de dólares com o esquema criminoso, é um bom exemplo. Os desvios operavam-se da seguinte forma. Advogados, por intermédio de despachantes, contactavam segurados do INSS e os convenciam a ingressar em juízo com demandas pedindo indenizações por doença de trabalho ou outros benefícios. Laudos médicos eram, então, forjados. Os advogados conseguiam centralizar as ações na Baixada Fluminense, estado do Rio de Janeiro, em que juízes ligados à organização criminosa conduziram as demandas. Ainda, havia a participação de procuradores do INSS, que não contestavam a documentação apresentada e facilitavam a derrota do INSS na Justiça. Se não bastasse, havia o envolvimento de contadores judiciais no esquema, de forma que os cálculos dos valores devidos eram potencializados. Há registro de casos de aumento de 33.000% do valor que seria devido. Os juízes, por fim, expediam os alvarás em nome dos advogados da organização (FURTADO, 2018, p. 71). Como é perceptível, trata-se de esquema que demanda a participação de vários atores, bem como necessita de falhas nos sistemas de controle para funcionar. A informatização dos dados

O TCU aponta ainda que, aproximadamente, 11,70% do valor das despesas empenhadas seriam com pessoal e encargos sociais, o que daria algo em torno de 312 bilhões de reais. Aqui, novamente, as fraudes demandam falsidades documentais, para, por exemplo, serem criados “funcionários fantasmas”. Ainda, as falsidades precisam ser diversas para alcançar quantia de grande monta, bem como devem envolver partícipes de diferentes setores da Administração Pública, além de burlar os sistemas informatizados de pessoal e frequência. Sobra, de fato, pouco do orçamento para contratações, que se aplicam tanto para investimentos, que correspondem a aproximadamente 1,5% das despesas empenhadas, ou seja, cerca de 42,5 bilhões de reais, quanto para as demais despesas de capital. Em síntese, é, de fato, restrita a parte do orçamento federal destinada para contratos públicos. Em 2019, para ser exato, o valor de contratos firmados pela União foi de 38,98 bilhões de reais. Historicamente, esse valor tinha sido bem maior em 2017 e 2018, respectivamente, 153,92 e 88,47 bilhões de reais, enquanto, em 2020 e 2021, foram no montante de 35,54 e 63,34 bilhões de reais.

Por essa perspectiva, considerando-se que, em tese, onde existe mais dinheiro, há mais oportunidades de desvios, seria um tanto quanto surpreendente constatar que, no Brasil, também há um alto índice de corrupção em contratos e procedimentos licitatórios, quando comparado a outras formas de gastos públicos. Entretanto, há alguns fatores que proporcionam nas licitações, seja no exterior, seja no Brasil, uma espécie de tempestade perfeita para a corrupção²⁸⁴. Além do montante de dinheiro público destinado²⁸⁵, que, embora

da Previdência Social ocorrida desde a época dos fatos, décadas de 1980 e 1990, também constitui outro empecilho.

²⁸⁴ A própria OCDE registra, ao verificar essa predominância de corrupção em licitações, nos seus estudos, o seguinte: “Public procurement is one of the government activities most vulnerable to corruption. In addition to the volume of transactions and the financial interests at stake, corruption risks are exacerbated by the complexity of the process, the close interaction between public officials and businesses, and the multitude of stakeholders” (OCDE, 2016, p. 6). No mesmo sentido, William E. Kovacic, Robert D. Anderson e Alison Jones especificam o ponto da interação entre agentes privados e públicos da seguinte forma: “procurement processes provide particularly severe temptations for government officials to sell their office and are among those most prone to corrupt practices. Two commentators have observed that ‘few government activities create greater temptations or offer more opportunities for corruption than public sector procurement’. For example, incentives for corruption are exacerbated when poorly paid officials confront the opportunity for large financial gains or other rewards, while weak systems of public administration minimize the risk of detection or punishment. The large sums of money involved in government contracts makes the allure of skimming powerful, especially as in some cases ‘[t]he potential reward for a single contract . . . can exceed the legitimate lifetime salary earnings of [a] decisionmaker.’ In addition, where a culture of corruption is perceived to exist, all bidders may offer bribes even if they would be better off without corruption. Tenderers may feel compelled to offer bribes out of fear that if they do not, they will be bound to lose a contract” (KOVACIC; ANDERSON; JONES, 2019, p. 1253-1254).

²⁸⁵ Considerando a média dos países da OCDE, cerca de 29% dos gastos públicos são com contratos decorrentes de licitações, equivalente aproximadamente a 4,2 trilhões de euros para o ano de 2013 (OCDE, 2016, p. 5). Trata-se de patamar, proporcionalmente ao orçamento, bem superior do que o brasileiro. Sobre os prejuízos causados pela corrupção em licitações, Javier Diaz reconhece a dificuldade em se quantificá-los, mas aponta alguns dados. Estima-se que a União Europeia perde entre 120 a 323 bilhões de euros por ano em decorrência da

não seja predominante no orçamento público federal, é relevante, durante os certames licitatórios, há constante interação, em diversas etapas do procedimento, entre agentes públicos e privados, bem como existem dificuldades, inerentes à burocracia estatal e ao tipo de contratação específica, que dificultam a identificação de sobrepreços.

A necessidade de interação com agentes públicos de diversas esferas, federal, estadual e municipal, bem como diversos órgãos, no decorrer do procedimento de licitação, como elemento de propensão à corrupção, foi objeto de abordagem específica²⁸⁶ por Lindsay Arrieta, no artigo intitulado *Taking the 'Jeitinho' out of Brazilian Procurement: The impact of Brazil's Anti-Bribery Law*. Nele, Arrieta, ao tratar das mudanças introduzidas no Brasil pela Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013), denominada no trabalho de *Clean Company Act*, abordou aspectos da cordialidade brasileira como traço relevante a ser considerado na decisão de o empresário estrangeiro participar de licitações no Brasil²⁸⁷. Ao final, propõe alguns pontos relevantes para que, em regulações futuras, o Brasil potencialize os efeitos benéficos advindos da lei anticorrupção, valendo destacar o cuidado que se deve ter para que, nas licitações, sejam melhor diferenciadas as sanções anticorrupção com as da legislação licitatória, a fim de se evitar sobreposições normativas e inconsistências no *enforcement* (ARRIETA, 2014, p. 176).

Sobre os tipos de contratações e a dificuldade em se avaliar o sobrepreço, é interessante notar que os setores econômicos apontados pela OCDE como propensos a práticas de corrupção (extração, construção, transporte e armazenamento, bem como comunicação e informação) coincidem, em boa parte, com aqueles em que a doutrina e as autoridades de defesa da concorrência reconhecem como propensos à prática de cartéis em licitação. Para ficar no exemplo da doutrina de Michael Kramer, verifica-se alto índice de cartéis de licitações nos mercados de construção, reparo e manutenção de rodovias, suplementos farmacêuticos, grandes projetos de construção civil, projetos de tecnologia da

corrupção, sendo que, nas licitações, esse montante fica entre 13% e 25% do valor estimado da contratação (DIAZ, 2017, p. 383).

²⁸⁶ Ao tratar das dificuldades para o agente econômico estrangeiro atuar em licitações no Brasil, Arrieta aduz: “The need for businesses to deal with an excessive number of local-level government agents and regulatory agencies contributes to the emergence of corrupt practices. Regulatory barriers may increase the propensity for contractors to engage in bribery, which is problematic because Brazil has begun to suspend and debar contractors more frequently” (ARRIETA, 2014, p. 165).

²⁸⁷ Assim: “Foreign firms operating in Brazil face challenges. By law, contractors must have a local agent in Brazil to participate in a public tender. Business culture is predicated upon personal relationships - enhancing the need for a domestic presence in Brazil for competitive reasons. This cultural norm facilitates corrupt practices, as friends and family may grant favors to their personal network. Economic reports often criticize Brazil's inefficient, nontransparent bureaucracy. Foreign firms must interact with federal, state, and municipal government entities. Each layer of procedural bureaucracy delays projects and increases costs, making Brazil a challenging place in which to conduct business” (ARRIETA, 2014, p. 164-165).

informação e suprimento de material de escritório (KRAMER, 2014, p. 03). Tanto os membros dos cartéis, quanto os corruptos precisam escamotear a ineficiência que as práticas acarretam às licitações, consistentes, basicamente, no sobrepreço da contratação²⁸⁸.

E é mais fácil fazer isso, por exemplo, mediante certas métricas de engenharia, como qualidade e quantidade de produtos utilizados em determinada obra, do que na entrega de determinados produtos cujos preços são objetivamente aferidos no mercado, como veículos, alimentos e vestimentas. O mercado de construção civil é um exemplo relevante, não apenas porque aparece como um dos mais propensos tanto para a prática de corrupção, quanto para a de cartéis em licitação, mas também porque está diretamente relacionado à Lava Jato, conforme se verificará a seguir. E os dados levantados na operação possibilitaram que vários trabalhos acadêmicos fossem produzidos e a corrupção pudesse ser ali melhor estudada.

Guilherme France, por exemplo, ao tratar do tema, reconhece que, entre as razões para a sua predominância na lista dos mais corruptos, está o fato de que o volume de recursos dispendidos na construção civil é alto, haja vista que, dentro das contratações públicas, o setor econômico tem destaque, bem como ressalta a dificuldade de se verificar a qualidade do projeto final no decorrer da execução contratual (FRANCE, 2020, p. 6). Ele estuda ainda os setores de saúde e de agronegócio: no contexto da Lava Jato²⁸⁹, delações no Rio de Janeiro ajudaram na compreensão de algumas práticas corruptas na saúde pública daquele Estado, bem como a delação da JBS trouxe informações diversas sobre a corrupção, sobretudo no setor de pecuária. Defende, assim, em síntese, a importância de serem observadas certas peculiaridades do setor econômico específico, as quais podem revelar incentivos diversos para as práticas de corrupção.

André Nakamura, também se utilizando de dados revelados por delações da Lava Jato, mais especificamente do grupo Odebrecht, analisa a corrupção na área de infraestrutura

²⁸⁸ A OCDE constata isso ao tratar do *high cost of corruption in public procurement* na seguinte passagem, para a qual o vocábulo “corrupção” poderia perfeitamente ser substituído por “cartel” sem que houvesse qualquer perda de significado ou sentido no trecho: “The direct costs of corruption include loss of public funds through misallocations or higher expenses and lower quality of goods, services and works (OECD, 2015a). Those paying the bribes seek to recover their money by inflating prices, billing for work not performed, failing to meet contract standards, reducing quality of work or using inferior materials, in case of public procurement of works. This results in exaggerated costs and a decrease in quality. A study by the OECD and the World Bank shows that corruption in the infrastructure and extractives sectors lead to misallocation of public funds and substandard and insufficient services (OECD, 2015a)” (OCDE, 2016, p. 7). A obra referida nesta citação é a publicação também da OCDE intitulada *Consequences of Corruption at the Sector Level and Implications for Economic Growth and Development*, publicada em 2015.

²⁸⁹ As delações aqui mencionadas foram negociadas com membros do Ministério Público Federal designados para cuidar dos casos da Lava Jato, mais especificamente a Força-Tarefa do Rio de Janeiro e o Grupo de Trabalho da Procuradoria-Geral da República.

e, de maneira precisa, atrela a corrupção ao atraso de desenvolvimento econômico do país²⁹⁰. Segundo o autor, que se baseia em estudo do TCU, 76,5% das obras auditadas pelo órgão apresentam indícios de irregularidades graves, o que ajuda na compreensão da dimensão do problema. Por fim, sugere mudanças, tais como a total vedação do financiamento privado de campanha eleitoral ou o fomento de uma administração técnica que formule políticas públicas, a fim de diminuir a cooptação do Estado por agentes econômicos (NAKAMURA, 2018, p. 121-122).

Zaira Braga, em dissertação de mestrado intitulada *Um estudo sistematizado sobre a corrupção e a atuação das empreiteiras contratadas pela Petrobras: notas sobre a operação Lava Jato*, a partir da análise de documentação, sobretudo de alguns processos criminais, revela o *modus operandi* das empreiteiras nos atos de corrupção em desfavor da estatal e menciona a importância do cartel para viabilizar todo o esquema ilícito²⁹¹. Contudo, seu estudo, como de costume nos outros trabalhos sobre o tema, por estar restrito à Petrobras, não esclarece exatamente a dimensão do problema. Aliás, os trabalhos pesquisados ou focam no setor da construção civil de maneira genérica, ainda que a partir de um ou outra informação oriunda da Lava Jato, ou detêm sua análise na atuação das empreiteiras na Petrobras, sem sistematizar a gama de informações que a Operação revelou, sobretudo a partir da colaboração dos empreiteiros com diversas autoridades brasileiras.

Neste trabalho, de forma inédita, a partir da análise das leniências firmadas pelo CADE relacionadas à Lava Jato, os dados referentes a essas práticas ilícitas serão organizados, com o escopo não apenas de deixar mais nítido o caráter sistêmico do problema, como também de especificar todos os tipos de licitações em que a prática de cartel possivelmente se fazia presente, com a provável concomitância de atos de corrupção. Ficará mais claro se o *modus operandi* revelado pela Operação e a seguir esmiuçado era específico

²⁹⁰ Assim: “Quanto maior o índice de corrupção de um país, menor o seu estoque de infraestrutura. A corrupção torna os investimentos estatais em infraestrutura menos eficazes, em razão dos altos valores desviados. A pobreza é fomentada pela corrupção, visto que valores orçamentários obtidos pelos corruptos geralmente beneficiam a elite empresarial e política, gerando escassez de recursos que poderiam ser aplicados em investimentos socialmente relevantes, capazes de ocasionar a redução das desigualdades sociais” (NAKAMURA, 2018, p. 105-106).

²⁹¹ Nesse sentido: “O *modus operandi* dos envolvidos no esquema de desvios da Petrobrás se assemelha à teoria dos rent seeking, na medida em que há uma mobilização de agentes econômicos para captação de renda junto ao governo, se utilizando de práticas ilegais, cuja consequência é maximizar rendas por meio da obtenção das rendas públicas disponíveis no mercado. Tal captação poderia ter sido feita de forma regular, se houvesse a efetiva competição que o processo licitatório oferece, haja vista que a empresa necessita contratar obras e serviços para efetivar suas operações. No entanto, o que se verificou nos casos aqui examinados, foi a captação ilegal de rendas disponíveis, utilizando-se de meios impróprios para inflar os preços das obras e serviços, que em uma concorrência normal, dentro dos parâmetros legais, seriam valores de mercado. O sobrepreço praticado nas contratações da Petrobras pode ser caracterizado como captação ilegal de rendas, o que de acordo com Arckerman (2010), pode ser considerado como corrupção” (BRAGA, 2019, p. 116).

das licitações da Petrobras ou, na verdade, tratava-se de uma realidade no setor da construção civil para licitações em diversos órgãos ou entes.

A métrica a seguir proposta apresenta falhas, seja na quantificação dos montantes desviados, seja na mensuração do que seria exatamente uma fraude ou um conjunto de várias fraudes²⁹². Mas, para ficar com uma lista já citada neste trabalho, abordada pelo membro do Ministério Público no TCU Lucas Rocha Furtado (2018), em obra específica sobre o tema, observa-se que entre 11 grandes casos nacionais de corrupção, 6 referem-se a esquemas que estavam relacionados a compras públicas e licitações. São eles: “Anões do Orçamento”, “Máfia dos Sanguessugas”, “Caso Collor”, “Fórum Trabalhista de São Paulo”, “Mensalão” e “Lava Jato”²⁹³. Nesse grupo de casos analisados, forma-se, pois, uma relevante maioria para a corrupção em certames licitatórios.

²⁹² Os próprios trabalhos da OCDE (2014 e 2016) aqui referidos não explicitam se a predominância de quantidade de casos de corrupção em licitação implica prevalência no quantitativo de recursos públicos desperdiçados, embora possa se inferir que sim. E a própria quantificação de casos é problemática. Na lista aqui mencionada do Lucas Rocha Furtado, por exemplo, sob o manto de “Fraude na Sudam”, contabilizado aqui como um grande caso, houve diversas fraudes evidenciadas por mais de décadas. De toda forma, o fato de que, em uma lista de “grandes casos” de corrupção nacional, existe uma maioria relacionada a contratações e licitações públicas é um forte indicativo de que esse tipo de prática é relevante para a compreensão também da corrupção no Brasil, como é nos países membros da OCDE.

²⁹³ Novamente o caso da Lava Jato será tratado em tópico específico seguinte. Seguem aqui trechos da obra de Lucas Rocha Furtado que confirmam que os outros casos mencionados afetavam licitações e contratos. No caso da “Anões do Orçamento”, Furtado (2018, p. 84) menciona: “Alguns dos integrantes dessa comissão – que, por sua baixa estatura, ficaram conhecidos como ‘anões do orçamento’ – fizeram uso de suas prerrogativas para auferirem benefícios indevidos, recebendo dinheiro e outros bens em troca da inclusão de dotações orçamentárias referentes a serviços e obras públicas de interesses de empresas que, em conluio, organizavam estratégias para vencer as licitações correspondentes (o esquema dos empreiteiros), mesmo quando apresentavam propostas com preços acima do normalmente praticados no mercado”. Na Máfia dos Sanguessugas, “o esquema era liderado, segundo a Polícia Federal, pelos empresários Luiz Antônio e Darci Vedoin, donos da Planam, que monta ambulâncias e UTIs móveis. A empresa oferecia a prefeituras um pacote pronto para a compra dos veículos. Garantia a elas que seriam feitas emendas parlamentares para destinar verbas para os municípios. Restaria à prefeitura apresentar ao Ministério da Saúde um projeto para adquirir as ambulâncias. Na Saúde, Maria da Penha Lino, ex-funcionária da Planam, facilitava a aprovação dos projetos. Uma vez aprovados, os municípios faziam licitações viciadas, vencidas pela Planam” (FURTADO, 2018, p. 93-94). Sobre o “Caso Collor”, Lucas Furtado comenta que “a legislação eleitoral brasileira, não obstante extensa, não evitou as fraudes que ocorreram na campanha presidencial de 1989, especialmente no que diz respeito ao financiamento da campanha presidencial. Foram arrecadadas quantias elevadíssimas junto a empresários para o financiamento da campanha mediante a promessa de favorecimentos em contratações públicas do futuro governo. O montante arrecadado foi direcionado para o nefasto ‘caixa dois’. Nenhuma dessas ‘contribuições’ foi declarada, inclusive por falta de exigência legal nesse sentido à época” (FURTADO, 2018, p. 116-117). O caso do “Fórum Trabalhista de São Paulo” é quase autoexplicativo, mesmo assim são interessantes as ponderações sobre alguns detalhes de como a fraude licitatória foi engendrada: “O esquema, que redundou, em números oficiais, no desvio de cerca de R\$ 170 milhões em recursos públicos federais da época – valores que, devidamente atualizados pela moeda norte-americana, representam aproximadamente US\$ 250 milhões – envolveu irregularidades desde a elaboração do edital de licitação destinado à contratação do empreendimento até crime de lavagem de dinheiro, sendo merecedores de destaque os seguintes aspectos: fixação, no edital, de objeto contratual impreciso, incomum e inadequado à natureza do empreendimento; elaboração de projeto básico falho e incompleto das obras; conluio entre os licitantes; contratos simulados para habilitação de empresas no certame; superfaturamento da obra por intermédio de medições superestimadas de quantitativos de serviços realizados; falhas graves na fiscalização da execução física da obra” (FURTADO, 2018, p. 166). Por fim, quanto ao “Mensalão”, Furtado comenta que “O Procurador-Geral da República, na denúncia que ofereceu ao STF,

A corrupção praticada em licitações públicas com a finalidade de beneficiar determinado agente econômico, afetando o próprio caráter competitivo do certame licitatório e, invariavelmente, acarretando um sobrepreço na contratação, necessariamente será praticada a partir da violação de deveres funcionais por parte do agente público. O desvalor dessa conduta, portanto, é pior do que um ato de corrupção em que um agente público, ao executar o ato administrativo, não viola deveres funcionais. E o ordenamento jurídico brasileiro recepciona essa distinção, penalizando mais severamente a primeira hipótese, ao prever, por exemplo, no tipo penal de corrupção a seguinte causa de aumento no §1º do art. 317 do Código Penal, que prescreve “A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional” (BRASIL, 1940).

Para mitigar os casos de corrupção em licitações públicas, a OCDE propõe uma abordagem holística ao problema, levando em consideração que a adoção de uma ou outra medida individual, sem observância do todo, poderia causar um efeito contrário do que o pretendido²⁹⁴. Assim, sugerem-se os seguintes eixos temáticos²⁹⁵ para atenção das autoridades: integridade, transparência, participação de terceiros interessados, acessibilidade, licitações eletrônicas e, por fim, supervisão e controle. Contudo, será que a abordagem com enfoque apenas na corrupção representa, de fato, o todo? Não haveria medidas que, embora

procurou evidenciar a relação de proximidade entre o Governo Federal e as empresas de Marcos Valério: ‘assim como no Governo de Minas Gerais, quando atuava em conluio com o atual vice-governador Clésio Andrade, Marcos Valério confirmou que uma empresa de publicidade apenas consegue êxito na celebração de contratos públicos quando integra o grupo político que está no poder na ocasião’” (FURTADO, 2018, p. 194). Ainda, vale relembrar que o caso tornou-se público justamente quando foi revelado um esquema de corrupção nas licitações dos Correios: “os fatos relativos ao esquema do Mensalão tornaram-se públicos a partir da divulgação, pela imprensa, da existência de uma gravação de vídeo na qual o ex-diretor do Departamento de Contratação e Administração de Material dos Correios, Maurício Marinho, foi flagrado recebendo vantagem indevida para beneficiar empresários interessados em entrar para o rol de fornecedores da estatal” (FURTADO, 2018, p. 198).

²⁹⁴ Assim: “As integrity risks exist throughout the public procurement process, a holistic approach for risk mitigation and corruption prevention is needed. Focusing integrity measures solely on one step in the process may increase risks in other stages. Similarly, addressing only one type of risks may give leeway to integrity violations through other mechanisms” (OCDE, 2016, p. 10).

²⁹⁵ Do inglês, conforme consta no documento da OCDE, na ordem: *Integrity, Transparency, Stakeholder participation, Accessibility, E-procurement e Oversight and control*. Breves considerações sobre cada um deles. Integridade daqueles que lidam com o procedimento licitatório em patamar diferenciado daquela já exigida para ocupantes de cargos públicos, com a possibilidade da adoção de códigos de condutas e treinamentos específicos. Transparência com a finalidade de se garantir acesso à informação adequada e oportuna, seja para ampliar a competitividade do certame, seja para facilitar a fiscalização. Participação de terceiros interessados, tais como agências anticorrupção, organizações do setor privado, sociedade civil, imprensa e público em geral. Acessibilidade no sentido de possibilitar a pequenos e médios agentes econômicos tomarem conhecimento dos procedimentos licitatórios e das contratações sobretudo por meio da redução de burocracias e do uso de ferramentas de tecnologia. Licitações eletrônicas possibilitam o incremento da competitividade, da transparência, reduzem oportunidades de interações entre agentes públicos e privados, bem como podem ajudar na detecção precoce de algumas irregularidades, bem como no estudo dos dados compilados para que sejam aprimorados procedimentos futuros. Por fim, supervisão e controle de todas as etapas da licitação, sobretudo por meio do aperfeiçoamento dos mecanismos de controle interno (OCDE, 2016, p. 10-32).

possam ser benéficas para o combate à corrupção, propiciem facilidades para, por exemplo, o conluio entre os agentes econômicos no certame licitatório? A complexidade do problema estaria, de fato, totalmente compreendida? Este trabalho se propõe a demonstrar que essa abordagem é incompleta, sobretudo em razão da provável coexistência da corrupção com a prática de cartel em licitação.

1.2.5 As estruturas de governança estatais do combate à corrupção em licitação

Semelhantemente ao que ocorre com a prática de cartel, no Brasil, os agentes econômicos que cometem atos de corrupção estão sujeitos a consequências nas esferas administrativa, penal e civil, as quais demandam a participação de diversos órgãos e entidades, ou seja, diversos atores estatais são responsáveis pela repressão por esse tipo de ilícito. O fundamento constitucional dessa atividade está, sobretudo, no *caput* do art. 37, o qual prevê explicitamente a moralidade como princípio da Administração Pública e, no seu §4º, que estabelece o seguinte: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao Erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível” (BRASIL, 1988).

Deve-se notar que isso apenas aconteceu em 2013, com a promulgação da Lei 12.846/2013 ou “Lei Anticorrupção”, a qual prevê a responsabilidade administrativa e civil das pessoas jurídicas pelas práticas de atos contra a Administração Pública. Antes não havia a previsão específica²⁹⁶ de responsabilidade administrativa dos agentes econômicos por atos de corrupção, os quais poderiam ser penalizados, é verdade, na esfera penal, por meio das pessoas físicas, quando a prática configurasse alguns dos tipos estabelecidos no Código Penal ou em legislação esparsa, e na esfera civil²⁹⁷. É possível falar que, no combate à corrupção, o

²⁹⁶ É importante perceber que, antes da Lei Anticorrupção, a jurisprudência do STJ, com fundamento na Lei 8.429/1992, a partir da interpretação do seu art. 3º, aceitara a responsabilização de pessoas jurídicas beneficiárias ou partícipes de atos de improbidade, ou seja, em corresponsabilidade com um servidor público. Vide, por exemplo, REsp 1122177/MT, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe 27/04/2011. Isso tanto é verdade que, agora, depois das reformulações da Lei 14.230/2021, o §2º do art. 3º da Lei 8.429/1992 expressamente prevê: “As sanções desta Lei não se aplicarão à pessoa jurídica, caso o ato de improbidade administrativa seja também sancionado como ato lesivo à administração pública de que trata a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013” (BRASIL, 1992).

²⁹⁷ A regra geral do Código Civil, prevista no art. 927, “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (BRASIL, 2002), já seria suficiente para tanto, sem prejuízo de que, em legislações esparsas, há comandos no sentido que o agente privado que cause prejuízo ao Erário por ato ilícito deva indenizá-lo. É importante observar que a Constituição Federal estabelece a imprescritibilidade desse dever de indenizar, no seu art. 37, § 5º: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer

legislador espelhou o modelo antitruste²⁹⁸, no sentido de que, agora, prevê-se a responsabilidade administrativa concomitantemente à penal, com algumas distinções, como o fato de que, na Lei do CADE, tanto pessoas físicas quanto jurídicas podem ser punidas, enquanto na Lei Anticorrupção as sanções são aplicáveis apenas às pessoas jurídicas²⁹⁹.

Uma outra importante diferença é que o CADE centraliza, na esfera administrativa, a política sancionatória de defesa da concorrência no Brasil, enquanto, no combate à corrupção, diversos órgãos detêm esse papel, nas esferas federal, estaduais e municipais, bem como nos respectivos poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário³⁰⁰, o que pode ser um complicador para implementação e consolidação dessa política. Concorde-se com as críticas formuladas por Marcelo Calliari e Tatiana Cruz, no sentido de que, se já é difícil para o CADE uniformizar entendimentos, bem como ser transparente quanto aos critérios para aplicação das sanções, o que dizer dessa multiplicidade de atores na esfera do combate à corrupção, sendo que muitos destes, além de não terem *expertise*, não dispõem de recursos para tanto³⁰¹.

agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento” (BRASIL, 1988).

²⁹⁸ Assim: “The cartel enforcement system in Brazil follows a dual track, with the criminal and the administrative spheres running in parallel, potentially coordinated but ultimately independent. Individuals can be prosecuted both criminally by the public prosecutors and administratively by the competition agency Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE),’ while companies can only be prosecuted administratively by CADE, and face no criminal antitrust liability.’ Experience has already shown that this duality brings in added complexity, considerable uncertainty and mixed incentives. Also, the duality also allows for divergent, if not outright contradictory interpretations, such as in the Subway case, in which the same set of facts led the criminal prosecutors to prosecute several independent cartels, one for each bid, while the competition authority considered all of the bids part of one single over-arching practice. This had enormous practical consequences, such as defences based on the statute of limitations and resulted in multiple appeals to higher courts. The new Anti-Corruption Law adopted a similar dual format, entrusting administrative authorities to enforce the statute against companies, while leaving criminal prosecution of individuals to the prosecutors. One relevant difference, as noted, is that CADE can and routinely does also prosecute individuals for antitrust violations, meaning they can be prosecuted both administratively (by CADE) and criminally (by the prosecutors), even simultaneously for the same violation” (CALLIARI ; CRUZ, 2015, p. 143).

²⁹⁹ Na esfera penal, tanto nos crimes que protegem o bem jurídico “livre concorrência”, quanto aqueles relacionados à “proibição administrativa”, apenas pessoas físicas podem ser punidas, o que é a regra geral do sistema criminal brasileiro.

³⁰⁰ Nos termos do art. 8º da Lei Anticorrupção, que prevê: “A instauração e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica cabem à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que agirá de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e a ampla defesa. § 1º A competência para a instauração e o julgamento do processo administrativo de apuração de responsabilidade da pessoa jurídica poderá ser delegada, vedada a subdelegação. § 2º No âmbito do Poder Executivo federal, a Controladoria-Geral da União - CGU terá competência concorrente para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou para avocar os processos instaurados com fundamento nesta Lei, para exame de sua regularidade ou para corrigir-lhes o andamento”. Haja vista a competência concorrente da CGU prevista no referido §2º, é possível que, a partir de medidas infralegais, exista, pelo menos no que se refere aos ilícitos praticados contra o Executivo federal, alguma centralidade na repressão. Contudo, isso ainda não resolve totalmente o problema.

³⁰¹ Nesse sentido: “Another significant difference is that, while the Competition Law centralised administrative enforcement in one federal agency, CADE, the Anti-Corruption Law gave powers not only to the federal government, but also to states and municipalities to prosecute, negotiate leniency and to convict in cases in their

Há hoje, portanto, duas normas centrais que tratam da responsabilidade administrativa daquele que pratica atos de corrupção, que é a já mencionada Lei 12.846/2013, bem como a Lei 8.429/1992, conhecida como *Lei de Improbidade*, a qual foi substancialmente reformulada pela Lei 14.230/2021, a ponto de a doutrina se referir a ela, agora, como a *Nova Lei de Improbidade*³⁰², embora, tecnicamente, o legislador tenha apenas alterado o texto originário de 1992 em diversos pontos.

A Lei 12.846/2013 define os atos lesivos à Administração Pública³⁰³, nacional ou estrangeira (art. 5º), bem como estabelece as sanções correspondentes, que serão aplicadas administrativamente (art. 6º) ou por via judicial (art. 19). Entre os cinco incisos listados no art. 5º³⁰⁴, um, com sete alíneas, é destinado para as fraudes em licitações públicas ou contratos dela decorrentes, o que indica a preocupação do legislador com esse tipo de prática. Para ser

own sphere of jurisdiction. Even if it is expected that the federal agency Controladoria Geral da Unifó (CGU) will be taking the lead in developing standards and practices, hopefully uniformly adopted by the other authorities around the country, this is cause for significant concern. It is difficult enough for one antitrust agency to develop predictable and transparent standards for the imposition of penalties or for the negotiation of leniency, even when it can rely on its own expertise from handling these types of cases on a routine basis. It is downright scary to imagine how it will be for potentially hundreds of state and local authorities around the country to tackle one single case - or a few - with no experience, no track record and no resources for the task” (CALLIARI; CRUZ, 2015, p. 144).

³⁰² Vide, por exemplo, obra de Fernando Gajardoni, Luana Cruz, Luiz Gomes Junior e Rogerio Favreto (2021), *Comentários à Nova Lei de Improbidade Administrativa*.

³⁰³ Para além de disciplinar o procedimento administrativo para aplicação das sanções, nos arts. 8 a 15, bem como prever a chamada leniência anticorrupção, nos arts. 16 e 17.

³⁰⁴ Prevê o art. 5º da Lei 12.846/2013: “Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei; III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados; IV - no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública; V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional. § 1º Considera-se administração pública estrangeira os órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, de qualquer nível ou esfera de governo, bem como as pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro. § 2º Para os efeitos desta Lei, equiparam-se à administração pública estrangeira as organizações públicas internacionais. § 3º Considera-se agente público estrangeiro, para os fins desta Lei, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerça cargo, emprego ou função pública em órgãos, entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro, assim como em pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais” (BRASIL, 2013a).

ainda mais preciso, apenas os incisos I, que trata de quem pratica ativamente o suborno, e IV, atinente às licitações, constituem ofensas diretas à probidade administrativa. Os demais atos lesivos são indiretos, por estarem relacionados ao financiamento dos atos ilícitos previstos na Lei Anticorrupção, ou à tentativa de ocultação ou impunidade de outras ilegalidades praticadas. Assim, basicamente, apenas o suborno e as fraudes em licitações estão aqui diretamente previstos.

Deve-se atentar para o seguinte: a prática de corrupção no contexto das licitações públicas, com o escopo, por exemplo, de direcionar o certame para determinado agente econômico, pode configurar os atos lesivos previstos no inciso I ou, mais especificamente, no inciso IV, alínea “d”, que estabelece a fraude à licitação pública ou contrato dela decorrente como passível de punição. Entretanto, a mera prática de cartel em licitação também configura ato lesivo à Administração Pública, nos exatos termos do mesmo art. 5º, inciso IV, alínea “a” da Lei Anticorrupção, que dispõe: “frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público” (BRASIL, 2013a). O legislador, aqui, baseou-se na redação do crime de cartel em licitação, anteriormente previsto no art. 90 da Lei 8.666/1993, agora estabelecido no art. 337-F do Código Penal. Em síntese, o cartel em licitação, por si, independentemente de estar atrelado à prática de corrupção, não ofende apenas à livre concorrência, mas também à probidade administrativa, motivo pelo qual os agentes econômicos que incorrem nesse tipo de ilícito merecem reprimenda tanto à luz da Lei 12.529/2011, quanto da Lei 12.846/2013, ou seja, com fundamentos legislativos e constitucionais distintos, por ofender a bem jurídicos diferentes.

Uma vez praticado qualquer ato lesivo à Administração, abre-se a possibilidade de aplicação de sanção administrativa prevista no art. 6º³⁰⁵, consistente, basicamente³⁰⁶, na

³⁰⁵ Dispõe o art. 6º: “Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções: I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e II - publicação extraordinária da decisão condenatória. § 1º As sanções serão aplicadas fundamentadamente, isolada ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações. § 2º A aplicação das sanções previstas neste artigo será precedida da manifestação jurídica elaborada pela Advocacia Pública ou pelo órgão de assistência jurídica, ou equivalente, do ente público. § 3º A aplicação das sanções previstas neste artigo não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado. § 4º Na hipótese do inciso I do caput, caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa será de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais). § 5º A publicação extraordinária da decisão condenatória ocorrerá na forma de extrato de sentença, a expensas da pessoa jurídica, em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional, bem como por meio de afixação de edital, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico na rede mundial de computadores” (BRASIL, 2013a).

multa, em moldes bem semelhantes à sanção pecuniária antitruste, ou seja, no valor entre 0,1% a 20% do faturamento bruto do último exercício anterior à instauração do processo administrativo, excluídos tributos, nunca podendo ser inferior à vantagem auferida. Outras sanções mais severas, previstas no art. 19³⁰⁷, tais como perdimento de bens, suspensão de atividades ou dissolução compulsória, para serem aplicadas, demandam a propositura de ação judicial, seja por meio da representação jurídica dos entes prejudicados, como advocacias públicas ou advogados contratados³⁰⁸, seja por meio do Ministério Público.

Antes mesmo da Lei Anticorrupção, cujo foco é a responsabilização dos agentes econômicos que interagem com a Administração Pública, o Brasil, desde 1992, tinha uma norma de referência na tutela da probidade administrativa, a chamada Lei de Improbidade Administrativa, que tem aplicação principalmente para os agentes públicos. Entretanto, a Lei 8.429/1992 foi profundamente alterada pela Lei 14.230/2021. De uma maneira geral, hoje é mais difícil, no Brasil, a responsabilização de agentes públicos pela prática de improbidade administrativa³⁰⁹. Contudo, a comparação entre a sistemática anterior e a atual, além de fugir

³⁰⁶ Está também prevista como sanção a obrigação de dar publicidade o extrato da decisão, assim como é estabelecido na Lei Antitruste. Na experiência do CADE, trata-se não apenas de sanção secundária, mas também de medida cuja efetividade é praticamente irrelevante. É que a publicidade da condenação, objetivo principal da sanção, pode ser perfeitamente obtida por meio de publicação da notícia, com *link* para a decisão, no próprio *site* do CADE. É a partir dessa notícia que diversos veículos de imprensa replicam os julgados, o que acarreta maior alcance do que a publicação em meio físico ou, ainda, do que em meio virtual em *sites* diversos, pertencentes aos próprios condenados.

³⁰⁷ Assim: “Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras: I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades; III - dissolução compulsória da pessoa jurídica; IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos” (BRASIL, 2013a).

³⁰⁸ Vale lembrar que os municípios não têm obrigação de criar procuradorias, por ausência de previsão constitucional, conforme já decidiu no STF no RE 1.156.016, relatoria do ministro Luiz Fux.

³⁰⁹ O STJ havia consolidado alguns entendimentos, resultantes de mais de décadas de análises de casos à luz da legislação anterior. Esses entendimentos foram, com a nova lei, expressamente modificados, na sua maioria para dificultar a recuperação patrimonial ou a responsabilização do agente ímprobo. Alguns exemplos: (i) antes era admissível a responsabilização por culpa, nos casos elencados no art. 10, que tratam da improbidade por dano ao Erário, agora, apenas se admite a prática de atos de improbidade dolosos (vide art. 1º, §§ 1º, 2º e 3º da Lei 8.429/1992); (ii) a jurisprudência admitia a indisponibilidade de bens mesmo que ausente a prática de atos de dilapidação patrimonial, mas agora, com a redação dada pela Lei 14.230/2021, são exigidos os requisitos de tutela de urgência (vide §3º e 8º do art. 16 da Lei 8.429/1992); (iii) a indisponibilidade de bens podia recair sobre aqueles adquiridos anteriormente à suposta prática do ato de improbidade, mas agora a lei veda expressamente essa possibilidade (vide §10 do art. 16 da Lei 8.429/1992); (iv) o termo inicial do prazo prescricional para agentes políticos era contado a partir do término do seu mandato, mas agora tal prazo foi unificado e conta-se, mesmo para agentes políticos, a partir da prática do ato (vide art. 23 da Lei 8.429/1992); (v) o afastamento cautelar do agente público do seu cargo era medida que podia perdurar por até 180 dias, agora a lei prevê que durará até 90 dias, como regra geral, podendo ser prorrogado uma vez desde que por decisão fundamentada (vide §2º do art. 20 da Lei 8.429/1992); (vi) admitia-se a cautelar de indisponibilidade de bens nos casos de improbidade do art. 11, mas, como agora a lei veda expressamente a cautelar para o pagamento da multa, não é

do escopo direto do presente trabalho, demanda um aprofundamento incompatível com esse tópico. O objetivo aqui, portanto, será apenas apresentar os aspectos gerais da tipificação dos ilícitos, bem como as respectivas sanções, a fim de identificar de que forma eles se encaixam nas licitações.

A Lei 8.429/1992 tem aplicação direta para os agentes públicos³¹⁰, mas aqueles que, mesmo sem ocupar cargos ou funções públicas, induzam ou concorram dolosamente para a prática do ato também podem ser penalizados. Assim, há possibilidade de agentes privados serem punidos, em conjunto com os agentes públicos, desde que sejam observados dois pontos: para pessoa jurídica, apenas se aplicará a Lei 8.429/1992 se o ato não já for sancionado pela Lei 12.846/2013, além de, no caso de sócios, diretores ou colaboradores da pessoa jurídica, apenas se admitir sua punição se restar demonstrada sua participação direta na improbidade e se tiver auferido benefícios dela, ficando ainda sua responsabilidade limitada à sua participação³¹¹. Estão previstos, basicamente, três tipos de atos de improbidade: enriquecimento ilícito (art. 9º), prejuízo ao Erário (art. 10) e atentados aos princípios da Administração (art. 11)³¹², para os quais há, em síntese, cinco tipos de sanções: perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios

mais possível a cautelar de indisponibilidade de bens quando a improbidade for por violação de princípios (vide §10 do art. 16 da Lei 8.429/1992); (vii) antes era possível a condenação por improbidade em dispositivo diverso do indicado na inicial, sob o entendimento de que o réu deveria se defender dos fatos, não da capitulação, mas agora a lei expressamente prevê como nula decisão que condena o réu em dispositivo diverso do constante na petição inicial (vide §10-F, inciso I, do art. 17 da Lei. 8.429/1992). Esses entendimentos podem ser obtidos na obra *Jurisprudência em Teses organizada por ramos do Direito do STJ* (2022a), nas edições atinentes à *Improbidade Administrativa* (há três capítulos, *Improbidade Administrativa I, II e III*). Além desses tópicos, existem ainda inúmeras discussões acerca dos prazos prescricionais e da retroatividade, de maneira geral, dos dispositivos agora mais benéficos para atos de improbidade praticados anteriormente.

³¹⁰ E o *caput* do art. 2º prevê o que seriam agentes públicos nos termos da Lei de Improbidade: “Para os efeitos desta Lei, consideram-se agente público o agente político, o servidor público e todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades referidas no art. 1º desta Lei” (BRASIL, 1992).

³¹¹ Conforme prescreve o art. 3º da Lei 8.429/1992: “As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra dolosamente para a prática do ato de improbidade. § 1º Os sócios, os cotistas, os diretores e os colaboradores de pessoa jurídica de direito privado não respondem pelo ato de improbidade que venha a ser imputado à pessoa jurídica, salvo se, comprovadamente, houver participação e benefícios diretos, caso em que responderão nos limites da sua participação. § 2º As sanções desta Lei não se aplicarão à pessoa jurídica, caso o ato de improbidade administrativa seja também sancionado como ato lesivo à administração pública de que trata a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013” (BRASIL, 1992).

³¹² Antes da Lei 14.230/2021, os incisos que elencavam as condutas de cada tipo de improbidade eram listas meramente exemplificativas, assim havia a possibilidade de punição ainda que o fato não estivesse ali descrito. Agora, essa sistemática se mantém para o enriquecimento ilícito e o prejuízo ao Erário, cujos *caputs* dos dispositivos utilizam o termo “notadamente” para introduzir os incisos. Entretanto, na violação aos princípios da Administração, deve-se notar que o rol é agora taxativo, pois a expressão, no *caput* do art. 11, “notadamente” foi substituída por “caracterizada por uma das seguintes condutas”.

fiscais ou creditícios, tudo aplicável conforme o tipo de ato de improbidade verificado, nos termos do art. 12 da Lei 8.429/1992³¹³, depois da propositura, no Poder Judiciário, de ação com essa finalidade específica³¹⁴.

A corrupção em licitações pode se enquadrar em quaisquer dos tipos de improbidade. O art. 9º, inciso II, prevê como ato de improbidade, na modalidade enriquecimento ilícito, “perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado”. O art. 10, inciso VIII, lista como ato de improbidade por prejuízo ao Erário “frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente, acarretando perda patrimonial efetiva”. Por fim, o art. 11 prevê como violação aos princípios da Administração o ato de “frustrar, em ofensa à imparcialidade, o caráter concorrencial de concurso público, de chamamento ou de procedimento licitatório, com vistas à obtenção de benefício próprio, direto ou indireto, ou de terceiros” (BRASIL, 1992). Observe-se que há uma gradação entre eles e a incidência em um outro tipo dependerá do conteúdo probatório utilizado, mas, em síntese, no contexto da prática de corrupção em certames licitatórios, o enriquecimento ilícito pressupõe o prejuízo ao Erário que, por sua vez, pressupõe a violação de princípios administrativos, notadamente a imparcialidade.

Dessa maneira, fecha-se um ciclo de responsabilidade administrativa, no qual os agentes públicos que se envolvem em corrupção nas licitações podem ser punidos à luz da Lei 8.429/1992, enquanto os agentes econômicos são penalizados pela sistemática da Lei 12.846/2013. Deve-se perceber que, diferentemente da tutela da livre concorrência, aqui não há centralidade para a implementação da política repressiva. Por exemplo, a própria Lei de Licitações, Lei 14.133/2021, traz também algumas medidas sancionatórias, as quais podem ser aplicadas pelo próprio ente licitante³¹⁵. Tome-se o Executivo federal, para fins de análise,

³¹³ A aplicação das sanções dispostas na Lei de Improbidade independe da aplicação de outras sanções, tais como penais, civis ou administrativas específicas, conforme o legislador esclarecer no *caput* do art. 12: “Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato” (BRASIL, 1992).

³¹⁴ A Lei 8.429/1992 prevê um procedimento administrativo de investigação dos fatos representados, mas para aplicação das sanções se faz necessária uma ação judicial, nos termos do art. 17. Diferentemente da Lei Anticorrupção, não há aqui possibilidade de aplicação de penas apenas por meio de procedimento administrativo.

³¹⁵ O art. 155 da Lei 14.133/2021 prevê as seguintes condutas relacionadas a problemas de fraudes em licitação (as demais se referem ao cumprimento do contrato ou ao descumprimento de alguma regra do certame

o que já elimina relevante parte da complexidade, haja vista a exclusão dos outros entes federativos e dos demais Poderes. A CGU tem competência concorrente e pode avocar processos instaurados com fundamento na Lei 12.846/2013. Além da CGU, o TCU, em controle externo, poderá aplicar sanções, a AGU promover demandas judiciais para aplicação de determinadas medidas ou, simplesmente, promover a reparação do dano causado, o MPF poderá propor as demandas judiciais previstas tanto na Lei 12.846/2013, quanto na Lei 8.429/1992, o ente licitante poderá atuar com base na Lei 14.133/2021. Enfim, há uma pluralidade de atores, fato que, por um lado, pode ser benéfico, no caso de haver eventual omissão por parte de um órgão, fazendo com que outro possa agir, mas, por outro, pode gerar insegurança jurídica.

Na esfera penal, os principais órgãos responsáveis pela persecução são, assim como ocorre nos cartéis, as Polícias Cíveis e Federal, e os Ministérios Públicos estaduais e federal. Isso porque os crimes relacionados à prática de corrupção nas licitações podem ser da competência da Justiça Estadual ou Federal, a depender do caso concreto³¹⁶. Para o conceito de corrupção aqui utilizado, com a finalidade de se buscar por elementos indicativos do ilícito nos casos de cartel, os tipos penais referem-se aos arts. 333 (corrupção ativa), 317 (corrupção passiva, com atenção para o §2º, relacionado à troca de favores) e 316 (concussão). Mas, se for utilizado um conceito mais amplo, tipos penais como do art. 319 (prevaricação) ou do 312 (peculato) podem ser incluídos. Não apenas. A Lei 14.133/2021 substituiu os tipos penais anteriormente previstos na Lei 8.666/1993, inserindo no Código Penal o capítulo II-B, “Dos crimes em licitações e contratos administrativos”. Trata-se de ilícitos específicos, próprios para diversos problemas nas licitações e nos contratos públicos.

licitatório), com destaque para o inciso XII, que faz remissão expressa aos ilícitos previstos no art. 5º da Lei 12.846/2013: “Art. 155. O licitante ou o contratado será responsabilizado administrativamente pelas seguintes infrações: [...] VIII - apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato; IX - fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato; X - comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza; XI - praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação; XII - praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013” (BRASIL, 2021).

³¹⁶ O STJ tem duas súmulas que, de alguma forma, balizam a discussão da competência das ações penais (se na Justiça federal ou estadual). A Súmula nº 208 dispõe: “Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal”. Já a Súmula nº 209 afirma: “Compete à Justiça Estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal”. Assim, em síntese, observa-se se a verba envolvida no ilícito é federal e se está sujeita à prestação de contas em órgão federal para atrair a competência da Justiça federal. Na esfera cível, para a propositura das ações por improbidade com fundamento na Lei 8.429/1992, por exemplo, o próprio STJ tem entendimento um pouco diverso. Para a Corte, “nas ações de improbidade administrativa, a competência cível da Justiça Federal é definida em razão da presença das pessoas jurídicas de direito público na relação processual e não em razão da natureza da verba em discussão, afasta-se, assim, a incidência das Súmulas n. 208 e 209 do Superior Tribunal de Justiça, por versarem sobre a fixação de competência em matéria penal” (STJ, 2022b, p. 1).

O cartel em licitação, como visto, pode ser enquadrado no art. 337-F, denominado de “frustração do caráter competitivo de licitação”, como também pode ser relacionado aos tipos do art. 337-K e art. 337-L, inciso V. Ao todo, há 12 tipos penais que se referem a problemas tanto do certame licitatório, quanto da licitação. São eles, na ordem que aparecem, para além dos já mencionados: art. 337-E (“Contratação direta ilegal”), art. 337-G (“Patrocínio de contratação indevida”), art. 337-H (“Modificação ou pagamento irregular de contrato administrativo”), art. 337-I (“Perturbação de processo licitatório”), art. 337-J (“Violação de sigilo em licitação”), art. 337-L (“Fraude em licitação ou contrato”), incisos I a IV, que se referem a fraudes diversas na execução do contrato, art. 337-M (“Contratação inidônea”), art. 337-N (“Impedimento indevido”) e art. 337-O (“Omissão grave de dado ou de informação por projetista”). A corrupção em certames licitatórios poderá implicar também a prática de alguns desses ilícitos, a depender das circunstâncias do caso concreto, configurando-se um concurso de crimes³¹⁷.

Por fim, quem pratica a corrupção também estará sujeito, no âmbito civil, a ações de reparação de danos, perante o Poder Judiciário, que podem ser ajuizadas pelo ente público prejudicado, mediante seus representantes processuais, ou pelo Ministério Público. Tanto a Lei 8.429/1992, quanto a Lei 12.846/2013 apresentam disposições acerca do assunto³¹⁸,

³¹⁷ É que os crimes da lei de licitação penalizam, em síntese, a fraude no certame ou na contratação, enquanto que, quando a fraude ocorre por meio da prática da corrupção, há outro fato que também merece reprimenda criminal, no caso a corrupção. Existem fatos distintos que, no caso, configurariam, em regra, um concurso material. Mas esse posicionamento pode ser contrastado a uma caracterização de um concurso formal ou, até mesmo, de um conflito aparente de normas penais. O aprofundamento dessa discussão foge do propósito deste trabalho e, sobretudo, deste tópico específico, bem como depende de aspectos do caso concreto. Em síntese, quando um agente pratica dois ou mais ações, causando dois ou mais resultados, o Código Penal prevê, normativamente, a forma com que o Estado penalizará a conduta. Se os crimes forem praticados mediante mais de uma ação ou omissão, tem-se o concurso material e serão aplicadas as penas privativas de liberdade cumulativamente. Por outro lado, se os crimes forem praticados mediante uma só ação ou omissão, ocorre o chamado concurso formal, prevendo o Código Penal que será aplicada a penas mais grave (ou, se iguais, apenas uma delas), acrescida de 1/6 até 1/2, salvo se a ação ou a omissão for dolosa e os crimes resultam de desígnios autônomos, hipótese em que serão aplicadas as penas cumulativamente, nos termos dos seus arts. 69 e 70 (BRASIL, 1940). A subsunção de determinada ação humana a um tipo legal de crime pode oferecer, ao aplicador do direito, dificuldades significativas quando a mesma conduta criminosa apresenta características previstas em mais de um tipo penal. Para tanto, a doutrina desenvolveu princípios que auxiliam no chamado “concurso aparente” de normas penais. Os mais conhecidos são: a especialidade, a subsidiariedade e a consunção, a fim de evitar a ocorrência de *bis in idem*. Nas lições de Assis Toledo, há especialidade quando um tipo penal apresenta as características de outro, com o acréscimo de algum elemento, como no caso do tráfico internacional de drogas em relação ao contrabando. Na subsidiariedade, diferentes normas protegem o mesmo bem jurídico em diferentes fases, etapas ou graus de agressão, como ocorre na lesão corporal e no homicídio. Por fim, quando o crime mais grave absolve o crime menos grave, por este ter sido uma etapa percorrida pelo agente para a prática daquele, e não há propriamente bem especialidade (relação de gênero e espécie), nem uma relação necessária de maior ou menor grau de execução, existe a consunção, como no caso da violação ao domicílio e do furto (TOLEDO, 1994, p. 50-54). Não parecem ser o caso de quem pratica fraude em licitação por meio da corrupção.

³¹⁸ O art. 18 da Lei 8.429/1992, por exemplo, prevê que: “A sentença que julgar procedente a ação fundada nos arts. 9º e 10 desta Lei condenará ao ressarcimento dos danos e à perda ou à reversão dos bens e valores ilícitamente adquiridos, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito” (BRASIL, 1992). Já a Lei 12.846/2013, por exemplo, prevê procedimento específico para reparação de dano, com a possibilidade

destacando-se aqui o §6º do art. 12 da Lei 8.429/1992, inserido pela Lei 14.230/2021: “se ocorrer lesão ao patrimônio público, a reparação do dano a que se refere esta Lei deverá deduzir o ressarcimento ocorrido nas instâncias criminal, civil e administrativa que tiver por objeto os mesmos fatos” (BRASIL, 1992). Assim, no que se refere à reparação dos danos, as esferas devem dialogar entre si, de maneira que os valores pagos, a esse título, em uma sejam subtraídos nas demais. O legislador não trata diretamente do tema, mas há, ainda, possibilidade de os entes privados prejudicados pelo ilícito buscarem o ressarcimento, com base nas regras ordinárias de indenização do próprio Código Civil, mais especificamente arts. 186, 187 e 927, afinal, quem causa dano a outrem mediante a prática de ilícito tem o dever de reparação.

Comentou-se aqui, em tópico anterior,³¹⁹ que os agentes econômicos que praticam cartel em licitação violam tanto a livre concorrência, quanto a probidade administrativa, e as Leis 12.529/2011 e 12.846/2013, ao preverem, cada uma, sanções para esse tipo de ilícito, confirmam esse entendimento. Agora, o que dizer da corrupção que contribui para a cometimento de um cartel em licitação? Há, por tudo aqui exposto, ofensa à probidade administrativa, com as respectivas sanções previstas, para os agentes econômicos que praticam corrupção ativa, na Lei 12.846/2013, enquanto aos agentes públicos é possível punição a partir da Lei 8.429/1992, para além da aplicação das respectivas sanções penais. Entretanto, essa conduta também ofende a livre concorrência, visto que, por meio dela, são oferecidas as condições essenciais para que o ilícito antitruste perdure, dificultando sobremaneira que este seja desvendado. Na verdade, o cartel em licitação se transforma com o acréscimo da corrupção, tornando-se uma conduta ilícita bem mais desafiadora às autoridades de defesa da concorrência. Esse ponto será destacado em tópicos seguintes, ao ser estudada a propriedade emergente decorrente da interseção dos ilícitos³²⁰.

A relativa novidade da responsabilização administrativa das pessoas jurídicas pela prática de corrupção, a pluralidade de atores na repressão administrativa, a possibilidade de diversos enquadramentos penais, haja vista a própria dificuldade de se definir corrupção, tudo torna bastante difícil perquirir pela relação entre cartéis em licitação e corrupção a partir desta última, ou melhor, de processos, administrativos ou penais, referentes a ela. O caminho

de inscrição em dívida ativa, em seu art. 13: “A instauração de processo administrativo específico de reparação integral do dano não prejudica a aplicação imediata das sanções estabelecidas nesta Lei. Parágrafo único. Concluído o processo e não havendo pagamento, o crédito apurado será inscrito em dívida ativa da fazenda pública” (BRASIL, 2013a).

³¹⁹ Vide item 1.1.5, “As estruturas de governança estatais de combate aos cartéis em licitação”.

³²⁰ Vide itens 1.3.2, “A relação entre cartéis em licitação e corrupção (micro)”, e 1.3.3, “Da necessidade e da complexidade no enfrentamento conjunto dos cartéis em licitação e da corrupção, construção das hipóteses”.

escolhido para este trabalho, de se tentar compreender a corrupção a partir de casos antitruste de cartéis em licitação não apenas era o mais lógico, haja vista a centralidade do CADE, conforme já mencionado, na tutela da defesa da concorrência, como parece ser o único viável.

1.2.5.1 A importância da colaboração premiada e da leniência anticorrupção

Ilícitos como os cartéis, os grandes casos de corrupção, a lavagem de ativos, praticados no contexto de organizações criminosas e relacionados a delinquentes do colarinho branco, são difíceis de ser descobertos e, mesmo que revelados, a tarefa de comprová-los em sua totalidade é praticamente impossível. Não apenas porque o fato da vida que aconteceu é irrepetível, mas também porque são cometidos às escondidas, à sorrelfa³²¹. A exteriorização desses crimes é, aparentemente, lícita, pois são materializados em práticas comerciais, atos administrativos ou operações financeiras, estando situado o problema não exatamente naquilo que é perceptível, como ocorre com um furto ou um homicídio, mas naquilo que não é, exteriormente³²², sentido. A analogia a um vaso de porcelana chinês quebrado é pertinente: é

³²¹ Duas passagens de trabalhos de Deltan Dallagnol corroboram o aqui afirmado. Sobre as características de crimes como a corrupção, comenta no artigo *A Visão Moderna da Prova Indício*: “A corrupção, por sua vez, é praticada entre quatro paredes, sem testemunhas e existe, entre corruptor e corrompido, um pacto de silêncio, não só porque não querem ser punidos, mas também porque não desejam perder os benefícios alcançados. Além disso, o ato corrupto é disfarçado de ato legítimo, invocando-se justificativas aparentemente conformes os fatos e o direito. Por fim, crimes praticados por organizações criminosas envolvem, não raro, mais do que um pacto, mas um verdadeiro código de silêncio, o qual regula inclusive o comportamento de terceiros e cujo desdobramento pode ser punido com a morte, como nas organizações voltadas para o tráfico de drogas. Some-se que os atos visíveis, nessas organizações, são praticados em escalões de menores importância (p. ex. pelas mulas do tráfico), o que dificulta que o Estado alcance os líderes do mundo criminoso moderno” (DALLAGNOL, 2016, p. 106). E sobre as limitações para a reprodução de fatos passados no processo, Dallagnol trata do tema no primeiro capítulo de seu livro *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*, do qual se destaca o trecho seguinte: “Como, então, é viável o conhecimento sobre o passado? Conforme analisado acima, o conhecimento do passado se viabiliza por meio da análise de fatos do presente que são símbolos ou indicadores de outros fatos do passado, isto é, através da análise de fatos que ‘combinam’ dado o conhecimento de background de alguém, tais como fumaça e fogo. O julgador, pois, diz Ferrajoli, tem contato apenas com sinais ou efeitos de um fato passado. Como Ferrajoli enfatiza, isso ocorre mesmo se, por hipótese, o julgador experimentar através da percepção o factum probandum. Nesse caso, sua decisão repousará em sua memória que consiste também em um sinal do passado que é distinto do passado em si mesmo. Como explicado acima, a prova é um conceito relacional. Um fato é ‘prova’ se ele tem a função de provar algo. Essa função é atribuída a um fato de acordo com a interpretação que alguém faz, segundo a qual tal fato é evidência na medida em que aponta para outro fato. Realmente, como observado acima, a extração de uma conclusão sobre um fato passado a partir de um outro fato é baseada em inferências e conhecimento de mundo (background)” (DALLAGNOL, 2018, p. 43-44). Após detalhar as dificuldades decorrentes de uma análise pautada em inferências e em determinado *background*, Dallagnol sintetiza: “Embora a verdade possa ser alcançada no processo, jamais saberemos se foi alcançada, por diversas razões. Razões apontadas pelo ceticismo sobre o mundo exterior; razões apontadas pelo ceticismo sobre o passado e a memória; limites de inferência indutiva e subdeterminação do resultado; limites do conhecimento de mundo; limites decorrentes do contexto (estruturas de referência, linguagem, paradigma); limites legais, regras jurídicas; e limites pragmáticos, restrições de recursos e tempo” (DALLAGNOL, 2018, p. 48).

³²² Exterior no sentido de que aquele que não praticou o ilícito não o percebe.

até possível remontar as peças no formato muito próximo do que era originalmente, contudo, ou algum pedaço ficará faltando, ou algo estará mal encaixado (informação verbal)³²³.

Nesse cenário, a prova por indício ganha uma relevância considerável. Dificilmente haverá elementos de provas, como testemunhas ou documentos, que apontem diretamente para o cometimento do ilícito³²⁴. Será a partir de determinadas circunstâncias conhecidas e provadas, as quais, tendo relação com o fato, autorizarão, por indução, concluir-se pela existência do crime (BRASIL, 1941). Essa é, por sinal, a definição de indício trazida pelo art. 239 do Código de Processo Penal, diploma que não estabelece, normativamente, qualquer hierarquia entre as provas. Entretanto, há parte da doutrina que entende ser a prova direta superior ao indício, vez que neste existe uma inferência racional entre a prova e o fato, enquanto na prova direta não haveria³²⁵.

Isso não é verdade, como bem demonstra Dallagnol (2018, p. 185-209), pois sempre haverá inferências entre o “elemento de prova” e o “objeto de prova”. A prova direta

³²³ Essa comparação foi feita pelo então coordenador do Grupo de Trabalho da Lava Jato da PGR, Sérgio Bruno Fernandes, um pouco antes de serem iniciadas as oitivas de Emílio Odebrecht, ex-presidente do Grupo Odebrecht, no acordo de colaboração firmado no contexto da Lava Jato, em 12 de dezembro de 2016.

³²⁴ Os significados dos termos “prova por indício”, “elementos de prova” e “prova direta” podem ser equívocos, daí a necessidade de aclará-los. Primeiro, é importante distinguir o “elemento de prova”, que é aquilo que tem a finalidade de demonstrar algo, do “objeto de prova”, que é o que deve ser demonstrado por meio do elemento. Por exemplo, um testemunho pode ser um elemento de prova para demonstrar a existência de um homicídio, objeto de prova. É preciso compreender que “elemento de prova” e “objeto de prova” estão relacionados a crenças (doutrina tradicional os relaciona a fatos). É que chamá-los de fatos pressupõe sua existência, quando é justamente isso que é discutido no processo (a existência ou não de determinado ilícito). Modernamente, fala-se que os “elementos de prova” seriam “evidências” ou “provas”, enquanto o “objeto de prova” seria a “hipótese” (DALLAGNOL, 2016, p. 109-110). Quanto ao conteúdo, as provas podem ser *diretas*, quando dizem respeito ao fato delituoso diretamente, ou *indiretas*, quando, a partir do fato demonstrado, é necessária uma inferência adicional para chegar ao fato delituoso. Se a testemunha fala que viu “Fulano matar Ciclano”, essa é uma prova direta. Entretanto, caso afirme que viu Fulano sair do quarto em que Ciclano foi encontrado morto, pouco momento depois que ouviu o som de um tiro e estava com uma arma na mão, teremos uma prova indireta. A prova indireta é um encadeamento de provas. Indícios, sinais indicativos ou vestígios, no sentido de “prova por indício”, são o fato conhecido e provado a partir do qual é inferido o crime ou parte dele. É diferente do “indício de prova”, que é o começo ou início de uma prova, suficiente para tomada de decisão dos magistrados em determinados temas, como medidas cautelares (pessoais ou patrimoniais) ou recebimento de denúncias. É comum se falar em “indícios” e serem confundidos os sentidos de “indício de prova” e “prova por indício”. Neste trabalho, o termo “prova” será utilizado, em regra, no sentido de “elemento de prova”, salvo algum esclarecimento específico feito em sentido contrário, assim como a expressão “indício” se referirá à “prova por indício”.

³²⁵ Dallagnol cita Antonio Dellepiane, “*Nova Teoria da Prova*”, e Nicola Framarino Malatesta, “*A lógica das provas em matéria criminal*”, para afirmar que: “Para a doutrina tradicional, no exemplo de prova direta, uma vez afirmada a credibilidade do testemunho que relata o modo como Caim matou Abel, disso decorre necessariamente a credibilidade do que afirmou, enquanto, no exemplo de prova indireta, ainda que se firme a credibilidade do testemunho sobre a fuga, caberá avaliar o quanto o fato afirmado (a fuga de Caim) conduz à conclusão final da prova (fato que trará consequências jurídicas: autoria do crime). Assim, a diferença na valoração entre a prova direta e a indireta residiria no raciocínio ou inferência que existe no caso da prova indireta e não existiria no caso da prova direta [...]. As lições de Malatesta e Dellepiane são aquelas que são em geral repetidas, acriticamente, pela doutrina brasileira até hoje. Segundo essa visão, que temos chamado de tradicional, a diferença entre a prova direta e indireta é a existência de uma inferência racional entre indício e fato, a qual existiria na prova indireta, e não na prova direta” (DALLAGNOL, 2018, p 177-178).

também precisa de inferências para sua credibilidade³²⁶. Para o exemplo de uma testemunha que presenciou o homicídio, ilações desse tipo são feitas, ainda que de modo inconsciente: a testemunha é uma pessoa sã, plena de suas faculdades mentais, tem inimidade ou motivo para acusar o envolvido, estava em uma distância passível de verificação dos fatos, entre outras. Há uma possibilidade quase infinita de decomposição para se inferir o objeto da prova, de maneira que também não convence o argumento de que “na prova por indício haveria mais inferências e, por isso, ela teria menor valor”. O que importa realmente é se são boas ou não essas inferências. As provas, assim, não têm um valor em si, pois estão diretamente relacionadas à hipótese que se pretende demonstrar. Seu valor apenas pode ser dado no caso concreto (DALLAGNOL, 2016, p. 119-126).

E, no contexto do cartel e da corrupção em licitações, por todas essas dificuldades mencionadas, além das provas indiciárias, a confissão de um dos envolvidos seria o elemento de prova mais eficiente para se tentar remontar o vaso de porcelana chinês quebrado, afinal de contas, quem participa do ilícito é quem, para manter a analogia, foi o responsável por fazer o bibelô ou, pelo menos, parte dele, conhecendo como poucos seus detalhes originais. As colaborações premiadas, na esfera penal, e as leniências, na administrativa, são os meios mais eficientes para trazer essa confissão à tona. Em relação aos cartéis, já restou abordado em tópico anterior como o programa de leniência do CADE alterou o cenário da repressão antitruste no país³²⁷. É importante, pois, tratar aqui da colaboração premiada e da leniência anticorrupção.

Já há, no ordenamento jurídico brasileiro, diversos dispositivos que concediam benefícios àqueles envolvidos na prática de crimes desde que colaborassem com as autoridades³²⁸. Contudo, a Lei 12.850/2013, também chamada de “Lei das Organizações

³²⁶ Assim: “se existir diferença entre prova direta e indireta, ela não é, como vários autores modernos observaram corretamente, ontológica ou mesmo lógica. Eventual diferença é circunstancial, não essencial. Ambas são ‘carimbos’ colocados sobre os fatos (proposições) que têm uma função demonstrativa em relação a outros fatos (proposições). Os tipos de inferências que ligam provas e fatos são sempre os mesmos, quer na prova direta quer na indireta: dedução, indução, analogia e inferência para a melhor explicação. A força da prova depende da força do argumento e é sempre e apenas determinável em concreto” (DALLAGNOL, 2018, p. 209).

³²⁷ Vide item 1.1.5.1, “A importância da política de leniência antitruste”.

³²⁸ Reporta-se aqui à síntese de Rodrigo Telles de Souza, no seguinte trecho de seu artigo *O Supremo Tribunal Federal, a Colaboração Premiada e a Alegoria da Caverna*: “A colaboração premiada, considerada de modo genérico e simplista como a concessão de benefícios em favor do réu ou investigado que preste auxílio à atividade estatal de prevenção e repressão à prática de crimes, ingressou no sistema jurídico brasileiro por meio da Lei dos Crimes Hediondos (Lei n.8.072/1990, art. 8º, parágrafo único). Desde então, essa figura jurídica passou por considerável evolução, que pode assim ser resumida, em ordem cronológica: a) foi tratada na antiga Lei de Organização Criminosa (Lei n. 9.034/1995, art. 6º); b) foi incluída pela Lei n. 9.080/1995 na Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e na Lei de Crimes contra a Ordem Tributária, contra a Ordem Econômica e contra as Relações de Consumo (respectivamente, Lei n. 7.429/1986, art. 25, § 2º, e Lei n. 8.137/1990, art. 16, parágrafo único); c) foi inserida pela Lei n. 9.269/1996 no Código Penal, especialmente quanto ao crime de extorsão mediante sequestro (CP, art. 159, § 4º); d) foi disciplinada na Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei n. 9.613/1998, art. 1º, § 5º); e) foi regulada pela Lei de Proteção a

Criminosas”, inovou³²⁹ no sentido de dar segurança jurídica ao estabelecer as balizas de um negócio jurídico processual por meio do qual as partes disciplinam, especificamente, seus direitos e deveres para a concessão de benefícios penais em troca da prestação de auxílio investigativo (SOUZA, 2017), que é a chamada colaboração premiada³³⁰. A colaboração não é, propriamente, um elemento de prova, mas o meio para a sua obtenção³³¹. É o instrumento a partir do qual se obtém a confissão do delator³³², bem como outros documentos que corroborem a versão do que é contado.

A colaboração premiada foi bastante utilizada no contexto da Lava Jato e não há qualquer exagero em afirmar que, sem esse instrumento, as investigações não alcançariam a

Vítimas e Testemunhas Ameaçadas (Lei 9.807/1999, arts. 13 a 15); f) foi prevista nas recentes leis sobre tráfico ilícito de entorpecentes (Lei n. 10.409/2002, art. 32, § 2º e 3º, posteriormente revogada pela Lei n. 11.343/2006, art. 41); g) finalmente, recebeu tratamento mais detalhado e moderno na atual Lei de Organização Criminosa (Lei n. 12.850/2013, arts. 4º a 7º)” (SOUZA, 2017). Nesse artigo, Telles defende o modelo negocial de colaboração premiada, utilizado na Lava Jato. Apesar de reconhecer que não é um modelo perfeito e acabado, registra que o instituto possibilitou que se enxergasse além das sombras, fazendo referência à alegoria da caverna de Platão.

³²⁹ Além de trazer um conceito legal de organização criminosa, a qual anteriormente era definida com base em lições da doutrina e em tratados internacionais, bem como tipificar como crime a prática de associar-se em organização criminosa. Ainda, meios de obtenção de provas, muitos dos quais até já eram previstos na legislação anterior, a Lei 9.034/1995, foram detalhados, fato que possibilitou sua efetiva aplicação. Destaca-se, nesse sentido, não apenas a colaboração premiada, mas também a ação controlada (arts. 8º e 9º da Lei 12.850/2013) e a infiltração de agentes (arts. 10 a 14 da Lei 12.850/2013).

³³⁰ Antes, na Lei 9.034/1995, era previsto simplesmente no art. 6º que “a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria” (BRASIL, 1995). Agora, toda a Seção I da Lei 12.850/2013 é dedicada ao instituto, com sete artigos, após as alterações promovidas pela Lei 13.964/2019, destacando-se o art. 4º, o qual contém 18 parágrafos detalhando o procedimento. O art. 4º e seus incisos, os quais estabelecem as condições, estão assim redigidos: “Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada” (BRASIL, 2013b).

³³¹ É o que se depreende do próprio *caput* do art. 3º da Lei 12.850/2013: “Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: I – colaboração premiada”. O STF já se manifestou também nesse sentido no HC 127.483/PR.

³³² E já se entendia que apenas a confissão do delator não seria suficiente para sustentar uma condenação penal. Era nesse sentido a redação do §16º do art. 4º da Lei 12.850/2013, à luz do que ocorre em outras jurisdições. Seguem comentários de Vladimir Aras sobre o assunto: “E a Lei 12.850/2013 o diz expressamente no §16 do artigo 4º: ‘Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador’. No direito comparado, há regra similar de corroboração: ‘An accomplice witness has been described as a discredited witness. It has been said that the testimony of an accomplice witness must be viewed with caution and carefully scrutinized not only because of any interest such witness might have, but because his or her testimony is evidence from a corrupt source. [Fernandez v. State, 989 S.W.2d 781 (Tex. App. 1998)]. Esta também é a compreensão do STJ (5ª Turma, HC 289.853/MT, rel. Min. Felix Fischer, j. 9/dez/2014). De fato, o juiz não pode considerar apenas a palavra do colaborador para condenar alguém” (ARAS, 2015). A Lei 13.964/2019 alterou esse dispositivo, de modo que, agora, veda-se não apenas uma condenação pautada apenas nas palavras do colaborador, mas também quaisquer medidas cautelares, bem como o próprio recebimento da peça acusatória. Assim: “§ 16. Nenhuma das seguintes medidas será decretada ou proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador: I - medidas cautelares reais ou pessoais; II - recebimento de denúncia ou queixa-crime; III - sentença condenatória” (BRASIL, 2013b).

proporção verificada. A Lei 12.850/2013 entrou em vigor no mês de setembro de 2013 e, em agosto de 2014, foi assinado o acordo com Paulo Roberto Costa, ex-diretor de abastecimento da Petrobrás e primeiro colaborador. Desde então foram firmados pelo menos 209 acordos de colaboração³³³ na Operação. É um quantitativo surpreendente, sobretudo se considerarmos ser essencial, para o funcionamento de um mecanismo de delação, ter um sistema repressivo independente, rápido e eficiente³³⁴ (FONSECA, 2017, p. 233-239). A análise do SBDC e do desenvolvimento, nele, da leniência antitruste, conforme já apontado, confirma isto: a alta probabilidade de efetiva punição estimula os transgressores a buscarem formas alternativas para a solução de conflito. Mas o sistema judicial criminal³³⁵ brasileiro não ajuda.

O *World Justice Project (WJP)* é uma organização não governamental responsável por elaborar um índice que compara a percepção de atores variados acerca do Estado de Direito entre diversos países. De maneira mais precisa, o *Rule of Law Index* cobre 139 jurisdições e a sua pesquisa abarca algo em torno de 138.000 famílias e 4.200 operadores do direito e *experts*³³⁶. A nota varia de 0 a 1 e, quanto mais alta, melhor avaliado é o país em determinado quesito. Entre os fatores mensurados³³⁷, está justamente o da “Justiça Criminal”³³⁸. O Brasil consta na 112ª posição,

³³³ A informação consta no endereço eletrônico que registra alguns resultados da operação. Vide: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>. Acesso em: 22 mar. 2022.

³³⁴ Mais especificamente: “Assim, se o agente sabe que o sistema judiciário foi célere e eficaz ao punir casos similares ao seu, é certo que sopesará o custo de ser, também, condenado como nos casos anteriores. Por outro lado, se em casos idênticos o sistema não conseguiu efetivamente processar ou punir os agentes (em razão da prescrição ou de nulidades, por exemplo), obviamente valerá à pena, para o agente, correr o risco de ser processado diante da grande probabilidade de impunidade. Nesse sentido é a lição de Yehonatan Givati, segundo o qual há estudos mostrando que se a Justiça Criminal for eficiente, o acusado – se é de fato culpado – tende a aceitar acordos, como o plea bargaining do Common Law” (FONSECA, 2017, p. 233)

³³⁵ Essa expressão, “sistema de justiça criminal”, quer-se referir não apenas ao Poder Judiciário, mas também a todos os atores que participam da persecução criminal, notadamente também às Polícias, aos Ministérios Públicos e à Advocacia pública e privada.

³³⁶ Informações disponíveis no *site* do WJP *index*. Vide: <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/>. Acesso em: 22 mar. 2022.

³³⁷ Deve-se mencionar que o WJP também avalia como um dos quesitos relacionados ao Estado de Direito a *Absence of Corruption*. Nele, o WJP perquire por “three forms of corruption: bribery, improper influence by public or private interests, and misappropriation of public funds or other resources. These three forms of corruption are examined with respect to government officers in the executive branch, the judiciary, the military, police, and the legislature” (WJP, 2021, p. 29). Nesse quesito, o Brasil ocupa a 80ª posição, intermediária entre os 139 países avaliados, com a nota de 0,43.

³³⁸ Segundo o WJP, “An effective criminal justice system is a key aspect of the rule of law, as it constitutes the conventional mechanism to redress grievances and bring action against individuals for offenses against society. An assessment of the delivery of criminal justice should take into consideration the entire system, including the police, lawyers, prosecutors, judges, and prison officers” (WJP, 2021, p. 35). O fator da Justiça Criminal é decomposto, ainda, em sete pontos que são isoladamente avaliados, para formar a nota. São eles: “(i) Criminal investigative system is effective, measures whether perpetrators of crimes are effectively apprehended and charged. It also measures whether police, investigators, and prosecutors have adequate resources, are free of corruption, and perform their duties competently; (ii) Criminal adjudication system is timely and effective, measures whether perpetrators of crimes are effectively prosecuted and punished. It also measures whether criminal judges and other judicial officers are competent and produce speedy decisions; (iii) Correctional system is effective in reducing criminal behavior, measures whether correctional institutions are secure, respect prisoners’ rights, and are effective in preventing recidivism; (iv) Criminal justice is impartial, measures whether

dos 139 países avaliados, com a nota de 0,33 (WJP, 2021, p. 35). Como elementos que ajudam nessa má avaliação da Justiça Criminal, destacam-se o “sistema repressivo criminal tempestivo e eficaz”, em que o Brasil consta na 133ª posição dos 139 países, com nota 0,25, o “sistema correcional é eficaz para reduzir o comportamento criminal”, na 131ª posição com nota 0,17, e o “sistema criminal imparcial”, que obtém a 138ª posição, com nota 0,14³³⁹. Essa avaliação negativa possivelmente está relacionada à morosidade dos julgamentos na área criminal³⁴⁰, especialmente nos crimes de colarinho branco³⁴¹. No que se refere à repressão judicial da corrupção, o sistema brasileiro é ineficiente³⁴².

the police and criminal judges are impartial and whether they discriminate in practice based on socioeconomic status, gender, ethnicity, religion, national origin, sexual orientation, or gender identity ; (v) Criminal justice is free of corruption, measures whether the police, prosecutors, and judges are free of bribery and improper influence from criminal organizations ; (vi) Criminal justice is free of improper government influence, measures whether the criminal justice system is independent from government or political influence ; (vii) Due process of the law and rights of the accused, measures whether the basic rights of criminal suspects are respected, including the presumption of innocence and the freedom from arbitrary arrest and unreasonable pre-trial detention. It also measures whether criminal suspects can access and challenge evidence used against them, whether they are subject to abusive treatment, and whether they are provided with adequate legal assistance. In addition, it measures whether the basic rights of prisoners are respected once they have been convicted of a crime” (WJP, 2021, p. 19).

³³⁹ Os dados podem ser acessados em ferramenta interativa disponível em: <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/factors/2021/Brazil/Criminal%20Justice/>. Acesso em: 22 mar. 2022.

³⁴⁰ A avaliação do CNJ referente ao tempo médio de tramitação de processos na Justiça Criminal, na sua edição de 2021 do “Justiça em Números”, revela os seguintes dados: para a Justiça Estadual, o tempo médio de tramitação de processos criminais baixados na primeira instância, na Justiça Estadual, é de quatro anos, enquanto na Justiça Federal é de dois anos e onze meses, na Justiça Eleitoral de três anos e, na Justiça Militar Estadual, de um ano e sete meses. Na média, apenas na primeira instância, um processo criminal tramita por três anos e dez meses (CNJ, 2021, p. 219). Some-se a isso o tempo necessário de investigação, bem como o de tramitação nas demais instâncias.

³⁴¹ Diogo Castor de Mattos, em dissertação de mestrado intitulada: *A seletividade penal na utilização abusiva de habeas corpus nos crimes de colarinho branco*, defende, justamente, para esses tipos de crime, que envolve agentes dotados de poder político ou econômico, utiliza-se o remédio constitucional para garantir a impunidade, fazendo com que os julgamentos durem além do esperado e alguns casos prescrevam. Entre os dados analisados, constam algumas operações, tais como “Satiagraha”, “Castelo de Areia”, “Sundown/Banestado” e “Boi Barrica/Faktor”. Nesse sentido: “O uso abusivo do habeas corpus se liga diretamente com a seletividade penal dos crimes do colarinho branco quando se constata que tal remédio constitucional é utilizado para garantir a impunidade dos delitos praticados pelas classes mais abastadas. O levantamento de dados de processos prescritos ou anulados envolvendo a criminalidade do colarinho branco, associado às escassas condenações existentes nos processos envolvendo autoridades com foro por prerrogativa de função, demonstra como a seletividade penal dos delitos econômicos se manifesta. As ações penais se arrastam durante anos nas instâncias superiores, especialmente pela benevolência judicial na aceitação nas mais diversas modalidades de recursos, mesmo nos feitos de competência originária criminal, permitindo a eternização dos conflitos e infinidade de reanálises. Tudo isso indica que o grande problema da impunidade no Brasil é o processo. Com efeito, a possibilidade de análise da mesma tese defensiva por quatro instâncias judiciais acarreta uma manifestação da seletividade econômica, mormente porque proporciona, quase sempre, tão somente ao réu abastado economicamente o acesso a bons advogados, tecnicamente mais preparados e capazes de levar o inconformismo até as instâncias superiores. Isso demonstra que a seletividade do tratamento conferido aos réus menos abastados se inicia já com o acesso ineficaz à justiça” (MATTOS, 2015, p. 141).

³⁴² Um estudo organizado por Arthur Costa, Bruno Machado e Cristina Zackseski (2016) também aponta nesse sentido. Em *A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos: uma pesquisa empírica no sistema de justiça federal*, obra em dois tomos na qual diversos autores detalham uma série de dados sobre essa temática na Justiça Federal, há o registro de que, no ano de 2012, de um total 9.895 casos de “Crimes contra a Administração Pública” que tramitaram na Justiça Federal, apenas 184 eram de corrupção ativa e 250 de corrupção passiva, cerca de 4,38%. Em primeiro lugar, muito à frente, estava o crime de contrabando ou

Apesar desse quadro atinente ao sistema de Justiça Criminal, muitos dos investigados optaram por aderir a um instituto que havia sido recentemente reformulado e, portanto, embora o cuidado do legislador em melhor discipliná-lo, muito ainda precisaria ser estabelecido com a prática³⁴³. Uma das várias hipóteses que podem ser conjecturadas é que, em razão dos acontecimentos iniciais, mais especificamente por conta das primeiras colaborações e das fases subsequentes desencadeadas³⁴⁴, criou-se uma onda favorável ao sentimento de que “desta vez seria diferente”, os culpados serão, de fato, punidos. Além disso, os colaboradores, cientes dos ilícitos que cometerem, podem ter sopesado que, mesmo com a possibilidade de impunidade, os fatos são tão graves que, se houver uma chance para firmar algum acordo, essa deve ser a melhor estratégia.

A leniência foi disciplinada no art. 16 da Lei 12.846/2013³⁴⁵ e, especificamente, no art. 17, previu-se a possibilidade de que o acordo gerasse efeitos para as sanções administrativas da Lei

descaminho, com 4.766 casos (COSTA; MACHADO; ZACKSESKI, 2016, p. 206-208). Corrupção, portanto, estava longe de ser o crime mais processado, sem falar que o estudo não permite inferir qual tipo de corrupção os casos mencionados se referiam, sendo possível que a maioria seja da chamada *petty corruption*.

³⁴³ Esta, aliás, é uma importante observação feita por Francisco Schertel Mendes sobre o modelo brasileiro: a prática fez com que o instituto fosse muito além dos seus parâmetros legais, o que, de certa forma, afeta a sua segurança jurídica. Assim: “The legal practice of the rewarded collaboration evolved in a highly inventive manner leading to several innovations that are not established by the Organized Crime Act. Over the years, legal practitioners drew on the rewarded collaboration regulation to establish a comprehensive system of transactions and expanded the negotiation forum well beyond its statutory boundaries. Instead of abiding by the model of simple exchanges established in the Organized Crime Act, procedural participants formulated sophisticated tailor-made arrangements that regulated a wide array of matters and devised customized solutions. Through collaboration agreements concluded at early stages of criminal investigations, defendants and prosecutors established exact imprisonment penalties and created “package deals”, defining a single punishment for a wide range of confessed crimes. Collaboration agreements also established benefits not provided for by law, such as the design of “differentiated” detention regimes that allow the serving of long sentences in private residences, the protection of personal assets from the rules of legal seizure and the granting of preferential treatment to the cooperator’s family members. Faced with the audacious innovations brought by inter-party arrangements, the Brazilian judiciary chose to give strong support to the inventive practice of collaboration agreements” (MENDES, 2021, p. 319-320).

³⁴⁴ Em tópico seguinte, ao se tratar de alguns aspectos da Lava Jato, será mencionado que acasos levaram não apenas à identificação de Paulo Roberto Costa, ex-diretor de abastecimento da Petrobras, levando-o para o centro da investigação, como também fizeram com que membros de sua família fossem flagrados por câmeras de segurança tentando eliminar provas, o que foi decisivo para sua decisão de colaborar com as autoridades. Vide item 2.1, *O caso da Lava Jato: o encontro entre agentes públicos corruptos e agentes econômicos cartelizados*.

³⁴⁵ Assim: “Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração. § 1º O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito; II - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo; III - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento. 2º A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável. § 3º O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado. § 4º O acordo de leniência estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo. § 5º Os efeitos do acordo de leniência serão estendidos às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e

de Licitações³⁴⁶. É interessante perceber como a redação dos dispositivos da leniência anticorrupção se assemelha ao estabelecido pelo legislador para a leniência antitruste no art. 86 da Lei 12.529/2011, sobretudo no *caput* e no seu §1º. Mas existem duas diferenças cruciais entre os dois institutos, para além do fato de que se aplicam para sanções de dispositivos legais distintos: não há balcão único na leniência anticorrupção e ela não extingue a punibilidade na esfera penal.

A diversidade de atores na Administração Pública aptos a aplicarem os dispositivos da Lei 12.846/2013 também impacta na segurança jurídica das leniências, mesmo com o disposto no §10 do art. 16, que estabelece a CGU como órgão competente para acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal (BRASIL, 2013a). É que pode haver ilícitos que afetem mais de um Poder ou ente. Ainda, como bem lembra Amanda Athayde³⁴⁷, a partir da Lava Jato, instaurou-se uma praxe, ainda pendente de consolidação jurisprudencial, de o Ministério Público firmar acordos de leniência, mesmo que sem disposição normativa expressa nesse sentido, a partir de uma interpretação sistemática dos arts. 37 e 129, I, da Constituição Federal, do art. 37 da Convenção de Mérida, do art. 26 da Convenção de Palermo, do art. 3º, §§ 2º e 3º, do CPC, dos arts. 840 e 932, III, do Código Civil, e, por fim, do art. 26 da LINDB, conforme disposto na Nota Técnica nº 02/2020 da 5ª CCR/MPF (ATHAYDE, 2021, p. 573-578). A celebração de leniências pelo Ministério Público está relacionada ao segundo ponto, que é a ausência de um balcão único para a celebração de acordos na esfera da anticorrupção.

de direito, desde que firmem o acordo em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas. § 6º A proposta de acordo de leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo. § 7º Não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado a proposta de acordo de leniência rejeitada. § 8º Em caso de descumprimento do acordo de leniência, a pessoa jurídica ficará impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos contados do conhecimento pela administração pública do referido descumprimento. § 9º A celebração do acordo de leniência interrompe o prazo prescricional dos atos ilícitos previstos nesta Lei. § 10. A Controladoria-Geral da União - CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira” (BRASIL, 2013a).

³⁴⁶ O art. 17 prevê que “A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88” (BRASIL, 2013a). O assunto, sanções administrativas, está atualmente disciplinado, de forma muito mais detalhada, no capítulo I, *Das infrações e sanções administrativas*, no Título IV, “Das irregularidades”, da Lei 14.133/2021, e acredita-se possível a manutenção da extensão dos efeitos da leniência anticorrupção para as sanções administrativas da lei de licitações. Tanto que o legislador, na Lei 14.133/2021, previu a leniência como causa de suspensão da prescrição no inciso II, §4º, do art. 158 (BRASIL, 2021).

³⁴⁷ Segundo Athayde, “Nesse sentido, a interpretação do MP é no sentido de que pode celebrar acordos de leniência com empresas que figurarem (ou que poderão vir a figurar) no polo passivo de ações de improbidade administrativa ou de ações civis públicas para a reparação de danos decorrentes dessas infrações administrativas. Seria o caso, por exemplo, de um ato de enriquecimento ilícito perpetrado por um agente privado, em coautoria com um agente público, por meio da implementação de um cartel para fraudar licitação pública, gerando prejuízo ao erário” (ATHAYDE, 2021, p. 578).

O que ocorre no CADE? O candidato da leniência procura a instituição com o intento de, ao revelar o ilícito no qual participava, resolver todos os seus problemas³⁴⁸. Afinal de contas, a decisão de quebrar um cartel tem implicações psicológicas e sociais para quem opta por colaborar com as autoridades, portanto detém um peso relevante. O CADE, mais especificamente a sua SG, única legitimada para negociar e firmar esse tipo de acordo, pode entregar não apenas a solução administrativa, mas também a penal, haja vista a possibilidade de o acordo firmado com a autoridade antitruste gerar, como visto, a extinção da punibilidade para os crimes³⁴⁹. Isso não ocorre na leniência anticorrupção, cujos efeitos estão limitados às penalidades da Lei 12.846/2013 e a algumas sanções da Lei de Licitações. Foi, provavelmente, essa necessidade de “dar solução a todos os problemas”, a fim de fomentar a celebração de acordos de colaboração, que fez o Ministério Público construir a tese de que poderia também firmar leniências. Era uma forma de, em um balcão único, resolver os problemas tanto da esfera penal, quanto administrativa daqueles que colaborassem com a Justiça. Sem essa segurança jurídica para o colaborador/signatário de leniência, de que seus problemas estarão, caso coopere, resolvidos, qualquer programa desse tipo tende a ser um fracasso.

Em *Interface between the brazilian antitrust, anti-corruption, and criminal organization laws: the leniency agreements*, Diulas Costa Ribeiro, Nefi Cordeiro e Denis Alves Guimarães chamam atenção para o fato de que os acordos de leniência, assim denominados genericamente pelos autores, da Lei 12.529/2011, da Lei 12.846/2013 e da Lei 12.850/2013, formam um importante ponto de interseção entre a política de defesa da concorrência e o combate à corrupção, com o pertinente registro de que, aos cartéis em licitação, podem ser aplicados os três sistemas normativos (RIBEIRO; CORDEIRO; GUIMARÃES, 2018, p. 198). Dada as peculiaridades e os possíveis pontos de conflito, o

³⁴⁸ Vale lembrar que, depois da Lei 12.846/2013, fica evidente que o membro de um cartel em licitação, ao procurar o CADE para firmar leniência, até poderá resolver seus problemas na esfera antitruste e criminal do cartel, mas restarão pendentes ainda aspectos da Lei Anticorrupção. Ou seja, no caso de cartel em licitação, a afirmação de que, no CADE, o signatário da leniência pode resolver “todos os seus problemas” é contestável, não apenas por conta dos aspectos cíveis, de reparação de danos, não abarcados na leniência antitruste, mas também pelo alcance da Lei Anticorrupção.

³⁴⁹ Atente-se que a Lei 12.529/2011 não trata dos efeitos cíveis, portanto, em tese, quem firma leniência e admite a prática de cartel até pode se livrar das sanções administrativas e penais, contudo pode ser demandado para indenizar terceiros prejudicados pela prática do ilícito. Foi o que aconteceu em caso já mencionado neste trabalho, em que o STJ entendeu que a decisão do TADE é o momento a partir do qual o sigilo da leniência pode ser afastado, de maneira que as informações e os documentos ali produzidos sejam compartilhados com terceiros interessados para fins de ações de reparação cível. Trata-se do julgamento dos embargos de declaração no REsp 1554986/SP, publicado em 06/03/2018, referente ao cartel no mercado internacional de compressores para refrigeração (processo administrativo nº 08012.000820/2009-11).

sucesso das leniências passa, necessariamente, pelo trabalho conjunto das autoridades antitruste, de combate à corrupção e criminal³⁵⁰.

Esse pode ser mais um exemplo de que soluções estanques, parciais, sem considerar aspectos do todo, que não enfrentam o problema de maneira holística, tendem a ser ineficientes. Para se entender melhor essa afirmação, passa-se, agora, ao estudo da relação entre concorrência e probidade a partir da *Economia da Complexidade*.

1.3 A complexa relação entre concorrência e probidade

Neste trabalho, o termo “complexidade” se refere a um movimento verificado em diversas áreas científicas que busca dar enfoque na *interação entre os elementos* de um sistema e na forma com que, a partir dessa interação, que influencia não só os próprios elementos, mas também o sistema como um todo, *padrões são criados e modificados*. Há, portanto, uma clara preocupação quanto à formação de estruturas e ao modo em que essas estruturas impactam os objetos³⁵¹. O referencial aqui utilizado é o da *Economia da Complexidade* a partir das lições de Brian Arthur (1999, 2015 e 2021).

Dessa maneira, sistemas complexos são aqueles cujos elementos se adaptam e reagem aos padrões por eles mesmos criados. Podem ser analisados, como sistemas complexos, as células em um sistema imunológico, os planetas em um sistema solar, os íons em um vidro giratório, ou os agentes econômicos em determinado mercado. À medida que os elementos reagem, o todo muda e, conforme o todo muda, os elementos novamente reagem. Salvo algum estado de equilíbrio momentâneo alcançado, sistemas complexos estão em constante processo de evolução. No caso da economia, diferentemente dos sistemas complexos em ciências naturais, como a biologia, a física e a química, em que são esperadas sempre reações simples dos seus elementos, adiciona-se um complicador, que é o fato de os

³⁵⁰ Assim: “The analysis provided in this paper is in no way exhaustive. Rather, the conclusion only aims to reinforce the importance of having the antitrust, anti-corruption, and criminal authorities working together to reach the best practices for optimum enforcement of the three leniency regimes. Notably, such authorities are already working together. The practitioners and their significant expertise represent a great contribution to this process” (RIBEIRO; CORDEIRO; GUIMARÃES, 2018, p. 244).

³⁵¹ Nesse sentido: “Complexity is not a theory but a movement in the sciences that studies how the interacting elements in a system create overall patterns, and how these overall patterns in turn cause the interacting elements to change or adapt. It might study how individual cars together act to form patterns in traffic, and how these patterns in turn cause the cars to alter their position. Complexity is about formation – the formation of structures—and how this formation affects the objects causing it. To look at the economy, or areas within the economy, from a complexity viewpoint then would mean asking how it evolves, and this means examining in detail how individual agents’ behaviors together form some outcome and how this might in turn alter their behavior as a result. Complexity in other words asks how individual behaviors might react to the pattern they together create, and how that pattern would alter itself as a result” (ARTHUR, 2015, p. 3).

agentes econômicos reagirem com estratégia e previsão, considerando os resultados que podem advir de um comportamento que eles ou outros agentes possam assumir (ARTHUR, 1999, p. 107).

Embora o termo “*complexity economics*” apenas tenha sido utilizado pela primeira vez em 1999³⁵², desde a segunda metade da década de 80, há encontros no instituto *Santa Fe*, na cidade de *Santa Fe*, estado de *New Mexico*, nos Estados Unidos, para debater a economia a partir dessa vertente³⁵³. O primeiro encontro foi realizado em 1987 e, pelo menos desde 1988, há um programa de pesquisa específico voltado para o tema³⁵⁴.

De maneira gradual, nos últimos anos, aumentou entre os economistas um sentimento de que suas principais suposições de racionalidade perfeita, equilíbrio, rendimentos decrescentes e agentes independentes que sempre enfrentam problemas bem definidos não são tão confiáveis como se imaginava. Agora, diversas ideias de racionalidade comportamental, desequilíbrio, retornos crescentes e agentes interconectados que enfrentam incertezas fundamentais em problemas de tomada de decisão ganham força. Há maior abertura para abordagens diferentes daquela defendida pela Escola Neoclássica. E a crise de 2008, em grande medida, contribuiu para esse fenômeno (ARTHUR, 2015, p. ix).

³⁵² Em artigo intitulado *Complexity and the Economy*, publicado em 1999 pela revista *Science*, Brian Arthur utiliza pela primeira vez a expressão “*complexity economics*” na seguinte passagem, ao fazer uma contraposição com a economia convencional: “Conventional economics thus studies consistent patterns—patterns in behavioral equilibrium, patterns that would induce no further reaction. Economists at the Santa Fe Institute, Stanford, MIT, Chicago, and other institutions, are now broadening this equilibrium approach by turning to the question of how actions, strategies, or expectations might react in general to—might endogenously change with—the aggregate patterns these create. The result, complexity economics, is not an adjunct to standard economic theory, but theory at a more general, out-of-equilibrium level” (ARTHUR, 1999, p. 107).

³⁵³ A história dos primeiros anos do Instituto Santa Fé, o qual é voltado para o estudo de sistemas complexos em diversas áreas da ciência, e de como Brian Arthur, Kenneth Arrow, John Holland, além de outros cientistas se envolveram com a complexidade, é contada no livro de M. Mitchell Waldrop, *Complexity: the Emerging Science at the Edge of Order and Chaos* (2019).

³⁵⁴ Brian Arthur conta a forma com que foi convidado pelo economista Kenneth Arrow para o primeiro evento, no instituto Santa Fé, em 1987, sobre o tema e os seus frutos na seguinte passagem: “In April 1987, I was walking toward my office in Stanford when a helmeted Kenneth Arrow swung round me on his bicycle and stopped. He was putting together a group of economic theorists in September to exchange ideas with a group of scientists that his counterpart, physicist Philip Anderson, would propose. The venue would be a small institute in the Rockies just starting up. It was Santa Fe. Would I like to come? I said yes immediately without being sure of what I was committing myself to. The idea looked promising. The conference in Santa Fe when I got there a few months later turned out to be a more heavyweight affair than I’d imagined. Among the ten or so economists Arrow chose were Larry Summers, Tom Sargent, Jose Sheinkman, and William (Buz) Brock. Among the ten or so scientists Phil Anderson chose were John Holland, David Ruelle, Stuart Kauffman, and David Pines [...] Word began to leak out after the conference that something interesting had happened at Santa Fe and the new institute Science Board decided it would follow the conference up by initiating a long-term research program on the Economy as an Evolving Complex System. John Holland and I were asked to come to Santa Fe the following year to head this. I had a sabbatical coming from Stanford and accepted, John found it harder to get away from Michigan and declined. So I found heading up the Santa Fe Institute’s first research program; it would start in August the following year, 1988” (ARTHUR, 2015, pp. x-xi).

Apesar de os Estados Unidos, durante as últimas décadas, terem sido o epicentro de uma política econômica neoliberal, marcada fortemente pela crença de que os mercados se autorregulam, a qual teve como um dos seus principais expoentes o economista Milton Friedman, a quebra do banco Lehman Brothers, ocorrida em 15 de setembro de 2008, fez com que aquele país sofresse a maior crise experimentada desde o *crash* da Bolsa de Valores de New York em 1929. Para além da crise econômica, que, segundo as premissas neoliberais, não deveria ter acontecido, o país registra mercados altamente concentrados, com deterioração das relações de trabalho, estagnação da inovação e riscos, a partir do uso abusivo do poder econômico, aos preceitos democráticos. Não se nega que houve relevantes avanços econômicos no período, mas a pergunta que se faz é a que preço, bem como se a economia tradicional conseguiu entregar aquilo que, de maneira simples, mas aparentemente descasada da realidade, prometia³⁵⁵.

A *Economia da Complexidade*, então, fornece uma alternativa à visão neoclássica, por isso não consiste tão somente em um aditivo ao comportamento dos agentes a partir dos modelos e padrões até então existentes. É uma forma diferente de ver a economia, em que ações e estratégias estão em permanente evolução, sendo, nesse sentido, o tempo elemento importante para, constantemente, formar e reformar estruturas. É, portanto, uma visão mais próxima da realidade: o mundo, para a *Economia da Complexidade*, seria orgânico, evolucionário e historicamente contingente (ARTHUR, 2015, p. 2). Enquanto a economia tradicional dá ênfase à ordem, à determinação, à dedução e à estabilidade, essa nova abordagem enfatiza a contingência, a indeterminação, o processo constante em que a própria

³⁵⁵ Nesse sentido, é a obra do economista Binyamin Appelbaum intitulada *The Economists' Hour: False Prophets, Free Markets, and the Fracture of Society*. Ele chama de *hora dos economistas* o período compreendido entre 1969 a 2008, em que os economistas passaram a ter papel predominante na formulação das políticas públicas dos Estados Unidos, com destaque para o período de forte influência de Milton Friedman, que vai de 1980 a 2005. Apesar de toda a promessa de que os mercados conseguiriam se autorregular e isso seria bom para sociedade estadunidense, o período é marcado por forte concentração econômica e incremento considerável na desigualdade social, tendo como marco final a crise financeira de 2008. Assim, Appelbaum, apesar de reconhecer pontos positivos, chama atenção: "The embrace of markets lifted billions of people around the world from abject poverty. Nations have been tied together by the flows of goods and money and ideas, and most of the world's 7.7 billion people live wealthier, healthier, and happier lives as consequence [...] But the market revolution went too far. In the United States and in other developed nations, it has come at the expense of economic equality, of the health of liberal democracy, and future generations. Economists instructed policy makers to focus on maximizing growth without regard to the distribution of the gains – to focus on the size of the pie rather than the size of the pieces" (APPELBAUM, 2019, p. 6). O Direito Antitruste dos Estados Unidos teve um papel relevante, ao permitir esses índices de concentração econômica, visto que, no período, prevaleceram as lições de Bork e Posner. Embora reconheça certo benefício aos consumidores, especificamente quanto a uma possível redução de preços, Appelbaum chama atenção para outros problemas, como a deterioração das relações de emprego, a diminuição da inovação e riscos do poder econômico enfraquecer a própria democracia (APPELBAUM, 2019, p. 131-160).

experiência constrói o sentido das coisas e a abertura para mudanças (ARTHUR, 2015, p. 24-25). Então, quais seriam as principais particularidades da *Economia da Complexidade*?

Inicialmente e mais importante, seria analisar a atividade econômica a partir de uma perspectiva de *nonequilibrium*. E, ainda, conforme explica Brian Arthur, reconhecer: “a multiplicity of potential ‘solutions’; the outcome actually reached is not predictable in advance; it tends to be locked in; it is not necessarily the most efficient economically; it is subject to the historical path taken; while the companies may start equal, the outcome is asymmetrical” (ARTHUR, 1999, p. 107). Essas características podem ser detalhadas a partir da explicação de três ideias básicas: a *imprevisibilidade*, a existência de *retornos crescentes* e o próprio *não equilíbrio* que, pela sua relevância, será abordado por último.

A economia tradicional tende a trabalhar com a perspectiva de *previsibilidade*, decorrente, sobretudo, das lentes de equilíbrio e de racionalidade a partir das quais a atividade econômica é analisada. A abordagem corriqueira questiona qual modelo de previsão ou de expectativas em um problema particular é válido. Ela assume que os agentes podem deduzir antecipadamente qual modelo funcionará, bem como que todos sabem como usá-lo, a partir da suposição de que há um conhecimento comum. Entretanto, o que acontece quando os modelos de previsão não são óbvios e devem ser formados individualmente pelos agentes, os quais estão amarrados também às expectativas dos outros? E a depender de suas escolhas, isso pode influenciar as escolhas alheias e alterar a dinâmica do próprio sistema? Há, na verdade, uma impossibilidade de determinar *quando e de que maneira* alguns fenômenos³⁵⁶ ocorrerão, embora seja possível antever *se* ocorrerão (ARTHUR, 2015, p. 12-16). Uma vez adotada a perspectiva da complexidade, com ênfase na formação de estruturas, os problemas envolvendo previsão na economia aparecem, portanto, de maneira diferente (ARTHUR, 1999, p. 108).

Sobre retornos crescentes ou *feedbacks* positivos e sua relação com a complexidade, Brian Arthur explica que eles consistem em uma propriedade definidora dos sistemas complexos ou, de forma mais precisa, a presença de retornos crescentes e decrescentes se verifica conjuntamente. Caso apenas existissem *feedbacks* negativos, o sistema convergiria rapidamente ao equilíbrio. Por outro lado, se contivesse apenas positivos, demonstraria um comportamento explosivo. É a mistura entre os dois que possibilita o comportamento complexo. A constatação de retornos crescentes não é uma novidade na economia: se determinado agente econômico toma a dianteira ou realiza o primeiro

³⁵⁶ Tais como bolhas, quebras, alta volatilidade e reações em cadeia, conforme será abordado em seguida.

movimento em determinado mercado, é possível, por uma combinação aleatória de eventos, que ele ganhe gradativamente mais vantagem e, conseqüentemente, domine o mercado, ainda que não necessariamente seja o mais eficiente³⁵⁷. O que foi destacado pela *Economia da Complexidade* é que a presença de retornos crescentes na economia é mais comum do que ordinariamente se supõe (BRIAN, 2015, p. 17). O exemplo do *layout* dos teclados é revelador, embora não seja o único³⁵⁸.

No final do século XIX, o *layout* atual dos teclados “competia” para ser o prevalente com dezenas de outras possibilidades. O engenheiro Christopher Scholes desenhou o *layout* QWERTY, assim conhecido pelas primeiras seis letras da sua fileira inicial, em 1873, com o propósito de diminuir a velocidade dos datilógrafos: é que as máquinas usualmente emperravam se a datilografia fosse muito rápida. Então a *Remington Sewing Machine Company* produziu em larga escala teclados com a configuração QWERTY, o que fez com que ainda mais usuários aprendessem aquele *layout*. Em um dado momento, ainda que surgissem outras formatações mais eficientes, o fato de o mercado estar organizado já daquela maneira possibilitou que o padrão QWERTY se estabelecesse para sempre (WALDROP, 2019, p. 35). Em síntese, as características descritas em um sistema de economia complexa estão, nesse exemplo, presentes: apesar de uma multiplicidade de soluções potenciais (diversos *layouts*), houve uma tendência de trancamento no padrão inicialmente estabelecido, mesmo que não fosse o mais eficiente, e, porque o sistema está sujeito ao caminho histórico percorrido, o padrão QWERTY manteve-se na liderança. Ainda que, em tese, as opções, em

³⁵⁷ Nesse sentido, vide artigo de Brian Arthur (2015, p. 69-88) intitulado *Competing Technologies, Increasing Returns, and Lock-in by Historical Events*.

³⁵⁸ Outros exemplos lembrados por Mitchell Waldrop são o sistema VHS de fitas de vídeo, a opção por motores de combustão à gasolina e a tecnologia utilizada para obtenção de energia nuclear. Interessante trazer aqui as passagens em que esses exemplos são comentados: “Or consider the Beta versus VHS competition in the mid-1970s. Even in 1979 it was clear that the VHS videotape format was well to cornering the market, despite the fact that many experts had originally rated it slightly inferior to Beta technologically. How could this have happened? Because the VHS vendors were lucky enough to gain slightly bigger market share in the beginning, which gave them an enormous advantage in spite of the technological differences” (WALDROP, 2019, p. 35); “In the 1890s, Arthur discovered, when the automotive industry was still in its infancy, gasoline was considered the least-promising power source [...] gasoline was expensive, noisy, dangerously explosive, and required a new kind of engine containing complicated new parts. If things had been different and if steam engines had benefited from the same ninety years of development lavished on gasoline engines, we might now be living with considerably less air pollution and considerably less dependence on foreign oil” (WALDROP, 2019, p. 40); “And there was the case of nuclear power. When the United States embarked on its civilian nuclear power program in 1956, a number of designs were proposed: reactors cooled by gas, by ordinary ‘light’ water, by a more exotic fluid known as ‘heavy’ water, and even by liquid sodium [...] When the Soviets launched Sputnik in October of 1957, the Eisenhower administration was suddenly eager to get some reactor up and running – any reactor. And at the time, the only reactor that was anywhere near being ready was a highly compact, high-powered version of light-water reactor, which had been developed by the Navy as a power plant for its nuclear submarine [...] That led to further technical development of the light-water design and by the mid- 1960s, it had essentially displaced all the others in the United States” (WALDROP, 2019, p. 41).

um momento inicial, tivessem as mesmas possibilidades, o resultado obtido pelo modelo vencedor é totalmente assimétrico.

Finalmente, a *Economia da Complexidade* se baseia na premissa de que o *não equilíbrio* é o estado natural esperado³⁵⁹. Os agentes econômicos mudam constantemente sua estratégia em resposta aos resultados que eles mutuamente criam, e isso adiciona novas mudanças nos resultados, o que requer novos ajustes nas estratégias, de maneira que, segundo Arthur, “agents thus live in a world where their beliefs and strategies are constantly being ‘tested’ for survival within an outcome or ‘ecology’ these beliefs and strategies together create” (ARTHUR, 2015, p. 1). A estratégia de sobrevivência aqui mencionada aproxima sobremaneira as ideias de Arthur às de Fligstein, sobretudo quando explicados os dois elementos que, segundo Arthur, geram instabilidade na economia: a *incerteza fundamental* e a *inovação tecnológica*, os quais dialogam de forma muito próxima com a *competição* e a *tecnologia* destacadas por Fligstein ao tratar da instabilidade na sua *Teoria dos Campos* aplicada à arquitetura dos mercados.

Os problemas de escolha na economia envolvem algo que ocorrerá no futuro, próximo ou remoto, mas, de toda forma, com algum grau de incerteza. Dessa forma, não há uma opção ótima prévia, porque as coisas ocorrem à medida que os agentes vão interagindo. E, se determinado agente não pode prever exatamente o que ocorrerá, formando, pois, crenças subjetivas do futuro, os outros agentes fazem o mesmo, o que permite afirmar que a incerteza gera ainda mais incerteza. Essa observação não é também uma novidade da *Economia da Complexidade*, mas a consequência dela extraída é aqui relevante: a racionalidade pura e dedutiva, a qual produz soluções lógicas, não funciona para a análise estrutural da economia, simplesmente porque o problema não é logicamente definido. A lógica racional, portanto, não é tão somente uma opção ruim, ela é uma opção inexistente (ARTHUR, 2015, p. 5-6). Esse é o sentido de *incerteza fundamental*.

Além disso, os efeitos disruptivos da *inovação tecnológica*, sobretudo nos últimos anos, têm se mostrado mais intensos do que ordinariamente se supunha. E novas tecnologias demandam outras novas tecnologias: o avanço dos computadores exigiu que fosse aprimorada a capacidade de armazenamento, a linguagem computacional, o uso de algoritmos e a própria

³⁵⁹ Assim: “The economy is not necessarily in equilibrium; in fact it is usually in nonequilibrium. Agents are not all knowing and perfectly rational; they must make sense of the situations they are in and explore strategies as they do this. The economy is not given, not a simple container of its technology; it forms from them and changes in structure as this happens. In this way the economic is organic, one layer forms on top of previous ones; it is ever changing, it shows perpetual novelty; and structures within it appear, persist for a while, and melt back into it again. All this is not just a more poetic, humanistic view of the economy. It can be rigorously defined, and precisely probed and analyzed” (BRIAN, 2015, p. xix - xx).

formatação de seus dispositivos. Dessa forma, uma nova tecnologia não é apenas *uma* oportunidade de ruptura ao equilíbrio, mas *um permanente estado gerador* de ruptura. Há, notoriamente, um efeito em cadeia nesse processo, em que resultado não é tão somente a ocorrência de mudanças ocasionais, mas um estado permanente de instabilidade (ARTHUR, 2015, p. 6-7). Daí porque, em síntese, o estudo da economia, a partir de sua complexidade, deve necessariamente considerar o seu estado de não equilíbrio, e isso faz toda a diferença.

Quando a economia é analisada sem o filtro do equilíbrio, alguns fenômenos são melhor observados³⁶⁰, sobretudo no chamado “meso-level” econômico³⁶¹, que seriam: (i) o *self-reinforcing asset-price changes*, ou simplesmente as bolhas e as quebras; (ii) *clustered volatility*, que são períodos aleatórios de alta e baixa volatilidade; e (iii) *sudden percolation*, que ocorre quando mudanças repentinamente são transmitidas para outros setores ou mercados e, a depender do grau de conectividade entre eles, isso ocorrerá de maneira relativamente isolada, quando as conexões forem escassas, ou com grande força de propagação, em casos de conexões mais densas (ARTHUR, 2015, p. 12-16). Aqui também há um importante ponto de contato com Fligstein e as conexões entre os diversos campos ali tratadas³⁶².

Conhecer esses fenômenos parece imprescindível não apenas para mensurar os efeitos decorrentes de intervenções³⁶³, mas, sobretudo para desenhar a melhor forma de realizá-las. A utilização da computação é, diante de sistemas complexos, uma excelente ferramenta, se não para a realização de previsões, para melhor compreender como os agentes

³⁶⁰ Conforme restou verificado em estudo produzido pelo próprio Arthur (2015, p. 39-68), intitulado *Asset Pricing under Endogenous Expectations in an Artificial Stock Market*, no qual foi emulado um sistema de investidores no mercado financeiro a partir de premissas da Economia da Complexidade.

³⁶¹ Brian Arthur compara o sistema complexo da economia a de um trânsito de veículos e, ao tratar do fenômeno de engarrafamento, que pode afetar todo o sistema, mas é iniciado a partir da interação de alguns carros específicos, explica o que quer referir com a expressão *meso-level*: “the phenomenon occurs neither at the micro-level, (individual car level) nor at the macro-level (overall flow on the road) but at a level in between – the meso-level” (ARTHUR, 2015, p. 12). Dessa maneira, o *meso-level* econômico está situado na interação de dois ou mais agentes, portanto, algo além dos agentes individualmente considerados e aquém de todo o sistema.

³⁶² A relação entre diversos campos é explicada por Neil Fligstein a partir da expressão *embeddedness of strategic action fields*. Assim: “Fields do not exist in vacuum. They have relations with other strategic action fields and these relations powerfully shape the developmental history of the field. It is useful to consider how these relations affect the stability and instability of strategic action fields. One of the central insights of our theory is that the basic structure of any given strategic action field is the same as any other field regardless of whether or not the field is made up of individual people, groups, organizations, or nation-states” (FLIGSTEIN; MCADAM, 2012, p. 59).

³⁶³ Assim: “Complexity economics, by contrast, teaches us that the economy is permanently open to response and that every part of it is open to new behavior – to being exploited for gain, or to abrupt changes in structure. A complexity outlook would recommend putting carefully thought out controls in place, much as authorities put sensible building codes in place in seismic regions. But just as important, it would bring a shift in attitude in the direction of realism. The economy does not consist of a set of behaviors that have no motivation to change and collectively cause optimality; the economy is a web of incentives that always induce further behavior, invite further strategies, provide collectively ‘reasonable’ outcomes along the way, and ever cause the system to change” (ARTHUR, 2015, p. 24).

interagem e como o sistema funciona. E, diante do *não equilíbrio* mencionado, o qual decorre da *incerteza fundamental* e das *inovações tecnológicas*, bem como em face dos fenômenos descritos, com destaque para a potencialidade de reações em cadeia, a precaução torna-se um norte importante³⁶⁴.

Deve-se citar que Brian Arthur reconhece a utilidade de Economia Neoclássica, mormente por conta da introdução da matemática, de maneira mais criteriosa, por economistas como Stanley Jevons e Léon Walras (ARTHUR, 2021, p. 1). Ocorre que esse ferramental tradicional deve ser aplicado para a compreensão do que Arthur chama de “substantivos” na economia, aspectos como preço, quantidade produzida, consumo, desemprego ou inflação, sendo insuficiente para a compreensão dos chamados “verbos”, que seriam os processos, como estruturas de mercados se formam ou se transformam³⁶⁵. Isso

³⁶⁴ Nesse sentido: “A better way forward is to observe that in the economy, current circumstances form the conditions that will determine what comes next. The economy is a system whose elements are constantly updating their behavior based on the present situation. To state this in another way, formally, we can say that the economy is an ongoing computation – a vast, distributed, massively parallel, stochastic one. Viewed this way, the economy becomes a system that evolves procedurally in a series of events; it becomes algorithmic. There is a danger that seeing the economy this way is merely bowing to a current fashion in science, but the idea allows me to make an important point. Suppose for a moment that we – or better, Laplace or “God” – know the algorithm behind the computation (the large but finite set of detailed mechanisms by which the economy, or the part of it that interests us, makes its next move). A fundamental theorem in computation (Turing, 1936) tells us that in general (if we choose an algorithm randomly) there is no way – no systematic analytical method – to tell in advance whether that algorithm or computer program will halt (as opposed to going on forever, or cycling). Since we could arrange that an algorithm halt if its output fulfilled some particular set of mathematical conditions or reached a given ‘solution’, in general we cannot tell that that will be the case either. In other words there is no analytical method to decide in advance what a given algorithm will do [...]. So we need to be cautious. For highly interconnected systems, equilibrium and closed-form solutions are not the default outcomes; if they exist they require justification. And computation for such systems should not be regarded as the avoidance of analytical thinking; rigorously speaking, it may be completely necessary. We can often do much useful pre-analysis of the qualitative properties of nonequilibrium systems, and understand the mechanisms behind these; still, in general the only precise way to study their outcomes is by computation itself [...]. The objective, we should remember, is not necessarily to formulate equations or to arrive at necessary conditions. The objective, as it is with all theory, is to obtain general insights” (ARTHUR, 2015, p. 8-9).

³⁶⁵ Arthur inclusive contrapõe à utilização da álgebra, ferramenta útil para a compreensão dos “nomes”, aos algoritmos, essenciais para o estudo dos “verbos”. Assim: “All theories in economics are constructions of thought about human behavior using some instrument or mode of understanding, and I don’t believe there is a final, ideal mode that can reveal all there is to know about the economy. Whether the mode of understanding is close observation expressed discursively, historical analysis, geometrical reasoning, algebraic mathematics, or algorithmic expression, all are valid modes even if they apply best to different contexts, and all reveal different things. Algebraic mathematics is a particularly powerful instrument for economic theory and it will and should continue to have a valid place in economics. It reveals the implications of the large equilibrating forces that hold the economy together, and the logic that governs its smaller structures. But it comes with the requirement that its explanations –the “stories” it tells –must be put together only with nouns, quantitative nouns. This requisite is so familiar we do not even notice it; in fact if we are adept in mathematics we feel comfortable with it. But that doesn’t diminish its consummate awkwardness—think of trying to write a novel using only nouns. Algorithmic mathematics is different. It allows verbs and thereby unleashes actions –processes and processes within processes. It allows contingency, the idea that circumstances—perhaps randomly arrived at –determine what happens next. It allows context: agents respond to detailed aspects of the overall outcome they together create. It provides a way of exploring the formation of structures, the ongoing process of nonequilibrium, and indeed how history creates the economy and the economy creates history” (ARTHUR, 2021, p. 11).

implica afirmar que a *Economia da Complexidade*³⁶⁶ pode ser aplicada em complementariedade a abordagens tradicionais, a depender do problema que se pretenda resolver.

Por ora, basta mencionar que essa será a noção de complexidade referida neste trabalho, quando for estudada a relação entre concorrência e corrupção ou, mais especificamente, dos cartéis em licitação com os agentes públicos corruptos. A compreensão da corrupção a partir de sistemas complexos não é, exatamente, uma novidade aqui trazida, visto que outros estudos já abordaram o problema a partir desse olhar. Por exemplo, Luna-Pla e Nicolás-Carlock, em artigo intitulado *Corruption and complexity: a scientific framework for the analysis of corruption networks*, publicado em 2020, analisaram um caso de corrupção de empresas-fantasma ocorrido no estado de Veracruz, no México, justamente na área de licitações,³⁶⁷ a partir das premissas da complexidade³⁶⁸, encontrando pontos relevantes para a melhor compreensão do fenômeno³⁶⁹. Ainda, Manoel Rodrigues Pereira Junior, no bacharelado de Ciências Econômicas pela Universidade Federal do Paraná, defendeu monografia, em 2017, com o título *Corrupção Sistêmica: contribuições da Teoria da*

³⁶⁶ Em *Economics in Nouns and Verbs*, trabalho datado de 2021, a *Economia da Complexidade* é assim citada por Arthur: “The economy would become a living thing. Such a view chimes with the new approach of complexity economics (see Arthur, 1999, 2015a, 2021). 10 This sees agent behavior not as consistent with (in equilibrium with) the outcome it brings about, but as reacting to the outcome it causes. In this economics, agents in the economy—producers, investors, banks—differ in ways unknown, and thereby inhabit a world where fundamental uncertainty is the norm. They act and react to the changing circumstances they mutually create: they imagine, attempt to ‘make sense,’ test out ideas, and occasionally come up with novel responses. These reactions in turn change the situation or outcome, so that agents may have to react or adjust again. No equilibrium need necessarily emerge. We are in a world of constant change and response, one not of stasis but of process. All economies are systems of processes permanently in formation” (ARTHUR, 2021, p. 10-11).

³⁶⁷ Mais especificamente: “In one of the biggest embezzlement scandals in Mexico of recent times, the former governor of the state of Veracruz, Javier Duarte de Ochoa was sentenced by federal authorities to 9 years of prison for criminal conspiracy and money laundering, after an initial charge for organized crime and operations with illicit proceeds, and an unexpected escape and extradition from Guatemala (Animal Político, 2016). According to the Mexican Superior Audit of the Federation, the amount of diverted money could reach 60 billion pesos (about 3 billion dollars), originally destined to diverse social programs, security and education, but that never reached their end. As the leading investigative journalists of the case documented (Ángel, 2017; Animal Político, 2016), the embezzlement mechanism consisted of hundreds of ‘phantom’ or shell companies, created under fake ownership, that were awarded with contracts from the local government for diverse projects but that never delivered neither the goods nor services promised” (LUNA-PLA; NICOLÁS-CARLOCK, 2020, p. 8).

³⁶⁸ Assim: “In this context, corruption could be regarded as a phenomenon that occurs within systems whose structure and dynamics can evolve as a response to changes in its corresponding socio-political and regulation context, with a strong dependence on the interrelation of different factors and actors acting as a whole. In general, systems with the previous characteristics are the subject matter of complexity or complex systems science, which represents a new scientific paradigm and a new way of doing science in the twenty-first century” (LUNA-PLA; NICOLÁS-CARLOCK, 2020, p. 6).

³⁶⁹ Algumas das conclusões encontradas : “The evidence presented here points towards the hidden complexity in other corruption events of this kind, where not all information of the parties involved is available, and the shortcomings of analysis through reductionistic eyes”, além de “Corruption is a phenomenon that not only occurs within the complexity of private or public socio-political and technical systems, but also, it can give rise to a complex system in itself, in which the interrelations of different actors and factors acting as a whole originate characteristic self-organizing and emergent phenomena” (LUNA-PLA; NICOLÁS-CARLOCK, 2020, p. 15).

Complexidade e dos sistemas adaptativos complexos, na qual analisa casos de corrupção como o Mensalão, a Lava Jato e a Operação Mãos Limpas na Itália a partir da noção de sistemas complexos³⁷⁰.

Os possíveis casos de corrupção estudados neste trabalho ocorreram no contexto de licitações públicas, exemplos de *grand corruption*, portanto no exercício da atividade econômica dos agentes. A ideia de que a interação entre os elementos do sistema influencia não só os próprios agentes, mas também o sistema como um todo, fazendo com que padrões sejam criados e modificados, aplica-se também para esse tipo de corrupção, aos moldes das demais atividades econômicas, conforme avalia Arthur. Ocorre que, neste trabalho, diferentemente dos outros aqui citados, pretende-se avaliar, à luz da complexidade, não apenas a corrupção, mas também a própria relação entre agentes econômicos cartelizados e agentes públicos corruptos. O objetivo será, a partir de algumas características dos sistemas complexos, propor soluções para o melhor enfrentamento do problema. Uma dessas características, a *propriedade emergente*, precisa ser desde logo detalhada, pois ajudará na pesquisa empírica a ser realizada no capítulo seguinte.

A noção de propriedade emergente é ligada à ideia de que o todo é diferente da soma das partes³⁷¹. E um exemplo convencionalmente apontado é a água, que é formada pela soma de moléculas do hidrogênio com o oxigênio. As propriedades da água não são encontradas quando analisados, individualmente, os seus componentes³⁷². Sistemas complexos apresentam essa propriedade emergente, também conhecida como comportamento emergente, de forma que a soma dos indivíduos forma um todo diferente da individualidade

³⁷⁰ A associação feita por Pereira Junior é, mais especificamente, entre corrupção sistêmica e complexidade, nos seguintes termos: “Conforme Ajzentel (2015, p. 72), ‘as características inatas de muitos sistemas sociais tendem a produzir complexidade’. Sendo corrupção sistêmica uma teia de conexões, por meio das quais interagem entre si, dentro de uma variedade de processos adaptativos, corruptos e corruptores, pode-se afirmar então, que a corrupção sistêmica é uma forma de sistema social adaptativo complexo. Isso pode ser observado através dos pontos anteriormente descritos por Gault Galicia e Lepore (2015) sobre corrupção sistêmica, onde o autor afirma que a complexidade da corrupção surge da interação e cooperação entre os membros das organizações. De forma que, iniciando com atos ‘quase-ilícitos’, a prática tende a evoluir e configurar um fenômeno sistêmico” (PEREIRA JUNIOR, 2017, p. 52).

³⁷¹ Por exemplo, segundo Siegenfeld e Bar-Yam: “Systems with many components often exhibit emergent behaviors, i.e. behaviors that arise from the relationships between the components rather than from the components themselves” (SIEGENFELD; BAR-YAM, 2020, p. 12). Ou, ainda, conforme explica Michel Baranger: “Emergence happens when you switch the focus of attention from one scale to the coarser scale above it. A certain behavior, observed at a certain scale, is said to be emergent if it cannot be understood when you study, separately and one by one, every constituent of this scale, each of which may also be a complex system made up of finer scales. Thus the emerging behavior is a new phenomenon special to the scale considered, and it results from global interactions between the scale’s constituents” (BARANGER, 2000, p. 9-10).

³⁷² Assim: “Another example of a local emergent property is the formation of water from atoms of hydrogen and oxygen. The properties of water are not apparent in the properties of gasses of oxygen or hydrogen. Neither does an isolated water molecule reveal most properties of water. However, a microscopic amount of water is sufficient. In the study of complex systems we are particularly interested in global emergent properties. Such properties depend on the entire system” (BAR-YAM, 1997, p. 10).

das partes. E o mais interessante é que sistemas complexos podem ser decompostos em outros sistemas complexos: governos, famílias e até o corpo humano podem ser analisados como sistemas complexos formados, internamente, por outros sistemas complexos³⁷³. Assim, a propriedade emergente poderia ser verificada em diferentes camadas do sistema.

Nos próximos tópicos, serão analisadas as formas tradicionalmente utilizadas pela doutrina para abordar o problema, a começar pela relação macro entre concorrência e probidade nos mercados.

1.3.1 A relação entre concorrência e probidade (macro)

No cenário internacional, alguns trabalhos, a maioria amparada em matrizes econométricas e em análises empíricas, demonstram que há uma relação inversamente proporcional entre concorrência e corrupção, de duplo sentido. Assim, o incremento na corrupção está associado à diminuição da concorrência em um determinado mercado, bem como a sua redução ao aumento da competitividade. Por outro lado, baixos níveis de concorrência estariam relacionados ao florescimento da corrupção, assim como altos índices de competição à diminuição das práticas corruptas.

Em artigo publicado em 2006 no *Journal of Development Economics - Elsevier*, intitulado *Corruption, Competition and Democracy*, Patrick Emerson, a partir de um modelo econométrico de interação entre agentes públicos corruptos e empresários, propõe que corrupção e competição são antíteses. Ele parte da premissa de que agentes públicos até podem obter propinas em larga-escala, mas, em função da quantidade de agentes econômicos do mercado e do risco de detecção, algum equilíbrio pode surgir em cenários de alta corrupção e baixa concorrência, ou vice-versa³⁷⁴. Se mercados competitivos são importantes para produzir eficiência e inovação, o modelo também ajuda a explicar o porquê de países

³⁷³ Após tratar dos governos, das famílias e do corpo humano como sistemas complexos, Bar-Yam menciona: “It is apparent that parts of a complex system are often complex systems themselves. This is reasonable, because when the parts of a system are complex, it seems intuitive that a collection of them would also be complex. However, this is not the only possibility” (BAR-YAM, 1997, p. 5).

³⁷⁴ Assim: “This paper presents a model of the interaction between corrupt government officials and industrial firms to show that corruption is antithetical to competition. It is hypothesized that a government agent that can demand graft from formal firms in a market has a selfinterest in demanding a bribe payment that serves to limit the number of firms. This corrupt official will also be subject to a detection technology that is increasing in the amount of the bribe payment and the number of firms that pay it. Under quite normal assumptions about the shape of the graph of the detection function, multiple equilibria can arise where one stable equilibrium is characterized by high corruption (or bribe payment) and low competition, and another stable equilibrium is characterized by low corruption (or bribe payment) and high competition” (EMERSON, 2006, p. 211).

com elevado nível de corrupção, portanto com baixa competitividade, apresentarem níveis fracos de desenvolvimento.

No mesmo sentido é o trabalho de Werner Troesken, intitulado *Competition and Corruption: Lessons from 150 Years of Industrial Governance*, publicado em 2007. Ele analisa a história de três mercados nos Estados Unidos, mais especificamente o de destilaria de whiskies, o de refinaria de petróleo e o de utilidades públicas, como gás, eletricidade e água, os quais ele considera, respectivamente, alto, moderado e pouco competitivo. E conclui que a corrupção aflora quando as regras de livre mercado funcionam deficientemente, enquanto naqueles, em que se verifica alta competitividade, a corrupção é limitada e tem duração mais restrita³⁷⁵.

David Lewis e Reena das Nair em *Fighting Corruption and Promoting Competition*, artigo publicado em 2014, especialmente para evento promovido pela OCDE para debater a relação entre concorrência e corrupção³⁷⁶, concluem, a partir de uma revisão de outros trabalhos³⁷⁷, que há relação inversa entre concorrência e corrupção, de mão dupla, de forma que baixos níveis de concorrência nos mercados levam a altos níveis de corrupção, assim como elevados índices de corrupção deterioram a concorrência³⁷⁸. Os autores também chamam atenção para um ponto já abordado neste trabalho³⁷⁹, de que a corrupção na esfera pública impacta a concorrência, no sentido de que os contratos são conquistados não em razão do mérito empresarial, mas por conta da barganha política ilícita³⁸⁰.

³⁷⁵ Dessa forma: “In industries where unfettered competition has not worked very well, such as public utilities, corruption has flourished, while in industries where market forces have been highly effective, such as whiskey distilling, corruption has been very short-lived. Based on the evidence presented above, the negative correlation between industrial competitiveness and corruption is not spurious. On the contrary, because corruption, whatever its form, is costly it cannot survive in highly competitive environments” (TROESKEN, 2007, p. 59).

³⁷⁶ A referência aqui é ao *roundtable* promovido pelo *Global Forum on Competition* da OCDE, realizado em 27 e 28 de fevereiro de 2014, para discutir o tema *Fighting Corruption and Promoting Competition*. Os documentos desse evento podem ser obtidos em: <http://www.oecd.org/daf/competition/fighting-corruption-and-promoting-competition.htm>. Acesso em: 28 mar. 2022.

³⁷⁷ Entre os trabalhos mencionados pelos autores, destacam-se três trabalhos escritos por Ades e Di Tella em 1994, *Competition and Corruption*, em 1997, *National Champions and Corruption*, e em 1999, *Rents, Competition and Corruption*, os quais abordam como os níveis de concorrência internacional e de importação estariam inversamente relacionados aos índices de corrupção.

³⁷⁸ Assim: “He will be aware that the less competitive the market, the greater the rent generated and the greater the opportunity for rent seeking. Therefore the causality explaining the inverse correlation between rent-seeking and corruption is plausibly theorised to run both ways – that is, both from low levels of competition to high levels of corruption and from high levels of corruption to low levels of competition. That is to say, the public official who actively sets about stifling competition by limiting entry to, or inducing exit from, a market will simultaneously serve the interests of incumbent firms by generating greater rent as well as his own private interest through enhancing the potential for rent seeking and through narrowing the number of targets of his rent-seeking activities, thus lowering the risk of detection” (LEWIS; DAS NAIR, 2014, p. 12).

³⁷⁹ Vide item 1.2, “A proibidade e a corrupção nos mercados”.

³⁸⁰ Nesse sentido: “The connection between political corruption and competition is, as with the connection between public service corruption and competition, self-evident. Major public contracts are awarded, not on the merits, but in order to secure the political support of the beneficiaries and the constituencies that they represent;

Ana Frazão, em *Direito Antitruste e Direito Anticorrupção: pontes para um necessário diálogo*, publicado em 2017, destaca alguns aspectos relacionados à interface entre os ilícitos. Por exemplo, anota que a corrupção distorce a concorrência, substituindo a eficiência pela compra de facilidades, o que cria desnecessários custos de transação e, possivelmente, até barreiras à entrada. Esses custos de transação, quando presentes em determinado mercado, favorecem os agentes detentores de poder econômico, por serem aqueles dotados de maior capacidade de arcar com os custos da corrupção. Tal fenômeno gera um círculo vicioso, no qual, quanto mais corrupção, maiores os custos de transação e as barreiras à entrada, bem como, conseqüentemente, maior concentração de poder³⁸¹. Frazão propõe três caminhos a partir dos quais a regulação dos mercados pode evoluir para aprimorar o diálogo entre concorrência e probidade, que seriam a estrutura, a autorregulação e a cooperação³⁸².

Peter Grajzl e Andrzej Baniak, em *Private Enforcement, Corruption, and Antitrust Design*, analisam, em uma perspectiva diferente, como a corrupção afeta a concorrência. Na verdade, não exatamente a concorrência nos mercados, mas a política pública de *enforcement* das regras antitruste. Grajzl e Baniak partem de um modelo baseado em dois sistemas antitruste, um pautado no *enforcement* público-privado, outro apenas público, em dois cenários distintos: o primeiro em que o sistema é imune a práticas corruptas e o outro em que a aplicação das normas de defesa da concorrência são afetadas pela corrupção³⁸³. Em síntese, a corrupção deteriora a iniciativa privada de reparação dos ilícitos

investment decisions – particularly foreign investment decisions – are mediated by politically connected middlemen who perform no function other than securing the necessary political and administrative permissions required for the investment to go ahead, a pure rent-seeking cost. However the costs of political corruption are significantly greater than the dampening impact on competition. It significantly compromises public life and administration” (LEWIS; DAS NAIR, 2014, p. 19).

³⁸¹ E complementa: “Especialmente em mercados nos quais já existem consideráveis barreiras à entrada, a corrupção pode estabelecer verdadeiro círculo vicioso, na medida em que, quanto mais é vista como alternativa para contornar tais barreiras, mais se consolidará como comportamento dominante e ainda se tornará uma barreira adicional” (FRAZÃO, 2017b, p. 5-7).

³⁸² Em síntese, quanto à esfera da estrutura, Frazão propõe medidas que alterem a organização e a conformação dos mercados em que se verifiquem as práticas ilícitas, lembrando que, na experiência do CADE, medidas estruturais são mais eficientes do que medidas comportamentais. Destaca-se a sugestão, a partir de citação do professor Calixto Salomão, de que medidas estruturais deveriam ser aplicadas no combate à corrupção, como as alterações de controle societário. A Lei 12.946/2013 não prevê sanções nesse sentido. Na esfera da autorregulação, busca-se a mudança de valores de “dentro para fora” do ente empresarial, com destaque para o *compliance*, conjunto de medidas adotadas no âmbito interno do agente econômico para reforçar a necessidade de observância das normas jurídicas. Por fim, a esfera da cooperação se refere às medidas não coercitivas, mas especificamente consensuais, que tornam mais eficiente a atuação repressiva estatal, bem como propiciam uma solução mais célere para o agente econômico que pratica determinados ilícitos, citando-se como exemplo os acordos de leniência (FRAZÃO, 2017b, p. 14-26).

³⁸³ Mais especificamente: “In order to examine how the institutional environment embedding antitrust impacts the effectiveness of private antitrust enforcement, and to draw normative conclusions about antitrust design, we develop a stylized model that contrasts the system of public-private antitrust enforcement with the system of

antitruste, mas, em determinado contexto de *enforcement* público-privado, permite que a atuação privada supra a pública em algumas circunstâncias. O mais relevante é que o trabalho chama atenção para o fato de que o sucesso na aplicação das normas de defesa da concorrência depende do contexto institucional em que o país está inserido, de forma que a mera transposição de normas, sem considerar a realidade específica, como a corrupção, pode acarretar consequências indesejadas³⁸⁴.

Entretanto e, sob a perspectiva do presente trabalho, de maneira não surpreendente, há estudos em sentido contrário. Alguns autores, a maioria também partindo de análises empíricas e de modelos econométricos, afirmam que há relação no mesmo sentido, e não inversamente proporcional, entre concorrência e corrupção. Seus estudos apontam que o aumento de concorrência pode acarretar o acréscimo dos níveis de práticas corruptas.

Marco Celentani e Juan-Jose Ganuza, em *Corruption and Competition in Procurement*, publicado em 2002, questionam a conclusão de que o incremento da competição acarretaria necessariamente a diminuição da corrupção. Os autores trabalham com um modelo de licitação em que o produto não é homogêneo e pode ser feito em diferentes níveis de qualidade, de forma que o agente público, por meio de propina, conseguiria aceitar algo de menor qualidade do que o contratado. Se o acréscimo de competição entre os licitantes também estiver relacionado à eficiência de o agente público verificar as falhas de

pure public enforcement in two distinct settings: one where antitrust enforcement is immune to subversion of justice and one where antitrust enforcement is beset by corruption. Our model portrays the interaction between two competing firms whose conduct is subject to public and, if permitted by law, private antitrust enforcement. We show that if private enforcement is a possibility, then under reasonable assumptions a firm in the absence of corruption resorts to private antitrust litigation only in those instances when the rival firm's actions actually violate antitrust law. The social benefits from private antitrust enforcement as a complement to pure public enforcement then depend on the gross profitability of antitrust violations" (GRAJZL; BANIAK, 2015, p. 3).

³⁸⁴³⁸⁴ Assim: "Our analysis shows, first, that the impact of bribery on the willingness of firms to rely on private antitrust enforcement depends on the nature of adjudicatory bias under private antitrust litigation. Corruption either destroys firms' incentives to file private lawsuits, and therefore eliminates any role for private antitrust enforcement, or, alternatively, breeds vexatious litigation. Second, although the presence of bribery expectedly erodes the capacity of public-private antitrust enforcement to deter antitrust violations, allowing for private enforcement to complement public enforcement in the presence of corruption is under some circumstances nevertheless socially advantageous. Such conditions arise when private antitrust litigation in the presence of corruption exhibits a sufficiently strong pro-plaintiff bias and, at the same time, either the litigation costs incurred under private enforcement are sufficiently low or the social inefficiency costs from unsanctioned antitrust violations are large. In essence, when private litigation is made possible in the presence of corruption, a pro-plaintiff bias in adjudication decreases the prospects that antitrust violations remain unsanctioned. This, in turn, reduces the expected social costs from antitrust-violating conduct relative to the scenario when private antitrust litigation is precluded. Finally, our analysis shows that the precise circumstances under which private enforcement as a complement to public enforcement welfare dominates pure public enforcement differ depending on whether antitrust enforcement is corruption-free or plagued by corruption. Under some circumstances, the presence of corruption in fact increases the relative social desirability of private antitrust enforcement. In this sense, our analysis, albeit focused on one specific facet of antitrust design, demonstrates that the appropriate antitrust measures are highly context-dependent and that one-size-fits-all transfer of antitrust practices from developed to lessdeveloped countries may have detrimental unintended consequences" (GRAJZL; BANIAK, 2015, p. 30-31).

qualidade, pode haver um cenário em que mais concorrência na licitação implicaria maior pagamento de propina³⁸⁵.

Kaushik Basu, Tamara McGavock e Boyang Zhang, em *When Competition Corrupts: a Theoretical Analysis of Market Structure and the Incidence of Corruption*, trabalho publicado pelo Banco Mundial em 2013, desenvolvem um modelo a partir do qual a elevação da competição pode estar relacionada ao incremento da corrupção. Seria o caso de os agentes econômicos, em um mercado extremamente competitivo, evitarem, por meio da corrupção, a instalação de equipamentos para proteção do meio ambiente. O pagamento de propina seria uma forma de reduzir custos, de maneira que os agentes econômicos honestos, dada a estreita margem de lucros, não conseguiriam sequer se estabelecer no mercado e, quanto maior a competição entre os corruptos, maior a ocorrência do ilícito³⁸⁶.

Aboubacar Diaby e Kevin Sylwester, no artigo intitulado *Corruption and Market Competition: Evidence from Post-Communist Countries*, a partir de extensa pesquisa que abarca dados de aproximadamente 9.500 empresas em 26 países pós-comunistas, concluem que, ao contrário do que alguns estudos indicam, o incremento da concorrência está associado, em regra, ao aumento da corrupção. Importante o alerta feito pelos autores, no sentido de que isso não significa afirmar que a competição é o fator primeiro ou mais determinante para a prática de corrupção, haja vista todo o contexto social e cultural dos países analisados³⁸⁷. E o mais interessante do trabalho de Diaby e Sylwester é que,

³⁸⁵ Essas são suas conclusões: “We showed that the possibility of corruption decreases the expected value of awarding a larger weight to quality and therefore of relying on the procurement agent’s ability to verify procured quality. In other words, keeping into account the optimal regulatory response, the possibility for the agent to be corrupt implies that in equilibrium he is awarded less discretion. Based on this we studied how corruption is affected by increased competition and in particular we asked the following questions: 1. What are the consequences of a larger number of potential suppliers in the procurement market? 2. What are the consequences of increased competition in the market for procurement agents? Our analysis shows that it may well be that corruption is higher in a more competitive environment. This is not to say that increases in competition are not desirable, as in fact they may be beneficial, but to highlight that a cost associated with tougher competition may be higher corruption and that it is reasonable to expect that corruption and competition will grow together in certain markets” (CELENTANI ; GANUZA, 2002, p. 1297-1298).

³⁸⁶ O modelo é desenhado dessa forma binária, entre os agentes econômicos honestos, aqueles que, dada uma opção, nunca escolherão a prática da corrupção, e os corruptos, os quais agirão de forma a maximizar seus lucros, independentemente de aspectos morais. E foi baseado na experiência observada nos mercados de ração animal da Índia. Assim: “We believe our paper points to an important reason why corruption is so rampant in some industries. India’s large system of ration shops has a high incidence of corruption (in this case it takes the form of cheap grain received from the government and meant to be sold to poor households at a special low price instead being sold illegally at the higher market price). A little calculation shows that for a fully honest ration shop owner, the profit margin is so low that it is not worthwhile for a person to run a ration shop unless he or she is prepared to be corrupt (Khera, 2011). It is this idea that drives our theoretical model” (BASU; MCGAVOCK; ZHANG, 2013, p. 6-7).

³⁸⁷ Assim: “On a final note, this paper’s focus on market competition does not mean to imply that market competition is the only or even the primary determinant of corruption. Culture, history, the characteristics of government agencies, etc. likely all play a role. Nevertheless, to the extent that the prevalence of corruption is

diferentemente do que se pode imaginar, segundo os dados por eles levantados, o aumento das exigências burocráticas não acarretaria, necessariamente, aumento de corrupção pela concorrência, de maneira que a associação entre concorrência e corrupção é até mais forte quando essas oportunidades de “atalhos” burocráticos diminuem³⁸⁸.

Alguns pontos importantes devem ser destacados acerca dessa breve revisão de trabalhos que tratam especificamente, de forma macro, da relação entre concorrência e corrupção.

Primeiro, partindo-se da concorrência para a corrupção, a noção de que, quanto maior a competição, menor a sobra de recursos entre os agentes econômicos para o pagamento de propinas é algo, de fato, de difícil refutação. Até mesmo os autores que verificaram correlação positiva entre concorrência e corrupção pontuam, em suas premissas, que mercados com elevados níveis de concorrência estreitam as margens de lucros dos agentes econômicos, o que, em tese, teria o potencial de limitar a corrupção, como Diaby e Sylvester (2015)³⁸⁹ e Celentani e Ganuza (2002)³⁹⁰. Mercados que se aproximam do modelo

mutable, then better understanding what factors influence the degree of corruption – even at the margin – could hold important policy implications” (DIABY; SYLWESTER, 2015, p. 488).

³⁸⁸ Eles comparam seus achados com os de Alexeev e Song, referidos como “AS”, em trabalho publicado em 2013, intitulado *Corrupt and product market competition: an empirical investigation*. Nesse estudo, Alexeev e Song associam o aumento da concorrência ao incremento da corrupção e, por sua vez, à necessidade de contornar as barreiras regulatórias e burocráticas existentes. Diaby e Sylvester (2015, p. 495-496) afirmam: “The paper that this examination most resembles is AS and so it is important to compare our findings to theirs. We both find a positive association between market competition and bribery [...]. Nevertheless, some important differences arise. AS argue that their findings suggest that corruption is cost-reducing. They claim that survey questions asking firms how much they pay in informal payments “to get things done” suggest that firms are paying for shortcuts to accomplish some task. One might then infer that competitive pressures intensify when regulatory obstacles become more severe. Instead, we find that the association between competition and corruption is greatest when such obstacles are smaller. When regulatory or other obstacles become sufficiently great, firms have incentive to pay bribes to circumvent these obstacles regardless of how much competition they face”. Em síntese, para Diaby e Sylvester, o aumento de medidas regulatórias ampliarão a corrupção, independentemente da concorrência que se verifica no mercado. A análise, portanto, tem que ser mais específica, de modo que medidas de desburocratização sejam casadas com o aumento da competitividade. Concluem os autores: “Our result makes sense to us in that such impediments are likely to lead to more bribery regardless of the degree of market competition as firms look for ways to avoid such obstacles. A policy implication is that reducing such obstacles could have diminished impacts upon bribery where market competition is high as such competition could continue to spur bribe payments in the future. The direct effect of removing obstacles so as to lower corruption could be somewhat offset by an indirect effect of making corruption more sensitive to competitive pressures. More generally, our results suggest that the degree of influence that market competition has upon bribery depends upon the degree of obstacles firms face. This finding could be of particular relevance since market reforms often come in packages. Reforms could both attempt to lower regulations while encouraging more private enterprise” (DIABY; SYLWESTER, 2015, p. 495-496).

³⁸⁹ Dessa forma: “The effect of private sector competition on the level of corruption as denoted by the amount of bribery is theoretically ambiguous. Increased competition among firms drives firm and industry profits to zero thereby reducing a firm’s ability to pay bribes. But other researchers have considered instances where competition could lead to more bribery as firms use bribes to gain advantages over their competition” (DIABY; SYLWESTER, 2015, p. 487)

³⁹⁰ Assim: “Corruption has often been argued to exist because the lack of competition generates rents that can be illegally appropriated. This general idea has often led people into thinking that, since increased competition reduces rents, it also leads to lower corruption. Rose-Ackerman (1996) maintained that “In general any reform

de concorrência perfeita, como relembra Herbert Hovenkamp, podem até mitigar a capacidade de inovação dos agentes econômicos, embora a promoção de inovação seja uma das benesses esperadas da competição dos mercados (HOVENKAMP, 2008, p. 25)³⁹¹.

Segundo, partindo-se da corrupção para a concorrência, há também alinhamento no sentido de que a prática de pagar propinas em determinado mercado substitui critérios de eficiência competitiva por laços diversos, reforçando-se custos de transação, barreiras à entrada e poder econômico dos agentes incumbentes. Assim, por exemplo, tratam do tema Frazão (2017) e Lewis e Das Nair (2014), sem menções a quaisquer refutações desse desenho argumentativo³⁹² nos trabalhos aqui mencionados, mesmo os que verificaram correlação no mesmo sentido entre concorrência e corrupção.

Terceiro, a construção teórica supramencionada, de que, (i) em mercados competitivos, há menos recursos sobrando, o que torna mais difícil o pagamento de propina, e que (ii) a corrupção cria barreiras à entrada, de modo a reforçar o poder econômico de determinados agentes incumbentes, embasa os trabalhos empíricos citados nos quais se verificou uma relação inversamente proporcional entre concorrência e corrupção, como Emerson (2006) e Troesken (2007).

Quarto, o problema é que essa construção, ao tentar relacionar corrupção e concorrência, olha para um ponto específico, quando, na verdade, o mais relevante para lidar com sistemas complexos é não perder a noção do todo. A analogia pertinente, aqui, é que, para melhor conhecer uma floresta, a análise apenas de determinada árvore ou determinada parte não é suficiente, por não, necessariamente, refletir a situação daquele ecossistema, em

that increases the competitiveness of the economy helps reduce corrupt incentives.” The goal of this paper is to provide a positive theoretical analysis of the impact of competition on corruption and show that there are reasons to doubt that increasing the competitiveness of the environment is guaranteed to lead to reduced corruption” (CELENTANI, GANUZA, 2002, p. 1).

³⁹¹ Em *The Antitrust Enterprise*, Herbert Hovenkamp já estabelece, nas primeiras linhas, o que entende por competição, ao afirmar que “Competition refers to a state of affairs in which prices are suficiente to cover a firm’s costs, but not excessively higher, and firms are given the correct set of incentives to innovate. ‘Innovation’ in turn is a market-driven concept. It refers not Only to new technology, but to any novel product, service, or method of distribution thar increases sales” (HOVENKAMP, 2008, p. 13). Em seguida, também relembra que, em um cenário próximo da concorrência perfeita, podem faltar recursos para pesquisa e desenvolvimento de novos produtos. Assim: “Perfectly competitive firms always have a short-run incentive to reduce their costs, but they may not have the resources necessary for the kinds of efficiency gains that show up only after a long period of investment. Research and development (R&D) is typically quite costly, and often promises returns only after several years. At the other end of the spectrum, monopolists are likely to have the resources to engage in R&D, but they do not always have sufficient competitive incentives to do so” (HOVENKAMP, 2008, p. 25). A competição nos mercados promove a inovação, contudo pode também inibi-la.

³⁹² É nesse sentido também o posicionamento de Susan Rose-Ackerman, citando-se aqui como exemplo mais específico: “Corruption favors those with no scruples and those with connections over those who are the most productively efficient. Although there is no necessary relationship between honesty and efficiency, the need to pay bribes is an entry barrier. Only those who already have a close trusting relationship with government officials and politicians may enter the bidding” (ROSE-ACKERMAN, 1997, p. 42).

razão da propriedade emergente já comentada. Assim, quando se analisa determinado mercado, em determinado contexto social específico, observa-se a árvore. Extrair daí uma representação para a relação entre concorrência e corrupção é no mínimo arriscada, para não cravar impossível.

Quinto, a elaboração de modelos econométricos pretensos para explicar essa relação, ainda que pautados em premissas sólidas, deve levar em consideração a complexidade do fenômeno realizado, a vida real. E é importante que isso fique explícito. Porque, dada a quantidade de elementos que podem interferir nesses assuntos, como bem apontado por Diaby e Sylvester (2015)³⁹³, a constatação de que o incremento da corrupção está relacionado ao decréscimo da competição pode muito pouco explicar. A passagem mencionada por Brian Arthur (informação oral)³⁹⁴, em palestra proferida em Stanford, em 3 de dezembro de 2015, é bastante apropriada.

Ao ser questionado sobre uma dada situação de guerra, canhões apontando em determinada posição de um vale contra o exército turco, um general francês, possivelmente uma referência a Pierre Bosquet, que lutou na Guerra da Crimeia contra o Império Otomano, atual Turquia, teria respondido: “C’est magnifique! Mais ce n’est pas la guerre”. Uma clara menção ao fato de que determinada teoria pode ser ótima, mas ela deve ser testada na prática. É isto: concorrência acarreta redução da margem de lucro, corrupção fomenta no mercado barreiras à entrada, uma é antítese da outra. “C’est magnifique ! Mais ce n’est pas la guerre”.

Sexto, essas críticas também se aplicam, em certa medida, aos trabalhos que verificaram uma relação no mesmo sentido entre concorrência e corrupção, ainda que um ou outro, como dito, tenha chamado a atenção para o caráter parcial da sua análise, no sentido de que o estudo apenas aborda parte do problema. A observação específica de determinados mercados, em um dado contexto social, deve vir acompanhada da preocupação com o todo. Basu, McGavock e Zhang (2013) e Celentani e Ganuza (2002) olham para determinada árvore, determinada situação específica e alertam: aqui concorrência pode induzir corrupção. Esses estudos não invalidam os anteriores. Na verdade, eles se complementam. Acredita-se que

³⁹³ A repetição dessa nota, dada a sua importância, faz-se aqui necessária: “on a final note, this paper’s focus on market competition does not mean to imply that market competition is the only or even the primary determinant of corruption. Culture, history, the characteristics of government agencies, etc. likely all play a role. Nevertheless, to the extent that the prevalence of corruption is mutable, then better understanding what factors influence the degree of corruption – even at the margin – could hold important policy implications” (DIABY; SYLWESTER, 2015, p. 488).

³⁹⁴ A referência foi feita por Brian Arthur, em palestra proferida em Stanford, para o *Stanford Complexity Group*, sobre o tema *Complexity and Economics*, e pode ser conferida, a partir do minuto 20:01, no vídeo constante no endereço: <https://www.youtube.com/watch?v=P8IzaECeQOk>. Acesso em: 4 abr. 2022.

Diaby e Sylvester (2015), nesse ponto, foram mais cuidadosos, por registrarem expressamente as limitações dos seus achados.

Sétimo, dessa forma, é possível mencionar que todos os trabalhos aqui citados, nessa perspectiva, falham, porque não dão a devida atenção à complexidade do problema. Pelo menos nenhum foi capaz de identificar, expressamente, o que se acredita ser o cerne da questão: ainda que competição reduza as margens de lucro dos agentes econômicos em determinado mercado e a corrupção crie barreiras à entrada, potencializando o poder econômico ali existente, a esperada relação inversa entre corrupção e concorrência precisa ser comprovada na prática, e, dada a sua complexidade, é perfeitamente possível encontrar resultado diverso, competição relacionando-se positivamente com corrupção. E não há nada de errado nisso.

É importante, agora, revisar produções acadêmicas que se tenham debruçado, de maneira mais específica, na relação que há entre cartéis em licitação e corrupção.

1.3.2 A relação entre cartéis em licitação e corrupção (micro)

O cartel e a prática de corrupção, no contexto das licitações, são ilícitos distintos, para os quais, como visto, no Brasil, há sistemas normativos diferentes. Ocorre que, frequentemente, os problemas estão relacionados³⁹⁵. A doutrina já reconhece nos cartéis em licitação um importante canal de interseção entre os direitos antitruste e de combate à corrupção³⁹⁶, mas ainda não consegue mensurar, com maior grau de precisão, a frequência da

³⁹⁵ Essa é uma constatação, por exemplo, muito frequente das autoridades de defesa da concorrência, inclusive a brasileira, conforme se depreende das contribuições para o *roundtable* promovido pelo *Global Forum on Competition* da OCDE, realizado em 27 e 28 de fevereiro de 2014, para discutir o tema *Fighting Corruption and Promoting Competition*. As contribuições de cada país para esse evento podem ser obtidas em: <http://www.oecd.org/daf/competition/fighting-corruption-and-promoting-competition.htm>. Acesso em: 28 mar. 2022. O Brasil menciona que “Bid rigging schemes make government spends more money than it should be necessary if the competition in public procurement was effective. Additionally, in some cases, the cartel may sponsor the corruption scheme”. A União Europeia, por sua vez, “One particular area where a clear link can be established between the fight against corruption and competition policy concerns the field of public tendering or, in EU terminology, ‘public procurement’, as anti-competitive practices occurring in the context of tendering procedures, such as bid rigging, may also involve cases of corruption and public procurement in general is vulnerable to corruption”. Já os Estados Unidos pontuaram: “In the experience of the United States antitrust agencies, the most common intersection of corruption and anticompetitive conduct occurs in government procurement, when bid rigging can be combined with or facilitated by bribery of public officials or unlawful kickbacks”.

³⁹⁶ Frazão, por exemplo, menciona que: “Certamente, o ilícito concorrencial e o ato de corrupção não se confundem [...] Não obstante, a zona de interpenetração entre os ilícitos antitruste e de corrupção é consideravelmente ampla, tendo em vista que, ao contrário do que pode parecer à primeira vista, não abrange apenas condutas que, do ponto de vista formal, podem ser consideradas simultaneamente como atos de corrupção e infrações antitruste, tal como o cartel em licitações com a participação de algum agente público” (FRAZÃO, 2017b, p. 3).

ocorrência dessa relação. Os trabalhos a seguir citados, ao focarem atenção para essa interseção, tentam esclarecer essa relação entre agentes econômicos cartelizados e agentes públicos corruptos.

Ariane Lambert-Mogiliansky tem alguns estudos acerca do assunto bastante esclarecedores.

A partir de um modelo econométrico de compras públicas, A. Lambert-Mogiliansky, O. Compte e T. Verdier, em 2005, em artigo intitulado *Corruption and competition in procurement auctions*, defendem que o efeito central da corrupção em licitações é deteriorar a competitividade do certame e, implicitamente, facilitar a colusão entre os agentes econômicos, o que resulta em alocação ineficiente de recursos, elevando-se o preço da contratação ao máximo possível³⁹⁷. Na perspectiva de sugerir algumas soluções para os problemas, os autores propõem que o controle sobre algumas firmas, a fim de mantê-las competitivas, pode ser mais efetivo do que o controle sobre o agente público propriamente dito, exceto quando o agente público tem a possibilidade de oferecer “favores” durante o certame, como o de considerar discricionariamente uma proposta de determinado agente econômico mais favorável, ou, durante a consecução da obra ou do serviço, como o de alterar algumas cláusulas para favorecer o competidor. Nessas hipóteses, o controle apenas sobre os agentes econômicos se torna ineficiente³⁹⁸.

Em 2006, Ariane Lambert-Mogiliansky, desta vez em coautoria com Konstantin Sonin, em *Collusive market sharing and Corruption in Procurement*, afirma que colusão e corrupção, frequentemente, ocorrem em conjunto nas licitações, sobretudo porque os agentes públicos podem contribuir para que o cartel resolva dois problemas importantes: a

³⁹⁷ Nesse sentido: “Our main contribution is to show that the effect of corruption on price competition may be much more dramatic than a mere transfer from the government to the bureaucrat. We find that in the corrupt environment described above, the contract may be allocated at the government’s reservation price with probability one. We exhibit an equilibrium in which all firms bid the government reservation price and then offer the highest bribe the bureaucrat will accept. The bureaucrat then randomly picks one of the firms. Intuitively, these strategies are in equilibrium because when a firm deviates in the initial price auction, other firms may still participate in the bribing game, and the winner of this bribing game then has the opportunity to slightly undercut the deviators’ initial price bid, thereby making the initial price deviation unprofitable. The corrupt bureaucrat’s discretion thus provides firms with a mechanism to sustain implicit price collusion (in the initial price auction)” (LAMBERT-MOGILIANSKY; COMPTE; VERDIER, 2005, p. 2).

³⁹⁸ Assim: “Let us summarize our three main insights: (1) Corruption may affect competition because resubmission opportunities given by a corrupt bureaucrat provide firms with a mechanism to enforce collusion in price. The effect on contract price goes far beyond the mechanical price increase that might result from firms expecting to pay some given bribe to the bureaucrat. (2) Controlling (even a few) firms may be very effective in this context, because it forces the controlled firms to compete in prices, thereby restoring price competition. (3) the bureaucrat can offer additional favors, either during the allocation process (by evaluating the firm’s proposal favorably) or during implementation (by readjusting the contract in a way favorable to the winning firm), then placing controls on only a few firms may become ineffective, as the sole effect of these controls may be to exclude the controlled firms from competing” (LAMBERT-MOGILIANSKY; COMPTE; VERDIER, 2005, p. 10)

manutenção da coesão entre os cartelizados e o impedimento de novos entrantes³⁹⁹. Os autores, a partir de um exercício econométrico, partem de um modelo de uma licitação com objeto e preço únicos, utilizando como referencial a existência de um agente público honesto. Neste cenário, o contrato é ganho pela firma que, de fato, tem o menor custo. Entretanto, a existência de um agente público corrupto pode induzir a formação de cartel, haja vista a complementariedade de interesses entre o recebimento de propina e a colusão. Daí a preocupação dos autores de que os problemas sejam endereçados conjuntamente⁴⁰⁰.

Em *Bid rigging and entry deterrence in public procurement: Evidence from an investigation into collusion and corruption in Quebec*, Robert Clark *et al.* tentam demonstrar, a partir de um caso de cartel e corrupção ocorrido em uma licitação de asfalto para o município de Montreal, Canadá, como os agentes econômicos atuam para implementar dois pontos que os autores, assim como Lambert-Mogiliansky e Sonin, consideram imprescindíveis para o sucesso do acordo ilícito: coordenação entre os cartelizados e dissuasão dos novos entrantes⁴⁰¹. Segundo relatam, a investigação alterou os conceitos de controle daquele mercado, de forma que não apenas novos entrantes participaram das licitações subsequentes, mas também os próprios agentes econômicos incumbentes alteraram seu comportamento, a ponto de os preços baixarem, mesmo quando não constatada nova entrada (CLARK *et al.*, 2018, p. 27)⁴⁰².

³⁹⁹ Dessa forma: “Besides empirical evidence, there are theoretical issues motivating the study of links between collusion and corruption. First, any cartel must solve a series of problems including agreeing how to share the spoils, securing enforcement, and deterring entry (see McAfee and McMillan, 1992). A corrupt auctioneer can contribute to solving some of these problems, for example by providing means of retaliation to secure enforcement or creating barriers to entry. Second, corrupt auctioneers might seek to extract rents. Certain provisions in auction rules may provide them with ample opportunities to support collusion in order to create rents that they can appropriate” (LAMBERT-MOGILIANSKY; SONIN, 2006, p. 884).

⁴⁰⁰ Assim: “Our most important message to auction designers in public procurement is that risks of collusion and risks of corruption must be addressed simultaneously. This message extends to control agencies. Often (e.g., in France) collusion issues are handled by a competition authority although corruption cases are addressed by criminal courts. This institutional separation makes it difficult to effectively unveil and prosecute many cases when collusion and corruption are closely entangled. The analysis entails that a close cooperation between competition authorities and criminal court is warranted. Alternatively, criminal investigators dealing with corruption in procurement should have a solid education in the economics of auction” (LAMBERT-MOGILIANSKY; SONIN, 2006, p. 899-900)

⁴⁰¹ O estudo também tenta quantificar a importância de cada um desses fatores, coordenação e dissuasão de entrada, bem como aponta que o primeiro, coordenação, deveria ser objeto de maior atenção das autoridades: “By quantifying the relative importance of entry deterrence and bidders’ coordination, our approach can shed light on where additional resources should be devoted. When describing how best to fight against bid rigging in public procurement, academics and policy makers have proposed the need to encourage the participation of many bidders by removing or restricting policies that place limits on entry or participation (see Coate (1985) and OECD (2012)). In the case of Montreal’s construction cartel, our findings imply that less energy should be dedicated to ensuring that the tender process maximizes participation, and more to eliminating communication and coordination” (CLARK *et al.*, 2018, p. 27).

⁴⁰² Os dados coletados no município de Montreal, em que houve a investigação de um suposto cartel existente desde pelo menos 2000, nos processos licitatórios entre 2007 e 2013, foram comparados com os dados de Quebec City, município em que a prática não foi identificada. Após as investigações em Montreal, foram

Para finalizar os estudos de Ariane Lambert-Mogiliansky consultados sobre o tema, deve-se fazer aqui menção ao artigo publicado em julho de 2010, intitulado *Corruption and Collusion in Procurement: Strategic Complements*, no qual a autora, a partir dos trabalhos já citados, reitera a necessidade de um olhar conjunto para os dois problemas, cartel e corrupção, no contexto das licitações. Além de reforçar as formas a partir das quais os agentes públicos podem ajudar o cartel, seja no *enforcement* da colusão, seja alterando o ambiente licitatório para, por exemplo, eliminar entrantes, destaca-se o fato de que a existência de um cartel indica, para o agente público corrupto, a disponibilidade de renda que pode ser por ele apropriada. Um ponto importante, não abordado diretamente nos trabalhos anteriormente citados e neste mencionado, é a relação entre a colusão e o favorecimento no certame como forma de maximizar a eficiência do cartel, em detrimento do interesse público (LAMBERT-MOGILIANSKY, 2010, p. 19-29). Em síntese, com um agente público corrupto, os ganhos do cartel são maiores, haja vista a tendência de se ajustar o procedimento para se maximizar os ganhos do vencedor e, conseqüentemente, a propina, além do que o agente público pode proteger o contratante de alterações contratuais, decorrentes de ajustes naturais da execução dos serviços, que atrapalhem a sua rentabilidade⁴⁰³.

William E. Kovacic, Robert D. Anderson e Anna Caroline Muller, em *Promoting Competition and Deterring Corruption in Public Procurement Markets: Synergies with Trade Liberalisation*, trabalho publicado em 2016, chamam a atenção para o fato de que, em regra, a promoção de integridade e a de competição são vistas, no contexto das licitações, como desafios distintos. Entretanto, existe uma sobreposição dessas esferas quando um cartel em licitação corrompe agentes públicos para, por exemplo, fechar os olhos para o ilícito antitruste ou para fornecer o suporte necessário para o seu sucesso, como no repasse de informações relevantes⁴⁰⁴. Os autores, ainda, reforçam a necessidade de se olhar diferentemente para a

constatados os seguintes avanços nos procedimentos licitatórios: “Three new firms entered in Montreal, increasing the total number of firms in the market by 50%. These firms began bidding on contracts throughout the city. In contrast, no new firms entered in Quebec City. We estimate a 61% increase in the participation rate in Montreal relative to Quebec City, with 1.6 more bidders per auction after the investigation. We also find that the investigation led to an 18% decrease in the raw price (per ton) of asphalt in Montreal. These results show that entry occurred and that prices fell, but do not inform as to the relative importance of entry vs coordination in explaining the price reduction. For this we consider calls for tender in which we restrict attention to auctions featuring no entrants. Our results imply that, even in auctions without entrants, prices are lower in Montreal after the investigation. These findings suggest that the price decrease is mostly due to changes in bidding behavior by incumbent firms” (CLARK *et al.*, 2018, p. 2).

⁴⁰³ Assim: “We thus find that favoritism facilitates collusion in several ways. i. The gains from collusion are higher than with an honest auctioneer: The scoring rule is fine-tailored to maximize the winner’s profit. ii. the corrupt auctioneer effectively shelters the cartel from fluctuations in the profitability of projects due to stochastic social preferences and changing costs” (LAMBERT-MOGILIANSKY, 2010, p. 27).

⁴⁰⁴ O artigo foi escrito em 2016, mas o caso da Lava Jato já é citado como um possível exemplo dessa prática conjunta entre cartel e corrupção, o que é confirmado no presente trabalho. Assim: “*While corruption and*

transparência, que, apesar de ser considerada essencial para o combate à corrupção, é também valiosa para a formação do conluio entre os agentes econômicos⁴⁰⁵.

William E. Kovacic e Robert D. Anderson, desta vez em coautoria com Alison Jones, escreveram, em 2019, o artigo *Preventing corruption, supplier collusion, and the corrosion of civic trust: a procompetitive program to improve the effectiveness and legitimacy of public procurement*, no qual propõem uma visão holística para o enfrentamento da colusão e da corrupção nas licitações⁴⁰⁶. Inicialmente, os autores delimitam o problema, ao mencionarem que há casos de cartel em licitação nos quais, para além do acordo horizontal entre os agentes econômicos, existe uma aliança vertical entre empresas e agentes públicos, mediante o pagamento de propina ou outros tipos de recompensa, para ajudar o cartel a obter sucesso, seja na formulação da licitação, direcionando-a, seja na manipulação do certame,

collusion problems have often been analysed in isolation from each other (and institutions and constituencies dedicated to the eradication of each problem have typically grown up separately), casual observation suggests that, in many cases, they overlap. An important recent example concerns the massive corruption and collusion scandal that has come to light recently in the Quebec (Canada) construction industry, which has allegedly involved both widespread illicit payments and other favours to public officials involved in the contracting process and pervasive rigging of bids for public contracts (Commission d'enquête sur l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction [the "Charbonneau Commission"] 2015; see also Connor 2014B and Box 4, below). Other possible examples include the ongoing "Petrobras" scandal in Brazil, which is alleged to have involved both corruption and cartel-like practices (New York Times 2015) and corruption and collusion in the South African construction industry (Mail and Guardian 2013)" (KOVACIC; ANDERSON; MULLER, 2016, p. 7).

⁴⁰⁵ Certas medidas de transparência são essenciais tanto para o combate à corrupção, quanto para a defesa da concorrência. Assim: "In many respects, moreover, transparency can be expected to have positive effects from a competition as well as a corruption-prevention standpoint. As already noted, transparency with regard to applicable laws and regulations facilitates participation by new suppliers. Furthermore, competitive bidding processes can only occur if potential suppliers are informed of relevant opportunities, including, at least in general terms, the need to be met and information on how to participate in the procurement process. Transparency with respect to these matters is fundamentally procompetitive in that it facilitates participation in procurement markets, including by suppliers from 'outside the club'" (KOVACIC; ANDERSON; MULLER, 2016, p. 9). Outras podem fomentar a colusão entre os agentes econômicos e demandam um olhar peculiar das autoridades. E o que é mais importante: dada a complexidade do tema, soluções para determinados contextos podem não ser adequadas a outros: "Indeed, as discussed above, certain kinds of transparency measures can clearly facilitate collusion and, consequently, are problematic from a competition policy point of view (Marshall and Marx 2012; Sanchez Graells 2015A). While, for example, there may be no way around the need for publication of award criteria and technical specifications in public procurement if responsive tenders are to be solicited, their usefulness as tools for facilitating inter-supplier agreement needs to be recognised. Similarly, the publication of procurement outcomes, while enabling monitoring by the public as the 'principal,' can also serve cartel participants in policing anti-competitive agreements and thereby enhancing cartel stability. Sanchez Graells (2015B) discusses specific possible concerns regarding transparency measures that may be associated with centralised procurement registers. A further complication is that optimal transparency levels may differ from country to country. 'Solutions' that are potentially workable in some contexts may be highly problematic in others" (KOVACIC; ANDERSON; MULLER, 2016, p. 9).

⁴⁰⁶ Nesse sentido: "This Article consequently seeks to develop the parameters of a more holistic approach to the public procurement problems and to propose a set of measures that can deter, and increase the resistance of these systems to, supplier collusion without necessarily increasing the systems' vulnerability to corruption. Indeed, in important ways, these measures and tools may also act to deter corruption" (KOVACIC; ANDERSON; JONES, 2019, p. 1237).

para excluir eventuais concorrentes, ou, ainda, mediante outras práticas⁴⁰⁷. Em seguida, listam o caso da Lava Jato, bem como outros, em várias jurisdições, nos quais foram verificados a coexistência desses dois tipos de ilícitos⁴⁰⁸.

Os autores explicam detalhadamente os incentivos que os membros do cartel possuem para inserir no esquema ilícito um agente público. As empresas cartelizadas devem lidar, sobretudo, com dois tipos de riscos: o de quebra interna da colusão, bem como o da entrada de novos licitantes que não façam parte do esquema. A inserção de agentes públicos no ilícito, por meio da corrupção, permite não apenas que os dois perigos sejam bem geridos, como também garante, de maneira mais efetiva, que os lucros decorrentes da prática de cartel sejam, de fato, materializados, afastando também determinados mecanismos internos de controle que poderiam identificar o sobrepreço. Caso haja oportunidades de reiteradas interações entre o cartel e os agentes públicos corruptos, os próprios certames futuros já são elaborados de maneira direcionada. Ainda, em um cenário de gradação maior de culpa, os autores vislumbram casos em que os próprios agentes públicos, no intuito de obter propina, instigam ou organizam a formação do cartel⁴⁰⁹, eventualmente até indicando quais agentes econômicos devem ser beneficiados com determinada licitação.

Para além das medidas tradicionais, que devem ser observadas na repressão dos dois ilícitos⁴¹⁰, William E. Kovacic, Robert D. Anderson e Alison Jones propõem uma

⁴⁰⁷ Assim: “Further, although some illicit bid rigging schemes have only been established to be horizontal cartels orchestrated by private actors, a number have also been found to involve corruption, a vertical alliance between a private firm (or firms) and government insiders. In such cases, an insider accepts bribes or other rewards to influence the design of a tender, to manipulate the selection process in favor of specific suppliers, or to ensure the bidrigging scheme achieves its purposes” (KOVACIC; ANDERSON; JONES, 2019, p. 1239).

⁴⁰⁸ É importante a menção, aqui, dos países e dos mercados citados pelos autores, a fim de exemplificar como a correlação entre os ilícitos se apresenta em diversos setores econômicos, com certa preponderância para a área de construção de grandes obras: Brasil, construção civil (Lava Jato), 2014; Canadá (Quebec), construção civil, 2015; China, empresas de carga, 2015; União Europeia, elevadores e escadas rolantes; Alemanha, botas de combate para o exército; Índia, produtos purificadores de água, 2017; Japão, pontes de aço; Rússia, recursos de comércio eletrônico; Singapura, serviços elétricos e de motores de veículos; Espanha, construção civil, 2016; Estados Unidos, serviços de transporte de ônibus para escolas públicas, 2017 (KOVACIC; ANDERSON; JONES, 2019, p. 1241-1245).

⁴⁰⁹ Dessa forma: “In bid-rigging schemes, it may not be easy for members to find a mechanism to agree who will win each tender and the winning price, to curb cheating, and to prevent nonmembers from disrupting the arrangement by submitting a lower bid. In this sense, the enlistment of a public official into the scheme may facilitate the policing and smooth operation of the cartel, boost its stability, protect firms’ rents, and minimize the risk of the scheme’s detection. Particularly in industries where bidders and officials are in regular contact and have close and repeated interaction, public officials may turn a blind eye to and bolster the unlawful collusive arrangements by tailoring procurement specifications, directing contracts to favored bidders, informing cartelists about outsider bids, or allowing adjustment of bids at the unsealing stage in return for cash or other improper compensation. In some situations, procurement officials may even instigate or orchestrate the cartel. Bribery may therefore have a demand-side ingredient (where the public officials solicit or extort pecuniary or other benefits) or a supply-side component (where businesses offer bribes or other advantages to public officials)” (KOVACIC; ANDERSON; JONES, 2019, p. 1253)

⁴¹⁰ São exemplos de medidas tradicionais mencionadas para o enfrentamento dos ilícitos: (i) acordos de leniência, colaborações e *whistleblowing*; (ii) monitoramento de indicadores de cartel e de corrupção em

abordagem mais compreensiva da correlação existente entre cartéis e corrupção no contexto das licitações públicas. Nesse sentido, sugerem um desenho licitatório que propicie maior competição entre os agentes econômicos, uma cuidadosa pesquisa de mercado, inclusive com o intercâmbio de informações entre o órgão licitante e a autoridade de defesa da concorrência, investimento na capacitação e nos incentivos daqueles que lidam com as licitações, para que identifiquem e reportem ilícitos, liberalização para participação de licitantes estrangeiros, o que favorece a competição, e, por fim, a necessária cooperação entre autoridades de defesa da concorrência e de combate à corrupção (KOVACIC; ANDERSON; JONES, 2019, p. 1280-1295). E, o mais importante: as soluções, sejam elas pontuais, sejam sistêmicas, dependem da análise do contexto específico, pois medidas que foram eficientes para determinados países podem não funcionar para outros⁴¹¹.

Alguns pontos merecem ser destacados nesta revisão de trabalhos que tratam, especificamente, da relação entre os cartéis e a corrupção no contexto das licitações.

Primeiro, os membros do cartel necessitam dos agentes públicos. Diversos estudos abordam como o agente público corrupto pode ajudar o cartel (a) na manutenção da coesão, seja para (a.1) garantir a adequada repartição do sobrepreço, seja (a.2) para evitar a quebra do conluio, bem como no (b) afastamento de entrantes. Nesse sentido, vide os artigos de Lambert-Mogiliansky e Sonin (2006), Clark *et al.* (2018) e Kovacic, Anderson e Jones (2019). Essa ajuda pode ser situada em momentos distintos: (i) anterior ao certame, como no fornecimento de informações sensíveis da contratação para melhor elaboração das propostas, (ii) concomitante à licitação, como na exclusão de eventuais entrantes por supostas questões técnicas, ou (iii) no decorrer da contratação, ajustando-se o pactuado de forma a serem maximizados os lucros do agente econômico e, conseqüentemente, a propina.

Segundo, os agentes públicos corruptos também precisam do cartel. Como visto, a existência de um conluio entre os licitantes configura um indicativo de que há renda passível

licitação com uso de tecnologia da informação (cita-se o “projeto cérebro” realizado no Brasil); (iii) treinamento e educação dos agentes públicos e privados contra os ilícitos; e, por fim, (iv) aplicação de penalidades efetivas para agentes econômicos e públicos, devendo ser observado (iv.a) medidas para além das multas pecuniárias para pessoas jurídicas, (iv.b) responsabilidade criminal e civil dos envolvidos; (iv.c) proibição de participar temporariamente de outras licitações, (iv.d) efetiva recuperação dos valores perdidos (KOVACIC; ANDERSON; JONES, 2019, p. 1263-1279).

⁴¹¹ Dessa forma: “It is clear that the requisite solutions are likely to differ substantially from country to country and to require careful diagnosis of the roots of the problems in procurement. Solutions that are potentially workable in some contexts may be problematic in others. For example, in jurisdictions where outright corruption problems are believed to be minimal, some lessening of transparency measures might be considered for the sake of preventing collusion. On the other hand, in economies where bribery and other “traditional” forms of corruption due to principal-agent problems are rampant, any lessening of transparency measures is likely to be a recipe for disaster. International donors may arguably be well-placed to play an important role in diagnosing and coordinating efforts to tackle corruption and collusion in public procurement by conditioning receipt of aid on compliance with anticorruption requirements” (KOVACIC; ANDERSON; JONES, 2019, p. 1296).

de apropriação por parte do corrupto, conforme menciona Lambert-Mogiliansky (2010). E oferece maior segurança ao agente público de que o esquema corrupto não será descoberto, afinal de contas serão menos licitantes para buscar órgãos de controle interno e externo⁴¹² a fim de reclamar contra o direcionamento da contratação. Esse ponto, do risco de descoberta dos ilícitos, é mensurado em alguns modelos e interfere diretamente no equilíbrio das práticas corruptas, como aborda, por exemplo, Emerson (2006). E merece aqui ser aprofundado, uma vez que detém duplo sentido.

Os agentes públicos desonestos se beneficiam com os cartéis por melhor controlarem o risco de detecção da prática ilícita, a corrupção, como também o conluio econômico, a partir da corrupção, consegue deteriorar os mecanismos internos de prevenção e detecção das fraudes licitatórias. A depender do tamanho do esquema ilícito e do grau hierárquico dos agentes públicos envolvidos, é possível que o controle interno e, quiçá, o externo estejam comprometidos. Não apenas os agentes que lidam diretamente com o certame licitatório, mas até eventuais sindicâncias podem ser montadas para, ao analisar as representações oferecidas, rechaçá-las e dar uma aparência de legalidade aos atos praticados.

Terceiro, essa questão do controle ressalta o próximo ponto a ser mencionado: a união entre agentes econômicos cartelizados e agentes públicos corruptos torna ainda mais difícil a tarefa de identificar a prática. O todo, como ocorre em sistemas complexos, nesse caso, não equivale à mera soma das partes. Trata-se de um novo desafio, com nuances diferentes, que devem ser conjuntamente enfrentadas pelas autoridades responsáveis. Esse é o sentido das conclusões, por exemplo, de Lambert-Mogiliansky; Sonin (2006) e Kovacic; Anderson e Jones (2019), embora, registre-se, os autores não tenham fundamentado seus posicionamentos, diretamente, na *Economia da Complexidade* ou na propriedade emergente de sistemas complexos. A abordagem estanque e separada do problema, quando conluio e corrupção ocorrerem de maneira concomitante em uma licitação, além de ser ineficiente, pode causar uma falsa impressão de que não é comum a sobreposição das práticas. É esperado que existam casos de cartel em licitação identificados, no contexto dos quais houve corrupção,

⁴¹² Controle interno e externo, neste trabalho, tem o sentido de indicar os órgãos de fiscalização responsáveis por verificar a regularidade dos atos administrativos praticados. Internos seriam aqueles que fazem parte da estrutura orgânica do ente licitante. Externos seriam, em sentido contrário, aqueles que não fazem parte. Em regra, os Tribunais de Contas, o Ministério Público e o controle social são órgãos de controle externo. No contexto da União, a CGU é um órgão de controle interno. Deve-se atentar para o fato de que, em alguns casos, essa distinção pode gerar dúvidas. A CGU, órgão da União, em relação às licitações promovidas pela Petrobras, empresa estatal federal, exerceria um controle externo ou interno? Considerar-se-á, neste trabalho, um controle externo, adotando-se aqui uma visão mais restrita de controle interno. Assim, qualquer controle advindo de fora do ente licitante será externo.

mas essa prática não foi revelada, bem como o contrário, casos de corrupção investigados para os quais o cartel não aparece, embora tenha também coexistido.

Quarto, relacionado à complexidade do problema e à necessidade de uma abordagem conjunta e específica das autoridades que lidam com defesa da concorrência e promoção da probidade, deve-se atentar para o interessante exemplo da transparência, mencionado em alguns trabalhos, como no de Kovacic, Anderson e Muller (2016). A transparência é compreendida como uma das principais ferramentas para o combate à corrupção, sobretudo porque permite o controle externo em tempo real do certame licitatório. Contudo, determinadas informações, tais como preço de reserva da Administração ou os valores das propostas oferecidas pelos licitantes não vencedores, podem facilitar a colusão dos agentes econômicos e devem ser tratadas com cuidado. A transparência tem sido objeto de preocupação constante não apenas das autoridades de defesa da concorrência⁴¹³, mas também da doutrina⁴¹⁴, ao tratarem os cartéis em licitação, haja vista o choque que pode existir com a política de combate à corrupção.

⁴¹³ No guia do CADE de combate a cartéis em licitação, por exemplo, sobre transparência, consta o seguinte alerta: “As informações relacionadas às licitações possuem caráter público, corolário do princípio constitucional da publicidade dos atos administrativos, bem como instrumento necessário ao controle social da Administração Pública. Contudo, isso também permite às empresas o acesso irrestrito a informações comerciais que, no mercado privado, representam dados comercialmente sensíveis. Nas licitações públicas, as empresas conhecem os preços praticados pelos concorrentes (propostas comerciais), as características técnicas e de qualidade dos produtos e serviços ofertados (regras editalícias e documentos de habilitação), os custos (planilhas de formação dos preços), as estratégias comerciais (histórico de participação em licitações), a carteira de contratos (documentos comprobatórios de experiência), dentre outras informações. Nesse sentido, tal característica estrutural reduz o custo do monitoramento e punições a desvios por parte das empresas participantes do acordo anticompetitivo” (CADE, 2019e, p. 26).

⁴¹⁴ Por exemplo, sobre o efeito negativo que a transparência pode acarretar para o combate aos cartéis em licitação, Ana Paula Martinez comenta: “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 dos cartéis já existentes, como também possibilita a formação de arranjos colusivos ao disponibilizar com antecedência a informação de quem participa do certame” (MARTINEZ, 2013, p. 50). No mesmo sentido, Victor Aguiar Carvalho: “Considerada um elemento essencial para o combate à corrupção, a transparência acerca das informações atinentes às licitações pode, por outro lado, apresentar uma perversa externalidade negativa de incrementar o risco de formação de cartéis entre os licitantes a partir do uso dos mesmos dados [...]. Uma contratação pública opaca, que não divulgasse dados atinentes ao procedimento, tornaria eventuais cartéis possivelmente insustentáveis, em razão da impossibilidade de se monitorar se os participantes estão ou não seguindo a estratégia. No entanto, certo é que um procedimento com baixa transparência, além de não ser aceitável por violação ao princípio constitucional da publicidade (art. 37, caput, CRFC/88), também possivelmente acarretaria um aumento das oportunidades de corrupção na Administração” (CARVALHO, 2018, p. 171-173). O autor trabalha, mais especificamente, o preço de reserva e orçamento sigiloso (2018, p. 176-190) e as formas com que a Administração pode trabalhar com esses dados para dificultar a formação de cartéis. A lógica é que informações desse tipo podem favorecer o conluio, motivo pelo qual, segundo menciona Victor Carvalho, a OCDE, atenta aos cartéis em licitação, recomenda que os preços de reserva sejam mantidos confidenciais durante o certame. E o legislador previu, no art. 24 da Lei 14.133/2021, a possibilidade de orçamento sigiloso nos seguintes termos: “Art. 24. Desde que justificado, o orçamento estimado da contratação poderá ter caráter sigiloso, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas, e, nesse caso: I - o sigilo não prevalecerá para os órgãos de controle interno e externo; II - (VETADO). Parágrafo único. Na hipótese de

Quinto, aqui fica evidente o seguinte: a corrupção que contribui para um cartel em licitação se diferencia substancialmente de outros tipos de corrupção. É que, nesse caso, há uma simbiose entre os ilícitos que potencializa a prática do cartel, tornando-o um problema diferente, mais difícil de ser combatido. Aqui, a corrupção, além de afetar a probidade administrativa, atinge também a própria defesa da concorrência⁴¹⁵, motivo pelo qual as autoridades antitruste devem ter um olhar específico para o fenômeno⁴¹⁶.

Por fim, não foram identificados trabalhos empíricos que tentassem avaliar, em um determinado contexto, a porcentagem de casos de cartel em licitação com sobreposição à corrupção. Considerados os aspectos acima destacados, sobretudo a necessidade entre os ilícitos, a complexidade e os desafios postos às autoridades que lidam com o tema, acredita-se que se trata de estudo imprescindível para o combate eficiente da prática dos cartéis e da corrupção nas licitações.

1.3.3 Da necessidade e da complexidade no enfrentamento conjunto dos cartéis em licitação e da corrupção, construção das hipóteses

Segundo a *Teoria dos Campos* de Fligstein, a busca dos agentes econômicos por interações estáveis é o que forma as estruturas sociais nos mercados, apesar da instabilidade preponderante decorrente da *tecnologia* e da *competição*. Dessa forma, as táticas observadas nos negócios são orientadas para produzir segurança, particularmente entre competidores, o que não quer dizer que os agentes econômicos sempre encontram a solução para os problemas existentes ou que continuamente essas soluções sejam lícitas. Os *players* se consideram mutuamente, em um determinado mercado, para tomar suas decisões, a depender da posição que ocupem, com a finalidade de resistência, em face das incertezas enfrentadas. Por isso Fligstein trata sua teoria como uma abordagem político-cultural: a sobrevivência dos agentes é o que os move para fazer prevalecer determinada organização social.

licitação em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto, o preço estimado ou o máximo aceitável constará do edital da licitação” (BRASIL, 2021).

⁴¹⁵ Esse assunto já foi tratado no item 1.2.5, “As estruturas de governança estatais do combate à corrupção em licitações”.

⁴¹⁶ Embora não se tenha notícias de precedentes do CADE nesse sentido (responsabilidade de agente público corrupto por infração antitruste), este é um tema tratado pela doutrina. Vide, por exemplo, Eleonor Fox e Deborah Healey em *When The State Harms Competition – The role for Competition Law*, que pontuam os prós e os contras de a autoridade de defesa da concorrência exercer jurisdição sobre agentes públicos nesses casos de cartel em licitação com corrupção (FOX; HEALEY, 2013, p. 804-806). Ainda, Fernando Antônio de Alencar Alves de Oliveira Junior, no artigo *O agente público pode ser penalizado pelo CADE em casos de cartel de licitação?* defendeu a possibilidade de punição pelo CADE do agente público corrupto em razão da promoção de conduta comercial uniforme (OLIVEIRA JUNIOR, , 2018, p. 31-59).

É importante atentar que problemas como o cartel e a corrupção pública, a qual, em grande parte, decorre da interação entre os agentes econômicos e os agentes públicos, estão atrelados às *estruturas de governança* e *concepções de controle* que os legitimam, não no sentido de que os tornem conforme o direito, mas no sentido de serem condutas adotadas pelos *players* do mercado, bem como aceitas pelos demais agentes que com eles se relacionam. A compreensão desses ilícitos também pode ser facilitada se eles forem abordados como formas de os agentes econômicos controlarem a instabilidade, por meio da limitação da competição.

As *estruturas de governança* no Brasil apontam para um cenário em que, com considerável frequência, agentes econômicos e públicos cooperam entre si para a concretização de seus interesses, ainda que isso implique o cometimento de ilícitos. Especialmente na perspectiva da corrupção, em que o sistema repressivo administrativo foi estruturado legalmente apenas recentemente e o sistema judicial é apontado como pouco eficiente, há incentivos, relacionados à impunidade, para que as práticas ilícitas ocorram. Essa *estrutura de governança* interfere nas *concepções de controle*, de maneira que os agentes econômicos, *incumbentes* e *desafiantes*, pautam suas condutas a partir das seguintes premissas: eu preciso sobreviver no mercado e existem agentes públicos que podem me ajudar. Chega-se ao ponto da necessidade.

Como estudado no tópico anterior, agentes econômicos cartelizados e agentes públicos desonestos necessitam uns dos outros para resolver seus problemas em uma licitação. Os empresários precisam manter a coesão do conluio, impedir a entrada de outros competidores e evitar que o ilícito seja detectado. O agente público, por sua vez, enxerga no cartel uma oportunidade de renda, bem como conta, semelhantemente, com os agentes econômicos em conluio para evitar que a corrupção seja detectada. Esses elementos em conjunto permitem chegar à seguinte hipótese de pesquisa, a qual será analisada no capítulo seguinte deste trabalho: *(i) no Brasil, a maioria dos casos de cartel em licitação está relacionada à prática de atos de corrupção ou, ao menos, a elementos indicativos da prática de corrupção.*

Além disso, segundo Brian Arthur e a suas ideias de complexidade aplicadas à economia, “agents thus live in a world where their beliefs and strategies are constantly being ‘tested’ for survival within an outcome or ‘ecology’ these beliefs and strategies together create” (ARTHUR, 2015, p. 1). Perceba-se que há, aqui, um alinhamento à *Teoria dos Campos* de Fligstein, sobretudo quando explicados os dois elementos que geram instabilidade na economia, a *incerteza fundamental* e a *inovação tecnológica*. A noção de que a *interação*

entre os elementos do sistema influencia não só os próprios agentes, mas também o sistema como um todo, fazendo com que *padrões sejam criados e modificados*, aplica-se também para o estudo da corrupção no contexto das licitações públicas, aos moldes das demais atividades econômicas.

Entre as características dos sistemas complexos, a propriedade emergente está relacionada à necessária análise do todo, haja vista que as partes, compreendidas individualmente, são insuficientes para elucidar como aquele sistema se comporta. E, no que concerne à reunião de agentes econômicos cartelizados com agentes públicos corruptos, a doutrina que trata especificamente do tema, ainda que não pautada na propriedade emergente de sistemas complexos, já identifica a necessidade de uma abordagem peculiar dos cartéis em licitação, bem como a ineficiência de alguns remédios, como a transparência, pelo menos em comparação à sua aplicação para tratar dos problemas individualmente. Acredita-se possível destacar como propriedade emergente, a partir da coexistência entre cartel e corrupção nas licitações, a deterioração dos mecanismos ordinários de controle. Esta, então, será a segunda hipótese construída, para ser testada na parte deste trabalho atinente à pesquisa empírica: *(ii) a coexistência desses dois ilícitos em um mesmo contexto fático altera substancialmente suas características, de modo a praticamente serem anulados alguns dos controles corriqueiramente utilizados para sua identificação e repressão.*

Essas, portanto, serão as hipóteses avaliadas na pesquisa empírica de casos de cartel em licitação condenados pelo CADE entre 1994 a 2019, apresentada no capítulo seguinte.

1.3.4 Sobre a escolha da metodologia e a identificação dos “elementos indicativos de corrupção”

Para abordar o objeto investigado, cartéis em licitação em que houve sobreposição de atos corruptos, fez-se a opção de estudar os casos de conluio em certames licitatórios já condenados pelo CADE e, neles, buscar a corrupção. Esse parece ser um caminho mais eficiente do que, por exemplo, percorrer o sentido inverso, qual seja, a partir dos casos de corrupção, tentar identificar aqueles em que também houve cartéis em licitação. É que, como visto, diferentemente da política de defesa da concorrência, a qual, administrativamente, é concentrada no CADE, não há centralidade no combate à corrupção, que, na esfera judicial, pode ser implementada tanto na Justiça estadual, quanto na federal, e, na administrativa, apenas recentemente, após a Lei 12.846/2013, foi estruturada, no país, a responsabilidade das

peças jurídicas. Mesmo assim, para aplicar as sanções da Lei Anticorrupção, como visto, é possível a atuação de diversos entes, em cada uma das esferas políticas (federal, estadual e municipal), bem como em cada Poder (Executivo, Legislativo e Judiciário).

Assim, o histórico de condenações de cartéis em licitação pelo CADE, que, pelo menos desde 1994, atua de maneira efetiva para a implementação do princípio da Livre Concorrência, parece ser um bom grupo de casos para se perquirir pela prática de atos de corrupção. E os autos administrativos do CADE, mesmo que focados na demonstração do ilícito concorrencial, podem revelar práticas de corrupção, em decorrência da sobreposição fática dos ilícitos. Em outras jurisdições, notadamente nos Estados Unidos, autoridades de defesa da concorrência e doutrinadores reconhecem que a prova de uma esfera, antitruste, pode ajudar a elucidar a prática de atos de corrupção, e vice-versa⁴¹⁷.

A partir dessas premissas, a pesquisa empírica realizada nos processos administrativos do CADE, mais especificamente em seus autos públicos, buscará pelos aqui chamados de “elementos indicativos de corrupção”, que podem ser divididos em dois grupos.

Primeiro, há casos em que a própria autoridade de defesa da concorrência e/ou os órgãos de investigação criminal, tais como Polícia, Ministério Público, TCU e CPI, por quaisquer dos seus agentes públicos, identificaram a possível concomitância da prática de corrupção ao cartel à época das investigações. Existem diversos casos em que as provas

⁴¹⁷ Em trabalho intitulado *The anticorruption and antitrust interface*, Stephen L. Braga, Christopher P. Conniff, & Mark S. Popofsky abordam justamente pontos de contato entre a aplicação do Sherman Act e do FCPA nos Estados Unidos, para além de alguns aspectos da política pública repressiva que aproximam os dois estatutos, tais como aplicação extraterritorial, aplicação de multas e de pena de prisão, incentivos para *self-report violations* e *enforcement* privado para responsabilização civil. Mais especificamente, destacam a sobreposição que pode haver na aplicação das normas justamente no caso de corrupção praticado por um cartel internacional, de modo que a investigação conduzida sob a luz do FCPA pode, perfeitamente, servir para aplicações do *Sherman Act* e vice-versa (BRAGA; CONNIFF; POPOFSKY, 2012, p. 7-9). Sobre a relação entre cartéis e corrupção em licitações e como, apesar de diferentes ilícitos, portanto, diferentes instruções probatórias, é possível que em casos antitruste surjam provas da corrupção, e vice-versa, Roger Alford, então *Deputy Assistant Attorney General of Antitrust Division at U.S Department of Justice and professor at Notre Dame Law School* comenta: “The most common intersection of corruption and anticompetitive conduct occurs in government procurement, when bid rigging can be combined with or facilitated by other illegal activity such as bribery of public officials, unlawful kickbacks, or fraud. As we explained in a paper prepared for an OECD roundtable on fighting corruption and promoting competition (2014), in the United States, it is not uncommon for the Antitrust Division to uncover evidence of both bid rigging and other corruption in the course of an investigation. In such cases, the Antitrust Division must determine how to focus the investigation and prosecution. The crimes of bid rigging and those related to kickbacks, for example, have different elements of proof, and investigatory procedures may also differ. For example, the Antitrust Division’s leniency program applies only to antitrust crimes, not fraud or bribery. The Antitrust Division may also work with other components of the Department of Justice – such as the Criminal Division or the U.S. Attorneys located throughout the United States – when there is evidence of antitrust and non-antitrust crimes. Although bid rigging and offenses involving bribery, kickbacks or fraud are different crimes in the United States, the evidence may be similar. For example, the records of communications and the trail of unlawful payments may surface in the same file. In assisting the Antitrust Division, the Federal Bureau of Investigation (FBI) has found analytical synergies in grouping these kinds of conduct together, because investigations in any one of these areas may lead to operational intelligence in the other” (ALFORD, 2017, p. 7-8).

produzidas na esfera criminal ou administrativa da corrupção foram juntadas nos autos do CADE, de maneira que se poderá observar a análise de outros órgãos acerca dos mesmos fatos. Segundo, há casos em que, mesmo não tendo sido registrado, nos autos, pelo CADE ou por órgãos de investigação a possível prática de corrupção, pode-se, a partir da análise das provas constantes nos autos, inferi-la.

Para este segundo grupo, é possível, didaticamente, fazer outra subdivisão. Considerar-se-ão “elementos indicativos”, inicialmente, quaisquer materiais probatórios que, de maneira direta, apontem para a possível existência de corrupção. Por exemplo, declarações de competidores prejudicados, agentes públicos ou até dos próprios integrantes do cartel que confirmem a existência de corruptos no auxílio do ilícito antitruste. Segundo, também serão considerados os materiais probatórios que indiquem o auxílio de agentes públicos à prática do cartel. Esse material configuraria uma possível prova indireta da corrupção, pois, na verdade, ao apontar diretamente para o possível auxílio do agente público, que tem o dever de impedir o cartel, revelaria uma hipótese investigativa de que aquele auxílio decorreria do pagamento de propina. Esse último ponto precisa ser detalhado.

É esperado que todos, agentes públicos e privados atuantes no mercado relevante específico da contratação, combatam o cartel em certames licitatórios. Os agentes públicos detêm, em razão de diversos comandos normativos que tratam da sua relação funcional com o Estado⁴¹⁸, o dever de revelar ilegalidades da qual tenham ciência. Já os agentes privados que competem com os *players* beneficiados pelo conluio, em razão da necessidade de sua própria sobrevivência, tendem⁴¹⁹ a representar a ilicitude às autoridades competentes, de controle interno e externo, com a finalidade de também terem acesso àquele tipo de contratação. Em razão dessa expectativa de atuação de agentes públicos e privados contra o cartel, abre-se um importante desdobramento, pelo menos no que se refere ao campo investigativo da corrupção nas licitações públicas.

⁴¹⁸ Em âmbito federal, o art. 116 da Lei 8.112/1990, o estatuto do servidor público federal, estabelece os seguintes deveres que podem ser, indiretamente, associados a essa obrigação de delatar irregularidades: “Art. 116. São deveres do servidor: I - exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo; II - ser leal às instituições a que servir; III - observar as normas legais e regulamentares; [...] IX - manter conduta compatível com a moralidade administrativa” (BRASIL, 1990). E, de maneira mais direta, constam ainda os seguintes deveres nos incisos VI e XII no mesmo art. 116: “VI - levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração [...] XII - representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder” (BRASIL, 1990).

⁴¹⁹ Mas não necessariamente agirão assim. Daí a opção por “tendem”. É que a depender de como estão desenhadas as *estruturas de governança* e os *conceitos de controle*, a melhor estratégia para os *players* desafiantes, com enfoque na sua sobrevivência, pode não ser confrontar diretamente o *player* incumbente, seja porque tenha a expectativa de aderir, futuramente, em outros ilícitos do qual ele faz parte, seja porque, simplesmente, prefira focar em outra estratégia de negociação, como buscar licitações semelhantes em outros entes da Administração Pública.

Para os agentes públicos que, cientes do cartel, nada fazem ou, o que tende a ser ainda mais relevante, praticam atos que favorecem a sua concretização, abre-se uma relevante hipótese investigativa de existência de uma conduta corrupta. No caso de agentes públicos, a edição de atos administrativos viciados, como editais que limitam a concorrência, ou a exclusão de competidores por motivos desarrazoados, ou, ainda, a instauração de procedimentos investigativos propositadamente deficientes, tudo configura elementos indicativos de sua participação no ilícito. Para especificamente os agentes privados, alguns atos, como a simulação de competitividade, podem ainda configurar normativamente o cartel, como já visto. A participação no ilícito de defesa da concorrência, por parte de agentes públicos, portanto, configura uma hipótese investigativa de que, naquela licitação, além do cartel, também pudesse haver corrupção. E por que se fala de “hipótese investigativa”?

Apenas uma investigação específica, atenta ao parâmetro normativo sancionador aplicável, poderia revelar se todos os elementos do tipo estariam presentes, a ponto de legitimar, juridicamente, uma atuação do aparato estatal e a consequente aplicação da sanção. Há possibilidade de se excluir o envolvimento dos agentes no ilícito, sob o ponto de vista normativo, pela ausência de dolo, por exemplo. O agente público pode ter contribuído para a elaboração de um edital fraudulento ou, ainda, ter participado de uma comissão de sindicância montada para tão somente dar ares de legalidade ao ilícito, mas isso por si só não implicaria a sua necessária punição. Ele poderia, simplesmente, não saber que estava contribuindo para a prática da corrupção. Nesta pesquisa, não será avaliado o dolo dos agentes públicos envolvidos em possíveis casos de corrupção nos cartéis em licitação pesquisados, simplesmente porque, para tanto, o material de pesquisa escolhido, processos administrativos de cartel julgados pelo CADE, não seriam suficientes. Eles não tinham o objetivo de punir os agentes por atos de corrupção, motivo pelo qual pontos relevantes para a caracterização normativa do ilícito não foram objeto de prova.

Dessa forma, acredita-se que é possível, a partir da análise dos autos públicos dos processos de cartel em licitação condenados pelo CADE, evidenciar se há “elementos indicativos de corrupção”, os quais serão, neste trabalho, assim divididos: (i) agentes públicos que analisaram os fatos à época da investigação antitruste trataram da concomitância entre os ilícitos, sejam eles (i.a) do SBDC, (i.b) da Polícia e do Ministério Público ou, por fim, (i.c) de Tribunal de Contas, de CPI ou de outro órgão administrativo de investigação⁴²⁰. Na ausência

⁴²⁰ Parece pertinente, ao se debruçar sobre os casos de cartel em licitação, separar as análises da Polícia e do Ministério Público, daquelas realizadas por outros órgãos, haja vista que, a depender do órgão tratado, é possível

disso, abre-se a possibilidade de (ii) análise do material probatório, em busca de “elementos indicativos de corrupção”, basicamente, a partir (ii.a) das provas juntadas aos autos que, diretamente, apontem para um possível ato de corrupção ou (ii.b) de material que possa indicar o auxílio de agentes públicos no cometimento do ilícito antitruste.

Neste trabalho, portanto, a expressão “elementos indicativos de corrupção”, em quaisquer dos cenários mencionados, significa a presença de elementos probatórios que indicariam a possível existência de corrupção e, dessa forma, estaria justificada, à época, a instauração de uma investigação específica referente à violação da probidade.

1.4 Considerações finais do capítulo

Em relação à concorrência e aos cartéis nos mercados, segundo Fligstein e a *Teoria dos Campos*, a busca dos agentes econômicos por interações estáveis é a principal causa das estruturas sociais. As táticas observadas nos negócios, então, são orientadas para produzir estabilidade, particularmente entre competidores, o que não quer dizer que os agentes econômicos sempre encontram a solução para os problemas existentes ou que continuamente essas soluções sejam lícitas. Os *players* se consideram mutuamente, em um determinado mercado, para tomar suas decisões, a depender da posição que ocupem, com finalidade de sobreviver, em face das incertezas enfrentadas, decorrentes sobretudo da *tecnologia* e da *competição*. Por isso Fligstein trata sua teoria como uma abordagem político-cultural: a sobrevivência dos agentes é o que os move para fazer prevalecer determinada organização social.

Os agentes econômicos, por um lado, precisam de estabilidade para a negociação de seus produtos e serviços, ou seja, é necessário todo um arcabouço de *direitos de propriedade, estruturas de governança, regras de troca e concepções de controle* que permitam que as trocas nos mercados sejam estruturadas. Por outro, essa estabilidade não pode ser de tal forma acentuada que reduza substancialmente a competição e a inovação, o que tende a ser o interesse dos *players* incumbentes. É que, quanto menor a competição e a inovação, maiores serão as chances de advirem prejuízos à sociedade, tais como aumento de preços e redução da qualidade de produtos e serviços.

Os problemas dos cartéis em licitação e da corrupção, a qual decorre da interação entre os agentes econômicos e os agentes públicos, uma vez presentes em um determinado

que um relevante componente político seja inserido, como no caso da fiscalização exercida pela CPIs. Essa distinção ajudará a se ter maior clareza quanto aos resultados da pesquisa.

mercado, poderão ser melhor identificados e, conseqüentemente, combatidos, se forem compreendidas quais são as *estruturas de governança* e as *concepções de controle* que os legitimam, não no sentido de que os tornem conforme o direito, mas no sentido de serem condutas adotadas pelos agentes econômicos envolvidos, bem como aceitas pelos demais *players* do mercado. A compreensão desses ilícitos também pode ser facilitada se eles forem abordados como formas de os agentes econômicos controlarem a instabilidade, por meio da limitação da competição, ou seja, como mecanismos para a manutenção de sua sobrevivência.

Um dilema relevante, nesse cenário, enfrentado pelos Estados contemporâneos é qual é a medida correta de concorrência a ser implementada ou, dito de outro modo, de que forma acomodar a complexa realidade dos mercados à simplificação teórica dos modelos econométricos. Há respostas variadas, mas as seguintes premissas, amparadas na *Teoria dos Campos* de Fligstein, nortearão a opção ora adotada, para as finalidades deste trabalho: (i) os contextos sociais são relevantes para a definição da política de defesa da concorrência adequada; (ii) as soluções econômicas tradicionais encontram consideráveis discrepâncias com a realidade complexa, e isso pode ser um problema; por fim, (iii) as *estruturas de governança* e as *concepções de controle* devem ser avaliadas, a fim de se mensurar o Direito da Concorrência existente e possível.

Neste trabalho, são adotadas as ideias de Ana Frazão, não apenas porque interagem com as lições de Fligstein e as críticas já mencionadas referentes à simplificação da Escola de Chicago no antitruste, elementos que também estão presentes nas lições de outros doutrinadores nacionais, mas também porque registram, entre os diálogos necessários para o Direito da Concorrência, a sua interface com o combate à corrupção. Dessa forma, o Direito da Concorrência não pode ser reduzido a um viés meramente economicista, pautado no conceito de eficiência, nem a um mero instrumento de política econômica: é imprescindível perquirir, na atividade de controle do poder econômico, em que medida os princípios constitucionais estão sendo observados. A utilização da economia e a observância de valores constitucionalmente estabelecidos devem ser preocupações constantes dos operadores do direito ao lidar com matérias concorrenciais.

Cartéis são aqui entendidos como “atos colusivos, entre concorrentes potenciais ou efetivos, autônomos, potencialmente resultantes em vantagens comuns decorrentes da supressão total ou parcial da livre concorrência, tendentes à dominação de um dado mercado relevante” (GICO JUNIOR, 2006, p. 216) ou, ainda, de forma complementar, “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” (MARTINEZ, 2013, p. 36-37).

Os cartéis em licitação ocorrem quando dois ou mais agentes econômicos coordenam seus comportamentos para aumentar preços ou mudar a qualidade de produtos e serviços desejados pela Administração, ou seja, buscam fraudar o caráter competitivo de determinado procedimento. Eles são classificados como *hardcore* pela OCDE, portanto seus prejuízos são presumidos, de maneira que são condenados independentemente de qualquer discussão acerca de eficiências ou de participação de mercado dos agentes econômicos. As características de mercados que propiciam os cartéis em licitação, as principais estratégias utilizadas e os sinais indicativos de existência de um acordo colusivo, conforme lições da doutrina e de autoridades de defesa da concorrência, poderão ser observados na pesquisa empírica que será realizada no capítulo seguinte.

Ainda, verificou-se que a *estrutura de governança* estatal para combate aos cartéis em licitação engloba normas constitucionais e infraconstitucionais, com destaque para a Lei 12.529/2011, bem como diversos entes, uma vez que a prática configura ilícito com repercussões na esfera administrativa, criminal e cível. Além disso, destacou-se o programa de leniência brasileiro, que entrou em vigor no ano 2000, com o primeiro acordo firmado em 2003, bem como a política de *enforcement* das punições aplicadas pelo CADE como fatores que propiciaram um efetivo aprimoramento nas investigações dos cartéis, inclusive aqueles praticados em certames licitatórios, motivo pelo qual se optou por investigar o tema a partir dos casos condenados pela autoridade antitruste brasileira.

Em relação à probidade e à corrupção nos mercados, mencionou-se que os Estados devem promover a probidade pelos seguintes motivos. Primeiro, a corrupção acarreta prejuízos à sociedade, pois desvia recursos originalmente destinados a políticas públicas, que são apropriados indevidamente pelos corruptos. Segundo, independentemente da finalidade almejada pelo Estado e da linha político-econômica adotada, a corrupção na esfera pública, por dificultar o alcance das metas estatais originárias, deve ser combatida, sobretudo em um contexto republicano e democrático. Terceiro, a prática de oferecer propina a agentes do setor público implica forte incentivo para serem realizadas escolhas políticas que não necessariamente atendam ao interesse coletivo, como, por exemplo, a opção por projetos complicados e de alto custo, os chamados “elefantes brancos”, os quais geram propinas ainda maiores e de difícil identificação. Quarto, o pagamento de vantagens indevidas causa ineficiências, selecionando não os agentes econômicos mais capacitados, mas os que podem pagar a propina, além de criar barreiras à entrada para novos agentes no mercado específico.

Quinto, a corrupção reforça a má distribuição de poder e de renda, promovendo incremento na desigualdade.

Internacionalmente, há diversas normas que buscam uniformizar o combate à corrupção, como a (i) Convenção Interamericana contra a Corrupção de 1996 da OEA, a (ii) Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais de 1997 da OCDE e a (iii) Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção de 2003 da ONU, todas adotadas pelo Brasil. Esse movimento internacional contemporâneo de combate à corrupção tem origem direta nos Estados Unidos, mais especificamente na promulgação do *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), em 1977, e na promoção do livre comércio mundial fomentada pelas próprias grupos econômicos norte-americanos.

O *enforcement* do FCPA nos Estados Unidos, com o passar dos anos, causou o seguinte problema: os agentes econômicos daquele país estavam proibidos de angariar novos negócios em países estrangeiros por meio da prática de corrupção, mas essa mesma proibição não era imposta, pelas limitações territoriais naturais da aplicação das normas estadunidenses, àqueles grupos que não se enquadravam em quaisquer das hipóteses previstas no FCPA, ou seja, a maioria das companhias estrangeiras. O poder econômico das companhias norte-americanas e a capacidade de mobilização dos EUA, principal financiador de relevantes organismos internacionais, proporcionaram a disseminação dos ideais do FCPA, a fim de obrigar companhias estrangeiras a não praticarem corrupção em países subdesenvolvidos, estimulando, assim, a livre concorrência em mercados internacionais. Percebe-se, portanto, que combate à corrupção e o combate à concorrência estão intrinsecamente ligados.

Quanto ao Brasil, o país obteve, em 2021, 38 pontos no Índice de Percepção da Corrupção da Transparência Internacional, ficando abaixo da média global, que é de 43 pontos, encontrando-se na 96ª posição entre os 180 países, além do que, no *Worldwide Governance Indicators*, do Banco Mundial, em 2020, ficou com nota de -0,34, com a porcentagem de ranking de 43,75%. Esses dados apontam que a corrupção é um problema no Brasil, colocando-o em posições abaixo da média mundial. Aliado a isso, há estudos indicadores do problema não tem um combate eficiente, como os trabalhos de Lucas Rocha Furtado (2018) e de Carlos Higino Alencar, em coautoria com Ivo Gico Júnior (2011). Mais importante: qualquer discussão sobre possíveis causas da corrupção e razões pelas quais seu combate não é eficiente não pode dispensar a sua correlação com a economia ou, mais especificamente, com a concorrência.

Partindo-se das causas da corrupção mencionadas por Luís Roberto Barroso, em artigo intitulado *Empurrando a História: combate à corrupção, mudança de paradigmas e refundação do Brasil*, publicado em 2020, foram lembradas as obras de Gilberto Freyre (2006), Sérgio Buarque de Holanda (1995), Sérgio Lazzarini (2011), Abranches (1988 e 2018) e Bruno Carazza (2018), que tratam de temas como patrimonialismo, cordialidade, capitalismo de laços, presidencialismo de coalização e presidencialismo de cooptação, para demonstrar que qualquer discussão sobre fatos relacionados às origens da corrupção no Brasil, ou às dificuldades do seu combate, não pode dispensar uma análise econômica ou, mais especificamente, concorrencial, o que apenas confirma a premissa deste trabalho de que os temas, promoção da probidade e defesa da concorrência, estão correlacionados.

Em relação ao que se entende por “corrupção”, embora seja pertinente a utilização do conceito de “abuso de posição confiada para fins de um ganho privado”, para o objetivo ora proposto, de se perquirir pela possível prática de corrupção nos casos de cartel em licitação condenados pelo CADE, esse estudo delimitará a análise para aqueles atos corruptos que se assemelhem ao suborno, à extorsão ou à troca de favores, os quais encontram condutas paralelas tipificadas no Código Penal, respectivamente, nos arts. 333 (corrupção ativa), 317 (corrupção passiva), 316 (concussão) e §2º do art. 317. Classificações como corrupção ativa e passiva, sistêmica, corrupção política e Estado capturado poderão ser utilizadas nos respectivos sentidos aqui apresentados, com destaque para a corrupção sistêmica, que indica que a prática ilícita faz parte dos sistemas econômicos, sociais e políticos de determinada localidade.

A corrupção em certames licitatórios é um ilícito frequente, se comparado a outros casos de corrupção, por conta, sobretudo, da tempestade perfeita que ocorre: além do montante de dinheiro público destinado, que, embora não seja predominante no orçamento público federal, é relevante, durante as licitações, existir constante interação, em diversas etapas do procedimento, entre agentes públicos e privados, bem como há dificuldades, inerentes à burocracia estatal e ao tipo de contratação específica, que dificultam a identificação de sobrepreços. É curioso notar que os mercados apontados pela OCDE como mais propensos à prática de corrupção em licitação, em parte, coincidem com aqueles apontados pela doutrina como propensos à prática de cartel em licitação, com destaque para a construção civil, mercado diretamente investigado pela Operação Lava Jato.

A probidade administrativa é diretamente afetada pela corrupção e, em decorrência da sua prática, podem ser acionadas diversas normas e autoridades para fins de investigação e punição dos responsáveis, seja no âmbito administrativo, penal ou civil.

Administrativamente, mencionou-se que há duas normas centrais: a Lei de Improbidade, 8.429/1992, com enfoque para a responsabilidade do agente público; e a Lei Anticorrupção, 12.846/2013, que se aplica aos agentes econômicos. Sob a perspectiva penal, Ministérios Públicos estadual ou federal, bem como Polícias Cíveis ou Federal, a depender do caso concreto, podem ter atribuição para investigar a corrupção, que pode ter diversos enquadramentos típicos no Código Penal. O ressarcimento civil pode ser demandado diretamente pelos entes públicos prejudicados ou pelo Ministério Público. A esse emaranhado de normas e entes de repressão, nos casos de corrupção associada ao cartel em licitação, adicionam-se outros complicadores.

Para além da ofensa à probidade administrativa, há também mácula à livre concorrência, visto que, por meio da corrupção, são oferecidas condições essenciais para que o ilícito antitruste perdure, dificultando sobremaneira que este seja desvendado. Na verdade, o cartel em licitação se transforma com o acréscimo da corrupção, tornando-se uma conduta ilícita bem mais desafiadora às autoridades de defesa da concorrência. Em razão dessa pluralidade de normas e de autoridades, bem como da dificuldade em se delimitar o que seja corrupção, o caminho neste trabalho escolhido, de se tentar compreender o fenômeno a partir de casos antitruste de cartéis em licitação, parece ser o mais lógico.

Apesar da ineficiência do sistema de Justiça brasileiro quanto ao combate à corrupção, simbolizada pela posição do Brasil no *World Justice Project* (WJP), que avalia a Justiça Criminal do país como uma das piores do mundo, após a Lei 12.850/2013, que disciplinou, de maneira detalhada, a colaboração premiada, o instituto foi bastante utilizado para fomentar investigações, com destaque para a Operação Lava Jato, que contou com cerca de 209 (duzentos e nove) acordos de colaboração. Na esfera administrativa, a Lei 12.846/2013 previu a leniência anticorrupção, cuja redação se assemelha à da leniência antitruste, com duas relevantes diferenças: não há balcão único para sua celebração e ela não extingue a punibilidade na esfera penal. A colaboração e a leniência são instrumentos relevantes para que crimes como o cartel e a corrupção, praticados às escondidas, possam ser investigados e punidos.

Em relação à complexa relação entre concorrência e probidade, explicou-se o que se entende por complexidade neste trabalho. A referência é a *Economia da Complexidade*, estudada por Brian Arthur (1999 e 2015), no sentido de que os elementos de um sistema, como a economia, adaptam-se e reagem aos padrões por eles mesmos criados. À medida que os elementos reagem, o todo muda e, conforme o todo muda, os elementos novamente reagem. Salvo algum estado de equilíbrio momentâneo alcançado, sistemas complexos estão

em constante processo de evolução. Para além da perspectiva de *nonequilibrium*, sistemas complexos são imprevisíveis e apresentam tanto retornos crescentes, quanto decrescentes.

Os agentes econômicos mudam constantemente sua estratégia em resposta aos resultados que eles mutuamente criam, e isso adiciona novas mudanças nos resultados, o que requer novos ajustes nas estratégias, de maneira que “agents thus live in a world where their beliefs and strategies are constantly being ‘tested’ for survival within an outcome or ‘ecology’ these beliefs and strategies together create” (ARTHUR, 2015, p. 1). A estratégia de sobrevivência aqui mencionada aproxima sobremaneira as ideias de Arthur às de Fligstein, sobretudo quando explicados os dois elementos que, segundo Arthur, geram instabilidade na economia: a *incerteza fundamental* e a *inovação tecnológica*, os quais dialogam de forma muito próxima com a *competição* e a *tecnologia* destacadas por Fligstein ao tratar da instabilidade na sua *Teoria dos Campos* aplicada à arquitetura dos mercados.

Os possíveis casos de corrupção estudados neste trabalho ocorreram no contexto de licitações públicas, exemplos de *grand corruption*, portanto no exercício da atividade econômica dos agentes. A ideia de que a interação entre os elementos do sistema influencia não só os próprios agentes, mas também o sistema como um todo, fazendo com que padrões sejam criados e modificados, aplica-se também para esse tipo de corrupção, aos moldes das demais atividades econômicas. Neste trabalho, pretende-se avaliar, à luz da complexidade, a relação entre agentes econômicos cartelizados e agentes públicos corruptos e de que forma a interação entre eles produz a chamada *propriedade emergente*: o todo é diferente da soma das partes. Um exemplo convencionalmente apontado é a água, que é formada pela soma de moléculas do hidrogênio com o oxigênio. As propriedades da água não são encontradas quando analisados, individualmente, os seus componentes, assim como o cartel em licitação com corrupção apresenta particularidades próprias da interseção dos ilícitos, não verificadas quando cada um é analisado separadamente.

Em uma perspectiva macro, foram analisados diversos trabalhos que avaliam a relação entre corrupção e concorrência. Para alguns⁴²¹, corrupção e concorrência são antíteses, de forma que o incremento de uma está associado à diminuição da outra. Para outros⁴²², não necessariamente, pois, em contextos específicos, o incremento da concorrência poderia acarretar o aumento da corrupção. Os resultados, apesar de aparentemente contraditórios, não surpreendem, à luz da complexidade.

⁴²¹ Vide: Emerson (2006), Troesken (2007), Das Nair e Lewis (2014) e Frazão (2017).

⁴²² Vide: Celentani e Ganuza (2002), Basu, McGavock e Zhang (2013) e Diaby e Sylwester (2015).

Primeiro, partindo-se da concorrência para a corrupção, a noção de que, quanto maior a competição, menor a sobra de recursos entre os agentes econômicos para o pagamento de propinas é algo, de fato, de difícil refutação. Segundo, partindo-se da corrupção para a concorrência, há também alinhamento no sentido de que a prática de pagar propinas em determinado mercado substitui critérios de eficiência competitiva por laços diversos, reforçando-se custos de transação, barreiras à entrada e poder econômico dos agentes incumbentes. Terceiro, essa construção teórica embasa os trabalhos empíricos citados nos quais se verificou uma relação inversamente proporcional entre concorrência e corrupção. Quarto, o problema é que essa construção, ao tentar relacionar corrupção e concorrência, olha para um ponto específico, quando, na verdade, o mais relevante para lidar com sistemas complexos é não perder a noção do todo. A analogia pertinente, aqui, é que, para melhor conhecer uma floresta, a análise apenas de determinada árvore ou determinada parte não é suficiente, por não, necessariamente, refletir a situação daquele ecossistema, em razão da propriedade emergente já comentada.

Quinto, a elaboração de modelos econométricos para explicar essa relação, ainda que pautada em premissas sólidas, deve levar em consideração a complexidade do fenômeno realizado, a vida real, pois, na teoria, concorrência acarreta redução da margem de lucro, corrupção fomenta no mercado barreiras à entrada, uma é antítese da outra, “c’est magnifique! Mais ce n’est pas la guerre”. Sexto, essas críticas também se aplicam, em certa medida, aos trabalhos que verificaram uma relação no mesmo sentido entre concorrência e corrupção, ainda que um ou outro, como dito, tenha chamado a atenção para o caráter parcial da sua análise, no sentido de que o estudo apenas aborda parte do problema. Por fim, é possível mencionar que todos os trabalhos aqui citados, nessa perspectiva, falham, porque não dão a devida atenção à complexidade do problema.

Em uma perspectiva micro, foram analisados trabalhos⁴²³ que avaliam a relação entre o cartel e a corrupção no contexto das licitações, a partir dos quais foram extraídas algumas observações. Primeira, os membros do cartel necessitam dos agentes públicos. Diversos estudos abordam como o agente público corrupto pode ajudar o cartel (a) na manutenção da coesão, seja para (a.1) garantir a adequada repartição do sobrepreço, seja (a.2) para evitar a quebra do conluio, bem como no (b) afastamento de entrantes. Segunda, os agentes públicos corruptos também precisam do cartel. Como visto, a existência de um conluio entre os licitantes configura um indicativo de que há renda passível de apropriação

⁴²³ Vide: Lambert-Mogiliansky, Compte e Verdier (2005); Lambert-Mogiliansky e Sonin (2006); CLARK *et al.* (2018); Lambert-Mogiliansky (2010); Kovacic, Anderson e Muller (2016); Kovacic, Anderson e Jones (2019).

por parte do corrupto. E oferece maior segurança ao agente público de que o esquema corrupto não será descoberto, afinal de contas serão menos licitantes para buscar órgãos de controle a fim de reclamar contra o direcionamento da contratação.

Terceira, a união entre agentes econômicos cartelizados e agentes públicos corruptos torna ainda mais difícil a tarefa de identificar a prática. O todo, como ocorre em sistemas complexos, nesse caso, não equivale à mera soma das partes. Trata-se de um novo desafio, com nuances diferentes, que devem ser conjuntamente enfrentadas pelas autoridades responsáveis. Quarto, relacionado à complexidade do problema e à necessidade de uma abordagem conjunta e específica das autoridades que lidam com defesa da concorrência e promoção da probidade, deve-se atentar para o interessante exemplo da transparência, que, em regra, é benéfica para o combate à corrupção, mas quando relacionada a determinadas informações do certame licitatório, pode favorecer o conluio. Quinta, a corrupção que contribui para um cartel em licitação se diferencia substancialmente de outros tipos de corrupção, pois ocorre uma simbiose entre os ilícitos que potencializa a prática do cartel, tornando-o um problema diferente, mais difícil de ser combatido. Aqui, a corrupção, além de afetar a probidade administrativa, atinge a própria defesa da concorrência, motivo pelo qual as autoridades antitruste devem ter um olhar específico para o fenômeno. Por fim, não foram identificados trabalhos empíricos que tentassem avaliar, em um determinado contexto, a porcentagem de casos de cartel em licitação com sobreposição à corrupção.

Dessa maneira, foram elaboradas as duas hipóteses que norteiam a pesquisa empírica no capítulo seguinte, pautadas, respectivamente, na necessidade e na complexidade, quanto esta última, mais especificamente na sua propriedade emergente: (i) *no Brasil, a maioria dos casos de cartel em licitação está relacionada à prática de atos de corrupção ou, ao menos, a elementos indicativos da prática de corrupção*; e (ii) *a coexistência desses dois ilícitos em um mesmo contexto fático altera substancialmente suas características, de modo a praticamente serem anulados alguns dos controles corriqueiramente utilizados para sua identificação e repressão*.

Em relação à metodologia adotada na pesquisa, optou-se por partir dos casos de cartel em licitação condenados pelo CADE para, nos respectivos autos administrativos, serem buscados “elementos indicativos de corrupção”, expressão que significa a presença de elementos probatórios que indicariam a possível existência de corrupção e, dessa forma, estaria justificada, à época, a instauração de uma investigação específica referente à violação da probidade. Para facilitar a análise dos autos, os “elementos indicativos de corrupção” foram divididos em dois grupos. No primeiro, foi pesquisado se os (i) agentes públicos que

analisaram os fatos à época da investigação antitruste trataram da concomitância entre os ilícitos, sejam eles (i.a) do SBDC, (i.b) da Polícia e do Ministério Público ou, por fim, (i.c) de Tribunal de Contas, de CPI ou de outro órgão administrativo de investigação. No segundo, abre-se a possibilidade de (ii) análise do material probatório, em busca de “elementos indicativos de corrupção”, basicamente, a partir (ii.a) das provas juntadas aos autos que, diretamente, apontem para um possível ato de corrupção ou (ii.b) de material que possa indicar o auxílio de agentes públicos no cometimento do ilícito antitruste.

A partir dessas premissas, é possível, agora, estudar a coexistência do cartel e da corrupção em processos de licitação no Brasil, a partir dos casos de cartel em licitação condenados pelo CADE. Entretanto, de forma preliminar, no capítulo seguinte, serão apresentados aspectos gerais da Operação Lava Jato, a fim de se verificar se, de fato, esse é um exemplo a partir do qual é possível depreender a relação entre agentes econômicos cartelizados e agentes públicos corruptos⁴²⁴ e, mais especificamente, caso essa relação se verifique, se era ou não restrita aos processos licitatórios promovidos pela Petrobras.

⁴²⁴ Como é mencionado, por exemplo, por Kovacic, Anderson e Jones (2019).

2 OS CARTÉIS EM LICITAÇÃO E A CORRUPÇÃO

O objetivo principal deste capítulo é, a partir do estudo dos casos de cartel em licitação condenados pelo CADE entre os anos de 1994 e 2019, compreender melhor, no Brasil, a relação entre concorrência e corrupção, mais especificamente entre os cartéis em licitação e os agentes públicos corruptos.

Conforme abordado anteriormente⁴²⁵, no ordenamento jurídico brasileiro, há uma segmentação não apenas por ramos do direito, mas também entre diversos órgãos e entidades, quando o tema é o combate aos cartéis e à corrupção. Um ou outro ilícito pode ser tratado a partir da perspectiva administrativa, penal ou civil. Quando funcionários públicos corruptos e agentes econômicos cartelizados se unem, problemas que, de antemão, já seriam de difícil enfrentamento, transformam-se, sobretudo por conta da propriedade emergente inerente aos sistemas complexos. É, por isso, relevante entender com que frequência os ilícitos podem estar relacionados e, nesses casos, quais são as suas principais características.

Daí a presente proposta de reanálise dos casos de cartel em licitação condenados pelo CADE. Um estudo que identifique e sistematize as informações referentes aos cartéis em licitação até então condenados, por meio da indicação de quais foram os mercados relevantes afetados, quais os materiais probatórios utilizados e como se deu a dinâmica da investigação praticada pela SG (Superintendência-Geral do CADE), na vigência da Lei 12.529/2011, ou pela SDE (Secretaria de Direito Econômico), sob a égide da Lei 8.884/1994, teria, por si, sua importância. Entretanto, não é a isso que o presente trabalho se limita. O mote principal aqui desenvolvido, e por isso a utilização do substantivo “reanálise”, é o de perquirir pela corrupção nos casos de conluio, à luz do conhecimento hoje disponível acerca das *concepções de controle* de alguns mercados, o qual é, por certo, diferente do existente à época em que os casos foram julgados.

Duas anotações importantes.

Primeira, o fato de terem sido identificados, em alguns casos, elementos indicativos de corrupção, não permite a conclusão de que, necessariamente, houve corrupção. As investigações não foram conduzidas com esse enfoque, pois se tratava de processos de conduta na esfera do Direito da Concorrência. Esse é também o motivo pelo qual se optou

⁴²⁵ Vide itens 1.1.5, “As estruturas de governança estatais de combate aos cartéis em licitação”, 1.2.5, “As estruturas de governança estatais de combate à corrupção em licitação”, e 1.3.2, “A relação entre cartéis em licitação e corrupção (micro)”.

pela descrição detida dos fatos e dos respectivos elementos probatórios, a fim de que o próprio leitor avalie se, em cada caso, havia ou não elevada probabilidade do encontro do ilícito antitruste com o da improbidade. Essa possível coexistência dos ilícitos já mereceria um enfoque investigativo inicial diferente, justamente em decorrência da complexidade existente na relação entre os agentes econômicos cartelizados e os agentes públicos corruptos.

Segunda, justamente por ser um olhar para o passado com lentes do presente, não se pretende aqui perquirir qualquer prática omissiva dos agentes públicos em relação a uma ou outra conduta ilícita eventualmente não identificada ou, ainda que identificada, não endereçada de maneira adequada. Em grande parte, justamente porque a construção do arcabouço para análise ora empreendida, conforme já delineado, é posterior aos fatos. Hoje a correlação entre corrupção e concorrência no Brasil, sobretudo após a Operação Lava Jato, está mais nítida, embora ainda permeada de dúvidas, conforme restará estudado.

Para essa tarefa de reanálise dos casos de cartel em licitação condenados pelo CADE, a pesquisa considerará como corrupção, conforme já mencionado⁴²⁶, no contexto das licitações públicas, aquelas práticas entre agentes públicos e privados que se aproximem das condutas de suborno, extorsão ou troca de favores, tendo como parâmetros, respectivamente, os tipos penais de corrupção ativa e passiva, concussão, bem como o §2º do art. 317 do Código Penal.

A partir da análise dos autos públicos dos processos de cartel em licitação condenados pelo CADE, buscar-se-á(ão) algum(ns) dos seguintes elementos indicativos da corrupção: primeiro, se (i) agentes públicos que analisaram os fatos à época da investigação antitruste trataram da possível concomitância entre os ilícitos, sejam eles (i.a) do SBDC, (i.b) da Polícia e do Ministério Público ou, por fim, (i.c) de Tribunal de Contas, de CPI ou de outro órgão administrativo de investigação⁴²⁷; segundo, na ausência disso, abre-se a possibilidade de (ii) análise do material probatório, basicamente, (ii.a) as provas juntadas aos autos que, diretamente, apontem para um possível ato de corrupção, ou (ii.b) o material que possa indicar indiretamente a corrupção, a partir do possível auxílio de agentes públicos no cometimento do ilícito antitruste.

No decorrer da apresentação dos casos, as seguintes hipóteses serão consideradas, para fins de análise: (i) no Brasil, a maioria dos casos de cartel em licitação está relacionada à

⁴²⁶ Vide item 1.2.3, “A corrupção”.

⁴²⁷ Parece pertinente, ao se debruçar sobre os casos de cartel em licitação, separar as análises da Polícia e do Ministério Público, daquelas realizadas por outros órgãos, haja vista que, a depender do órgão tratado, é possível que um relevante componente político seja inserido, como no caso da fiscalização exercida pelas CPIs. Essa distinção ajudará a se ter maior clareza quanto aos resultados da pesquisa.

prática de corrupção ou, ao menos, apresenta elementos indicativos de corrupção; e (ii) a coexistência desses dois ilícitos em um mesmo contexto fático altera consideravelmente suas características, de modo a praticamente anular alguns dos controles corriqueiramente utilizados para sua identificação e repressão.

O presente capítulo está dividido em quatro eixos centrais: um considerado preliminar, que avalia os casos da Lava Jato em processamento no CADE; outro que trata propriamente da pesquisa dos cartéis em licitação condenados pelo CADE; um terceiro no qual, a partir dos dados extraídos da pesquisa principal, é analisado como o CADE tem abordado esse ilícito concorrencial, com o escopo de se tentar aprimorar os mecanismos de repressão; e, por fim, um último no qual são propostas medidas para aprimorar as investigações desses ilícitos à luz da *Economia da Complexidade*.

2.1 O caso da Lava Jato: o encontro entre agentes públicos corruptos e agentes econômicos cartelizados

A Operação Lava Jato se iniciou em Curitiba, Paraná, ainda em 2009, para investigar crimes de lavagem de ativos relacionados ao ex-deputado federal José Janene e aos doleiros Carlos Habib Chater e Alberto Youssef. Este último já havia sido processado por crimes contra o sistema financeiro e lavagem de dinheiro em outro caso de repercussão nacional, o Banestado⁴²⁸. No final de 2013, de maneira fortuita, nas contas de *e-mail* vinculadas ao doleiro Alberto Youssef, foi encontrada uma nota fiscal de um carro importado de luxo, Range Rover Evoque, em nome de Paulo Roberto Costa, ex-diretor de abastecimento da Petrobras, no valor de R\$ 250.000,00⁴²⁹. Qual relação um dirigente da maior empresa estatal do país teria com um doleiro, já conhecido pelo envolvimento em grandes esquemas de lavagem de dinheiro?

⁴²⁸ O Banco do Estado do Paraná ficou conhecido em todo Brasil como o foco de atuação de uma quadrilha especializada em lavagem de dinheiro, por meio de contas de não residentes, as CC-5. As agências do banco em Foz do Iguaçu, pelo menos desde 1996, foram utilizadas para a evasão de mais de 28 bilhões de dólares. Vide em: <http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/mpf-pr-balanco-sobre-o-caso-banestado>. Acesso em 24 mar. 2022.

⁴²⁹ Nesse sentido: “O nome de Paulo Roberto Costa surgira quase por acaso. Ele não era um dos alvos dos primeiros pedidos de prisão da Lava Jato. No Natal de 2013, o delegado Márcio Anselmo estava com a família em um sítio, sem internet, e resolveu ler um relatório sobre as contas de e-mail que Alberto Youssef usava. Numa delas, pauloia58@hotmail.com, encontrou uma nota fiscal de um Ranger Rover Evoque, carro de luxo que Youssef tinha acabado de pagar. Preço: 250 mil reais. O delegado achou estranho porque o carro não estava no nome do doleiro, e sim de um tal de Paulo Roberto Costa. Parecia mais um cliente do Youssef” (NETTO, 2016, p. 20).

As primeiras medidas ostensivas foram implementadas em 17 de março de 2014, sendo 81 mandados de busca e apreensão, 18 mandados de prisão preventiva, 10 mandados de prisão temporária e 19 mandados de condução coercitiva, em 17 cidades de 6 estados e no Distrito Federal, contra vários alvos, inclusive o ex-diretor da Petrobras. Para Paulo Roberto Costa, não havia sido expedido mandado de prisão. Entretanto, câmeras de segurança flagraram, nesse mesmo dia, familiares de Paulo Roberto retirando, de um dos locais de busca e apreensão, sacolas e mochilas com provas. A segunda fase da Operação não tardou, sendo deflagrada em 20 de março de 2014, dessa vez com a prisão de Paulo Roberto da Costa por obstrução às investigações⁴³⁰. Ainda em abril de 2014, a força-tarefa da Lava Jato era montada em Curitiba, para analisar os quase 80 mil documentos apreendidos pela Polícia Federal⁴³¹.

Entre os vários endereços que foram alvos das primeiras buscas, estava um posto de gasolina localizado em Brasília, apelidado de “Posto da Torre”, onde funcionava um dos escritórios do doleiro Carlos Habib Chater, dono do estabelecimento comercial. Apesar de, costumeiramente, pensar-se que o nome Lava Jato decorreria de um ponto de lavagem de carros nesse posto, no local, apenas havia uma lanchonete, uma lavanderia e uma casa de câmbio. Não existia lava-a-jato propriamente dito. A Operação teria sido assim denominada pela delegada Erika Marena em alusão ao posto de combustível e ao montante de dinheiro ali “lavado” pelo grupo de doleiros então investigado⁴³². Não era do conhecimento das equipes de investigação à época a dimensão efetiva e as implicações jurídicas e políticas que o caso meses depois tomaria.

Os números são expressivos. Até 24 de agosto de 2021⁴³³, por exemplo, haviam sido firmados 209 acordos de colaboração e 17 acordos de leniência, formulados 723 pedidos

⁴³⁰ Esse, aliás, foi o objeto da primeira denúncia oferecida no bojo da operação da Lava Jato, em 21 de abril de 2014, por crime de embaraço à investigação de organização criminosa cometida pelo ex-diretor da Petrobras, Paulo Roberto Costa e seus familiares, Ariana Azevedo Costa Bachmann, Humberto Sampaio de Mesquita, Márcio Lewkowicz e Shanni Azevedo Costa Bachman. Processo Penal: 5025676-71.2014.404.7000. Chave eletrônica: 751092683414. O fato de ter visto seus familiares envolvidos na prática de crimes contribuiu sensivelmente para que o investigado decidisse colaborar com a justiça. Vide: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/acoes>. Acesso em 24 mar. 2022.

⁴³¹ Vide: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/linha-do-tempo>. Acesso em: 24 mar. 2022.

⁴³² Assim: “No posto de gasolina de Chater funcionavam uma lanchonete, uma lavanderia uma casa de câmbio. Mas não um lava-a-jato. Mesmo assim, a delegada Erika, que depois se tornaria chefe da Delegacia de Repressão a Crimes Financeiros da PF do Paraná, decidiu registrar a investigação no sistema interno da Polícia Federal como Lava Jato. ‘Pensei em Lava Jato obviamente por causa do posto de combustível, que era uma lavanderia, e porque eu tinha plena consciência de que não se tratava de coisa pequena. Não estavam lavando coisa pequena, não estavam lavando um carro. Se fosse comprar um carro e um jato, lavariam mais um jato. Não ficou faltando um ‘a’ no lava a jato, foi uma brincadeira com a palavra’, conta Erika” (NETTO, 2016, p. 28).

⁴³³ As informações constam no *site* da Operação, no qual também está o registro da última vez que foi atualizado, em 24 de agosto de 2021: Vide: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>. Acesso em: 24 mar. 2022.

de cooperação internacional, deflagradas 79 fases, oferecidas 130 denúncias e condenadas 174 pessoas na 1ª e na 2ª instâncias. Quanto aos valores, R\$ 4,3 bilhões foram devolvidos aos cofres públicos, R\$ 2,1 bilhões estabelecidos em multas compensatórias decorrentes de acordos de colaboração, R\$ 12,7 bilhões em multas compensatórias decorrentes de acordos de leniência, R\$ 14,7 bilhões de valores previstos de recuperação, R\$ 111,5 milhões de renúncias voluntárias dos réus. Segundo estudo econométrico aprovado pelo TCU em 2020, o esquema criminoso teria durado pelo menos oito anos, entre 2004 e 2012, e causado um prejuízo aproximado de 18 bilhões de reais à Petrobras⁴³⁴.

Paulo Roberto Costa e Alberto Youssef foram os primeiros investigados a firmar colaboração e municiar os investigadores com informações e documentos das práticas ilícitas. Todos esses acordos geraram diversas outras fases da Operação, com a deflagração de novas medidas de busca e apreensão e novas prisões⁴³⁵. Outras forças-tarefas ou grupos de trabalho, no âmbito no próprio Ministério Público Federal, foram criados, como, por exemplo, o GT Lava Jato PGR, o qual auxiliava o Procurador-Geral com os casos envolvendo pessoas com foro por prerrogativa de função, e as forças-tarefas da Lava Jato em São Paulo e no Rio de Janeiro, para cuidar das investigações centradas naqueles estados.

A investigação revelou um esquema de corrupção que envolvia agentes políticos, servidores públicos, empresários e doleiros. Em síntese, os agentes políticos eram responsáveis por indicar os ocupantes dos cargos na diretoria da Petrobras, os quais ficavam responsáveis de beneficiar os agentes econômicos, organizados em cartéis, em contratos firmados pela empresa estatal. Em troca, os agentes econômicos destinavam aos agentes políticos e administrativos o pagamento de propinas. Em razão da alta quantidade de valores ilícitos que eram repassados, muitas vezes eram utilizados os serviços de operadores financeiros, como os doleiros, que ajudavam na ocultação e na transferência dos recursos. Fala-se, assim, respectivamente, em núcleos político, administrativo, econômico e

⁴³⁴ O TCU, no TC 041.850/2018-1, por meio do Acórdão 1568/2020, relatoria do Ministro Benjamin Zymler, aprovou estudo que apontou um sobrepreço médio de 14,53% para cada contratação ganha por algum membro do cartel. Ao todo, teriam participado 24 empresas do cartel e o TCU se preocupou em estimar o valor de prejuízo causado por cada empreiteira. Vide: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-aponta-que-cartel-causou-prejuizos-de-r-18-bilhoes-a-petrobras.htm>. Acesso em: 24 mar. 2022. Essa é a previsão mais conservadora. Deve-se mencionar que o próprio TCU, anteriormente, em 2015, havia divulgado um estudo que apontava para um valor diferente, algo em torno de R\$ 29 bilhões, considerando a prática do cartel entre 2002 a 2015, com um sobrepreço de cerca de 17%. Vide: <https://portal.tcu.gov.br/data/pages/8A81881F77D527280177D5842E7A45D5.htm>. Acesso em: 24 mar. 2022. E a Polícia Federal, por sua vez, em 2015, havia estimado, por meio de laudo pericial, que o prejuízo poderia chegar ao montante de R\$ 42 bilhões. Vide: <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2015/11/pf-estima-que-prejuizo-da-petrobras-com-corrupcao-pode-ser-de-r-42-bi.html>. Acesso em: 24 mar. 2022. Todos os valores aqui mencionados são históricos.

⁴³⁵ De maneira detalhada, a evolução histórica da Operação pode ser conferida no *site*: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/linha-do-tempo>. Acesso em: 24 mar. 2022.

financeiro⁴³⁶. Paulo Roberto Costa e Alberto Youssef integravam, respectivamente, os núcleos administrativo e financeiro do referido esquema e, em suas colaborações, detalharam como todo o ilícito funcionava⁴³⁷.

Havia uma simbiose quase perfeita entre o ilícito antitruste, cartel, e os pagamentos de propina, corrupção. Os valores ilegais bancariam campanhas eleitorais do

⁴³⁶ Na página oficial da Operação Lava Jato, os referidos núcleos estão assim explicados: “As empreiteiras: em um cenário normal, empreiteiras concorreriam entre si, em licitações, para conseguir os contratos da Petrobras, e a estatal contrataria a empresa que aceitasse fazer a obra pelo menor preço. Neste caso, as empreiteiras se cartelizaram em um “clube” para substituir uma concorrência real por uma concorrência aparente. Os preços oferecidos à Petrobras eram calculados e ajustados em reuniões secretas nas quais se definia quem ganharia o contrato e qual seria o preço, inflado em benefício privado e em prejuízo dos cofres da estatal. O cartel tinha até um regulamento, que simulava regras de um campeonato de futebol, para definir como as obras seriam distribuídas. Para disfarçar o crime, o registro escrito da distribuição de obras era feito, por vezes, como se fosse a distribuição de prêmios de um bingo. Funcionários da Petrobras: as empresas precisavam garantir que apenas aquelas do cartel fossem convidadas para as licitações. Por isso, era conveniente cooptar agentes públicos. Os funcionários não só se omitiam em relação ao cartel, do qual tinham conhecimento, mas o favoreciam, restringindo convidados e incluindo a ganhadora dentre as participantes, em um jogo de cartas marcadas. Segundo levantamentos da Petrobras, eram feitas negociações diretas injustificadas, celebravam-se aditivos desnecessários e com preços excessivos, aceleravam-se contratações com supressão de etapas relevantes e vazavam informações sigilosas, dentre outras irregularidades. Operadores financeiros: os operadores financeiros ou intermediários eram responsáveis não só por intermediar o pagamento da propina, mas especialmente por entregar a propina disfarçada de dinheiro limpo aos beneficiários. Em um primeiro momento, o dinheiro ia das empreiteiras até o operador financeiro. Isso acontecia em espécie, por movimentação no exterior e por meio de contratos simulados com empresas de fachada. Num segundo momento, o dinheiro ia do operador financeiro até o beneficiário em espécie, por transferência no exterior ou mediante pagamento de bens. Agentes políticos: outra linha da investigação – correspondente à sua verticalização – começou em março de 2015, quando o Procurador-Geral da República apresentou ao Supremo Tribunal Federal 28 petições para a abertura de inquéritos criminais destinados a apurar fatos atribuídos a 55 pessoas, das quais 49 são titulares de foro por prerrogativa de função (“foro privilegiado”). São pessoas que integram ou estão relacionadas a partidos políticos responsáveis por indicar e manter os diretores da Petrobras. Elas foram citadas em colaborações premiadas feitas na 1ª instância mediante delegação do Procurador-Geral”. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em: 24 mar. 2022.

⁴³⁷ Segue trecho do relato constante, por exemplo, no Termo de Colaboração nº 01 de Paulo Roberto Costa: “QUE a respeito do Anexo 1, referente a Agentes Políticos - Triângulo Político - Governo - Empreiteiras, afirma que era funcionário de carreira da Petrobrás desde 1977 e ocupou a diretoria de abastecimento da Petrobrás entre maio de 2004 a abril de 2012; QUE anteriormente ocupou diversos cargos gerenciais e técnicos na companhia por mérito; QUE chegou a um limite em sua carreira onde a competência técnica não era suficiente para progredir, sendo necessário para ascender ao nível de diretoria um apadrinhamento político como ocorre em todas as empresas vinculadas ao governo; QUE se pode fazer uma comparação como o que ocorre nas Forças Armadas: por mais competente que seja o oficial, ele não ascende ao cargo de general sem a indicação pessoal; QUE assim pode chegar ao máximo ao cargo de coronel; QUE o apadrinhamento político do depoente se deu através do Partido Progressista, na época comandado por JOSÉ JANENE; QUE uma vez ocupando o cargo de diretor por indicação política, o grupo político sempre demandará algo em troca; QUE toda indicação política no país para os cargos de diretoria pressupõe que o indicado propicie facilidades ao grupo político que o indicou, realizando o desvio de recursos de obras e contratos firmados pelas empresas e órgãos que esteja vinculado para benefício deste mesmo grupo político; QUE o depoente menciona que é uma grande falácia afirmar que existe “doação de campanha” no Brasil, quando na verdade são verdadeiros empréstimos a serem cobrados posteriormente a juros altos dos beneficiários das contribuições quando no exercício dos cargos; QUE o depoente ressalta que nenhum candidato no Brasil se elege apenas com caixa oficial de doações e que os valores declarados de custos de campanha correspondem em média a apenas um terço do montante efetivamente gasto, sem o restante oriundo de recursos ilícitos ou não declarados; QUE a situação descrita em questão se aplica ao depoente que, uma vez indicado ao cargo de diretor de abastecimento da Petrobrás por indicação do PP, passou a ser demandado pelo grupo político para prover o PP, PMDB e PT, em diferentes momentos, com recursos oriundos da empresa em que atuava; QUE ressalta o depoente que na hipótese de deixar de atender às demandas do grupo político, imediatamente isso significa a sua saída do cargo para outro que atenda os pedidos” (BRASIL, 2014).

grupo político no poder, bem como regalias dos agentes públicos e políticos, como carros de luxo. Em contrapartida, as licitações eram superfaturadas, quando também não eram priorizados projetos de pouca utilidade para a empresa estatal. A coexistência desses crimes possibilitou que o esquema perdurasse por anos. Se os agentes econômicos não se organizassem em cartel⁴³⁸, a existência de um ou outro competidor efetivo nos certames promovidos pela Petrobras seria um elemento desestabilizador para os agentes públicos corruptos. Por outro lado, apenas a existência do cartel sem a participação direta de servidores públicos, no caso os diretores da Petrobras, inviabilizaria que os preços exorbitantes fossem cobrados em vários procedimentos licitatórios sucessivamente promovidos pela estatal. Mecanismos simples de fiscalização revelariam os ajustes nos certames e o sobrepreço cobrado pelas empreiteiras. Corrupção e cartel, no caso, formaram uma união quase perfeita e bastante lucrativa, a depender da perspectiva observada.

O objetivo deste tópico é perquirir se esse *modus operandi* se restringiu a Petrobras ou também pode ser verificado em contratações realizadas por outras entidades da Administração Pública, nas diferentes esferas, federal, estadual e municipal, como sugerem alguns colaboradores da Lava Jato⁴³⁹, com destaque para Sérgio Machado⁴⁴⁰, que se referiu à

⁴³⁸ Acerca do cartel de empreiteiras na Petrobras, observe-se o documento entregue por um dos signatários da leniência antitruste ao CADE, a Setal (processo administrativo nº 08700.002086/2015-14), intitulado “Regras do Clube”, produzido em 2011, no qual estariam estabelecidas as regras do cartel, de maneira simulada de um campeonato de futebol. Além de tentar sistematizar o cartel a partir daquele momento na Petrobras, há uma regra que indica que o *modus operandi* ali empregado era praticado em outras contratações promovidas por outros entes públicos, referidas como “campeonatos paralelos” no documento. Consta a seguinte regra: “Para competir em campeonatos paralelo (sic) deverá haver a participação de no mínimo 2/3 das 16 equipes que compõem (sic) a Liga, ficando os pontos ganhos contabilizados na competição principal” (CADE, 2015i, p. 42)

⁴³⁹ Foram 77 colaboradores ligados apenas à Odebrecht e, de uma maneira geral, os relatos indicam que a prática de casar cartel e corrupção era espalhada por toda a Administração Pública, tanto que o grupo econômico teve de criar um departamento para gerenciar o pagamento de propinas relacionadas às contratações públicas, denominado de “Operações Estruturadas”, que foi chefiado por Hilberto Silva. Bruno Carazza relembra o seguinte trecho do depoimento de Hilberto Silva em sua colaboração, que merece ser aqui citado: “O departamento de Operações Estruturadas foi criado no início da década de 1990, logo após os escândalos de P.C. Farias e dos Anões do Orçamento, que chamaram a atenção da imprensa e das autoridades para práticas de pagamentos ilícitos da empresa. Até então a companhia – ‘inclusive na época em que o dr. Norberto ainda era presidente’, explicou Hilberto Silva, referindo-se ao avô de Marcelo e fundador do grupo baiano – utilizava notas fiscais frias, lastreadas em contratos fictícios para fazer pagamentos não contabilizados. O novo setor desenvolveu práticas financeiras muito mais elaboradas. ‘Foi em 90, 92, e nós criamos um processo onde, por planejamento fiscal, a maior parte feito fora do Brasil, em países que você podia fazer esse tipo de planejamento, porque não era crime, nós fazíamos a geração de recursos. Esses recursos eram colocados, então, em empresas de terceiros. E alguns empresários da organização podiam se utilizar desses recursos para fazer pagamentos não contabilizados, incluindo caixa dois de campanha e tudo. E alguns deles usavam isso para fazer propina’ [...]. Toda essa logística era comandada pela enxuta equipe de Hilberto Silva. ‘Eu recebia uma programação semanal, essa programação vinha com codinomes, esses codinomes vinham com os locais, tipo Rio, São Paulo, e os valores do dia, de cada dia. E aí eu passava para o prestador de serviço, via o montante de cada local do estado, Rio ou São Paulo, e o endereço eu passava depois, assim que o chefe passava para mim [...]. Entre 2006 e 2014 teriam sido movimentados nada menos que 3,37 bilhões de dólares e a evolução anual segue a trajetória observada para os dados de doações oficiais apresentada no capítulo anterior: 60 milhões de dólares em 2006, 80 milhões de dólares em 2007, 120 milhões de dólares em 2008, 260 milhões de dólares em 2009, 420 milhões de

Petrobras como “a madame mais honesta dos cabarés do Brasil” (BRASIL, 2016a). Afinal de contas, parece ser um plano quase perfeito, no qual o prejudicado, no caso a sociedade, tinha muito pouco a fazer, dada a estrutura econômica, administrativa e até política que ampara essa prática. Os competidores do certame, que poderiam representar contra algum direcionamento indevido, estavam cartelizados; e os agentes públicos envolvidos na contratação, que teriam o dever legal de impedir o cartel, corrompidos. Como visto⁴⁴¹, esse cenário não seria uma jabuticaba, peculiaridade brasileira. Há algum tempo, a doutrina tem estudado os efeitos da corrupção em políticas públicas e a relação que existe entre concorrência e corrupção ou, ainda, a proximidade necessária entre cartéis em licitação e agentes públicos corruptos.

A Lava Jato está atrelada a mudanças no cenário político-econômico brasileiro. Para além de uma situação de crise que foi deflagrada no mercado nacional de grandes empreiteiras, as quais auferiam parcela significativa do seu faturamento a partir das contratações públicas, a bandeira de combate à corrupção, de maneira direta ou indireta, esteve relacionada tanto à saída de Dilma Rousseff, quanto à eleição de Jair Bolsonaro. Embora não tenha sido o argumento principal do *impeachment* de Dilma em 2016, o qual estava formalmente pautado em possíveis manobras fiscais⁴⁴², os casos de corrupção envolvendo os partidos da base do governo à época enfraqueceram seu apoio político. Além disso, na campanha eleitoral de 2018, um dos principais temas discutidos, constantemente abordado pelo então deputado federal Jair Bolsonaro, era, justamente, o “combate à corrupção”⁴⁴³. É preciso recordar também que o ex-presidente Lula foi impedido de participar

dólares em 2010, 520 milhões de dólares em 2011, 730 milhões de dólares em 2012 e 2013, e 450 milhões em 2014 – quando a pressão inibidora da Lava Jato já se fazia sentir” (CARAZZA, 2018, p. 28-31).

⁴⁴⁰ A colaboração de Sérgio Machado, que foi presidente da Transpetro, subsidiária da Petrobras, foi assinada em 4 de maio de 2016 e homologada no STF pela Petição nº 6138. Ele havia gravado os então senadores Romero Jucá e Renan Calheiros, bem como o ex-presidente José Sarney. Em uma das gravações, relacionadas a Romero Jucá, aparentemente, discutia-se uma forma de interromper as investigações da Lava Jato. Os interlocutores cogitam a retirada de Dilma Rousseff e a assunção de Michel Temer por meio de um processo de *impeachment*. Sérgio Machado menciona um grande acordo nacional para estancar a Lava Jato, então Romero Juca complementa com frase que se tornou famosa e teve bastante repercussão na imprensa: “*Com o Supremo, com tudo*”. Vide: <https://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/2016/05/em-gravacao-juca-sugere-pacto-para-deter-lava-jato-diz-jornal.html>. Acesso em: 25 mar. 2022.

⁴⁴¹ Vide os itens 1.3.1, “A relação entre concorrência e probidade (macro)”, e 1.3.2, “A relação entre cartéis em licitação e corrupção (micro)”.

⁴⁴² O parecer de instauração do processo de *impeachment* no Senado, de autoria do senador Antonio Anastasia, assim delimita seu objeto: “Denúncia por crime de responsabilidade, em desfavor da Presidente da República, Dilma Vana Rousseff, por suposta abertura de créditos suplementares por decretos presidenciais, sem autorização do Congresso Nacional (Constituição Federal, art. 85, VI e art. 167, V; e Lei nº 1.079, de 1950, art.10, item 4 e art. 11, item 2); e da contratação ilegal de operações de crédito (Lei nº 1.079, de 1950, art. 11, item 3)” (BRASIL, 2016b).

⁴⁴³ Duas notícias que exemplificam, à época das eleições, o enfoque no tema. Primeiro, no portal Terra, *Na esteira da Operação Lava Jato, o combate à corrupção se tornou uma das mais importantes bandeiras políticas do Brasil*. Vide: https://www.terra.com.br/noticias/eleicoes/eleicoes-2018-as-propostas-de-bolsonaro-e-haddad-para-o-combate-a-corrupcao,5bdd2c7acbee26dbc75dbdb5e334c6b7_gjnv460.html. Acesso em: 27 jun. 2022.

desse pleito em razão de condenação em segunda instância de um dos processos relacionados à Lava Jato⁴⁴⁴.

Apesar de haver certo consenso acerca do caráter nocivo da corrupção para o Estado Democrático de Direito⁴⁴⁵, muito se tem debatido, no Brasil, sobre a melhor forma para se combatê-la. Recentes entrevistas de ministros da Suprema Corte sintetizam bem dois posicionamentos antagônicos. Para alguns, o trabalho dos órgãos de investigação, sobretudo do Ministério Público Federal, foi pouco transparente e causou prejuízos indelévels à economia, como afirma, por exemplo, o Ministro Dias Toffoli, em entrevista concedida ao jornal Estado de São Paulo em 13 de dezembro de 2019⁴⁴⁶. Em sentido oposto, para o mesmo veículo de comunicação, o Ministro Marco Aurélio, em 17 de dezembro de 2019⁴⁴⁷, afirmou que a Lava Jato não teria destruído empresas, mas gerado confiança, bem como que representaria um avanço para o país. Além dessa dicotomia, há uma discussão mais recente sobre avanços ou retrocessos do país nesse tema.

A Transparência Internacional apresentou, em março de 2022, à OCDE, relatório em que aponta problemas no Brasil relacionados ao combate à corrupção, sobretudo quanto à ausência de independência dos órgãos de persecução, que teria sido deteriorada, depois da Lava Jato, na gestão do Presidente Jair Bolsonaro, por meio de nomeações específicas a cargos de comando⁴⁴⁸ (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, 2022b). Em resposta, o então PGR Augusto Aras, por meio de nota, afirmou que a ONG repete argumentos sem respaldo na realidade, em contrariedade com a atuação institucional do MPF no combate à macrocriminalidade e à corrupção⁴⁴⁹. Trata-se de discussões que fogem do escopo do presente

Ainda, no portal G1, *Bolsonaro defende combate à corrupção e diz que se eleito não vai trocar cargos por apoio*. Vide: <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/noticia/2018/10/27/bolsonaro-defende-combate-a-corrupcao-e-diz-que-se-eleito-nao-vai-trocar-cargos-por-apoio.ghtml>. Acesso em: 27 jun. 2022.

⁴⁴⁴Em síntese, Lula havia sido condenado em janeiro de 2018 pelo TRF 4ª Região, por suposta corrupção passiva e lavagem de dinheiro em caso relacionado a um triplex no Guarujá. Houve uma tentativa de se registrar a sua candidatura, mas ela foi vetada pelo TSE em agosto de 2018, com base na chamada “Lei da Ficha Limpa”, que tornava inelegível o candidato que fosse condenado, por crime contra a Administração Pública (entre outros), por órgão judicial colegiado, desde a condenação. Vide notícia no *site* do próprio TSE: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2018/Setembro/tse-indefere-pedido-de-registro-de-candidatura-de-lula-a-presidencia-da-republica>. Acesso em 31 jul. 2022.

⁴⁴⁵ Vide item 1.2, “A probidade e a corrupção nos mercados”.

⁴⁴⁶ Vide: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,toffoli-diz-que-lava-jato-destruiu-empresas-e-mp-e-pouco-transparente,70003126821>. Acesso em: 25 mar 2022.

⁴⁴⁷ Vide: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/lava-jato-nao-destruiu-empresas-e-sim-gera-confianca-rebate-marco-aurelio/>. Acesso em: 25 mar. 2022.

⁴⁴⁸ O relatório, denominado *Brazil: Setbacks in the Legal and Institutional Anti-Corruption Frameworks*, foi enviado ao Grupo de Trabalho Antissuborno da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (WGB/OCDE). Vide: <https://transparenciainternacional.org.br/posts/transparencia-internacional-denuncia-a-comite-da-ocde-retrocessos-no-combate-a-corrupcao-no-brasil/>. Acesso em: 25 mar. 2022.

⁴⁴⁹ Vide: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/documento-divulgado-pela-transparencia-internacional-e-requerentado-e-nao-expressa-realidade-do-combate-a-corrupcao-feito-pelo-mpf>. Acesso em 25 mar. 2022.

trabalho, além do que não há, ainda, o necessário distanciamento histórico para se avaliar, adequadamente, esses pontos⁴⁵⁰.

A Lava Jato é mencionada aqui tão somente para exemplificar a discussão de um tema maior, a coexistência de cartéis e corrupção em processos de licitação. A operação revelou de forma mais nítida a relação espúria que pode existir, no Brasil, entre agentes econômicos cartelizados e agentes públicos corruptos, de maneira que pode servir como interessante ponto de partida para a pesquisa dos casos de cartel em licitação condenados pelo CADE a ser realizada em tópicos seguintes.

2.1.1 A pesquisa preliminar: a Lava Jato no CADE

A presente trabalho foi elaborado enquanto os casos da Lava Jato ainda tramitavam no CADE⁴⁵¹, portanto, considerados os critérios ora estabelecidos para a pesquisa, julgados de cartel em licitação condenados até 2019, a Operação não deveria ingressar na análise. Ocorre que a Lava Jato revelou esquema que envolvia a prática de corrupção alinhada com o cartel de grandes empreiteiras para fraudar as licitações da Petrobras. É, portanto, um caso relevante de sobreposição dos ilícitos.

Os relatos de um ou outro colaborador indicam que o *modus operandi* verificado na estatal poderia estar espalhado para outros entes da Administração Pública, em diferentes esferas da Federação. As *concepções de controle* e as *estruturas de governança* aplicáveis ao setor de construção cível de grandes obras no Brasil legitimam a prática de corrupção alinhada ao cartel para manter os agentes econômicos *incumbentes* no poder, de forma que os *desafiantes* ou se ajustavam aos ilícitos, ou seja, aderiam de alguma forma ao cartel, ou eram aliçados dos certames licitatórios.

⁴⁵⁰ É pertinente, aqui, a referência ao artigo do historiador Javier Fernandez Sebastián, intitulado *Tradiciones electivas. Cambio, continuidad y ruptura en historia intelectual*, em que ele, de maneira precisa, aponta para tendência de atores coletivos, como partidos políticos, classes sociais, movimentos ideológicos, entre outros, aterem-se a apenas partes do passado para construir seletivamente suas narrativas, o que Sebastián chama, justamente, de “tradiciones electivas”. No seguinte trecho, Sebastián fala da importância do “tempo” para se avaliar mais precisamente determinados fatos: “El constante vaivén entre las concepciones –y las percepciones– de historiadores e historiados es importante también a la hora de estimar el alcance de las mutaciones sufridas por una sociedad en el pasado. Así, a varias décadas o siglos de distancia de los hechos, el historiador podría llegar a la conclusión de que las gentes de determinada época habrían sobreestimado la trascendencia de ciertos sucesos que, en su momento, a los actores les parecieron altamente relevantes pero que, a la vista de las consecuencias y acontecimientos posteriores, pudo luego comprobarse que no lo fueron tanto; y, al revés, esas mismas gentes podrían haber menospreciado otros acontecimientos o procesos que a la larga se habrían revelado mucho más decisivos. Puesto que el cambio está en función del tiempo, la distancia temporal permite descubrir transformaciones que no es posible apreciar cuando apenas se están incoando” (SEBASTIÁN, 2014, p. 9).

⁴⁵¹ Entre os casos aqui mencionados, não houve, até o primeiro semestre de 2022, decisão final da SG ou do TADE acerca da conduta de cartel.

Esse tópico de pesquisa preliminar, pois, pretende verificar se, a partir da análise do que foi produzido até então pelo CADE e tornado público, é possível ratificar estas informações: (i) a possível coexistência entre o cartel em licitação e a corrupção, bem como (ii) se a prática não se limitava às licitações da Petrobras.

2.1.1.1 Os casos de cartéis da Lava Jato no CADE

A partir de uma pesquisa em fontes abertas na internet, foram encontrados 17 acordos de leniência firmados com o CADE, no contexto da Operação Lava Jato. A autoridade antitruste brasileira adotou por padrão noticiar a assinatura de algumas dessas leniências com as empreiteiras envolvidas nos possíveis cartéis e disponibilizar uma versão pública do respectivo “Histórico da Conduta”, documento elaborado pela SG do CADE, a partir das provas e dos relatos apresentados pelos signatários da leniência, que sumariza a infração.

A Tabela 3 lista as leniências pesquisadas por ordem cronológica de publicação da notícia, informando-se, em cada coluna, o número do procedimento administrativo, a pessoa jurídica signatária da leniência, uma breve descrição da conduta investigada e a data em que foi publicada.

Tabela 3 - Leniências no CADE relacionadas à Lava Jato

Leniências no CADE relacionadas à Lava Jato (fontes abertas)				
	Número do Processo	Signatária da Leniência	Breve descrição da conduta	Data da notícia e site ⁴⁵²
1	08700.002086/2015-14	Setal	Possível cartel em licitações da Petrobras no mercado de obras civis do setor de óleo e gás <i>onshore</i> .	20/03/2015 - http://antigo.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordo-de-leniencia-no-ambito-da-201coperacao-lava-jato201d
2	08700.007351/2015-51	Camargo Corrêa	Possível cartel em licitação pública de obras da usina Angra 3, ocorrida entre 2013 e 2014.	31/07/2015 - http://antigo.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordo-de-leniencia-em-investigacao-de-cartel-em-licitacao-da-usina-angra-3
3	08700.001836/2016-11	Camargo Corrêa	Possível cartel em licitações da Valec para implantação das ferrovias Norte-Sul e Oeste-Leste.	30/06/2016 - http://antigo.cade.gov.br/noticias/cade-mpf-go-e-policia-federal-realizam-operacao-para-investigar-

⁴⁵² Todos os endereços eletrônicos constantes nessa tabela foram acessados em 14 de abril de 2022.

				suposto-cartel-em-licitacoes-de-ferrovias
4	08700.006377/2016-62	Andrade Gutierrez	Possível cartel em licitação para a concessão da Usina de Belo Monte.	16/11/2016 - http://antigo.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordo-de-leniencia-em-investigacao-de-cartel-na-licitacao-da-usina-de-belo-monte
5	08700.007776/2016-41	Andrade Gutierrez.	Possível cartel na licitação para obras do Complexo do Alemão, de Manguinhos e da Rocinha, realizada pela Secretaria de Obras do RJ.	30/11/2016 - http://antigo.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordo-de-leniencia-em-investigacao-de-cartel-na-licitacao-para-urbanizacao-de-favelas-no-rio-de-janeiro
6	08700.007777/2016-95	Carioca Engenharia	Possível cartel em licitações da Petrobras para contratação de serviços de engenharia diversos.	02/12/2016 - http://antigo.cade.gov.br/noticias/cade-investiga-cartel-em-licitacoes-de-edificacoes-especiais-da-petrobras-no-ambito-da-operacao-lava-jato
7	08700.006630/2016-88	Andrade Gutierrez	Possível cartel em licitações de obras em estádios destinados à Copa do Mundo do Brasil de 2014.	05/12/2016 - http://antigo.cade.gov.br/noticias/cade-investiga-cartel-em-licitacoes-de-estadios-da-copa-do-mundo-de-2014
8	08700.007277/2013-00	Andrade Gutierrez	Possível cartel em licitações da Secretaria do Ambiente do Rio de Janeiro – SEA/RJ em obras de contenção e controle de enchentes.	29/06/2017 - http://antigo.cade.gov.br/noticias/cade-investiga-cartel-em-licitacoes-do-complexo-lagunar-e-de-mitigacao-de-cheias-do-norte-e-noroeste-fluminense-no-ambito-da-lava-jato
9	08700.003226/2017-33	OAS	Possível cartel em licitações da Secretaria de Obras do Rio de Janeiro no Arco Metropolitano.	05/07/2017 - http://antigo.cade.gov.br/noticias/cade-investiga-cartel-em-obras-de-rodovias-do-arco-do-rio-de-janeiro-no-ambito-da-operacao-lava-jato
10	*	OAS	Possível cartel em licitações do Governo do Distrito Federal para obras de infraestrutura de mobilidade urbana.	12/07/2017 - http://antigo.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordo-de-leniencia-em-investigacao-de-cartel-em-licitacoes-no-distrito-federal
11	08700.003344/2017-41	Carioca Engenharia	Possível cartel em licitações da Secretaria de Obras do Rio de Janeiro em grandes projetos	10/10/2017 - http://antigo.cade.gov.br/noticias/cade-investiga-cartel-

			viários.	em-licitacoes-da-prefeitura-do-rio-de-janeiro-no-ambito-da-operacao-lava-jato
12	08700.003241/2017-81	Camargo Corrêa	Possível cartel em licitações de projetos de metrô e monotrilho em diversos estados.	18/12/2017 - http://antigo.cade.gov.br/noticias/cade-firma-acordo-de-cessacao-com-a-petrobras
13	08700.004468/2017-44	Construtora Odebrecht	Possível cartel em licitação para obras do Rodoanel Mario Covas, realizada pela Dersa, São Paulo.	19/12/2017 - http://antigo.cade.gov.br/noticias/cade-investiga-carteis-em-licitacoes-de-infraestrutura-e-transporte-rodoviario-em-sp
14	08700.003240/2017-37	Construtora Odebrecht	Possível cartel em licitações promovidas pela Dersa e pela EMURB, em obras no Sistema Viário Metropolitano de São Paulo.	19/12/2017 - http://antigo.cade.gov.br/noticias/cade-investiga-carteis-em-licitacoes-de-infraestrutura-e-transporte-rodoviario-em-sp
15	08700.003243/2017-71	Odebrecht Engenharia	Possível cartel em licitações de corredores viários de Salvador.	16/12/2018 - http://antigo.cade.gov.br/noticias/cade-investiga-carteis-em-licitacoes-de-obras-e-servicos-de-infraestrutura-em-salvador-ba
16	*	Construtora Odebrecht	Possível cartel em licitações de obras de reforma de diversos aeroportos da INFRAERO.	17/04/2019 - http://antigo.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordo-de-leniencia-com-odebrecht-para-investigar-cartel-em-obras-de-aeroportos
17	08700.008352/2016-01	Possivelmente ⁴⁵³ Carioca Engenharia	Possível cartel em licitações de obras de engenharias em portos de diversos estados.	15/04/2020 - https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/lava-jato-cade-celebra-acordo-com-andrade-gutierrez-em-investigacao-de-cartel-em-obras-portuarias

* Não disponibilizado

Fonte: Elaborada pelo autor

Trata-se de casos ainda em tramitação no CADE, entretanto a análise dos respectivos “Históricos da Conduta” pode ajudar a compreender a forma com que os ilícitos à ordem econômica estavam possivelmente alinhados às práticas de corrupção. Registre-se que constam, no “APÊNDICE A – CASOS LAVA JATO NO CADE”, algumas tabelas

⁴⁵³ Nesse caso, diferentemente dos demais, o objeto principal da notícia era a assinatura de um termo de compromisso com uma das empresas envolvidas no possível cartel. Entretanto, ao final, foi informado que o caso já contava com uma leniência firmada desde 2016 e um *link* dando acesso ao respectivo histórico de conduta, versão pública. A notícia não confirma quem seria o signatário da leniência, contudo é possível depreender que se trata da Carioca Engenharia pela forma com que os fatos foram narrados no documento.

elaboradas pelo autor que identificam o signatário da leniência, o órgão ou entidade licitante, as licitações, a duração aproximada da prática de cartel, o valor dos contratos envolvidos, os agentes públicos mencionados (identificados apenas por suas iniciais), bem como trechos retirados dos Históricos de Condutas estudados, os quais indicam, no contexto dos cartéis, a participação de agente(s) público(s) na prática de ilícitos.

2.1.1.2 A relação entre cartéis e corrupção na experiência da Lava Jato

O foco desses documentos está no cometimento, pelos agentes econômicos, da prática de cartel, objeto de análise do CADE. Entretanto, para a finalidade aqui pretendida, buscou-se, a partir do relato, identificar se há indicação da participação de agentes públicos no ilícito. As palavras “propina” e “corrupção” não são, em regra, utilizadas, mas em alguns casos é mencionado que os agentes públicos tiveram papel relevante, seja porque sabiam do ilícito antitruste e não o impediram (quanto tinham o dever de fazê-lo), seja porque adotaram medidas efetivas para escolher os vencedores das licitações, dividiram os certames entre os agentes econômicos e realizaram práticas administrativas para eliminar concorrentes, como, por exemplo, a confecção de editais específicos.

Neste tópico do trabalho, o fato de o agente público ter deliberadamente contribuído para a prática de cartel foi também considerado um indicativo de corrupção⁴⁵⁴. Assim, a análise está dividida em duas partes. Na primeira, serão trabalhadas as leniências que descrevem a possível atuação de agentes públicos⁴⁵⁵ em ilícitos, no contexto das práticas de cartéis, enquanto, na segunda, serão abordadas aquelas que não os mencionam.

2.1.1.2.1 Os agentes públicos e os cartéis na Lava Jato

A leniência da Setal (processo administrativo nº 08700.002086/2015-14) é importante por detalhar os supostos ilícitos cometidos contra a Petrobras, origem da Lava Jato. Os acordos entre concorrentes teriam se iniciado ainda no final dos anos 1990, tornando-se mais frequentes e estáveis nos anos de 2003 e 2004, bem como teriam durado até o início

⁴⁵⁴ Vide item 1.3.4, “Sobre a escolha da metodologia e a identificação dos ‘elementos indicativos de corrupção’”.

⁴⁵⁵ Neste capítulo do trabalho, os nomes das pessoas físicas mencionados nos documentos do SBDC foram identificados apenas com as respectivas iniciais, embora a informação do nome completo esteja pública, nas versões disponibilizadas pelo CADE na internet.

de 2012. Nesse período, todos os serviços “onshore”⁴⁵⁶ da estatal teriam sido fraudados. Pelo menos três fases, ao longo das práticas ilícitas, foram identificadas: a preliminar⁴⁵⁷, a do chamado “Clube das 9”⁴⁵⁸, com posição de liderança da empreiteira UTC, e a do “Clube das 16”⁴⁵⁹, com proeminência, além da UTC, da Queiroz Galvão e da Odebrecht. Acerca da importante participação dos agentes públicos para a estabilidade e a longa duração dos ilícitos antitruste⁴⁶⁰, consta que os então diretores de Engenharia e de Abastecimento da Petrobras atuavam para viabilizar a conduta anticompetitiva⁴⁶¹.

Essa realidade, na verdade, tende a ser uma constante. A maioria das leniências firmadas no âmbito da Lava Jato revela a possível atuação de agentes públicos para dar suporte ao cartel, em prejuízo ao ente público cujos interesses deveriam defender. Dos 15 acordos de leniência estudados⁴⁶², 10 indicam a participação de agentes públicos em atos

⁴⁵⁶ Os serviços *onshore* seriam “aqueles realizados em indústrias localizadas em terra, ao passo que os serviços de ‘offshore’ são prestados em alto mar, como plataformas petroleiras e navios. Os serviços afetados pela conduta consistem, portanto, naqueles ‘onshore’, referentes à montagem e construção de plantas industriais em qualquer segmento (refinarias, petroquímicas, indústrias em geral, etc), exceto aquelas relativas às unidades necessárias para plataformas submarinas (que são classificadas como ‘offshore’)” (CADE, 2015i, p. 1).

⁴⁵⁷ Segundo o relato da leniência, “Durante a fase preliminar do cartel (a partir do final dos anos 90/início dos anos 2000), houve reuniões esporádicas com participação das empresas ENESA Engenharia Ltda., Iesa Óleo e Gás, Mendes Júnior Tradmg Engenharia, MPE Montagens e Projetos Especiais S/A, Setal, Techint Engenharia e Construção S/A, Tengerge (posteriormente adquirida pela Construtora Norberto Odebrecht) e Ultratec (atual UTC Engenharia S/A)” (CADE, 2015i, p. 8-9).

⁴⁵⁸ Que seriam as seguintes empreiteiras: (i) Camargo Corrêa S/A, (ii) Construtora Andrade Gutierrez S/A, (iii) Construtora Norberto Odebrecht S/A, (iv) Mendes Junior Tradmg Engenharia, (v) MPE Montagens e Projetos Especiais S/A, (vi) Promon S/A, (vii) SOG Óleo e Gás, (viii) Techint Engenharia e Construção S/A e (ix) UTC Engenharia S/A (CADE, 2015i, p. 9).

⁴⁵⁹ Segundo consta na leniência, “A partir do final de 2005/início de 2006 começou uma tentativa de acomodação de mais 07 (sete) empresas no grupo, quais sejam: (x) Construtora OAS S/A, (xi) Engevix Engenharia, (xii) Galvão Engenharia S/A, (xiii) GDK S/A, (xiv) Iesa Óleo e Gás, (xv) Queiroz Galvão Óleo e Gás e (xvi) Skanska Brasil Ltda. Todavia, a agregação das novas empresas ao cartel não ocorreu em um só momento. Em 2007 já faziam parte do Clube pelo menos 15 empresas, e entre 2007/2008 a décima sexta empresa, Galvão Engenharia S/A, passou a fazer parte do Clube, formando-se assim o ‘Clube das 16’” (CADE, 2015i, p. 9).

⁴⁶⁰ Mas não apenas. Os agentes públicos chegavam a interferir na lista entregue pelas empreiteiras cartelizadas, de quais empresas deveriam ganhar quais certames, incluindo agentes econômicos não anteriormente previstos, o que fazia com que consórcios fossem formados para ajustar todos os interesses, os dos agentes públicos e dos agentes econômicos. Nesse sentido: “Esporadicamente, outras empresas participavam dos ajustes anticompetitivos entre os concorrentes - especialmente quando a lista de empresas que deveriam participar do certame entregue pelo grupo aos dois Diretores da Petrobras (o Diretor da Área de Engenharia e Serviços da Petrobras, Sr. R. D., e o Diretor de Abastecimento, P. R. C.) não era seguida à risca -, sendo que em algumas hipóteses consórcios foram formados entre empresas participantes do ‘Clube das 16’ com outras empresas que haviam sido convidadas fora da lista para a licitação pela Petrobras, de modo a acomodar os interesses das empresas pertencentes ao cartel” (CADE, 2015i, p. 7).

⁴⁶¹ Dessa forma: “A conduta anticompetitiva ganhou estabilidade a partir de 2003/04, diante da entrada de dois diretores na Petrobras - o Diretor da Área de Engenharia e Serviços da Petrobras, Sr. R. D., e o Diretor de Abastecimento, P. R. C. - que viabilizavam o convite para as licitações apenas das empresas indicadas em lista entregue pelo coordenador do Clube” (CADE, 2015i, p. 2).

⁴⁶² Dos 17 acordos de leniências referidos neste tópico do trabalho, 2 não tiveram seus históricos de conduta localizados, porque os números dos procedimentos não foram publicados.

ilícitos para promover a prática do cartel, sendo que, em 8, os agentes públicos são expressamente nominados.

A Camargo Corrêa (processo administrativo nº 08700.007351/2015-51), na licitação realizada pelo Eletronuclear para a construção de componentes da Usina de Angra 03, cujo valor aproximado dos contratos chegava aos 3 bilhões de reais, revelou que o cartel, ocorrido aproximadamente entre 2013 e 2014, contou com a participação do superintendente e do diretor técnico da Eletronuclear. A atuação desses agentes públicos foi imprescindível para ajudar os agentes econômicos cartelizados a contrapor o interesse legítimo de outros membros do governo federal de tentar reduzir os valores a serem pagos na licitação⁴⁶³.

No caso da Valec (processo administrativo nº 08700.001836/2016-11), outra leniência firmada pela Camargo Corrêa, teria havido participação direta da presidência da estatal, pelo menos em duas gestões, para viabilizar a atuação cartelizada dos agentes econômicos. Nesse sentido, consta no histórico de conduta: “[...] a alta administração da Valec, na figura de seu então Presidente L. R. C. de A., tinha conhecimento desses arranjos anticompetitivos e tinha expectativa de que eles de fato ocorressem (por razões alheias ao objeto concorrencial)” (CADE, 2016i, p. 72).

Em sentido semelhante, a Andrade Gutierrez (processo administrativo nº 08700.007776/2016-41) revelou que, em licitações realizadas pelo Governo do Rio de Janeiro, referentes a serviços de engenharia para modernização de favelas, o cartel, com atuação entre os anos 2007 e 2008, teria sido organizado pelo próprio Secretário Estadual de Governo, que, ao comunicar às empreiteiras o lançamento das licitações em reunião no Palácio da Guanabara, sede do Governo estadual, já teria definido qual empresa ganharia cada

⁴⁶³ No trecho que segue, depreende-se que um diretor de Geração da Eletrobras tentava tornar a contratação mais vantajosa para o ente público e encontrou resistência dos agentes públicos alinhados ao cartel: “Na ocasião, V. L. C. de S. (Diretor de Geração da Eletrobras) teria expressado a L. S. (Diretor Técnico da Eletronuclear) o desejo de obter, sobre cada proposta apresentada pelos consórcios vencedores, desconto de 20%. L. S. e L. M. A. M. (Superintendente da Eletronuclear) reportam as informações colhidas a A. C. D. M. (Diretor Superintendente da UTC) e H. P. M. N. (Diretor de Contrato da Odebrecht), que as repassam aos demais representantes das empresas integrantes do cartel [...]” (CADE, 2015j, p. 76).

lote de contratação⁴⁶⁴. Além disso, foram os próprios agentes econômicos que participaram diretamente da confecção de documentos da licitação, como o projeto básico e o edital⁴⁶⁵.

Ainda a Andrade Gutierrez (processo administrativo nº 08700.007277/2013-00), também no Rio de Janeiro, no Acordo de Leniência que tratou do cartel para as licitações referentes ao Complexo Lagunar e à mitigação de cheias do norte e noroeste fluminense, conduta que perdurou de 2012 a 2014, revelou novamente possível atuação do secretário e do subsecretário de estado na divisão dos lotes das licitações em conjunto com as empreiteiras⁴⁶⁶. Não foi diferente com a OAS (processo administrativo nº 08700.003226/2017-33), novamente no Rio de Janeiro, no cartel referente à construção, manutenção e reparos de rodovias do arco metropolitano⁴⁶⁷.

A Carioca Engenharia (processo administrativo nº 08700.003344/2017-41), na leniência do cartel referente às obras de BRT no município do Rio de Janeiro, estimadas em cerca de 3,3 bilhões de reais, explicitou que o ajuste entre agentes econômicos e agentes

⁴⁶⁴ Assim: “Os signatários relatam que, provavelmente na semana entre 07 e 10 de maio de 2007, ou seja, meses antes do lançamento do Edital de licitação da Concorrência Nacional nº 002/2007, W. C. C. da S. C. (Secretário Estadual do Governo do Estado do Rio de Janeiro) entrou em contato telefônico com AQ (Superintendente Comercial da Andrade Gutierrez), solicitando sua presença para uma reunião no Palácio da Guanabara. Na referida reunião, W. C. C. da S. C. informou a AQ que três lotes relacionados às obras de urbanização das comunidades no Rio de Janeiro seriam futuramente licitados e que caberia (i) à Queiroz Galvão liderar o consórcio que executaria a obra na Comunidade da Rocinha; (ii) à Andrade Gutierrez liderar o consórcio que executaria a obra no Complexo de Manguinhos; e (iii) à Odebrecht liderar o consórcio que executaria a obra no Complexo do Alemão” (CADE, 2016k, p. 27-28).

⁴⁶⁵ Dessa forma: “Segundo os signatários, na primeira reunião com o presidente da EMOP, que ocorreu possivelmente em 11 de maio de 2007, com os cinco representantes das empresas Andrade Gutierrez, Carioca, OAS, Odebrecht e Queiroz Galvão, Í. M. J. (Presidente da EMOP) informou os funcionários supracitados quais empresas deveriam participar dos lotes relacionados à futura licitação do PAC – Favelas, bem como de qual forma as empresas deveriam atuar a fim de auxiliar a EMOP na elaboração do projeto básico, das planilhas orçamentárias e do próprio edital da licitação” (CADE, 2016k, p. 29).

⁴⁶⁶ Nesse sentido: “Com relação ao Complexo Lagunar, após a divisão do mercado ajustada entre as empresas Andrade Gutierrez, Carioca, OAS, Odebrecht, Queiroz Galvão e W. C. (Secretário do Governo do Estado do Rio de Janeiro), no sentido de que Andrade Gutierrez, OAS e Queiroz Galvão venceriam essa licitação, os participantes teriam se organizado por meio de reuniões presenciais (que contaram com a participação de agentes públicos da Secretaria de Estado do Ambiente do Estado do Rio de Janeiro - SEA/RJ), ligações telefônicas e troca de e-mails para direcionar o edital da referida concorrência, facilitando a atuação do acordo anticompetitivo. Quanto ao acordo anticompetitivo referente à concorrência de Mitigação de Cheias, em período próximo aos estudos e preparativos para lançamento do edital do Complexo Lagunar, os Signatários relatam que após a divisão do mercado ajustada entre as empresas Andrade Gutierrez, Carioca, OAS, Odebrecht, Queiroz Galvão e W. C. (Secretário do Governo do Estado do Rio de Janeiro), no sentido de que Odebrecht venceria sozinha essa licitação, ocorreram os estudos e preparativos para lançamento da licitação referente às obras de contenção de enchentes no Norte-Noroeste Fluminense” (CADE, 2017e, p. 4).

⁴⁶⁷ Assim: “Os Signatários informam que os contatos anticompetitivos com as demais empresas participantes, para além do G8, foram realizados tanto diretamente pelo G8 quanto pelo Secretário de Governo do Estado Rio de Janeiro, W. C.. As empresas integrantes do G8 (Andrade Gutierrez, Carioca, Camargo Corrêa, Deita, Odebrecht, OAS, Oriente e Queiroz Galvão) tiveram contatos anticompetitivos diretos com algumas empresas habilitadas na licitação, quais sejam: (i) Constran; (ii) ConstrtUcap; (iii) Egesa; (iv) Fidens; (v) Mendes Júnior; (vi) SÁ Paulista (vii) Sobrenco; (viii) Serveng; e (ix) Via, a fim de trazê-las para o cartel. Além disso, os Signatários relatam que outras empresas foram contatadas pelo próprio Secretário Estadual do Governo do Estado do Rio de Janeiro, W. C. e/ou H. B., para desistirem da licitação, com a promessa de que seriam beneficiadas futuramente” (CADE, 2017f, p. 9).

públicos, nesse caso, o Chefe da Casa Civil e Secretário Municipal de Obras, para fraudar os certames licitatórios, algumas vezes gerava desgastes para uma ou outra parte, a qual se achava preterida pela escolha do vencedor. Isso fazia com que outras licitações fossem “prometidas”, de forma a melhor compor todos os interesses, fato que gerava um verdadeiro círculo pernicioso⁴⁶⁸.

A Camargo Corrêa (processo administrativo nº 08700.003241/2017-81), no 12º Acordo de Leniência publicado no âmbito da Operação Lava Jato, revelou a participação em possível cartel com duração aproximada de 16 anos, que afetou aproximadamente 21 licitações em diversos estados, referentes a projetos de infraestrutura de transporte de passageiros sobre trilhos (metro e monotrilho). Não foram nominados os agentes públicos envolvidos, mas a signatária da leniência explicou o conteúdo de um documento, possivelmente relacionado ao cartel, que estipulava regras de uma “competição esportiva” denominada *Tatu Tennis Clube* ou *TTC* e, dentre essas regras, previa a de nº 07 o seguinte: “Cada jogador poderá indicar qual o jogo tem preferência de atuar, levando-se em conta sempre onde tem mais condições de ajudar na vitória do TTC, devendo prevalecer a indicação do(s) patrocinador(es)” (CADE, 2017h, p. 99). Sobre essa regra específica, esclareceu a signatária da leniência que a preferência para determinada empresa vencer uma licitação dependia também da proximidade e do auxílio do respectivo agente público no órgão licitante⁴⁶⁹.

Ainda, a Odebrecht (processo administrativo nº 08700.004468/2017-44), em pelo menos sete licitações referentes ao sistema viário metropolitano de São Paulo, estimadas no valor de 5,1 bilhões de reais, para conduta de cartel que teria durado entre 2008 a 2015, menciona a possível participação do então diretor de engenharia da DERSA, empresa pública responsável pela contratação da obra, na “divisão do mercado”⁴⁷⁰.

⁴⁶⁸ Assim: “Nesse contexto, e em função da insatisfação dos Signatários com os ajustes realizados na reunião na Prefeitura RJ-para que o Lote 1 do Corredor Transcarioca fosse vencido pela Andrade Gutierrez e pela Delta em consórcio, o Signatário RPJ (Acionista da Carioca) se reuniu por pelo menos duas vezes, em 4 de fevereiro de 2010 (Documento 17) e em 20 de abril de 2010 (documento 18), com P. P. (à época Chefe da Casa Civil) para tratar do tema, reuniões estas realizadas na sede da Prefeitura RJ e no escritório de representação do Sr. E. P., à época Prefeito da cidade do Rio de Janeiro. Segundo o Signatário RPJ (Acionista da Carioca), após estas reuniões, o Sr. P. P. (à época Chefe da Casa Civil da Prefeitura RJ) sinalizou que daria preferência à Carioca e à OAS na futura licitação referente ao Lote 2 do Corredor Transcarioca” (CADE, 2017g, p. 33).

⁴⁶⁹ Dessa forma: “O item 7 indica, segunda interpreta a Signatária, que as empresas poderiam sinalizar suas preferências para as obras (‘Cada jogador poderá indicar qual o jogo tem preferência de atuar’), mas essa sinalização não seria absoluta, dado que outros fatores deveriam também ser levados em conta, tal qual o auxílio do agente público no órgão licitante” (CADE, 2017g, p. 108).

⁴⁷⁰ Assim: “Segundo o [...] entre agosto e setembro de 2008, este foi chamado pelo Diretor de Engenharia da Dersa, P. V. de S. (conhecido como P. P.), para uma reunião em seu gabinete, na sede da Dersa. Nessa reunião foi oferecida à Odebrecht a participação em uma das obras acima mencionadas, como parte de um acordo de mercado entre grandes e médias empresas. O compareceu à reunião acompanhado do [...] representante do

Por fim, na leniência referente ao mercado de prestação de serviços de engenharia para portos e terminais aquaviários públicos do Brasil (processo administrativo nº 08700.008352/2016-01), última noticiada pelo CADE, havia também um documento que estipulava regras de uma “competição esportiva” denominada “Sport Club Unidos Venceremos” (CADE, 2020, p. 48-49). Neste documento, algumas cláusulas, semelhantes às do *Tatu Tenis Clube* já citado, sugerem a possível participação de agentes públicos no direcionamento de um ou outro certame licitatório⁴⁷¹.

2.1.1.2.2 Os cartéis da Lava Jato sem agentes públicos?

Em cinco acordos de leniência firmados pelo CADE, no âmbito da Lava Jato, não foram identificados relatos do possível envolvimento de agentes públicos em ilícitos. Entretanto, em pelo menos um caso, a partir de informações constantes em fontes abertas, pode-se confirmar que a prática de cartel estaria relacionada a práticas de corrupção.

É a situação da leniência firmada pela Andrade Gutierrez (processo administrativo nº 08700.006377/2016-62), referente à licitação promovida pela ANEEL e pela Norte Energia para construção e concessão de uso da Usina de Belo Monte, contratação cujo valor estimado seria de aproximadamente 30 bilhões de reais. No CADE, a Andrade Gutierrez, ao descrever a prática de cartel, não menciona diretamente o envolvimento de agentes públicos⁴⁷². Ocorre que, nesse caso, por exemplo, as investigações criminais apontaram para o possível envolvimento de agentes públicos em atos de corrupção. É nesse sentido a denúncia por crimes de corrupção e lavagem de ativos contra o então ministro de Minas e Energia, E. L., e

escalão operacional, que era responsável pelos projetos' da Odebrecht com a Dersa. Conforme o relato do desde logo, sob orientação de P. V. de S. (Diretor de Engenharia da Dersa), iniciaram-se as tratativas para "organizar o mercado", dividindo previamente as licitações de acordo com a complexidade da obra e a capacidade técnica das construtoras. Nesse sentido, em concordância com orientação do agente público, as construtoras de maior porte seriam contempladas nas obras de prolongamento da Avenida Roberto Marinho e as de médio porte seriam contempladas nas demais obras do Sistema Viário Estratégico Metropolitano de São Paulo” (CADE, 2017j, p. 62-63).

⁴⁷¹ Nesse sentido, as cláusulas 5 e 6 do Estatuto dispunham, respectivamente: “5. Cada jogador poderá indicar qual o jogo tem preferência de atuar, levando-se em conta sempre onde ele tem mais condições de ajudar na vitória do Sport” e “6. A escalação dos titulares por jogo será feita pela maioria do SPORT levando-se em conta o conhecimento que cada um tem do campo de jogo, dos jogadores adversários, do juiz e da federação que comandará o jogo” (CADE, 2020, p. 48). A menção a “juiz” se refere ao órgão público licitante. Além disso, no item 12, ao tratar da forma com que o cartel acomodava concorrentes, fala-se da proximidade de empresas com agentes públicos e da ciência antecipada à licitação, o que também pode indicar favorecimentos indevidos (CADE, 2020, p. 8).

⁴⁷² Embora do histórico de conduta depreenda-se que: “Segundo os Signatários, a reunião ocorreu em 01 de julho de 2009 no Ministério de Minas e Energia e dela participaram, além de representantes do referido Ministério [...]. Nesta reunião, foi determinada [...] a separação do grupo formado por Andrade Gutierrez, Camargo Corrêa e Odebrecht, visto que, para dar aparência de competitividade ao certame, as únicas três empresas interessadas no negócio deveriam participar do leilão da UHE Belo Monte em grupos separados” (CADE, 2016j, p. 30).

seu filho, M. L.. Da denúncia, depreende-se que os pagamentos de propina teriam ficado sob a responsabilidade de outra empreiteira, a Odebrecht (MPF, 2019b).

Além disso, é preciso compreender que os acordos de leniência retratam um momento histórico da relação dos agentes econômicos com determinado ente público. Mesmo que em um período específico não tenha havido a prática de corrupção, é possível que em outro tenha ocorrido. Os custos para manter o sucesso do cartel sem a participação de agentes públicos, em um determinado momento, podem ter influenciado no estreitamento de contatos entre poder econômico e poder político, fazendo com que, nas licitações seguintes de um mesmo ente público, as práticas de corrupção passassem a integrar o cartel. Na verdade, a pesquisa mostra um caso nesse sentido: a mesma signatária da leniência, a Odebrecht, em dois acordos diferentes, porém firmados em um mesmo momento, trata de licitações organizadas sucessivamente pela DERSA, empresa pública de São Paulo.

Em relação à conduta de cartel que teria durado de 2004 a 2007 (processo administrativo nº 08700.003240/2017-37), para a realização de uma licitação dividida em cinco lotes, estimada em 3 bilhões de reais, não teria havido a prática de corrupção. Não são mencionados agentes públicos relacionados ao cometimento de ilícitos. Os contatos teriam ocorrido para tratar de questões técnicas, entre executivos da Odebrecht e os ocupantes à época dos cargos de gerente e diretor de engenharia da DERSA. O que ocorreu nesse período? Durante uma fase de pré-qualificação, ao menos 12 agentes econômicos não integrantes do cartel ingressaram na licitação. Isso fez com que os membros do cartel buscassem contatos com esses agentes, convencendo-os, conforme os relatos, a aderir à prática anticompetitiva, mediante futuras subcontratações, de maneira que não participassem efetivamente do certame (CADE, 2017j, p. 71-72). Os lucros do cartel tiveram, pois, que ser repartidos com outros integrantes.

Esse relato é congruente com o fato de que o cartel não contava à época com a participação de agentes públicos, os quais poderiam, por meio de cláusulas indevidamente restritivas no edital ou de um exame indevido de pré-qualificação, eliminar efetivos concorrentes. Para as licitações seguintes referentes à DERSA e ao sistema viário metropolitano de São Paulo (processo administrativo nº 08700.004468/2017-44 já mencionado), em conduta de cartel que perdurou de 2008 a 2015, foi relevante a participação do diretor de engenharia da DERSA à época para garantir a manutenção e o sucesso das práticas ilícitas. Depreendem-se, pois, dos relatos, elementos indicativos de que a entrada de um agente público no esquema criminoso, com a finalidade de afastar concorrentes, pode ter sido uma opção mais vantajosa para o cartel.

Além desses casos, não há relatos da participação de agentes públicos em atos ilícitos nas leniências firmadas pela Carioca Engenharia (processo administrativo nº 08700.007777/2016-95), relativa ao cartel em obras de grande porte com características especiais na Petrobras⁴⁷³, pela Andrade Gutierrez (processo administrativo nº 08700.006630/2016-88), relativa ao cartel para construção ou reforma de estádios de futebol para a Copa do Mundo e, finalmente, da Odebrecht (processo administrativo nº 08700.003243/2017-71), no que concerne a cartel que afetou licitações para obras de requalificação urbanística e corredores viários em Salvador, na Bahia. Neste último, em Salvador, embora a signatária da leniência reconheça que o contato com os agentes públicos ocorria em um contexto, na sua perspectiva, lícito, fica claro que enxergava naquela aproximação uma oportunidade de auferir renda com contratos futuros⁴⁷⁴.

2.1.1.3 Considerações finais sobre a pesquisa preliminar da Lava Jato no CADE

Há uma relevante prevalência da possível coexistência de cartel e de corrupção nos casos da Lava Jato que foram revelados a partir de leniências firmadas pelo CADE, já que de 15 acordos assinados, publicados e aqui analisados, ao menos 10 mencionam o envolvimento de agente(s) público(s) em atos ilícitos conexos à prática de cartel, cerca de 66%. Em outros 5 casos, embora não haja menção expressa, um se refere a um período anterior à adoção de possíveis práticas de corrupção no órgão público licitante, enquanto, para outro, a investigação que tramitou na esfera criminal revelou o possível pagamento de propina a agentes públicos.

É preciso frisar que nem todos os agentes econômicos buscam firmar a leniência, seja porque não podem fazê-lo, pela necessidade de primazia, por exemplo, seja porque, mesmo com todas as benesses decorrentes do acordo, ainda apostam em se manter no silêncio

⁴⁷³ Aqui, novamente, vale o registro de que, embora a Carioca Engenharia não tenha se referido ao envolvimento de agentes públicos no seu relato, há um ou outro trecho que podem indicar que esse contato ilícito tenha ocorrido. Veja, por exemplo: “Conforme o relato dos Signatários, A. P. C. de S. (Diretor da Andrade Gutierrez) teria tido acesso à lista de empresas que seriam convidadas para participar dessas três licitações, por meio que não é do conhecimento dos Signatários. Os signatários suspeitavam, à época, que os concorrentes OAS e Odebrecht também tivessem tido acesso prévio a essa lista de convidadas” (CADE, 2016l, p. 28).

⁴⁷⁴ Assim: “Em relação à Requalificação da Área da Barra na Orla de Salvador (RDC Presencial nº 001/2013/SUCOP), houve uma fase preliminar à conduta anticompetitiva, que ocorreu entre abril e junho de 2013. Nessa fase preliminar, a Odebrecht encontrou-se com representantes da Prefeitura de Salvador no contexto de outro projeto, quando a Prefeitura informou que licitaria o Projeto de Requalificação da Barra na Orla de Salvador e expressou seu interesse em que grandes empresas participassem da obra. Embora fosse um projeto de menor porte para a Odebrecht, seria vantajoso à empresa fortalecer seu relacionamento com a Prefeitura em razão de seu interesse em projeto futuro, o do Sistema Metroviário, visto que o Poder Público Municipal detinha competência para autorizar intervenções necessárias à sua execução” (CADE, 2018f, p. 10-11).

e em litigar por uma absolvição. Além disso, é perfeitamente possível que haja acordos de leniência ainda não publicados, por conveniência investigativa. Em síntese, a amostra de acordos ora analisada pode se referir a apenas parte dos casos decorrentes da Lava Jato que tramitam no CADE. Ainda que parciais, essas leniências indicam que a prática ilícita do cartel em licitações das grandes empreiteiras revelada pela Lava Jato estava espalhada por diversas esferas (federal, estadual e municipal) e entes, bem como em licitações para construção de diferentes tipos de obras, o que indica, no Brasil, a natureza sistêmica, neste setor econômico, da coexistência do cartel com a corrupção nas licitações.

No que se refere à complexidade aplicada à sobreposição do cartel com a corrupção, mais especificamente quanto à alteração de suas características, de modo a praticamente serem anulados alguns dos mecanismos de controle corriqueiramente utilizados, é interessante observar como a união dos agentes econômicos cartelizados com os agentes públicos corruptos é rica em alternativas para o alcance do sucesso das empreitadas ilícitas. A pesquisa preliminar identificou: editais sendo lançados em momento oportuno para direcionar a licitação⁴⁷⁵, membros do cartel inserindo cláusulas restritivas em editais⁴⁷⁶; membros do cartel sendo classificados, quando deveriam ser desclassificados⁴⁷⁷; membros do cartel recebendo informações privilegiadas⁴⁷⁸; agente público que divide os lotes entre as empresas

⁴⁷⁵ Vide, por exemplo, leniência da Camargo Correa, referente à Valec: “Os Signatários indicam que a alta administração da Valec, na figura de seu então Presidente L. R. C. de A., tinha conhecimento desses arranjos anticompetitivos e tinha expectativa de que eles de fato ocorressem (por razões alheias ao objeto concorrencial), tendo retardado o início do certame até que o acordo estivesse realmente sedimentado. Assim, o Edital 004/2000 não prosperou e foi substituído pelo Edital 007/2000, a fim de garantir tempo aos concorrentes para chegar a um acordo efetivo” (CADE, 2016i, p. 72).

⁴⁷⁶ Por exemplo, leniência da Andrade Gutierrez, Complexo Lagunar: “Após a realização de tais reuniões entre Andrade Gutierrez, GAS e Queiroz Galvão, para análise e estudos do projeto básico da obra para que pudessem inserir serviços de engenharia mais restritivos no edital para as obras do Complexo Lagunar, os Signatários informaram que Andrade Gutierrez, OAS e Queiroz Galvão sugeriram, tendo o Governo do Estado do Rio de Janeiro, na pessoa de A. da H. (Subsecretario de Estado de Projetos e Intervenções Especiais) acatado, que o edital contemplasse as seguintes exigências [...]” (CADE, 2017e, p. 46). Ou ainda leniência da OAS referente ao Arco do Rio de Janeiro: “De acordo com os Signatários, um dos assuntos discutidos na Quarta Reunião diz respeito às cláusulas sugeridas pelo G8 no sentido de inabilitar empresas não alinhadas com o cartel. Nessa reunião, buscou-se consolidar e aprovar a minuta do Edital de pré-qualificação que havia sido previamente entregue a H. B. (Subsecretário Estadual do Governo do Estado do Rio de Janeiro do Estado do Rio de Janeiro), possivelmente pelas empresas projetistas (Consórcio Concremat/Tecnosolo)” (CADE, 2017f, p. 79-80).

⁴⁷⁷ Nesse sentido, leniência da Andrade Gutierrez, PAC Favelas: “Os signatários completam que, diante do requerimento da Construcap – que tinha embasamento técnico, pois o Consórcio Manguinhos não havia observado o requisito do Edital - , o licitante acabou por aceitar uma simples alegação de erro material do Consórcio Manguinhos no preenchimento dos documentos de habilitação, aceitando a errada apresentada pelo Consórcio Manguinhos e rejeitando o pedido da Construcap, o que, segundo os Signatários, evidencia o acordo de divisão de mercado entre os participantes e o prévio favorecimento por parte do Governo do Estado do Rio de Janeiro” (CADE, 2016k, p. 86-87). Ou ainda leniência da Andrade Gutierrez, Complexo Lagunar: “Do mesmo modo, mesmo sem preencher os requisitos técnicos do edital de Mitigação de Cheias, a Andrade Gutierrez também não foi desclassificada pela Comissão de Licitação, haja vista o envolvimento do Governo do Estado do Rio de Janeiro na divisão de mercado” (CADE, 2017e, p. 58).

⁴⁷⁸ Vide, por exemplo, a leniência da Camargo Correa referente à Angra 03, em que os membros do cartel receberam a informação de que Administração pretendia barganhar os valores a serem pagos: “Na ocasião, V. L.

beneficiadas⁴⁷⁹; agente público que convence competidor fora do cartel a desistir de liminares que suspendiam o certame⁴⁸⁰ ou da própria licitação⁴⁸¹; e até membros do cartel elaborando respostas de recursos de competidores de fora do cartel⁴⁸².

Alguns temas importantes deverão ser enfrentados pelo CADE quando do julgamento desses casos. Dois deles parecem ser “(i) o envolvimento dos agentes públicos no cartel, colaborando para a sua concretização, tem alguma implicação à luz da Lei 12.529/2011?”, bem como “(ii) o que existem, nesses casos, são diferentes cartéis, cada qual praticado em um certame licitatório, ou haveria um único cartel ou alguns cartéis, a depender dos competidores envolvidos, que praticavam a conduta em diversas licitações”? Apesar da relevância desses questionamentos, eles não serão tratados neste trabalho, por fugirem do seu escopo direto. Entretanto, deve-se mencionar que, apesar de a SDE já ter se posicionado pela não aplicação da lei antitruste aos agentes públicos, existe doutrina que admite essa

C. de S. (Diretor de Geração da Eletrobras) teria expressado a L. S. (Diretor Técnico da Eletronuclear) o desejo de obter, sobre cada proposta apresentada pelos consórcios vencedores, desconto de 20%. L. S. e L. M. A. M. (Superintendente da Eletronuclear) reportam as informações colhidas a A. C. D. M. (Diretor Superintendente da UTC) e H. P. M. N. (Diretor de Contrato da Odebrecht), que as repassam aos demais representantes das empresas integrantes do cartel [...]” (CADE, 2015j, p. 76).

⁴⁷⁹ Vide, por exemplo, leniência da Odebrecht sobre o sistema viário metropolitano de São Paulo: “Conforme o relato do desde logo, sob orientação de P. V. de S. (Diretor de Engenharia da Dersa), iniciaram-se as tratativas para ‘organizar o mercado’, dividindo previamente as licitações de acordo com a complexidade da obra e a capacidade técnica das construtoras. Nesse sentido, em concordância com orientação do agente público, as construtoras de maior porte seriam contempladas nas obras de prolongamento da Avenida Roberto Marinho e as de médio porte seriam contempladas nas demais obras do Sistema Viário Estratégico Metropolitano de São Paulo” (CADE, 2017j, p. 62-63). Ou ainda a leniência da Andrade Gutierrez, PAC das Favelas: “Segundo os signatários, na primeira reunião com o presidente da EMOP, que ocorreu possivelmente em 11 de maio de 2007, com os cinco representantes das empresas Andrade Gutierrez, Cariosa, OAS, Odebrecht e Queiroz Galvão, Í. M. J. (Presidente da EMOP) informou os funcionários supracitados quais empresas deveriam participar dos lotes relacionados à futura licitação do PAC – Favelas, vem como de qual forma as empresas deveriam atuar a fim de auxiliar a EMOP na elaboração do projeto básico, das planilhas orçamentárias e do próprio edital da licitação” (CADE, 2016k, p. 29).

⁴⁸⁰ Vide leniência da OAS sobre o Arco Metropolitano do Rio de Janeiro: “Segundo os Signatários, os membros do Governo – W. C. (Secretário de Governo) e H. B. (Subsecretário Executivo de Infraestrutura do Governo do Estado Rio de Janeiro) - também se comprometeram a, excepcionalmente, entrar em contato com algumas empresas que não estavam alinhadas com o acordo, visto que esses agentes teriam relatado possuir proximidade com essas empresas, por motivos desconhecidos pelos Signatários. Como referido acima, W. C. e H. B. entraram em contato com as empresas CR Almeida e Barbosa Mello, que formavam um Consórcio, para que essa abrisse mão das liminares. Em contrapartida, foi relatado que essas empresas abririam mão dos seus recursos, desde que fossem beneficiadas em outra licitação. Nota-se que esse Consórcio abriu mão das suas liminares, de modo que o acordo feito com o Governo foi exitoso para a consolidação do cartel” (CADE, 2017f, p. 125).

⁴⁸¹ Vide leniência da OAS sobre o Arco Metropolitano do Rio de Janeiro: “Além disso, os Signatários relatam que outras empresas foram contactadas pelo próprio Secretário Estadual do Governo do Estado do Rio de Janeiro, W. C. e/ou H. B., para desistirem da licitação, com a promessa de que seriam beneficiadas futuramente” (CADE, 2017f, p. 9).

⁴⁸² Nesse sentido, vide leniência OAS sobre o Arco Metropolitano do Rio de Janeiro: “De acordo com os Signatários, além disso, as empresas chegaram a minutar (Documento 16) para H. B. (agente público e então Presidente da Comissão de Licitação) resposta para os recursos interpostos contra a decisão de habilitação dos licitantes, ocorrida em 30 de janeiro de 2008” (CADE, 2017f, p. 101).

possibilidade⁴⁸³, bem como, sobre a quantificação dos cartéis, há doutrina que tenta estabelecer critérios para a sua identificação⁴⁸⁴.

Novamente, deve-se registrar que os casos ainda estão pendentes de julgamento na esfera administrativa e a presente análise se restringe aos relatos constantes nos “Históricos de Condutas”, que é um documento parcial e não submetido ao crivo do devido processo legal. Ainda assim, este tópico talvez tenha o mérito de sistematizar a informação disponível nas leniências antitruste da Lava Jato e ratificar o que há algum tempo a doutrina já afirma: é preciso que os temas da concorrência e da corrupção sejam trabalhados de maneira associada. Seria essa correlação entre cartéis e corrupção no contexto das licitações do setor econômico específica de grandes obras de engenharia? Outras licitações realizadas no Brasil, para as quais foi constatada a prática de cartel em licitação, também podem ter sido maculadas concomitantemente com a corrupção? São algumas das dúvidas que a pesquisa a seguir delineada pretende solucionar.

2.2 A pesquisa dos casos de cartel em licitação condenados pelo CADE

A pesquisa desenvolvida neste tópico pode ser identificada como um estudo de casos, portanto se aproxima de uma pesquisa empírica historiográfica, de caráter predominantemente qualitativo, como também quantitativo.

A relação entre concorrência e corrupção é, essencialmente, um problema teórico. Pode, pois, ser abordada de maneira abstrata, a partir de trabalhos doutrinários anteriores, a fim de se chegar a uma conclusão cientificamente relevante. Contudo, quando é estudada a partir de casos concretos, mais especificamente por meio de julgados proferidos por determinada autoridade, no caso a de defesa da concorrência no Brasil, torna-se também um problema histórico. E a grande vantagem de uma pesquisa historiográfica⁴⁸⁵, como a aqui

⁴⁸³ O posicionamento da SDE foi exarado, por exemplo, no caso do processo administrativo nº 08700.007776/2016-41. Em síntese, foi alegado que o CADE não teria atribuição para atos de corrupção, bem como que a legislação antitruste apenas seria aplicável para quem exerce atividade econômica em sentido estrito (OLIVEIRA JUNIOR, 2018, p. 48-49). Esses pontos foram diretamente refutados por Fernando Antônio de Alencar Alves de Oliveira Junior no artigo *O agente público pode ser penalizado pelo Cade em casos de cartel de licitação?*, no qual se conclui pela possibilidade de punição (OLIVEIRA JUNIOR, 2018, p. 31-59). Além disso, Eleanor Fox e Deborah Healey, por exemplo, em *When The State Harms Competition – The role for Competition Law*, pontuam os prós e os contras de a autoridade de defesa da concorrência exercer jurisdição sobre agentes públicos nestes casos de cartel em licitação com corrupção (FOX; HEALEY, 2013, p. 804-806).

⁴⁸⁴ Cite-se como exemplo o trabalho de Amanda Athayde, Priscilla Campos e Bruna Piazero (2017) intitulado *Colusão Única ou Múltiplas Colusões no Direito Antitruste: Parâmetros para uma Hidra de Lerna?*.

⁴⁸⁵ Ao tratar da pesquisa historiográfica e documental, Guinter Leipnitz explica: “Basicamente, esta estratégia consiste no levantamento de um corpo documental homogêneo, selecionado a partir de critérios de recortes temporal (data inicial e data final) e espacial (dimensão territorial, administrativa ou geográfica, abrangida pela

desenvolvida, é que todos poderão melhor controlar os seus resultados: os casos de cartel em licitações foram efetiva e previamente analisados e os “elementos indicativos de corrupção”, encontrados nos respectivos autos, serão aqui discriminados. Nesse sentido, a presente pesquisa se aproxima de uma análise experimental (ECO, 2016, p. 14-16).

A opção por uma pesquisa predominantemente qualitativa⁴⁸⁶ decorreu de alguns fatores. Primeiro, conforme já mencionado, o interesse em avaliar os casos passados à luz do aparato técnico-científico do presente. Segundo, porque, embora previamente definido, o conceito de corrupção tende a ser equívoco e, invariavelmente, demanda um juízo de valor por parte do intérprete. Finalmente, dado o plexo de órgãos e instituições que lidam com o tema, escolhas de marcos institucionais e temporais para definir casos de efetiva corrupção tornariam ou a pesquisa inviável ou reduziriam consideravelmente o número de casos investigados. Contudo, fala-se que a pesquisa é também *quantitativa*⁴⁸⁷, uma vez que é objeto deste trabalho mensurar o quantitativo dos casos em que o fenômeno “elementos indicativos de corrupção” em casos de cartel em licitação é verificado.

Os casos de cartel em licitação condenados pelo CADE constituem o cerne do presente estudo. Eles foram identificados a partir dos dispositivos legais utilizados na fundamentação das decisões. Dessa forma, para os fatos praticados na vigência da Lei 8.884/1994, buscou-se por condenações cujas condutas foram tipificadas com fundamento no art. 21, inciso VIII, relacionado ao cartel em licitação, bem como, para os fatos praticados na vigência da Lei 12.529/2011, foram procuradas condenações com fulcro no art. 37, §3º, inciso I, alínea “d”. De toda forma, para identificar esses casos, foi necessário, primeiro, demarcar um grupo de julgados mais abrangente, que é o dos *cartéis condenados* no mesmo período, entre os quais estão os conluios em licitação. Daí porque, de maneira auxiliar e para fins de comparações entre os dois grupos, também foram pesquisados por “elementos indicativos de corrupção” nesse grande grupo de casos.

documentação). Ela demanda uma leitura provisória das fontes, com o propósito de familiarizar-se com “fórmulas textuais” que se repetem (por exemplo, o cabeçalho, termos jurídicos que apareçam) e, especialmente, informações recorrentes, que podemos acompanhar de modo seriado, isto é, sua incidência ao longo do tempo” (LEIPNITZ, 2017, p. 225-226).

⁴⁸⁶ Nesse sentido: “Qualidade é uma propriedade de ideias, coisas e pessoas que permite que sejam diferenciadas entre si de acordo com suas naturezas. A pesquisa qualitativa não vai medir seus dados, mas, antes, procurar identificar suas naturezas [...] A pesquisa qualitativa também pode possuir um conteúdo altamente descritivo e pode até lançar mão de dados quantitativos incorporados em suas análises, mas o que vai preponderar sempre é o exame rigoroso da natureza, do alcance e das interpretações possíveis para o fenômeno estudado e (re)interpretações de acordo com as hipóteses estrategicamente estabelecidas pelo pesquisador” (MEZZARROBA; MONTEIRO, 2019, p. 104-105).

⁴⁸⁷ Nesse sentido: “se o objeto de sua pesquisa se prestar a qualquer tipo de medição e esta, evidentemente, for interessante para o resultado final da investigação a que você se propôs, a adoção de procedimentos de quantificação pode lhe ser útil” (MEZZARROBA; MONTEIRO, 2019, p. 103).

O marco temporal escolhido foi o de 1994 até o ano 2019, mais especificamente a partir da vigência da Lei 8.884/1994, por se tratar do momento em que a política de defesa da concorrência no Brasil passou a ser efetivamente praticada⁴⁸⁸. Até então, embora o CADE tenha um histórico legislativo que se inicia no ano de 1945, com o Decreto-Lei 7.666, também conhecido por “Lei Malaia”⁴⁸⁹, apenas com a mudança relevante do papel do Estado no domínio econômico moldada pela Constituição de 1988, a abertura dos mercados no início da década de 1990 e a estabilização financeira e monetária, a livre concorrência, de fato, tornou-se valor relevante para a atividade econômica do país. Nesse período, foram selecionados os casos em que o CADE, já tinha concluído sua análise de mérito⁴⁹⁰, ainda que a decisão estivesse pendente de recurso.

Vale o registro de que, ao se analisar os autos públicos dos processos de cartel em licitação condenados pelo CADE, verificou-se que, nos últimos anos, houve uma tendência da autarquia de considerar a maior parte do material probatório como sigiloso, de forma que, nos autos públicos, apenas constam, em regra, versões públicas de documentos produzidos pela SG (Superintendência-Geral do CADE) ou pelo TADE (Tribunal Administrativo de Defesa Econômica). Isso dificulta a realização da pesquisa, por conta da metodologia aqui escolhida, motivo pelo qual se optou por encerrar o estudo de caso no ano de 2019. Além disso, os anos de 2020 e 2021 foram marcados pela pandemia de Covid-19, o que pode, de alguma forma, ter impactado na frequência dos julgamentos de cartel pelo CADE.

⁴⁸⁸ Como já mencionado, Ivo Gico registra o caráter marcadamente intervencionista do Estado brasileiro na economia, durante quase todo século XX (GICO JUNIOR, 2006, p. 29-42), o que fez com que o país, apesar de ter um histórico de leis de Direito da Concorrência desde a década de 40, mais especificamente a partir de 1938, com o Decreto-Lei nº 869, apenas com a Lei 8.884/1994, implantasse “de maneira séria, uma política de defesa da concorrência relativamente consistente”(GICO JUNIOR, 2006, p. 40), muito em decorrência da abertura do mercado brasileiro, do plano de estabilização financeira (Plano Real) e do processo de privatizações, levados a cabo pelos governos dos presidentes Fernando Collor de Mello, Itamar Franco e Fernando Henrique Cardoso. No mesmo sentido Paula Forgioni (2015, p. 120) fala em “surto de vigência”, ao comentar a aplicação da Lei 4.137/1962, norma de defesa da concorrência que teve, na história legislativa brasileira, o maior período de vigência (entre 1962 a 1994).

⁴⁸⁹ Projeto coordenado pelo pernambucano e então Ministro de Justiça, Agamenon Magalhães, que trazia a previsão da Comissão Administrativa de Defesa Econômica. De toda forma, vale lembrar que o Decreto-Lei nº 7666, de 22 de junho de 1945, vigeu por menos de cinco meses, visto que foi revogado pelo Decreto-Lei nº 8.162, em 9 de novembro do mesmo ano, haja vista a deposição de Getúlio Vargas em 29 de outubro de 1945. O Decreto-Lei nº 869/1938, de feição penal, cujo principal objetivo era disciplinar os crimes contra a economia popular, apesar de proibir uma ou outra prática ofensiva à livre concorrência, não previa a criação de qualquer órgão administrativo para tratar da matéria. Assim, de fato, o CADE só foi constituído com a Lei 4.137/62 e aqui já era denominado de Conselho Administrativo de Defesa Econômica (GICO JUNIOR, 2006, p. 29-42).

⁴⁹⁰ Por exemplo, a pesquisa identificou o curioso caso do Processo Administrativo nº 08012.003970/2010-10, de relatoria do Conselheiro Paulo Burnier, referente a um cartel internacional de cabos submarinos, o qual, embora o julgamento tenha se iniciado em 2019, mais especificamente em 11/06/2019, na 144ª sessão ordinária, a análise de mérito apenas se encerrou, em razão de sucessivos pedidos de vista, em 15/04/2020, na 157ª sessão ordinária. Esse caso, por esse motivo, não entrou na lista deste trabalho.

Uma vez delimitados o lapso temporal e o objeto de estudo, foram identificados os elementos que seriam destacados em cada um dos casos selecionados: (i) o processo administrativo, (ii) o representante, (iii) o relator, (iv) a data de instauração (iv.1) da averiguação preliminar ou do inquérito e (iv.2) do processo administrativo, (v) o mercado relevante, (vi) o resumo do caso, (vii) o resumo da decisão, (viii) o padrão probatório utilizado para condenação, (ix) a data e a sessão de julgamento e, quanto à (x) corrupção, (x.1) os elementos indicativos de sua existência e (x.2) se foi dado algum encaminhamento pelo CADE.

Breves considerações acerca de cada um deles ajudarão na compreensão dos tópicos seguintes, bem como das tabelas constantes no APÊNDICE D, denominado “CASOS COMUNS DE CARTEL EM QUE FORAM VERIFICADOS ELEMENTOS INDICATIVOS DE CORRUPÇÃO”, e no APÊNDICE E, “CASOS DE CARTEL EM LICITAÇÃO EM QUE FORAM VERIFICADOS ELEMENTOS INDICATIVOS DE CORRUPÇÃO”, nos quais os itens aqui mencionados estão devidamente descritos para todos os casos de cartel em que foram encontrados elementos indicativos de corrupção.

2.2.1 Os dados pesquisados

As informações colhidas nos processos administrativos analisados podem ser divididas em dois grupos, os quais são aqui denominados de *dados objetivos* e *dados valorativos*. Os dados objetivos estão relacionados à identificação dos autos e podem ser verificados independentemente de qualquer juízo de valor do pesquisador. São eles: o processo administrativo, o representante, o relator, a data de instauração da averiguação preliminar, do inquérito ou do processo administrativo e, por fim, a data do julgamento, com o indicativo da respectiva sessão. Ainda, inseriu-se nesse grupo o mercado relevante, com as anotações que serão feitas a seguir.

Por outro lado, entendem-se como dados valorativos aqueles que dependem de algum grau de interpretação do pesquisador e, por isso, são mais suscetíveis de contestação. Essas informações estão relacionadas ao objeto do processo, no caso a conduta anticompetitiva, cartel, bem como ao conteúdo da pesquisa, corrupção. São eles: os resumos do caso e da decisão, o padrão probatório utilizado para condenação, e, por fim, quanto à corrupção, se foram identificados elementos que indicassem sua existência e, em caso positivo, se foi dado algum encaminhamento pelo CADE.

2.2.1.1 Os dados objetivos pesquisados

Em relação ao processo administrativo, eles estão identificados pelo código numérico atribuído pelo sistema de protocolo do CADE. Trata-se de uma sequência de 17 números, iniciada pela combinação “08012”, “08700”, “08000” ou “53500”, seguida de “.”, 6 números, “/”, o ano em que os autos foram instaurados e, por fim, “-” e 2 números. Por exemplo, o primeiro caso de cartel em licitação condenado pelo CADE foi o do processo administrativo nº 08012.009118/1998-26. Faz-se menção aqui inclusive aos símbolos, porque o registro correto do número do processo administrativo é importante para o acesso ao seu conteúdo no *site* do CADE ⁴⁹¹.

Além do número, deve-se registrar que os casos estão também identificados, nos APÊNDICES D e E, por apelidos atribuídos pelo próprio pesquisador, em regra relacionados ao mercado relevante da infração. Por exemplo, para ficar ainda no primeiro caso, o processo administrativo nº 08012.009118/1998-26 está intitulado como “Cartel em licitação da Petrobras”. Para evitar confusões, registra-se que a tabela constante no “APÊNDICE B – CASOS DE CARTEL CONDENADOS PELO CADE ENTRE 1994 – 2019, POR ORDEM CRONOLÓGICA DE JULGAMENTO” contém todos os nomes de casos analisados neste trabalho, relacionando-os a cada processo administrativo.

Quanto ao relator, o nome mencionado é o daquele conselheiro que chegou nesta condição no momento da sessão de julgamento. Portanto, não necessariamente é o conselheiro que iniciou o caso, uma vez que pode ter havido sucessão no decorrer da tramitação processual, nem, obrigatoriamente, será o relator para o acórdão⁴⁹², nas hipóteses em que seu voto não tenha sido o condutor. Nesse último caso, o relator para o acórdão será também explicitado. O processo administrativo nº 08012.009118/1998-26, caso “Cartel em Licitação na Petrobras”, tinha como relator o conselheiro João Bosco Leopoldino da Fonseca. Contudo, foi relator para o acórdão o conselheiro Thompson Andrade. Essa informação consta no

⁴⁹¹ As referências dos processos administrativos indicadas neste trabalho consideram a íntegra dos respectivos autos, obtida por meio de consulta ao *site*: www.cade.gov.br e acessada no link “consulta processual”, a partir da digitação do número exato no campo específico. Na página seguinte, foram selecionados todos os documentos disponíveis referentes ao processo e marcada a opção “gerar pdf”. As datas em que os respectivos PDFs foram gerados correspondem àquelas constantes nas referências.

⁴⁹² Vale mencionar que, desde as alterações promovidas pela Resolução CADE nº 54, de 22 de setembro de 2010, os julgamentos da autarquia deixaram de ter um “acórdão”. Visando à simplificação do procedimento, o resultado da decisão do colegiado consta, desde então, na própria ata de sessão de julgamento, cuja publicação é suficiente para fins processuais. Dessa forma, para alguns casos analisados nesta pesquisa, consta um acórdão, entretanto, para outros, há tão somente a ata de sessão de julgamento com a síntese dos votos e do que foi decidido pelo Tribunal.

campo próprio “relator”, entre parênteses, para aqueles casos em que essa mudança for verificada.

Em relação ao representante, é a pessoa física ou jurídica ou, ainda, órgão, quando pertencente à estrutura da Administração Pública, que deu origem ao procedimento. Aquele que noticiou o fato ao CADE e pediu, pois, providências. Alguns casos, sobretudo mais antigos, embora formalmente nos autos conste o registro como representante “a SDE ‘ex-officio’”, foram iniciados, na verdade, por meio de representação. Nessas hipóteses, optou-se por registrar quem, de fato, deu causa ao início do procedimento. Para utilizar ainda como exemplo o caso do Cartel em Licitação na Petrobras, consta como representante, nos autos, a “SDE ‘ex-officio’”. Contudo, verifica-se logo nas primeiras páginas que a investigação se iniciou a partir de representação da Petrobras, empresa vítima da prática anticompetitiva, formulada por meio de ofício do seu presidente à época encaminhado ao então Secretário de Direito Econômico, Ruy Coutinho do Nascimento. Nesta pesquisa, o campo representante desse caso está anotado como sendo a “Petrobras”.

Por fim, foram também identificadas as datas de instauração da averiguação preliminar, sistemática da Lei 8.884/1994, ou do inquérito, segundo a Lei 12.529/2011, bem como do próprio processo administrativo, além da data do julgamento, com a indicação da respectiva sessão.

Para alguns casos, sobretudo os mais antigos, embora tivesse sido autuado um procedimento administrativo e realizada uma ou outra diligência, como, por exemplo, a expedição de ofícios requisitando informações, não foi formalmente instaurada uma averiguação preliminar, pelo menos não foi identificado despacho específico nesse sentido. Nessas situações, a data referida no campo se refere à do “primeiro despacho” constante nos autos. No caso do Cartel em Licitação na Petrobras, em 24 de novembro 1998, foi proferido o primeiro despacho, enquanto que o processo administrativo foi instaurado em 15 de maio 1999. Em relação ao referido cartel, verifica-se que o julgamento ocorreu em 27 de junho 2001, na 214ª Sessão Ordinária. A contagem de sessões remete à vigência da respectiva Lei, nesse caso da 8.884/1994, tendo sido reiniciada quando da promulgação da Lei 12.529/2011. Para aqueles casos nos quais o julgamento se estendeu por mais de uma sessão, registraram-se apenas a data e a sessão em que ele foi concluído.

Por fim, em cada um dos casos também foi registrado o respectivo mercado relevante. Não há dúvidas de que a definição de mercado relevante é uma das tarefas mais

difíceis na prática do Direito da Concorrência⁴⁹³. Entretanto, no presente caso, a informação está no grupo dos dados objetivos porque é aferida pela simples leitura da decisão final do CADE. Ainda que, no caso concreto, a definição de mercado relevante adotada tenha sido objeto de debates e esteja sujeita a interpretações diversas, nesta pesquisa, sua constatação decorreu tão somente da análise da decisão do CADE.

Feitos esses esclarecimentos, é o caso de tecer algumas anotações acerca dos dados valorativos da pesquisa.

2.2.1.2 Os dados valorativos pesquisados

As informações relacionadas aos resumos do caso e da decisão, ao padrão probatório utilizado para condenação e, quanto à corrupção, à identificação de elementos que indiquem sua possível existência e o encaminhamento dado pelo CADE demandam um grau maior de subjetividade, daí porque aqui estão denominados de dados valorativos. Eles foram anotados a partir de uma perspectiva fundamentalmente interpretativa do pesquisador, motivo pelo qual se faz importante expor alguns detalhes relativos a cada um deles.

O resumo do caso tem como objetivo explicar, em poucas palavras, o ilícito analisado pela autoridade antitruste. Há diversas maneiras de se elaborar uma síntese de cada processo administrativo, entretanto, neste trabalho, optou-se por resumos que explicitassem como a investigação iniciou no CADE. Este foi o norte principal, portanto, adotado: além de trazer as informações mais importantes, alertar o leitor como o caso se tornou conhecido pela autoridade antitruste. Esse detalhe será relevante para a análise que será realizada acerca da própria atividade estatal de repressão dos ilícitos, cartel e corrupção, no decorrer do trabalho. No caso do Cartel em licitação da Petrobras, para ficar ainda no primeiro cartel estudado na pesquisa, assim ficou redigido o respectivo resumo do caso:

O procedimento administrativo foi iniciado por meio de representação da Petrobras, datada de 16/11/1998, encaminhada depois que foi publicada notícia no Jornal “O Globo”, de 12/11/1998, pelo jornalista Ricardo Boechat, sobre o fato de as duas sociedades empresárias que competiram sozinhas no certame licitatório terem combinado entre si uma indenização de até 1 milhão de dólares em razão de sua participação em licitação internacional promovida pela Petrobras, do ramo *off shore* (serviços prestados em alto

⁴⁹³ Nesse sentido, Ana Frazão comenta: “A tarefa de identificar o mercado relevante é extremamente complexa. Ademais, longe de ser uma metodologia infalível e absoluta, trata-se de mera simplificação, uma ferramenta útil, mas não necessariamente imprescindível, como vem decidindo o CADE recentemente” (FRAZÃO, 2017a, p. 140).

mar, em oposição aos serviços *on shore*, na terra). A indenização dependia do resultado (o montante a ser indenizado variava conforme o valor do contrato assinado). Apesar de concorrentes na licitação, realizada em 18/02/1997, as representadas firmaram um *Instrumento particular de transação comercial* (CADE, 2001, p. 5-6), datado de 17/02/1997, o qual, expressamente, fala do interesse de participarem da Concorrência Internacional nº 571-1-002-96-1 (Reforma na plataforma de prospecção semi-submersível de petróleo P-10, inicialmente estimada em 33 milhões de dólares, mas que custou um valor total de cerca de 58 milhões de dólares, valores históricos) e de que “trabalharam em conjunto na formação técnica de proposta” (CADE, 2001, p. 5).

O resumo da decisão, por sua vez, embora, semelhantemente, pudesse ser elaborado de diversas maneiras, teve por finalidade explicitar o sentido do julgado do CADE e o fundamento legal utilizado pela autoridade antitruste para o enquadramento da prática anticompetitiva, uma vez que esse foi o critério aqui adotado para a identificação dos casos de cartel em licitação. Ainda, foram mencionados os conselheiros que participaram da votação, explicitando-se, quando existentes, as discordâncias em relação ao voto condutor.

O caso do Cartel em Licitação na Petrobras, escolhido como exemplo justamente por ser o primeiro condenado pelo CADE, em relação ao resumo da decisão, é emblemático. É que nele houve intensa divergência do plenário quanto ao mérito da condenação das representadas. Assim, pois, consta no resumo da decisão:

Na sua decisão (CADE, 2001, pp. 1527-2167), o CADE, por maioria (vencidos o Presidente João Grandino Rodas, pp. 1862 e ss., e a conselheira Hebe Teixeira Romano, pp. 2120 e ss., que entendiam não ter sido provada a conduta), condenou as representadas por incorrerem no art. 20, inciso I, e art. 21, inciso VIII, ambos da Lei 8.884/1994, à multa e a outras obrigações de fazer. O conselheiro relator, João Bosco Leopoldino da Fonseca, votou pela condenação (pp. 1527 e ss.) e foi acompanhado pelos Conselheiros Thompson Andrade (pp. 2141 e ss.), Celso Campilongo (pp. 2133 e ss.) e Afonso Arinos (pp. 2149 e ss.). Em síntese, entenderam que o contrato era prova suficiente, bem como que, a partir das suas cláusulas, era possível depreender que, efetivamente, foi causado prejuízo à concorrência, embora a lei antitruste apenas exija a potencialidade lesiva (nos termos do voto do conselheiro Thompson Flores, relator para o acórdão, constante às pp. 2163 e ss.).

Seguindo na análise dos dados valorativos, deve-se explicitar que, quanto ao padrão probatório da condenação, buscou-se verificar quais as principais provas utilizadas pelo CADE para a tomada da sua decisão. Evitou-se fazer referência às provas que, corriqueiramente, são produzidas no decorrer do processo administrativo antitruste, notadamente as provas testemunhais e as colheitas de depoimentos dos representados, pessoas

físicas, ou dos seus representantes legais, pessoas jurídicas. Citou(aram)-se, pois, apenas a(s) prova(s) realmente importante(s) para a formação da decisão condenatória. É justamente o caso do referido “instrumento particular firmado entre os licitantes que foi publicado pela imprensa à época e explicitava o ajuste” entre as concorrentes do certame licitatório objeto do processo administrativo nº 08012.009118/1998-26. Assim, apenas esse documento foi referido no respectivo campo do “padrão probatório” do caso.

Por fim, em relação à corrupção, buscaram-se elementos que indicassem, em cada um dos autos, a sua possível ocorrência. Nesse sentido, tentou-se localizar nos autos, (i) se os agentes públicos que analisaram os fatos à época da investigação antitruste trataram da concomitância entre os ilícitos, sejam eles (i.a) do SBDC, (i.b) da Polícia e do Ministério Público ou, por fim, (i.c) de Tribunal de Contas, de CPI ou de outro órgão administrativo de investigação. Além disso, há possibilidade de (ii) análise do material probatório, em busca de “elementos indicativos de corrupção”, basicamente, a partir (ii.a) das provas juntadas aos autos que, diretamente, apontem para um possível ato de corrupção ou (ii.b) de material que possa indicar o auxílio de agentes públicos no cometimento do ilícito antitruste.

Em alguns casos, os elementos probatórios indicativos de práticas corruptas são robustos e, talvez, pudessem fundamentar eventual condenação, administrativa ou judicial, pela sua prática. Entretanto, essa análise foge do objeto deste trabalho. Para evitar possíveis discussões acerca de padrão probatório, do grau de cognição necessário para uma condenação ou, ainda, se a colaboração dos agentes públicos aos cartéis ocorreu de forma dolosa ou culposa, para o presente trabalho, foram considerados elementos indicativos de corrupção simplesmente aqueles que justificassem a instauração de uma investigação administrativa ou criminal relacionada à conduta dos agentes públicos⁴⁹⁴. Esses elementos serão especificamente detalhados em tópicos seguintes deste capítulo⁴⁹⁵.

Por fim, quando identificados elementos indicativos da corrupção, foi analisado se o CADE deu a esses fatos algum encaminhamento específico, a fim de avaliar a interação existente entre a autoridade antitruste e os órgãos e entidades responsáveis pelo combate à corrupção. Há casos em que as informações já vieram para o CADE de órgãos como o Ministério Público e a Polícia, os quais têm atribuição legal para apurar a corrupção em âmbito penal. Os fatos, portanto, já eram de sua ciência, não sendo, pois, esperado qualquer

⁴⁹⁴ Vide item 1.3.4, “Sobre a escolha da metodologia e a identificação dos ‘elementos indicativos de corrupção’”.

⁴⁹⁵ Vide itens 2.2.4, “Os casos comuns de cartel e a corrupção”, e 2.2.5, “Os casos de cartel em licitação e a corrupção”.

encaminhamento posterior específico por parte do CADE. De toda forma, essas situações estão expressamente apontadas.

Esses, portanto, são os dados registrados nas tabelas dos APÊNDICES D e E, denominados, respectivamente, “CASOS COMUNS DE CARTEL EM QUE FORAM VERIFICADOS ELEMENTOS INDICATIVOS DE CORRUPÇÃO” e “CASOS DE CARTEL EM LICITAÇÃO EM QUE FORAM VERIFICADOS ELEMENTOS INDICATIVOS DE CORRUPÇÃO”. É importante, agora, antes de serem mencionados os resultados da pesquisa, serem explicadas as etapas de sua realização.

2.2.2 Realização da pesquisa

As informações atinentes à realização da pesquisa ajudarão a nortear o leitor acerca do processo para a obtenção dos dados e dos resultados aqui apresentados, facilitando, assim, sua compreensão. Pelo menos quatro etapas específicas podem ser delineadas: (i) identificação dos casos, (ii) colheita dos dados gerais, (iii) colheita dos dados referentes à corrupção e (iv) confirmação dos dados referentes à corrupção.

A *identificação dos casos* objeto da presente análise não foi simples. Era preciso, inicialmente, verificar quais foram os processos administrativos de cartel condenados pelo CADE entre 1994 até 2019, para, então, entre estes, separar aqueles que se relacionavam à prática de cartel em licitação. Ocorre que não há uma lista oficial de casos condenados ou, pelo menos, essa lista não é disponibilizada pelo CADE no seu *site*. Partiu-se, então, do estudo de todas as atas de julgamento do CADE desde a promulgação da Lei 8.884/1994, as quais podem ser localizadas na internet⁴⁹⁶.

O critério utilizado para a identificação de cartel foi o de casos condenados com fundamento nos dispositivos legais específicos. Para a Lei nº 8.884/1994, buscou-se por condenações no art. 21, inciso I ou III, relativo a cartéis de uma maneira geral, ou inciso VIII, relacionado ao cartel em licitação. Já para os fatos ocorridos na vigência da Lei 12.529/2011, condenações com fulcro no art. 37, §3º, inciso I, quaisquer alíneas, registrando-se que a última, “d”, refere-se aos cartéis em licitação. Ainda, cuidou-se de distinguir na pesquisa os casos de cartel daqueles referentes à adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes, em regra praticada por sindicatos ou associações de classe, enquadráveis na Lei 8.884/1994 no inciso II do art. 21 e na Lei 12.529/2011 no art. 36, §3º, inciso II.

⁴⁹⁶ Atas disponíveis em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/sessoes/sessoes%20de%20julgamento>. Acesso em: 31 jul. 2022.

Apenas constam na presente pesquisa as condenações por adoção de conduta comercial uniforme em que, para os mesmos fatos, nos mesmos autos, tenha sido também punida a prática de cartel.

Após a elaboração de uma lista preliminar, foi realizado o cotejo com listas já produzidas por outros trabalhos⁴⁹⁷, que abordaram a jurisprudência do CADE em casos de cartéis, com destaque para a dissertação de mestrado de Flávia Chiquito dos Santos (2014)⁴⁹⁸, o livro de Caio Mário da Silva Pereira Neto em coautoria com Paulo Leonardo Casagrande (2016)⁴⁹⁹ e a obra de Paulo Burnier da Silveira (2020)⁵⁰⁰. Constataram-se vantagens e desvantagens na metodologia aqui escolhida.

De um lado, a pesquisa revelou cartéis condenados que não estavam em algumas das listas consultadas, como, por exemplo, o do processo administrativo nº 08012.004860/2000-01, julgado em 5 de outubro de 2004, referente ao mercado de GLP em São Sebastião no Distrito Federal. Por outro, o rol de Neto e Casagrande registrava casos como o processo administrativo nº 08000.024581/1994-77, cartel de postos no Distrito Federal, julgado em 3 de março de 2004, que não foi inicialmente identificado. Não houve, exatamente, uma falha na pesquisa, mas na adoção dos critérios.

É que podem existir cartéis condenados que não tenham sido enquadrados nem no inciso I ou III, nem no inciso VIII do art. 21 da Lei 8.884/1994. É o caso justamente do último mencionado, em que alguns postos de combustíveis foram condenados por ação coordenada para impedir a entrada de novos agentes no mercado relevante, por meio da promoção de projetos legislativos que vedavam a instalação de postos de combustíveis em supermercados, mas especificamente no *Carrefour*. A conduta foi enquadrada nos incisos II, IV e V do art. 21 da Lei 8.884/1994⁵⁰¹.

Dessa maneira, voltou-se novamente às atas de julgamento, agora para se buscar eventuais casos que tenha escapado do filtro inicial. Chegou-se, então, a um total de 96 casos de cartel condenados pelo CADE entre 1994 a 2019. Em razão da possibilidade de que uma

⁴⁹⁷ Deve-se destacar que alguns dos casos listados nos trabalhos aqui mencionados tratam de condenações por adoção de conduta comercial uniforme apenas e, por isso, foram excluídos da lista aqui elaborada.

⁴⁹⁸ A dissertação de Flávia Chiquito dos Santos estuda a aplicação de penas a cartéis pelo CADE e elenca os casos analisados entre os anos de 1994 e 2013 (SANTOS, 2014, p. 247-248).

⁴⁹⁹ Trata-se de manual de Direito da Concorrência com capítulo específico sobre a jurisprudência do CADE. Dentro deste, encontra-se tópico relativo às “multas de casos de cartel” entre 1994 e 2014 (PEREIRA NETO; CASAGRANDE, 2016, p. 285-329).

⁵⁰⁰ Paulo Burnier da Silveira lançou, em 2020, seu livro *Direito da Concorrência*. E, entre as referências jurisprudenciais, constam, no item 8.2.2, os “Processos Administrativos com condenação por cartel do CADE (1999-2019)”.

⁵⁰¹ Nessa situação, além do caso nº 08000.024581/1994-77 aqui mencionado, foi identificado também o caso nº 08012.012420/1999-61, chamado de *Cartel das Livrarias do Distrito Federal*, cuja condenação foi com fundamento no art. 21, inciso V, da Lei 8.884/1994.

ou outra condenação não tenha sido capitulada nos dispositivos mencionados, não é possível afirmar que esses são todos os casos de cartel condenados pelo CADE no período, embora haja elevada probabilidade nesse sentido.

Também com base nos respectivos fundamentos normativos da condenação, foram encontrados 29 processos em que a condenação do CADE esteve lastreada no inciso VIII do art. 21 da Lei 8.884/1994 ou no art. 37, §3º, inciso I, alínea “d”, da Lei 12.529/2011, portanto, casos de cartéis em licitação. Contudo, novamente, aqui, é preciso fazer algum esclarecimento: entre esses 29 casos, 8 são grandes casos de cartel que também afetaram certames licitatórios. Ou seja, o enfoque da investigação do CADE não estava, propriamente, na compra pública e na relação entre os agentes econômicos e os agentes públicos, mas nos diversos consumidores lesados pelo acordo horizontal ilícito, entre os quais, estavam entes públicos.

Tome-se como exemplo caso do processo administrativo nº 08012.002127/2002-14, o “Cartel das Britas”. Sociedades empresárias do mercado de pedra britada da região metropolitana de São Paulo foram condenadas pela prática de cartel. Com a ajuda do sindicato, os agentes econômicos dividiam clientes, combinavam preços e organizavam a prática ilícita por meio de programas de computador. Além de o voto do conselheiro relator Luiz Carlos Delorme Prado ser importante na história do antitruste brasileiro por definir os parâmetros para a distinção entre o chamado cartel clássico ou integral, exemplo dos autos, do cartel difuso, este foi o primeiro caso do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência em que a medida de busca e apreensão cível, prevista no art. 35-A da Lei 8.884/1994, foi utilizada.

Entre os diversos clientes de pedra britada, com destaque para os *players* privados da construção civil, havia alguns entes públicos, motivo pelo qual a maioria dos representados foi condenada pelo art. 21, incisos, I, III, X, XI, XII, XIII, XIV e VIII da Lei 8.884/1994. Neste trabalho, pois, este caso é classificado como cartel em licitação. Entretanto, para finalidade proposta, a de reavaliar a relação entre o cartel e os agentes públicos corruptos a partir do conteúdo probatório colhido nos autos do processo antitruste, os *casos de cartel em licitação em sentido estrito*, ou seja, os 21 casos em que o objeto principal da investigação foi a(s) compra(s) pública(s) são os mais relevantes. Essa distinção entre cartéis em licitação e cartéis em licitação em sentido estrito é importante, pois, neste trabalho, busca-se justamente reanalisar a relação entre os agentes econômicos, no caso membros do cartel, e os agentes públicos possivelmente corruptos.

Quando a compra pública não está no enfoque principal do órgão antitruste, é de se esperar que o conjunto probatório reunido nos autos, de fato, não capte eventual prática corrupta, ainda que ela exista. Diferentemente, naqueles casos em que o conteúdo probatório se refere ao(s) processo(s) de compra(s) pública propriamente, espera-se justamente o inverso: caso tenha havido corrupção, os seus indícios, nessa análise, devem aparecer. Pelo menos haverá uma probabilidade maior disso ocorrer, haja vista o enfoque probatório. Em síntese, no grupo restrito, o fato de não serem encontrados elementos indicativos de corrupção configura um indício mais robusto de sua inexistência do que nos casos de cartéis em licitação decorrentes de grandes casos.

No decorrer do trabalho, a menção genérica a *casos de cartel em licitação* faz referência aos 29, que englobam os 21 casos de cartel em licitação em sentido estrito e os 8 grandes casos de cartel que também afetaram licitações. Por fim, ainda nesta etapa, colheu-se do sistema do CADE a íntegra dos processos administrativos em formato “PDF”, por meio da consulta processual, mediante pesquisa com os respectivos números⁵⁰².

A segunda etapa, relativa à colheita dos dados, exceto as informações referentes à corrupção, demandou apenas consulta a partes específicas dos processos administrativos, a fim de identificar e registrar cada um deles. A grande maioria consta ou da decisão do CADE, ou da respectiva ata de julgamento ou, para os casos mais antigos, anteriores a 2010, do acórdão⁵⁰³. Além desses documentos, foram também consultadas as representações, quando existentes, e a nota técnica de instauração do processo administrativo. Essa primeira rodada de leitura foi também utilizada para a colheita preliminar de informações referentes à possível corrupção, de modo a subsidiar a terceira etapa de pesquisa.

Uma vez terminado o registro dos dados, novamente os processos administrativos foram consultados, a fim de se perquirir especificamente por elementos indicativos da corrupção. Aqueles casos em que a informação já constava nas peças lidas na etapa anterior eram mais simples, como no processo administrativo nº 08012.001826/2003-10, “cartel dos vigilantes”, referente ao conluio por empresas de vigilância do Rio Grande do Sul, em que as declarações dos signatários da leniência já indicavam a possível prática de corrupção dos agentes públicos para garantir a atuação do cartel e evitar a contestação de entrantes,

⁵⁰² Conforme já mencionado, as referências dos processos administrativos indicadas neste trabalho consideram a íntegra dos respectivos autos, obtida por meio de consulta ao site: www.cade.gov.br e acessada no link “consulta processual”, a partir da digitação do número exato no campo específico. Na página seguinte, foram selecionados todos os documentos disponíveis ao público referentes ao processo e marcada a opção “gerar pdf”.

⁵⁰³ Por meio da Resolução CADE nº 54, de 22 de setembro de 2010, os julgamentos da autarquia deixaram de ter um “acórdão”. Visando à simplificação do procedimento, o resultado da decisão do colegiado consta, desde então, na própria ata de sessão de julgamento, cuja publicação é suficiente para fins processuais.

eliminando-os dos certames licitatórios. Essas declarações embasaram tanto a nota técnica de instauração do procedimento, quanto a decisão do CADE. Entretanto, para outros casos, a localização da informação demandou maior trabalho investigativo, cite-se, como exemplo, o caso nº 08012.009885/2009-21, do “Cartel de Construtoras em licitação da SABESP”.

Não havia, nos autos, menção a práticas corruptas. Entretanto, chamou atenção a alegação trazida por uma das representadas, em uma de suas manifestações, de que ela teria sido injustiçada pela própria SABESP. Nas exatas palavras, grafadas em letras maiúsculas no original:

[...] permaneceu respondendo as diligências da SABESP, ATÉ O MOMENTO EM QUE LHE FOI EXIGIDO ALGO COM O QUAL NÃO PODIA SE COMPROMETER, SOB PENA DE GRAVE E IRREPARÁVEL LESÃO, BEM COMO PELA EVIDENTE ILEGALIDADE DO REFERIDO REQUERIMENTO (CADE, 2015c, p. 2610).

Analisaram-se, então, os documentos do certame licitatório. A sequência de fatos, detalhada no item específico referente à possível corrupção desse caso (vide APÊNDICE E - CASOS DE CARTEL EM LICITAÇÃO EM QUE FORAM VERIFICADOS ELEMENTOS INDICATIVOS DE CORRUPÇÃO), revela que foram feitas seguidas exigências, por parte da SABESP, à vencedora, durante um período de dois meses, entre abril a junho de 2008, até que a última exigência, formulada em 2 de junho de 2008, teria um prazo para cumprimento de 48h. No último dia do prazo, as empresas formalizaram o cartel, por meio de um contrato escrito, e a vencedora deixou transcorrer o prazo dado pela comissão da licitação sem cumprir a exigência demandada. Em menos de 48h, então, sem quaisquer exigências adicionais para a segunda colocada, a comissão de licitação eliminou a empresa ganhadora do certame e convocou a seguinte para assinar o contrato por um valor aproximadamente 26% maior do que a proposta vencedora. As declarações do representado, aliado ao procedimento *sui generis* da comissão de licitação, aqui, foram considerados indícios de prática corrupta. Percebe-se, pois, que em vários casos, a íntegra do processo administrativo teve que ser detalhadamente analisada.

Por fim, como última etapa, para fins de revisão e de validação do trabalho, foi utilizado um *software* de busca de dados em arquivos e pastas, *Copernic Desktop Search*, a fim de se procurar, nos casos analisados, palavras ou expressões que pudessem estar relacionadas a alguma relação ilícita entre agentes econômicos e agentes públicos. Foram utilizados os seguintes 10 termos: “corrupção”, “corrupto”, “propina”, “vantagem indevida”,

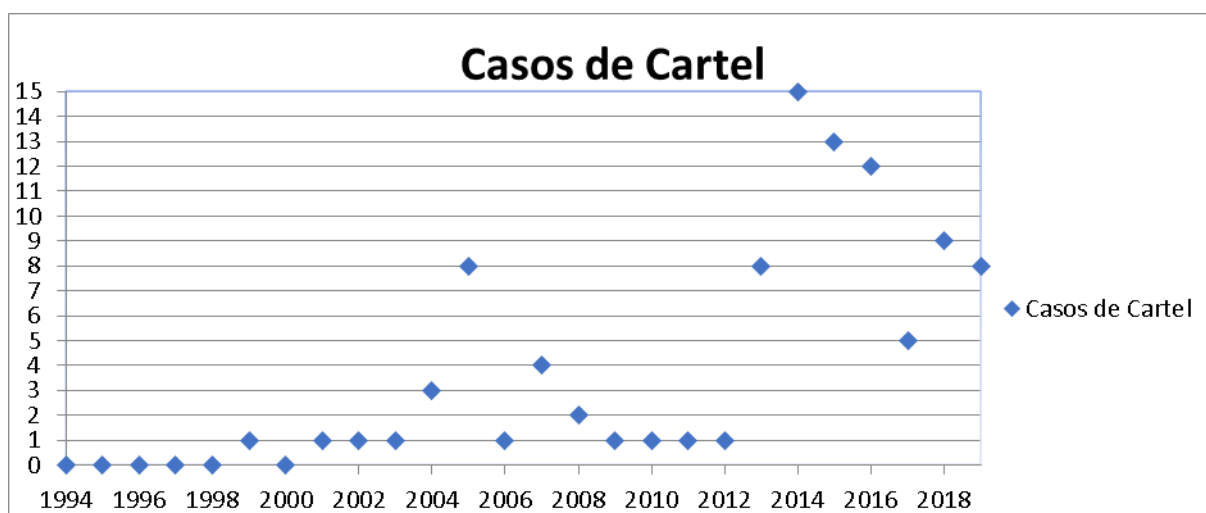
“pagamento ilícito”, “desvio”, “comissão”, “ajuda financeira”, “patrocínio” e “doação”. Os trechos de cada processo administrativo em que as expressões apareciam foram, pois, reavaliados.

As três últimas etapas descritas, referentes à análise dos processos administrativos, foram realizadas nos 96 casos de cartel identificados. E os resultados revelam uma possível relação intrínseca entre os cartéis e a corrupção, conforme passará a ser explanado a seguir.

2.2.3 Os resultados encontrados

Entre os anos de 1994 e 2019, foram identificados 96 casos de cartel condenados pelo CADE. O Gráfico 2 ilustra a dispersão de casos por ano, destacando-se o ano de 2014, que teve a maior quantidade de casos condenados, 15. É possível observar também uma preponderância de cartéis condenados a partir de 2012, ano em que entrou em vigor a Lei 12.529/2011.

Gráfico 2 - Casos de cartel



Fonte: Elaborado pelo autor

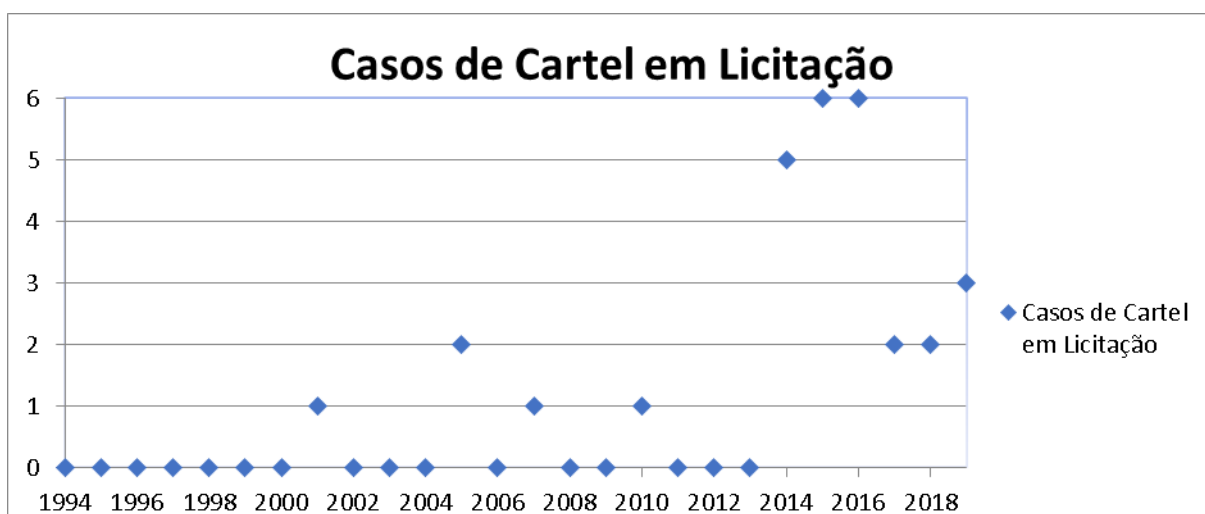
Todos os casos de cartel identificados nesta pesquisa estão discriminados no “APÊNDICE B - CASOS DE CARTEL CONDENADOS PELO CADE ENTRE 1994 – 2019, POR ORDEM CRONOLÓGICA DE JULGAMENTO”, em que constam as seguintes

informações: o número do processo administrativo, o nome do caso, o relator e a sessão de julgamento.

Entre 1994 e 2012, tempo de vigência da Lei 8.884/1994, portanto um período de aproximadamente 18 (dezoito) anos, houve 26 condenações. Por outro lado, em menos de oito anos de vigência da Lei 12.529/2011, verificaram-se 70 cartéis condenados. É uma média de 1,44 de condenações por ano, na Lei 8.884/1994, contra 8,75, na Lei 12.529/2011, o que representa um acréscimo considerável.

Entre os 96 casos de cartel identificados, 29 são ilícitos que atingiram procedimentos licitatórios, ou seja, foram condenados pelo CADE também com base no art. 21, inciso VIII, da Lei 8.884/1994, ou no art. 37, §3º, inciso I, alínea “d”, da Lei 12.529/2011, aqui denominados de cartéis em licitação. O Gráfico 3 mostra a dispersão desses casos de cartel por ano, com destaque para 2015 e 2016, que contaram com seis condenações cada.

Gráfico 3 - Casos de cartel em licitação



Fonte: Elaborado pelo autor

Esses casos de cartel em licitação estão listados no “APÊNDICE C – CASOS DE CARTEL EM LICITAÇÃO CONDENADOS PELO CADE ENTRE 1994 – 2019, POR ORDEM CRONOLÓGICA DE JULGAMENTO”. É importante mencionar ainda que, entre os 29 casos de cartel em licitação condenados, 8 são grandes casos de cartel que, circunstancialmente, também afetaram licitações. Portanto, o objeto principal de análise probatória realizada pelo CADE não foi, exatamente, as compras firmadas entre representados

e entes públicos. Assim, o quantitativo de cartéis em licitação em sentido estrito avaliados seria 21 casos, os quais estão devidamente destacados no referido APÊNDICE C.

Em quantos casos foram identificados elementos indicativos de uma possível prática de corrupção?

Dos 29 casos de cartel em licitação, 20 apresentam elementos indicativos da coexistência entre o cartel em licitação e a corrupção. Ou seja, uma ampla maioria dos casos, aproximadamente 69% deles. Analisando-se apenas os 21 casos de cartéis em licitação em sentido estrito, em 18 foram identificados elementos indicativos de corrupção, ou seja, um montante próximo de 85% dos processos⁵⁰⁴. São quantitativos consideráveis, que indicam uma elevada probabilidade de, no Brasil, o ilícito antitruste, cartel em licitação, vir acompanhado de práticas corruptas.

Ainda, foram analisados os demais 67 casos comuns de cartel, ou seja, aqueles que não são cartéis em licitação, e, neste grupo, foram identificados 10 casos que tinham elementos que indicavam a prática de corrupção relacionada ao ilícito antitruste. Ao todo, portanto, dos 96 casos estudados, 30 apresentam indícios de corrupção. Serão, portanto, estes os casos objeto de análise dos tópicos seguintes, separados em dois grupos: os casos comuns de cartel (10 processos administrativos) e os casos de cartel em licitação (20 processos administrativos) que apresentaram elementos indicativos de corrupção.

2.2.4 Os casos comuns de cartel e a corrupção

A Tabela 4 relaciona os casos comuns de cartel em que foram identificados “elementos indicativos de corrupção”, sendo listado, em cada coluna, o número do processo administrativo, o nome do caso e a data da sessão de julgamento. Estão organizados por ordem de antiguidade do julgamento, portanto do mais antigo, Cartel de Postos de Lages, decisão proferida em 2003, para o mais recente, Cartel das Placas do Detran/BA, julgado em 2019.

Tabela 4 – Casos comuns de cartel e corrupção

⁵⁰⁴ Essa contagem considera cada processo administrativo. Mas é importante chamar atenção para o fato de que existem seis processos administrativos que se referem a três casos, que são os autos nº 08012.000030/2011-50 e 08700.006551/2015-96 (*Cartel de Manutenção de Frota de Veículos no Rio de Janeiro*), os autos nº 08012.009611/2008-51 e 08700.011276/2013-60 (*Cartel das Portas Giratórias*), bem como os autos nº 08012.010932/2007-18 e 08012.001127/2010-07 (*Cartel das Mangueiras Marítimas*). Algumas pessoas físicas foram julgadas separadamente por questões processuais. Se ajustarmos os dados, considerando esses processos administrativos como casos únicos, teríamos, respectivamente, 69% e 84%.

CASOS COMUNS DE CARTEL E CORRUPÇÃO			
PROCESSO ADMINISTRATIVO		CASO	DATA E SESSÃO DE JULGAMENTO
1	08012.004036/2001-24	CARTEL DE POSTOS DE LAGES/SC	23/07/2003, 294ª Sessão
2	08012.002493/2005-16	CARTEL DOS FRIGORÍFICOS	28/11/2007, 411ª Sessão
3	08012.000283/2006-66	CARTEL DE AREIA DO RIO JACUÍ/RS	17/12/2008, 436ª Sessão
4	08012.001003/2000-41	CARTEL DOS POSTOS DE LONDRINA/PR	06/03/2013, 17ª Sessão
5	08012.003745/2010-83	CARTEL NO MERCADO DE DIREITOS AUTORAIS	20/03/2013, 18ª Sessão
6	08012.011668/2007-30	CARTEL DOS POSTOS DE LONDRINA/PR II	23/10/2013, 31ª Sessão
7	08012.006764/2010-61	CARTEL DAS PLACAS DETRAN/BA	11/02/2015, 58ª Sessão
8	08012.002568/2005-51	CARTEL DE REVENDA DE GLP (PA)	07/12/2016, 96ª Sessão
9	08700.002632/2015-17	CARTEL DAS PLACAS DO DETRAN/BA II	05/12/2018, 135ª Sessão
10	08700.001729/2017-74	CARTEL DAS PLACAS DO DETRAN/BA III	13/02/2019, 137ª Sessão

Fonte: Elaborada pelo autor

Esses casos estão detalhados no “APÊNDICE D – CASOS COMUNS DE CARTEL FORAM VERIFICADOS ELEMENTOS INDICATIVOS DE CORRUPÇÃO”, em tabelas elaboradas pelo autor que identificam (i) o processo administrativo, (ii) o representante, (iii) o relator, (iv) a data de instauração (iv.1) da averiguação preliminar ou do inquérito e (iv.2) do processo administrativo, (v) o mercado relevante, (vi) o resumo do caso, (vii) o resumo da decisão, (viii) o padrão probatório utilizado para condenação, (ix) a data e a sessão de julgamento e, quanto à (x) corrupção, (x.1) os elementos que indicam sua possível existência e (x.2) se foi dado algum encaminhamento pelo CADE.

O ramo de atividade que apresenta recorde de condenações em cartel pelo CADE é o de postos de combustíveis⁵⁰⁵. Semelhantemente ao Cartel dos Postos de Florianópolis/SC⁵⁰⁶, primeiro caso condenado pelo CADE com base em provas produzidas na esfera judicial criminal e compartilhadas com a autoridade de defesa da concorrência, o Ministério Público de Santa Catarina, por meio do promotor de Justiça Andrey Cunha

⁵⁰⁵ Foram 12 casos condenados, dentre os 96 identificados: Cartel dos Postos de Florianópolis/SC, Cartel dos Postos de Lages/SC, Cartel dos Postos do Distrito Federal, Cartel dos Postos de Guaporé/RS, Cartel dos Postos de Londrina/PR, Cartel dos Postos de Caxias do Sul/RS, Cartel dos Postos de Santa Maria/RS, Cartes dos Postos de Londrina/PR II, Cartel dos Postos de Bauru/SP, Cartel dos Postos do Espírito Santo, Cartel dos Postos de São Luiz/MA e Cartel dos Postos de Belo Horizonte/MG, todos mencionados no APÊNDICE B – CASOS CONDENADOS PELO CADE ENTRE 1994 e 2019, POR ORDEM CRONOLÓGICA DE JULGAMENTO.

⁵⁰⁶ Processo administrativo nº 08012.002299/2000-18, julgado em 27/03/2002, na 240ª Sessão Ordinária de Julgamento.

Amorim, remeteu ao SBDC documentação que indicava a prática de cartel no mercado de revenda de combustíveis da cidade de Lages, sendo instaurado o processo administrativo nº 08012.004036/2001-24⁵⁰⁷. Entre as provas enviadas, estavam interceptações de conversas telefônicas realizadas entre os membros do cartel.

Em uma dessas conversas, um empresário que exercia posição de liderança no grupo, falava com outro participante do cartel sobre um fiscal “corrupto”, possivelmente da Agência Nacional de Petróleo (ANP). A agência realiza fiscalização no mercado, por meio de servidores designados, para, entre vários itens, verificar a segurança na atividade e a qualidade dos combustíveis. O diálogo deu-se da seguinte forma:

Interlocutor 01: O fiscal tá na cidade / **Interlocutor 02:** Tá, mais o que tem isso? / **Interlocutor 01:** E do NP / **Interlocutor 02:** Ah, mais é o corrupto? / **Interlocutor 01:** Há? / **Interlocutor 02:** É o corrupto? / **Interlocutor 01:** Não sei não, é o velho, é ôtro. / **Interlocutor 02:** É ôtro cara? / **Interlocutor 01:** É ôtro cara já, não é o nosso amigo não (CADE, 2003, p. 1652-1653).

Não é possível identificar exatamente quem seria o fiscal referido na conversa, entretanto, tanto pela utilização expressa do termo “corrupto”, quanto pela referência a “nosso amigo”, depreende-se a possível prática de corrupção relacionada à proteção dos empresários em face de órgão de fiscalização, no caso a ANP.

O segundo caso de cartel em que também foram identificados elementos indicativos de corrupção é bem conhecido no Direito Antitruste brasileiro, por ser um dos primeiros em que foi firmado TCC em cartel⁵⁰⁸. Trata-se do Cartel de Frigoríficos, processo administrativo nº 08012.002493/2005-16⁵⁰⁹. Era, na verdade, um cartel de compras, pois, segundo apurado pela SDE, após representação da Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA), os frigoríficos se organizavam com a finalidade de estabelecer preços e parâmetros para a aquisição de gado bovino para abate. Nesse caso, a própria SDE, em nota

⁵⁰⁷ Julgado em 23/07/2003, na 294ª Sessão Ordinária.

⁵⁰⁸ No caso, o TCC foi firmado, em 28 de novembro de 2007, por uma pessoa jurídica e seus representantes legais envolvidos no Cartel dos Frigoríficos. Data também de novembro de 2007 o primeiro TCC firmado em cartel, no bojo do processo administrativo nº 08012.011142/2006-79, Cartel do Cimento. Vale lembrar que a Lei 8.884/1994, mais especificamente o seu art. 53, o qual disciplinava a matéria, na sua redação originária, nada falava sobre a possibilidade ou não de assinatura desse tipo de compromisso em casos de cartel. Não tardou para o legislador, diante do silêncio, prescrever que TCCs em casos de cartéis eram vedados. A Lei 10.149/2000 (atentar que é o mesmo diploma legal que inseriu a leniência antitruste no ordenamento jurídico brasileiro), a qual decorreu da conversão da Medida Provisória nº 2.055-4 de 2000, acresceu o parágrafo 5º ao art. 53, o qual dispunha que “o disposto neste artigo não se aplica às infrações à ordem econômica relacionadas ou decorrentes das condutas previstas nos incisos I, II, III e VIII do art. 21 desta Lei”, que era justamente a tipificação legal para os cartéis à época. Em 2007, a Lei 11.482 novamente alterou a redação do dispositivo, dessa vez para expressamente possibilitar a assinatura de TCCs em cartéis.

⁵⁰⁹ Julgado em 28/11/2007, na 411ª Sessão Ordinária.

técnica, menciona práticas corruptas relacionadas ao cartel, ao se referir a documentos encaminhados pelo Ministério Público Federal no Mato Grosso, nos seguintes termos:

Por meio da análise dos documentos encaminhados pelo Ministério Público foi possível constatar que, em grande parte, os documentos versam sobre denúncias de delitos e infrações que não estão contidas nas competências investigatórias desta Secretaria. Apenas a título exemplificativo, podemos citar denúncias de (i) fraude na emissão de SIF (Serviço de Inspeção Federal); (ii) corrupção passiva, ativa e improbidade administrativa na Unidade de Gerenciamento dos Fundos de Investimentos - UGFIN; e (iii) fraude em liberação de recursos do BNDES. Consta dos documentos, ademais, questões exclusivamente de lide privada relativas ao arrendamento, por parte da Friboi, de instalações da Frigoara. 8. Contudo, observou-se também que as cópias encaminhadas pelo Ministério Público contêm documentos que tratam de um suposto cartel formado entre empresas frigoríficas de abate de gado bovino (CADE, 2007b, p. 2643).

Destaca-se, no trecho, o fato de a SDE reiterar o posicionamento institucional de que corrupção não está contida nas competências investigatórias da Secretaria, bem como que os ilícitos correlatos estão relacionados a atividades de fiscalização e de obtenção de crédito subsidiado, oportunidades corriqueiras já identificadas pela doutrina para o pagamento de propina entre empresários e agentes públicos⁵¹⁰. Além disso, consta nos autos documento da Câmara dos Deputados, de autoria do Deputado Ernandes Amorim, datado de 10 de dezembro de 2008, que propunha, à Comissão de Fiscalização e Controle da Câmara, realizar apuração sobre os recursos do BNDES destinados ao financiamento de frigoríficos. O documento faz menção à *Operação Santa Tereza* promovida na Justiça Federal, que revelou “quadrilha que cobrava propina para intermediar empréstimos junto ao BNDES” (CADE, 2007b, p. 5655).

O terceiro caso geral de cartel em que indícios de corrupção foram encontrados é o Cartel de Areia do Rio Jacuí/RS⁵¹¹. As provas foram remetidas para o CADE pelo procurador da República Felipe Souza, que conduzia investigação criminal relativa a diversos crimes, tais como corrupção, ativa e passiva, formação de quadrilha, cartel e sonegação fiscal. As pessoas jurídicas que detinham direito de exploração mineral de areia no Rio Jacuí terceirizavam a extração e cobravam preços uniformes daqueles que, efetivamente, realizavam o serviço. Houve, inclusive, a contratação de uma empresa de consultoria para auxiliar na formação do cartel, por meio da realização de um estudo de paridade de preços. Segundo relatos de testemunhas, autoridades municipais atuavam para dar proteção aos

⁵¹⁰ Vide item 1.2, “A probidade e a corrupção nos mercados”.

⁵¹¹ Processo administrativo nº 08012.000283/2006-66, julgado em 17/12/2008, na 436ª Sessão Ordinária.

membros do cartel, de forma que mantivessem a exclusividade nas atividades de exploração (CADE, 2008c, p. 1456-1457).

O quarto e o sexto casos merecem ser analisados em conjunto, pois se referem a práticas de cartel em um mesmo mercado relevante, qual seja o de revenda de combustíveis na cidade de Londrina, estado do Paraná, e em municípios próximos, diferenciando-se quanto ao lapso temporal da conduta e o envolvimento de um ou outro representado diferente. O processo administrativo nº 08012.001003/2000-41, primeiro a ser julgado, foi iniciado por representação do Ministério Público do estado do Paraná, promotor Hélio de Oliveira Cardoso, enquanto o processo administrativo nº 08012.011668/2007-30 foi instaurado a partir de representação da Polícia Civil, delegado Marcos Vinícius Michelotto⁵¹². Em ambos há elementos indicativos de corrupção.

Nos autos do caso do Cartel dos Postos Londrina/PR, consta ofício do Ministério Público Federal do Paraná, enviado à Polícia Federal, que, ao analisar interceptações telefônicas da investigação criminal, expõe:

Há fortes indícios, ainda, de corrupção ativa por parte de determinados revendedores, cuja confirmação exigirá intensa ação desse Órgão. As informações dão conta de que determinados agentes da ANP (um deles conhecido como "R."), quando se dirigem à cidade para fins de fiscalização, revelam com antecedência suas ações, mediante propina, evitando o flagrante de postos que revendem combustível adulterado, o que explica porque há tantas denúncias de consumidores e quase nenhuma infração por parte da ANP. E a mesma situação estaria ocorrendo com fiscais do PROCON (CADE, 2013a, p. 1168).

E o estudo do caso Cartel dos Postos Londrina/PR II também indica que as práticas persistiram no mercado, tanto que a investigação criminal que deu origem ao segundo caso visava apurar, entre outros delitos, também o crime de corrupção, conforme se depreende de cópia de decisão de *habeas corpus* constante nos autos (CADE, 2013c, p. 379-388).

O quinto caso é emblemático, pois nele foi debatido, pelo CADE, o modelo brasileiro de arrecadação e distribuição de direitos autorais por meio de órgão privado de arrecadação formado por sete associações de músicos⁵¹³. Em síntese, as associações foram acusadas de fixar conjuntamente os valores referentes aos direitos de execução pública de obras musicais, lítero-musicais e fonogramas, bem como de criarem barreiras à entrada para impedir ou dificultar a constituição de novas associações. A par da discussão se, no caso,

⁵¹² Julgados, respectivamente, em 06/03/2013, na 17ª Sessão Ordinária, e em 23/10/2013, na 31ª Sessão Ordinária.

⁵¹³ Processo administrativo nº 08012.003745/2010-83, julgado em 20/03/2013, na 18ª Sessão Ordinária.

haveria abuso de posição de dominante, por conta da configuração jurídica do órgão central⁵¹⁴, ECAD, ou cartel, entendimento que prevaleceu, foram identificados elementos indicativos de corrupção.

Consta nos autos extenso relatório final de Comissão Parlamentar de Inquérito, presidida pelo Senador Randolfe Rodrigues, que tinha por objetivo apurar, justamente, irregularidades praticadas pelo órgão central referido (CADE, 2013b, p. 5561-5954). Nele há referências a práticas de corrupção diversas, a maioria relativa a desvios privados dentro do próprio órgão central de arrecadação, mas em uma das sessões, por exemplo, menciona-se expressamente o possível pagamento de propina a policiais para ajudar em fiscalizações⁵¹⁵.

O oitavo caso se refere ao Cartel de Revenda de GLP no Pará⁵¹⁶. Constam nos autos algumas gravações de conversas entre representantes dos distribuidores. Em uma dessas conversas, possivelmente realizada em 12/07/2004, o assunto abordado foi, justamente, a corrupção praticada por agentes públicos responsáveis por fiscalizar o mercado. Depreende-se do diálogo não apenas que o pagamento de propina seria comum em diversos órgãos da Administração que exercem Poder de Polícia sobre o mercado de GLP no Pará, mas também que o próprio sindicato dos distribuidores estimularia o pagamento de propina como uma forma de os agentes econômicos diminuírem ou se livrarem das multas aplicadas⁵¹⁷.

⁵¹⁴ O Conselheiro Marcos Paulo, acompanhado pela conselheira Ana Frazão, abriu divergência, reclassificando parte da conduta como abuso de posição dominante (e não cartel), haja vista a configuração jurídica do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD (CADE, 2013b, p. 6803-6819). Nesse ponto, restaram vencidos. Participaram dos julgamentos os conselheiros Ricardo Machado Ruiz, Alessandro Octaviani, Elvino de Carvalho Mendonça, Marcos Paulo Veríssimo, Eduardo Pontual Ribeiro e Ana Frazão.

⁵¹⁵ O Senador Papaléo Paes, do PSDB do Amapá, no decorrer de uma das sessões da CPI, menciona: “[...] ele, para mim, é uma organização muito antipática, porque lá no Amapá, há vinte anos atrás, trinta anos atrás, eles fechavam Casas de Shows, diversas. Tinha uma senhora que era representante lá, que eu não vou aqui falar o nome, mas ela chegava com Poder de Polícia mesmo. Eu não sei se ela estava uma propinazinha ali para um policial, um ou dois, chegavam lá para fechar e fecharam várias Casas de Shows, várias mesmo. Então por isso há se tornou antipatizada. Eu tenho essa imagem assim de unia organização que pode ser muito organizada como instituição, mas é muito desorganizada no sentido de distribuir o que arrecada e até de maneira incorreta arrecadar o que não deveria arrecadar” (CADE, 2013b, p. 4316).

⁵¹⁶ Processo administrativo nº 08012.002568/2005-51, julgado em 07/12/2016, na 96ª Sessão Ordinária.

⁵¹⁷ Assim, vide o seguinte trecho de conversa registrada entre representantes de distribuidoras ocorrida em 12/07/2004: “F. ---de graça há (...) Uma semana e quinze dias não dá vinte. A gente é obrigado a cobrir o que tem [...]; R. --- Mas, sabe o que acontece também? Eu fiquei sabendo, mas só que por outro lado, o revendedor dele fica muito prejudicado. Porque eu vou te dizer assim. Porque as multas que eles queriam lançar eram absurdas [...] Uma multa de 40 mil. [...] Volta aquela história, a corrupção. O cara vai lá, pó, R\$20 mil numa multa, o cara diz assim: vai me quebrar. Aí, o próprio sindicato vai dizer assim: não, dá uma força pro cara e libera. Paga lá o cara [...] M. ---- [...] Mesmo assim, vamos supor que seja 20 mil, aí morri em 5 mil, aí tem a segunda, mais 5 mil, mais a terceira, 5 mil e aí? Não dá, o cara quebra. F. ---- [...] Tem que ser numa porrada só [...] Botou clandestino, cadeia. Pega algum pra ver se aparece alguém mais pra botar. [...]R. ---- O problema é que não tem a integração pra fiscalização. Se você pegar a ANP, a ANP são dois caras. A não ser que fizesse um, se pegasse o governo do Estado. Pegasse junto com a polícia militar, polícia civil [...], corpo de bombeiros [...] M. --- O bombeiro é tão corrupto quanto... R. ---- Todos são” (CADE, 2016g, p. 1449).

Por fim, tem-se o caso do Cartel de Placas do Detran/BA. Os três processos administrativos aqui mencionados (sétimo, nono e décimo casos⁵¹⁸) se referem à mesma conduta, com identidade de tempo e de lugar. É que, no decorrer do primeiro julgamento, verificou-se que uma pessoa jurídica e seus administradores, bem como pessoas físicas administradores dos representados tinham ficado de fora da apuração, daí a instauração dos novos casos. É um cartel emblemático, pois a atuação do órgão público, apresentado por alguns de seus servidores, foi essencial para o sucesso da conduta.

Empresas que fabricavam placas de carros, organizadas pela sua associação, instalaram um escritório de venda de placas dentro do órgão público, de maneira que os proprietários de veículos, quando se dirigiam ao Detran em Salvador, na Bahia, para resolver alguma pendência relacionada ao emplacamento, já eram encaminhados para o posto da associação para fabricação da placa. As investigações apontaram também que, na prática, entre as 14 empresas filiadas à associação, apenas uma, de fato, produzia a placa, enquanto as 13 estantes tão somente emitiam notas fiscais.

Os fatos foram investigados pela Procuradoria-Geral do Estado da Bahia, no órgão de “combate a atos de corrupção e Improbidade Administrativa”. A complacência do Detran/BA para com o sindicato, indício de corrupção, não passou despercebido pela Promotora de Justiça que promoveu reunião entre os representantes do sindicato e os dirigentes do órgão público, para tratar do problema das placas⁵¹⁹:

A Promotora de Justiça asseverou que, no que concerne à corrupção no DETRAN, não se está falando necessariamente de corrupção entre altos dirigentes como diretores, mas de corrupção como prática reiterada nos procedimentos cotidianos do ente público. Acrescentou que a nova regulamentação jurídica, com a nova portaria, é importantíssima (CADE, 2015a, p. 886).

Os próprios servidores do Detran/BA encaminhavam o cidadão para adquirir as placas com o cartel, conforme se depreende do seguinte trecho do voto condutor:

⁵¹⁸ Processos administrativos nº 08012.006764/2010-61, 08700.002632/2015-17 e 08700.001729/2017-74, julgados, respectivamente, em 11/02/2015, na 58ª Sessão, em 05/12/2018, na 135ª Sessão e, finalmente, em 13/02/2019, na 137ª Sessão Ordinária.

⁵¹⁹ O próprio Detran/BA assinou Termo de Ajustamento de Conduta – TAC nº 38/2011-PJC com o Ministério Público, para que ele extinguisse o então vigente sistema de vendas de placas por meio da Central de Placas em suas dependências (CADE, 2015a, p. 1537-1539).

Outro elemento relevante é apontado no depoimento do Sr. C. E. F., sócio-gerente da S. P., prestado no âmbito da Sindicância instaurada pelo DETRAN/BA em 2007. Sobre o procedimento adotado para comercialização de placas, informou o depoente que o usuário deveria ‘se dirigir ao DETRAN no setor de confecções de placas de posse da autorização, após efetuar o pagamento no Box da Associação dos fornecedores credenciados’ e, posteriormente, encaminhar-se ao contêiner da Associação já mencionada, entregando o documento e aguardando a confecção das placas (fls. 396/401). Depreende-se, portanto, do depoimento prestado, que o próprio DETRAN direcionava o usuário para adquirir a placa junto à Associação, que mantinha um escritório dentro do órgão público. O DETRAN tinha, desta forma, papel crucial na execução do sistema instituído pela Associação, uma vez que o usuário era influenciado de modo determinante pela autarquia (CADE, 2015a, p. 2616).

Não há, neste caso, testemunhas, relato de pagamento de propinas, identificação de servidor público ou quaisquer outros elementos probatórios mais concretos que permitam concluir, peremptoriamente, que houve corrupção. Entretanto, a premissa de um possível acordo ilícito entre agentes econômicos e agentes públicos foi adotada por todos que lidaram com os fatos: Procuradoria-Geral do Estado, Ministério Público local e, de maneira indireta, o CADE, ao frisar, no voto conduto, o “papel crucial”, na execução da prática antitruste, do Detran/BA.

Embora seja relevante essa breve análise dos casos gerais de cartel e dos elementos indicativos de corrupção neles encontrados, são os cartéis em licitação, segundo revelou a pesquisa, que melhor propiciam o encontro entre o ilícito concorrencial e a improbidade administrativa, conforme se estudará a seguir.

2.2.5 Os casos de cartel em licitação e a corrupção

Semelhantemente ao início do tópico anterior, aqui também serão elencados, em tabela, os casos de cartel em licitação nos quais foram identificados elementos indicativos de corrupção. Da mesma forma, estão listados, em cada coluna, o número do processo administrativo, o nome do caso e a data da sessão de julgamento. Novamente os casos foram organizados por ordem de antiguidade do julgamento, portanto do mais antigo, Cartel em Licitação na Petrobras, decisão proferida em 2001, para o mais recente, Cartel do Metrô, julgado em 2019.

Tabela 5 - Casos de cartel em licitação e corrupção

CASOS DE CARTEL EM LICITAÇÃO E CORRUPÇÃO			
PROCESSO ADMINISTRATIVO		CASO	DATA E SESSÃO DE JULGAMENTO
1	08012.009118/1998-26	CARTEL EM LICITAÇÃO NA PETROBRAS	27/06/2001, 214 ^a Sessão
2	08012.006989/1997-43	CARTEL DAS EMPRESAS DE ÔNIBUS DO RIO DE JANEIRO	15/06/2005, 350 ^a Sessão
3	08012.001826/2003-10	CARTEL DOS VIGILANTES	19/09/2007, 406 ^a Sessão
4	08012.009888/2003-70	CARTEL DOS GASES	01/09/2010, 474 ^a Sessão
5	08012.011853/2008-13	CARTEL DO LIXO DE PREFEITURAS DO RIO GRANDE DO SUL	05/02/2014, 37 ^a Sessão
6	08012.010362/2007-66	CARTEL NO MERCADO DE CARGAS AÉREAS	19/02/2014, 38 ^a Sessão
7	08012.009611/2008-51	CARTEL DE PORTAS GIRATÓRIAS	10/12/2014, 56 ^a Sessão
8	08012.006199/2009-07	CARTEL DOS MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO (PREFEITURA DE LAGES/SC)	10/12/2014, 56 ^a Sessão
9	08012.008184/2011-90	CARTEL DE EMPRESAS DE TRÂNSITO EM JAHU/SP	08/04/2015, 62 ^a Sessão
10	08012.009885/2009-21	CARTEL DE CONSTRUTORAS EM LICITAÇÃO DA SABESP/SP	08/04/2015, 62 ^a Sessão
11	08012.001273/2010-24	CARTEL NO MERCADO DE AQUECEDORES SOLARES	16/09/2015, 73 ^a Sessão
12	08700.011276/2013-60	CARTEL DE PORTAS GIRATÓRIAS II	11/11/2015, 75 ^a Sessão
13	08012.000030/2011-50	CARTEL NA MANUTENÇÃO DE FROTA DE VEÍCULOS NO RIO DE JANEIRO	09/12/2015, 77 ^a Sessão
14	08012.008821/2008-22	CARTEL DE INSUMOS PARA MEDICAMENTOS RETROVIRAIS	20/01/2016, 78 ^a Sessão
15	08012.008850/2008-94	CARTEL DE LAVANDERIAS NO RIO DE JANEIRO	03/02/2016, 79 ^a Sessão
16	08012.003321/2004-71	CARTEL DOS LABORATÓRIOS DE HEMODERIVADOS	13/04/2016, 83 ^a Sessão
17	08700.006551/2015-96	CARTEL NA MANUTENÇÃO DE FROTA DE VEÍCULOS NO RIO DE JANEIRO II	18/10/2016, 93 ^a Sessão
18	08012.009382/2010-90	CARTEL DE OBRAS PÚBLICAS NO PR – APEOP	07/06/2017, 106 ^a Sessão
19	08012.006130/2006-22	CARTEL DE MANUTENÇÃO PREDIAL	16/08/2017, 109 ^a Sessão
20	08700.004617/2013-41	CARTEL DO METRÔ	08/07/2019, 146 ^a Sessão

Fonte: Elaborada pelo autor

Esses casos estão detalhados no “APÊNDICE E – CASOS DE CARTEL EM LICITAÇÃO EM QUE FORAM VERIFICADOS ELEMENTOS INDICATIVOS DE CORRUPÇÃO”, em tabelas elaboradas pelo autor que identificam (i) o processo administrativo, (ii) o representante, (iii) o relator, (iv) a data de instauração (iv.1) da

averiguação preliminar ou do inquérito e (iv.2) do processo administrativo, (v) o mercado relevante, (vi) o resumo do caso, (vii) o resumo da decisão, (viii) o padrão probatório utilizado para condenação, (ix) a data e a sessão de julgamento e, quanto à (x) corrupção, (x.1) os elementos que indicam sua possível existência e (x.2) se foi dado algum encaminhamento pelo CADE.

Para fins meramente de organização da apresentação dos casos, eles estão divididos em diferentes subitens, sendo um referente à vigência da Lei 8.884/1994, período no qual, em 04 (quatro) dos casos de cartéis em licitação condenados, foram identificados elementos indicativos da coexistência da prática de corrupção, e outros dois relativos à Lei 12.529/2011. Em razão da quantidade do número de casos, 16 (dezesseis) ao todo no período da Lei 12.529/2011, a apresentação está dividida em dois lapsos temporais aproximadamente⁵²⁰ equânimes, que são entre os anos de 2012 e 2015 e entre 2016 e 2019. Todos serão debatidos conforme a ordem cronológica de julgamento.

2.2.5.1 Casos na vigência da Lei 8.884/1994

Os primeiros casos de cartel em licitação condenados pelo CADE foram resultados, em grande parte, do trabalho de jornalistas.

Em 27 de junho de 2001, na 214ª sessão ordinária de julgamento, o CADE, no processo administrativo nº 08012.009118/1998-26, condenava duas pessoas jurídicas, Eisa e Marítima, por cartel em licitação promovida pela diretoria internacional da Petrobras para construção, reforma e reparo de estaleiro localizado em alto-mar (ramo *off shore*), obra orçada em cerca de 33 milhões de dólares em valores históricos. Foi o jornalista Ricardo Boechat quem publicou notícia no jornal *O Globo*, de 12 de novembro de 1998, com base em *Instrumento Particular de Transação Comercial*, ao qual teve acesso. Nesse documento, assinado em 17 de fevereiro de 1997, um dia antes do certame licitatório, as sociedades empresárias acertavam uma cooperação para o cumprimento do objeto contratual, embora únicas concorrentes do certame, bem como uma indenização recíproca de até 1 milhão de dólares, a depender do resultado. A notícia jornalística fez com que a própria Petrobras representasse ao SBDC para apuração da infração (CADE, 2001, p. 2-6).

A análise do material probatório, hoje, revela algumas informações interessantes. Uma Comissão de Sindicância foi instaurada pela Petrobras em 13 de novembro de 1998, portanto um dia depois da publicação da matéria jornalística. A conclusão dessa sindicância

⁵²⁰ Considerada da data de entrada em vigor da Lei 12.529/2011, que foi em 29 de maio de 2012.

foi, de forma peremptória, no sentido de que não houve problemas na contratação (CADE, 2001, p. 106-110). Consta no referido documento, em destaque: “não houve nenhuma irregularidade na contratação da reforma da Plataforma PX” e “houve precipitação da imprensa na abordagem do assunto e total desconhecimento dos fatos por aquele que fez a denúncia sigilosa ao TCU” (CADE, 2001, p. 109). Ocorre que essa decisão se deu apenas 13 dias após a instauração da Comissão, e a instrução, conforme se depreende do relatório, resumiu-se à oitiva das empresas envolvidas e da Comissão de Licitação.

A veemência com que a Comissão de Sindicância refuta as irregularidades pode ser contrastada com a análise preliminar realizada pelo Ministério Público junto ao TCU acerca da referida contratação, Processo nº TC - 928.097/1998-6. O membro do Ministério Público constatou algumas irregularidades no procedimento, como, por exemplo, a habilitação de concorrentes que não preenchiam os critérios de qualificação econômico-financeiro do edital e a classificação e adjudicação de proposta com preço superior à estimativa da própria empresa (CADE, 2001, p. 1746). Quando do julgamento do CADE, o TCU ainda não havia decidido definitivamente o referido processo⁵²¹. Mas as suspeitas de irregularidades fizeram com que o Tribunal suspendesse outra contratação que seria realizada pela Petrobras, nesse caso, para construção de navios petroleiros, em sessão realizada em 6 de dezembro 2000.

O relator, para tanto, considerou a falta de objetividade dos dispositivos do regulamento da Petrobras que dispõem acerca dos procedimentos licitatórios, pois não estabeleciam à época parâmetros econômicos para cada tipo de modalidade de licitação. Neste novo caso, apesar dos valores milionários envolvidos, a modalidade utilizada foi a mais simples, o convite. Além disso, chamou atenção o fato de, apesar de haver condições para uma competitividade internacional, ter sido restringido o certame a apenas empresas brasileiras⁵²². Em síntese, aparentemente, empresas que realizaram um conluio em contratação

⁵²¹ O TCU decidiu o caso em 3 de outubro de 2001. Afastou a aplicação de multas e arquivou os autos, embora tenha confirmado a existência de algumas irregularidades no procedimento. Foram feitas recomendações a Petrobras, com destaque para: “8.2.1 - somente promova habilitações de empresas em processos licitatórios caso atendidos os princípios do julgamento objetivo e da vinculação ao instrumento convocatório, de acordo com os critérios impessoais preestabelecidos nos respectivos editais” (TCU, 2001).

⁵²² Seguem suas considerações: “32. O regulamento da Petrobras, apesar de prever a existência das 5 (cinco) modalidades clássicas de licitação - concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão -, não fixa parâmetros econômicos para a definição da modalidade aplicável a cada caso, mas estabelece outros critérios, inscritos no item 333, letras ‘a’ a ‘i’, verbis: [...] 33. Os referidos dispositivos, por sua pouca objetividade, aliada à inexistência de previsão de valores limites para cada uma das modalidades, parecem conferir exagerada discricionariedade ao Administrador no tocante à escolha da modalidade licitatória em cada caso. Ainda que não se pretenda adentrar a esse mérito no presente processo, o fato é que, a não ser que se apague tudo que já foi escrito sobre o tema, sob nenhum critério de avaliação, a construção de 4 (quatro) navios petroleiros, ou mesmo de 1 só, pode ser considerada contratação de pequena monta, de menor expressão ou de baixo risco. 34. A adoção da modalidade convite na licitação em andamento fere, também, a meu ver, o próprio Regulamento da Petrobras, por não permitir a ‘participação ampla dos detentores da capacitação, especialidade ou conhecimento

da estatal em 1997 poderiam estar sendo indevidamente beneficiadas em uma nova contratação em 2000.

Somem-se a esses elementos as descobertas da operação Lava Jato⁵²³, a qual, conforme já mencionado, revelou esquema de corrupção na Petrobras que envolvia agentes políticos, públicos, empresários e operadores financeiros, justamente com o *modus operandi* que reúne cartéis em licitação e corrupção a agentes públicos. Esses fatos, em conjunto, foram considerados nesta pesquisa indicativos de práticas de corrupção no presente caso, embora, registre-se, não há nos autos qualquer referência direta ao pagamento de propina a servidores públicos.

Semelhantemente ao caso de cartel supracitado, o Cartel das Empresas de Ônibus do Rio Janeiro, processo administrativo nº 08012.006989/1997-43, veio à luz por conta de matéria do Jornal do Brasil, publicada em 25 de outubro de 1997, na qual era mencionado um “termo de compromisso” firmado por oito empresas, que se organizaram para concorrer a três licitações de linhas de ônibus da cidade. Nesse documento, os agentes econômicos estabeleciam, entre outros pontos, quem ia concorrer em cada procedimento, bem como definiam os valores que seriam ofertados no certame, além da própria forma de pagamento (CADE, 2005a, p. 1-13).

A disposição acerca da forma de pagamento causa alguma estranheza, uma vez que, em regra, é determinada pelo ente público licitante. Ocorre que, além disso, o “termo de compromisso” foi firmado em documento timbrado da própria prefeitura do Rio de Janeiro. Ainda, funcionários vinculados ao município, quando da publicação da matéria jornalística e

pretendidos’ (item 333, letra ‘b’, acima grifado). Mesmo supondo que todos os estaleiros brasileiros que estejam aptos a construir os navios tenham sido convidados a participar da licitação, esta, por sua magnitude, pode não se limitar ao território nacional, mas admitir a participação de construtores de todo o mundo, de forma a propiciar o melhor negócio possível para a Transpetro. [...] 37. Ora, se há condições de competitividade internacional para os estaleiros brasileiros, não há motivos para que esses sejam privilegiados pela realização de uma licitação a eles restrita” (CADE, 2001, p. 1759-1760). Registre-se que, após a cautelar do TCU, a Petrobras alterou o procedimento para uma concorrência (TCU, 2001).

⁵²³ Possíveis relações ilícitas entre a Marítima, empresa que ganhou esse certame licitatório, e o então presidente da Petrobras à época, J. R., são mencionadas pela jornalista Malu Gaspar no livro *A Organização: a Odebrecht e o esquema de corrupção que chocou o mundo*, na seguinte passagem: “FHC, de fato, não gostava de R., que tinha herdado do governo Itamar, a pedido de ACM. Conhecia as histórias dos contratos de 2 bilhões de dólares que R. entregara à Marítima, quase quebrada e sem experiência na construção de plataformas. A empresa pegou o dinheiro, não entregou todos os equipamentos e ainda fez a Petrobras gastar mais 250 milhões de dólares só com a conclusão das obras de três embarcações. Ainda assim, R. só caiu em março de 1999. Alguns colunistas ironizaram a demora. Ao desabafar em seu diário, um indignado FHC acabou confirmando a força política do subordinado: ‘A explicação do por que agora é: porque foi necessário primeiro passar a lei da exploração do petróleo, tínhamos que aprovar a MP, assim como tínhamos que fazer um novo estatuto, e não queríamos provocar uma briga imensa na Petrobras’. O próprio presidente dizia nas conversas de pé de ouvido: ‘se eu tirasse de lá, o PFL criaria uma crise’ (GASPAR, 2020, p. 123).

do descobrimento do conluio entre as empresas, realizaram enfática defesa dos membros do cartel. Assim, consta nos autos que o consultor em transportes da prefeitura à época:

[...] teria negado que o documento configure cartel, utilizando o seguinte argumento: “Se você tem 40 empresas no Rio e oito assinam, não é cartel. Ele existe quando se pode abaixar o preço e destruir os outros. Estas empresas não respondem nem por 30% do mercado”. Ao final o mesmo consultor teria feito a seguinte assertiva: “Esta vai ser mais uma das denúncias investigadas pela SDE e que não vão dar em nada. Não há nada de errado com os empresários de ônibus no Rio de Janeiro” (CADE, 2005a, p. 5).

O processo administrativo seguinte de cartel em licitação em que foram identificados elementos indicativos de corrupção é o caso do Cartel de Vigilantes, processo administrativo nº 08012.001826/2003-10, conhecido no SBDC por ter sido o primeiro em que foi firmada leniência antitruste⁵²⁴. Segundo se depreende dos autos, as empresas de segurança privada se organizavam para fraudar as licitações de órgãos públicos no Rio Grande do Sul pelo menos desde 1990. Há diversos trechos em que possíveis práticas corruptas relacionadas ao cartel são mencionadas.

Por exemplo, representantes da empresa signatária da leniência afirmaram que “existe corrupção na Prefeitura de Rio Grande” e que “a denúncia feita anteriormente ao MP impediu sua inclusão na concorrência” (CADE, 2007a, p. 156). O ex-presidente da associação respectiva, em seu depoimento para o Ministério Público Estadual, afirmou que “esse ramo é enojante, tamanha a corrupção” (CADE, 2007a, p. 4108). A própria SDE, em ofício encaminhado para a Polícia Federal, reconheceu que “ao menos em tese, segundo literatura sobre o tema, é comum que as empresas de um cartel se valham da corrupção de órgãos públicos para perseguir a empresa que não cumpre ou atrapalha o acordo ilícito firmado entre elas” (CADE, 2007a, p. 4275). Por fim, a decisão do CADE, cita:

Nessas reuniões, também eram decididos casos especiais, como a definição de subornos a servidores públicos encarregados da elaboração do edital ou a criação da exigência de certidões negativas das empresas junto ao Sindicato para participar de Licitações (CADE, 2007a, p. 8679).

⁵²⁴ O acordo de leniência foi firmado em 8 de outubro de 2003, com uma pessoa jurídica e duas pessoas físicas, seus representantes legais. Vale lembrar que a leniência antitruste foi inserida na legislação brasileira com a criação do art. 35-B na Lei 8.884/1994, a partir da Medida Provisória nº 2055/2000, depois convertida na Lei 10.149/2000.

Ainda na vigência da Lei 8.884/1994, o último caso de cartel em licitação condenado pelo CADE foi o chamado Cartel dos Gases⁵²⁵. Trata-se, na verdade, de um grande caso de cartel que também afetou licitações públicas. O enfoque principal da instrução não estava nas compras públicas, mas há registros nos autos de que o ilícito antitruste também as tenha atingido. Segundo consta no procedimento administrativo, as quatro maiores empresas do setor combinavam preços e dividiam o mercado de gases hospitalares, tendo a prática sido descoberta pela SDE por meio de uma denúncia anônima. É um dos casos de maior valor de multa aplicada no SBDC: em 1 de setembro de 2010, as representadas receberam infrações que somadas superavam o montante histórico de 3 bilhões de reais⁵²⁶.

Quanto aos elementos indicativos de corrupção, consta nos autos decisão do TCU que analisou um procedimento de inexigibilidade do Hospital da Aeronáutica para contratar com uma das participantes do cartel (CADE, 2010, p. 248-257). A recomendação do TCU foi no sentido de que fossem observados os dispositivos dos arts. 24 e 25 da Lei de Licitações, portanto entendeu irregular a prática do hospital, haja vista a possibilidade de realização de certame licitatório para a contratação. Essa recomendação também determinou auditoria em todo o Ministério da Defesa. Não é falado nesse caso, pelo TCU, propriamente de corrupção. Entretanto, a prática de inexigibilidade chamou atenção do Tribunal de Contas.

Ainda, há menção nos autos de possíveis práticas corruptas no Hospital Central do Exército, anos de 1997 a 1999, em representação oferecida à SDE, a qual deu origem à averiguação preliminar nº 08012.001075/2000-18. Em síntese, o cidadão reclamava aos órgãos de controle da seguinte situação:

Resumidamente, foi denunciado que, nas licitações realizadas pelo HCE para atender à demanda de Gases Medicinais, em três anos consecutivos (1997, 1998 e 1999), o Órgão contou com superfaturadas propostas de preços de uma única empresa, a W. M. S/A. Da correspondência (ANEXO VII) encaminhada ao Ministro José Viegas em 15/09/03, com cópia ao Presidente Lula e ao STF, Ministro Maurício Corrêa, destaca-se a transcrição a seguir: “Senhor Ministro, ninguém pode ter qualquer dúvida sobre a gravidade da situação: os superfaturamentos acima descritos desmoralizam o Exército Brasileiro. Deixá-los impunes aniquilará com qualquer resquício de credibilidade daqueles que têm o poder de agir e acionar os instrumentos de combate à corrupção. Afinal, nem mesmo o DNER - tristemente lembrado como o paraíso da corrupção - pagava um milhão e duzentos mil por algo que poderia ser comprado por trezentos mil. Para que V.Ex. avalie o nível de

⁵²⁵ Último caso de cartel que afetou licitações, porque o último caso de cartel condenado na vigência da Lei 8.884/1994, foi um caso de cartel internacional, o chamado Cartel de Peróxidos, processo administrativo nº 08012.004702/2004-77, julgado em 09/05/2012, na 514ª Sessão Ordinária de Julgamento.

⁵²⁶ O julgamento do Cartel do Cimento é outro caso, em termos de valor de multa, paradigmático. No processo administrativo nº 08012.011142/2006-79, julgado em 28/05/2014, o CADE aplicou multas aos representados que somadas ultrapassam o montante de 3,1 bilhão de reais, valores históricos.

esculhambação ao qual chegamos, estou lhe encaminhando o documento”, João no País da Corrupção (CADE, 2010, p. 1749-1750).

A Averiguação Preliminar nº 08012.001075/2000-18, que apurava a prática de cartel no mesmo mercado, foi arquivada por falta de provas pelo CADE⁵²⁷. Esse procedimento também foi estudado e, em alguns trechos, há menções de possíveis atos de corrupção no Ministério da Saúde, no contexto das atividades exercidas pelo Cartel dos Gases. Nesse sentido, interessante é a representação formulada pelo próprio CADE para o Ministério Público Federal, assinada pelo então presidente, Gesner Oliveira, e pela procuradora-geral à época, Marusa Freire, a fim de que fossem investigados casos de corrupção (CADE, 2008b, p. 719-725). É que o Ministro da Saúde encaminhou notícias de jornal ao CADE sobre atos de corrupção e cartel relacionados a hospitais da rede pública e à aquisição de gases medicinais. Consta na representação formulada pelo CADE o seguinte trecho:

As denúncias apontam, também, o favorecimento e a corrupção de servidores públicos responsáveis pela contratação dos serviços como se lê na notícia de 15 de abril do corrente, publicada em O Globo, a saber: “Comparando os gastos do Ministério da Saúde com o relatório de despesas do serviço de nutrição do hospital, D. descobriu que o Governo pagou indevidamente por serviços extras realizados no ano passado, aumentando em 20% os gastos. Os fraudadores, segundo ele, teriam utilizado notas fiscais com carimbo e assinatura falsos da chefe do setor de nutrição, S. G> de C. Ao todo, 22 notas fiscais teriam sido falsificadas e beneficiado a empresa C. A. R. de J. Ltda.” O mesmo veículo de comunicação social informa, em reportagem de 01 de novembro, que a Procuradoria da Republica está investigando a existência de cartel formado pelas empresas prestadoras de serviços de limpeza, lavagem de roupa, vigilância e fornecimento de gases medicinais. A investigação tem como base relatórios de auditoria realizados em diversos hospitais do Rio do Janeiro pela Secretaria de Controle Interno do Ministério da Fazenda (CADE, 2008b, p. 720-721).

Em síntese, ao analisar os autos do procedimento do Cartel dos Gases, processo administrativo nº 08012.009888/2003-70, e da averiguação preliminar nº 08012.001075/2000-18, verifica-se que não só a prática de cartel já tinha sido investigada pelo CADE sem, contudo, sucesso, como também há muito os indícios da relação entre o ilícito antitruste e a corrupção estavam materializados nos procedimentos antitrustes.

⁵²⁷ Houve o arquivamento em 10 de dezembro de 2008.

Entre o caso do Cartel dos Gases, julgado em 1 de setembro de 2010, e o próximo caso de cartel em licitação condenado, Cartel do Lixo de Prefeituras do Rio Grande do Sul, decidido em 5 de fevereiro de 2014, passaram-se cerca de três anos e cinco meses, tempo em que a Lei 8.884/1994 foi revogada e substituída pela Lei 12.529/2011. É sob a vigência desta última que os próximos casos de cartel em licitação com indícios de corrupção foram condenados⁵²⁸ e, por isso, serão analisados nos tópicos seguintes.

2.2.5.2 Casos na vigência da Lei 12.529/2011, entre 2012 e 2015

O Ministério Público do Rio Grande do Sul (MPRS) denunciou empresários do mercado de coleta e transporte de lixo do estado, bem como servidores públicos de diversas prefeituras, por inúmeros crimes, entre os quais estavam quadrilha, cartel, fraude à licitação e lavagem de valores. Em um esquema que durara pelo menos entre 2002 a 2008, os agentes econômicos combinavam, mediante o acerto de propina a servidores públicos, o resultado de processos licitatórios de coleta de lixo de diversos municípios, a citar Barra Funda, Caiçara, Derrubadas, Dois Irmãos das Missões, Engenho Velho, Novo Barreiro, Pejuçara, Redentora, Ronda Alta, São Paulo das Missões, Taquaruçu do Sul, Vicente Dutra e Vista Alegre. Quando do oferecimento da denúncia, todo o material probatório colhido na esfera penal, mais de 6.000 páginas de documentos, com destaque para interceptações telefônicas, foi encaminhado para instauração de processo administrativo nº 08012.011853/2008-13 no SBDC (CADE, 2014a, p. 3-61).

As cópias de peças judiciais oferecidas pelo MPRS são ricas em detalhes das práticas ilícitas. Por exemplo, menciona-se que “há diálogos absolutamente claros no sentido da manipulação dos certames licitatórios, bem como do pagamento de corrupção a agentes públicos. Os principais encontram-se degravados nos expedientes anexados” (CADE, 2014a, p. 2870-2871). Em outra petição, é explicado como se dava o possível pagamento de propinas: “Então, causa estranheza que um servidor qualificado de um município marque um encontro em um restaurante e não no seu gabinete para o recebimento de ‘documentos’” (CADE, 2014a, p. 3464). Ainda, o próprio CADE, por meio da SG, constatou as possíveis práticas corruptas ao afirmar:

⁵²⁸ O que não significa dizer que os seus dispositivos foram aplicados aos casos imediatamente. Em regra, para os ilícitos praticados quando da vigência da Lei 8.884/1994, apenas seria aplicada a Lei 12.529/2011 naquilo que os seus dispositivos beneficiassem os investigados. Esse foi o parâmetro adotado pelo CADE, de forma que, em muitos dos casos julgados na vigência da Lei 12.529/2011, estavam sendo aplicadas as regras da Lei 8.884/1994, sobretudo quanto à tipificação das condutas.

Fundamental, contudo, ressaltar que parcela significativa das condutas identificadas na denúncia apresentada pelo MPE-RS refere-se a possíveis "fraudes a licitações", não caracterizáveis como infrações à Lei 8.884/94, tais como: (i) corrupção de servidores públicos, visando ao direcionamento das licitações e à formalização de aditivos contratuais e (ii) participação de várias empresas de um mesmo grupo econômico (empresas de propriedade de "laranjas", mas administradas, de fato, por procuradores vinculados a uma mesma empresa líder) em uma mesma licitação, elidindo a *competitividade* do certame ao impedir a possibilidade de efetiva rivalidade entre os participantes. Dado que a quase totalidade das licitações ocorria na modalidade "carta convite", havia a participação apenas das empresas convidadas que, no caso, estavam vinculadas de fato a um mesmo grupo (CADE, 2014a, p. 7106).

Duas semanas após a condenação do Cartel do Lixo de Prefeituras do Rio Grande do Sul, ocorrida na 37ª Sessão Ordinária, em 5 de fevereiro de 2014, o CADE voltaria a condenar um cartel em licitação com indícios da prática de atos corruptos investigado pelo Ministério Público, sendo que, dessa vez, pelo Ministério Público Federal no Distrito Federal (MPF-DF). O processo administrativo nº 08012.010362/2007-66 foi instaurado a partir de ações civil e penal referentes a um cartel promovido por duas empresas em licitações ocorridas na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (EBCT) entre os anos 2000 e 2002 Semelhantemente como em outros casos⁵²⁹, para participar de licitação de serviços de transporte aéreo de cargas da Rede Postal Aérea Noturna (RPN), as empresas, quatro dias antes da entrega das propostas, celebraram um *Termo de Compromisso de Subcontratação*. Apesar de concorrentes no certame, restou acertado que, independentemente de quem se sagraisse vencedora, a outra deveria ser subcontratada para realizar 50% do serviço (CADE, 2014b, p. 3-69).

Uma das representadas, em sua defesa na SDE, curiosamente, trouxe o tema da corrupção como fator a ser considerado. Referia-se, é fato, à prática genérica de corrupção no mercado e à posição do agente econômico como possível vítima. Ao tentar desqualificar o trabalho do MPF-DF, mencionou que a investigação foi falha:

No ponto em que deixou de considerar a realidade das empresas privadas, que necessitam resguardar seu patrimônio e sua liquidez para continuar sobrevivendo no frágil mercado nacional, diante do excesso de fiscalizações, normas, regras e quejantos improdutivos e burocratizantes, oriundos de uma distorcida cultura de corrupção já notoriamente destacada e pouco combatida, e de uma indecente voracidade legiferante, que aparentemente

⁵²⁹ Vide o *Cartel se Licitação na Petrobras* e o *Cartel das Empresas de Ônibus do Rio de Janeiro*.

estipula dificuldades protetivas para vender facilidades corporativas ao particular, ao capital e ao contribuinte, enfim [...] (CADE, 2014b, p. 157).

Essa afirmação precisa ser contextualizada ao fato de que, à época, a EBCT era objeto de notícias de jornal relativas a práticas de corrupção na sua gestão, bem como ao fato de que havia uma Comissão Mista Parlamentar de Inquérito (CPMI) específica para apurar atos ilícitos na estatal, tais como corrupção, superfaturamento de contratos e fraudes em licitações. Registre-se que, inclusive, as licitações julgadas pelo CADE foram objeto de análise da CPMI⁵³⁰. Tanto que foi instaurada representação específica no TCU (TC nº 016.556/2005-5) para investigar os contratos firmados pelas empresas mesmas empresas condenadas pelo CADE por cartel entre 2000 e 2005. Consta em cópia do Relatório do processo do TCU acostado aos autos:

Trata-se de representação interposta pela equipe de auditoria designada pela Portaria de Fiscalização 961/2005, com o objetivo de realizar auditoria de conformidade sobre os processos de licitação e contratos mencionados em notícias veiculadas na imprensa sobre corrupção na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT. Esta representação tem por objeto o exame de alguns procedimentos licitatórios e contratos da ECT, referentes à Rede Postal Aérea Noturna - RPN, ocorridos entre os exercícios de 2000 a 2005, envolvendo às empresas S. A. Ltda. e B. – B. E. T. Ltda., objeto de denúncias. Apurou-se a existência de irregularidades ocorridas em processos de contratação para a operação da Rede Postal Aérea Noturna - RPN, que redundaram na celebração de contratos com a empresa Skymaster Airlines Ltda. (CADE, 2014b, p. 2276).

Em síntese, pela análise do acórdão do caso (CADE, 2014b, p. 2305-2306), o TCU, embora não tenha verificado propriamente a existência do pagamento de propina, declarou as empresas inidôneas e determinou aos Correios a rescisão de todos os contratos eventualmente vigentes. Consideraram-se, aqui, indícios indicativos de corrupção, além da existência de investigações sobre corrupção e fraudes à licitação promovidas por diferentes órgãos, as afirmações prestadas por umas das empresas do próprio cartel que se referiu à prática de corrupção no setor.

⁵³⁰ O seguinte trecho do Relatório da CPMI dos Correios foi destacado pelo MPF-DF em sua ação civil pública “A parceria entre empresas era possível, uma vez que as licitações realizadas pelos Correios até o final de 2003 admitiam o instituto da subcontratação. No entanto, há de se fazer uma ressalva. O que era permitido era a subcontratação, o que pressupõe ocorrer após a contratação, de uma empresa pela ECT e não um ajuste prévio obrigando as partes subcontratarem a outra. Além do mais, o referido termo não tinha como objetivo reunir condições operacionais para que as duas empresas viessem a operar apenas as linhas objeto da Concorrência nº010/2000, mas, sim, mira todo e qualquer serviço que uma ou outra viesse a contratar com os Correios” (CADE, 2014b, p.13).

O caso seguinte é o do Cartel de Portas Giratórias, julgado em 10 de dezembro de 2014, no bojo do processo administrativo 08012.009611/2008-51. Vale a pena analisar aqui, conjuntamente, o processo administrativo 08700.011276/2013-60, que foi julgado em 2015, mas se refere ao mesmo cartel⁵³¹. O mercado é o de portas de segurança giratórias fornecidas, sobretudo, para instituições financeiras e, embora as compras pela Administração Pública não fossem objeto principal do processo administrativo, desde a sua instauração, mediante representação eletrônica anônima, constavam nos autos algumas informações interessantes referentes ao Banco do Brasil:

Tratar-se-ia de suposto cartel formado por empresas fornecedoras de portas giratórias, sediadas nos estados de Santa Catarina e do Rio Grande do Sul; Os produtos fornecidos por tais empresas contariam com certificação especial concedida pelo Banco do Brasil, o que teria lhes trazido vantagens nas licitações conduzidas pelo banco e, conseqüentemente, facilitado a estruturação do suposto cartel [...]. Os equipamentos seriam vendidos a outros clientes, como tribunais, por preços significativamente inferiores aos praticados junto ao Banco do Brasil (CADE, 2014g, p. 6).

Os agentes econômicos, sediados em Santa Catarina e no Rio Grande do Sul, alternavam-se nas licitações realizadas no setor público e privado, para aquisição, por instituições financeiras e tribunais, de portas giratórias de segurança. No caso do Banco do Brasil, segundo se depreende dos autos, uma homologação específica limitava a concorrência, impedindo que outras empresas competissem, o que favorecia o cartel, e, segundo a representação, elevava em cerca de 10% o preço, pelo banco, da aquisição dos produtos. Algumas hipóteses: (i) essa certificação específica era necessária e conferia às portas giratórias pelo Banco do Brasil melhor qualidade que as portas das demais instituições financeiras; (ii) essa certificação específica era desnecessária e pode ter sido engendrada (ii.a) por erro ou (ii.b) por má-fé para beneficiar o cartel. Dada a relação já estudada entre o agente econômico cartelizado e o agente público corrupto, esse último cenário, para fins de análise da corrupção, precisa, no caso, ser considerado.

Deve-se destacar que o próprio CADE entendeu a certificação como elemento importante para enquadrar os agentes econômicos como membros ou não do cartel. Empresas investigadas que não tinham a certificação do Banco do Brasil foram absolvidas da acusação de cartel⁵³². Havia, pois, (a) indícios de que o cartel, no que se refere às contratações com o

⁵³¹ Por questões processuais, duas pessoas físicas participantes do cartel foram incluídas no segundo processo.

⁵³² Consta na decisão do CADE: “Nesse sentido, cumpre salientar que essas duas empresas não participaram da maioria dos certames em que as demais Representadas concorreram, em parte porque não possuíam homologação especial para fornecimento de PSDM ao Banco do Brasil” (CADE, 2014g, p. 217).

Banco do Brasil, poderia ter afastado, por meio da homologação especial referida, alguns concorrentes, além do que (b) essa mesma homologação especial pode ter conferido ao cartel um sobrepreço nas compras do Banco do Brasil, em relação às demais aquisições do mercado. A questão da *homologação especial* do Banco do Brasil, embora adotada como fundamento para condenar e/ou arquivar, como no caso de duas das representadas, por falta de provas, não foi aprofundada pelo CADE.

Ainda em 2014, foi condenado o Cartel dos Materiais de Construção de Lages/SC, processo administrativo nº 08012.006199/2009-07. As empresas, cujos sócios tinham laços familiares entre si, organizaram-se em cartel para vender materiais de construção em certame licitatório, realizado em 2009, para a Prefeitura da cidade de Lages, estado de Santa Catarina. Desde a representação anônima, a qual detalhou o esquema ilícito e deu início à apuração no CADE, fala-se da possível relação entre práticas corruptas e anticompetitivas⁵³³. E a própria decisão do CADE, ao identificar indícios de fraude ou de corrupção, determinou a remessa de cópia do voto condutor, por intermédio do Ministério Público Federal com representação no CADE, para os Ministérios Públicos do Estado e Federal em Santa Catarina⁵³⁴.

O caso seguinte, julgado em 8 de abril de 2015, foi iniciado também em decorrência do trabalho da imprensa e, semelhantemente ao anterior, em uma licitação promovida por uma cidade do interior, dessa vez em Jahu, estado de São Paulo. O programa televisivo Fantástico havia veiculado reportagem em 13 de março de 2011 sobre esquema de corrupção e fraude em licitações referente a empresas que prestam serviço de engenharia de trânsito para municípios, como sinalização, instalação de semáforos e de radares. Entre as empresas citadas, estava uma pertencente ao cartel, justamente a que havia vencido o pregão eletrônico para prestar os serviços de trânsito em Jahu (CADE, 2015d, p. 2-9).

Foi instaurada, na Câmara Municipal, uma Comissão Especial de Inquérito, e o seu relatório final foi remetido para o SBDC para apuração administrativa do ilícito de cartel, o que originou o processo administrativo nº 08012.008184/2011-90. Havia grande similitude nas propostas apresentadas pelas empresas, tanto na fase de cotação de preço, quanto na de

⁵³³ A denúncia anônima começa a descrição da conduta da seguinte maneira: “Com a finalidade precípua de colaborar com as medidas impostas ao combate à corrupção e em consequência, a participação de cartéis em licitações, com o escopo exclusivo de se beneficiar, com o emprego de manobra para excluir os demais licitantes da faixa de negociação oral, vem-se pelo presente, expor-lhes, em caráter confidencial, as Empresas, seus sócios e seus endereços que, com visíveis indícios de conspiração tentaram participar do Pregão Presencial sob nº 24/2009, aberto em 23/06/2009” (CADE, 2014h, p. 2).

⁵³⁴ Uma das conclusões do voto condutor foi a seguinte: “Não se está a afastar a eventual ocorrência de fraude ou de corrupção, as quais poderão ser apuradas pelo Ministério Público e/ou pela autoridade policial competente a partir do conjunto probatório acostado aos presentes autos, tendo em vista a ocorrência de possível ilicitude decorrente de uma possível dupla participação de uma mesma empresa em uma licitação” (CADE, 2014h, p. 4688).

apresentação, como os mesmos erros ortográficos e de digitação, bem como foram identificadas relações familiares entre os sócios das pessoas jurídicas concorrentes do certame⁵³⁵. No que se refere às práticas de corrupção, além do possível pagamento de propina no certame licitatório, dos autos depreende-se também um possível esquema relacionado à anulação de multas de trânsito⁵³⁶.

Foi também julgado em 8 de abril de 2015, no processo administrativo nº 08012.009885/2009-21, o cartel em licitação de empresas da construção civil que participaram de licitação promovida pela Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (SABESP). A empresa pública realizou a Concorrência Internacional CSO nº 53.524, entre 2007 e 2008, para obras no sistema produtor de água Mambu/Berço, da região metropolitana da Baixada Santista. Descobriu-se que a primeira e a segunda colocadas no certame formaram uma sociedade em cotas de participação de propósito específico na data de 4 de junho de 2008, após a publicação do resultado, mas antes da assinatura do contrato com a SABESP. Esse acordo entre os concorrentes teria sido o mote para que a primeira colocada fosse desclassificada, tendo o contrato sido firmado com a segunda colocada, por um preço bem superior. É preciso, contudo, analisar os detalhes do caso.

Não há, nos autos, menção a práticas corruptas. Entretanto, chamou atenção a alegação trazida pela primeira colocada, em uma de suas manifestações, de que ela teria sido injustiçada pela própria SABESP. Nas palavras utilizadas, grafadas em letras maiúsculas no original:

[...] permaneceu respondendo as diligências da SABESP, ATÉ O MOMENTO EM QUE LHE FOI EXIGIDO ALGO COM O QUAL NÃO PODIA SE COMPROMETER, SOB PENA DE GRAVE E IRREPARÁVEL LESÃO, BEM COMO PELA EVIDENTE ILEGALIDADE DO REFERIDO REQUERIMENTO. Diante disso, e também com a certeza de que estava liberada dos compromissos assumidos, decidiu não responder à ilegal exigência da SABESP. Portanto, NÃO PODE ESTA CONTESTANTE SER ACUSADA DE CONLUÍO OU ASSOCIAÇÃO RARA FINS DE

⁵³⁵ Esses foram os motivos determinantes do voto condutor para a condenação dos representados por cartel (CADE, 2015d, p. 2567-2587).

⁵³⁶ Conforme notícia veiculada em mídia impressa da cidade: “Os promotores de Justiça Celso Êllo Vannusini e Jorge logo Marques de Oliveira pedem que, no prazo de 15 dias, sejam enviadas as cópias do procedimento licitatório vencido pela C. e do contrato firmado, em 29 de abril de 2010, entre a empresa e o poder público municipal. A solicitação, para consulta e análise, foi feita com base em matérias publicadas pelo Comércio e pelo Fantástico. Conforme o Comércio adiantou ontem, o Fantástico apresentou denúncia contra a indústria das multas no Brasil. A reportagem elencou sete empresas supostamente envolvidas em corrupção e a C. está incluída neste rol. O programa da Rede Globo, de domingo, registrou conversa em que os representantes das empresas de fotossensores oferecem propinas para gestores municipais. Nas gravações, os representantes confessam que é possível “apagar” multas de apadrinhados políticos, parentes e amigos e que os editais podem ser direcionados. Todas as fraudes apontadas também recaem sobre a C.. Por meio da assessoria de imprensa, a empresa, no entanto, nega o envolvimento com ilegalidades” (CADE, 2015d, p. 21).

FRAUDAR LICITAÇÕES, posto que tal comportamento é comum à S. e não à O., posto que aquela, inclusive, já teve os seus diretores presos pela mesma prática, em detrimento livre concorrência (CADE, 2015c, p. 2610).

Analisaram-se, então, os documentos do certame licitatório, com destaque para o “Relatório Final da Comissão Especial de Licitação” (CADE, 2015c, p. 128-145). A sequência de fatos revela que foram feitas seguidas exigências, por parte da Comissão de Licitação da SABESP, à vencedora, durante um período de dois meses, entre abril a junho de 2008, até que a última exigência, formulada em 2 de junho de 2008, teria um prazo para cumprimento de 48h. Apesar de a proposta apresentada pela primeira colocada ter sido superior ao mínimo estabelecido no subitem 1.5.h do edital, sendo, pois, classificada, a Comissão de Licitação poderia, nos termos do subitem 1.4, solicitar, a qualquer tempo, os esclarecimentos que julgasse necessários. E assim o fez.

No último dia do prazo, 4 de junho de 2008, as empresas formalizaram o cartel, por meio do referido acordo societário, e a primeira colocada deixou transcorrer o prazo dado pela Comissão de Licitação sem cumprir a exigência demandada. Em menos de 48h, então, sem quaisquer exigências adicionais para a segunda colocada, a Comissão de Licitação elimina a empresa ganhadora do certame e convoca a seguinte, para assinar o contrato por um valor aproximadamente 23% maior do que a proposta vencedora⁵³⁷. A proposta da Concic custaria aos cofres públicos 59 milhões de reais, valores históricos, enquanto a da Saenge era de 73 milhões de reais (CADE, 2015c, p. 139). As declarações do representado, aliado ao procedimento *sui generis* da comissão de licitação, aqui, foram considerados indícios de possível prática corrupta. Admite-se, em tese, que a primeira colocada tenha aderido ao esquema criminoso a partir do auxílio de membros da comissão de licitação, se, de fato, as exigências feitas fossem indevidas. Os fatos, contudo, não foram investigados sob essa perspectiva.

O caso seguinte, condenado em 16 de setembro de 2015, decorreu de atuação investigativa conjunta entre o MPSP e a SDE. O Grupo Especial de Delitos Econômicos (GEDEC) do órgão estadual, ainda no início das apurações, demandou, por meio de ofício, apoio ao SBDC para investigar um cartel em licitação identificado na aquisição de

⁵³⁷ É de 6 de junho de 2008 o Relatório Final da Comissão de Licitação, no qual é proposta “a adjudicação do objeto da presente licitação à primeira classificada – SAENGE ENGENHARIA DE SANEAMENTO E EDIFICAÇÕES LTDA, pelo valor contratual de R\$ 73.487.979,18 (setenta e três milhões, quatrocentos e oitenta e sete mil, novecentos e setenta e nove reais e dezoito centavos)” (CADE, 2015c, p. 144).

aquecedores solares⁵³⁸, por parte da Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo (CDHU), realizada em 2009. A Representação indica que cada um dos seis lotes disponibilizados no pregão presencial da CDHU de nº 7/09 foi vencido por uma das empresas do cartel. Da análise da documentação apresentada, verificou-se coincidência entre os menores preços apresentados (CADE, 2015f, p. 2-8).

Diversos documentos acostados aos autos do processo administrativo nº 08012.001273/2010-24, produzidos na investigação criminal, indicam o possível pagamento de propina a servidores da CDHU. Por exemplo, em declarações prestadas ao MPSP por ex-funcionários de algumas das empresas, foi mencionado que “[...] tenha ouvido dizer que seria necessário fornecer dinheiro na CDHU. Contudo ouviu dizer isso no mercado e não pode indicar nome de pessoas” (CADE, 2105f, p. 1639), bem como que “o declarante jamais levou valores em dinheiro para representantes da CDHU. É verdade que existem boatos nesse sentido, mas não pode assegurar sua ocorrência” (CADE, 2015f, p. 1642). Semelhantemente, de forma mais precisa, um dos declarantes afirma que, no período que trabalhou em uma das empresas, escutou diversos comentários de pagamento de propina ao coordenador da CDHU, responsável pela licitação dos aquecedores, bem como que o gerente comercial teria sido o responsável para levar a mala de dinheiro para o agente público (CADE, 2015f, p. 1647).

Finalmente, o último caso de cartel em licitação julgado em 2015 foi o do processo administrativo nº 08012.000030/2011-50. Em investigação promovida pelo Ministério Público do Rio de Janeiro (MPRJ), foram verificados indícios de conluio em licitação para manutenção da frota da Secretaria Estadual de Saúde e Defesa Civil do Estado do Rio de Janeiro (SESDEC/RJ). Novamente, é conveniente analisar conjuntamente, aqui, os autos nº 08700.006551/2015, julgado em 2017, referente ao mesmo cartel⁵³⁹. Alguns elementos apontavam para a existência de um acordo ilícito entre os agentes econômicos, bem como para um elevado prejuízo aos cofres do Estado. Segundo consta no Relatório da decisão, além de haver empresas que apresentaram propostas idênticas, bem como que

⁵³⁸ Esse é um caso citado por Paulo Burnier da Silveira e Pablo Reja Sánchez em *The use of indirect evidences in the fight against cartels in Brazil* como exemplo de condenação baseada, sobretudo, em provas indiretas. Não havia explicações razoáveis para tantas “coincidências” que ocorreram durante o certame licitatório: “In September 2015, CADE imposed heavy fines on six companies for bid rigging in the market of solar heaters. The cartel reached social housing programs, as the solar equipment was bought through public procurement by a State-owned enterprise in the State of Sao Paulo, responsible for building houses to low-income families [...] In the solar heater cartel, there was no reasonable explanation for the ‘coincidence of coincidences’: (i) identical offers (including cents) in the secret phase of the tender, (ii) absence of rivalry in the public phase of the tender, and (iii) the final result of the bidding, in which the convicted companies were each allocated one slot of the tender, the closest one to its respective headquarters” (SILVEIRA, 2017, p. 235-236). O tema *padrão de instrução probatória* dos casos de cartel em licitação condenados pelo CADE será objeto de análise no tópico 2.3.2 deste trabalho.

⁵³⁹ Por questões processuais, duas pessoas físicas participantes do cartel foram incluídas no segundo processo.

desistiram do certame sem motivos aparentes, apesar de terem dado ofertas com menores preços, a sucessão de lances do pregão não denotou disputa efetiva, uma vez que houve apenas a proposta inicial e um lance de cada participante. Sobre o desacordo dos preços com o mercado, é mencionado:

(...) os preços praticados estavam em desacordo com contratos semelhantes executados no mercado. A título de exemplo de desacordo de preços em relação ao mercado, citou-se que a P. O. prestava manutenção corretiva e preventiva anual para frota de 193 (cento e noventa e três) veículos da Funasa por R\$1.129.970,00 (um milhão, cento e vinte e nove mil novecentos e setenta reais), ao passo que, no pregão em análise o lance apresentado foi R\$5.040.000,00 (cinco milhões e quarenta mil reais), por 111 (cento e onze) veículos” (CADE, 2015g, p. 2586).

Embora não conste nos autos registro do pagamento de propina, tantas eram as irregularidades do certame licitatório que o MPRJ propôs ação de improbidade em face dos gestores responsáveis pela contratação, considerando que não havia outra explicação plausível para o caso senão a prática de atos de corrupção. O seguinte trecho da petição inicial é bastante ilustrativo:

No presente caso, os envolvidos trataram de ignorar todo o itinerário lógico acima descrito, causando considerável dano aos cofres públicos. Primeiramente a licitação foi planejada sem a delimitação de seu objeto e estimativa pormenorizada de seus custos. Com isso, fixou-se valor absurdamente alto, sem base na realidade. A partir disso, a empresa contratada passou a ter a possibilidade de receber o valor integral do contrato independentemente de prestar ou não o serviço contratado integralmente. Mas isso não seria possível se os agentes públicos responsáveis pelo certame não estivessem imbuídos do propósito de beneficiar aquela empresa desde o início. Assim, a licitação contou com ilegalidades flagrantes, que tiveram como objetivo barrar outras empresas que poderiam oferecer melhores propostas ao Estado do Rio de Janeiro. Escolhida a empresa após o fraudado pregão eletrônico, abriram-se as portas do cofre para que dinheiro desaguasse no caixa da empresa sem controle efetivo do serviço contratado (CADE, 2015g, p. 35).

Até aqui restaram descritos 14 casos de cartéis em licitação nos quais foram verificados elementos indicativos de corrupção, sendo 4 julgados na vigência da Lei 8.884/1994 e 10 já após a Lei 12.529/2011⁵⁴⁰. Os próximos 6 casos a serem apresentados foram decididos entre os anos de 2016 até 2019.

⁵⁴⁰ Com a observação de que o processo administrativo nº 08700.006551/2015-96 foi julgado em 18/10/2017, na 93ª sessão ordinária de julgamento, já foi mencionado, por estar relacionado ao caso *Cartel na Manutenção de*

2.2.5.3 Casos na vigência da Lei 12.529/2011, entre 2016 e 2019

No início de 2016, dois casos de cartel que foram julgados pelo CADE tiveram origem a partir de uma mesma investigação policial. A Operação Roupa Suja, que ocorreu entre 2004 e 2005, no Rio de Janeiro, desvendou cartéis em licitações no Ministério da Saúde voltadas para a aquisição de insumos utilizados na produção de medicamentos retrovirais, como o coquetel de remédios contra a AIDS, bem como outro de licitações de lavanderias de hospitais no Rio de Janeiro. O primeiro cartel foi objeto do processo administrativo nº 08012.008821/2008-22, enquanto o segundo consta nos autos nº 08012.008850/2008-94.

O Cartel de Insumos para Medicamentos Retrovirais foi condenado pelo CADE em 20 de janeiro de 2016 e, no bojo dos autos, a Nota Técnica da SDE de instauração do procedimento administrativo já registrava, sobre a corrupção, o seguinte:

Segundo as informações contidas nos autos, há fortes indícios de que o modo de atuação dos Representados caracterizou-se (i) pela corrupção de servidores públicos envolvidos nos certames, mediante o pagamento de vantagem indevida para direcionamento do edital, obtenção de informações privilegiadas e de decisões favoráveis aos seus interesses; e (ii) ajuste prévio com as empresas. 21. Há fortes indícios de que as Representadas combinaram (i) a divisão de certames entre si; (ii) quais empresas participariam dos certames - mesmo sem deter os insumos objeto da licitação - a fim de dar uma aparência de competição às licitações; (iii) o pagamento de comissões para concorrente que "renunciasse" à licitação; (iv) quais preços seriam ofertados; e (v) o fornecimento conjunto do insumo ao laboratório, hipótese em que a concorrente receberia parte do pagamento. Além disso, há também indícios de que houve ajuste entre as empresas durante os procedimentos licitatórios (CADE, 2016a, p. 7).

Semelhantemente é o registro da nota técnica de instauração do Cartel de Lavanderias do Rio de Janeiro, condenado em 3 de fevereiro de 2016, no sentido de que “há fortes indícios de que, mediante o ajuste com os servidores públicos (por corrupção), as Representadas conseguiriam prorrogar contratos e alcançar reajustamentos de preços durante a execução dos contratos” (CADE, 2016b p. 8). Isso, em alguma medida, impedia que novas empresas pudessem contestar os preços dos contratos em vigor por meio de pregões concorrenciais e, assim, entrassem no mercado.

Frota de Veículos no Rio de Janeiro, cujos autos principais, nº 08012.000030/2011-50, foram julgados em 11/11/2015, na 75ª sessão ordinária.

O caso seguinte, julgado 13 de abril de 2016, também se refere a um cartel que afetou o Ministério da Saúde, entre os anos de 1998 a 2002, dessa vez, na aquisição de hemoderivados, revelado pela Operação Vampiro. Auditoria do Tribunal de Contas da União identificou fortes indícios de combinação de preços entre as empresas concorrentes dos certames na forma de rodízio, acerto prévio dos vencedores e eliminação dos concorrentes não participantes do conluio (CADE, 2016c, p. 68-70). Os fatos foram investigados pela Polícia Federal e pelo MPF-DF e, em seguida, o material probatório reunido serviu de substrato principal para a condenação do Cartel dos Laboratórios de Hemoderivados pelo CADE no bojo do processo administrativo nº 08012.003321/2004-71.

Nesse caso, a própria Nota Técnica da SDE, ao concluir a instrução, traz a informação da relação entre o ilícito concorrencial e a corrupção:

Ressalta-se que parcela significativa das condutas identificadas pela PF e pelo MPF refere-se a possíveis fraudes a licitações e outros crimes não caracterizáveis como infrações à Lei 8.884/94, como corrupção de servidores públicos, visando ao direcionamento das licitações e à formalização de aditivos contratuais, além de indícios de uma associação criminosa para a prática de delitos de peculato, corrupção, tráfico de influência, quadrilha ou bando e lavagem de dinheiro (CADE, 2016c, p. 107).

O caso seguinte de cartel em licitação condenado é o do processo administrativo nº 08012.009382/2010-90 e foi julgado em 7 de junho de 2017. Segundo se depreende dos autos, a associação que reunia os empresários de obras públicas estaria induzindo seus associados a atuarem de modo coordenado nos certames licitatórios realizados por diversos órgãos públicos em vários municípios do estado do Paraná, fraudando o seu caráter competitivo. É um caso interessante, pois houve bastante divergência entre os órgãos pareceristas no decorrer do trâmite processual, bem como no julgamento do plenário do TADE.

A SG se manifestou pelo arquivamento em relação a todos os representados, a ProCADE pela condenação de alguns e o MPF-CADE, por sua vez, pela condenação de todos. No plenário, o conselheiro relator, Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, decidiu pela condenação apenas da associação e de seus representantes por promoção de conduta comercial uniforme, enquanto, em voto-vista, o Conselheiro Paulo Burnier, acompanhado pela maioria do plenário, reiterou as condenações do relator e acresceu algumas empresas pela prática de cartel (CADE, 2017c, p. 121-204). Entretanto, no que se refere à corrupção, desde o início do procedimento, a SEAE a havia constatado ao analisar as provas juntadas aos autos,

oriundas de investigação policial anterior, quando verificou possível pagamento de propina a servidores públicos em licitações promovidas pela Coordenação da Região Metropolitana de Curitiba (COMEC) e que contaram com a participação de membros do cartel (CADE, 2017c, p. 132).

Ainda em 2017, foi julgado também o Cartel de Manutenção Predial, no bojo do processo administrativo nº 08012.006130/2006-22. O ilícito era praticado no mercado nacional de serviços de manutenção predial, sobretudo em contratações privadas, mas, no decorrer do procedimento, verificou-se que também foram afetadas licitações públicas. Nesse caso, a relação entre o ilícito concorrencial e a possível corrupção foi evidenciada pela Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira que, ao fundamentar seu voto-vogal referente à dosimetria da pena para o caso concreto, afirmou: “concordo com todos os pontos trazidos pelo bem fundamentado voto relator e digo que, ao meu ver, só tem uma conduta anticompetitiva pior que cartel em licitação pública, que é o cartel em licitação pública com corrupção” (CADE, 2017d, p. 351).

Por fim, em 8 de julho de 2019, foi julgado o último caso de cartel em licitação no qual foram verificados elementos indicativos de corrupção. O caso do Cartel do Metrô, processo administrativo nº 08700.004617/2013-41, foi iniciado a partir da celebração de acordo de leniência no qual os beneficiários confessaram a ocorrência de contatos entre concorrentes com o objetivo de eliminar a competição em licitações públicas relativas a projetos de metrô e/ou trens e sistemas auxiliares, desde, pelo menos, 1998. Não apenas o metrô de São Paulo foi afetado (nos autos, por exemplo, no voto condutor, são mencionados também problemas nas licitações dos metrôs de Brasília e de Belo Horizonte), mas a maioria dos fatos refere-se àquela cidade, motivo pelo qual, no decorrer do processo administrativo, foram admitidas como terceiras interessadas a Companhia do Metropolitano de São Paulo (METRÔ-SP) e a Companhia Paulista de Trens Metropolitanos (CPTM), vítimas, em tese, do conluio (CADE, 2019c, p. 3761-3772).

Nesse caso, na própria Nota Técnica de instauração da SG, constam anotações acerca da relação entre os cartéis e a corrupção, com o propósito de ser confirmada a atribuição do CADE para apenas a matéria concorrencial, afastando-se sua análise sobre outros tipos de fraudes à licitação. Assim:

Ainda sobre as competências em matéria de licitação, é importante esclarecer que, embora os cartéis em compras públicas estejam muitas vezes relacionados a outros ilícitos - como a fraude, o direcionamento de edital e a corrupção de agentes públicos -, a competência da autoridade de defesa da concorrência nessa seara restringe-se aos aspectos da prática que a

conformam como infração à ordem econômica, nos termos do quanto disposto na Legislação de Defesa da Concorrência. Ou seja, o CADE não possui *expertise* e nem autorização legal para investigar ou decidir sobre esses ilícitos, cuja apuração é de competência exclusiva dos órgãos de controle, das autoridades policiais e do Ministério Público. Por essa razão, ao longo da presente nota somente serão abordados aspectos relacionados aos fatos investigados que digam respeito à suposta prática de cartel entre concorrentes (CADE, 2019c, p. 13).

O tema da jurisprudência do CADE sobre a delimitação de suas atribuições será objeto de análise específica em tópico seguinte⁵⁴¹, de toda forma, neste momento, é importante frisar o reconhecimento explícito por parte da autoridade administrativa de que, no presente caso, a relação entre os ilícitos estava possivelmente presente. Além disso, consta nos autos cópia de decisão em ação penal proposta pelo MPF-SP, referente a crimes de lavagem, na qual estão mencionadas práticas de corrupção por parte dos representados das empresas do cartel e de agentes público. Em síntese, empresas de consultoria eram utilizadas para a finalidade de repasse de propinas a funcionários públicos (CADE, 2019c, p. 2606-2661). Por fim, trechos do voto condutor do CADE indicam também que, na análise documental do caso, algumas expressões encontradas podiam fazer referência tanto ao ilícito antitruste, quanto à corrupção⁵⁴² (CADE, 2019c, p. 3915-5433).

Esses são, portanto, os 20 casos de cartel em licitação condenados pelo CADE, entre 1994 a 2019, nos quais foram localizados elementos indicativos da possível coexistência entre o ilícito concorrencial e práticas corruptas, o que representa aproximadamente 69% dos 29 casos de cartel em licitação julgados no mesmo período. Ou seja, ampla maioria dos casos. Se forem observados apenas os casos de cartel em licitação em sentido estrito, ou seja, aqueles casos em que as compras públicas foram o objeto principal de análise do CADE, portanto o material probatório colhido é centrado na relação entre os agentes econômicos e o ente público, encontramos um total de 18 casos com indícios de prática de corrupção, em um grupo de 21 processos, o que representa aproximadamente 85% dos casos⁵⁴³.

⁵⁴¹ Vide item 2.3.4, “Distinção entre os cartéis em licitação e outras fraudes”.

⁵⁴² Por exemplo, no anexo do voto condutor, consta um tópico específico de *análise de documentos* e nele está o seguinte trecho: “M. achava que isso não deveria ocorrer, tendo em vista que M. foi obrigada, a pedido da S., a realizar e continuar realizado pesados compromissos com cliente, e que uma vez iniciado o processo, não teria como segurar, pois empresa americana é obrigada, em caso de “tal infração” (referência possivelmente a corrupção ou mesmo a infrações contra a ordem econômica), a denunciar para autoridades americanas e brasileiras” (CADE, 2019c, p. 4665).

⁵⁴³ Novamente, é importante frisar que essa contagem considera cada processo administrativo. Deve-se chamar atenção para o fato de que há quatro processos administrativos que se referem a dois casos, que são os autos nº 08012.000030/2011-50 e 08700.006551/2015-96 (Cartel de Manutenção de Frota de Veículos no Rio de Janeiro), bem como os autos nº 08012.009611/2008-51 e 08700.011276/2013-60 (Cartel das Portas Giratórias).

Entretanto, essa tendência de coexistência dos ilícitos pode ser ainda maior. Para compreensão dessa afirmação, é importante analisar, agora, de maneira mais detida, os nove casos de cartel em licitação em que os elementos não foram encontrados.

2.2.6 Algumas anotações sobre os casos de cartel em licitação em que não foram encontrados elementos indicativos de corrupção

De início, é importante listar os casos de cartel em licitação nos quais não foram encontrados elementos indicativos de corrupção⁵⁴⁴.

Tabela 6 - Casos de cartel em licitação sem corrupção

CASOS DE CARTEL EM LICITAÇÃO SEM CORRUPÇÃO			
PROCESSO ADMINISTRATIVO		CASO	DATA E SESSÃO DE JULGAMENTO
1	08012.002127/2002-14	Cartel das Britas	13/07/2005, 351 ^a Sessão
2	08012.008507/2004-16	Cartel de Órtese e Prótese	10/12/2014, 56 ^a Sessão
3	08012.010932/2007-18	Cartel de Mangueiras Marítimas I	25/02/2015, 59 ^a Sessão
4	08012.001127/2010-07	Cartel de Mangueiras Marítimas II	30/03/2016, 82 ^a Sessão Ordinária de Julgamento
5	08012.009645/2008-46	Cartel em licitação aquisição de alimentos para fins especiais	09/11/2016, 94 ^a Sessão
6	08012.005882/2008-38	Cartel de Extração de Sal no Rio Grande do Norte	23/05/2018, 124 ^a Sessão
7	08012.001376/2006-16	Cartel do GIS (<i>Gas-Insulated Switchgear</i>)	08/08/2018, 127 ^a Sessão
8	08012.001377/2006-52	Cartel do AIS (<i>AIR INSULATED SWITCHGEAR – AIS</i>)	13/02/2019, 137 ^a Sessão
9	08012.004280/2012-40	Cartel de Serviços Terceirizados em Tecnologia da Informação no DF	30/10/2019, 148 ^a Sessão

Fonte: Elaborada pelo autor

Algumas pessoas físicas foram julgadas separadamente por questões processuais. Se ajustarmos os dados, considerando esses processos administrativos como um caso único, teríamos, respectivamente, 69% e 84%.

⁵⁴⁴ Os casos de cartel em licitação nos quais não foram encontrados *elementos indicativos de corrupção*, portanto, não foram citados no decorrer do texto até aqui, foram referenciados ao final do trabalho, bem como os respectivos TCCs consultados. Assim: Cartel das Britas (CADE, 2005b); Cartel Órtese e Prótese (CADE, 2014f); Cartel das Mangueiras Marítimas (CADE, 2015b), TCCs no caso das Mangueiras Marítimas (CADE, 2008a; CADE, 2009b; CADE, 2009c; CADE, 2013d; CADE, 2016d); Cartel das Mangueiras Marítimas II (CADE, 2016o); Cartel de Alimentos para Fins Especiais (CADE, 2016f); Cartel de Extração de Sal (CADE, 2018a); Cartel de AIS (CADE, 2019a), TCC no Cartel do AIS (CADE, 2018d); Cartel de Serviço Terceirizado do DF (CADE, 2019d), TCC no caso do Cartel de Serviços Terceirizados em Tecnologia da Informação do DF (CADE, 2014i) e Cartel de GIS (CADE, 2018b), TCCs no caso Cartel de GIS (CADE, 2015e; CADE, 2017b).

Trata-se de processos em que, após a conclusão de todas as etapas já descritas da pesquisa, não foram verificados quaisquer dos elementos indicativos. Assim, nesses casos, os agentes públicos que analisaram os fatos à época da investigação antitruste não trataram da concomitância entre os ilícitos, sejam eles (i.a) do SBDC, (i.b) da Polícia e do Ministério Público ou, por fim, (i.c) de Tribunal de Contas, de CPI ou de outro órgão administrativo de investigação. Além disso, a partir da (ii) análise do material probatório, não foram identificadas (ii.a) provas juntadas aos autos que, diretamente, apontassem para um possível ato de corrupção ou (ii.b) material que pudesse indicar o auxílio de agentes públicos no cometimento do ilícito antitruste.

Duas anotações relevantes podem explicar a dificuldade em se identificar esses elementos nos processos listados.

Primeira, em seis desses casos, mais especificamente no Cartel das Britas, Cartel de Mangueiras-Marítimas I e II, no Cartel da Extração de Sal do Rio Grande do Norte, no Cartel do GIS e no Cartel do AIS, o objeto principal da investigação antitruste não eram as compras públicas. Trata-se, na verdade, de grandes casos de cartel que circunstancialmente afetaram licitações e, por isso, os agentes econômicos foram condenados também nos dispositivos específicos, art. 21, inciso VIII, da Lei 8.884/1994 ou no art. 37, §3º, inciso I, alínea “d”, da Lei 12.529/2011. Dessa maneira, o material probatório colhido não tinha como foco os procedimentos de licitação e, assim, torna-se mais difícil visualizar os elementos indicativos de corrupção.

Segunda, também em cinco casos, exatamente no Cartel de Mangueiras Marítimas I e II, no Cartel do GIS, no Cartel do AIS e no Cartel de Serviços Terceirizados em Tecnologia da Informação do DF, não está disponibilizada, para acesso público, a íntegra dos autos. Foram consultadas versões de um “anexo público”, no qual não consta o material probatório completo, mas apenas as principais peças do procedimento, tais como notas técnicas e pareceres fornecidos pela SDE, SEAE, SG, ProCADE ou MPF-CADE, ou a própria decisão do CADE, composta de relatório e votos, todos em versão de “acesso ao público” com alguns trechos tarjados. Tal fato limitou a pesquisa, a qual ficou restrita, portanto, às manifestações produzidas pelos próprios órgãos que compõem o SBDC e, ainda assim, com algumas informações omitidas.

Dessa forma, se, por um lado, a identificação de elementos indicativos de corrupção não permite a conclusão necessária de que houve práticas corruptas, conforme já explicado anteriormente, mas apenas de que se trata de casos que mereceriam um enfoque investigativo a partir da hipótese de existência de uma relação complexa entre agentes

econômicos cartelizados e agentes públicos corruptos, por outro, não se pode afirmar que, nos casos ora listados, não havia corrupção. É possível até que tenha existido. A pesquisa, contudo, não conseguiu identificar elementos indicativos nesse sentido.

2.2.7 Estudo analítico dos critérios utilizados

O objetivo deste tópico é analisar, detidamente, a incidência dos critérios utilizados para identificação dos indícios de corrupção em cada um dos casos de cartel julgados pelo CADE.

Conforme consta nas tabelas inseridas no APÊNDICE F - CASOS DE CARTEL E ELEMENTOS INDICATIVOS DE CORRUPÇÃO, cada um dos casos foi relacionado aos critérios usados para identificação dos elementos indicativos de corrupção, que seriam: (i) verificados pelos próprios agentes públicos que integram o SBDC, (ii) verificados por órgãos de persecução penal, Polícia ou Ministério Público, (iii) verificados por outros órgãos, tais como TCU ou CPIs, (iv) análise de provas, declarações dos próprios representados, de concorrentes ou de testemunhas e (v) análise de provas, indícios de que agentes públicos contribuíram com a prática de cartel.

Observando todos os 30 casos em que foram verificados indícios de corrupção, sendo 10 de cartéis comuns e 20 de cartéis em licitação, em 18,⁵⁴⁵ a possível presença de atos corruptos foi notada ou pelos próprios órgãos do SBDC, ou por órgãos de persecução penal, Polícia ou Ministério Público, que investigaram os mesmos fatos em procedimentos próprios. Analisando apenas os cartéis em licitação, dos 20 casos, em 14, isso ocorreu, ou seja, as possíveis práticas corruptas foram verificadas pelo SBDC ou pela Polícia ou pelo Ministério Público. Por que isso é relevante?

É que essa análise, realizada pelos agentes públicos responsáveis pela persecução administrativa e penal dos cartéis, além de ser contemporânea à investigação dos fatos, não decorre de uma valoração por parte do pesquisador do material probatório colhido nos autos.

⁵⁴⁵ São os seguintes casos: 08012.002493/2005-16 - Cartel dos Frigoríficos, 08012.000283/2006-66 - Cartel de Areia do Rio Jacuí/RS, 08012.001003/2000-41 - Cartel dos Postos de Londrina/PR, 08012.011668/2007-30 - Cartel dos Postos de Londrina/PR II, 08012.001826/2003-10 - Cartel dos Vigilantes, 08012.009888/2003-70 - Cartel dos Gases, 08012.011853/2008-13 - Cartel do Lixo de Prefeituras do Rio Grande do Sul, 08012.006199/2009-07 - Cartel dos Materiais de Construção (Prefeitura de Lages/SC), 08012.008184/2011-90 - Cartel de Empresas de Trânsito em Jahu/SP, 08012.001273/2010-24 - Cartel no Mercado de Aquecedores Solares, 08012.000030/2011-50 - Cartel na Manutenção de Frota de Veículos no Rio de Janeiro, 08012.008821/2008-22 - Cartel de Insumos para Medicamentos Retrovirais, 08012.008850/2008-94 - Cartel de Lavanderias no Rio de Janeiro, 08012.003321/2004-71 - Cartel dos Laboratórios de Hemoderivados, 08700.006551/2015-96 - Cartel na Manutenção de Frota de Veículos no Rio de Janeiro II, 08012.009382/2010-90 - Cartel de Obras Públicas no PR - APEOP, 08012.006130/2006-22 - Cartel de Manutenção Predial e 08700.004617/2013-41 - Cartel do Metrô.

É, por isso, em tese, mais acurada. Ainda, significa que a constatação da possível relação entre o cartel e a corrupção foi aferida com espreque no conhecimento técnico jurídico disponível à época, que difere do existente atualmente, sobretudo em relação ao contexto brasileiro, pós-operação Lava Jato. Considerando que, hoje, a relação entre corrupção e concorrência está mais clara do que outrora, deve-se destacar o fato de que, à época, a possível corrupção tenha sido captada. Pode ser um sinal de que, nesses casos, os elementos indicativos de práticas ilícitas sejam mais fortes.

Para outros seis casos, sendo dois entre os cartéis gerais e quatro de cartéis em licitação, não há registros de que os elementos indicativos de corrupção tenham sido percebidos pelos agentes públicos à época em que os fatos estavam sendo investigados⁵⁴⁶. Foi, então, realizada uma análise do conteúdo probatório, o qual foi dividido nos dois últimos grupos já listados, quais sejam, (iv) análise de provas, declarações dos próprios representados, de concorrentes ou de testemunhas e (v) análise de provas, indicativos de que agentes públicos contribuíram com a prática de cartel.

Entre esses seis casos, em um, no caso do Cartel de Construtoras em Licitação SABESP/SP, processo administrativo nº 08012.009885/2009, foram observados elementos indicativos tanto na análise de depoimentos, quando no possível auxílio ou conivência dos agentes públicos. Assim, apenas em cinco⁵⁴⁷ casos, sendo dois de cartéis gerais e três de cartel em licitação, os elementos indicativos de corrupção estão pautados em apenas um dos grupos probatórios mencionados, como no Cartel das Empresas de Ônibus do Rio de Janeiro, incluído como possível coexistência entre a prática antitruste e a corrupção em razão dos atos de auxílio ou conivência dos agentes públicos com o cartel, materializados na defesa veemente das empresas quando o cartel foi descoberto, no fato de o acordo ilícito dos agentes econômicos ter sido firmado em papel timbrado da Prefeitura, bem como de os empresários terem acordado até mesmo a forma de recebimento do pagamento nas licitações, algo que, em tese, só seria possível se contasse com a conivência de agentes públicos.

Ainda, em 19 casos, foram verificados mais de um elemento⁵⁴⁸, sendo 5 de cartéis gerais⁵⁴⁹ e 14 de cartéis em licitação⁵⁵⁰. Esse detalhamento permite uma melhor visualização

⁵⁴⁶ Ou seja, são os casos em que apenas foram preenchidas, pelo menos, uma das duas últimas colunas das tabelas constantes no APÊNDICE F.

⁵⁴⁷ São os seguintes casos: 08012.004036/2001-24 - Cartel de Postos de Lages/SC, 08012.003745/2010-83 - Cartel no Mercado de Direitos Autorais, 08012.006989/1997-43 - Cartel das Empresas de Ônibus do Rio de Janeiro, 08012.009611/2008-51 - Cartel de Portas Giratórias e 08700.011276/2013-60 - Cartel de Portas Giratórias II.

⁵⁴⁸ Ou seja, mais de uma coluna da tabela do Apêndice F foi preenchida com esses casos.

da utilização dos critérios utilizados para enquadrar os casos como positivos, ou seja, de possível coexistência do ilícito antitruste, cartel, com práticas corruptas e, conseqüentemente, ajuda na compreensão dos resultados da pesquisa, além de fomentar a sua abordagem crítica.

2.2.8 A validação das hipóteses levantadas

No primeiro capítulo, a partir do estudo da concorrência, da probidade administrativa e da relação entre esses dois valores, sobretudo quando coincidentes, em um mesmo contexto fático, os ilícitos de cartel e de corrupção em licitações, foram elaboradas as seguintes hipóteses que subsidiaram a abordagem dos processos estudados: (i) no Brasil, a maioria dos casos de cartel em licitação está relacionada à prática de atos de corrupção ou, ao menos, a elementos indicativos da prática de corrupção, e (ii) a coexistência desses dois ilícitos em um mesmo contexto fático altera consideravelmente suas características, de modo a praticamente anular alguns dos mecanismos corriqueiramente utilizados para sua identificação e repressão.

Considerada a necessidade de sobrevivência dos agentes econômicos que atuam em determinado mercado, aliada ao fato de que os membros do cartel e os agentes públicos corruptos se buscam mutuamente, haja vista a sinergia entre os ilícitos e a ajuda mútua que oferecem uns aos outros, era esperada uma prevalência da ocorrência da correlação entre cartel e elementos indicativos de corrupção em licitações, quando comparados com o grupo de casos gerais de cartel. No contexto de práticas corruptas, uma das oportunidades de *rent seeking* reconhecida pela doutrina é, justamente, o favorecimento para a contratação de obras e serviços pela Administração, que, por determinação legal, para negócios de maior vulto, ocorre mediante um processo de licitação. As licitações, portanto, são eventos que possibilitam o encontro entre os agentes econômicos, tomadores, e os agentes públicos, detentores de oportunidades de renda a partir de uma política pública.

⁵⁴⁹ São os seguintes casos: 08012.002493/2005-16 - Cartel dos Frigoríficos, 08012.000283/2006-66 - Cartel de Areia do Rio Jacuí/RS, 08012.006764/2010-61 - Cartel das Placas Detran/BA, 08700.002632/2015-17 - Cartel das Placas do Detran/BA II e 08700.001729/2017-74 - Cartel das Placas do Detran/BA III.

⁵⁵⁰ São os seguintes casos: 08012.009118/1998-26 - Cartel em Licitação na Petrobras, 08012.001826/2003-10 - Cartel dos Vigilantes, 08012.009888/2003-70 - Cartel dos Gases, 08012.011853/2008-13 - Cartel do Lixo de Prefeituras do Rio Grande do Sul, 08012.010362/2007-66 - Cartel no Mercado de Cargas Aéreas, 08012.008184/2011-90 - Cartel de Empresas de Trânsito em Jahu/SP, 08012.009885/2009-21 - Cartel de Construtoras em Licitação da SABESP/SP, 08012.001273/2010-24 - Cartel no Mercado de Aquecedores Solares, 08012.000030/2011-50 - Cartel na Manutenção de Frota de Veículos no Rio de Janeiro, 08012.008821/2008-22 - Cartel de Insumos para Medicamentos Retrovirais, 08012.008850/2008-94 - Cartel de Lavanderias no Rio de Janeiro, 08012.003321/2004-71 - Cartel dos Laboratórios de Hemoderivados, 08700.006551/2015-96 - Cartel na Manutenção de Frota de Veículos no Rio de Janeiro II e 08700.004617/2013-41 - Cartel do Metrô.

Na pesquisa, cerca de 69% dos casos estudados de cartel em licitação apresentam elementos indicativos da coexistência de corrupção com o ilícito antitruste ou, ainda, considerando apenas os casos de cartel em licitação em sentido estrito, aproximadamente 85%. Já para os cartéis comuns, foram apenas 10 casos em um grupo de 67 processos analisados, o que representa uma porcentagem de quase 15%. A totalidade dos casos de cartel comum em que foram verificados elementos indicativos de corrupção está relacionada, em alguma medida, ao exercício do Poder de Polícia da Administração Pública⁵⁵¹. Também se verifica, no Cartel dos Frigoríficos, por exemplo, a possibilidade de que as práticas corruptas estivessem relacionadas à obtenção de empréstimos subsidiados por meio do BNDES, outra oportunidade de *rent seeking* também mencionada neste trabalho⁵⁵².

Nesse sentido, confirmando a necessidade de os agentes econômicos controlarem a competição, conforme apontado por Fligstein⁵⁵³, em vários casos, foi verificada a utilização, pelos membros do cartel, das relações corruptas com agentes públicos para impedir a entrada de novos concorrentes. No Cartel de Areia do Rio Jacuí, um dos concorrentes das empresas que praticavam cartel afirma que autoridades municipais cassaram, de maneira indevida, sua licença para exercer atividade na localidade⁵⁵⁴. No caso do Cartel do Detran/BA, há informações no sentido de que os próprios agentes públicos do órgão de trânsito direcionavam os cidadãos em atendimento para adquirir as placas dos membros do cartel⁵⁵⁵. Semelhantemente, conforme também apontado por doutrina específica⁵⁵⁶, isso foi verificado nos casos de cartel em licitação. No Cartel dos Vigilantes, há relato de empresário que

⁵⁵¹ Nos casos relativos aos ramos de postos de combustíveis, Cartel de Postos de Lages e Cartel dos Postos de Londrina/PR I e II, os indícios de corrupção apontam para o possível favorecimento dos agentes econômicos por parte de agentes públicos da fiscalização. No caso do Cartel de Areia do Rio Jacuí, a fiscalização do município ajudaria os membros do cartel, coibindo, por meio da fiscalização, a possível entrada de novos agentes na exploração mineral na região, para ficar em alguns exemplos.

⁵⁵² Vide item 1.2, “A proibidade e a corrupção nos mercados”.

⁵⁵³ Vide item 1.1, “A concorrência e os cartéis nos mercados”.

⁵⁵⁴ Nesse sentido: “Uma semana depois, quando entrou o outro prefeito, me foi cassada a jazida e a favor dessa associação, isso me foi tirado de uma forma violenta e corrupta da minha mão. Isso ficou tudo provado na época, eu levei um ano pra poder reaver isso perante a justiça, eu tique que brigar perante a justiça pra provar isso, e nesse período, em foi dragado em cima do meu nome, foi extraído de uma forma fraudulenta, sem pagar um centavo de direito minerários, sem pagar um centavo de ICMS, me foi tirado minha jazida três milhões de metros cúbicos de areia, isso foi denunciado para vários órgãos e ninguém quis ouvir, e eu não consegui segurar essa corrupção que houve” (CADE, 2008c, p. 1457).

⁵⁵⁵ Assim: “Sobre o procedimento adotado para comercialização de placas, informou o depoente que o usuário deveria ‘se dirigir ao DETRAN no setor de confecções de placas de posse da autorização, após efetuar o pagamento no Box da Associação dos fornecedores credenciados’ e, posteriormente, encaminhar-se ao contêiner da Associação já mencionada, entregando o documento e aguardando a confecção das placas (fls. 396/401). Depreende-se, portanto, do depoimento prestado, que o próprio DETRAN direcionava o usuário para adquirir a placa junto à Associação, que mantinha um escritório dentro do órgão público. O DETRAN tinha, desta forma, papel crucial na execução do sistema instituído pela Associação, uma vez que o usuário era influenciado de modo determinante pela autarquia” (CADE, 2015a, p. 2616).

⁵⁵⁶ Vide item 1.3.2, “A relação entre cartéis em licitação e corrupção (micro)”.

contrariou interesses dos membros do cartel e foi perseguido por autoridades públicas⁵⁵⁷. No Cartel do Lixo de Prefeituras do Rio Grande do Sul, os editais eram elaborados com escopo de favorecer as empresas em conluio⁵⁵⁸. E, de maneira semelhante, em diversos outros processos administrativos, foram encontrados indícios no mesmo sentido⁵⁵⁹.

É interessante comparar os dois grupos de casos, cartéis comuns e em licitação. Em ambos existe a necessidade de os agentes econômicos controlarem a concorrência, contudo porque nas licitações há diversas oportunidades para aproximação entre os lados ativo e passivo da corrupção, bem como em razão do fato de que, nos certames licitatórios, a concorrência é moldada pelo edital, era esperado que, no segundo grupo, fossem verificados mais elementos indicativos do que no primeiro, o que de fato ocorreu. E a elevada quantidade de casos de cartel em licitação com elementos indicativos de corrupção (69% dos casos estudados ou, mais especificamente, 85% daqueles em sentido estrito) aponta para a provável prevalência da coexistência, no contexto brasileiro, dos dois ilícitos, cartel em licitação e corrupção. Para fins de desenho de uma política repressiva, com a finalidade de melhor adequar as práticas investigativas dos órgãos de controle à realidade enfrentada, é relevante, já no início de investigação, reconhecer qual é o tipo de ilícito que está sendo observado.

Quanto à complexa relação entre os ilícitos, em alguns casos nos quais o material probatório permitia inferir a forma com que os agentes públicos possivelmente ajudavam a prática do cartel, foi possível verificar que a sinergia entre os ilícitos não apenas mitigava os mecanismos tradicionais de detecção, como, por exemplo, estruturas internas de controle, como também modificava, de maneira essencial, a própria prática do cartel.

Houve casos em que, possivelmente: o processo de sindicância sobre a regularidade da contratação foi terminada de forma célere, a fim de dar aparência de legitimidade ao certame⁵⁶⁰; em que os agentes públicos acertaram, previamente com os agentes econômicos, os vencedores e a forma de pagamento, a fim de melhor acomodar os

⁵⁵⁷ Dessa maneira: “Existe corrupção na Prefeitura de Rio Grande”, bem como que a sua empresa “foi impedida de participar de processos licitatórios em face da denúncia ao Ministério Público” (CADE, 2007a, p. 156).

⁵⁵⁸ Assim: “Fundamental, contudo, ressaltar que parcela significativa das condutas identificadas na denúncia apresentada pelo MPE-RS refere-se a possíveis ‘fraudes a licitações’, não caracterizáveis como infrações à Lei 8.884/94, tais como: (i) corrupção de servidores públicos, visando ao direcionamento das licitações e à formalização de aditivos contratuais.” (CADE, 2014a, p. 7106).

⁵⁵⁹ Pelo menos nos seguintes casos, conforme é possível depreender do “APÊNDICE E – CASOS DE CARTEL EM LICITAÇÃO EM QUE FORAM VERIFICADOS ELEMENTOS INDICATIVOS DE CORRUPÇÃO”: Cartel de Construtoras em Licitação da SABESP (CADE, 2015c, 2610), Cartel de Aquecedores Solares (CADE, 2015f, p. 2075), Cartel de Insumos Para Medicamentos Retrovirais (CADE, 2016a, p. 7), Cartel de Lavanderias no Rio de Janeiro (CADE, 2016b, p. 8), Cartel dos Laboratórios de Hemoderivados (CADE, 2016c, p. 107).

⁵⁶⁰ Seria o caso dos autos nº 08012.009118/1998-26, relativo ao Cartel em Licitação na Petrobras.

interesses envolvidos⁵⁶¹; em que uma determinada certificação específica teria sido concedida de maneira a, conforme compreendido pelo CADE, viabilizar a prática de cartel e a exclusividade de seus membros para participarem das contratações⁵⁶²; em que os agentes públicos teriam sido decisivos para coagir o vencedor do certame a aderir ao esquema ilícito e desistir da licitação, de forma com que o segundo colocado fosse contratado, pagando-se um valor consideravelmente superior do inicialmente previsto⁵⁶³; ou, ainda, possibilitar uma contratação específica por um valor mais do que quatro vezes superior a contratações congêneres, sem mecanismos efetivos de controle que possibilitassem aferir se os serviços estavam sendo adequadamente prestados⁵⁶⁴.

São exemplos que confirmam a complexidade dos casos em que coexistem as práticas de cartel e de corrupção, no sentido de que a sinergia verificada entre os ilícitos os transforma, tornando ainda mais difícil a atividade de persecução. Nesses casos, a sobreposição dos ilícitos não apenas é essencial para viabilizar seu sucesso, mas também altera profundamente a efetividade dos mecanismos de identificação do cartel em licitação, devendo, por isso, ser objeto de atenção específica das autoridades que exercem o controle dessas práticas. E, diante da necessidade e da complexidade, os resultados desta pesquisa sugerem que é mais eficiente, em investigações futuras, na dúvida, partir da premissa de que os dois ilícitos estejam presentes. Isso pode fazer uma diferença considerável nos resultados.

Dessa maneira, o estudo de casos confirma as hipóteses de pesquisa levantadas, de maneira a indicar uma relação não apenas *necessária*, mas também *complexa* entre agentes econômicos cartelizados e agentes públicos corruptos nas licitações.

2.3 Análise da jurisprudência do CADE sobre os cartéis em licitação

O estudo da jurisprudência do CADE nos casos de cartel em licitação revelou um rico material que, uma vez organizado, ajudará na construção de uma política pública repressiva mais eficiente, seja para combater o próprio ilícito antitruste, seja para, quando houver sobreposição, também ser realizada a persecução da corrupção nas licitações públicas. Nesse sentido, foram selecionados os seguintes temas, os quais serão analisados no presente tópico, a partir das decisões proferidas pelo CADE nos processos administrativos estudados,

⁵⁶¹ Caso do Cartel das Empresas de Ônibus do Rio de Janeiro, processo nº 08012.006989/1997.

⁵⁶² Como no processo administrativo nº 08012.009611/2008-51, Cartel de Portas Giratórias.

⁵⁶³ É justamente o que pode ter ocorrido no processo nº 08012.009885/2009-21, caso do Cartel de Construtoras em Licitação da SABESP/SP.

⁵⁶⁴ Como no processo administrativo nº 08012.000030/2011-50, caso do Cartel na Manutenção de Frota de Veículos no Rio de Janeiro.

bem como a partir do material probatório ali contido: (i) mercado relevante, (ii) padrão de instrução probatória utilizada para a condenação, (iii) corrupção e fluxo de informações entre SBDC, Polícias e Ministérios Públicos, bem como (iv) distinção entre os cartéis em licitação e outras fraudes.

Deve-se perceber que a avaliação histórica das decisões sobre os temas indicados revela, de maneira direta, a própria evolução da aplicação da política de defesa da concorrência no país, bem como o amadurecimento institucional do CADE.

2.3.1 Mercado relevante

A definição de mercado relevante costuma ser o primeiro passo de qualquer análise de processo do controle antitruste, seja no âmbito de condutas, seja no de estruturas, para delimitação e compreensão dos efeitos derivados daquilo que foi praticado pelos agentes econômicos. Mas não apenas: durante muito tempo, órgãos de defesa da concorrência do mundo, incluindo o CADE, deram veemente ênfase nessa etapa da análise concorrencial, a ponto de reforçarem, quase como uma verdade absoluta, as premissas derivadas da aplicação de índices de concentração como o CR4 e o HHI⁵⁶⁵.

Nos últimos anos, a definição de mercado relevante e a adoção de parâmetros de concentração como premissas incontrastáveis de toda e qualquer análise antitruste perderam força⁵⁶⁶. A realidade é muito mais complexa do que a capacidade de o CR4 ou o HHI

⁵⁶⁵ O CR4 (*Concentration Ratio "n"*) é a soma do *market share* das quatro maiores empresas do mercado. Quando esse índice for igual ou superior a 75%, significa maior probabilidade de as empresas exercerem coordenadamente seu poder de mercado. Era o patamar utilizado, por exemplo, no antigo guia de concentração horizontal do SBDC, entabulado na Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001. Segundo constava no referido documento, casos em que o CR4 era menor que 75% e a participação de mercado inferior a 20%, o parecer deveria ser favorável à realização da operação (SEAE; SDE, 2001, p. 7). O HHI (*Herfindahl-Hirschman Index*) é utilizado no atual guia de concentração horizontal do CADE, datado de julho de 2016 e é representado pela soma do quadrado das participações de mercado de todas as empresas. O valor máximo, portanto, é de 10.000 pontos, considerada uma situação hipotética de monopólio. Está convencionado que mercados não concentrados apresentam HHI abaixo de 1500 pontos, mercados moderadamente concentrados têm HHI entre 1.500 e 2.500 pontos, enquanto mercados altamente concentrados, os quais demandariam maior atenção das autoridades de defesa da concorrência, detêm pontuação superior a 2500 (CADE, 2016n, pp. 24-25).

⁵⁶⁶ O DOJ e a FTC, em 19 de agosto de 2010, por exemplo, publicaram a atual edição do seu guia, com o objetivo de proporcionar maior clareza e praticidade na análise de atos de concentração. Sobre o documento, a doutrina ressaltou, entre algumas mudanças, o reconhecimento das limitações da definição de mercado, o que sugere a necessidade de as autoridades de defesa da concorrência ficarem menos atreladas a uma estreita delimitação do mercado relevante e mais focadas na análise dos efeitos prejudiciais à concorrência decorrentes da operação (TITO; ARASHIRO, 2010). Ainda, verifica-se que o guia de concentração horizontal brasileiro hoje expressamente flexibiliza a utilização do HHI em alguns casos: “O uso do HHI será flexibilizado: (i) se houver indício de coordenação entre os agentes de mercado; (ii) se uma das partes for uma empresa do tipo maverick, ou apresentar estratégia disruptiva; (iii) quando a fusão envolver entrante potencial ou recente; (iv) se existir significativa participação cruzada entre as requerentes e suas concorrentes, (v) nos casos em que o grau de

anteverem os problemas concorrenciais decorrentes de uma conduta ou de um acordo de estruturas. O tempo fez com que as autoridades da concorrência constatassem que basta um erro na delimitação do mercado relevante para que toda a matemática decorrente das fórmulas dos índices seja inútil, e, em alguns casos, há dúvidas sensíveis na fixação das dimensões do mercado relevante⁵⁶⁷. Mas não apenas.

A experiência das autoridades de defesa da concorrência também foi útil para apontar a desnecessidade da definição de mercado relevante em determinados casos de condutas, como nos chamados cartéis *hardcore* ou clássicos, para os quais, segundo o entendimento do CADE, a conduta é punível pelo seu próprio objeto. E cartéis em licitação, como visto, é justamente um dos exemplos indicados pela OCDE como de cartel *hardcore*⁵⁶⁸. Essa evolução é perceptível ao se analisar o histórico das decisões de cartel em licitação do CADE de 1994 até 2019.

Nos primeiros casos estudados, especificamente o Cartel em Licitação na Petrobras e o Cartel das Empresas de Ônibus do Rio de Janeiro, percebe-se intensa discussão sobre como deveria ser definido o mercado relevante nos casos de cartel em licitação. Para os representados, em regra, a argumentação parte da premissa de que eles não teriam participação de mercado suficiente para a prática do cartel, considerando-se seus respectivos *market shares* em uma definição de mercado relevante ordinária, a qual não levaria em conta o contexto específico da licitação. Contudo, desde o primeiro caso, essa tese foi rechaçada pelo CADE. O voto do conselheiro Afonso Arinos no procedimento 08012.009118/1998-26, referente à Petrobras, talvez seja o mais didático. Nele, é expressamente pontuado que a

concentração não refletir a real dinâmica concorrencial (vide seção 4.3), (vi) se a fusão aumentar o poder de portfólio (vide seção 2.5.3), entre outros” (CADE, 2016n, p. 27).

⁵⁶⁷ Paula Forgioni lembra que inexistente “fórmula matemática para a determinação do mercado relevante, mas apenas métodos que acabam por nos fornecer indicativos que, utilizados de forma conjugada, auxiliam-nos nessa tarefa. Vale, sempre, a advertência de Sullivan: ‘[...] as relações econômicas raramente são tão simples a ponto de autorizar a definição de mercado relevante com exatidão e segurança. Não existe, para cada modelo, um único, real, mercado esperando para ser descoberto’” (FORGIONI, 2015, p. 213). E comenta caso famoso do antitruste brasileiro, envolvendo a Mate Leão e a Coca-Cola, no qual, a depender da definição de mercado relevante adotada, mais especificamente na dimensão produto, a análise do CADE poderia mudar completamente: “as requerentes, que pleiteavam a aprovação da aquisição da tradicional Mate Leão pela Coca-Cola, alegaram que, de início, o mercado relevante a ser considerado seria o ‘mercado de bebidas não alcoólicas, que inclui bebidas carbonadas à base de colas, outras bebidas carbonatadas, água, sucos de frutas prontos para beber ou concentrados, refrescos, chás prontos para beber, isotônicos, sucos de frutas não concentrados’, e, ‘possivelmente, inclusive, todas as bebidas comercializáveis’. As mesmas partes admitiram, contudo, a hipótese de outra análise, considerando os segmentos de mate e ice tea. No Brasil, Mate Leão é tradicional marca de chá-mate, enquanto a Coca-Cola, indiretamente, está ligada ao Nestea (em virtude de joint-venture mundial com a Nestlé) [...] O CADE afirmou que os consumidores percebiam ambas as marcas como substitutas decidindo, primeiramente, que o mercado proposto, de bebidas não alcoólicas, era de ‘abrangência desarrazoada’. O mercado relevante seria o de chás prontos para beber e os guaranáis não gaseificados” (FORGIONI, 2015, p. 221).

⁵⁶⁸ Vide item 1.1.3, “Os cartéis”.

concorrência da licitação deve ser analisada especificamente, portanto em consideração apenas dos participantes do respectivo certame. As eventuais discussões de poder ou de participação de mercado, nesse sentido, devem ser atinentes à realidade verificada na licitação⁵⁶⁹. No processo administrativo nº 08012.006989/1997-43, caso do ônibus no Rio de Janeiro, o mercado relevante já é estabelecido especificamente como sendo de “mercado de licitações das linhas de transporte coletivo urbano nº 261, 780 e 675”⁵⁷⁰.

Em seguida, nos casos avaliados, é perceptível um segundo momento da definição de mercado relevante nos cartéis em licitação. Os órgãos que compõem o SBDC consolidam a tese de que a concorrência ocorre no certame licitatório e, portanto, uma definição de mercado relevante tradicional, sem observar as especificidades do edital, estaria equivocada. Como exemplos, podem ser mencionados os casos do Cartel de Órtese e Prótese, processo administrativo nº 08012.008507/2004-16⁵⁷¹, e do Cartel no Mercado de Aquecedores Solares, processo administrativo nº 08012.001273/2010-24, em que ou a SDE ou o próprio CADE, claramente, definem a tese prevalente, com destaque para este último caso no qual, de maneira detalhada, o voto condutor do conselheiro Márcio de Oliveira Júnior contrapõe as duas teses, chamando a atenção para o fato de que os próprios requisitos estabelecidos na

⁵⁶⁹ Assim: “Na prática, numa licitação de propostas fechadas com uma etapa anterior de habilitação prévia de candidatos, como foi o caso nesse Processo, duas possibilidades devem ser consideradas. O mercado relevante deve incluir somente aqueles ofertantes cujo controle deveria estar nas mãos de um monopolista hipotético para viabilizá-lo como monopolista pleno. Conforme o mecanismo de apresentação das ofertas permita ou não aos candidatos habilitados saberem de antemão quais deles efetivamente irão submeter propostas, o mercado relevante será, portanto, menos ou mais amplo. Se o mecanismo de submissão das propostas for tal que seja impossível para cada candidato habilitado saber quais dos outros candidatos efetivamente submeterão propostas, então o mercado relevante deve incluir a oferta de todos os candidatos previamente habilitados. Se, de outro modo, o mecanismo de submissão de propostas permitir que cada candidato habilitado descubra quais dentre eles oferecerão propostas, então o mercado relevante deve incluir somente a oferta destes último” (CADE, 2001, p. 2155).

⁵⁷⁰ Dessa forma, delimitaram o mercado relevante a SEAE, “Assim, percebe-se que o mercado relevante da licitação é caracterizado no momento do confronto entre as diversas empresas pretendentes, em que cada uma procura oferecer as melhores condições ao Estado, para, vencendo, excluírem as demais, e operarem o serviço licitado conforme o contrato. Deste modo, o mercado relevante adotado no presente Processo Administrativo é o das licitações das linhas municipais de ônibus 261, 780 e 675” (CADE, 2005a, p. 1080); a SDE, “tendo em vista que a prática ora imputada às representadas refere-se a suposto ajuste de vantagens e combinação de preços previamente a concorrências públicas, decide-se adotar como mercado relevante do presente Processo Administrativo as licitações das linhas de transporte coletivo urbano nº 261, 780 e 675” (CADE, 2005a, p. 1322); e o CADE, pelo voto condutor do conselheiro relator, Luiz Alberto Scaloppe, “dado que o mercado relevante abrange apenas as licitações das linhas de transporte coletivo urbano nº 261, 780 e 675, as empresas interessadas em disputar a permissão ficam regionalizadas, por isso as participantes dos três certames foram praticamente as mesmas” (CADE, 2005a, p. 1439).

⁵⁷¹ Nesse sentido, segundo a SDE, a partir de citação de posicionamento da SEAE: “O ambiente concorrencial se dá na fase de licitação pública no qual as diversas empresas se qualificam como potenciais prestadores e ou fornecedores e, através da apresentação de propostas individuais, concorrem para executar o contrato em questão. Ultrapassada a licitação, com a assinatura do Contrato, cabe ao vencedor somente cumprir o que estava previsto no edital” (CADE, 2014f, p. 2933).

licitação pelo órgão público funcionam como delimitadores dos agentes que participam no certame licitatório e, conseqüentemente, do mercado relevante⁵⁷².

Por fim, é notado um terceiro momento da discussão sobre mercado relevante nesses casos, que é, justamente, o da não definição. A autoridade de defesa da concorrência considera desnecessárias maiores análises acerca do mercado relevante e, conseqüentemente, das participações e poder de mercado, pelo cartel em licitação se tratar de infração por objeto, sendo, assim, suficiente a comprovação da materialidade, ou seja, do acordo existente entre os concorrentes, para a condenação. O primeiro caso de cartel em licitação condenado e identificado nesse sentido foi o do Cartel de Lavanderias no Rio de Janeiro, processo administrativo nº 08012.008850/2008-94⁵⁷³. Poderia também ser citado como exemplo o caso do Cartel dos Laboratórios de Hemoderivados, processo administrativo nº 08012.003321/2004-7⁵⁷⁴. Desde então, a discussão, no CADE, de mercado relevante em cartéis em licitação arrefeceu.

2.3.2 Padrão de instrução probatória

A análise do “padrão de instrução probatória”, utilizada pelo CADE para punir os casos de cartel em licitação, também é útil, pois permite compreender a forma com que os processos administrativos foram instruídos e, mais especificamente, como as provas chegaram aos autos para que a autoridade de defesa da concorrência tomasse aquela decisão. Não será

⁵⁷² Assim: “Reconheço que o mercado comum de aquecedores, considerando a parcela situada fora das licitações em comento, possui características que poderiam diluir o poder de mercado das Representadas e dificultar eventual formação de cartel. Entretanto, as licitações organizadas pela CDHU constituem um mercado específico, destinado a abastecer um só cliente: o ente público. (...) Em se tratando de cartel em licitação, tem-se que o mercado relevante é delimitado pelas próprias licitações analisadas. Nesse sentido, uma vez que a CDHU, entidade promotora dos processos licitatórios em questão, determinou as especificações técnicas dos produtos (fls. 43/45 e 4001/4003), considera-se que o produto é homogêneo e que tais especificações excluem grande parte de potenciais fornecedores diante da impossibilidade de montar um kit consistente com todas as exigências do edital. Por isso, na existência de uma licitação, não há a pulverização do mercado, diante do pequeno número de agentes aptos a ofertar os produtos naquelas especificações requeridas pela Administração” (CADE, 2015f, p. 6961).

⁵⁷³ Nesse sentido, trecho do voto condutor da Conselheira Ana Frazão: “Parte dos representados argumentou que não seria possível concluir pela existência de infração à ordem econômica, em razão da inexistência de poder de mercado das empresas supostamente envolvidas no cartel. A alegação não merece prosperar. Isso porque o cartel constitui conduta ilícita por objeto, de forma que é suficiente a comprovação da materialidade, de que se infere seu potencial lesivo, conforme jurisprudência consolidada do CADE. Nesse contexto, análises de estruturas de mercado, definições de mercado relevante ou considerações do poder de mercado dos agentes tornam-se completamente desnecessárias” (CADE, 2016b, p. 142).

⁵⁷⁴ Dessa forma, trecho do voto condutor do conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo: “Relembra-se que este Conselho já se manifestou reiteradas vezes no sentido de que cartel é uma conduta reprovável por si só, sem a necessidade de efeitos, ao que a lei chama de infração por objeto ilícito. Nestes casos, são totalmente desnecessárias análises acerca das estruturas de mercado e de definições de mercado relevante, bem como considerações de poder de mercado dos agentes para que se possa determinar a presunção de ilicitude da conduta” (CADE, 2016c, p. 176).

objetivo deste tópico, exatamente, detalhar todas as provas utilizadas para fundamentar as decisões, mas identificar a proveniência do material probatório principal que fundamenta, em cada caso, a aplicação das sanções.

Em um primeiro grupo de casos, estão aquelas condenações nas quais (i) as próprias cópias dos procedimentos de licitação, sobretudo das propostas entregues pelos licitantes, obtidas diretamente pelo CADE, constituem o arcabouço probatório principal para a análise antitruste. Como visto, as autoridades de defesa da concorrência identificam um conjunto de sinais que constam na documentação dos processos de licitações e que indicam a existência de conluio⁵⁷⁵. Citem-se como exemplos⁵⁷⁶ desse grupo de casos os processos administrativos nº 08012.006199/2009-07, Cartel dos Materiais de Construção (Prefeitura de Lages/SC)⁵⁷⁷, e nº 08012.008507/2004-16, Cartel de Órtese e Prótese⁵⁷⁸.

Em seguida, observa-se um segundo grupo de casos para os quais, (ii) além das cópias dos procedimentos licitatórios, a autoridade de defesa da concorrência precisou de outros elementos probatórios para chegar à condenação. Este grupo pode, didaticamente, ser subdividido em três tipos de processos: (ii.a) aqueles em que foram revelados pela imprensa ou pelo próprio órgão licitante instrumentos contratuais, firmados entre os licitantes, que mitigavam entre si a competitividade no certame; (ii.b) aqueles nos quais o SBDC adotou pelo menos uma das seguintes medidas para corroborar os fatos: buscas e apreensão, leniência ou TCC; por fim, (ii.c) aqueles em que a instrução contou com cópias de procedimentos de investigação criminal ou cível oriundos da Polícia ou do Ministério Público⁵⁷⁹.

⁵⁷⁵ Vide item 1.1.4, “Os cartéis em licitação”.

⁵⁷⁶ Pertence a esse grupo, ainda, o processo administrativo nº 08012.009645/2008-46, Cartel em licitação aquisição de alimentos para fins especiais.

⁵⁷⁷ O voto condutor do Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, seguindo posicionamento da SDE, verifica na documentação acostada “evidências sobre a comunicação entre concorrentes”, detalhando os seguintes pontos: (i) “similitude de preços e de erros de ortografia em diversos itens dos lotes”, (ii) “identidade de diferenças em faixas dos preços ofertados”, (iii) “similitude da identidade visual das propostas” e (iv) “similitude na disposição visual das tabelas de preços”. Além disso, como “evidências econômicas sobre a atuação concertada dos concorrentes”, foram consideradas a “existência de sócios em comum em empresas concorrentes” e a “proximidade familiar entre concorrentes” (CADE, 2014h, p. 4611-4686).

⁵⁷⁸ O voto condutor do conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, para além da identidade de preços em propostas, que constituía forte indício de que as empresas combinavam a atuação nas licitações, chamou atenção também para a elaboração de recursos idênticos entre os licitantes. Assim: “Ademais, no âmbito da Carta Convite nº 01/2004, quando o INSS de Osasco (SP) decidiu desclassificar todas as empresas licitantes por terem apresentado propostas idênticas (fis. 932), as participantes Ortopedia Americana, Ortopedia Alemanha, Ortopedia A Especialista, Ortolab e Ortopedia Fubeile apresentaram recursos administrativos idênticos, com redação idêntica, inclusive com as mesmas palavras, negritos, vírgulas e exclamações. A única explicação plausível para apresentação de recursos idênticos é que as empresas estejam em comunicação entre si. Não há como justificar tal comportamento de forma razoável e racional que não seja com a existência de um cartel” (CADE, 2014f, p. 3024).

⁵⁷⁹ Em alguns casos desse último grupo, houve também, por parte do SBDC, instrução a partir de busca e apreensão, leniência ou TCC, ou seja, é possível que haja uma relação de continência entre os grupos (ii.c) e

No grupo de casos (ii.a), estão os processos administrativos nº 08012.009118/1998-26, Cartel em Licitação na Petrobras, nº 08012.006989/1997-43, Cartel das empresas de ônibus do Rio de Janeiro”, e nº 08012.009885/2009-21, Cartel de Construtoras em Licitação da SABESP/SP. Nos dois primeiros casos aqui citados, que são também os primeiros casos de cartel em licitação condenados pelo CADE, os documentos foram revelados a partir de matérias produzidas, respectivamente, pelos jornalistas Ricardo Boechat, veiculada no jornal *O Globo*, de 12 de novembro de 1998, e Marcelo Moreira, no *Jornal do Brasil*, de 25 de outubro de 1997. No caso relacionado à SABESP, foi a própria empresa estatal que, ao ter ciência do documento, encaminhou representação ao CADE⁵⁸⁰.

No grupo de casos (ii.b), em que se verifica, de fato, uma proatividade instrutória por parte dos entes e dos órgãos que compõem o SBDC, consta, por exemplo, o processo administrativo nº 08012.002127/2002-14, Cartel das Britas, no qual ocorreu a primeira busca e apreensão da história do CADE. Estão também neste grupo⁵⁸¹ alguns casos de cartéis internacionais, condenados também pelos dispositivos referentes ao cartel em licitação, para os quais se verifica o padrão de assinatura de leniências e TCCs, bem como a realização de busca e apreensão para fins de complementação da instrução. Nesse sentido, é possível mencionar os processos administrativos nº 08012.010932/2007-18, Cartel das Mangueiras Marítimas, nº 08012.001376/2006-16, Cartel do GIS (*Gas-Insulated Switchgear*), e nº 08012.001377/2006-52, Cartel do AIS (*Air-Insulated Switchgear*).

Por fim, percebe-se que, no terceiro grupo (ii.c), para além da instrução probatória realizada pelo CADE, foram relevantes, para as condenações, as provas colhidas na esfera criminal ou cível pela Polícia ou pelo Ministério Público. Os fatos foram também investigados, de maneira prévia ou concomitante, por esses outros órgãos, e o material ali colhido foi compartilhado com o SBDC. É possível destacar aqui⁵⁸² os processos administrativos nº 08012.001826/2003-10, Cartel dos Vigilantes, nº 08012.011853/2008-13,

(ii.b): casos que utilizaram prova emprestada produzida pelo Ministério Público e pela Polícia podem ter tido também as referidas medidas.

⁵⁸⁰ Assim consta em ofício encaminhado pela SABESP à SDE, em 8 de dezembro de 2009: “No entanto, esta Companhia tomou conhecimento dos termos do Instrumento Particular de Constituição de Sociedade em Cotas de Participação de Propósito Específico (doc. 04), celebrado entre a SAENGE e a CONCIC, pelo qual a primeira se associou à segunda para a execução conjunta das obras objeto do contrato CSO 53.542/07. Vale notar que a data do contrato de constituição dessa sociedade coincide com o termo final do prazo oferecido à CONCIC para apresentação da documentação solicitado pela Comissão de Licitação (04/06/2008). Isso sugere que possa ter ocorrido algum tipo de acordo entre ambas as empresas, antes mesmo do encerramento da licitação, dividindo-se entre elas as obras então em licitação” (CADE, 2015c, p. 4).

⁵⁸¹ Podem, ainda, ser inseridos nesse grupo os processos administrativos nº 08012.009611/2008-51, Cartel das Portas Giratórias, e 08012.005882/2008-38, Cartel de Extração de Sal no Rio Grande do Norte.

⁵⁸² Também seria possível citar os processos administrativos nº 08012.000030/2011-50, Cartel na Manutenção de Frota de Veículos no Rio de Janeiro, 08012.009382/2010-90, Cartel de Obras Públicas no PR – APEOP, e 08012.001273/2010-24, Cartel no Mercado de Aquecedores Solares.

Cartel do Lixo de Prefeituras do Rio Grande do Sul, 08012.008821/2008-22, Cartel de Insumos para Medicamentos Retrovirais, 08012.008850/2008-94, Cartel de Lavanderias no Rio de Janeiro, e 08012.003321/2004-71, Cartel de Laboratórios de Hemoderivados. O processo administrativo nº 08012.010362/2007-66, Cartel no Mercado de Cargas Aéreas, é um exemplo de atuação cível do MPF no Distrito Federal que, depois, resultou em condenação de cartel no CADE.

2.3.3 A corrupção e o fluxo de informações entre Ministérios Públicos, Polícia e o SBDC

O estudo dos processos administrativos do CADE em que os agentes econômicos foram condenados por cartel em licitação também permitiu avaliar, quando presentes “elementos indicativos de corrupção”, como ocorreu o fluxo de informações entre os diversos órgãos responsáveis por investigar os diferentes tipos de ilícitos.

Como visto, ao SBDC compete a aplicação das sanções administrativas pelos ilícitos anticompetitivos, no caso o cartel em licitação, enquanto a repressão à corrupção, antes da Lei 12.846/2013, era majoritariamente descentralizada na atuação de diversos MPs e Polícias, federal ou estaduais⁵⁸³. Após a Lei Anticorrupção, a essa difusão de órgãos, adicionou-se a responsabilidade pela aplicação das sanções previstas nesse diploma legal, que, como visto, na esfera do Executivo federal, por exemplo, foi centralizada na CGU, mas pode variar tanto quanto o ente federativo (União, estados e municípios), como quanto o respectivo Poder afetado (Executivo, Legislativo ou Judiciário).

Dessa forma, é esperado que, quando uma investigação se inicie na Polícia e no Ministério Público e se descubram elementos que indiquem a prática de cartel, aqueles órgãos encaminhem para o CADE, autoridade administrativa competente, informações acerca do caso para adoção das providências cabíveis. Semelhantemente, quando o CADE, no bojo dos seus procedimentos concorrenciais, vislumbra a prática de corrupção, deve comunicar os fatos a essas autoridades para que as medidas pertinentes, na área cível ou na criminal, sejam adotadas. Pela difusão de órgãos da Polícia e do Ministério Público, que contrasta com a unidade da autoridade de defesa da concorrência brasileira, é possível conjecturar que o CADE receberia mais representações do que ofereceria a esses órgãos. Neste tópico, esse é um dos pontos confirmados pela pesquisa.

⁵⁸³ Vide itens 1.1.5, “As estruturas de governança estatais de combate aos cartéis em licitação”, e 1.2.5, “As estruturas de governança estatais de combate à corrupção em licitação”.

Entre os casos em que, a partir da análise dos autos antitruste, é possível depreender esse fluxo de informações, foram identificados pelo menos quatro casos em que o CADE encaminhou cópias dos seus processos para a Polícia e/ou o Ministério Público, a fim de que investigassem a possível prática de corrupção ou de ilícitos correlatos, como fraude à licitação. São os seguintes autos: nº 08012.009118/1998-26, Cartel em licitação da Petrobras, nº 08012.001826/2003-10, Cartel dos Vigilantes, nº 08012.009611/2008-51, Cartel de Portas Giratórias, e nº 08012.006199/2009-07, Cartel dos Materiais de Construção (Prefeitura de Lages). Na maioria deles, o encaminhamento ocorreu após o julgamento da conduta anticompetitiva pelo Tribunal, portanto se trata de determinação exarada na decisão, com exceção do caso do Cartel dos Vigilantes, no qual se identificou ainda no decorrer da instrução um ofício encaminhado à Polícia Federal para apurar possível prática de corrupção⁵⁸⁴.

Em sentido oposto, há pelo menos nove casos⁵⁸⁵ em que o CADE recebeu da Polícia e/ou do Ministério Público cópias de suas investigações para verificar possível prática de cartel. E pelas peças acostadas nos autos administrativos antitruste, depreende-se que, na maioria desses casos, a remessa ocorreu após o oferecimento da denúncia, em investigações da esfera criminal⁵⁸⁶, ou após a propositura da inicial da ação civil pública na investigação civil identificada⁵⁸⁷. Em nenhum dos casos aqui até então mencionados, é possível depreender uma atuação conjunta entre os órgãos do SBDC e de repressão criminal, Polícia e Ministério Público. Cada um realizou suas investigações sem, aparentemente, intercâmbio de informações. Contudo, em três casos, a partir da documentação acostada nos autos, é possível

⁵⁸⁴ Consta no referido ofício, assinado pelo então chefe de gabinete da SDE, Arthur Badin: “A possível formação de cartel para fraudar licitações públicas está sendo investigada pela SDE em processo administrativo instaurado nos termos do art. 32 da Lei 8884/94 em face de fortes indícios da prática infrativa, que são objeto também de investigação pela Polícia Federal no Rio Grande do Sul (Delegado Isbarrola). Ao menos em tese, segundo literatura sobre o tema, é comum que as empresas de um cartel se valham da corrupção de órgãos públicos para perseguir a empresa que não cumpre ou atrapalha o acordo ilícito firmado entre elas. Maiores informações sobre o caso e o curso das investigações conduzidas pela SDE podem ser obtidas com a Dra. Alessandra Reis, Coordenadora-Geral de Análise de Infrações nos Setores de Infra-estrutura e Serviços do-Departamento de Proteção e Defesa Econômica desta Secretaria” (CADE, 2007a, p. 4275).

⁵⁸⁵ São eles, na ordem em que foram julgados: 08012.011853/2008-13, Cartel do Lixo de Prefeituras do Rio Grande do Sul, 08012.010362/2007-66, Cartel no Mercado de Cargas Aéreas, 08012.008184/2011-90, Cartel de Empresa de Trânsito em Jahu/SP, 08012.001273/2010-24, Cartel no Mercado de Aquecedores Solares, 08012.000030/2011-50, Cartel na Manutenção de Frota de Veículos no Rio de Janeiro, 08012.008821/2008-22, Cartel de Insumos para Medicamentos Retrovirais, 08012.008850/2008-94, Cartel de Lavanderias no Rio de Janeiro, 08012.003321/2004-71, Cartel de Laboratórios de Hemoderivados, e 08012.009382/2010-90, Cartel de Obras Públicas no PR – APEOP.

⁵⁸⁶ Verificou-se isso pelo menos nos seguintes casos: 08012.011853/2008-13, Cartel do Lixo de Prefeituras do Rio Grande do Sul, 08012.008821/2008-22, Cartel de Insumos para Medicamentos Retrovirais, 08012.008850/2008-94, Cartel de Lavanderias no Rio de Janeiro, 08012.003321/2004-71, Cartel de Laboratórios de Hemoderivados, e 08012.009382/2010-90, Cartel de Obras Públicas no PR – APEOP.

⁵⁸⁷ Que é o processo administrativo nº 08012.010362/2007-66, Cartel no Mercado de Cargas Aéreas.

depreender que os procedimentos investigatórios caminharam de maneira concomitante e com parceria entre os entes.

Nos processos administrativos nº 08012.009888/2003-70, Cartel dos Gases, nº 08012.006130/2006-22, Cartel de Manutenção Predial, e nº 08700.004617/2013-41, Cartel do Metrô, foi possível identificar parceria investigativa, entre SBDC e MPSP, nos dois primeiros casos, bem como, no terceiro, entre SBDC e MPSP, MPDFT e MPF. As provas, à medida que iam sendo obtidas, como, por exemplo, aquelas decorrentes de interceptação telefônica ou de buscas e apreensões, eram compartilhadas, mediante a devida autorização judicial, com quem estivesse na outra ponta da investigação. Dessa forma, a instrução dos procedimentos em um e outro órgãos ocorreu, aparentemente, de forma concomitante.

2.3.4 Distinção entre os cartéis em licitação e outras fraudes

O cartel em licitação, conforme já mencionado neste trabalho⁵⁸⁸, independentemente de estar associado à corrupção, ofende tanto a livre concorrência, quanto a probidade administrativa, motivo pelo qual se trata de prática punida tanto à luz da Lei 12.529/2011, Lei de Defesa da Concorrência, quanto pela Lei 12.846/2013, Lei Anticorrupção. Além disso, pode ensejar responsabilização específica decorrente das normas de licitação aplicáveis ao caso concreto, para ficar apenas na esfera das sanções administrativas cabíveis a quem pratica o ilícito.

Essa notória conexão entre promoção da concorrência e defesa da probidade administrativa tem feito com que a doutrina estrangeira constantemente chame atenção para a necessidade de os diversos ilícitos em licitação serem diferenciados⁵⁸⁹, bem como de as autoridades de defesa da concorrência estarem atentas à imprescindível troca de informações com outros órgãos da Administração Pública, até como forma de, constantemente, legitimar a

⁵⁸⁸ Vide item 1.1.5, “As estruturas de governança estatais de combate aos cartéis em licitação”.

⁵⁸⁹ Por exemplo, ao analisar a regulamentação da União Europeia, Javier Miranzo Diaz chama atenção para a importância de se distinguir a corrupção de outras formas de fraude à licitação, entre as quais está o cartel, bem como reconhece que a regulamentação europeia peca um pouco nessa diferenciação: “In the field of public procurement, we should differentiate thus between those activities involving corruption - activities as the acceptance and offering of bribes and kickbacks, direct award of the contract, manipulation of the contract in any of its stages, undue modifications, undue restrictions to competition, undue disclosure of confidential, insider or competitive sensitive information, etc. – and those concerning fraud – bid rigging, excessively low tenders, anticompetitive agreements, poor quality of performance, etc. The EU definition fails, in our view, to stress this distinction, and it unnecessarily adds confusion to an already confusing term” (DIAZ, 2017, p. 386).

política antitruste adotada⁵⁹⁰. A existência de zonas de sobreposição, portanto, não é um problema exclusivo do Brasil.

Nesse sentido, era natural encontrar, nesta pesquisa, processos administrativos em que o SBDC, por meio dos seus órgãos, estabelecesse critérios para distinguir o cartel de outros tipos de fraudes a licitações, a fim de ratificar ou não a sua legitimidade para o caso concreto. Em pelo menos três oportunidades, a SDE ou o Tribunal do CADE esclareceram se agentes econômicos licitantes, com sócios em comum ou com parentes entre si, pertencentes aos diversos quadros sociais, poderiam formar um cartel de licitação, o que atrairia a atribuição do CADE, ou configurariam apenas uma fraude à licitação, devendo ser aplicada legislação específica fora da esfera antitruste.

O cerne da questão aqui está em aferir a autonomia dos agentes econômicos para fins da tipificação administrativa do cartel. Como estudado, o cartel é um ilícito em que agentes econômicos autônomos adotam conduta uniforme relevante sob o ponto de vista concorrencial⁵⁹¹. Se esses agentes, por exemplo, participam de um mesmo grupo econômico, de fato ou de direito, a coordenação de suas atividades não configuraria o cartel, embora pudesse continuar a existir algum ilícito licitatório, se, de alguma forma, os licitantes omitissem da Administração essa unidade de controle ou a coordenação na apresentação das ofertas. A competitividade no certame teria sido ofendida, sem, necessariamente, atentar-se contra a livre concorrência.

É possível, em síntese, registrar que o SBDC tem entendido, no mesmo sentido do TCU, que a mera identidade de sócios ou o parentesco entre sócios de diferentes licitantes, por si, não implica ilícito licitatório. No caso do CADE, é preciso verificar se existia ou não, de maneira clara, um mesmo grupo econômico. Em havendo, a combinação de ofertas pode configurar uma fraude à licitação, mas não um cartel, haja vista a possibilidade, sob o ponto de vista concorrencial, de o grupo econômico articular sua atividade empresarial. No caso do

⁵⁹⁰ O que é uma preocupação, por exemplo, expressamente mencionada por William Kovacic no *Background note* do *Roundtable*, organizado pela OCDE, ainda em 2005, sobre ações e recursos das autoridades de defesa da concorrência pelo mundo. Kovacic frisa a importância de a autoridade antitruste não funcionar como uma ilha isolada, mas se preocupar constantemente em se reconhecer como pertencente a um arquipélago, na relação com os demais órgãos de Estado, a fim de reafirmar constantemente a legitimidade de sua política. Assim: “Efforts to formulate effective competition policy increasingly will require competition agencies to study more closely how other government institutions affect the competitive process. Many jurisdictions resemble a policymaking archipelago in which various government bodies other than the competition agency deeply influence the state of competition. Too often each policy island in the archipelago acts in relative isolation, with a terribly incomplete awareness of how its behavior affects the entire archipelago. It is ever more apparent that competition agencies must use non-litigation policy instruments to build the intellectual and policy infrastructure that connects the islands and engenders a government-wide ethic that promotes competition. To build this infrastructure requires competition authorities to make efforts to identify and understand the relevant interdependencies and to build relationships with other public instrumentalities” (OCDE, 2005, p. 45-46).

⁵⁹¹ Vide item 1.1.3, “Os cartéis”.

TCU, o órgão tem afirmado que a mera identidade de sócios não é suficiente para provar a fraude da licitação, devendo ser demonstrada, ainda, a presença de outros elementos⁵⁹².

No processo administrativo nº 08012.006199/2009-07, caso do Cartel de Materiais de Construção (Prefeitura de Lages/SC), o voto condutor do Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior considerou a identidade de sócios entre licitantes e as relações de parentesco como “Evidências econômicas sobre a atuação concertada dos concorrentes”, que se somaram às evidências avaliadas a partir da documentação da licitação, a qual indicava a atuação concertada (CADE, 2014h, p. 4669-4688). Trecho de parecer da SDE é colacionado pelo conselheiro, no qual se esclarece que (i) a existência de sócios em comum, com a clara caracterização de identidade de grupo econômico, não configura infração antitruste, enquanto (ii) a existência de sócios em comum, sem configurar claramente um grupo, e (iii) a presença de relações de parentescos entre os sócios de licitantes diversos podem se enquadrar tanto no ilícito antitruste, quanto em outras fraudes. Contudo, nos casos (ii) e (iii), para fins de condenação no CADE, é preciso que esses elementos sejam complementados com outras provas que indiquem a existência do conluio (CADE, 2014h, p. 4672).

De maneira semelhante, no processo administrativo nº 08012.008184/2011-90, referente ao Cartel de Empresas de Trânsito de Jahu/SP, o conselheiro-relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo considerou a relação de parentesco entre sócios de diversas empresas como elemento adicional para a condenação, que se somou a identidade de diversos documentos apresentados pelos licitantes em certames diferentes. Segundo o conselheiro, foi possível verificar “um ambiente propício à colusão a partir das relações pessoais entre sócios,

⁵⁹² Em trecho da manifestação exarada pela SDE nos autos do processo administrativo nº 08012.009645/2008-46, esses pontos ficaram assim explicitados: “Estando a SG/Cade diante de supostas combinações entre licitantes que claramente integram o mesmo grupo societário, tais fatos não configurariam cartéis em licitações, visto que não se tratariam de empresas concorrentes, sem prejuízo de tais fatos poderem constituir fraude à Lei de Licitações. Aliás, quanto ao tema de participação em licitações de empresas que possuem sócios comuns, a jurisprudência do TCU aponta no sentido de que tal participação não é ilegal ou configura fraude à licitação por si só, salvo em situações específicas em que são presumidos os prejuízos a princípios como o da moralidade ou da impessoalidade. Nesse sentido, destaca-se o Voto do Ministro Marcos Bemquerer Costa: ‘A respeito da participação simultânea de empresas com sócios comuns em licitação, vale frisar que nem os regulamentos próprios das entidades nem a Lei n. 8.666/1993 vedam essa situação. A interpretação teleológica da legislação, especialmente a do princípio da igualdade de condições a todos os interessados, conduz ao entendimento de que o concurso de licitantes pertencentes a sócios comuns somente é irregular quando puder alijar do certame outros potenciais participantes. De acordo com o precedente do Acórdão n. 297/2009 – Plenário, a participação simultânea de empresas com sócios comuns num mesmo certame configuraria irregularidade nos casos de: a) convite; b) contratação por dispensa de licitação; c) existência de relação entre as licitantes e a empresa responsável pela elaboração do projeto executivo; d) contratação de uma das empresas para fiscalizar serviço prestado por outra’ [...] 65. Passando-se agora à questão de participação em licitações de empresas cujos sócios possuem relação de parentesco ou afinidade, novamente não há que se falar em ilegalidade por si só em tal fato. Contudo, como prevalece a presunção fática e jurídica de que se tratam de empresas concorrentes, dado que parentescos entre sócios não qualificam, pela legislação, grupos econômicos, uma suposta combinação prévia entre elas sobre a participação em licitações seria passível de enquadramento na Lei de Defesa da Concorrência, além de também poder constituir fraude à licitação tipificada na Lei nº 8.666/93” (CADE, 2016f, p. 4690).

diretores e representantes de algumas empresas”, além de, expressamente, ter sido afastada a existência de grupo econômico no seguinte trecho “cumpre esclarecer que tais empresas não formam um grupo econômico nem de fato, nem de direito” (CADE, 2015d, p. 2582). Tanto nesse caso, quanto no de Cartel de Material de Construção (Prefeitura de Lages/SC), a relação de parentesco entre os sócios não apenas foi insuficiente para a caracterização do grupo econômico, o que afastaria a prática de cartel, como também foi considerada elemento probatório adicional para a condenação.

Por fim, no processo administrativo nº 08012.009645/2008-46, Cartel em licitação de aquisição de alimentos para fins especiais, o tema foi, novamente, objeto de análise do CADE. Nesse caso, o conselheiro relator, Alexandre Cordeiro, considerou a existência de parentes entre os licitantes como um elemento adicional para a condenação, que se somou a identidade documental em alguns dos certames analisados⁵⁹³. A SDE, por sua vez, reiterou o entendimento adotado pelo CADE nos casos aqui mencionados, de que a existência de sócios ou parentes em comum pode ser um indício a fundamentar a condenação, quando somado a outros elementos que corroborem a atuação concertada dos licitantes⁵⁹⁴.

Em comum nesses casos, no centro dos argumentos expostos pelo CADE, de maneira explícita ou implícita, está a inferência de que, quando houver um cartel, existe um problema concorrencial que justifica a atribuição da autarquia. Por outro lado, se não houve um conluio entre os licitantes, não existem motivos para o CADE atuar, devendo as outras fraudes ser endereçadas pelas demais autoridades competentes.

⁵⁹³ Uma das representadas alegou que “não existe regra jurídica alguma proibindo a participação em licitações de empresas que tenham em seus quadros societários parentes ou afins”. E o conselheiro complementou: “De fato, não há essa restrição, mas somado a outros elementos, é um indício adicional de que as empresas, que deveriam agir com independência, agiram de forma coordenada” (CADE, 2016f, p. 4913).

⁵⁹⁴ Segundo a SDE : “Diante do exposto, tem-se que, de forma geral, ou seja, sem prejuízo de se analisar as especificidades do caso concreto, um parâmetro inicial em termos da competência legal para a atuação antitruste poderia ser assim delineado: (i) Participação em licitações de empresas que possuem sócios comuns e que claramente integram o mesmo grupo societário: não é infração antitruste, pois não se trataria de acordo entre concorrentes, mas pode constituir eventual fraude à Lei nº 8.666/93; (ii) Participação em licitações de empresas que possuem sócios comuns e que não constituem claramente o mesmo grupo societário: pode ser infração antitruste, além de fraude licitatória. A mera participação em licitações de empresas nessa situação não pode ser considerada uma prova de cartel por si só, mas tal identidade de sócios pode ser considerada indício relevante de proximidade entre concorrentes, mas que deve ser cotejado com outros elementos de prova; (iii) Participação em licitações de empresas que possuem sócios com relação de parentesco/afinidade: pode ser infração antitruste, além de fraude licitatória. A mera participação em licitações de empresas nessa situação não pode ser considerada uma prova de cartel por si só, mas tal relação de parentesco e/ou afinidade entre sócios pode ser considerada um indício relevante de proximidade entre concorrentes, indício esse a ser cotejado com outros elementos de prova” (CADE, 2016f, p. 4691-4692).

2.4 Propostas para o efetivo combate aos ilícitos em licitação

O objetivo deste tópico é, a partir de algumas noções relacionadas aos sistemas complexos, propor medidas úteis para o combate à corrupção e aos cartéis em licitação no contexto de ilicitude sistêmica. De início, faz-se importante estabelecer algumas delimitações para melhor compreensão da abordagem a seguir proposta.

Os ilícitos de cartel e de corrupção, relacionados às licitações, sobretudo quanto à análise das medidas adotadas por órgãos e entidades, públicos e privados, para o seu combate, podem, para melhor compreensão, ser segmentados nos eixos da prevenção, da detecção e da repressão. Essa divisão, deve-se fazer o registro, é feita para fins meramente didáticos. Não é possível pensar em medidas de combate à corrupção e aos cartéis em licitação de modo estanque, uma vez que a atuação em determinada área, necessariamente, interfere nas outras: a efetivação da repressão promove a prevenção, que por sua vez facilita a detecção, formando um verdadeiro círculo virtuoso em prol do Estado. Além disso, conforme se propõe no presente tópico, uma vez reconhecido o caráter complexo desses problemas, deve-se, também, pelos mesmos motivos, ser avaliada a necessária complexidade das medidas relacionadas ao seu combate. E complexidade é antítese de partes estanques que não interagem entre si e que, em decorrência disso, não tem a sua própria essência modificada.

Feitas essas observações, pode-se mencionar que a prevenção engloba o conjunto de medidas a serem aplicadas com a finalidade de diminuir oportunidades de *rent seeking* para, assim, reduzir os casos de corrupção e de cartéis em licitações. Para tanto, deve-se identificar onde e como ocorrem esses ilícitos, sobretudo quais são os incentivos existentes para serem pagas e recebidas propinas. O presente trabalho, a partir dos capítulos antecedentes, contribui para melhor contextualização desse cenário nas licitações públicas do Brasil. Não há, aqui, soluções simples. Susan Rose-Ackerman e Bonnie J. Palifka, por exemplo, em sua obra *Corruption and Government: causes, consequences and reforms*, debatem uma lista de medidas, apontando seus prós e seus contras. São exemplos: programa de eliminação ou legalização de pagamentos, reformas em programas públicos, mudanças nos sistemas de licitação e até a utilização da privatização, em alguns casos, como ferramenta anticorrupção. Qualquer medida, contudo, conforme pontuam os autores, deve ponderar os custos da corrupção com os custos de sua própria implementação (ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2016, p. 126-127).

Ana Frazão publicou em 2017 artigo intitulado *Direito Antitruste e Direito Anticorrupção: pontes para um necessário diálogo*. Nele, além de abordar a interface entre o

ilícito concorrencial e a corrupção, a autora propõe alguns remédios, separados entre “esfera da autorregulação”, “esfera da cooperação” e “soluções estruturais”. Coincidentemente, os exemplos ali mencionados, em cada uma dessas categorias, podem ser encaixados na classificação ora proposta de medidas preventivas, de detecção e repressivas, de modo que também parece importante citá-los neste trabalho, a fim de reforçar a utilidade didática dessa subdivisão.

Em relação à autorregulação, Frazão destaca a possibilidade da adoção, pelos próprios agentes econômicos, de mecanismos de *compliance* ou de integridade, conjunto de ações seguidas no ambiente corporativo a fim de se monitorar o cumprimento, por parte do ente empresarial, das normas em vigor, de maneira não apenas a propiciar o imediato retorno à legalidade quando ilícitos forem praticados, mas, sobretudo, para evitar que eles ocorram. E, o mais importante, por se tratar de uma solução de dentro para fora, tende a produzir maior efetividade, no sentido de angariar maior comprometimento dos funcionários envolvidos do que medidas estatais. A lei antitruste e a lei anticorrupção possibilitam a inclusão do *compliance* como critério favorável de dosimetria⁵⁹⁵. Para além dessa utilidade, é preciso pensar também outras formas de incentivos à sua adoção, bem como meios de torná-lo mais efetivo e menos oneroso aos agentes econômicos, no que se refere à sua implementação, e aos agentes públicos, quanto ao seu monitoramento (FRAZÃO, 2017b, p. 17-22).

O *compliance*, para ser efetivo, deve ser implementado a partir da crença de que é mais dispendioso não o fazer. É conhecida a frase no meio empresarial, relacionada a programas de *compliance*: “If you think compliance is expensive, try non-compliance”. Conforme lembra Carla Veríssimo, as sociedades empresárias instituem *compliance* para que seus dirigentes e colaboradores exerçam a atividade empresarial dentro das normas, porque chegam à conclusão de que é mais vantajoso obedecer às leis do que violá-las e sofrer consequências⁵⁹⁶. Para que isso funcione, as infrações devem ser descobertas e punidas.

⁵⁹⁵ Assim, vide o art. 45 da Lei 12.529/2011, “Na aplicação das penas estabelecidas nesta Lei, levar-se-á em consideração: (...) II - a boa-fé do infrator” (BRASIL, 2011), bem como o art. 7º da Lei 12.846/2013, no qual, diferentemente da Lei do CADE, o *compliance* está previsto expressamente como “mecanismos internos de integridade”: “Serão levados em consideração na aplicação das sanções: [...] VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica” (BRASIL, 2013a).

⁵⁹⁶ Outro aspecto, relacionado ao custo de se instituir ou não um programa de *compliance*, é o reputacional: trata-se de prática, em regra, bem avaliada pelo mercado, motivo pelo qual determinados agentes preferem contratar com quem tenha um sistema de *compliance* implementado, fato que também entra no cálculo dos prós e contras. Nesse sentido, Vinícius Carvalho e Francisco Mendes comentam: “Por terem se tornado tão importantes, os programas de compliance passaram a representar uma vantagem competitiva relevante. Os agentes do mercado tendem, cada vez mais, a preferir contratar com empresas que apresentem uma estrutura bem delineada de compliance, uma vez que ela confere maior segurança às operações. Mais do que um diferencial, investir em programa de compliance tende a se tornar uma necessidade” (CARVALHO; MENDES, 2017, p. 125-126).

Segundo Veríssimo, “sem enforcement, sem sanções, sem riscos e consequências danosas pelo descumprimento de normas, não haverá efetividade nos programas de compliance. Eles podem até existir, mas apenas no papel” (VERÍSSIMO, 2020, p. 419-424). Não há, portanto, como falar em *compliance* sem pensar na efetividade da detecção e da repressão, ponto que reforça a complexidade na implantação dessas medidas.

O *compliance* pode ser identificado como uma medida preventiva, visto que seu objetivo principal é evitar que determinados ilícitos sejam praticados no ambiente empresarial. Contudo, seria equivocado pensar que isso implica afastar dele aspectos de detecção e de repressão. Ao contrário: os sistemas de *compliance* são estruturados também para que os mecanismos societários de identificação dos ilícitos sejam aprimorados e, uma vez detectados, haja a efetiva punição dos culpados. Não são raros casos, seja na esfera antitruste, seja na anticorrupção, em que as autoridades tiveram conhecimento dos ilícitos a partir da área de *compliance* do próprio agente econômico representante, que tenta, assim, ao revelar o ilícito para as autoridades, candidatar-se como signatário da leniência, de modo a evitar a repressão estatal em relação ao que fora internamente descoberto. Ou seja, para além das medidas preventivas, de detecção e repressivas dialogarem entre si, de modo a, por exemplo, a repressão fomentar a prevenção, lógica que embasa a frase “if you think compliance is expensive, try non-compliance”, cada medida em si pode conter aspectos diversos, como na política de integridade, que detém caráter predominantemente preventivo, como também é destinada à detecção e à repressão dos ilícitos.

Na detecção, trabalha-se com mecanismos de identificação, por parte dos agentes públicos e privados, dos casos de corrupção e de cartéis. Não é tarefa das mais simples, por uma questão óbvia: esses ilícitos são praticados às escondidas. Para a sua revelação, podem ser utilizadas ferramentas de inteligência artificial, a partir do acesso de informações disponíveis em bases de dados, a fim de serem mapeados indícios de que, em determinado certame licitatório, por exemplo, os agentes econômicos combinaram suas propostas. O CADE utiliza hoje ferramentas desenvolvidas no denominado *Projeto Cérebro* para, a partir de filtros econômicos e técnicas de mineração de dados, identificar casos nos quais há maior probabilidade de ter ocorrido o ilícito⁵⁹⁷. E um exemplo da utilização dessas ferramentas em um caso concreto pode ser verificado na Operação Ponto de Encontro.

⁵⁹⁷ O próprio CADE explica que o projeto visa à ampliação da utilização de análise de dados para a identificação de cartéis. E, em decorrência da dificuldade de se obter algumas informações em mercados privados, por conta de sigilo fiscal, e em despesas públicas em geral, em razão do detalhamento necessário da informação, o projeto tem por foco as bases de licitações públicas, pois há: (i) disponibilidade de dados em sistemas de compras como o COMPRASNET, (ii) acúmulo de literatura econômica sobre “leilões”, (iii) expertise prévia em investigações e

No final de 2018, o CADE, em conjunto com a Polícia Federal, deflagrou operação para investigar um possível cartel em licitações realizadas em órgãos públicos federais para a contratação de servidores terceirizados. Foi detectado um conjunto de empresas que teriam padrões semelhantes de atuação nas licitações, o que possibilitou o mapeamento de ações suspeitas nos certames analisados, como possível rodízio e apresentação de propostas de cobertura. Além disso, foi realizada uma coleta de indícios adicionais de suposta comunicação entre as empresas, fato que reforçou os resultados produzidos pelas ferramentas econométricas. Segundo o próprio CADE, as licitações possivelmente afetadas relacionam-se a quase 500 procedimentos de contratação de serviços terceirizados por órgãos públicos federais desde o ano de 2014⁵⁹⁸.

Ana Frazão, por sua vez, na esfera da cooperação, menciona a adoção de mecanismos de solução negociada de conflito, como o acordo de leniência e o compromisso de cessação, instrumentos bastante utilizados administrativamente no Direito da Concorrência⁵⁹⁹. No caso do combate à corrupção, a Lei 12.846/2013, em seu art. 16, previu apenas o acordo de leniência, fato que acaba restringindo a cooperação apenas àquele que primeiro colabora com as autoridades administrativas, em razão da necessidade de primazia⁶⁰⁰ (FRAZÃO, 2017b, p. 22-26). Esses tipos de acordos administrativos são ferramentas essenciais para as autoridades desvendarem os ilícitos e obterem as provas necessárias para a condenação dos demais envolvidos, motivo pelo qual se pode enquadrá-los nas medidas de detecção, embora, uma vez firmados, potencializem-se as chances de repressão, bem como programas de leniência efetivos tendem a causar desestabilidade às práticas dos ilícitos, prevenindo o seu cometimento.

(iv) grande impacto na sociedade (10 – 15% do PIB). Vide: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/governanca/regulacao/eventos/2018/organizacao-de-centro-de-dados-cade/organizacao-centro-dados-projeto-cerebro-cade.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2022.

⁵⁹⁸ Disponível em: <http://antigo.cade.gov.br/noticias/cade-e-pf-realizam-operacao-para-investigar-cartel-em-licitacoes>. Acesso em: 15 maio 2022.

⁵⁹⁹ Aqui a experiência do CADE pode contribuir sobremaneira ao combate à corrupção, não apenas porque, no antitruste, as medidas estão há mais tempo em vigor, mas também porque, na forma como estão desenhadas, permite-se que o acordo de cessão funcione como um complemento da leniência, fazendo com que mais agentes econômicos colaborem com a persecução estatal. Nesse sentido, vide artigo de Fernando A. de A. A. de Oliveira Junior, intitulado *Os indispensáveis instrumentos consensuais no controle de condutas do direito antitruste brasileiro: a experiência do CADE com o tema de compromisso de cessação e o acordo de leniência* (OLIVEIRA JUNIOR, 2017, p. 375-406).

⁶⁰⁰ Segundo consta no art. 16 da Lei 12.846/2013: “A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração. §1º O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: I – a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito” (BRASIL, 2013a).

Em relação à repressão, busca-se por práticas que levem à efetiva punição dos envolvidos nos ilícitos aqui trabalhados. Vários temas podem ser objeto de estudo nesse subgrupo, mas, inicialmente, exemplifica-se aqui o debate acerca da possibilidade de os agentes públicos, mediante atos de corrupção, serem punidos administrativamente por promover a prática de cartel. Não há precedentes no CADE que julguem as condutas dos agentes públicos, pelo menos a pesquisa realizada neste trabalho não identificou qualquer decisão nesse sentido, embora exista previsão normativa expressa para punir a figura do chamado agente “facilitador” do cartel⁶⁰¹. Em artigo específico, esse assunto foi aprofundado, defendendo-se a tese de que agentes públicos podem ser punidos pelo CADE quando a corrupção promove, obtém ou influencia a prática de cartel em licitações⁶⁰².

Frazão, por sua vez, ao apresentar suas soluções estruturais, indica para o combate à corrupção, à luz da experiência na seara da defesa da concorrência, bem como amparada pela doutrina de Calixto Salomão Filho, a importância da alteração do controle societário, a fim de se possibilitar a continuidade da atividade empresarial, com todas as benesses daí decorrentes para a Ordem Econômica, punindo-se quem, de fato, era responsável pelo comando da atividade ilícita⁶⁰³. Essa medida separa a figura da empresa, atividade econômica organizada, do controlador, sócio, afastando-o da gestão e preservando a função social do empreendimento. Segundo Ana Frazão, “a ideia desse tipo de intervenção é que, se estão presentes no mercado estruturas ou incentivos para que a corrupção ou as práticas

⁶⁰¹ O facilitador é justamente alguém, pessoa física ou jurídica, que, em regra, não integra os quadros das pessoas jurídicas envolvidas na infração. Podem ser contadores, advogados, administradores, bem como associações de classe, sindicatos, ou seja, pessoas diversas que não participam da atividade econômica dos membros do cartel e, por isso, não precisam pertencer ao mercado relevante analisado. Não são em si detentores de poder econômico. As associações de classe constituem um exemplo interessante. Pela própria definição legal, são entes dotados de personalidade jurídica que não possuem finalidade econômica, mas, mesmo assim, conforme mencionado, o CADE tem um histórico de diversas condenações de associações de classe por promoverem a adoção de conduta comercial uniforme dos seus integrantes, estes sim agentes econômicos em sentido estrito.

⁶⁰² Nesse sentido, vide artigo de Fernando A. de A. de Oliveira Junior, intitulado *O agente público pode ser penalizado pelo CADE em casos de cartel de licitação?*, publicado em 2018. Em síntese, o autor defende que a Constituição Federal e as normas infraconstitucionais autorizam a incidência de diversos comandos normativos punitivos para um mesmo fato, sem que a acumulação de sanções configure *bis in idem*. Em casos de dúvidas, o cerne da análise, para o operador do direito, deve ser perquirir se o bem jurídico tutelado pelas normas é distinto. No caso da promoção de cartel em licitação por parte do agente público corrupto, bens jurídicos distintos podem ser ofendidos, fato que possibilita a incidência de diversas normas punitivas. Na legislação antitruste, a punição estaria amparada nos arts. 31, 35, 36 (§3º, inciso II) e 37 (inciso II) da Lei 12.529/2011, sem afastar eventual punição desses mesmos agentes por atos de improbidade administrativa, à luz da Lei 8.429/1992, nem a aplicação de outras sanções penais ou cíveis cabíveis (OLIVEIRA JUNIOR, 2018, p. 31-59).

⁶⁰³ Nos casos de corrupção, a Lei 12.846/2013 prevê, para a responsabilização na esfera administrativa, apenas as sanções de multa e de publicação extraordinária da decisão condenatória (vide art. 6º). Já para a responsabilização na esfera judicial, estão previstas expressamente: perdimento de bens, direitos ou valores auferidos com a prática ilícita, suspensão ou interdição parcial das atividades e dissolução compulsória da pessoa jurídica (vide art. 19). A dissolução compulsória, medida muito mais gravosa, implica o fim da atividade empresarial, o que difere da medida ora mencionada, proposta pelos professores Calixto Salomão e Ana Frazão, a qual mantém a atividade em respeito à própria função social da empresa.

anticoncorrenciais persistam, não adianta apenas punir os agentes ou lhes impor medidas de comportamento” (FRAZÃO, 2017b, p. 14-17).

O presente tópico não tratará sobre as medidas de prevenção, nem as de detecção. Não porque as considere de menor relevância⁶⁰⁴. Essa inferência, aliás, seria contrária à própria complexidade: a melhor resposta aos problemas apenas poderá ser analisada à luz de circunstâncias específicas, observadas as interferências que cada um dos tipos de medidas pode acarretar às práticas ilícitas combatidas⁶⁰⁵. A opção de focar, aqui, nas medidas repressivas está relacionada, simplesmente, às descobertas mencionadas nos tópicos precedentes e à forma com que essas constatações, à luz da complexidade, podem ajudar no aprimoramento dos meios de investigação dos ilícitos. A abordagem aqui pretendida, portanto, será focada nas chamadas medidas repressivas, mais especificamente aquelas atinentes à investigação.

Quanto à investigação, deve-se compreendê-la como o conjunto de medidas implementadas para a reunião de provas relacionadas a determinado ilícito. É importante citar, aqui, o alerta feito por Deltan Dallagnol, no sentido de que se constata certo fracasso das técnicas de investigação à disposição do Estado para elucidar crimes complexos como a corrupção e o cartel. Em razão desse cenário de ineficiência, é possível, em relação às investigações, adotar dois tipos de medidas para reforçar a responsabilização dos praticantes desses tipos de ilícitos, que seriam (i) a criação de regras probatórias compatíveis com as dificuldades e/ou (ii) a incrementação dos meios de investigação disponíveis às autoridades públicas (DALLAGNOL, 2018, p. 280-283). Quanto às regras probatórias compatíveis com as dificuldades, a sua obra, *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*, tem por objetivo, justamente, tratar desse ponto, ao esclarecer acerca da

⁶⁰⁴ Em trabalho publicado em 1975, Rose-Ackerman já tinha afirmado que trabalhar com as circunstâncias de mercado para evitar a corrupção seria até mais importante do que investir simplesmente em fiscalização e em repressão, ou seja, chamava atenção para uma necessária abordagem preventiva ao problema. Segue parte de suas conclusões: “Our analysis serves to pinpoint the areas in which significant resources should be devoted to continuing surveillance and criminal prosecution. Moreover, it suggests that the amount of corruption discovered will not merely be a function of the amount of resources devoted to surveillance and law enforcement. More fundamental factors are at work: if the market structure changes from one of the forms we have shown to be especially conducive to dishonesty to another in which the incentives for bribery are more limited or non-existent, pre-existing corrupt relationships are likely to be uncovered” (ROSE-ACKERMAN, 1975, p. 202).

⁶⁰⁵ Além disso: “The complexness of the corruption phenomenon, whose causes and consequences sink their roots in to the very foundations of the post-modern State, makes it difficult to address the problem from a linear perspective. There is not just one solution for corruption, but several minor measures that can be taken in specific sectors, contracts, or stages of a contract, which linked together can help undermine corruption” (DIAZ, 2017, p. 384).

importância da prova indiciária⁶⁰⁶. Neste trabalho, o enfoque será na incrementação dos meios de investigação, a partir da complexidade.

Deve-se, por fim, registrar que a análise desses problemas à luz dos sistemas complexos não é, exatamente, uma novidade deste trabalho. Outros pesquisadores já tentaram abordar a corrupção a partir de tais premissas, citando-se aqui, como exemplos, os estudos de Manoel Rodrigues Pereira Junior (2017), que, em monografia de graduação para o curso de Ciências Econômicas da Universidade Federal do Paraná, aponta algumas contribuições dos sistemas complexos para a compreensão da corrupção sistêmica, a partir de casos como o Mensalão e a Lava Jato; bem como Issa Luna-Pla e Nicolás-Carlock (2020), que, por sua vez, utilizam os sistemas complexos para analisar as redes do que teria sido o maior esquema de corrupção no México, mais exatamente na cidade de Veracruz, e envolveria diversas empresas-fantasma, para concluir como as investigações têm, em regra, uma visão reduzida do que é, exatamente, o problema enfrentado.

A aparente novidade deste trabalho, porque não se logrou êxito em identificar outras produções acadêmicas em sentido semelhante, está em, a partir de algumas características dos sistemas complexos, propor soluções para o incremento das investigações realizadas por instituições que promovam a defesa da concorrência e da probidade administrativa, com base em constatações verificadas em extensa pesquisa empírica sobre a repressão aos cartéis em licitação no Brasil.

Ainda, deve-se atentar para o fato de que, nas licitações públicas, corrupção e cartel são ilícitos relacionados à atividade econômica exercida por determinados agentes em um contexto de mercado. A separação estanque desses elementos específicos, para fins didáticos ou de investigação, não pode passar alheia ao todo, que envolve as diversas relações desenvolvidas entre, por exemplo, agentes econômicos e fornecedores, consumidores, prepostos, Estado, concorrentes, entre outros. Atentos a essa realidade, tanto Neil Fligstein, com a *Teoria dos Campos*, quanto Brian Arthur, com a *Economia da Complexidade*, oferecem ferramentas interessantes para a compreensão desses fenômenos, como visto nos tópicos anteriores. E, mais especificamente, na perspectiva de Arthur, a compreensão desses ilícitos, a partir desse contexto de mercado, passa necessariamente pelos pressupostos da *Economia da Complexidade*. Não que Brian Arthur tenha, especificamente, utilizado sua

⁶⁰⁶ E Dallagnol faz isso a partir de quatro eixos: “(a) a adequada compreensão do standard probatório, atenuando a rigidez da valoração, desde que respeitada a exigência de prova para além de dúvida razoável e atendidas certas condições; b) adequada valoração da prova indireta; e uso, a título de corroboração, c) da ausência de uma explicação alternativa do que só o réu poderia prover e d) da omissão do réu em produzir provas que lhe são de fácil acesso, quando preenchidas, novamente, certas condições” (DALLAGNOL, 2018, p. 282-283).

teoria para analisar a corrupção ou os cartéis. Não há esses estudos ou, pelo menos, esta pesquisa não logrou êxito em identificá-los⁶⁰⁷. Mas se a complexidade é uma ferramenta necessária, segundo Arthur, para a compreensão da economia, e os ilícitos aqui tratados são praticados no contexto dessa atividade, acredita-se plenamente possível utilizar a referida teoria para também estudá-los.

Dessa forma, neste tópico, serão analisados alguns mecanismos de repressão, mais especificamente técnicas de investigação, à luz dos sistemas complexos, com a finalidade de serem propostas medidas para incrementar a busca por provas, de modo que as autoridades responsáveis por essa atividade possam melhor apreender os fenômenos analisados. Para tanto, as explicações estão divididas em dois tópicos. No primeiro, serão trabalhadas as principais características dos chamados sistemas complexos, enquanto, no segundo, a partir dessas características, serão propostas medidas para dar maior efetividade às investigações desses ilícitos no contexto das licitações públicas.

2.4.1 Os cartéis e a corrupção em licitação como problemas complexos

Os elementos de um sistema complexo são interconectados, de maneira que o comportamento de cada um afeta e é afetado pelos demais. Nenhuma parte do sistema existe *per se*, de forma que está sempre relacionada a outras. É o comportamento do sistema, por meio de suas conexões, que nos fornece informações úteis para compreender e resolver os problemas complexos⁶⁰⁸. Desconsiderar o contexto, colocando o foco apenas em um ou em alguns dos elementos do sistema pode causar um estrago maior do que o problema que se pretende corrigir. Dessa interconexão entre os elementos decorre a ideia de que a economia é

⁶⁰⁷ Embora Brian Arthur (2015, p. 103-118) tenha um interessante artigo intitulado *All systems will be gamed: exploitive behavior in economic and social systems*, em que utiliza a expressão *gaming* no sentido de “people using a system cynically to their own ends, often in a way that betrays trust placed in them and harms other people”, que se aplica, perfeitamente, para os casos de corrupção e cartel no contexto das licitações. Arthur propõe quatro questões para o problema da exploração indevida de sistemas econômicos e sociais ser pensado: “First, what are the causes of exploitive behavior and how does it typically arise? Second, given a particular economic system or proposed policy, how might we anticipate where it might fail, and what can we learn from disciplines such as structural engineering that try to foresee potential failure modes, and could help us in this? Third, how can we construct models of systems being gamed or exploited, and of agents in these models ‘discovering’ ways to exploit such systems? And fourth, what are the future prospects for constructing artificially intelligent methods that could automatically anticipate how economic and social systems might be exploited?” (ARTHUR, 2015, p. 105).

⁶⁰⁸ Nesse sentido, Alexander F. Siegenfeld e Yaneer Bar-Yam relembram: “Complex systems science considers systems with many components. These systems could be physical, biological, or social. Given this diversity of systems, it may seem strange to study them all under one framework. But while most scientific disciplines tend to focus on the components themselves, complex systems science focuses on how the components within a system are related to one another” (SIEGENFELD; BAR-YAM; 2020, p. 1).

um sistema não necessariamente em equilíbrio, pois os agentes, constantemente, moldam suas ações e estratégias em resposta dos resultados que todos mutualmente produzem. Há, portanto, na *Economia da Complexidade*, um claro enfoque nos processos e em como as estruturas de mercado se formam⁶⁰⁹.

Segundo Arthur, nessa perspectiva, deve-se avaliar as redes de relacionamento que os agentes econômicos constroem com outros elementos do sistema, as quais ocorrem no que ele denomina de *meso-level*, espaço entre o *micro-level*, individual, atinente a cada agente econômico, e *macro-level*, geral, referente à atividade econômica como um todo. Exemplifica-se tanto com o cenário de engarrafamento de veículos em determinada via, quanto com o de crises bancárias em cadeia, decorrente da falência de uma determinada instituição financeira: em um e outro caso, as estruturas resultantes dos problemas específicos, como um carro mais lento ou um banco falindo, serão resultado da reação que os problemas acarretam aos demais agentes e vice-versa. Não é possível compreender, pois, as estruturas sem que o olhar seja ampliado, caso se tenda a observar apenas a situação específica de determinado(s) agente(s), ou reduzido, quando se está focando no contexto global (ARTHUR, 2015, p. 12-16).

Essa noção de *meso-level*, também referida como *meso-phenomena* ou *meso-economy* por Arthur⁶¹⁰, será útil ao serem analisadas as formas com que as investigações foram conduzidas nos casos de cartel em licitação analisados neste trabalho. Para além disso, os “sistemas complexos” ou “os sistemas complexos em evolução”, como também são conhecidos, apresentam algumas características reconhecidas por quem os estuda, não apenas

⁶⁰⁹ Sobre a importância da *Economia da Complexidade* para a compreensão da formação de estruturas econômicas, Arthur comenta: “There are two great problems in economics. One is allocation within the economy: how quantities of goods and services and their prices are determined within and across markets. This is represented by the great theories of general equilibrium, international trade, and game-theoretic analysis. The other is formation within the economy: how an economy emerges in the first place, and grows and changes structurally over time. This is represented by ideas about innovation, economic development, structural change, and the role of history, institutions, and governance in the economy. The allocation problem is well understood and highly mathematized, the formation one less well understood and barely mathematized [...]. It is now clear to economists that the mathematical analysis of allocation far from covers all of economics and operates poorly with questions of formation, exploration, adaptation, and qualitative change (Tabb, 1999). Complexity economics by contrast is very much these questions of creation and the formation of structure, and it studies the mechanisms by which these operate. So here complexity meets up with and revives the grand tradition of political economy, and the two – much to my delight – have a lot to say to each other. Complexity economics allows us to explore the world of formation theoretically and empirically. The new approach will help provide a theoretical backbone for political economy” (ARTHUR, 2015, p. 22-23).

⁶¹⁰ Arthur, após se referir ao exemplo aqui citado de crises no sistema financeiro, afirma: “The phenomena I’ve illustrated appear and disappear very much in distinct historical time or space, so we will not see them if we insist on equilibrium. And they are localized: They appear in one part of the network or the stock market, possibly to diffuse from there. They operate typically at all scales – network events can involve just a few individual nodes or they can be felt right across the economy. But usually they take place in between the micro and macro, so we can rightly call them meso-phenomena. They are properties of the meso-economy” (ARTHUR, 2015, p. 15-16).

na economia, mas também na física, na biologia e na ciência da computação⁶¹¹, as quais serão, a seguir, explanadas.

2.4.1.1 Principais características dos sistemas complexos

Brian Arthur, economista, e John Holland, cientista da computação, em dois trabalhos importantes para o estudo das características dos sistemas econômicos complexos, detalharam o que denominaram de principais propriedades de uma *rede não linear adaptativa* ou *adaptive nonlinear network*, expressão cunhada por Holland⁶¹². A referência, aqui, deve ser feita ao artigo de Brian Arthur, Steven Durlauf e David Lane, escrito em 1997, *Process and Emergence in the Economy* para a introdução do livro *The Economy as an Evolving Complex System II* (ARTHUR; DURLAUF; LANE, 2018, p. 1-15), bem como ao artigo de John Holland, datado de 1988, intitulado *The Global Economy as an Adaptive Process* (ANDERSON; ARROW; PINES, 2018, p. 117-125).

Segundo os autores, o que acontece na economia é determinado pela interação de diversos agentes dispersos, possivelmente heterogêneos, os quais agem de forma paralela, o que se dá o nome de *interação dispersa* ou, do inglês, *dispersed interaction*. Isso implica dizer que não existe um controle centralizado. O que ocorre são mecanismos de controle decorrentes das relações de competição e cooperação entre os agentes nos mercados. Não há, pois, um agente que possa explorar todas as oportunidades da economia. Essa característica é denominada de *ausência de controle global* ou *no global controller*. Ainda, existem vários níveis de organização e de interação, de forma que unidades de um determinado nível, tais como comportamentos, ações, estratégias ou produtos, por exemplo, funcionam tipicamente

⁶¹¹ Arthur, ao rememorar o nascimento da chamada *Economia da Complexidade*, relembra que o seu estudo pressupõe a interdisciplinaridade, sobretudo com a física, a biologia e ciência da computação: “In September 1987, twenty people came together at the Santa Fe Institute to talk about ‘the economy as an evolving, complex system’. Ten were theoretical economists, invited by Kenneth J. Arrow, and ten were physicists, biologists, and computer scientists, invited by Philip W. Anderson. The meeting was motivated by the hope that new ideas bubbling in the natural sciences, loosely tied together under the rubric of ‘the sciences of complexity’, might stimulate new ways of thinking about economic problems. For ten days, economists and natural scientists took turns talking about their respective worlds and methodologies. While physicists grappled with general equilibrium analysis and noncooperative game theory, economists tried to make sense of spin glass models, boolean networks, and genetic algorithms” (ARTHUR, 2015, p. 89-90).

⁶¹² Dessa forma, segundo John Holland: “The global economy is an example, par excellence, of an adaptive nonlinear network (ANN hereafter). Others ANNs are the central nervous system, ecologies, immune systems, the developmental stages of multi-celled organisms, and the processes of evolutionary genetics. ANNs provide for a substantial extension of traditional economics. The building blocks of traditional economics are fixed rational agents that operate in a linear, static, statistically predictable environment. In contrast, ANNs allow for intensive nonlinear interactions among large numbers of changing agents. These interactions are characterized by limited rationality, adaptation (learning), and increasing returns” (ANDERSON; ARROW; PINES, 2018, p. 118).

como *blocos de construção* para desenvolver unidades no nível seguinte. Isso é a chamada *organização hierárquica transversal* ou *cross-cutting hierarchical organization*.

Sistemas complexos estão em *novidade perpétua* ou *perpetual novelty*, em constante modificação, pois nichos são criados a todo momento a partir de novos mercados, tecnologias, comportamentos ou instituições. Trata-se de um processo permanente, o qual demanda dos agentes que fazem parte desses sistemas uma *adaptação contínua*, do inglês *continual adaptation*, pois, conforme é adquirida experiência, comportamentos, ações e estratégias são revistas, de forma a se melhor adequarem ao sistema e à busca de seus objetivos. Por fim, esse conjunto de propriedades faz com que a economia opere, na prática, distante de uma lógica de equilíbrio ou de um ponto ótimo. A dinâmica que prevalece é a de *fora de equilíbrio*, ou *out-of-equilibrium dynamics*, de maneira que melhorias não são apenas possíveis, mas ocorrem com frequência.

A economia analisada a partir da ótica do não equilíbrio⁶¹³ implica repensar a lógica de causalidade, própria para sistemas lineares. Linearidade significa que as respostas do sistema são proporcionais aos estímulos dados. Para equações lineares, há métodos que, uma vez corretamente aplicados, permitem sempre a sua solução⁶¹⁴. A complexidade é um sistema tipicamente *não linear*, no sentido de que uma vez aplicados determinados estímulos, não é possível assegurar o resultado a ser alcançado, em razão da multiplicidade de conexões entre os agentes e o fato de que todos estão ali mutuamente se influenciando⁶¹⁵.

Além disso, como já visto⁶¹⁶, sistemas complexos possuem *propriedades emergentes*, no sentido de que determinadas características apenas são compreendidas quando os elementos são analisados no contexto do sistema. O estudo individual dos elementos não

⁶¹³ Segundo Arthur, “to the degree that uncertainty and technological changes are present in the economy—and certainly both are pervasive at all levels—agents must explore their way forward, must “learn” about the decision problem they are in, must respond to the opportunities confronting them. We are in a world where beliefs, strategies, and actions of agents are being “tested” for survival within a situation or outcome or “ecology” that these beliefs, strategies and actions together create. Further, and more subtly, these very explorations alter the economy itself and the situation agents encounter. So agents are not just reacting to a problem they are trying to make sense of; their very actions in doing so collectively re-form the current outcome, which requires them to adjust afresh. We are, in other words, in a world of complexity, a complexity closely associated with nonequilibrium” (ARTHUR, 2015, p. 7).

⁶¹⁴ Nesse sentido, explica o físico Michel Baranger: “In this context, linearity means that the equations of motion do not contain any power of the variables higher than 1. In one-dimensional cases, linearity amounts to saying that the response is proportional to the stimulus. If any other power enters anywhere, the equations are said to be nonlinear. Linear equations are special: there exists a general method that solves them all exactly. They never give rise to any chaos. In a sense they are trivial; in another they are very useful, precisely because one knows exactly what to do with them” (BARANGER, 2000, p. 8).

⁶¹⁵ A afirmação de Baranger a seguir foi formulada ao ser analisada a não linearidade decorrente do caos, mas tem aplicação também para sistemas complexos: “We see that chaos destroys our reductionist dream, the dream that we have absolute power if we only know enough about the details. But chaos and calculus need each other, and they will be fruitful and multiply” (BARANGER, 2000, p. 8).

⁶¹⁶ Vide item 1.3, “A complexa relação entre concorrência e probidade”.

permite apreender todas as suas propriedades, pelo menos não da forma com que elas se apresentam quando inseridas no sistema⁶¹⁷. É, justamente, conforme demonstrado neste trabalho, o que ocorre com os ilícitos da corrupção e do cartel no contexto de uma mesma licitação: as características encontradas na interseção entre agentes públicos desonestos e econômicos cartelizados apenas são compreendidas quando estudadas no contexto específico, atentando-se para toda a sinergia que um ilícito tem com o outro.

As características supramencionadas, encontradas em sistemas complexos, podem perfeitamente ser aplicadas para cenários de ilícitos sistêmicos, no caso a prática de corrupção e cartel em diversas licitações. Esse sistema será moldado a partir da interação de diversos agentes dispersos, possivelmente heterogêneos, os quais agem de forma paralela, *interação dispersa*. Não há um controle centralizado, mas mecanismos de controle decorrentes das relações de competição e cooperação entre os agentes privados e públicos. Não há, pois, um agente que possa explorar todas as oportunidades *rent seeking, ausência de controle global*. Ainda, podem-se verificar vários níveis de organização e de interação, de forma que unidades de um determinado nível funcionam, tipicamente, como *blocos de construção* para desenvolver unidades no nível seguinte, a chamada *organização hierárquica transversal*.

A corrupção sistêmica está em *novidade perpétua*, constante modificação, de forma que oportunidades para o pagamento de propinas são criadas a todo momento. Trata-se de um processo permanente, o qual demanda dos agentes que fazem parte desse sistema uma *adaptação contínua*. Conforme é adquirida experiência, comportamentos, ações e estratégias são revistas, de forma que todos melhor se adequem à busca de seus objetivos. Por fim, esse conjunto de propriedades faz com que os ilícitos sejam praticados distantes de uma lógica de equilíbrio ou de um ponto ótimo. A dinâmica que prevalece é, justamente, a do *não equilíbrio*. Aqui vale a pena um breve comentário. É possível que, a partir de uma análise perfunctória, cogite-se a prevalência de estabilidade nesses esquemas ilícitos. Pode-se conjecturar, por exemplo, que determinado país “há muito tempo” é afetado por corrupção sistêmica ou, ainda, que determinados agentes econômicos ou públicos “sempre” praticaram cartel e/ou corrupção. Essas inferências, ainda que verdadeiras, não permitem concluir por uma situação de necessário equilíbrio dessas relações.

⁶¹⁷ Assim: “This kind of behavior characterizes emergent properties. We see that emergent properties cannot be studied by physically taking a system apart and looking at the parts (reductionism). They can, however, be studied by looking at each of the parts in the context of the system as a whole. This is the nature of emergence and an indication of how it can be studied and understood” (BAR-YAM, 1997, p. 11).

Primeiro, esses ilícitos são praticados em um contexto de atividade econômica e, como visto⁶¹⁸, existem elementos que, em face da busca pela sobrevivência dos agentes, necessariamente geram instabilidade nos mercados: a *incerteza fundamental* e a *inovação tecnológica*, mencionadas por Brian Arthur, bem como a *competição* e a *tecnologia*, destacadas por Neil Fligstein. Segundo, os agentes estão constantemente cooperando ou competindo uns com os outros. A instabilidade dos cartéis, por exemplo, é reconhecida pela doutrina⁶¹⁹, enquanto o ilícito de corrupção, pela própria estrutura burocrática da Administração Pública e pela necessária sucessão de ocupantes dos cargos públicos, característica em contextos democráticos, está sujeito a constantes trocas de agentes em posições de comando ou de grupos políticos ou econômicos em posições de poder, em todos os níveis, federal, estadual e municipal. De uma maneira geral, todos estão, a todo momento, interagindo uns com outros, reavaliando estratégias, à medida que moldam suas condutas e essas se ajustam ao ecossistema em que estão inseridos, alterando suas características. Nesse cenário, ainda que, em determinados momentos, possa se constatar certo equilíbrio ou estabilidade, essa não é a tendência esperada, por todos os motivos acima elencados.

Essa é, com algumas adaptações, a descrição das qualidades de um *sistema complexo* ou de uma *rede não linear adaptativa* para um cenário sistêmico de ilícitos. Mas se deve admitir que a compreensão da corrupção e dos cartéis em licitações, em um contexto sistêmico, ou, ainda, de quaisquer ilícitos empresariais praticados a partir da atividade econômica, como problemas complexos, não é intuitiva. Para fins de responsabilização, o operador do direito acostuma-se não apenas a individualizar condutas, mas também a segmentar normas a serem aplicadas aos fatos, de forma que se trabalha, na atuação repressiva desses ilícitos, a partir de uma perspectiva pontual ou parcial, no sentido de que são apenas identificados sujeitos e sanções aplicáveis, para fins de punição. Analisa-se, portanto, tão somente o *micro-level*. Trata-se de uma visão equivocada, que não permite a compreensão do problema e, mais relevante, sequer permite sua adequada repressão. Esse é o ponto a ser trabalhado no tópico seguinte.

2.4.1.2 A análise dos ilícitos a partir da abordagem tradicional

⁶¹⁸ Vide itens 1.1, “A concorrência e os cartéis nos mercados”, e 1.3, “A complexa relação entre concorrência e probidade”.

⁶¹⁹ Vide item 1.1.3, “Os cartéis”.

Tício e Mévio, agentes econômicos que atuam em determinado mercado, organizam-se em um cartel para conquistar o contrato de um dado procedimento licitatório e, para obter êxito nessa empreitada, oferecem propina a Caio e Agripina, agentes públicos, a fim de que estes deem o suporte necessário ao cartel, seja, por exemplo, adequando o edital para excluir a concorrência, seja providenciando alterações contratuais para maximizar seus lucros. Ou, ainda, Caio e Agripina, agentes públicos, solicitam propinas a Tício e Mévio, agentes econômicos, com a finalidade de lhes favorecerem em um certame licitatório, instando-os a se organizarem em um cartel para que melhor dividam os lucros decorrentes da contratação, bem como para que sejam mitigadas as chances de descoberta da corrupção. É nesses dois cenários hipotéticos, propositadamente construídos a partir de uma iniciativa, em um caso, dos agentes econômicos e, em outro, dos agentes públicos, que ocorre a interseção entre corrupção e cartel nas licitações públicas.

As estruturas de governança estatais repressivas, seja a responsável para a promoção da livre concorrência, seja para a defesa da probidade administrativa, preocupam-se em identificar, individualmente, Tício, Mévio, Caio e Agripina, para lhes aplicar as sanções respectivas. À individualização dos sujeitos investigados sobrepõe-se à delimitação da norma, que possui entes ou órgãos específicos para fins de processar e punir os agentes pelos ilícitos. Um breve exemplo: ao CADE compete a aplicação administrativa da Lei 12.529/2011, à CGU, em âmbito do Executivo federal, a aplicação das sanções da Lei 12.846/2013, bem como ao Ministério Público, federal ou estadual, a depender do caso concreto, a investigação, em conjunto com a Polícia respectiva, e o processamento, junto ao Poder Judiciário, dos envolvidos no que se refere à aplicação das normas penais. E, dessa forma, atomiza-se a repressão, a fim de que cada ente ou órgão se preocupe tão somente em observar partes específicas do problema, à luz do ato normativo que lhes compete. É totalmente obnubilada a perspectiva do todo ou, ao menos, não há um enfoque nas relações diversas que Tício, Mévio, Caio e Agripina possuem com os demais integrantes do sistema. A pesquisa realizada neste trabalho demonstra isso.

A análise das decisões do CADE permite verificar que a autarquia se restringe a avaliar, caso a caso, a conduta dos agentes econômicos à luz das disposições da Lei 12.529/2011, a fim de examinar se, ali, as sanções devem ser aplicadas. E deve ser esse mesmo o trabalho da autoridade de defesa da concorrência. Contudo, essa tarefa não pode ser de tal forma reducionista, a ponto de impedir que a autoridade verifique relações entre aquele ilícito e outros, que ofendam a própria defesa da concorrência ou, ainda, diversos valores constitucionalmente protegidos, como a probidade administrativa. Por exemplo, como

visto⁶²⁰, o CADE tem uma preocupação constante em delimitar sua atribuição, diferenciando o cartel em licitação de outras fraudes do certame, em contrariedade ao fato de que inexistente decisão sopesando quais os efeitos que eventuais práticas de corrupção acarretam para a própria atividade do cartel. Mas é na perspectiva de instrução desses procedimentos e de interação com outros órgãos de investigação que essa segmentação fica ainda mais evidente.

Na maioria dos casos, como estudado⁶²¹, quando o CADE constata ilícitos que não são de sua atribuição (a pesquisa se deteve especificamente nas possíveis práticas de corrupção), é, em regra, quando o caso é julgado pelo Tribunal, ou seja, ao final do procedimento, que as autoridades diversas são comunicadas para a adoção das providências cabíveis. De maneira inversa, quando o Ministério Público ou a Polícia verificam, em suas investigações, a prática de cartel, o CADE tem sido comunicado após a propositura da ação penal ou cível, ou seja, depois da realização da investigação. E mesmo nos poucos casos em que foi possível constatar uma congruência investigativa entre CADE, Ministério Público e Polícia, tal fato se deu, aparentemente, muito mais para que cada órgão pudesse resolver seus próprios problemas instrutórios (angariar provas para o seu procedimento, que se além a determinada finalidade específica), do que para compartilhar o conhecimento acerca dos ilícitos e, assim, tentar compreendê-los melhor.

É possível depreender alguns perigos decorrentes de uma atividade repressiva extremamente atomizada ou pontual, para além do risco de se promover um combate ineficiente dos ilícitos, ao se despender recursos com o que pode não ser a parte principal do problema. Tanto a corrupção, quanto o cartel, para serem adequadamente punidos, devem ser precisamente identificados, sob pena de se aplicar sanções subvalorizadas, sobrevalorizadas ou, simplesmente, em discrepância com a realidade fática. Exemplifica-se. A não identificação de todos os responsáveis pela prática de corrupção, sobretudo daqueles que estão em uma parte superior da cadeia hierárquica, pode ensejar uma punição exagerada de subalternos, discrepante em relação à impunidade dos seus superiores. A interseção dos ilícitos, ao instar a aplicação de diversos atos normativos, atrai discussões sobre *bis in idem* e a compensação de sanções entre esferas, temas que apenas poderão ser corretamente enfrentados se os problemas forem abordados de maneira mais abrangente do que costumeiramente se faz. Por fim, em relação aos cartéis em licitação especificamente, a multiplicidade de certames, nos quais agentes econômicos se alternam em conluio para obter diversos contratos, traz à mesa o debate acerca da “quantidade de cartéis que se está

⁶²⁰ Vide item 2.3.4, “Distinção entre os cartéis em licitação e outras fraudes”.

⁶²¹ Vide item 2.3.3, “A corrupção e o fluxo de informações entre Ministérios Públicos, Polícia e SBDC”.

enfrentando”, tema que apenas poderá ter o encaminhamento adequado se a visão atomizada da repressão for superada.

A verdade é que Tício, Caio, Mévio e Agripina não estão sozinhos. Eles interagem com diversos outros agentes, em um sistema complexo, e são justamente essas interações que precisam ser compreendidas, a fim de que os ilícitos sejam, de fato, eficientemente combatidos.

2.4.1.3 A análise dos ilícitos a partir da complexidade

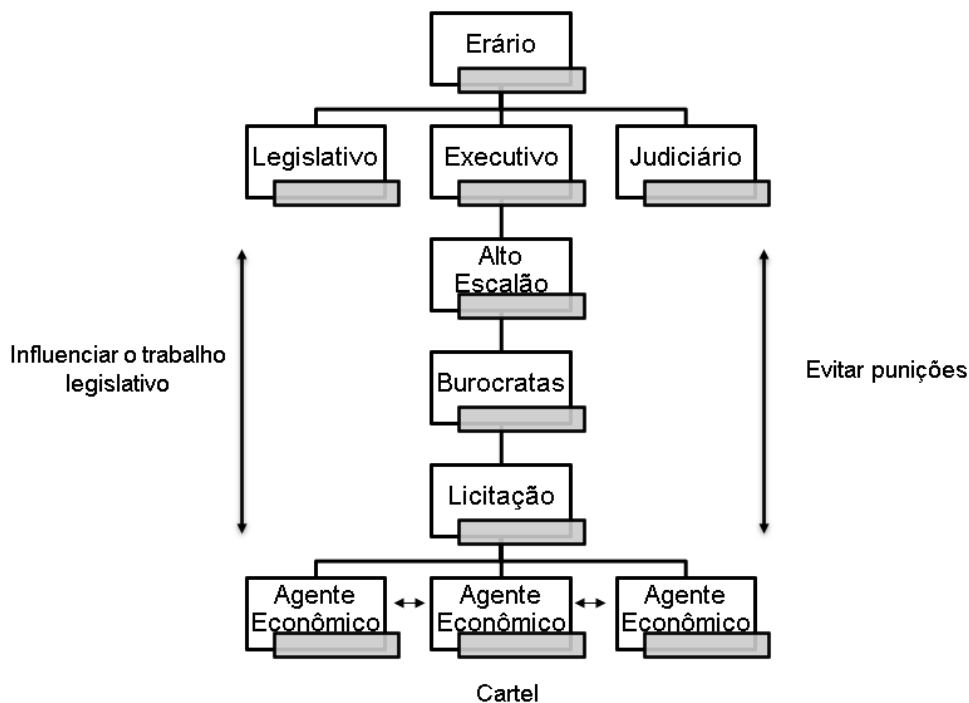
Os órgãos de persecução têm dificuldades para compreender as redes de relações imediatas em que esses agentes estão inseridos, um pouco por conta da própria característica furtiva de ilícitos como a corrupção e os cartéis, um pouco em decorrência dessa visão excessivamente segmentada a que se fez referência no tópico anterior, um pouco por motivos outros que o presente trabalho não foi capaz de desvendar. A doutrina, há muito, esboça um desenho dessa rede, como no exemplo já mencionado⁶²² das possíveis relações corruptas⁶²³, em um contexto de licitação, sintetizadas no Gráfico 4.

Gráfico 4 - Espaços para possíveis relações ilícitas relacionadas a uma licitação pública

⁶²² Vide item 1.2.3, “A corrupção”.

⁶²³ O quadro foi elaborado a partir de figura constante na obra de Susan Rose-Ackerman e Bonnie Palifka (2016, p. 13). Os autores adotam um conceito amplo de corrupção, que seria o “abuso de uma posição confiada para fins de um ganho privado”. Daí talvez o porquê de identificarem, na relação entre os agentes econômicos, a *collusion* e a *fraud* como exemplos de interações corruptas.

ESPAÇOS PARA POSSÍVEIS RELAÇÕES ILÍCITAS RELACIONADAS A UMA LICITAÇÃO PÚBLICA



Fonte: Elaborado pelo autor

Cada uma das linhas representa possíveis relações ilícitas construídas entre os membros do sistema. Os agentes econômicos combinam entre si determinada conduta para, assim, obter um contrato por meio de certame licitatório, ou seja, praticam o cartel e se relacionam por meio do pagamento de propinas com agentes públicos diversos, representantes da burocracia estatal, diretamente responsáveis pela organização e pela fiscalização do certame, e do alto escalão, responsáveis por tomar medidas administrativas a fim de que o certame seja realizado. Essas relações corruptas podem se estender a diversas camadas hierárquicas e nos três Poderes, com destaque para o fato de que, no Judiciário, o principal interesse estaria em evitar que punições sejam efetivadas, enquanto, no Legislativo, o foco é influenciar os seus trabalhos, a fim de que não apenas leis favoráveis à prática do ilícito sejam elaboradas, como algumas de natureza orçamentária, mas também para evitar fiscalizações, haja vista o controle externo exercido pelo Poder Legislativo em face dos demais Poderes, sobretudo por meio de CPIs. Todos estão conectados ao Erário.

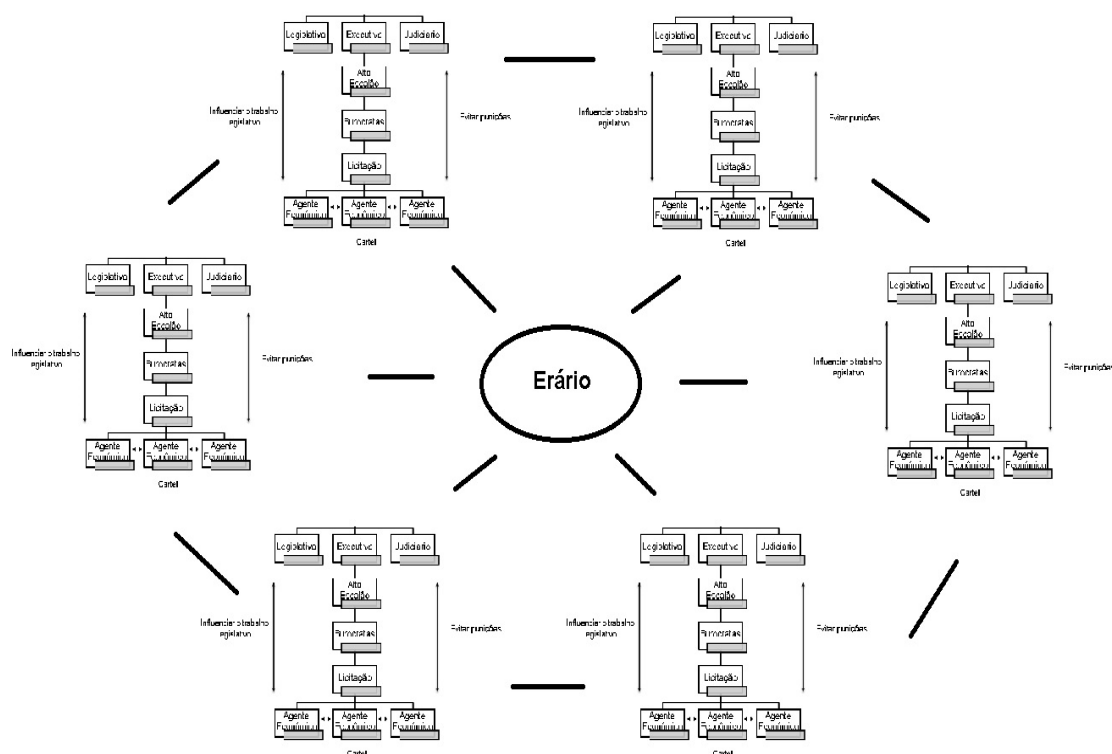
Trata-se de ponto que merece destaque, haja vista a centralidade que a Fazenda Nacional tem nesses tipos de ilícitos. O objetivo último de todo cartel e toda corrupção, em

um contexto de licitação, é desviar recursos do Estado, que deveriam ser destinados a outras finalidades, para os envolvidos nos ilícitos. Dessa forma, as diversas relações ilícitas são construídas com foco no Erário, daí todos os membros do sistema estarem a ele ligados. Observe-se que, em um caso concreto, não necessariamente todos os laços estarão preenchidos com relações ilícitas. É possível que haja apenas um cartel em licitação que desvia recursos do Tesouro Nacional (embora, conforme demonstrado neste trabalho, a probabilidade maior é que o conluio esteja atrelado também à prática de corrupção), é também possível que a corrupção se limite a agentes públicos de uma menor camada hierárquica. Contudo, é importante essa visão do “todo”, a fim de que as investigações sejam mais eficientes, ou seja, consigam apreender as possíveis relações ilícitas que envolvem os agentes envolvidos. “Todo” propositadamente entre aspas porque, obviamente, não é o “todo”. Essa é uma representação, como mencionado, apenas das possíveis relações ilícitas imediatas.

Os ilícitos praticados em um determinado procedimento licitatório não estão isolados. Eles se conectam com diversos outros ilícitos, seja porque todos buscam alcançar o Erário, seja porque há agentes em comum, que permitem fazer a interseção desses problemas, chamados aqui de “agentes conectores”. Por exemplo, são os agentes públicos de alto escalão, seja do Executivo, do Legislativo e do Judiciário que participam concomitantemente de vários esquemas. Ou, ainda, os operadores financeiros, responsáveis por ocultar e possibilitar a transferência de altos valores, sem que isso seja identificado pelas autoridades, e que prestam serviços a diferentes agentes públicos e econômicos. Ainda, agentes econômicos que se cartelizam em diversas licitações, alternando-se em um ou outro certame. Há, portanto, alguns membros do sistema que fazem com que os esquemas ilícitos estejam entre si conectados, além do fato de todos estarem inseridos no contexto de mercados interligados, no exercício de atividades econômicas. Uma representação mais fidedigna da corrupção e dos cartéis em licitação, a partir das lições da Complexidade, seria a apresentada no Gráfico 5.

Gráfico 5 - Análise da corrupção e do cartel em licitações a partir da complexidade

ANÁLISE DA CORRUPÇÃO E DO CARTEL EM LICITAÇÕES A PARTIR DA COMPLEXIDADE

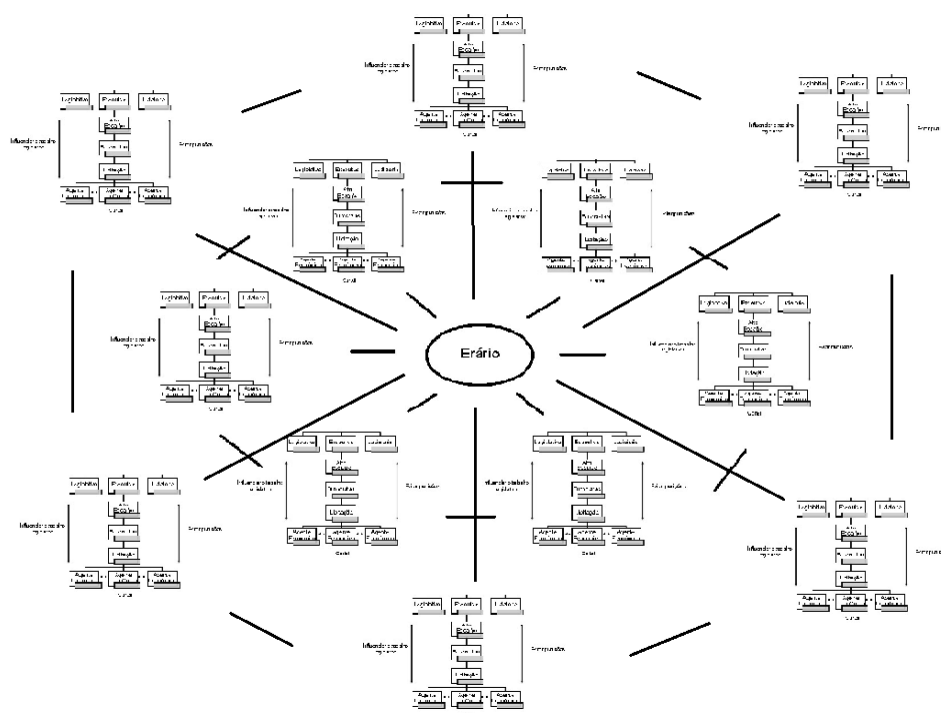


Fonte: Elaborado pelo autor

Erário, operadores financeiros, alto escalão administrativo, agentes econômicos que participam em diversos cartéis, todos possibilitam a interconexão dos esquemas ilícitos e estão representados nas linhas pretas que interligam cada esquema de cartel e corrupção de um certame licitatório ao Erário e entre si. Destacam-se, aqui, as linhas que conectam os esquemas entre si, pois a ideia é que elas representem os agentes conectores, públicos ou privados, que participam de mais de um ilícito e, justamente, permitem esse liame. Entretanto, essa representação também é reducionista, pois não há apenas esses certames licitatórios fraudados. A figura pode ser ampliada em mais uma camada, da forma exposta no Gráfico 6.

Gráfico 6 - Análise da corrupção e do cartel em licitações a partir da complexidade

ANÁLISE DA CORRUPÇÃO E DO CARTEL EM LICITAÇÕES A PARTIR DA COMPLEXIDADE



Fonte: Elaborado pelo autor

Diversas dessas camadas poderiam ser adicionadas, de modo que ou a figura não caberia nesta página, ou as imagens e os seus respectivos elos simplesmente ficariam imperceptíveis. Acredita-se que essa representação é suficiente para demonstrar o ponto ora defendido: os casos analisados neste trabalho, bem como todo e qualquer esquema que envolva cartel e corrupção em um contexto licitatório estão inseridos em um sistema que apresenta múltiplas conexões entre os seus agentes e todos se influenciam mutuamente, da mesma forma que alteram as propriedades do sistema. E, de fato, Brian Arthur está certo: é a partir do estudo do *meso-level*, das conexões entre os diversos agentes, que o sistema pode ser realmente compreendido. Se forem observados, especificamente, os agentes conectores públicos e privados que permitem o liame entre os esquemas ilícitos, então, é que será possível, de maneira mais eficiente, combater a chamada corrupção sistêmica. Não é, portanto, obra do acaso o fato de a Operação Lava Jato ter surgido a partir de dados contidos nos *e-mails* do doleiro Alberto Youssef, elo entre os ilícitos até então investigados e as

práticas de corrupção e de cartel em licitações verificadas na Petrobras⁶²⁴. Ali estava representado o *meso-level* do sistema.

A *Economia da Complexidade* ajuda na compreensão de que a repressão, enquanto estiver focada tão somente em Tício, Mévio, Caio e Agripina, estará fadada ao fracasso, uma vez que não é possível entender o sistema apenas observando o seu *micro-level*. É a partir da análise das relações de *meso-level*, sobretudo das interações entre os agentes públicos e privados que integram o sistema, que será crível a sua melhor compreensão e, conseqüentemente, o combate dos problemas. Mas como aprimorar os mecanismos de repressão, mais especificamente a investigação da corrupção e do cartel em licitação, a fim de que o seu combate seja mais efetivo? No próximo tópico, serão propostas, justamente, algumas medidas.

2.4.2 Medidas para uma melhor investigação dos cartéis e da corrupção em licitações

Inicialmente, deve-se constatar que a pesquisa realizada neste trabalho demonstra o quão importante é, para o sucesso de uma política repressiva, a utilização de mecanismos proativos de instrução probatória, como busca e apreensão, ou de acordos administrativos que propiciem aos próprios envolvidos no ilícito instruir os procedimentos em troca de benefícios, como o acordo de leniência e o TCC. Antes da consolidação desses instrumentos no SBDC, os casos de cartel em licitação condenados foram resultantes, sobretudo, do trabalho investigativo da imprensa. O Cartel das Britas, primeira busca e apreensão, e o Cartel dos Vigilantes, primeira leniência, inauguram um período frutífero de investigações em cartéis em licitação, ainda sob a égide da Lei 8.884/1994, depois potencializado pela Lei 12.529/2011.

Além da importância dessa proatividade probatória, a pesquisa também aponta para a relevância do intercâmbio de informações entre o CADE e os órgãos de persecução criminal, mais especificamente o Ministério Público e a Polícia: há vários julgados em que, para a condenação no CADE, as provas colhidas por esses órgãos foram utilizadas⁶²⁵. Nesse ponto, é importante destacar que a pesquisa também revela que são raros os casos em que a instrução probatória entre os órgãos ocorre de maneira concomitante⁶²⁶. Em regra, o CADE tem por praxe comunicar ao Ministério Público ou à Polícia os ilícitos de sua atribuição,

⁶²⁴ Vide item 2.1, “O caso da Lava Jato: o encontro entre agentes públicos corruptos e agentes econômicos cartelizados”.

⁶²⁵ Vide item 2.3.2, “Padrão de instrução probatória”.

⁶²⁶ Vide item 2.3.3, “A corrupção e o fluxo de informações entre Ministérios Públicos, Polícia e o SBDC”.

corrupção, quanto do julgamento do caso pelo TADE, enquanto, em sentido oposto, é após a propositura da denúncia ou da ação civil pública que os órgãos de persecução, geralmente, informam ao CADE sobre os ilícitos previstos na Lei 12.529/2011.

Há, aqui, um problema quanto ao momento e à forma de compartilhamento de informações. Nos dois sentidos, do CADE para os órgãos de persecução criminal ou vice-versa, na maioria dos casos, a troca de informações entre o ilícito antitruste e a corrupção ocorre depois das respectivas instruções probatórias. Não há um efetivo intercâmbio de conhecimento, a fim de que os órgãos, cada um em suas atribuições, melhor avaliem de que forma as condutas interagem umas com as outras. Dificulta-se, assim, sobremaneira, a identificação das possíveis relações entre agentes econômicos cartelizados e agentes públicos corruptos, os quais tendem a ser punidos como se os ilícitos não estivessem diretamente interligados. Mais do que isso: a repressão não é capaz de apreender a propriedade emergente que decorre da sua interseção, a qual transforma literalmente os padrões de fiscalização e, por consequência, deve influenciar também na perspectiva da repressão.

As medidas a seguir propostas ajudam aos órgãos responsáveis pelas investigações a melhor compreender a inserção desses ilícitos em um sistema complexo, facilitando a análise do *meso-level*, ou, pelo menos, oferecem algumas ferramentas aos investigadores para que as relações entre os diversos agentes do sistema não passem, por eles, despercebidas. A investigação antitruste, assim, poderá ajudar ao combate à corrupção, da mesma forma que este influenciará positivamente aquela. As propostas para o aprimoramento das investigações a seguir delineadas se iniciam por medidas *interna corporis*, ou seja, que podem ser adotadas por cada ente ou órgão, para, então, tratar do necessário intercâmbio adequado de informações entre aqueles que são responsáveis pelas investigações. Por fim, chamar-se-á atenção para a importância de uma punição diferenciada pelo CADE, nos casos de cartel em licitação, quando também se constatar a prática de corrupção.

2.4.2.1 A necessária capacitação de pessoal

É preciso treinar quem trabalha com investigações de combate ao cartel e à corrupção em licitações, a fim de que as relações entre os agentes econômicos e públicos sejam observadas a partir da lógica de um sistema complexo. Deltan Dallagnol, ao tratar da

natureza “complexa”⁶²⁷ de determinados ilícitos, referindo-se a crimes de difícil elucidação, como a lavagem de dinheiro, defende que investigadores devem ser treinados para aprender a reconhecer padrões, pois a falta de referência a tipologias impede que os crimes sejam reconhecidos. E utiliza até a curiosa menção a um alienígena que nunca viu fogo, nem fumaça, e, ao presenciar pela primeira vez esta última, muito provavelmente não a associará a existência do fogo⁶²⁸. Semelhantemente é o que deve ocorrer aqui.

Investigadores devem ser apresentados aos sistemas complexos e às suas características, sobretudo aquelas neste trabalho destacadas: *interação dispersa*, *ausência de controle global*, *organização hierárquica transversal*, *novidade perpétua*, *adaptação contínua*, *não equilíbrio*, com destaque para a *propriedade emergente*. A observância da *organização hierárquica transversal* possibilitará, por exemplo, identificação dos chamados blocos de construção ou aqui denominados de “agentes conectores”, *players* do sistema que participam, de diversas formas, em mais de um ilícito. A *novidade perpétua* e a *adaptação contínua*, por sua vez, impõem que essa capacitação seja perene, haja vista as constantes mudanças que podem ocorrer na forma com que os ilícitos são praticados. Esse olhar “complexo” pode, ainda, moldar os contornos com que a formação dos investigadores é feita.

Em regra, cursos de formação em início de carreira ou de capacitação têm como instrutores aqueles profissionais considerados mais experientes em cada ramo. Assim ocorre com os Ministérios Públicos e as Polícias, órgãos responsáveis pela repressão penal, bem como com servidores que trabalham com a repressão administrativa, seja na CGU, seja no CADE. Para além de, em cursos desse tipo, ser reforçada uma lógica de investigação atomizada e parcial, a dinâmica das relações ilícitas torna muito difícil que esses profissionais estejam atualizados, mesmo que tenham trabalhado em diversas investigações passadas de corrupção ou de cartel em licitação. Cada ilícito, composto por *players* distintos, para além de suas peculiaridades, está inserido em um sistema em constante evolução.

⁶²⁷ Não exatamente no sentido deste trabalho, que utiliza o termo a partir das premissas da *Economia da Complexidade* e dos sistemas complexos, mas como ilícitos de difícil solução, pela dificuldade probatória e pelas constantes mudanças de métodos implementadas por quem os pratica. Essas características, registre-se, também podem ser aplicadas ao cartel e à corrupção em um contexto de sistema complexo, contudo não é possível inferir que Dallagnol, ao utilizar a expressão, tivesse exatamente embasado nas lições da Complexidade.

⁶²⁸ Dessa forma: “Essa relevância do conhecimento de mundo é muitas vezes subestimada pelas partes em processos judiciais, especialmente quando o objeto é crimes complexos cujos sinais só podem ser adequadamente compreendidos a partir de um conhecimento de fundo especializado. Sem conhecer, por exemplo, como funciona o sistema dólar-cabo, um juiz terá dificuldades para ver evidências deles nos autos, ainda que esteja em frente a um robusto conjunto probatório. A relevância do conhecimento de fundo justifica e recomenda o estudo das tipologias de lavagem de dinheiro e de crimes contra o sistema financeiro por atores da persecução criminal e do Poder Judiciário. A falta de conhecimento das tipologias impede que operadores do direito identifiquem a existências de crimes complexos, a partir da evidência de tais crimes, assim como um alienígena, que jamais viu fumaça ou fogo, ao ver fumaça em sua primeira visita ao planeta Terra, jamais a associará com fogo” (DALLAGNOL, 2018, p. 45-46).

Daí porque tende a ser muito mais efetiva uma capacitação feita pelos próprios agentes que praticaram os ilícitos. Eles conhecem o sistema complexo por dentro e podem explicar de maneira mais detalhada e atual não apenas como a corrupção e o cartel eram praticados, mas também os motivos pelos quais, dentro daquele ecossistema, optaram por tomar determinadas decisões. Medidas como essa, embora raras, não seriam inéditas. Em 2018, foi noticiado que a Lava Jato no Rio de Janeiro, ao fazer acordo de colaboração com doleiros investigados na operação “Câmbio, desligo”, acertou a obrigação de que eles fossem, por determinado período, capacitadores de procuradores da república em cursos sobre técnicas de lavagem de dinheiro⁶²⁹. Essa poderia ser uma praxe adotada em todo acordo de colaboração e de leniência antitruste ou anticorrupção, de forma que os investigadores fossem constantemente capacitados pelos investigados, no caso colaboradores ou signatários da leniência, que conheceram o sistema complexo por dentro.

Entretanto, entre as características mencionadas, a *propriedade emergente* deve ser o enfoque principal. Como visto⁶³⁰, a união entre agentes econômicos cartelizados e agentes públicos corruptos torna ainda mais difícil a tarefa de identificar a prática. Esse é o sentido das conclusões, por exemplo, de Lambert-Mogiliansky e Sonin (2006) e Kovacic, Anderson e Jones (2019), embora os autores não tenham fundamentado seus posicionamentos, diretamente, na *Economia da Complexidade* ou na propriedade emergente de sistemas complexos. Há medidas, como a transparência, que nesses casos devem ser vistas de forma diferenciada, como ressaltam Kovacic, Anderson e Muller (2016). A transparência é compreendida como uma das principais ferramentas para o combate à corrupção, sobretudo porque permite o controle externo em tempo real do certame licitatório. Contudo, determinadas informações, tais como preço de reserva da Administração ou os valores das propostas oferecidas pelos licitantes não vencedores, podem facilitar a colusão dos agentes econômicos e devem ser tratadas com cuidado. A *propriedade emergente* deve ser avaliada concomitantemente à, neste trabalho denominada, “necessidade”.

A abordagem estanque e separada dos problemas, quando conluio e corrupção ocorrerem de maneira concomitante em uma licitação, além de tender a ser ineficiente, pode causar uma falsa impressão de que não é comum a sobreposição das práticas. Todavia os

⁶²⁹ Vide: <https://oglobo.globo.com/politica/prenda-me-se-for-capaz-doleiros-de-cabral-darao-curso-de-lavagem-procuradores-do-mpf-22652602>. Acesso em: 13 jun. 2022. A reportagem faz referência ao filme *Catch me if you can*, que conta a história do estelionatário Frank Abagnale Jr., que, uma vez preso, passou dar cursos para agentes do FBI sobre o *modus operandi* dos ilícitos por ele praticados.

⁶³⁰ Vide itens 1.3.2, “A relação entre cartéis em licitação e a corrupção (micro)”, 1.3.3, “Da necessidade e da complexidade no enfrentamento conjunto dos cartéis em licitação e da corrupção: construção de hipóteses” e 2.2.8, “A validação das hipóteses levantadas”.

agentes públicos corruptos e os econômicos cartelizados necessitam uns dos outros. O agente público corrupto pode ajudar o cartel (a) na manutenção da coesão, seja para (a.1) garantir a adequada repartição do sobrepreço, seja (a.2) para evitar a quebra do conluio, bem como no (b) afastamento de entrantes, conforme constata Lambert-Mogiliansky e Sonin (2006), Clark *et al.* (2018) e Kovacic, Anderson e Jones (2019). Ainda, os agentes públicos corruptos também precisam do cartel. A existência de um conluio entre os licitantes configura um indicativo de que há renda passível de apropriação por parte do corrupto, conforme menciona Lambert-Mogiliansky (2010). E oferece maior segurança ao agente público de que o esquema corrupto não será descoberto, afinal de contas serão menos licitantes para reclamar contra o direcionamento da contratação.

Em síntese, os agentes públicos desonestos se beneficiam com os cartéis por melhor controlarem o risco de detecção da prática ilícita, a corrupção, mas também o conluio econômico, a partir da corrupção, consegue deteriorar os mecanismos internos de prevenção e detecção das fraudes licitatórias. E esse cenário de coexistência dos ilícitos, em decorrência da necessidade, conforme demonstrado neste trabalho⁶³¹, pode ser mais comum do que ordinariamente se presume. Dessa forma, investigações de cartel em licitação no Brasil devem também trabalhar com a hipótese de que, ali, pode existir a corrupção, a fim de que, desde o início das investigações, os fatos sejam concomitantemente apurados. Tudo isso deve ser objeto da necessária capacitação de pessoal, mas não é suficiente. Aperfeiçoar o gerenciamento de dados nas investigações é também preciso, assunto que será abordado no tópico seguinte.

2.4.2.2 O uso da tecnologia como ferramenta indispensável para a análise desses ilícitos

O uso de computação é indispensável para o estudo de sistemas complexos, conforme pontua Brian Arthur⁶³². Os algoritmos, depois de Alan Turing e de suas

⁶³¹ Vide item 2.2, “A pesquisa dos casos de cartel em licitação condenados pelo CADE”, mais especificamente o item 2.2.8, “A validação das hipóteses levantadas”.

⁶³² O próprio Brian Arthur esclarece que prefere utilizar o termo *algoritmo* para se referir ao que comumente se trata por computação, na seguinte passagem: “The word ‘computation’ has strong associations with computers, which are not always necessary in what follows, so I will avoid that term and talk instead of ‘algorithms.’ This label isn’t perfect either (it has popular associations with AI or with social media marketing), but algorithms are established entities in mathematics, are based firmly on Boolean logic, and allow moves or actions” (ARTHUR, 2021, p. 8). Em seguida, explica sua concepção de algoritmo: “Algorithms, of course, are sets of instructions or operations that are executed by some system. They are by no means new—in the form of calculation methods they go back to Babylonian times. They exist as entities in themselves, and they do not necessarily require a physical computer. We can think of the replication steps of a DNA strand as an “algorithm,” and the replication process as the outcome of the steps’ instructions. Algorithms can allow for randomness, can operate in

contribuições para a ciência da computação, têm permeado todo e qualquer conhecimento científico. Mais do que uma ferramenta a serviço dos cientistas, a capacidade de processamento de dados das máquinas revoluciona, de forma filosófica, o próprio conhecimento, ao permitir que, hoje, determinados fatos sejam enxergados de maneira totalmente diferente do que antes⁶³³. Essa influência não poderia ser diferente, perpassa a própria atividade de investigação, que, por exemplo, constantemente busca informações em ambientes de *big data*, decorrentes de uma massiva produção de dados resultantes de cada vez maior interdependência entre dispositivos de informática portáteis, algoritmos, sensores embarcados e servidores virtuais (JORGE, 2020, p. 200).

Uma definição simples de *big data* pode ser a de bancos de dados estruturados e não estruturados que são comumente descritos com quatro “Vs”: volume, variação, velocidade e veracidade. Volume refere-se a um conjunto de dados tão grande que as ferramentas tradicionais são inadequadas. Variedade reflete dados com diferentes formatos, com formulários quantitativos, textos, imagens, vídeos e outros. Velocidade se refere à frequência com que os dados se tornam disponíveis. Por fim, a veracidade mede a qualidade e a relevância dos dados, as quais podem mudar drasticamente ao longo do tempo (GEPP *et al.*, 2018, p. 105). Equipes de investigação já estão atentas a essa realidade, conforme é possível constatar a partir de alguns trabalhos escritos por profissionais que atuam em campo, como o artigo de Ricardo Fonseca, Maria Angélica Rios e Juan Manuel Aguilar Antonio, intitulado *Uso de big data analytics no combate à corrupção nas esferas de governo: visões gerais de Brasil, Peru e México sobre o tema*⁶³⁴, e por acadêmicos, como o artigo de Rafael Sousa

continuous time, and can have several threads operating in parallel. They can also constitute ‘theory’” (ARTHUR, 2021, p. 8-9).

⁶³³ Nesse sentido: “This shift in economics is very much part of a larger shift in science itself. All the sciences are becoming more procedural, more algorithmic, more Turingesque; and less equation-based, less continuous, less Newtonian, than before. This is due both to the rise of biology as a rigorous science and to the rise of computation and computer science. Even mathematics is shifting in this direction. Gregory Chaitin (2012) speaks of a mathematics that is shifting away from continuous formulations, differential equations, and static outcomes, to one based on discrete formulations, combinatorial reasoning, and algorithmic thinking. “The computer,” he says, “is not just a tremendously useful technology, it is a revolutionary new kind of mathematics with profound philosophical consequences. It reveals a new world.” Science and mathematics are shedding their certainties and embracing openness and procedural thinking, and there is no reason to expect that economics will differ in this regard” (ARTHUR, 2015, p. 25).

⁶³⁴ Os autores fazem uma abordagem panorâmica das legislações do Brasil, do Peru e do México que permitem investigações a partir de *big data*, com destaque para o interessante caso mexicano “La Estafa Maestra”, em que uma organização da sociedade civil, “Mexicanos contra a Corrupção e Impunidade” e um portal de notícias, “Animal Político”, a partir de dados abertos do Governo Federal, constataram uma fraude de bilhões de pesos mexicano: “Esta investigação envolveu a análise de uma série de contratações e convênios firmados por órgãos do Governo Federal, encontrados nos relatórios de gastos públicos de 2013 e 2014 do Gabinete Superior de Auditoria Federal (ASF), o mais alto órgão de supervisão do México. Por meio da formalização de 517 pedidos de informações ao Governo Federal e da análise de 13.950 itens relacionados a editais de licitações públicas, detectou-se um esquema organizado de corrupção envolvendo 11 agências federais, 8 universidades públicas no

Lima, André Luiz Serrano, César Cupertino e Audrey de Souza, *Desmistificando big data: evolução mandatória para perícia contábil*⁶³⁵.

Em síntese, o trabalho dos investigadores é, a partir das ferramentas disponíveis, extrair, desses bancos de dados, informações que ajudem a elucidar os ilícitos investigados. Para voltar à analogia do vaso quebrado⁶³⁶, obter *insights* para realizarem a difícil tarefa de remontar a peça de porcelana da forma mais semelhante possível ao seu formato original, sabendo que nunca serão capazes de reproduzi-la. Mas esse é um trabalho que, há muito, é praticado no cotidiano das investigações. Não exatamente a análise de *big data*, mas a de garimpar informação a partir de determinado banco de dados. Muitos desses repositórios, embora não apresentem todos os “Vs” supramencionados, contêm um volume substancial de dados, a partir do qual a análise manual, sem o auxílio da computação, simplesmente tornaria impossível a elucidação de ilícitos. São exemplos os materiais obtidos a partir da quebra de sigilos bancário, fiscal ou telefônico, aqueles decorrentes da apreensão de equipamentos como computadores, *tablets*, celulares, *pen drives* e discos rígidos em medidas de busca e apreensão ou, ainda, de maneira cada vez mais rara, haja vista a multiplicidade de meios de comunicação de voz pela internet, os registros de interceptações de conversas telefônicas.

Algumas das ferramentas tecnológicas utilizadas para a garimpagem de dados pela Polícia, pelo Ministério Público e por outros órgãos e entes administrativos que lidam com investigação de ilícitos foram elencadas por Andrei Frago de Rocha de Oliveira em *A importância de mecanismos tecnológicos no combate à corrupção e à lavagem de dinheiro: SIMBA*⁶³⁷, *IBM I2*⁶³⁸, *CELLEBRITE*⁶³⁹, *Sistema Guardião*⁶⁴⁰ e *IPED*⁶⁴¹ (OLIVEIRA, 2020,

país, 186 empresas fantasmas, irregulares ou falsas, que, juntas, desviaram um total de \$ 7.670.077.550 de pesos mexicanos” (FONSECA; RIOS; ANTONIO, 2020, p. 209-210). No trabalho, destacam-se, no Brasil, a Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011) e a Lei do Marco Regulatório da Internet (Lei 12.865/2014). É preciso acrescentar a essa lista a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018). Acredita-se que esses são os principais diplomas normativos a disciplinar a utilização de *big data* para a finalidade de produção probatória em investigações de ilícitos.

⁶³⁵ Os autores, entre alguns pontos, defendem a utilização de ferramentas relacionadas ao *big data* (inteligência artificial, *machine learning*, mineração de dados e *advanced analytics*) para aprimorar as perícias criminais contábil-financeiras, tanto quanto à velocidade e à extensão das análises, bem como quanto à sua neutralidade (LIMA *et al.*, 2018).

⁶³⁶ Vide item 1.2.5, “As estruturas de governanças estatais do combate à corrupção em licitação”.

⁶³⁷ O Sistema de Investigação de Movimentação Bancária (SIMBA) foi concebido em 2007 para atender demandas do MPF, com o objetivo de facilitar o recebimento e o processamento das movimentações bancárias fornecidas pelas instituições, após o afastamento judicial do sigilo bancário. Para adesão ao SIMBA, é necessário estabelecer um acordo com o MPF. Com a padronização na forma com que as instituições financeiras repassam as informações, é possível analisar os dados de maneira mais célere e o próprio sistema gera alguns relatórios automáticos. Segundo Walter Muller e Letícia Muller, “hoje, é impossível pensar a análise de dados bancários decorrentes de cautelares sigilosas sem o uso do SIMBA. Além de resolver os problemas da padronização e estruturação de dados transmitidos, tornou o envio mais célere e seguro (canal eletrônico criptografado), além de produzir uma cadeia de custódia facilmente auditável, que liga a fonte de informação, no caso a instituição financeira, e o seu destinatário final, o processo criminal” (MULLER; MULLER, 2020, p. 453).

p. 295-300). Trata-se de instrumentos imprescindíveis, os quais permitem aos investigadores extrair informações relevantes, de forma célere, de uma enorme quantidade de dados. Atualmente, observadas as dificuldades inerentes a este tipo de atividade, as investigações, por meio dessas ferramentas, conseguem extrair dos dados, de maneira relativamente eficiente, as informações necessárias para uma boa persecução dos ilícitos, contudo, ainda de forma pontual ou atomizada.

Para cada caso específico, as provas digitais colhidas são processadas e analisadas, a partir dessas ferramentas, mas não se tem a prática institucional de se alimentar um banco de dados único, ainda que referente a cada órgão ou entidade de investigação, para que, diante de um novo ilícito, o material probatório anterior seja consultado e confrontado com o atual, o que permitiria, de maneira relativamente eficiente, identificar conexões entre os ilícitos. Há algumas questões jurídicas que exsurtem, caso a prática fosse institucionalizada, como, por exemplo, o tempo em que esses dados poderiam ficar à disposição dos órgãos de investigação ou quem poderia acessá-los ou de que forma eles poderiam ser utilizados para outros casos, que não aqueles para os quais a utilização da prova foi inicialmente deferida pelo Judiciário. É importante fazer o registro de que a LGPD, de maneira expressa, afasta sua aplicação para a hipótese ora debatida⁶⁴². Sem prejuízo de se reconhecer a necessidade de que esses pontos sejam devidamente aprofundados, é possível esboçar algumas respostas para os questionamentos formulados.

Os dados colhidos em investigações já ficam à disposição dos órgãos de persecução, ou pelo menos deveriam ficar, enquanto interessarem ao(s) processo(s) para o(s) qual(is) as provas foram autorizadas. Porque essas causas tramitam por anos e até décadas no Judiciário, estima-se que esse é o tempo mínimo pelo qual os dados podem, sem maiores questionamentos, ser guardados. Quanto à preservação do sigilo, acredita-se perfeitamente

⁶³⁸ Tem como objetivo geral fluxogramas gráficos de informações que facilitam a visibilidade do analista. Permite a visualização gráfica, por meio de cadeias de teias, de relações entre pessoas, objetos, empresas, dados bancários e registros/dados de qualquer ação que revele padrões de ação e de comportamento, o que de outra forma permaneceria oculto em meio a um grande volume de dados.

⁶³⁹ É uma ferramenta israelense do tipo UFED (*Universal Forensic Extraction Device*), que tem como propósito acessar e extrair dados de dispositivos móveis, como aparelhos celulares e mídias portáteis de forma eficiente. O Cellebrite realiza busca, inclusive, sobre dados apagados na mídia.

⁶⁴⁰ Operacionaliza interceptações telefônicas e telemáticas. Após a autorização judicial, os dados interceptados pelas empresas de telefonia ou provedores de acesso à internet são armazenados, possibilitando a análise minuciosa e a elaboração de relatórios.

⁶⁴¹ O Indexador e Processador de Evidências Digitais (IPED), elaborado pelo departamento de perícia da Polícia Federal, é um *software* capaz de indexar e processar dados provenientes de mídias óticas e móveis, tais como *pendrives*, cartão de memória e documentos digitais, os quais são armazenados de maneira a ser pesquisáveis, bem como de extrair alguns relatórios. Ainda, o IPED consegue recuperar determinados arquivos apagados.

⁶⁴² Nos termos do art. 4º, inciso III, alínea “d” da Lei 13.709/2018: “Art. 4º. Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais: [...] III – realizado para fins exclusivos de: [...] d) atividades de investigação e repressão de infrações penais” (BRASIL, 2018).

possível, por meio do próprio sistema de consulta, o monitoramento de quem acessaria esse tipo de conteúdo e para quais finalidades, ou seja, para quais investigações os dados ali contidos estariam sendo confrontados. Por fim, para se evitar discussões desnecessárias acerca de eventuais nulidades em decorrência do uso desses dados para fins de consulta, seria possível formular pedidos expressos, aos Juízos competentes pela gestão originária da prova, nesse sentido. Em tempo: para o uso efetivo dessas provas em outras investigações, para as quais elas não foram inicialmente deferidas, acredita-se que não há maiores dúvidas de que seria necessária expressa autorização judicial. O que se propõe aqui é tão somente a formação de um banco de provas como memória investigativa dos órgãos, para fins de consulta, com o objetivo de se identificar padrões de condutas ilícitas e, sobretudo, agentes conectores.

A Operação Lava Jato, em decorrência do volume de dados e da quantidade de investigados, diversos agentes econômicos, burocratas, membros de alto escalão da Administração, agentes políticos e operadores financeiros, foi conduzida por fases, mais precisamente 79 até 24 de agosto de 2021⁶⁴³. E, embora as equipes de investigação possam ter garimpado em todos os dados colhidos conjuntamente nas diversas fases, para melhor entender os ilícitos que estavam sendo investigados, desconhece-se que tenham, ainda, confrontado esse material com as provas produzidas em outros casos famosos, a fim de fazer conexões entre os ilícitos, como “Anões do Orçamento”, “Máfia dos Sanguessugas”, “Caso Collor”, caso dos bancos “Marka/FonteCidam”, “Escândalo dos Precatórios”, “Fórum Trabalhista de São Paulo”, “Mensalão” para ficar em alguns já mencionados neste trabalho⁶⁴⁴, a partir de obra de Lucas Furtado. E essas conexões entre os casos existem, como bem destacou Bruno Carazza, também já citado⁶⁴⁵.

É preciso, portanto, que os investigadores sejam treinados a ligar os pontos, mas, para isso, também lhes deve ser fornecidas ferramentas para a comparação de dados entre investigações. Uma forma eficiente, nesse sentido, seria a criação de bancos de dados com elementos probatórios de investigações passadas, a fim de que se desenvolva uma prática institucionalizada de consulta e correlação entre casos, para que, a partir das ferramentas

⁶⁴³ A informação consta no *site* da operação, no qual também está o registro da última vez que foi atualizado, em 24 de agosto de 2021: Vide: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>. Acesso em: 15 jun. 2022.

⁶⁴⁴ Vide item 1.2.2, “A defesa da probidade no Brasil”.

⁶⁴⁵ Carazza relembra que, em grandes escândalos de corrupção, já na vigência da atual Ordem Constitucional, como nos casos PC Farias, Os anões do orçamento e, mais recentemente, na Lava Jato, os mesmos agentes econômicos aparecem envolvidos, como a Odebrecht, a Andrade Gutierrez e a OAS, presentes nos três casos, ou alternando-se, Queiroz Galvão, Carioca Engenharia, Serveng-Civisan, com um *modus operandi* similar: buscam no governo formas de benefícios, que vão de licitações viciadas a empréstimos subsidiados no BNDES, de subsídios fiscais à regulação frouxa, por meio de políticos dispostos a concedê-los mediante pagamento de propina, doações eleitorais oficiais ou via caixa-dois, conforme exposto no 1.2.2.

adequadas e de maneira gradativa, o sistema complexo de ilícitos, como a corrupção e os cartéis em licitação no Brasil, seja desvendado e os principais agentes responsáveis pelas práticas punidos. Além dessas medidas, é preciso aprimorar o diálogo interinstitucional, a partir de uma lógica de complexidade. Esse será o assunto abordado no próximo tópico.

2.4.2.3 O necessário diálogo interinstitucional

Em um cenário no qual, para determinados fatos, há confluência de normas e de atuações de autoridades com atribuições diversas, a necessidade de diálogo interinstitucional é uma premissa inafastável. Os casos de cartel em licitação da Lava Jato despertaram, nos profissionais que labutam com o Direito da Concorrência, ou pelo menos deixaram mais candente, a importância de articulação entre CADE, CGU, MPs e Polícia. Ana Paula Martinez, ex-diretora do extinto DPDE da SDE e advogada que atua na área, frisa que é preciso “coordenar esforços com as autoridades públicas que têm competência para atuar nos casos que o CADE também atua, ainda que com foco diverso” (MARTINEZ, 2018).

Essa necessidade de diálogo é sentida também em outras jurisdições. Em 2017, o professor da *Notre Dame Law School* e então assistente do DOJ nos EUA, Roger Alford, em evento realizado em São Paulo, chamou atenção para o fato de que, nos Estados Unidos, além do diálogo entre investigadores responsáveis por combater a corrupção e as fraudes à licitação, como os cartéis, é importante o contato próximo com os próprios agentes públicos que promovem os certames, seja para orientá-los, a fim de que melhor detectem os conluios, seja para, quando possível, moldarem as licitações de forma e evitá-los⁶⁴⁶. Semelhantemente, Alberto Heimler, professor da *Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione*, em eventos realizados para autoridades de defesa da concorrência da Croácia e de Israel, em 2012, reforçou a necessidade de o antitruste criar canais de comunicação com os agentes públicos à frente dos certames licitatórios, até mesmo para resguardá-los de eventual responsabilização pela prática de ilícitos concorrenciais⁶⁴⁷. O diabo, contudo, mora nos detalhes.

⁶⁴⁶ Nesse sentido: “As experts in fighting corruption, we frequently reach out to U.S. government colleagues who are on the front lines in combating government procurement fraud. We work closely with public procurement officials who are in the best position to detect and prevent bid rigging on public procurement contracts. We publish materials and offer training on how to recognize bidding behavior that may suggest collusive conduct, and promote procurement procedures that decrease the likelihood of bid rigging. In turn, there is a virtuous circle with such training, because procurement officials often provide the key evidence necessary for a successful bid rigging prosecution” (ALFORD, 2017, p. 7-8).

⁶⁴⁷ Assim: “Competition authorities should create a special channel of communication with public purchasers, so that they would know that informing the authority on any suspicion they may have is easy and does not make them responsible vis-a-vis the firms involved” (HEIMLER, 2012, p. 862).

Parece indiscutível a necessidade de diálogo interinstitucional, quando o tema é o combate aos cartéis e à corrupção em licitações. O problema está, exatamente, em como promover essa interação de forma que todas as instituições envolvidas melhor cumpram seus objetivos, preservando a eficiência em suas respectivas atividades, ao mesmo tempo que contribuem para o desenvolvimento do papel institucional “alheio”. Esse é o primeiro ponto a ser destacado. Não há, aqui, um problema “alheio”. Para além do fato notório de que os entes e os órgãos compõem a Administração Pública e esta deve estar interessada em coibir qualquer ilícito, sobretudo aqueles que maculam valores constitucionais importantes, como a livre concorrência e a probidade administrativa, a corrupção interessa ao CADE, assim como o cartel em licitação aos órgãos que combatem a corrupção, pois, aqui, os ilícitos estão diretamente entrelaçados, em, como visto, uma sinergia contrária ao interesse público.

A corrupção, quando presente, interfere diretamente no trabalho do CADE de combate ao cartel em licitação, pois é a partir dela que os cartelizados impedem a contestação de concorrentes, facilitam a coordenação, seja melhor repartindo os ganhos ilícitos, seja evitando traições, enfim, a conduta anticompetitiva é substancialmente transformada. O cartel em licitação ofende a livre concorrência e a probidade administrativa, sendo conduta punível tanto pelo CADE, à luz da Lei 12.529/2011, quanto pela CGU, por exemplo, com base na Lei 12.846/2013. A corrupção que favorece a prática de cartel em licitação, por sua vez, também ofende aos dois bens jurídicos, sendo punível, na perspectiva da defesa da probidade, pelas Leis 8.429/1992 e 12.846/2013, bem como pode ser objeto de apreciação pelo CADE, à luz da Lei 12.529/2011⁶⁴⁸.

Ainda, essa medida de diálogo entre as instituições não pode ser meramente burocrática, com a finalidade de tão somente cada ente se desincumbir da obrigação de comunicar determinados ilícitos. A prática de o CADE encaminhar suas decisões, após julgamento pelo TADE, para providências cabíveis, assim como a remessa, pelo Ministério Público, de cópias das investigações ao CADE, após a propositura de denúncia ou petição inicial de ação civil pública, ou seja, quando as suas atividades de colheita de provas já se encerraram, não permite que as instituições troquem experiências acerca dos fatos investigados. Aqui o *timing* de comunicação pode fazer toda a diferença.

No início das investigações, quando as equipes ainda trabalham internamente com os dados até então coletados, de fato, quanto mais pessoas souberem acerca da prática dos ilícitos e de que eles estão sendo objeto de escrutínio, maiores os riscos de vazamento, o que

⁶⁴⁸ Esse assunto será desenvolvido no tópico seguinte.

pode afetar cabalmente a efetividade da persecução. Entretanto, quando são deflagradas as medidas externas, tais como busca e apreensão e prisões, o risco de vazamento que prejudique o resultado das investigações praticamente se aproxima de zero, afinal de contas, os investigados, de maneira inequívoca, já têm ciência de que estão sendo alvo de inquérito, administrativo ou policial, ou procedimento investigatório criminal do Ministério Público. Então, este parece ser um momento adequado para se efetivar a interação entre os órgãos de investigação.

Três observações. Primeira, embora esse pareça ser o melhor momento para que as interações sejam implementadas, é importante que, previamente, as equipes troquem informações, ainda que genéricas acerca do caso, a fim de que, de alguma forma, preparem-se para o que está por vir. Segunda, esse processo será muito mais eficiente se for adotada a prática de, em toda medida judicial de colheita de prova, como quebras de sigilos bancários, fiscais e telefônicos, buscas e apreensões ou, ainda, interceptações telefônicas, já for requerida a autorização para o compartilhamento do material ali obtido. Por exemplo, o CADE adotar a prática de, em suas buscas e apreensões, pedir desde o início a possibilidade de compartilhamento dos dados ali obtidos com a CGU, por exemplo, e o Ministério Público, federal ou estadual, a depender do caso concreto, do local dos fatos, titular da ação penal. Terceira, o membro do Ministério Público Federal com assento no CADE pode fazer um importante papel de intermediação entre a autarquia e o Ministério Público, a fim de fomentar a comunicação entre as instituições, haja vista que está dentro de ambas.

A presente pesquisa pode, de alguma forma, contribuir para a fundamentação do compartilhamento aqui referido, afinal, qual seria o interesse de enviar provas de um cartel em licitação para órgãos responsáveis por coibir a corrupção? Primeiro, porque os dois órgãos, CGU e Ministério Público, têm atribuições para coibir o cartel em licitação independentemente da corrupção. Isso já justificaria o compartilhamento de provas. Segundo, porque a mera existência de um cartel em licitação configura indício da possível prática de corrupção, haja vista a necessidade entre os ilícitos ressaltada nesta pesquisa. Terceiro, se o argumento anterior não parecer suficiente, é possível buscar, no processo licitatório específico, indícios de que o agente público tenha contribuído, de alguma forma, para a prática de cartel, seja, por exemplo, com a inserção de alguma regra editalícia que favorecia o conluio, seja afastando concorrentes, seja defendendo explicitamente os agentes econômicos. Também, como estudado neste trabalho, tal fato merece ser investigado, haja vista a hipótese de que essa ajuda tenha ocorrido de forma dolosa e mediante o pagamento de propina.

Por fim, um efetivo diálogo exige que haja interação entre as equipes de investigação, a fim de que as diferentes perspectivas acerca dos ilícitos, concorrencial e de combate à corrupção, possam se influenciar mutuamente. Invariavelmente haverá certa pessoalidade nessa troca, é verdade, pois a confiança de partilhar os dados e as estratégias florescerá a partir da afinidade de trabalho construída com determinados agentes em cada ponta da investigação. Entretanto, é importante que, para a institucionalização desse contato, *memorandos de entendimento* ou *acordos de cooperação* sejam firmados. Deve-se registrar que a prática ora mencionada não será novidade para o CADE, pois a autarquia, nos últimos anos, tem firmado documentos nesse sentido, que estabelecem padrões para a troca de informações em investigações entre o CADE e diversas instituições, como Ministérios Públicos, TCU e CGU⁶⁴⁹.

Por exemplo, entre CADE e CGU já há documento que disciplina a troca de informações para fins de investigações em casos de “suborno transnacional”, não de corrupção interna⁶⁵⁰. Em relação ao CADE e ao MPF, o enfoque do acordo é a troca de informações nas próprias infrações contra a ordem econômica⁶⁵¹, destacando-se a regra contida na cláusula segunda, a qual prevê o compartilhamento de provas obtidas por cada parte, a partir de decisão judicial autorizando, em certa similitude quanto ao *timing* ora mencionado⁶⁵². Seria preciso, apenas, ajustar esses instrumentos para a finalidade específica do combate aos cartéis em licitação e da corrupção interna, bem como tornar a interação a regra entre as instituições.

⁶⁴⁹ Esses acordos podem ser consultados em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/aceso-a-informacao/convenios-e-transferencias/acordos-nacionais>. Acesso em: 17 jun. 2022.

⁶⁵⁰ Trata-se da Portaria Conjunta nº 4, de 30 de maio de 2018, assinada pela CGU e pelo CADE, que dispõe, em seu art. 1º “A troca de informações e documentos entre a Controladoria-Geral da União – CGU e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, no que tange à prática, no exterior, de eventuais irregularidades por empresas brasileiras e estrangeiras que tenham sede, filial ou representação no país, de que trata o art. 9º da Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013, regulamentada por meio do art. 14 do Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015, seguirão o disposto nesta Portaria” (CADE; CGU, 2018).

⁶⁵¹ É o Acordo de Cooperação Técnica nº 01, de 2020, no qual consta, na cláusula 1º, inciso I: “Constitui objeto deste acordo: I – a ampliação de comunicação entre o CADE e o Ministério Público Federal, de modo a imprimir-se maior agilidade e efetividade nas ações de repressão às práticas de cartel e outras infrações à ordem econômica e às relações de consumo previstas nos arts. 4º e 7º da Lei nº 8.137/1990, quando praticados em detrimento do art. 109, incisos IV e VI, da Constituição Federal de 1998, e art. 36 da Lei 12.529/2011” (CADE; MPF, 2020).

⁶⁵² Nos termos do art. 2º do Acordo de Cooperação Técnica nº 01, de 2020, firmado entre CADE e MPF: “O CADE enviará ao Ministério Público Federal as informações e provas que forem obtidas, no âmbito da apuração cível e criminal, nos processos referentes às investigações de cartel e demais infrações à ordem econômica e às relações de consumo, previstas na Lei 8.137/1990, quando praticadas em detrimento do art. 109, incisos IV e VI, da Constituição Federal de 1988, e na Lei 12.529/2011, nos termos da decisão judicial que autorizar o compartilhamento das provas. O Ministério Público Federal enviará ao CADE as informações e provas que forem obtidas, no âmbito da apuração cível e criminal, nos processos referentes às investigações de cartel e outras infrações potencialmente lesivas à ordem econômica previstas na Lei 12.529/2011, nos termos da decisão judicial que autorizar o compartilhamento das provas” (CADE; MPF, 2020).

Em síntese, os casos de cartel em licitação impõem ao CADE uma interação com outras instituições nacionais que trabalham com combate à corrupção e, para melhor abordagem do problema, cuja natureza é complexa, a troca de informações deve ocorrer de forma que as equipes de investigação partilhem experiências e perspectivas. Portanto, para o sucesso da persecução, o *timing* desse diálogo faz toda a diferença. Propõe-se, aqui, que ele ocorra quando forem deflagradas as fases externas da investigação, bem como que sejam estabelecidos instrumentos normativos que o disciplinem e institucionalizem, tais como *memorandos de entendimento* ou *acordos de cooperação*, à luz do que o CADE, nos últimos anos, tem implementado, de forma geral, para o seu relacionamento interinstitucional.

Sob a perspectiva externa ou internacional, é preciso chamar atenção para o fato de que, entre os 29 casos de cartel em licitação estudados nesta pesquisa, 3 eram cartéis internacionais, mais especificamente *Cartel de Mangueiras Marítimas*, *Cartel do GIS (Gas Insulated Switchgear)* e *Cartel do AIS (Air Insulated Switchgear)*. Em nenhum deles foram identificados elementos indicativos de corrupção, entretanto dois pontos precisam ser mencionados. Primeiro, trata-se de grandes casos de cartel que também afetaram licitações, ou seja, a instrução processual não tinha por foco os certames licitatórios. Segundo, para os três casos, apenas estão disponibilizadas, para consulta, as versões públicas dos principais documentos produzidos pelos órgãos do SBDC. As provas, portanto, não puderam ser analisadas, o que atrapalha substancialmente a pesquisa, por conta de metodologia aqui empregada.

É possível que cartéis internacionais apresentem determinadas peculiaridades que os afastem de práticas corruptas, contudo, em tese, os benefícios advindos da relação entre agentes econômicos cartelizados e agentes públicos corruptos a eles se aplicam, ou seja, a necessidade também se faz, para os cartéis internacionais, presente. Além disso, a parte do sistema complexo relacionada à corrupção é a mesma, ou seja, os mesmos agentes públicos que recebem propina e moldam sua conduta a partir de incentivos que recebem do sistema interagirão com os cartéis internacionais. Assim, é mais provável que, para esses casos, a metodologia aqui aplicada não tenha sido suficiente para captar a possível relação entre cartel e corrupção. De toda forma, isso prejudica a propositura de medidas para aprimorar o diálogo interinstitucional internacional, haja vista que os remédios ora mencionados partem, justamente, dos resultados encontrados na pesquisa da jurisprudência do CADE em cartéis em licitação, detalhada no capítulo anterior.

Assim, de maneira genérica, deve-se apenas chamar atenção para o tema. Cartéis internacionais, justamente porque sua conduta ilícita afeta diversas jurisdições, demandam o

acionamento de mecanismos de cooperação internacional. O mesmo deve ser dito da corrupção, sobretudo porque, grandes esquemas, muito frequentemente, utilizam-se de práticas internacionais para lavagem de dinheiro⁶⁵³. Características como a *novidade perpétua* e a *adaptação contínua* demandarão diálogo com as instituições externas, tanto por parte do CADE, quanto da CGU, dos MPs e da Polícia, uma celeridade adequada, a qual pode encontrar dificuldades decorrentes dos necessários trâmites legais para a transferência de provas entre as jurisdições.

Problemas complexos devem ser enfrentados a partir de abordagens interdisciplinares, como se depreende, aliás, da própria concepção da *Economia da Complexidade*⁶⁵⁴. Quanto mais isolada estiver determinada instituição responsável pela investigação, menor serão as chances de sucesso. De maneira sistêmica, pouco adiantará um combate efetivo aos cartéis em licitação por parte da autoridade antitruste, se os incentivos para a prática de corrupção e de direcionamento dos certames permanecerem intactos. É possível até que um ou outro agente econômico seja alijado do mercado, mas os *conceitos de controle*, para utilizar expressão cunhada por Neil Fligstein, permanecerão os mesmos.

Por fim, uma vez admitida a premissa de que um cartel em licitação com corrupção é um ilícito pior do que um cartel em licitação sem corrupção, é razoável esperar do ordenamento jurídico uma punição mais severa ao primeiro, quando comparada às sanções aplicadas ao segundo. O próximo tópico analisará, à luz da Lei 12.529/2011, essa possibilidade.

⁶⁵³ O controle da lavagem de dinheiro é justamente um dos pontos destacados por Susan Rose-Ackerman e Bonnie J. Palifka no capítulo intitulado *International Cooperation: States, Firms, Banks, and Organized Crime*, na obra *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform*. Segundo os autores: “Domestic and international efforts to combat corruption directly are necessary, but are insufficient in a increasingly globalized world. We have discussed two aspects of a broader framework: the obligations of multinational firms and the control of money laundering and organized crime [...] because corruption is often intertwined with international organized crime and is facilitated by money laundering, cooperation among countries and agencies is essential. Otherwise, the proceeds of corruption and organized crime will simply be hidden abroad or in cyberspace. Current cross-border efforts have yielded some positive results, but more is needed. Too many countries still have lax financial regulations or enforcement, and there is not enough cross-country investigative sharing and extradition” (ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2016, p. 518).

⁶⁵⁴ É importante voltar a mencionar passagem de Brian Arthur, na qual ele relembra que a *Economia da Complexidade* nasceu a partir da interação de economistas com cientistas da física, da biologia e da ciência da computação: “In September 1987, twenty people came together at the Santa Fe Institute to talk about ‘the economy as an evolving, complex system’. Ten were theoretical economists, invited by Kenneth J. Arrow, and ten were physicists, biologists, and computer scientists, invited by Philip W. Anderson. The meeting was motivated by the hope that new ideas bubbling in the natural sciences, loosely tied together under the rubric of ‘the sciences of complexity’, might stimulate new ways of thinking about economic problems. For ten days, economists and natural scientists took turns talking about their respective worlds and methodologies. While physicists grappled with general equilibrium analysis and noncooperative game theory, economists tried to make sense of spin glass models, boolean networks, and genetic algorithms” (ARTHUR, 2015, p. 89-90).

2.4.2.4 A necessidade de punição diferenciada para cartéis com corrupção em licitações

Os agentes econômicos que praticam cartel em licitação, conforme estudado⁶⁵⁵, estão sujeitos a sanções previstas na Lei do CADE, Lei 12.529/2011, bem como na Lei Anticorrupção, Lei 12.846/2013, mais especificamente nos arts. 36, parágrafo 3º, inciso I, alínea “d”, e 5º, inciso IV, alínea “a”. A ofensa a bens jurídicos distintos, constitucionalmente protegidos, advinda de uma mesma conduta, justifica a pluralidade de sanções⁶⁵⁶.

Se esses mesmos agentes econômicos cartelizados praticam corrupção, com o objetivo de viabilizar o cometimento da infração antitruste, o que pode ocorrer com eles? Para simplificar o exemplo, aqui pode ser considerada uma noção mais restrita de corrupção do que a utilizada neste trabalho, a de prometer, oferecer ou dar vantagem indevida a agente público, bem como será observada apenas a responsabilização na esfera administrativa. Pois bem, não há maiores dúvidas de que esse ato está sujeito às sanções da Lei 12.846/2013, por ofender a probidade administrativa, mais especificamente previsto no art. 5º, inciso I, o qual estabelece como ato lesivo à Administração Pública “prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada” (BRASIL, 2013a). Para o cartel em licitação associado à corrupção, portanto, haverá, na esfera da probidade, uma dupla fundamentação para a aplicação das penas, nos termos do art. 6º, que, no mínimo, deverá ser endereçada por meio de uma sanção mais rigorosa, à luz do disposto no 7º⁶⁵⁷, que trata da dosimetria, mais especificamente em razão da “gravidade da infração”.

E no âmbito do CADE? Há algum espaço normativo para valoração negativa dessa prática de corrupção ativa?

⁶⁵⁵ Vide item 1.1.5, “As estruturas de governança estatais de combate aos cartéis em licitação”.

⁶⁵⁶ Não se pretende, com essa afirmação, afastar do tema eventuais discussões quanto à proporcionalidade, compensação entre as sanções ou, até mesmo, possibilidade de *bis in idem*. Esses aspectos podem ser aprofundados em estudos específicos, como o artigo já mencionado (vide nota de rodapé X no tópico 2.1.3 deste trabalho), que justifica a possibilidade de o CADE sancionar agentes públicos pela prática de corrupção no contexto dos cartéis em licitação, com fundamento no art. 36, §3º, inciso II, da Lei 12.529/2011 (OLIVEIRA JUNIOR, Fernando, 2018, p. 31-59), embora, para a dupla punição de agentes econômicos que praticam cartel, seja com base na livre concorrência, seja com espeque na probidade administrativa, as premissas ali adotadas possam ser aqui estendidas, notadamente a ofensa a dois bens jurídicos distintos decorrentes da mesma conduta, no caso a corrupção. O ponto que parece ser essencial é, entretanto, o seguinte: a visão do problema a partir da complexidade, a qual se propõe a sair do caso específico para olhar o todo, ou pelo menos mais detidamente as relações de *meso-level*, parece ser a mais adequada para endereçar, inclusive, essas questões.

⁶⁵⁷ Os dispositivos legais ora mencionados são os seguintes: “Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções: I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e II - publicação extraordinária da decisão condenatória [...] Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: I - a gravidade da infração” (BRASIL, 2013a).

Embora a pesquisa jurisprudencial não tenha encontrado decisão do CADE de condenação de cartel em licitação que tivesse a sanção majorada, explicitamente, em razão da coexistência com a corrupção⁶⁵⁸, esse é um ponto que não pode mais passar despercebido pela autarquia que, sobretudo por meio da SG, tem se posicionado, como visto, por uma tentativa de segmentação rígida entre cartel em licitação e outras fraudes, como a corrupção, e afastado qualquer atribuição do CADE nesse tema⁶⁵⁹. De fato, não compete ao CADE julgar e punir atos de corrupção por si, mas, a partir do momento em que eles interferem em relações de concorrência, ou, mais especificamente nesse caso, fomentam a prática de um ilícito concorrencial, a autoridade antitruste, à luz da legislação brasileira, não pode simplesmente “fechar os olhos” para o problema.

Primeiro porque existe dupla afronta a bens jurídicos distintos⁶⁶⁰. Assim como o cartel em licitação se difere do cartel normal e atinge a livre concorrência e a probidade administrativa, a corrupção relacionada ao cartel em licitação se distingue de outros tipos de corrupção por ofender tanto a probidade administrativa quanto a livre concorrência. Segundo, nesses casos, a corrupção interfere diretamente no trabalho do CADE de combate ao cartel em licitação, pois é a partir dela que os cartelizados impedem a contestação de concorrentes e facilitam concretização do conluio. Os desafios simplesmente são outros, tanto quanto à prevenção, como quanto à detecção, pois a propriedade emergente resultante desse encontro entre agentes econômicos cartelizados e públicos corruptos, conforme estudado, transforma e piora o ilícito original⁶⁶¹. Se for assim, por que a repressão não seria diferenciada? Terceiro, é esperado e proporcional que as infrações mais graves sejam penalizadas de maneira distinta, motivo pelo qual o cartel em licitação com corrupção deve ser punido mais severamente, pela autoridade antitruste, do que o cartel em licitação sem corrupção. Mas de que forma a Lei

⁶⁵⁸ O que há de mais próximo nesse sentido é o voto vogal da Conselheira Cristiane Alkmin no processo administrativo nº 08012.006130/2006-22, Cartel de Manutenção Predial, que, ao concordar com a fundamentação exposta no voto do relator, aduziu o argumento da corrupção no seguinte sentido: “No mérito, desta forma, concordo com todos os pontos trazidos pelo bem fundamentado voto relator e digo que, ao meu ver, só tem uma conduta anticompetitiva pior que cartel em licitação pública, que é o cartel em licitação pública com Corrupção” (CADE, 2017d, p. 351). Ainda, a conselheira expõe a seguinte preocupação em sua fundamentação: “Portanto, se este assunto da sanção já é complicado por si só, imagina nos casos que envolvem cartel em licitação pública com corrupção (no contexto da Lei Anticorrupção)? Aí é que a preocupação do CADE em compatibilizar as suas multas com eventuais multas administrativas impostas pelo TCU ou pela CGU fica mais desafiadora ainda. Acordos de Leniência, acordos com vítimas dos cartéis em ações de reparação cível serão considerados pelo CADE na fixação da sua multa administrativa? Como fazem as tais instituições 5 estrelas nestes casos?” (CADE, 2017d, p. 353).

⁶⁵⁹ Vide item 2.3.4, “Distinção entre os cartéis em licitação e outras fraudes”.

⁶⁶⁰ Vide item 1.2.5, “As estruturas de governança estatais do combate à corrupção em licitação”.

⁶⁶¹ Vide itens 1.3, “A complexa relação entre concorrência e probidade”, 1.3.2, “A relação entre cartéis em licitação e corrupção (micro)”, 1.3.3, “Da necessidade e da complexidade no enfrentamento conjunto dos cartéis em licitação e corrupção, construção de hipóteses”, e 2.2.8, “A validação das hipóteses levantadas”.

12.529/2011 possibilitaria essa gradação? Acredita-se que de maneira semelhante à Lei 12.846/2013.

A corrupção, nesse caso, tem por objetivo, justamente, prejudicar a livre concorrência. E embora, conforme já mencionado neste trabalho⁶⁶², há uma praxe de tipificar as condutas anticompetitivas a partir do rol exemplificativo do §3º do art. 36 para, então, identificar os efeitos nos incisos do *caput* do mesmo dispositivo, a tipificação da conduta está no *caput* e nos incisos, os quais dispõem o seguinte: constituem infração da ordem econômica os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir algum dos seguintes efeitos, com destaque aqui para o inciso I, que prevê os de limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa (BRASIL, 2011). A corrupção referente ao cartel em licitação, portanto, se encaixa nessa tipificação. Ainda, na dosimetria da pena, a Lei do CADE prevê como um dos critérios para gradação da sanção, no inciso I do art. 45, justamente a “gravidade da infração”. Assim, em tese, sob o ponto de vista jurídico, a corrupção poderia, nesses casos em que está associada aos cartéis em licitação, ser valorada negativamente pela autoridade antitruste brasileira.

Qual é o problema objetivo, hoje, de se adotar esse entendimento ou, indagado de outra maneira, por que o CADE até o presente não fez isso, valorou negativamente a corrupção em cartéis em licitação, se há essa possibilidade normativa? Uma hipótese é que essa medida não traria qualquer efeito prático no caso concreto e ainda causaria um relevante custo para a atuação da autoridade antitruste.

Em relação ao efeito prático, existe uma jurisprudência no CADE no sentido de já se considerar, quando comparadas com as demais infrações anticompetitivas, a conduta horizontal, mais especificamente o cartel, como uma das mais maléficas, motivo pelo qual as suas penas já são majoradas com espede neste dispositivo, o inciso I do art. 45, em decorrência da “gravidade da infração”⁶⁶³. Então, para os casos de cartel, o critério “gravidade da infração” já é naturalmente valorado de forma negativa. Embora efetivamente o cartel em licitação com corrupção seja mais grave do que um cartel em licitação sem corrupção, e a Lei 12.529/2011, sob o ponto de vista jurídico, permita essa valoração, na prática, não se obteria

⁶⁶² Vide item 1.1.3, “Os cartéis”.

⁶⁶³ Vide, por exemplo, o voto do conselheiro Paulo Burnier da Silveira no caso do processo administrativo nº 08012.006130/2006-22, Cartel de Manutenção Predial, supramencionado em nota de rodapé neste mesmo tópico: “Considerando que as condutas horizontais são as que geram maior lesividade à concorrência nos mercados afetados, com evidentes efeitos econômicos negativos ao mercado e consumidores, pelo que não há como negar a gravidade da conduta” (CADE, 2017d, p. 379).

uma majoração da sanção, porque o critério de dosimetria que poderia ser aplicado já é negativamente preenchido com o próprio cartel.

Quanto aos custos de a autoridade antitruste tratar da corrupção, esse é um tema abordado em *When the state harms competition – the role for competition law*, artigo escrito por Eleonor Fox e Deborah Healey, no qual estudam diversas jurisdições e investigam as formas a partir das quais o Estado e seus agentes podem causar danos à defesa da concorrência. O enfoque principal do trabalho, conforme ponderado pelas próprias autoras, era “state laws organizing private cartels and state-granted monopoly rights blocking entry to essentially competitive markets” (FOX; HEALEY, 2014, p. 769). As pesquisadoras indagaram também, em diversas jurisdições, se as normas de defesa da concorrência abrangeriam atos de órgãos de Estado e de seus agentes no contexto de corrupção em processos licitatórios. As seguintes jurisdições responderam positivamente a esse questionamento: Austrália, China, União Europeia, Guiana, Jamaica, Japão, Cazaquistão, México, Rússia, Seicheles e Espanha (FOX; HEALEY, 2014, p. 792).

O benefício de a jurisdição da autoridade antitruste abranger a corrupção relacionada à prática de cartel está, sobretudo, no fato de os ilícitos estarem intrinsecamente conectados, funcionando, o pagamento de propina, como um instrumento importante para o sucesso do conluio. Nesses casos, qualquer narrativa acerca do cartel deve englobar a corrupção. O risco de os agentes serem punidos, pela autoridade antitruste, por praticarem corrupção e afetarem a concorrência nos mercados, pode configurar também um desincentivo importante para a própria prática dos cartéis em licitação. O problema, por outro lado, é o risco de sobreposição de papéis entre diversos órgãos de Estado, notadamente entre a autoridade de defesa da concorrência e os órgãos de persecução criminal, bem como os custos que essa opção acarretaria, tanto de recursos financeiros, quanto de tempo⁶⁶⁴. Em certa medida, a atuação da autoridade antitruste, nesse contexto, pode ser importante em casos de grande repercussão, para os quais a atuação dos órgãos de persecução criminal não seja suficiente para estancar os ilícitos (FOX; HEALEY, 2014, p. 805-806). A conclusão de Fox e Healey é no sentido de que as normas de defesa da concorrência deveriam ser aplicadas à corrupção, quando esta concorrer para a prática do cartel em licitação (FOX; HEALEY, 2014, p. 812).

⁶⁶⁴ Assim: “The main cost of antitrust coverage is that the antitrust authority gets another significant duty and one in a realm that is not necessarily the closest neighbor to antitrust. This cost – in money and focus – is not insubstantial. We speculate that the nations that have adopted antitrust provisions to cover public procurement practices have identified corruption in procurement as an overwhelming problem, not sufficiently handled by the prosecutor, that undermines the integrity of the market system and that causes significant consumer harm, and that they welcome this additional tool to help stem a poisonous tide” (FOX; HEALEY, 2014, p. 806).

Neste trabalho, adota-se o mesmo posicionamento, por motivos ligeiramente diversos, mas relacionados. A análise do problema, a partir da lógica da complexidade, impõe que o cartel em licitação associado à corrupção seja atacado a partir do seu *meso-level*, ou seja, a partir das relações entre seus agentes, econômicos e públicos. Uma repressão atomizada, que isola o problema concorrencial, além de poder configurar um dispêndio ineficiente de recursos, por quanto não tem o condão de solucionar o problema, terá de constantemente buscar argumentos jurídicos para justificar o injustificável: a Lei 12.529/2011, por meio do seu art. 36, *caput e incisos*, dá ao CADE poderes para analisar atos de corrupção que ofendem a concorrência nos mercados. Se isso não é feito, não decorre, exatamente, de uma impossibilidade jurídica.

A autoridade brasileira antitruste está à beira do caos⁶⁶⁵, em um momento de transição, sobretudo por conta dos casos da Lava Jato que está para julgar. Apesar do histórico de uma atuação relativamente eficiente na defesa da concorrência⁶⁶⁶, o CADE, nos casos de cartel em licitação, depara-se com um problema concorrencial complexo que está diretamente atrelado, em regra, à corrupção, que altera substancialmente seu formato e causa igualmente danos à concorrência. Caso decida manter o entendimento de não valorar a corrupção, privilegiará uma abordagem pontual e possivelmente ineficiente para o problema, haja vista a incapacidade de outros órgãos estatais combatê-la. Por outro lado, caso decida incorporar nas suas atribuições a análise da corrupção, deverá enfrentar desafios como a sobreposição de atuação com outros órgãos e a necessária gestão de custos e prioridades.

No caso dos cartéis em licitação, a análise da corrupção não traria qualquer efetividade na majoração da sanção, visto que o CADE tem jurisprudência no sentido de que, pelo simples fato de ser cartel, o critério de dosimetria, previsto no art. 45, inciso I, “gravidade da infração”, já é valorado negativamente, uma mudança legislativa se faz

⁶⁶⁵ A beira do caos ou *the edge of chaos* é uma expressão utilizada por quem estuda sistemas complexos para exemplificar as fases de transição que ocorram nesses sistemas não lineares, nos quais há um momento em que grandes mudanças estão prestes a ocorrer. O subtítulo do livro de Mitchell Waldrop, *Complexity*, traz sua referência: “the emerging science at the edge of order and chaos”. Sobre o assunto, o próprio Waldrop comenta: “All these complex systems have somehow acquired the ability to bring order and chaos into a special kind of balance. This balance point – often called the edge of chaos – is where the components of a system never quite lock into place, and yet never quite dissolve into turbulence, either. The edge of chaos is where life has enough stability to sustain itself and enough creativity to deserve the name of life. The edge of chaos is where new ideas and innovative genotypes are forever nibbling away at the edges of the status quo, and where even the most entrenched old guard will eventually be overthrown. The edge of chaos is where centuries of slavery and segregation suddenly give way to the civil rights movement of the 1950s and 1960s, where seventy years of Soviet communism suddenly give way to political turmoil and ferment; where eons of evolutionary stability suddenly give way to wholesale species transformation. The edge of chaos is the constantly shifting battle zone between stagnation and anarchy the one place where a complex system can be spontaneous, adaptive, and alive” (WALDROP, 2019, p. 23).

⁶⁶⁶ Vide item 1.1.5, “As estruturas de governança estatais de combate aos cartéis em licitação”.

necessária, a fim de que haja previsão de uma agravante específica na dosimetria da pena, como, por exemplo, “a infração ter sido praticada em concurso com a corrupção”. Assim, para além da possibilidade, em tese, da valoração da corrupção, o CADE teria também motivos práticos que justificariam uma mudança na sua postura. Hoje, pelo desenho legislativo e pela jurisprudência existente, atrair a corrupção para o campo de atribuições da autoridade antitruste, quando analisada a conduta dos agentes econômicos que praticam cartel e corrupção concomitantemente em licitações, traria ônus sem que fosse possível colher bônus.

Em síntese, a Lei 12.529/2011, mais especificamente o seu art. 36, *caput*, e incisos, possibilita que o CADE analise e valore o ilícito de corrupção. Contudo, sob o ponto de vista prático, quando essa conduta for concorrente à de cartel em licitação, essa valoração apenas surtiria efeitos se fosse possível, a partir dela, advir um incremento na sanção aplicada. Esse incremento se justifica pelo fato de que o cartel em licitação com corrupção é mais grave do que o cartel em licitação sem corrupção. Entretanto, ao serem analisados os critérios legais possíveis de serem utilizados para majorar a sanção nesses casos, verifica-se que o da “gravidade da infração” já estaria preenchido pelo próprio conluio horizontal, o cartel, que é considerado, pelo CADE, um tipo mais grave de infração à ordem econômica. Assim, embora o CADE possa fazer isso, valorar a corrupção dos agentes econômicos, não o faz, nos casos de cartel em licitação, por questões pragmáticas: os contras de incorporar essa atividade, atualmente, suplantam os prós. Esse cenário seria alterado com uma mudança legislativa para se prever o concurso da corrupção como uma agravante específica das infrações antitruste.

2.5 Considerações finais do capítulo

De maneira preliminar, foram pesquisados, por meio de fontes abertas, os acordos de leniência firmados nos casos relacionados à Operação Lava Jato que estão em trâmite no CADE. Em seguida, foram estudados os respectivos “Históricos de Conduta”, documentos elaborados pela SG que sintetizam a prática antitruste revelada, bem como elencam as provas de corroboração apresentadas. O objetivo era verificar se, a partir da sua análise, seria possível depreender elementos indicativos de corrupção, bem como se a coexistência dos ilícitos estava restrita à Petrobras. Registre-se que, quando foi realizado o presente estudo, esses casos de cartel em licitação ainda estavam em trâmite no CADE.

Foram identificados 17 acordos de leniência, cada um referente a um processo administrativo específico, envolvendo diversas empreiteiras, empresas no ramo de construção

civil de grandes obras, para diferentes tipos de certames licitatórios. Havia licitações para entes/órgãos federais, estaduais e municipais, envolvendo desde a construção de usinas nucleares a estádios de futebol, o que pode ser um forte indicativo de que o *modus operandi* das práticas ilícitas reveladas em relação à Petrobras, relativas à união de agentes públicos corruptos com agentes econômicos cartelizados em licitações, podia estar espalhada em outros entes públicos. Nessas 17) leniências, foi possível localizar e estudar 15 “Históricos de Conduta”, entre os quais, em pelo menos 10 havia, na descrição da conduta, elementos indicativos de corrupção, o que equivale a, aproximadamente, 66% dos casos.

Esse, muito provavelmente, não é o universo de todos os processos administrativos relacionados à Lava Jato em trâmite no CADE, pois pode haver casos que não se originaram de leniências ou que não foram publicizados, por razões de conveniência investigativa, por exemplo. De toda forma, a alta porcentagem de elementos indicativos de corrupção a partir da análise de um documento que apenas inicia a instrução e tem por objetivo específico descrever tão somente a prática de cartel, ilícito antitruste, aponta para a probabilidade da coexistência dos ilícitos na maioria dos casos da Lava Jato em trâmite no CADE, o que confirma a necessidade.

Em relação à complexidade e a sua propriedade emergente, verificou-se que o cartel teve suas características alteradas, de modo a praticamente serem anulados alguns dos mecanismos de controle corriqueiramente utilizados. Foram verificados: editais sendo lançados em momento oportuno para direcionar a licitação, membros do cartel inserindo cláusulas restritivas em editais; membros do cartel sendo classificados, quando deveriam ser desclassificados; membros do cartel recebendo informações privilegiadas; agente público que divide os lotes entre as empresas beneficiadas; agente público que convence competidor fora do cartel a desistir de liminares que suspendiam o certame ou da própria licitação; e até membros do cartel elaborando respostas de recursos de competidores de fora do cartel.

Uma vez delineado esse cenário, o estudo adentrou em seu objeto principal, dedicado à pesquisa dos casos de cartel condenados pelo CADE entre 1994 a 2019, com a finalidade de serem procurados nos autos os chamados “elementos indicativos de corrupção”. Por elementos indicativos, foi buscado, nos processos, se (i) os agentes públicos que analisaram os fatos à época da investigação trataram da concomitância entre os ilícitos, sejam eles (i.a) do SBDC, (i.b) da Polícia e do Ministério Público ou, por fim, (i.c) de Tribunal de Contas, de CPI ou de outro órgão administrativo de investigação. Além disso, foi também considerado (ii) o material probatório juntado aos autos que, diretamente, (ii.a) apontasse para

um possível ato de corrupção ou que (ii.b) pudesse ao menos indicar o auxílio de agentes públicos no cometimento do ilícito antitruste.

Delimitou-se corrupção, para fins da pesquisa, como sendo, no contexto das licitações públicas, aquelas práticas entre agentes públicos e privados que se aproximem das condutas de suborno, extorsão ou troca de favores, tendo como parâmetros, respectivamente, os tipos penais de corrupção ativa (art. 333 do Código Penal) e passiva (art. 317 do Código Penal, *caput*), concussão (art. 316 do Código Penal), bem como o §2º do art. 317 do Código Penal.

As seguintes hipóteses de pesquisa foram consideradas no estudo dos casos: (i) *no Brasil, a maioria dos casos de cartel em licitação está relacionada a atos de corrupção ou, pelo menos, a elementos indicativos de sua prática*, assim como (ii) *a coexistência desses dois ilícitos em um mesmo contexto fático altera substancialmente suas características, de modo a praticamente serem anulados alguns dos controles corriqueiramente utilizados para sua identificação e repressão*.

Foram, então, identificados 96 casos de cartel condenados pelo CADE entre 1994 e 2019, entre os quais, estão 29 casos de cartel em licitação, ou seja, condenações que tiveram por base o enquadramento típico nos dispositivos específicos (art. 21, inciso VIII, da Lei 8.884/1994 ou art. 36, §3º, inciso I, alínea “d”, da Lei 12.529/2011). Restou constatado que alguns desses casos eram, na verdade, grandes cartéis que também atingiram certames licitatórios, o que fez com que o CADE fundamentasse a condenação também nos dispositivos legais referidos. Assim, entre esses casos, foram identificados 21 processos de “cartel em licitação em sentido estrito”, que são aqueles cujo enfoque da instrução probatório foi a prática em certames licitatórios.

Dos 29 casos de cartel em licitação, 20 (vinte) apresentam elementos indicativos da coexistência entre o cartel em licitação e a corrupção. Ou seja, uma ampla maioria dos casos, aproximadamente 69% deles. Analisando-se apenas os 21 (vinte) casos de cartéis em licitação em sentido estrito, em 18 foram identificados elementos indicativos de corrupção, ou seja, um montante próximo de 85% dos processos. São quantitativos consideráveis que indicam uma elevada probabilidade de, no Brasil, o ilícito antitruste, cartel em licitação, vir acompanhado de práticas corruptas.

Ainda, foram analisados os demais 67 casos comuns de cartel, ou seja, aqueles que não são cartéis em licitação, e, nesse grupo, foram identificados 10 casos que tinham elementos que indicavam a prática de corrupção relacionada ao ilícito antitruste. Ao todo, portanto, dos 96 casos estudados, 30 apresentam indícios de corrupção.

A pesquisa confirmou as hipóteses levantadas. A elevada quantidade de casos de cartel em licitação em que foram encontrados elementos indicativos de corrupção aponta para a provável prevalência da coexistência, no contexto brasileiro, dos dois ilícitos, cartel em licitação e corrupção. Ainda, quanto à complexa relação entre os ilícitos e a sua propriedade emergente, em alguns casos nos quais o material probatório permitia inferir a forma com que os agentes públicos possivelmente ajudavam a prática do cartel, foi possível verificar que a sinergia entre os ilícitos não apenas mitigava os mecanismos tradicionais de detecção, como, por exemplo, estruturas internas de controle, mas também tornava possível, de maneira essencial, a própria prática do cartel.

Para fins de desenho de uma política repressiva, com a finalidade de melhor se adequar as práticas investigativas dos órgãos de controle à realidade enfrentada, é relevante, já no início de investigação, reconhecer qual é o tipo de ilícito que está sendo observado. Isso implica afirmar que, no Brasil, toda investigação de cartel em licitação deve considerar a hipótese de ali também existir a corrupção, a fim de serem adotadas medidas efetivas para que os dois ilícitos sejam corretamente investigados e, se comprovados, devidamente punidos.

Finalmente, para nortear as propostas de melhorias na investigação a seguir formuladas, foram selecionadas algumas informações importantes, extraídas a partir jurisprudência do CADE, segmentadas nos seguintes tópicos: (i) mercado relevante, (ii) padrão de instrução probatória utilizada para a condenação, (iii) corrupção e fluxo de informações entre SBDC, Polícias e Ministérios Públicos, bem como (iv) distinção entre os cartéis em licitação e outras fraudes.

Quanto ao mercado relevante, nos primeiros casos, percebe-se intensa discussão sobre como deveria ocorrer sua definição em cartéis em licitação. Para os representados, em regra, a argumentação parte da premissa de que eles não teriam participação de mercado suficiente para a prática do cartel, considerando seus respectivos *market shares* em uma definição de mercado relevante ordinária, a qual não levaria em conta o contexto específico da licitação. Contudo, desde o início, essa tese foi rechaçada pelo CADE. Em seguida, nos casos avaliados, é perceptível um segundo momento em que se consolida a tese de que a concorrência ocorre no certame licitatório e, portanto, uma definição de mercado relevante tradicional, sem observar as especificidades do edital, estaria equivocada. Por fim, é notado um terceiro momento, o da não definição: a autoridade de defesa da concorrência considera desnecessárias maiores análises acerca do mercado relevante e, conseqüentemente, das participações e do poder de mercado, pelo cartel em licitação se tratar de infração por objeto,

sendo, assim, suficiente a comprovação da materialidade, ou seja, do acordo existente entre os concorrentes, para a condenação.

Quanto ao padrão da instrução probatória, verificou-se um primeiro grupo de casos em que as próprias cópias dos procedimentos de licitação, sobretudo das propostas entregues pelos licitantes, obtidas diretamente pelo CADE, constituem o arcabouço probatório principal para a análise antitruste. Um segundo grupo tem como característica o fato de que, além das cópias dos procedimentos licitatórios, a autoridade de defesa da concorrência precisou de outros elementos probatórios para chegar à condenação. Este segundo grupo pode ser subdividido em três tipos: aqueles casos em que foram revelados pela imprensa ou pelo próprio órgão licitante instrumentos contratuais, firmados entre os licitantes, que mitigavam entre si a competitividade no certame; aqueles nos quais o SBDC adotou pelo menos uma das seguintes medidas para corroborar os fatos: buscas e apreensão, leniência ou TCC; por fim, aqueles em que a instrução contou com cópias de procedimentos de investigação criminal ou cível oriundos da Polícia ou do Ministério Público.

Quanto à corrupção e ao fluxo de informações entre Ministérios Públicos, Polícia e SBDC, na maioria dos casos identificados em que houve o intercâmbio de informações, a remessa ocorreu, por parte do CADE, quando do julgamento da conduta pelo Tribunal Administrativo e, por parte dos órgãos de persecução penal, após o oferecimento da denúncia ou a propositura de ação civil pública. Foram identificados pelo menos três casos em que as instruções ocorreram de maneira concomitante: as provas, à medida que iam sendo obtidas, como, por exemplo, aquelas decorrentes de interceptação telefônica ou de buscas e apreensões, eram compartilhadas, mediante a devida autorização judicial, com quem estivesse na outra ponta da investigação.

Quanto à distinção entre o cartel em licitação e outras fraudes, em pelo menos três casos, a SDE ou o Tribunal do CADE esclareceram se agentes econômicos licitantes, com sócios em comum ou com parentes entre si, pertencentes aos diversos quadros sociais, poderiam formar um cartel em licitação, o que atrairia a atribuição do CADE, ou configuraria apenas uma fraude à licitação, devendo ser aplicada legislação específica fora da esfera antitruste. Percebe-se que a linha de argumentação do CADE para firmar sua competência é, em síntese, no sentido de que cartéis interessam à entidade, outros tipos de fraudes não.

Assim, a partir das constatações até então mencionadas, foram propostas medidas para o aprimoramento da repressão, mais especificamente das investigações, em casos de cartel e corrupção nas licitações. Alguns mecanismos de repressão foram analisados, à luz dos sistemas complexos e dos resultados da pesquisa realizada, estudo dos casos de cartel em

licitação condenados pelo CADE entre 1994 a 2019, com a finalidade de serem propostas medidas para incrementar a busca por provas, de modo que as autoridades responsáveis por essa atividade possam melhor apreender os fenômenos analisados.

Inicialmente, foram identificadas as características dos sistemas complexos que podem ser verificadas em cenários de ilícitos sistêmicos, como o cartel e a corrupção no contexto de licitações no Brasil.

Esse sistema está moldado a partir da interação de diversos agentes, econômicos e públicos, dispersos e heterogêneos, os quais agem de forma paralela, *interação dispersa*. Não há um controle centralizado, mas mecanismos de controle decorrentes das relações de competição e cooperação entre os agentes privados e públicos, *ausência de controle global*. Ainda, podem-se verificar vários níveis de organização e de interação, de forma que unidades de um determinado nível funcionam, tipicamente, como “blocos de construção” para desenvolver unidades no nível seguinte, *organização hierárquica transversal*.

A corrupção sistêmica está em *novidade perpétua*, constante modificação, de forma que oportunidades para o pagamento de propinas são criadas a todo momento. Trata-se de um processo permanente, o qual demanda dos agentes que fazem parte desse sistema uma *adaptação contínua*. Conforme é adquirida experiência, comportamentos, ações e estratégias são revistas, de forma que todos melhor se adequem à busca de seus objetivos. Por fim, esse conjunto de propriedades faz com que os ilícitos sejam praticados distantes de uma lógica de equilíbrio ou de um ponto ótimo. A dinâmica que prevalece é, justamente, a do *não equilíbrio*.

Além disso, sistemas complexos possuem *propriedades emergentes*, no sentido de que determinadas características apenas são compreendidas quando os elementos são analisados no contexto do sistema. O estudo individual dos elementos não permite apreender todas as suas propriedades, pelo menos não da forma com que elas se apresentam quando inseridas no sistema. É, justamente, o que ocorre com os ilícitos da corrupção e do cartel no contexto de uma mesma licitação: as características encontradas na interseção entre agentes públicos desonestos e econômicos cartelizados apenas são compreendidas quando estudadas no contexto específico, atentando-se para toda a sinergia que um ilícito tem com o outro.

Por fim, quanto às características dos sistemas complexos relevantes para se tentar aprimorar a investigação, ressaltou-se que Brian Arthur destaca a importância das redes de relacionamento que os elementos do sistema constroem, as quais ocorrem no que ele denomina de *meso-level*, espaço entre o *micro-level*, individual, atinente a cada agente econômico, e *macro-level*, geral, referente à atividade econômica como um todo. Essa noção

de *meso-level*, também referida como *meso-phenomena* ou *meso-economy* por Arthur, será útil para destacar à qual parte do sistema complexo a atenção dos investigadores deve ser dirigida.

Sobre a abordagem tradicional para a realização das investigações, verificou-se que as estruturas de governança estatais repressivas, seja a responsável para a promoção da livre concorrência, seja a para a defesa da probidade administrativa, preocupam-se em identificar, individualmente, os agentes responsáveis pela prática de cada ilícito, para lhes aplicar as sanções respectivas. À individualização dos sujeitos investigados sobrepõe-se a delimitação da norma, que possui entes ou órgãos específicos para fins de processar e punir os agentes pelos ilícitos. É possível depreender alguns perigos decorrentes de uma atividade repressiva extremamente atomizada ou pontual, para além do risco de se promover um combate ineficiente dos ilícitos, ao se despender recursos com o que pode não ser a parte principal do problema. Tanto a corrupção, quanto o cartel, para serem adequadamente punidos, devem ser precisamente identificados, sob pena de se aplicar sanções subvalorizadas, sobrevalorizadas ou, simplesmente, em discrepância com a realidade fática.

A verdade é que os agentes econômicos e públicos que praticam cartel e corrupção em um certame específico não estão sozinhos. Eles interagem com diversos outros agentes, em um sistema complexo, e são justamente essas interações que precisam ser compreendidas.

Os agentes econômicos combinam entre si determinada conduta para, assim, obter um contrato por meio de certame licitatório, ou seja, praticam o cartel. E se relacionam por meio do pagamento de propinas com agentes públicos diversos, representantes da burocracia estatal, diretamente responsáveis pela organização e pela fiscalização do certame, e do alto escalão, responsáveis por tomar medidas administrativas a fim de que o certame seja realizado. Essas relações corruptas podem se estender a diversas camadas hierárquicas e nos três Poderes, com destaque para o fato de que, no Judiciário, o principal interesse estaria em evitar que punições sejam efetivadas, enquanto, no Legislativo, o foco é influenciar os seus trabalhos, a fim de que não apenas leis favoráveis à prática do ilícito sejam elaboradas, como algumas de natureza orçamentária, mas também para evitar fiscalizações, haja vista o controle externo exercido pelo Poder Legislativo em face dos demais Poderes, sobretudo por meio de CPIs. Todos estão conectados ao Erário.

Os ilícitos praticados em um determinado procedimento licitatório não estão isolados. Eles se conectam com diversos outros ilícitos, seja porque todos buscam alcançar o Erário, seja porque existem agentes em comum, que permitem fazer a interseção desses

problemas, chamados neste trabalho de “agentes conectores”. Por exemplo, são os agentes públicos de alto escalão, seja do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, que participam concomitantemente de vários esquemas. Ou, ainda, os operadores financeiros, responsáveis por ocultar e possibilitar a transferência de altos valores, sem que isso seja identificado pelas autoridades, e que prestam serviços a diferentes agentes públicos e econômicos. Ainda, agentes econômicos que se cartelizam em diversas licitações, alternando-se em um ou outro certame. Há, portanto, alguns membros do sistema que fazem com que os esquemas ilícitos estejam entre si conectados.

A *Economia da Complexidade* ajuda na compreensão de que a repressão, enquanto estiver focada tão somente em agentes específicos, estará fadada ao fracasso, uma vez que não é possível entender o sistema apenas observando o seu *micro-level*. É a partir da análise das relações de *meso-level*, sobretudo, ou seja, das interações entre os agentes públicos e privados que integram o sistema, que será crível a sua melhor compreensão e, conseqüentemente, o combate dos problemas.

A partir dessas premissas, foram formuladas quatro propostas para melhor adequar as atividades de investigação à realidade complexa da corrupção e dos cartéis em licitação no Brasil.

Primeira, referente à capacitação, investigadores devem ser apresentados aos sistemas complexos e às suas características, sobretudo àquelas neste trabalho destacadas. A observância da *organização hierárquica transversal* possibilitará, por exemplo, a identificação dos chamados blocos de construção ou aqui denominados de “agentes conectores”, *players* do sistema que participam, de diversas formas, em mais de um ilícito. A *novidade perpétua* e a *adaptação contínua*, por sua vez, impõem que essa capacitação seja perene, haja vista as constantes mudanças que podem ocorrer na forma com que os ilícitos são praticados. Esse olhar “complexo” pode, ainda, moldar os contornos com que a formação dos investigadores é feita.

Poder-se-iam privilegiar capacitações promovidas pelos próprios agentes econômicos e públicos que praticaram os ilícitos. Eles conhecem o sistema complexo por dentro e podem explicar, de maneira mais detalhada e atual, não apenas como a corrupção e o cartel eram praticados, mas também os motivos pelos quais, dentro daquele ecossistema, optaram por tomar determinadas decisões. Essa poderia ser uma praxe adotada em todo acordo de colaboração e de leniência antitruste ou anticorrupção: os investigadores seriam constantemente capacitados pelos investigados, colaboradores ou signatários da leniência. Ainda em relação à capacitação, a existência da *necessidade* e da *complexidade*, nessa relação

entre agentes econômicos cartelizados e agentes públicos corruptos, aponta para a pertinência de as investigações de cartel em licitação trabalharem, desde o início, com a hipótese de que, ali, pode existir a corrupção, a fim de que os fatos sejam concomitantemente apurados.

Segunda, referente ao uso da tecnologia para análise desses ilícitos, é preciso que os investigadores sejam treinados a ligar os pontos, mas, para isso, também lhes devem ser fornecidas ferramentas para a comparação de dados entre investigações. Uma forma eficiente, nesse sentido, seria a criação de bancos de dados com elementos probatórios de investigações passadas, a fim de que se desenvolva uma prática institucionalizada de consulta e correlação entre casos, para que, a partir das ferramentas adequadas e de maneira gradativa, o sistema complexo de ilícitos, como a corrupção e os cartéis em licitação no Brasil, seja desvendado e os principais agentes responsáveis pelas práticas punidos.

Terceira, quanto ao diálogo interinstitucional, os casos de cartel em licitação impõem ao CADE uma interação com outras instituições nacionais que trabalham com combate à corrupção e, para uma melhor abordagem do problema, cuja natureza é complexa, a troca de informações deve ocorrer de forma que as equipes de investigação interajam e compartilhem experiências e perspectivas. Portanto, para o sucesso da persecução, o *timing* desse diálogo faz toda a diferença. Propõe-se, aqui, que ele ocorra quando forem deflagradas as fases externas da investigação, bem como que sejam estabelecidos instrumentos normativos que o disciplinem e institucionalizem, tais como *memorandos de entendimento* ou *acordos de cooperação*, à luz do que o CADE, nos últimos anos, tem implementado, de forma geral, para o seu relacionamento interinstitucional.

Quarta, sobre a punição diferenciada, a Lei 12.529/2011, mais especificamente o seu art. 36, *caput*, e incisos, possibilita que o CADE analise e valore o ilícito de corrupção. Contudo, sob o ponto de vista prático, quando essa conduta for concorrente à de cartel em licitação, essa valoração apenas surtiria efeitos se fosse possível, a partir dela, advir um incremento na sanção aplicada. Esse incremento se justifica pelo fato de que o cartel em licitação com corrupção é mais grave do que o cartel em licitação sem corrupção. Entretanto, ao serem analisados os critérios legais possíveis de serem utilizados para majorar a sanção nesses casos, verifica-se que o da “gravidade da infração” já estaria preenchido pelo próprio conluio horizontal, o cartel, que é considerado, pelo CADE, um tipo mais grave de infração à Ordem Econômica. Assim, embora o CADE possa fazer isso, valorar a corrupção, não o faz, nos casos de cartel em licitação, por questões pragmáticas: os contras de incorporar essa atividade, atualmente, suplantam os prós. Esse cenário seria alterado com uma mudança

legislativa para se prever o concurso da corrupção como uma agravante específica das infrações antitruste.

Esses são apenas alguns exemplos de medidas pensadas a partir dos resultados obtidos na pesquisa realizada neste trabalho. Percebe-se que a maioria independe de alterações legislativas, podendo ser implementada a partir de mudanças administrativas infralegais nos órgãos de persecução. O mais importante, na verdade, não está exatamente nas medidas, mas na racionalidade por meio da qual elas devem ser originadas: a partir de uma melhor compreensão acerca das características dos problemas enfrentados e de uma abordagem dos sistemas complexos. Soluções atomizadas, estanques, que apenas tratem de partes do sistema estão fadadas ao fracasso, por não serem capazes de apreender toda a sua dinâmica. Esse é, justamente, o modelo de repressão e, mais especificamente, de investigação dos ilícitos de cartel e de corrupção existente hoje no Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A relação entre concorrência e probidade, mais especificamente entre cartéis e corrupção no contexto das licitações públicas, está diretamente atrelada à concretização de fins relevantes para o sucesso do Estado brasileiro. Não apenas porque a defesa da concorrência e a promoção da probidade são dois vetores da Ordem Constitucional, mas sobretudo porque os ilícitos drenam recursos que seriam destinados para a consecução de políticas públicas importantes, as quais poderiam promover o desenvolvimento econômico nacional e reduzir desigualdades sociais.

O *capítulo primeiro* teve o objetivo de estabelecer as premissas a partir das quais foram desenhadas as hipóteses de pesquisa, bem como algumas categorias, como os “elementos indicativos de corrupção”, que nortearam o estudo de casos, bem como serviram de base teórica para as propostas de reformas na repressão dos ilícitos no *capítulo segundo*. Para essa finalidade, a primeira parte deste trabalho foi estruturada de forma dedutiva, de maneira que cada um dos seus três eixos principais fosse elaborado a partir de temas gerais para, gradativamente, ser abordado, especificamente, o cartel em licitação, no eixo da concorrência; a corrupção, no eixo da probidade administrativa; e a interseção entre os ilícitos, no eixo da complexidade. Aqui, dois pontos devem ser destacados.

Primeiro, as referências consultadas justificaram as hipóteses desenhadas, que foram *(i) no Brasil, a maioria dos casos de cartel em licitação está relacionada à corrupção ou, pelo menos, a elementos indicativos de sua prática*, necessidade, bem como que *(ii) a coexistência desses dois ilícitos em um mesmo contexto fático altera substancialmente suas características, de modo a praticamente serem anulados alguns dos controles corriqueiramente utilizados para sua identificação e repressão*, complexidade. O agente público corrupto pode ajudar o cartel (a) na manutenção da coesão, seja para (a.1) garantir a adequada repartição do sobrepreço, seja (a.2) para evitar a quebra do conluio, bem como no (b) afastamento de entrantes. Ainda, a existência de conluio entre os licitantes indica ao agente público corrupto que (a) ali existe uma renda passível de apropriação, bem como (b) lhe oferece maior segurança de que o esquema corrupto não será descoberto. Por fim, a união entre agentes econômicos cartelizados e agentes públicos corruptos torna ainda mais difícil a tarefa de identificar as práticas, que se transformam em um novo desafio com características diferentes, que devem ser conjuntamente enfrentadas pelas autoridades responsáveis.

Segundo, na definição ampla de corrupção, considerada como o abuso de poder confiado para fins de um ganho privado, foram delimitadas as seguintes espécies como

relevantes para os fins da pesquisa empreendida: o suborno, a extorsão e a troca de favores, que encontram tipificação no Código Penal, respectivamente, nos arts. 333 (corrupção ativa), 317 (corrupção passiva), 316 (concussão) e §2º do art. 317. A possibilidade da prática de algum desses tipos de corrupção foi identificada a partir dos chamados “elementos indicativos de corrupção”, divididos em dois grupos. No primeiro, foi pesquisado se os (i) agentes públicos que analisaram os fatos à época da investigação antitruste trataram da concomitância entre os ilícitos, sejam eles (i.a) do SBDC, (i.b) da Polícia e do Ministério Público ou, por fim, (i.c) do Tribunal de Contas, da CPI ou de outro órgão administrativo de investigação. No segundo, abre-se a possibilidade de (ii) análise do material probatório, a partir (ii.a) das provas juntadas aos autos que, diretamente, apontem para um possível ato de corrupção ou (ii.b) de material que possa indicar o auxílio de agentes públicos no cometimento do ilícito antitruste.

Dessa forma, estava pavimentado o caminho a partir do qual a pesquisa empírica dos casos de cartel em licitação condenados pelo CADE seguiria no *capítulo 2*. Entretanto, de maneira indireta, mas proposital, o *capítulo 1* também destaca o cerne do problema de pesquisa: o aparelho repressivo estatal é estanque e segmentado, enquanto os problemas ora enfrentados são dinâmicos e estão intrinsecamente conectados.

Nos itens 1.1.5 e 1.2.5, foram abordadas as *estruturas de governança* estatais do combate aos cartéis e à corrupção, referência à expressão utilizada por Neil Fligstein para designar as regras gerais que definem as relações de competição e de cooperação entre os agentes. Os dois ilícitos implicam responsabilidades nas esferas administrativa, penal e cível, o que demanda a participação de diversos órgãos ou entidades, com a agravante, para o combate à corrupção, que, na esfera administrativa, diferentemente do CADE, que reúne a responsabilidade persecutória de todo e qualquer cartel praticado no Brasil, está segmentado por poder, Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como por ente federativo, União, Estado, Distrito Federal e Município. Não há menções a comandos legislativos de interlocução entre essas duas áreas porque eles não existem mesmo: a lógica desses sistemas é de segmentação orgânica da repressão, cada ente cuida dos seus respectivos ilícitos. O cartel em licitação por si, independentemente de coexistir com a prática de corrupção, abala essa estrutura.

O ilícito concorrencial, quando praticado nas licitações, ofende não apenas a livre concorrência, daí a possibilidade de punição junto ao CADE, nos termos do art. 36, incisos I e/ou II, c/c §3º, inciso I, alínea “d”, como também macula a probidade administrativa, ensejando a aplicação de sanção à luz da Lei 12.846/2013, mais especificamente do seu art. 5º, inciso IV, alínea “a”. Decorre, portanto, da própria característica do cartel em licitação a

necessidade de diálogo entre as autoridades de defesa da concorrência e de promoção da probidade. É a ponta de um *iceberg* que moldou a redação de todo o item 2 do *primeiro capítulo*.

Os agentes econômicos estão preocupados com a sua sobrevivência e a busca pela melhor forma, na sua perspectiva, de lidarem com a instabilidade gerada pela *competição* e a *tecnologia*, mencionadas por Neil Fligstein na sua *Teoria dos Campos*, ou com a *incerteza fundamental* e a *inovação tecnológica*, nos termos utilizados por Brian Arthur ao explicar a *Economia da Complexidade*. O cartel e a corrupção, no contexto dos mercados, são práticas que tem objetivo semelhante, garantir a sobrevivência dos *players*, mas a segmentação dos ilícitos em áreas separadas e estanques impede a compreensão disso. De forma ainda mais abrangente, a separação entre concorrência e probidade obscurece a proximidade entre os fenômenos do cartel e da corrupção, a partir de sua compreensão por uma perspectiva econômica.

A corrupção nos mercados macula a própria livre concorrência, pois são substituídos critérios de eficiência pelo pagamento de propina, conforme trabalhado nos itens 1.2 e 1.2.3. Internacionalmente, o movimento contemporâneo de combate à corrupção tem origem direta nos Estados Unidos, mais especificamente na promulgação do *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), em 1977, e na promoção do livre comércio mundial fomentada pelos próprios grupos econômicos norte-americanos, tema abordado no item 1.2.1. Debates sobre as “causas” da corrupção não podem prescindir de uma análise econômica e, mais especificamente, concorrencial, conforme se verificou ao serem tratadas as obras de Gilberto Freyre (2006), Sérgio Buarque de Holanda (1995), Sérgio Lazzarini (2011), Abranches (1988 e 2018) e Bruno Carazza (2018) no item 1.2.2. Dessa forma, a separação dos temas, embora pensada para fins didáticos, na prática, para resolver problemas concretos e relevantes, mais atrapalha do que a ajuda, por impedir a efetiva compreensão dos fenômenos. Chega-se ao ponto em que é acrescida, ao cartel em licitação, a corrupção.

A coexistência dos ilícitos em um mesmo contexto altera as suas características, o que é aqui denominada de propriedade emergente, característica encontrada em sistemas complexos, de forma a demandar dos órgãos de repressão uma atuação diferente da que ordinariamente é realizada. Citou-se o exemplo da transparência, que tem o condão, em regra, de facilitar o combate à corrupção, mas, dependendo da forma e do tipo de informação que seja publicizada, pode também facilitar o conluio entre os licitantes. A proteção mútua que é oferecida entre os agentes econômicos cartelizados e os públicos corruptos também desafia os mecanismos ordinários de detecção dos ilícitos, mormente os típicos de controle interno. O

sistema repressivo, que já funcionava de forma bastante duvidosa ao ser segmentado legalmente por tipos de ilícitos e entes repressores, nesses casos em que cartel e corrupção interagem em uma mesma licitação, praticamente clama, infelizmente contra a sua vontade, por socorro.

O *capítulo segundo*, então, foi elaborado não apenas com a perspectiva de perquirir acerca da confirmação ou refutação das hipóteses levantadas, à luz dos critérios delimitados, mas também de, a partir dos seus resultados, serem pensadas algumas soluções para diminuir esse *gap* existente entre a realidade, dinâmica e interconectada, e o aparato repressivo estatal, estático e segmentado. Ele está dividido em quatro eixos centrais: um preliminar, que avalia os casos da Lava Jato em processamento no CADE; outro que trata propriamente da pesquisa dos cartéis em licitação condenados pelo CADE; um terceiro no qual, a partir dos dados extraídos da pesquisa principal, é analisado como o CADE tem abordado esse ilícito concorrencial, com o escopo de se tentar aprimorar os mecanismos de repressão; e, por fim, um último no qual são propostas medidas para aprimorar as investigações desses ilícitos à luz da *Economia da Complexidade*.

Na pesquisa preliminar, relacionada à Lava Jato no CADE, foram identificados 17 acordos de leniência, cada um referente a um processo administrativo específico, envolvendo diversas empreiteiras, empresas no ramo de construção civil de grandes obras, para diferentes tipos de certames licitatórios. Havia licitações para entes/órgãos federais, estaduais e municipais, envolvendo desde a construção de usinas nucleares a estádios de futebol, o que pode ser um forte indicativo de que o *modus operandi* das práticas ilícitas reveladas em relação à Petrobras, relativas à união de agentes públicos corruptos com agentes econômicos cartelizados em licitações, podia estar espalhada em outros entes públicos. Nessas 17 leniências, foi possível localizar e estudar 15 “Históricos de Conduta”, entre os quais, em pelo menos 10 havia, na descrição da conduta, elementos indicativos de corrupção, o que equivale a, aproximadamente, 66% dos casos.

A alta porcentagem de elementos indicativos de corrupção, a partir da análise de um documento que apenas inicia a instrução e tem por objetivo específico descrever tão somente a prática de cartel, ilícito antitruste, aponta para a probabilidade da coexistência dos ilícitos na maioria dos casos da Lava Jato em trâmite no CADE, o que confirma a necessidade. Em relação à complexidade e a sua propriedade emergente, verificou-se que o cartel teve suas características alteradas, de modo a praticamente serem anulados alguns dos mecanismos de controle corriqueiramente utilizados. Foram verificados: editais sendo lançados em momento oportuno para direcionar a licitação, membros do cartel inserindo

cláusulas restritivas em editais; membros do cartel sendo classificados quando deveriam ser desclassificados; membros do cartel recebendo informações privilegiadas; agente público que divide os lotes entre as empresas beneficiadas; agente público que convence competidor fora do cartel a desistir de liminares que suspendiam o certame ou da própria licitação; e até membros do cartel elaborando respostas de recursos de competidores de fora do cartel.

Na pesquisa principal, dedicada aos casos de cartel condenados pelo CADE entre 1994 a 2019, com a finalidade de serem procurados nos autos os chamados “elementos indicativos de corrupção”, foram identificados 96 casos de cartel condenados pelo CADE no período, entre os quais estão 29 casos de cartel em licitação, ou seja, condenações que tiveram por base o enquadramento típico nos dispositivos específicos (art. 21, inciso VIII, da Lei 8.884/1994 ou art. 36, §3º, inciso I, alínea “d”, da Lei 12.529/2011). Restou constatado que alguns desses casos eram, na verdade, grandes cartéis que também atingiram certames licitatórios, o que fez com que o CADE fundamentasse a condenação também nos dispositivos legais referidos. Assim, entre esses casos, foram identificados 21 processos de “cartel em licitação em sentido estrito”, que são aqueles cujo enfoque da instrução probatório foi, predominantemente, a prática em certames licitatórios.

Dos 29 casos de cartel em licitação, 20 apresentam elementos indicativos da coexistência entre o cartel em licitação e a corrupção. Ou seja, uma ampla maioria dos casos, aproximadamente 69% deles. Analisando-se apenas os 21 casos de cartéis em licitação em sentido estrito, em 18 foram identificados elementos indicativos de corrupção, ou seja, um montante próximo de 85% dos processos. São quantitativos consideráveis, que indicam uma elevada probabilidade de, no Brasil, o ilícito antitruste, cartel em licitação, vir acompanhado de práticas corruptas. Ainda, foram analisados os demais 67 casos comuns de cartel, ou seja, aqueles que não são cartéis em licitação, e, neste grupo, foram identificados 10 casos que tinham elementos que indicavam a prática de corrupção relacionada ao ilícito antitruste. Ao todo, portanto, dos 96 casos estudados, 30 apresentam indícios de corrupção.

A pesquisa confirmou as hipóteses levantadas. A elevada quantidade de casos de cartel em licitação em que foram encontrados elementos indicativos de corrupção indica a necessária coexistência, no contexto brasileiro, dos dois ilícitos, cartel em licitação e corrupção. Ainda, quanto à complexa relação entre os ilícitos e a sua propriedade emergente, em alguns casos nos quais o material probatório permitia inferir a forma com que os agentes públicos possivelmente ajudavam a prática do cartel, foi possível verificar que a sinergia entre os ilícitos não apenas mitigava os mecanismos tradicionais de detecção, como, por exemplo,

estruturas internas de controle, mas também tornava possível, de maneira essencial, a própria prática do cartel, como visto no item 2.2.8.

Para fins de desenho de uma política repressiva, com a finalidade de melhor adequar as práticas investigativas dos órgãos de controle à realidade enfrentada, é relevante, já no início de investigação, reconhecer qual é o tipo de ilícito que está sendo observado. Isso implica afirmar que, segundo os dados levantados nesta pesquisa, no Brasil, toda investigação de cartel em licitação deve considerar a hipótese de ali também coexistir a corrupção, a fim de serem adotadas medidas efetivas para que os dois ilícitos sejam corretamente investigados e, se comprovados, devidamente punidos.

Para nortear as propostas de melhorias na investigação, algumas informações importantes foram selecionadas, no terceiro eixo do *capítulo segundo*, a partir da jurisprudência do CADE, segmentadas nos seguintes tópicos: (i) mercado relevante, (ii) padrão de instrução probatória utilizada para a condenação, (iii) corrupção e fluxo de informações entre SBDC, Polícias e Ministérios Públicos, bem como (iv) distinção entre os cartéis em licitação e outras fraudes.

Quanto ao mercado relevante, foram identificadas as fases pelas quais passou a jurisprudência do CADE, destacando-se a atual, que é a de não definição do mercado relevante, haja vista serem desnecessárias maiores análises acerca do tema uma vez que o cartel em licitação é considerado uma infração por objeto, sendo, assim, suficiente a comprovação da materialidade, ou seja, do acordo existente entre os concorrentes, para a condenação. Quanto ao padrão da instrução probatória, verificou-se um primeiro grupo de casos em que as próprias cópias dos procedimentos de licitação, sobretudo das propostas entregues pelos licitantes, obtidas diretamente pelo CADE, constituem o arcabouço probatório principal para a análise antitruste, enquanto, para um segundo grupo, além das cópias dos procedimentos licitatórios, a autoridade de defesa da concorrência precisou de outros elementos para chegar à condenação. Quanto à corrupção e ao fluxo de informações entre Ministérios Públicos, Polícia e SBDC, na maioria dos casos identificados em que houve o intercâmbio de informações, a remessa ocorreu, por parte do CADE, quando do julgamento da conduta pelo Tribunal Administrativo e, por parte dos órgãos de persecução penal, após o oferecimento da denúncia ou a propositura de ação civil pública. Por fim, quanto à distinção entre o cartel em licitação e outras fraudes, verificou-se uma tendência no CADE no sentido de que a sua atribuição é tão somente para investigação e punição de cartéis, sendo afastados outros tipos de fraudes, ainda que venham a macular a competitividade no certame.

Por fim, foram analisados alguns mecanismos de repressão, mais especificamente técnicas de investigação, à luz dos sistemas complexos e dos resultados da pesquisa principal, com a finalidade de serem propostas medidas para incrementar a busca por provas, de modo que as autoridades responsáveis por essa atividade possam melhor apreender os fenômenos analisados. Inicialmente, foram identificadas as características dos sistemas complexos que podem ser verificadas em cenários de ilícitos sistêmicos, como o cartel e a corrupção no contexto de licitações no Brasil.

Esse sistema está moldado a partir da interação de diversos agentes, econômicos e públicos, dispersos e heterogêneos, os quais agem de forma paralela, *interação dispersa*. Não há um controle centralizado, mas mecanismos de controle decorrentes das relações de competição e cooperação entre os agentes privados e públicos, *ausência de controle global*. Ainda, podem-se verificar vários níveis de organização e de interação, de forma que unidades de um determinado nível funcionam, tipicamente, como “blocos de construção” para desenvolver unidades no nível seguinte, *organização hierárquica transversal*. A corrupção sistêmica está em *novidade perpétua*, constante modificação, de forma que oportunidades para o pagamento de propinas são criadas a todo momento. Trata-se de um processo permanente, o qual demanda dos agentes que fazem parte desse sistema uma *adaptação contínua*. Conforme é adquirida experiência, comportamentos, ações e estratégias são revistas, de forma que todos melhor se adequem à busca de seus objetivos. Por fim, esse conjunto de propriedades faz com que os ilícitos sejam praticados distante de uma lógica de equilíbrio ou de um ponto ótimo. A dinâmica que prevalece é, justamente, a do *não equilíbrio*.

Além disso, sistemas complexos possuem *propriedades emergentes*, no sentido de que determinadas características apenas são compreendidas quando os elementos são analisados no contexto do sistema. A abordagem individual dos elementos não permite apreender todas as suas propriedades, pelo menos não da forma com que elas se apresentam quando inseridas no sistema. É, justamente, o que ocorre com os ilícitos da corrupção e do cartel no contexto de uma mesma licitação: as características encontradas na interseção entre agentes públicos desonestos e econômicos cartelizados apenas são compreendidas quando estudadas no contexto específico, atentando-se para toda a sinergia que um ilícito tem com o outro.

Ainda, ressaltou-se que Brian Arthur destaca a importância das redes de relacionamento que os elementos do sistema constroem, as quais ocorrem no que ele denomina de *meso-level*, espaço entre o *micro-level*, individual, atinente a cada agente

econômico, e *macro-level*, geral, referente à atividade econômica como um todo. Essa noção de *meso-level*, também referida como *meso-phenomena* ou *meso-economy* por Arthur, será útil a destacar para qual parte do sistema complexo a atenção dos investigadores deve ser dirigida.

Quanto à abordagem tradicional para a realização das investigações, verificou-se que as estruturas de governança estatais repressivas se preocupam em identificar, individualmente, os agentes responsáveis pela prática de cada ilícito, para lhes aplicar as sanções respectivas. À individualização dos sujeitos investigados sobrepõe-se a delimitação da norma, que possui entes ou órgãos específicos para fins de processar e punir os agentes pelos ilícitos. É possível depreender alguns perigos decorrentes de uma atividade repressiva extremamente segmentada e atomizada, para além do risco de se promover um combate ineficiente dos ilícitos, ao se despender recursos com o que pode não ser a parte principal do problema. Tanto a corrupção, quanto o cartel, para serem adequadamente punidos, devem ser precisamente identificados, sob pena de se aplicar sanções subvalorizadas, sobrevalorizadas ou, simplesmente, em discrepância com a realidade fática.

A verdade é que os agentes econômicos e públicos que praticam cartel e corrupção em um certame específico não estão sozinhos. Eles interagem com diversos outros agentes, em um sistema complexo, e são justamente essas interações que precisam ser compreendidas. Os agentes econômicos combinam entre si determinada conduta para, assim, obter um contrato por meio de certame licitatório, ou seja, praticam o cartel. E se relacionam por meio do pagamento de propinas com agentes públicos diversos, representantes da burocracia estatal, diretamente responsáveis pela organização e pela fiscalização do certame, e do alto escalão, responsáveis por tomar medidas administrativas a fim de que o certame seja realizado. Essas relações corruptas podem se estender a diversas camadas hierárquicas e nos três Poderes, com destaque para o fato de que, no Judiciário, o principal interesse estaria em evitar que punições sejam efetivadas, enquanto, no Legislativo, o foco é influenciar os seus trabalhos, a fim de que não apenas leis favoráveis à prática do ilícito sejam elaboradas, como algumas de natureza orçamentária, mas também para evitar fiscalizações, haja vista o controle externo exercido pelo Poder Legislativo em face dos demais Poderes, sobretudo por meio de CPIs.

Os ilícitos praticados em um determinado procedimento licitatório não estão isolados. Eles se conectam com diversos outros ilícitos, seja porque todos buscam alcançar o Erário, seja porque existem agentes em comum, que permitem fazer a interseção desses problemas, chamados neste trabalho de “agentes conectores”. Por exemplo, são os agentes

públicos de alto escalão, seja do Executivo, do Legislativo e do Judiciário que participam concomitantemente de vários esquemas. Ou, ainda, os operadores financeiros, responsáveis por ocultar e possibilitar a transferência de altos valores, sem que isso seja identificado pelas autoridades, e que prestam serviços a diferentes agentes públicos e econômicos. Ainda, agentes econômicos que se cartelizam em diversas licitações, alternando-se em um ou outro certame. Há, portanto, alguns membros do sistema que fazem com que os esquemas ilícitos estejam entre si conectados.

A *Economia da Complexidade* ajuda na compreensão de que a repressão, enquanto estiver focada tão somente em determinados agentes, estará fadada ao fracasso, uma vez que não é possível entender o sistema apenas observando o seu *micro-level*. É a partir da análise das relações de *meso-level*, sobretudo, ou seja, das interações entre os agentes públicos e privados que integram o sistema, que será crível a sua melhor compreensão e, conseqüentemente, o combate dos problemas. A partir dessas premissas, foram formuladas quatro propostas para melhor adequar as atividades de investigação à realidade complexa da corrupção e dos cartéis em licitação no Brasil.

Quanto à capacitação, investigadores devem ser apresentados aos sistemas complexos e às suas características, sobretudo, àquelas neste trabalho destacadas. A observância da *organização hierárquica transversal* possibilitará a identificação dos chamados blocos de construção ou aqui denominados de “agentes conectores”, *players* do sistema que participam, de diversas formas, em mais de um ilícito. A *novidade perpétua* e a *adaptação contínua*, por sua vez, impõem que essa capacitação seja perene, haja vista as constantes mudanças que podem ocorrer na forma com que os ilícitos são praticados. Esse olhar “complexo” pode, ainda, moldar os contornos com que a formação dos investigadores é feita para, por exemplo, serem privilegiadas capacitações promovidas pelos próprios agentes econômicos ou públicos praticantes dos ilícitos. Ainda em relação à capacitação, a existência da *necessidade* e da *complexidade*, nessa relação entre agentes econômicos cartelizados e agentes públicos corruptos, aponta para a pertinência de as investigações de cartel em licitação trabalharem, desde o início, com a hipótese de que, ali, pode existir a corrupção, a fim de que os fatos sejam concomitantemente apurados.

Em relação ao uso da tecnologia para a análise desses ilícitos, os investigadores devem ser treinados a ligar os pontos, mas, para isso, também lhes devem ser fornecidas ferramentas para a comparação de dados entre investigações. Uma forma eficiente, nesse sentido, seria a criação de bancos de dados com elementos probatórios de investigações passadas, a fim de que se desenvolva uma prática institucionalizada de consulta e correlação

entre casos, para que, a partir das ferramentas adequadas e de maneira gradativa, o sistema complexo de ilícitos, como a corrupção e os cartéis em licitação no Brasil, seja desvendado e os principais agentes responsáveis pelas práticas sejam punidos.

No que se refere ao diálogo interinstitucional, os casos de cartel em licitação impõem ao CADE uma interação com outras instituições nacionais que trabalham com combate à corrupção. Para melhor abordagem do problema, cuja natureza é complexa, a troca de informações deve ocorrer de forma que as equipes de investigação interajam e partilhem experiências e perspectivas. O momento desse diálogo faz toda a diferença. Propõe-se, aqui, que ele ocorra quando forem deflagradas as fases externas da investigação, bem como que sejam estabelecidos instrumentos normativos que o disciplinem e institucionalizem, tais como *memorandos de entendimento* ou *acordos de cooperação*, à luz do que o CADE, nos últimos anos, tem implementado, de forma geral, para o seu relacionamento interinstitucional.

Por fim, quanto à punição diferenciada, a Lei 12.529/2011, mais especificamente o seu art. 36, *caput* e incisos, possibilita que o CADE analise e valore o ilícito de corrupção, quando essa conduta for concorrente à de cartel em licitação. Entretanto, o CADE não faz isso por questões pragmáticas: os contras de incorporar essa atividade, atualmente, suplantam os prós. Esse cenário seria alterado com uma mudança legislativa para se prever o concurso da corrupção como uma agravante específica das infrações antitruste.

A maioria dessas medidas independe de mudanças legislativas e até poderia ser construída por meio de outros fundamentos. Contudo, o mais importante aqui é perceber que elas devem ser pensadas a partir de uma compreensão mais fidedigna dos problemas, sobretudo atentando-se à sua complexidade. As respostas simples e parciais, para problemas complexos, em regra, não funcionam. Por mais que, na teoria, determinado modelo de investigação possa parecer adequado, sem o necessário cuidado de analisar as relações entre os agentes do sistema, estará fadado ao insucesso. Na temática dos cartéis em licitação, a eficiência do CADE, com a coexistência entre o ilícito concorrencial e a corrupção, é colocada em xeque. Para voltar à frase do general francês, mencionada por Brian Arthur⁶⁶⁷, adaptando-a, manter a forma atual de combate aos ilícitos e pretender efetividade, “c’est magnifique! Mais ce n’est pas le Brésil”.

⁶⁶⁷ Vide item 1.3.1, “A relação entre concorrência e probidade (macro)”.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro.

Dados: *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 5-32, 1988.

ABRANCHES, Sérgio. **Presidencialismo de coalizão:** raízes e evolução do modelo político brasileiro. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

ABREU, Allan de. Corrupção no futebol, um crime impune no Brasil. *In:* SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de; ARAS, Vladimir (coord.). **Corrupção:** aspectos sociológicos, criminológicos e jurídicos. . Salvador: JusPodivm, 2020. p. 77-104.

ACEMOGLU, Daron; VERDIER, Thierry. The choice between market failures and corruption. *American Economic Review*, v. 90, n. 1, p. 194-211, 2000.

ALFORD, Roger. **Antitrust enforcement and the fight against corruption.** Remarks as prepared for the conference on Rule of Law and Anti-Corruption Challenges University of Notre Dame and University of Sao Paolo. Publicado em: 3 out. 2017. Disponível em: <https://www.justice.gov/opa/speech/file/1001076/download>. Acesso em: 16 jun. 2022.

ANDERSON, Philip W.; ARROW, Kenneth J.; PINES, David (org.). **The Economy as an Evolving Complex System.** Publicado pela 1ª vez em 1988 pela Westview Press. Boca Raton: Taylor & Francis Group, 2018.

ANDRADE, José Maria de Arruda de. **Economicização do Direito da Concorrência.** São Paulo: Quartier Latin, 2014.

APPELBAUM, BINYAMIN. **The Economist' Hour:** false prophets, free markets and the fracture of society. Kindle. New York: Little, Brown and Company, 2019.

ARAS, Vladimir. **Décima crítica:** não se pode condenar alguém somente com a palavra do colaborador. Publicado em: 13 maio 2015. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2015/05/13/decima-critica-nao-se-pode-condenar-alguem-somente-com-a-palavra-do-colaborador/>. Acesso em: 23 de mar. 2022.

AREEDA, Philip; KAPLOW, Louis; EDLIN, Aaron. **Antitrust analysis:** problems, text, cases. 7. ed. New York: Wolters Kluwer Law and Business, 2013.

ARRIETA, Lindsay B. Taking The "Jeitinho" Out of Brazilian Procurement: the Impact of Brazil's Anti-Bribery Law,. **Public Contract Law Journal**, v. 44, n. 1, p. 157-178, 2014.

ARTHUR, W. Brian. Complexity and the Economy. **Science**, n. 284, p. 107-109, 2 abr. 1999. Disponível em: http://tuvalu.santafe.edu/~wbarthur/Papers/EconandComplex_Web.pdf. Acesso em: 29 maio 2020.

ARTHUR, W. Brian. **Complexity and the Economy**. Oxford: Oxford University Press, 2015.

ARTHUR, W. Brian. Economics in nouns and verbs. **arXiv preprint arXiv:2104.01868**, Cornell University, 2021.

ARTHUR, W. Brian; DURLAUF, Steven N.; LANE, David A. **The Economy as an Evolving Complex System II**. Publicado pela 1ª vez em 1997 pela Westview Press. Boca Raton: Taylor & Francis Group, 2018.

ASFAR, Omar; GURGUR, Tugrul. Does Corruption Affect Health and Education Outcomes in the Philippines? **SSRN Electronic Journal**, 2005. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=723702. Acesso em: 30 dez. 2019.

ATHAYDE, Amanda. **As três ondas do antitruste no Brasil**: a Lei 12.529/2011 e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Publicada em: 1 nov. 2017. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/as-tres-ondas-do-antitruste-no-brasil-01112017. Acesso em: 10 nov. 2020.

ATHAYDE, Amanda. **Manual de acordos de leniência no Brasil**: teoria e prática – CADE, BC, CVM, CGU, AGU, TCU, MP. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

ATHAYDE, Amanda; CAMPOS, Priscilla; PIAZERA, Bruna. Colusão única ou múltiplas colusões no direito antitruste: parâmetros para uma Hidra de Lerna?. **Direito Público**, v. 14, n. 78, 2017.

ATHAYDE, Amanda; GUIMARÃES, Marcelo; SILVEIRA, Paulo Burnier da (org). **Comércio internacional e concorrência**: desafios e perspectivas atuais. Brasília: Faculdade de Direito – UnB, 2018. v. 1.

ÁVILA, Humberto. **A teoria dos princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BAKER, Jonathan B. **The Antitrust Paradigm: Restoring a Competitive Economy**. Cambridge: Harvard University Press, 2019.

BANCO MUNDIAL. **Bank President James D. Wolfensohn, 1995 – 2005**. 2005.

Disponível em:

<https://www.gfdrr.org/sites/default/files/publication/Voices%20for%20the%20World%27s%20Poor.pdf>. Acesso em: 2 fev. 2022.

BANCO MUNDIAL. **World Development Report 1997: the State in a Changing World**.

2007. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/5980>. Acesso em: 23 mar. 2022.

BANCO MUNDIAL. **Enhancing Government Effectiveness and Transparency: The Fight Against Corruption**. set. 2020. Disponível em:

<http://documents1.worldbank.org/curated/en/235541600116631094/pdf/Enhancing-Government-Effectiveness-and-Transparency-The-Fight-Against-Corruption.pdf>. Acesso em: 31 out. 2020.

BANCO MUNDIAL. **Control of Corruption**. Disponível em:

<https://info.worldbank.org/governance/wgi/Home/Documents>. Acesso em: 9 fev. 2022.

BAR-YAM, Yaner. **The Dynamics of Complex**. Massachusetts: Westview Press, 1997.

BARANGER, Michel. **Chaos, complexity, and entropy**. Cambridge: New England Complex Systems Institute , 2000.

BARROSO, Luís Roberto. Empurrando a história: combate à corrupção, mudança de paradigmas e refundação do Brasil. *In*: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de; ARAS, Vladimir (coord.). **Corrupção: aspectos sociológicos, criminológicos e jurídicos**. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 23-34.

BASU, Kaushik; MCGAVOCK, Tamara; ZHANG, Boyang. **When competition corrupts: a theoretical analysis of market structure and the incidence of corruption**. Banco Mundial, *Policy Research Working Paper* n. 6596, set. 2013. Disponível em:

<https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/16047?locale-attribute=es>. Acesso em: 28 mar. 2022.

BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. *In*: FIELDING, Nigel G.; CLARKE, Alan; WITT, Robert (edit.). **The Economic Dimensions of Crime**. London: Palgrave Macmillan, 1968, p. 13-68.

BLAUG, Mark. The Formalist Revolution of The 1950s. **Journal of The History of The Economic Thought**, v. 25, n. 2, p. 145-156, 2003.

BRAGA, Zaira Carvalho Cornélio. **Um estudo sistematizado sobre a corrupção e a atuação das empreiteiras contratadas pela Petrobras: notas sobre a operação Lava Jato**. 2019. 131 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Integração Latino-Americana, Foz do Iguaçu, 2019. Disponível em: <https://dspace.unila.edu.br/handle/123456789/4964;jsessionid=233818FD918536196326937133EB35D7>> Acesso em: 13 mar. 2022.

BRAGA, Stephen L.; CONNIFF, Christopher P.; POPOFSKY, Mark S. **The Anticorruption and Antitrust Interface**. Competition Policy International Antitrust Chronicle, fev. 2012. Disponível em: https://www.ropesgray.com/-/media/Files/articles/2012/02/20120216_BragaetalFEB12.pdf?la=en&hash=786D12DD82B389130A1505A58683DDEA0589D0C8. Acesso em: 28 mar. 2022.

BRASIL. Justiça Pública. **Colaboração premiada de Paulo Roberto Costa**. Termo de Colaboração 01 tomado em 29 de ago. 2014. Disponível em: <http://media.folha.uol.com.br/poder/2015/03/11/termo-de-colaboracao-001.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2848**, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 2 mar. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 21 mar. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 ago. 2020.

BRASIL. **Lei 8.429**, de 2 de junho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Acesso em: 16 mar. 2022.

BRASIL. **Lei 8.666**, de 21 de junho de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 13 nov. 2020.

BRASIL. **Lei 9.034**, de 3 de maio de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19034.htm. Acesso em: 21 mar. 2022.

BRASIL. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 16 mar. 2022.

BRASIL. **Lei 12.529**, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em: 28 set. 2020.

BRASIL. **Lei 12.846**, de 1 de agosto de 2013a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em: 28 set. 2020.

BRASIL. **Lei 12.850**, de 2 de agosto de 2013b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em: 21 mar. 2022.

BRASIL. Justiça Pública. **Colaboração premiada de José Sérgio de Oliveira Machado**. Acordo de Colaboração firmado em 4 de maio 2016a. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/blog/matheus-leitao/post/leia-integra-da-delacao-de-sergio-machado.html>. Acesso em: 25 mar. 2022.

BRASIL. Congresso Nacional. **Parecer n. da Comissão Especial de Impeachment**. 2016b. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/05/04/veja-aqui-a-integra-do-parecer-do-senador-antonio-anastasia>. Acesso em: 25 mar. 2022.

BRASIL. **Lei 13.709**, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 15 jun. 2022.

BRASIL. **Lei 14.133**, de 1º de abril de 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 22 mar. 2022.

BROOME, André; QUIRK, Joel. Governing the World at a Distance: the Practice of Global Benchmarking. **Review of International Studies**, v. 41, n. 5, p. 81-841, 2015.

CADE. **Resolução nº 20**, de 9 de junho de 1999. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-20-de-9-de-junho-de-1999.pdf/view>. Acesso em: 29 set. 2020.

CADE. **Relatório de Gestão do CADE – exercício 2008**. 2009a. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/2008/relatorio_de_gestao_2008_cade.pdf/view. Acesso em: 30 out. 2020.

CADE. **Guia Programa de Leniência Antitruste do CADE**. maio de 2016n. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf. Acesso em: 30 out. 2020.

CADE. **Guia Combate a Cartéis em Licitação**. 2019e. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-de-combate-a-carteis-em-licitacao-versao-final-1.pdf. Acesso em: 20 out. 2020.

CADE. **Relatório de Gestão do CADE – exercício 2018**. 2019f. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/2018/relatorio-de-gestao>. Acesso em: 28 ago. 2019.

CADE; CGU. **Portaria Conjunta nº 04**, de 30 de maio de 2018. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/aceso-a-informacao/convenios-e-transferencias/acordos-nacionais/2019/SEI_08700.006874_2017_41.pdf. Acesso em: 17 jun. 2022.

CADE; MPF. **Acordo de Cooperação Técnica nº 1**, de 2020. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/aceso-a-informacao/convenios-e-transferencias/acordos-nacionais/2020/MPF_acordo.pdf. Acesso em: 17 jun. 2022.

CNJ. **Justiça em Números 2021**. dez. 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2022

CALLIARI, Marcelo; CRUZ, Tatiana Lins. Tectonic Shifts in the Blink of an Eye: Antitrust, Anti-Corruption and Cooperation in Brazil Post-Petrobras. **Competition Law International**, v. 11, n. 02, p. 142-158, Out. 2015.

CARAZZA, Bruno. **Dinheiro, eleições e poder**: as engrenagens do sistema político brasileiro. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

CARVALHO, Vinícius Marques de; MENDES, Francisco Schertel. **Compliance**: concorrência e combate à corrupção. São Paulo: Trevisan Editora, 2017.

CARVALHO, Vinicius Marques de; MATTIUZZO, Marcela. Tributação e concorrência: uma análise da evasão fiscal como ilícito concorrencial. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 9, n. 2, p. 51-74, 2021.

CARVALHO, Victor Aguiar de. **Cartéis em licitações**: concorrência, incentivos e prevenção aos conluíus nas contratações públicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CASELTA, Daniel Costa. **Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel**. 2005. 203 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-09112015-114806/publico/Dissertacao_Daniel_Costa_Caselta_Completa.pdf. Acesso em: 29 out. 2020.

CASTRO, Marcus Faro de. **Formas jurídicas e mudança social**: interações entre o Direito, a Filosofia, a Política e a Economia. São Paulo: Saraiva, 2012.

CELENTANI, Marco; GANUZA, Juan-José. Corruption and Competition in Procurement. **European Economic Review**, n. 46, p. 1273-1303, 2002.

CLARK, Robert *et al.* **Bid rigging and entry deterrence in public procurement**: evidence from an investigation into collusion and corruption in Quebec. Queen's Economics Department Working Paper, n°1401, Queen's University, Department of Economics, Kingston (Ontario), 2018, disponível em: <https://www.econstor.eu/handle/10419/188913> . Acesso em : 29 de mar. 2022.

COLACINO, Lucas D'Angelo. **Cartel em concorrências públicas e corrupção**: uma abordagem econômica. 2016. 93 f. Dissertação (Mestrado em Economia) – Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <https://www.ie.ufrj.br/images/IE/PPGE/disserta%C3%A7%C3%B5es/2016/LUCAS%20D%C2%B4ANGELO%20COLACINO.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2022.

COSTA, Arthur Trindade Maranhão; MACHADO, Bruno Amaral; ZACKSESKI, Cristina (org.). **A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos**: uma pesquisa empírica no sistema de justiça federal. Brasília: ESMPU, 2016. Tomo I.

CUNHA, Matheus Lourenço Rodrigues da. A evolução da legislação anticorrupção no Brasil e no mundo. *In*: LAMBOY, Christian K. de (coord.). **Manual de Compliance**. São Paulo: Instituto Arc, 2017. p. 131-178.

CUNNINGHAM, Scott. **Causal Inference**: the mixtape. New Haven & London: Yale University Press, 2021.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. A visão moderna na prova indício. *In*: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (org.). **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 105-128.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

DAWOOD, Yasmin. Classifying corruption. **Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy**, v. 9, p. 103-133, 2014.

DECOCQ, André; DECOCQ, Georges. **Droit de la concurrence: droit interne et droit de l'Union Européenne.** 8. ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2018.

DIABY, Aboubacar; SYLWESTER, Kevin. Corruption and Market Competition: Evidence from Post-Communist Countries. **World Development**, v. 66, , p. 487-499, 2015.

DIAZ, Javier Miranzo. A Taxonomy of Corruption in EU Public Procurement. **European Procurement & Public Private Partnership Law Review**, v. 12, n. 4, p. 383-395, 2017.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese.** Trad. Gilson Cesar Cardoso de Souza. 26. ed. São Paulo: Perspectiva, 2016.

EMERSON, Patrick M. Corruption, Competition and Democracy. **Journal of Development Economics**, n. 81, p. 193-212, 2006.

FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO (FIESP). **Relatório Corrupção: custos econômicos e propostas de combate.** Departamento de Competitividade e Tecnologia (DECOMTEC). 2010. Disponível em: <https://www.google.com/search?q=fiesp+e+custo+corrup%C3%A7%C3%A3o&oq=fiesp+e+custo+corrup%C3%A7%C3%A3o&aqs=chrome..69i57j33i10i160.5611j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8#> . Acesso em: 16 fev. 2022.

FLIGSTEIN, Neil. **The Architecture of Markets: an Economic Sociology of Twenty-First Century Capitalist Societies.** Princeton: Princeton University Press, 2002.

FLIGSTEIN, Neil; MCADAM, Doug. **A theory of fields.** New York: Oxford University Press, 2012.

FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste.** 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FOX, Eleanor M.; HEALEY, Deborah. When the state harms competition-the role for competition law. **Antitrust LJ**, v. 79, p. 769, 2013.

FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017a.

FRAZÃO, Ana (org.). **Constituição, empresa e mercado**. Brasília: Faculdade de Direito – UnB, 2017b.

FRANCE, Guilherme. Sectoral corruption in Brazil. A look at the health, agribusiness and construction sectors. **Transparency International**. 20 jan. 2020. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/resrep24899?seq=1#metadata_info_tab_contents. Acesso em: 12 mar. 2022.

FURTADO, Lucas Rocha. **Brasil e Corrupção**: análise de casos. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

FREITAS, Juarez. **Discricionariiedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FREYRE, Gilberto. **Casa Grande & Senzala**: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 51. ed. São Paulo: Global, 2006.

FONSECA, Ricardo; RIOS, Maria Angélica; ANTONIO, Juan Manuel Aguilar. Uso de big data analytics no combate à corrupção nas esferas de governo: visões gerais de Brasil, Peru e México. In: JORGE, Higor Vinícius Nogueira (coord.). **Enfrentamento da corrupção e investigação criminal tecnológica**: procedimentos, fontes abertas, estudo de casos e direito anticorrupção. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 217-234.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al.* **Comentários à Nova Lei de Improbidade Administrativa**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

GASPAR, Malu. **A Organização**: a Odebrecht e o esquema de corrupção que chocou o mundo. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

GEPP, Adrian *et al.* Big data techniques in auditing research and practice: current trends and future opportunities. **Journal of Accounting Literature**, v. 40, p. 102-115, 2018.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Cartel**: Teoria Unificada da Colusão. São Paulo: Lex Editora, 2006.

GOODMAN, Josh. **The anti-corruption and antitrust connection**. The antitrust source, abr. 2013. Disponível em: <https://silo.tips/download/the-anti-corruption-and-antitrust-connection>. Acesso em: 30 mar. 2022.

GRAJZL, Peter; BANIAK, Andrzej. **Private Enforcement, Corruption, and Antitrust Design**. CESIFO WORKING PAPER n. 5602, category 11: Industrial Organisation, nov. 2015, p. 1-47. Disponível em: <https://www.cesifo.org/en/publikationen/2015/working-paper/private-enforcement-corruption-and-antitrust-design>. Acesso em: 31 mar. 2022.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

GUPTA, Sanjeev; DAVOODI, Hamid; ALONSO-TERME, Rosa. **Does Corruption Affect Income Inequality and Poverty**. Working paper to International Monetary Fund, maio 1998. Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/wp9876.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2019.

HEIMLER, Alberto. Cartels in public procurement. **Journal of competition law and economics**, v. 8, n. 4, p. 849-862, 2012.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOLMES, Leslie. **Corruption: a Very Short Introduction**. Oxford: Oxford University Press, 2015.

HOVENKAMP, Herbert. **The Antitrust Enterprise: Principle and Execution**. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy: the Law of Competition and Its Practice**. 4. ed. United States of America: Thomson West, 2011.

HOVENKAMP, Herbert. **The Opening of American Law: Neoclassical Legal Thought**. New York: Oxford University Press, 2015.

HUNTINGTON, Samuel P. **Political Order in Changing Societies**. 7. ed. New Haven & London: Yale University Press, 1973.

JAJKOWICS, Ondrej; DROBISZOVA, Agata. The effect of corruption on government expenditure allocation in OECD countries. **ACTA Universitatis et Silviculturae Mendeliana Brunensis**, v. 63, n. 04, p. 1251-1259, 2015.

KHAN, Lina M. Amazon's Antitrust Paradox. **Yale Law Journal**, v. 126, p. 710-805, 2017.

KHAN, Lina M. Book Review: the End of Antitrust History Revisited. **Harvard Law Review**, v. 133, p. 1655-1682, 2020.

KOVACIC; William E.; ANDERSON, Robert D.; MULLER, Anna Caroline. **Promoting Competition and Deterring Corruption in Public Procurement Markets: Synergies with Trade Liberalization**. E15 Expert Group on Competition Policy and the Trade System Think Piece, fev. 2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/301683897_Promoting_Competition_and_Deterring_Corruption_in_Public_Procurement_Markets_Synergies_with_Trade_Liberalization. Acesso em: 29 mar. 2022.

KOVACIC, William C.; ANDERSON, Robert D.; JONES, Alison. Preventing Corruption, Supplier Collusion and the Corrosion of Civic Trust: a Procompetitive Program to Improve the Effectiveness and Legitimacy of Public Procurement. **George Mason Law Review**, n. 1233, p. 1233-1297, 2019.

KRAMER, Michael. Collusive bidding by contractors. **OCDE – Global Forum on Competition**, 17 fev. 2014. Disponível em: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF\(2014\)7&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF(2014)7&docLanguage=En). Acesso em: 10 out. 2019.

KROEZE, Ronald; VITÓRIA, André; GELTNER, G. (org.). **Anticorruption in History: from Antiquity to the Modern Era**. Oxford: Oxford University Press, 2020.

LAMBERT-MOGILIANSKY, A.; COMPTE, O.; VERDIER, T. Corruption and Competition in Procurement Auctions. **The Rand Journal of Economics**, v. 36, n. 1, p. 1-15, 2005.

LAMBERT-MOGILIANSKY, Ariane; SONIN, Konstantin. Collusive Market Sharing and Corruption in Procurement. **Journal of Economics & Management Strategy**, v. 15, n. 4, p. 883-908, 2006.

LAMBERT-MOGILIANSKY, Ariane. **Corruption and Collusion in Procurement: Strategic Complements**. Paris School of Economics, jul. 2010. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/286380618_Corruption_and_collusion_Strategic_complements_in_procurement. Acesso em: 31 out. 2020.

LAZZARINI, Sérgio G. **Capitalismo de laços: os donos do Brasil e suas conexões**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

LEIPNITZ, Guinter. Pesquisa historiográfica e documental: diálogos entre História e Direito a partir de escrituras públicas de contratos. *In*: MACHADO, Máira Rocha (org.). **Pesquisar**

empiricamente o direito. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, p. 225-248.

LESLIE, Christopher. Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability. **Journal of Corporate Law**, v. 31, p. 453-488, 2006. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=924376. Acesso em: 30 out. 2020.

LEWIS, David; DAS NAIR, Reena. Fighting Corruption and Promoting Competition – Background note. **OCDE – Global Forum on Competition**, 17 fev. 2014. Disponível em: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF\(2014\)1&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF(2014)1&docLanguage=En). Acesso em: 28 mar. 2022.

LIMA, Rafael Sousa *et al.* **Desmistificando Big Data: Evolução Mandatória para Perícia Contábil.** In: UnB CONFERENCE ON ACCOUNTING AND GOVERNANCE, 4., CONGRESSO UnB DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA-CCGUnB, 1. Brasília, 2018.

LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina Cheibub. Bases institucionais do presidencialismo de coalizão. **Lua Nova**, São Paulo: CEDEC, n. 44, p. 81-106, 1998.

LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina Cheibub. **Executivo e Legislativo na Nova Ordem Constitucional.** 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2001.

LUNA-PLA, Issa; NICOLÁS-CARLOCK, José R. Corruption and complexity: a scientific framework for the analysis of corruption networks. **Applied Network Science**, v. 5, n. 1, p. 1-18, 2020.

MAURO, Paolo. Corruption and Growth. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 110, , p. 681-672, ago. 1995.

MAURO, Paolo. Corruption and the composition of government expenditure. **Journal of Public Economics**, n. 69, p. 263-279, 1998.

MARTINEZ, Ana Paula. **A repressão a cartéis: interface entre Direito Administrativo e Direito Penal.** São Paulo: Singular, 2013.

MARTINEZ, Ana Paula. É preciso coordenar esforços com órgãos que atuam nos mesmos casos que o CADE. Entrevista concedida a Guilherme Pimenta e Gustavo Gantois. **Jota**, 5 out. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/concorrenca/coordenar-esforcos-orgaos-cade-05102018>. Acesso em: 16 jun. 2022.

MATTOS, Cesar. Modalidades de Licitação e Cartéis no Brasil. **Consultoria Legislativa – Estudo**, ago. 2014, pp. 1 – 17. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema10/2014_13626.pdf>. Acesso em: 10 de out. 2020.

MATTOS, Diogo Castor. **A seletividade penal na utilização abusiva do *habeas corpus* nos crimes do colarinho branco**. 2015. 148 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2015. Disponível em: <https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/5710-diogo-castor-de-mattos/file>. Acesso em: 22 mar. 2022.

MARQUETTE, Heather; PEIFFER, Caryn. Corruption and collective action. **DLP Research Paper**, 2015.

MENDES, Francisco Schertel. **O controle de condutas no Direito Concorrencial Brasileiro**: características e especificidades. 2013. 109 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2013. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/14731/1/2013_FranciscoSchertelMendes.pdf. Acesso em: 28 jun. 2019.

MENDES, Francisco Schertel. **Leniency Policies in the Prosecution of Economic Crimes and Corruption**: Consensual Justice and Search for Truth in Brazilian and German Law. Baden-Baden: Nomos, 2021.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Concurso de crimes e diferenciação**: cartel e fraudes à licitação. 14 de dez. 2017. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/12/14/concurso-crimes-diferenciacao-cartel-fraudes-licitacao/>. Acesso em: 30 jun. 2022.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no Direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MPF. **Roteiro de Atuação** – Combate a Cartéis. Organizado pela 3ª Câmara de Coordenação e Revisão. Publicado em 2019a. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr3/documentos-e-publicacoes/roteiros-de-atuacao/combate-a-carteis>. Acesso em: 29 out. 2020.

MPF. **Denúncia oferecida nos autos nº 5014724-57.2019.4.04.7000** na 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba/PR em 16 de jul. 2019b. Disponível em: https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2019/07/1_DENUNCIA1.pdf. Acesso em: 14 abr. 2022.

MOTTA, Massimo. **Competition Policy**: Theory and Practice. 12. ed. New York: Cambridge University Press, 2009.

MULLER, Walter; MULLER, Letícia. O emprego da tecnologia no combate à corrupção e o papel do *compliance* na salvaguarda dos direitos fundamentais. *In*: JORGE, Higor Vinícius Nogueira (coord.). **Enfrentamento da corrupção e investigação criminal tecnológica: procedimentos, fontes abertas, estudo de casos e direito anticorrupção**. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 443-463.

NAKAMURA, André Luiz Santos. A infraestrutura e a corrupção no Brasil. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 117, p. 97-126, jul./dez 2018.

NETO, Caio Mário da Silva Pereira; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial: doutrina, jurisprudência e legislação**. São Paulo: Saraiva, 2016.

NETTO, Vladimir. **Lava Jato: o juiz Sérgio Moro e os bastidores da operação que abalou o Brasil**. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2016.

NORTH, Douglass C. Institutions. **Journal of Economic Perspectives**, v. 5, n., 1, p. 97-112, inverno de 1991.

NUCCI, Guilherme. **Se PJ é responsável por crimes ambientais, também o é por outros delitos**. 24 jul. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-24/guilherme-nuccipj-responde-crimes-ambientais-outros-delitos>. Acesso em: 27 out. 2020.

OCDE. **Policy Roundtables - Evaluation of the Actions and Resources of The Competition Authorities**. 2005. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/35910995.pdf>. Acesso em: 9 maio 2022.

OCDE. **Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas**. fev. 2009. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/cartels/44162082.pdf>. Acesso em: 23 out. 2020.

OCDE. **Foreign Bribery Report**. 2014. Disponível em: <https://www.oecd.org/corruption/oecd-foreign-bribery-report-9789264226616-en.htm>. Acesso em: 4 mar. 2022.

OCDE. **Preventing Corruption in Public Procurement**. 2016. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/ethics/Corruption-Public-Procurement-Brochure.pdf>. Acesso em: 4 mar. 2022.

OCDE. **Review of the 1998 OECD Recommendation concerning Effective Action against Hard Core Cartels**. 2019a. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-review-1998-hard-core-cartels-recommendation.pdf>. Acesso em: 28 set. 2020.

OCDE. **Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels (Legal 0452)**. 2019b. Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0452>. Acesso em: 28 set. 2020.

OLIVEIRA, Alexandre Albagli. **O direito fundamental à probidade administrativa**: valor constitucional da probidade, contornos normativos e repercussões jurídico-legais. 2014. 232 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Sergipe, Alagoas, 2014. Disponível em: <https://ri.ufs.br/handle/riufs/4353>. Acesso em: 15 out. 2021.

OLIVEIRA, Andrei Fragoso Rocha de. A importância de mecanismos tecnológicos no combate à corrupção e à lavagem de dinheiro. *In*: JORGE, Higor Vinícius Nogueira (coord.). **Enfrentamento da corrupção e investigação criminal tecnológica**: procedimentos, fontes abertas, estudo de casos e direito anticorrupção. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 289-302.

OLIVEIRA JUNIOR, Fernando Antonio de Alencar Alves de. Os indispensáveis instrumentos consensuais no controle de condutas do direito antitruste brasileiro: a experiência do CADE com o temo de compromisso de cessação e o acordo de leniência. *In*: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (org.). **Lei Anticorrupção e Temas de Compliance**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 375-406.

OLIVEIRA JÚNIOR, Fernando Antonio de Alencar Alves de. O agente público pode ser penalizado pelo CADE em casos de cartel de licitação? *In*: ATHAYDE, Amanda; GUIMARÃES, Marcelo; SILVEIRA, Paulo Burnier da (org.). **Comércio internacional e concorrência**: desafios e perspectivas atuais. Brasília: UnB, 2018, p. 31-59. v. 1. Disponível em: <https://www.amandaathayde.com.br/livros-organizados>. Acesso em: 27 out. 2020.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**: má gestão pública – corrupção – ineficiência. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PEREIRA JUNIOR, Manoel Rodrigues. **Corrupção Sistêmica**: Contribuições da Teoria da Complexidade e dos Sistemas Adaptativos Complexos. 2017. 68 f. Monografia (Graduação em Ciências Econômicas) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/55649>. Acesso em: 9 abr. 2022.

POSNER, Richard A. **Antitrust Law**. 2. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.

POSNER, Richard A. **Interview with Richard Posner** concedida a John Cassidy. The New Yorker, 13 jan. 2010. Disponível em: <https://www.newyorker.com/news/john-cassidy/interview-with-richard-posner>. Acesso em: 1 nov. 2020.

PORTO, Giovana Vieira. A cessão de crédito devido por ressarcimento ao dano material oriundo de cartel: um novo *business*? **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, CADE, v. 5, n. 2, p. 131-162, 2017. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/352/173>. Acesso em: 29 out. 2020.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Os fundamentos contra o Antitruste**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

REYGADAS, Luis. **La apropiación**: destejendo las redes de la desigualdad. Cidade do México: Anthropos Editorial, 2008.

RIBEIRO, Diaulas Costa; CORDEIRO, Nefi; GUIMARÃES, Denis Alves. Interface between the brazilian antitrust, anti-corruption, and criminal organization laws: the leniency agreements. **Law and Business Review of The Americas**, v. 22, p. 195-244, 2016.

ROSE-ACKERMAN, Susan. The Economics of Corruption. **Journal of Public Economics**, n. 4, p. 187-203, 1975.

ROSE-ACKERMAN, Susan. **Corruption**: a study in political economy. London: Academic Press, 1978.

ROSE-ACKERMAN, Susan. Corruption, Inefficiency and Economic Growth. **Nordic Journal of Political Economy**, v. 24, p. 3-20, 1997a.

ROSE-ACKERMAN, Susan. The Political Economy of Corruption. *In*: ELLIOT, Kimberly Ann (ed.). **Corruption and The Global Economy**. Institute for International Economics, jun. 1997b. Disponível em: https://www.piie.com/publications/chapters_preview/12/2iie2334.pdf. Acesso em: 2 jan. 2022.

ROSE-ACKERMAN, Susan. The Law and Economics of Bribery and Extortion. **The Annual Review of Law and Social Science**, v. 6, p. 217-238, 2010.

ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. **Corruption and government**: causes, consequences and reform. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 2016.

ROSE-ACKERMAN, Susan; TRUEX, Rory. Corruption and Policy Reform. **Yale Law & Economics Research Paper**, n. 444, 17 fev. 2012. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2007152>. Acesso em: 29 maio 2020.

ROTHSTEIN, Bo; VARRAICH, Aiysha. **Making Sense of Corruption**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

RUFINO, Victor Santos. **Os fundamentos da delação**: análise do programa de leniência do CADE à luz da teoria dos jogos. 2016. 101 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2016. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/22288?mode=full>. Acesso em: 30 out. 2020.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

SAITO, Carolina; COUTINHO, Diogo R. **Cartel ou fraude em licitações?** Frustrar o caráter competitivo de uma licitação pode gerar três situações distintas. 26 de nov. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/cartel-ou-fraude-em-licitacoes-publicas-26112019>. Acesso em: 27 out. 2020.

SANTOS, Flávia Chiquito dos. **Aplicação de penas na repressão a cartéis**: uma análise da jurisprudência do CADE. 2014. 260 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-12122014-091202/publico/Flavia_C_dos_Santos_INTEGRAL.pdf. Acesso em: 24 mar. 2020.

SEBASTIÁN, Javier Fernández. Tradiciones Electivas. Cambio, continuidad y ruptura em historia intelectual. **Almanack**, Guarulhos, n. 7, p. 5-26, 1º semestre de 2014.

SCHUARTZ, Luiz Fernando. A desconstitucionalização do direito da defesa da concorrência. **Revista Ibrac**, v. 16, n. 1, p. 325-351, 2009.

SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SILVEIRA, Paulo Burnier da (org.). **Competition Law and Policy in Latin America: Recent Developments**. Alphen aan den Rijn: WoltersKluwer, 2017.

SIEGENFELD, Alexander F.; BAR-YAM, Yaneer. An introduction to complex systems science and its applications. **Complexity**, 2020.

SEPRAC. **Manual Advocacia da Concorrência** – cálculo de danos em cartéis: guia prático para o cálculo de sobrepreço em ações de reparação de danos. maio 2018. Disponível em:

<https://www.gov.br/fazenda/pt-br/centrais-de-contudos/publicacoes/guias-e-manuais/calculo-de-danos-em-carteis>. Acesso em: 29 out. 2020.

SODRÉ, Flavius R. A.; RAMOS, Francisco S. **Corrupção e pobreza**: evidências a partir do programa de fiscalização por sorteios públicos da CGU. 21 jul. 2018. Disponível em: https://www.anpec.org.br/encontro/2018/submissao/files_I/i12-6f020d3db4b7abd937ffbd2b98f8e58.pdf. Acesso em: 30 dez. 2019.

SOUZA, Rodrigo Telles de Paula e. **O Supremo Tribunal Federal, a colaboração premiada e a alegoria da caverna**. 5 dez. 2017. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/reportagem/o-supremo-tribunal-federal-a-colaboracao-premiada-e-a-alegoria-da-caverna/>. Acesso em: 21 mar. 2022.

SOUZA, Alexis Sales de Paula e. **Cartel em contratações públicas**: sanções cíveis, administrativas e criminais e a solução dos conflitos aparentes de normas. 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/88485/cartel-em-contratacoes-publicas-sancoes-civeis-administrativas-e-criminais-e-a-solucao-dos-conflitos-aparentes-de-normas>. Acesso em: 9 maio 2022.

STEVENSON, Drury D.; Nicholas J. Wagoner. FCPA Sanctions: Too Big to Debar? **Fordham Law Review**, v. 80, 2 ed, p. 775-820, 2011.

STJ. **Jurisprudência em Teses Organizada por Ramos do Direito**. fev. 2022a. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/tematica/download/JT/JT_ramos_ed.1.pdf. Acesso em: 17 mar. 2022.

STJ. **Jurisprudência em Teses – Improbidade Administrativa IV**. mar. 2022b. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/JuriTeses/article/view/12396/12500>. Acesso em: 17 mar. 2022.

STIGLER, George J. The optimum enforcement of laws. **Journal of Political Economy**, v. 78, n. 3, p. 526-536, 1970.

STUCKE, Maurice E. Reconsidering Antitrust's Goals. **Boston College Law Review**, v. 53, p. 551-629, 2012. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1904686. Acesso em: 29 set. 2020.

SUTHERLAND, Edwin H. White-Collar Criminality. **American Sociological Review**, v. 5, n. 1, p. 1 – 12, fev. 1940.

TCU. **Processo Administrativo nº 928.097/1998-6**. Decisão 807/2001. Relator Marcos Vinícios Vilaça. Julgado em: 3 de out. 2001. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/92809719986.PROC/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uid=7f3f16b0-8da6-11ea-bdfa-d16064c70169>. Acesso em: 3 maio 2020.

TITO, Fabiana de Mello; ARASHIRO, Thiago. A nova tendência dos guias de análises horizontais internacionais. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, v. 18, p. 118-136, 2010.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. **Correlation between corruption and inequality**. Anticorruption Resource Centre. 6 jul. 2017. Disponível em: <https://www.u4.no/publications/correlation-between-corruption-and-inequality>. Acesso em: 30 dez. 2019.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. **Corruption Perceptions Index Explained** - Transparency International. 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=9JoNjIfbPV0&t=9s>. Acesso em: 8 fev. 2022.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. **Índice de percepção da corrupção 2019**. 2020. Disponível em: <https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/asset/67:indice-de-percepcao-da-corrupcao-2019?stream=1>. Acesso em: 31 out. 2020.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. **Índice de percepção da corrupção 2021**. jan. 2022a. Disponível em: <https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/indice-de-percepcao-da-corrupcao-2021>. Acesso em: 9 fev. 2022.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. **Brazil: setbacks in the legal and Institutional Anti-Corruption Frameworks**. mar 2022b. Disponível em: <https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/brazil-setbacks-2021>. Acesso em: 25 mar. 2022.

TROESKEN, WERNER. **Competition and corruption**: Lessons from 150 years of industrial governance. George Mason University, Mercatus Center, 2007. Disponível em: http://mercatus.org/sites/default/files/Competition_and_Corruption.pdf. Acesso em: 28 jun. 2017.

VERÍSSIMO, Carla. Compliance Anticorrupção. *In*: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de; ARAS, Vladimir (org.). **Corrupção**: aspectos sociológicos, criminológicos e jurídicos. Salvador: Juspodivm, 2020, pp. 415 – 436.

WALDROP, M. Mitchell. **Complexity**: the emerging science at the edge of order and chaos. New York: Open Road, 2019.

WEI, Shang-Jin. **Why is corruption so much more taxing than tax?** Arbitrariness kills. 1997. Disponível em: <https://www.nber.org/papers/w6255>. Acesso em: 12 abril. 2022.

WJP. **World Justice Project**: Rule of Law Index 2021. Disponível em: <https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP-INDEX-21.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2022.

WRIGHT, Joshua D. *et al.* Requiem for a Paradox: the Dubious Rise and Inevitable Fall of Hipster Antitrust. **George Mason Law & Economics Research**, Paper n. 18-29, Arizona State Law Journal, 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3249524. Acesso em: 7 nov. 2020.

WU, Tim. **The Curse of Bigness**: Antitrust in the New Gilded Age. New York: Columbia Global Reports, 2018.

YALE LAW JOURNAL. Mr. Justice Brandeis, Competition and Smallness: a Dilemma Re-examined. **The Yale Law Journal**, v. 66, p. 69-96, nov. 1956.

CASOS DO CADE (na ordem de julgamento)

CADE. **Processo Administrativo nº 08012.009118/1998-26**. Relator: João Bosco Leopoldino Fonseca (Thompson Andrade para o acórdão), pp. 2.265. Julgado em: 27 de jun. 2001. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcQrwFKBLLfHRcFYbntED6x92sjLiNBzoOz92mp9IkQd8. Acesso em: 6 mar. 2020.

CADE. **Processo Administrativo nº 08012.004036/2001-24**. Relator: Thompson Andrade, pp. 2667. Julgado em: 23 de jul. 2003. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnV_ropEr4A12hvH2a-ltqy_MaX4umbEI6NWVcdeTDDo-. Acesso em: 19 mar. 2020.

CADE. **Processo Administrativo nº 08012.006989/1997-43.** Relator: Luiz Alberto Esteves Scaloppe, pp. 2.151. Julgado em: 15 de jun. 2005a. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcYIBLwPEstGCiJZReuzDY3CQa0ofQryDoCrxoy2tbrr6. Acesso em: 6 mar. 2020.

CADE. **Processo Administrativo nº 08012.002127/2002-14.** Relator: Luiz Carlos Delorme Prado, pp. 16.520. Julgado em: 13 de jul. 2005b. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcRAIDAQnWf3dDCLooyz_d4XaAjLwB9hJz8GCekQam0P0. Acesso em: 8 mar. 2020.

CADE. **Processo Administrativo nº 08012.001826/2003-10.** Relator: Abraham Benzaquem Sicsú, pp. 14.619. Julgado em: 19 de set. 2007a. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnei65WbDNaaVIpVdOXYMYrW9nG1phrNkD9Rilidi7Rs9V. Acesso em: 8 mar. 2020.

CADE. **Processo Administrativo nº 08012.002493/2005-16.** Relator: Luiz Fernando Schuartz, pp. 5.780. Julgado em: 28 de nov. 2007b. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcXfWrzB7dS8bkUjm5ZUVWEEfyxyYt3ad0LJHCwxPzdr. Acesso em: 20 mar. 2020.

CADE. **Termo de Compromisso de Cessaçãõ nº 08700.001882/2008-19.** Relator: Fernando Furlan, pp. 99. Julgado em: 27 de ago. 2008a. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnfS9Cvj1alwWC9qsYEI19QLtvo6i_DvZTfHfMSNSQYS. Acesso em: 12 mar. 2020.

CADE. **Averiguação Preliminar nº 08012.001075/2000-18.** Relator: Paulo Furquim, pp. 1.030. Julgado em: 10 de dez. 2008b. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBccAidrDkkDRuVx8X_kpj-kTH8-by5LIAnx1sF2cSJobr. Acesso em: 9 mar. 2020.

CADE. **Processo Administrativo nº 08012.000283/2006-66.** Relator: Paulo Furquim, pp. 2.442. Julgado em: 17 de dez. 2008c. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnY8wFJV01hw5mPjfjfbh_Q6hVPTZq6gEW6IdLM9bSXyOS. Acesso em: 20 mar. 2020

CADE. **Termo de Compromisso de Cessaçãõ nº 08700.005321/2008-81.** Relator: Fernando Furlan, pp. 62. Julgado em: 21 de jan. 2009b. Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnUA0ckm9IBadX3Tu31_toCL3V14E-kjaJ6DYwR4SjIRw. Acesso em: 12 mar. 2020.

CADE. **Termo de Compromisso de Cessação n  08700.002312/2009-19**. Relator: Fernando Furlan, pp. 63. Julgado em: 16 de set. 2009c. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcndXI45y-pON7auZsu-jPHEupqWVldqVKV793qvEWsaMF. Acesso em: 12 mar. 2020.

CADE. **Processo Administrativo n  08012.009888/2003-70**. Relator: Fernando de Magalhães Furlan, pp. 8.579. Julgado em: 01 de set. 2010. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnV5To9AThgax0yiv91mB1jun9BCIYIAj4O_hzzvf9_Dn. Acesso em: 9 mar. 2020.

CADE. **Processo Administrativo n  08012.001003/2000-41**. Relator: Ana Frazão, pp. 3.790. Julgado em: 06 de mar. 2013a. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcneVLKdD29tnc6KPmP5Hpqf69clM5Vgm8U3WYB66pF4RF. Acesso em: 20 mar. 2020.

CADE. **Processo Administrativo n  08012.003745/2010-83**. Relator: Elvino de Carvalho Mendonça, pp. 6.977. Julgado em: 20 de mar. 2013b. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnU8MEH_eDtcZJQTue3OpzYHY_r2-XaKfTSEIgAvSI2f. Acesso em: 20 mar. 2020.

CADE. **Processo Administrativo n  08012.011668/2007-30**. Relator: Ana Frazão, pp. 1.947. Julgado em: 23 de out. 2013c. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6Zlwydl0IhRNSr2Q221ByVKByYDYwsa13_JxvPLGJHWNL8-mLo3e2uzfRC0xHOt6GkChcAwgMAdKaUM. Acesso em: 20 mar. 2020.

CADE. **Termo de Compromisso de Cessação n  08700.006544/2012-41**. Relator: Eduardo Pontual, pp. 44. Julgado em: 23 de out. 2013d. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcneXMQw3qWc8Ywc6vKwcdDDRu_Z3Tm9MzZw96Pn3Mh5w. Acesso em: 12 mar. 2020.

CADE. **Processo Administrativo nº 08012.011853/2008-13**. Relator: Eduardo Pontual, pp. 7.537. Julgado em: 05 de fev. 2014a. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnV5To9AThgx0yiv91mB1jun9BCIYIAj4O_hzzvf9_Dn. Acesso em: 9 mar. 2020.

CADE. **Processo Administrativo nº 08012.010362/2007-66**. Relator: Ricardo Machado Ruiz, pp. 2.730. Julgado em: 19 de fev. 2014b. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6Zlwydl0IhRNSr2Q221ByVKByYDYwsa13_JxlgLKyHItpwmGi8Om-0BSFgDJe7UmLWtj7RFnqzWdP7. Acesso em: 10 mar. 2020.

CADE. **Termo de Compromisso de Cessação nº 08700.004258/2014-03**. Relator: Alessandro Octaviani Luis, pp. 37. Julgado em: 30 de jul. 2014c. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnW6bPNhI05leDZnzmD13Ek344rDwCTmUeb9DFbtVa8qz. Acesso em: 15 mar. 2020.

CADE. **Termo de Compromisso de Cessação nº 08700.009026/2013-60**. Relator: Ana Frazão (presidente substituta), pp. 72. Julgado em: 20 de ago. 2014d. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnXpunE228ArEeunhcTeYmPNzeY8HLXitd9e88un8SAYD. Acesso em: 15 mar. 2020.

CADE. **Termo de Compromisso de Cessação nº 08700.002238/2014-06**. Relator: Vinícius Marques de Carvalho (presidente), pp. 55. Julgado em: 26 de nov. 2014e. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnX9N-bVCZxiqs6N_y8wP7iAw3x-OAbvE46owmZJffphd. Acesso em: 16 mar. 2020.

CADE. **Processo Administrativo nº 08012.008507/2004-16**. Relator: Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, pp. 3.443. Julgado em: 10 de dez. 2014f. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnQk04hJkhSJ4UU28DdYHo2Ep4avm-mofVL_HrlFGRylG. Acesso em: 11 mar. 2020.

CADE. **Processo Administrativo nº 08012.009611/2008-51**. Relator: Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, pp. 1.129. Julgado em: 10 de dez. 2014g. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnYyHjyrl4h2Cm17jTrDBY7HJeuRySe0tuIRXhXguCus4. Acesso em: 10 mar. 2020.

CADE. **Processo Administrativo nº 08012.006199/2009-07**. Relator: Márcio de Oliveira Júnior, pp. 5.076. Julgado em: 10 de dez. 2014h. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnUwxBNYERfqcPARs1q2lYlbWNi8oMi-6WqtK_n2RYJ-. Acesso em: 10 mar. 2020.

CADE. **Termo de Compromisso de Cessação nº 08700.003376/2013-13**. Relator: Vinícius Marques de Carvalho (presidente), pp. 22. Julgado em: 10 de dez. 2014i. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6Zlwydl0IhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13_JxpvRe51WkfDbLKQfCZGjlkDrvq_p8vdv7s6eGEdtmZg5. Acesso em: 17 mar. 2020.

CADE. **Processo Administrativo nº 08012.006764/2010-61**. Relator: Ana Frazão, pp. 2.935. Julgado em: 11 de fev. 2015a. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6Zlwydl0IhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13_JxiadFhowLiis0upP2QnnVKuOIyj_GkqayBTy40AOTORM. Acesso em: 20 mar. 2020.

CADE. **Processo Administrativo nº 08012.010932/2007-18**. Relator: Márcio de Oliveira Júnior, pp. 509. Julgado em: 25 de fev. 2015b. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6Zlwydl0IhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13_JxpkUWOwURs0EbszRjgT3kttVXOmuO3suMPaJ1M8sA7fD. Acesso em: 12 mar. 2020.

CADE. **Processo Administrativo nº 08012.009885/2009-21**. Relator: Ana Frazão, pp. 3103. Julgado em: 08 de abr. 2015c. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6Zlwydl0IhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13_JxpwrgJDWyIHCjviwXiAEG-tkCRZwJccUjHS28OwV0Yk1. Acesso em: 12 mar. 2020.

CADE. **Processo Administrativo nº 08012.008184/2011-90**. Relator: Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, pp. 2838. Julgado em: 08 de abr. 2015d. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6Zlwydl0IhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13_JxuKSIJ8R4hW49f-jsboBCfKTcw6jnZdKgcJYI29wFn6G. Acesso em: 12 mar. 2020.

CADE. **Termo de Compromisso de Cessação nº 08700.001808/2016-02**. Relator: Alexandre Cordeiro, pp. 32. Julgado em: 25 de mai. 2015e. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAXAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9d

xRfPBcVRbhR_-g3D__60HISAO2DwsPA-fJt2HE4KxE2_V9OGa. Acesso em: 16 mar. 2020.

CADE. **Processo Administrativo nº 08012.001273/2010-24**. Relator: Márcio Oliveira, pp. 7395. Julgado em: 16 de set. 2015f. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?5LK2OPcLJR_ipmIIdOEcWJwPucpbCJDecPgMLlCe73jB508ahT9wUzaXUnjAZUJ4XW1xtu1H5kGUyGvypRMajY7UX9rwIbv0j7Etanywv6StlC_n4kxEy3bWSAK8hT94. Acesso em: 13 mar. 2020.

CADE. **Processo Administrativo nº 08012.000030/2011-50**. Relator: Alexandre Cordeiro, pp. 2635. Julgado em: 09 de dez. 2015g. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6Zlwydl0IhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13_JxrWC8txYajMVSIRU1nh56ZcgiAh3i9sPbIX7fxam6d-B. Acesso em: 13 mar. 2020.

CADE. **Processo Administrativo nº 08700.011276/2013-60**. Relator João Paulo de Resende, pp. 313. Julgado em: 11 de nov. 2015h. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?rL-N4hXQH5c3Ne54f4qU8L1ENAidEMzrlt2wmvWAXE0GjNLIMOf14BbJfsO0Mg9Xqdl5q2OtuYr3yFy-iNILCTfEyHRmBmy2Rwj1i4Ac9YBfDDMmYXTER7F_HYL88Kkj. Acesso em: 31 jul. 2022.

CADE. **Processo Administrativo nº 08012.008821/2008-22**. Relator: Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, pp. 606. Julgado em: 20 de jan. 2016a. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6Zlwydl0IhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13_Jxv8yGItF44OPAHbv3B31w1EZSEQ9Fbue6tJZtRKyodH6. Acesso em: 15 mar. 2020.

CADE. **Processo Administrativo nº 08012.008850/2008-94**. Relator: Ana Frazão, pp. 1873. Julgado em: 03 de fev. 2016b. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6Zlwydl0IhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13_JxpkwHIMAcvtPVMsnufevOtuXRaNCOuzTYtqdoOmdC1f. Acesso em: 15 mar. 2020.

CADE. **Processo Administrativo nº 08012.003321/2004-71**. Relator: Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, pp. 323. Julgado em: 13 de abr. 2016c. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?rL-N4hXQH5c3Ne54f4qU8L1ENAidEMzrlt2wmvWAXE0GjNLIMOf14BbJfsO0Mg9Xqdl5q2OtuYr3yFy-iNILCQQGzENxoWJ1lajljAgNF4mc1Udg2EUYwrbSpLfZEc1W. Acesso em: 15 mar. 2020.

CADE. **Termo de Compromisso de Cessação n  08700.002026/2016-82**. Relator: Alexandre Cordeiro, pp. 81. Julgado em: 08 de jun. 2016d. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcfenri52hZ3quYAFIF5lzh19lMms6_saq4I4mCVZ5GC8. Acesso em: 16 mar. 2020.

CADE. **Termo de Compromisso de Cessação n  08700.001429/2015-23**. Relator: Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo (presidente substituto), pp. 57. Julgado em: 17 de out. 2016e. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnX9N-bVCZxiqs6N_y8wP7iAw3x-OAbvE46owmZJffphd. Acesso em: 16 mar. 2020.

CADE. **Processo Administrativo n  08012.009645/2008-46**. Relator: Alexandre Cordeiro, pp. 5017. Julgado em 09 de nov. 2016f. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6Zlwydl0IhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13_Jxv0r9i6jfug0JsbQ-N8AMDuSyWUrakk3qMDdIr6G81Ag. Acesso em: 8 dez. 2020.

CADE. **Processo Administrativo n  08012.002568/2005-51**. Relator: Cristiane Alkmin Junqueira Schimidt, pp. 2190. Julgado em: 7 de dez. 2016g. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6Zlwydl0IhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13_JxuInN3VJCjnESE_kNzboo2f9JGJUzVCPKSIj4HN2Iro5. Acesso em: 22 abr. 2022

CADE. **Processo Administrativo n  08700.006551/2015-96**. Relator: Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, pp. 2692. Julgado em: 18 de out. 2016h. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnZoNKKC8cjdkOlcx7d3zXyZRWLDV6LtRhL2Y4pHsuCiB. Acesso em: 31 jul. 2022.

CADE. **Processo Administrativo n  08012.001127/2010-07**. Relator: João Paulo Resende, pp. 233. Julgado em: 30 de mar. 2016o. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6Zlwydl0IhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13_JxoMRZLkOIT9lpqKD8UuJN5CdMI9Nbt70_tCfH4pDZlOM. Acesso em: 31 jul. 2022.

CADE. **Termo de Compromisso de Cessação n  08700.005299/2016-89**. Relator: Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo (Presidente interino), pp. 26. Julgado em: 18 de jan. 2017a. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZ

DAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9d
xRfPBcXy9wqiNXBXwNu6ht2JQitsayuIBgogMRoj2BS-wxR2E. Acesso em: 17 mar. 2020.

CADE. **Termo de Compromisso de Cessação nº 08700.006546/2016-64.** Relator: Alexandre Cordeiro, pp. 34. Julgado em: 1 de fev. 2017b. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dXrFpBcWrY3MjSyM9SJypdFe9zHGWOuuj4yyIXjM11IOgniML. Acesso em: 16 mar. 2020.

CADE. **Processo Administrativo nº 08012.009382/2010-90.** Relator: Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, pp. 530. Julgado em: 7 de jun. 2017c. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6Zlwydl0IhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13_JxlmUN0uvYBmHU-g7ZvWGzMQRIYWdYDPKi_fTISG_1-3e. Acesso em: 16 mar. 2020.

CADE. **Processo Administrativo nº 08012.006130/2006-22.** Relator: Paulo Burnier, pp. 1089. Julgado em: 16 de ago. 2017d. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnZVYmt_sabcvonT5p20TJtqs6HKbDDqeCWoRE1fR59pW. Acesso em: 16 mar. 2020.

CADE. **Processo Administrativo nº 08012.005882/2008-38.** Relator: João Paulo Resende, pp. 13.973. Julgado em: 23 de mai. 2018a. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6Zlwydl0IhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13_JxvuDEilvpCaYNZn-1Al5gwwZWPQWdjkhQlbIXn__Rw7V. Acesso em: 16 mar. 2020.

CADE. **Processo Administrativo nº 08012.001376/2006-16.** Relator: Polyanna Ferreira Silva Vilanova, pp. 409. Julgado em: 08 de ago. 2018b. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6Zlwydl0IhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13_JxqIMSUjV2FohXg2z-PkZyIHb8fchmUp2TnsXx94IikcH. Acesso em: 16 mar. 2020.

CADE. **Termo de Compromisso de Cessação nº 08700.004372/2018-67.** Relator: João Paulo Resende, pp. 53. Julgado em: 07 de nov. 2018c. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dXrFpBcRIBNIE9ck0tHaEPOErVmJefH-54QlOobBoNyG2ucnjc. Acesso em: 17 mar. 2020.

CADE. **Termo de Compromisso de Cessação n  08700.002526/2018-86.** Relator: João Paulo Resende, pp. 77. Julgado em: 07 de nov. 2018d. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcQFzLVICNTiQSquBJqjIHidvd_2ZTt4G-xEYwlg7AK82. Acesso em: 17 mar. 2020.

CADE. **Processo Administrativo n  08700.002632/2015-17.** Relator: Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, pp. 3.587. Julgado em: 05 de dez. 2018e. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnWZMTBEv6fwfFYyheAMj9FtvOwcyff_GRIws_Eo3lZH9. Acesso em: 20 mar. 2020.

CADE. **Processo Administrativo n  08012.001377/2006-52.** Relator: João Paulo Resende, pp. 1802. Julgado em: 13 de fev. 2019a. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6Zlwydl0IhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13_Jxi-Hg5I-1V6wIwentTCxsnSQdbuChzod5GZrrr28EPRE. Acesso em: 17 mar. 2020.

CADE. **Processo Administrativo n  08700.001729/2017-74.** Relator: Polyanna Ferreira da Silva Vilanova, pp. 3.787. Julgado em: 13 de fev. 2019b. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcZdD3RbOvLY8YHYQRu6kEyl6yrmMN2t9f6TDnhUkPVe6. Acesso em: 20 mar. 2020.

CADE. **Processo Administrativo n  08700.004617/2013-41.** Relator: João Paulo Resende, pp. 5937. Julgado em: 08 de jul. 2019c. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6Zlwydl0IhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13_Jxv_TD0gMz5Bnf9DkLxr-asuqhGSyxpB7jiO8aqnx0vHf. Acesso em: 17 mar. 2020.

CADE. **Processo Administrativo n  08012.004280/2012-40.** Relator: Maurício Oscar Bandeira Maia, pp. 777. Julgado em: 30 de out. 2019d. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6Zlwydl0IhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13_Jxv2l7pAX6NjhW4HnIP3mur3U9pprYZVjayQgxVPoLAjE. Acesso em: 17 mar. 2020.

Históricos de Conduta da Lava Jato no CADE (na ordem da publica o)

CADE. Superintendência-Geral. Histórico da Conduta. Leniência firmada pela Setal Engenharia e Construções. **Autos nº 08700.002086/2015-14**. pp. 71. Publicada em 20 de mar. 2015i. Disponível em: http://antigo.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordo-de-leniencia-no-ambito-da-201coperacao-lava-jato201d/hc-versao_publica.pdf. Acesso em: 14 abr. 2022.

CADE. Superintendência-Geral. Histórico da Conduta. Leniência firmada pela Construção e Comércio Camargo Corrêa S.A. **Autos nº 08700.007351/2015-51**. pp. 113. Publicada em 31 de jul. 2015j. Disponível em: http://antigo.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordo-de-leniencia-em-investigacao-de-cartel-em-licitacao-da-usina-angra-3/historico_da_conduta_publico.pdf. Acesso em: 14 abr. 2022.

CADE. Superintendência-Geral. Histórico da Conduta. Leniência firmada pela Construção e Comércio Camargo Corrêa S.A. **Autos nº 08700.001836/2016-11**. pp. 199. Publicada em 30 de jun. 2016i. Disponível em: <http://antigo.cade.gov.br/noticias/cade-mpf-go-e-policia-federal-realizam-operacao-para-investigar-suposto-cartel-em-licitacoes-de-ferrovias/historico-da-conduta-versao-publica.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2022.

CADE. Superintendência-Geral. Histórico da Conduta. Leniência firmada pela Andrade Gutierrez Engenharia S.A. **Autos nº 08700.006377/2016-62**. pp. 83. Publicada em 16 de nov. 2016j. Disponível em: <http://antigo.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordo-de-leniencia-em-investigacao-de-cartel-na-licitacao-da-usina-de-belo-monte/historico-da-conduta-bm.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2022.

CADE. Superintendência-Geral. Histórico da Conduta. Leniência firmada pela Andrade Gutierrez Engenharia S.A. **Autos nº 08700.007776/2016-41**. pp. 98. Publicada em 30 de nov. 2016k. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPHE2IDcIt93semVvOsWtNTtsqhLup3d2EMf8pRzS0iBMH1Jxr7YQMUCzjv6SvG72n1ea1a4hG6-Bn7tPIvRLQ5. Acesso em: 14 abr. 2022.

CADE. Superintendência-Geral. Histórico da Conduta. Leniência firmada pela Carioca Christiani-Nielsen Engenharia S.A. **Autos nº 08700.007777/2016-95**. pp. 49. Publicada em 02 de dez. 2016l. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOkeeMcyjZwguzsVewWJrm4SgbFAY98mpUpL2HIKkfPYkpSx4bq-2V0H7FzcthAsIPbCo5dWeiNrXrkH8GIRVQx7. Acesso em: 14 abr. 2022.

CADE. Superintendência-Geral. Histórico da Conduta. Leniência firmada pela Andrade Gutierrez Engenharia S.A. **Autos nº 08700.006630/2016-88**. pp. 151. Publicada em 05 de dez. 2016m. Disponível em: <http://antigo.cade.gov.br/noticias/cade-investiga-cartel-em-licitacoes-de-estadios-da-copa-do-mundo-de-2014/historico-da-conduta-versao-publica.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2022.

CADE. Superintendência-Geral. Histórico da Conduta. Leniência firmada pela Andrade Gutierrez Engenharia S.A. **Autos nº 08700.007277/2013-00**. pp. 63. Publicada em 29 de jun. 2017e. Disponível:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yMpAeDHu6PStSPTXnM_5TzK3PmRdjPaKra1Qr5ZHfualIAX0jY1_Xu-I1g_fnmqG5krzBSIDxZuI3dSxxIFROg4. Acesso em: 14 abr. 2022.

CADE. Superintendência-Geral. Histórico da Conduta. Leniência firmada pela Construtora OAS S.A. **Autos nº 08700.003226/2017-33**. pp. 152. Publicada em 5 de jul. 2017f.

Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPtuaEzAaB4Y2M-b5UYQ5S_p8S_n6_MdOukU-T8vDvSeqFe52O0pO_FS0Eg5Z8RZnV_2sX5geR3PHcXdL5JGWcw. Acesso em: 14 abr. 2022.

CADE. Superintendência-Geral. Histórico da Conduta. Leniência firmada pela Carioca Christiani-Nielsen Engenharia S.A. **Autos nº 08700.003344/2017-41**. pp. 60. Publicada em 10 de out. 2017g. Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPaUPgzTl2sksT2gZ8xhGEusyViLCpRx5Yrs-1F57xiv4wZq89YzGK7fkHUea13cDh_GGy4RPmlrQDb5Y6rh40d. Acesso em: 14 abr. 2022.

CADE. Superintendência-Geral. Histórico da Conduta. Leniência firmada pela Construção e Comércio Camargo Corrêa S.A. **Autos nº 08700.003241/2017-81**. pp. 331. Publicada em 18 de dez. 2017h. Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yMoltZo5z4vp3n4q_mjpiTYeSAI2Mr607bQvrbIhNvy5euagIVL41bjSBA8XiQh-sIYoJi3PkkOnxyg0hpANCH. Acesso em: 14 abr. 2022.

CADE. Superintendência-Geral. Histórico da Conduta. Leniência firmada pela Construtora Norberto Odebrecht. **Autos nº 08700.004468/2017-44**. pp. 114. Publicada em 19 de dez. 2017i. Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yNj7BTP3D10aveIXMtNa0b2hkWIW7qJIU16aaSooIGvtqmZ8mHn8WVgKvnItvYJk-vXqHv9grWpgj8q6bWrwtd. Acesso em: 14 abr. 2022.

CADE. Superintendência-Geral. Histórico da Conduta. Leniência firmada pela Construtora Norberto Odebrecht. **Autos nº 08700.003240/2017-37**. pp. 114. Publicada em 19 de dez. 2017j. Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2

uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yP-SAU7kz8jum-
hA_sjBYFahkUMxBtVaHRKH34qWCVW4Hjs-
Yd8XhO_FRGgo0tqAK2ykr6UEfjXYXUYLWK8Py_A. Acesso em: 14 abr. 2022.

CADE. Superintendência-Geral. Histórico da Conduta. Leniência firmada pela Odebrecht Engenharia e Construção Internacional. **Autos nº 08700.003243/2017-71**. pp. 139. Publicada em 16 de dez. 2018. Disponível em:
https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yM5qvM57ghhjczwOCkHjzpkEuxzt1B1mYI8nyZMaAfBd2zltUkSH62u0LMERZF4nZOng1pXue8LXA1ZxoSb8TKD. Acesso em: 14 abr. 2022.

CADE. Superintendência-Geral. Histórico da Conduta. **Autos nº 08700.008352/2016-01**. pp. 81. Publicada em 15 de abr. 2020. Disponível:
https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yPbfEnZ87tlZyyoCOxSvPPIIe0rXV1529UWIOm50b4ZGAYN1-cTBCo43Q6sWWBpZKeJmrWV-tIIHQx-_PY76v0R. Acesso em: 14 abr. 2022.

APÊNDICE A – CASOS LAVA JATO NO CADE

Tabelas elaboradas pelo autor que identificam o signatário da leniência, o órgão ou a entidade licitante, as licitações, a duração aproximada da prática de cartel, o valor dos contratos envolvidos, os agentes públicos mencionados (identificados apenas por suas iniciais), bem como trechos retirados dos históricos de condutas estudados, os quais indicam, no contexto dos cartéis, a participação de agente(s) público(s) na prática de ilícitos. A numeração dos casos segue a ordem cronológica em que as leniências foram publicadas. Alguns trechos em que constam “[...]” representam partes não disponibilizadas na versão pública do respectivo histórico da conduta⁶⁶⁸.

1	
SIGNATÁRIO DA LENIÊNCIA	SETAL
COMPRADORA	PETROBRAS
LICITAÇÕES	DIVERSOS CERTAMES NO SETOR ONSHORE
DURAÇÃO APROXIMADA DA CONDUTA	DO INÍCIO DOS ANOS 90 ATÉ 2012
VALOR APROXIMADO CONTRATOS	Não identificado
AGENTES PÚBLICOS MENCIONADOS	DIRETOR DA ÁREA DE ENGENHARIA E SERVIÇOS DA PETROBRAS, R. D., E O DIRETOR DE ABASTECIMENTO, P. R. C..
AUTOS	08700.002086/2015-14
Relato da participação de agentes públicos.	<p>A atuação dos diretores da Petrobras teria sido imprescindível para a manutenção e a estabilidade do cartel, conforme se depreende dos seguintes trechos:</p> <p>“A conduta anticompetitiva ganhou estabilidade a partir de 2003/04, diante da entrada de dois diretores na Petrobras - o Diretor da Área de Engenharia e Serviços da Petrobras, Sr. R. D., e o Diretor de Abastecimento, P. R. C. - que viabilizavam o convite para as licitações apenas das empresas indicadas em lista entregue pelo coordenador do Clube” (CADE, 2015i, p. 2).</p> <p>“Esporadicamente, outras empresas participavam dos ajustes anticompetitivos entre os concorrentes - especialmente quando a lista de empresas que deveriam participar do certame entregue pelo grupo aos dois Diretores da Petrobras (o Diretor da Área de Engenharia e Serviços da Petrobras, Sr. R. D., e o Diretor de Abastecimento, P. R. C.) não era seguida à risca -, sendo que em algumas hipóteses consórcios foram formados entre empresas participantes do ‘Clube das 16’ com outras empresas que haviam sido convidadas fora da lista para a licitação pela Petrobras, de modo a acomodar os interesses das empresas pertencentes ao cartel” (CADE, 2015i, p. 07).</p> <p>“Ocorre que, conforme se verá ao longo da descrição deste Histórico da Conduta, essa prerrogativa da Diretoria Finalística e da Diretoria de Serviços de escolher as empresas que eram convidadas para o certame foi utilizada como importante ferramenta para a viabilidade do cartel. Tanto foi assim que os Signatários esclarecem que, para a implementação da conduta, era importante que os dois diretores à época — o Diretor da</p>

⁶⁶⁸ Os históricos de conduta referentes aos acordos nº 10 e 16, firmados, respectivamente, pela OAS e pela Odebrecht, não foram analisados, pois não foram disponibilizados quando da publicação da assinatura das referidas leniências.

	<p>Área de Engenharia e Serviços da Petrobras, R. D., e o Diretor de Abastecimento da Petrobras, P. R. C. - recebessem previamente do ‘Grupo’ de empresas a lista daquelas deveriam ser convidadas para participar dos certames. Apenas as convidadas poderiam participar dos certames, sendo que as empresas convidadas já haviam combinado previamente quais delas seriam vencedoras e quais apresentariam propostas de cobertura” (CADE, 2015i, p. 21).</p> <p>“Por fim, diante da saída dos dois Diretores da Petrobras que recebiam as listas de empresas a serem convidadas para o certame (o Diretor da Área de Engenharia e Serviços da Petrobras, Sr. R. D., e o Diretor de Abastecimento, P. R. C.), o ‘Clube das 16’ perdeu eficácia pois perdeu uma importante ferramenta para a viabilidade do cartel” (CADE, 2015i, p. 54).</p>
--	---

2	
SIGNATÁRIO DA LENIÊNCIA	CAMARGO CORREA
COMPRADORA	ELETRONUCLEAR
LICITAÇÕES	ANGRA 03, UMA CONCORRÊNCIA DIVIDIDA EM DOIS PACOTES
DURAÇÃO APROXIMADA DA CONDUTA	2013 e 2014
VALOR APROXIMADO CONTRATOS	3 BILHÕES DE REAIS
AGENTES PÚBLICOS MENCIONADOS	SUPERINTENDENTE DA ELETRONUCLEAR, L. M. DE A. M., TAMBÉM CHAMADO DE “DR. VASCO” OU “DR. SALVADOR” E O DIRETOR TÉCNICO DA ELETRONUCLEAR, L. S., TAMBÉM CHAMADO DE “BOTAFOGUENSE”.
AUTOS	08700.007351/2015-51
Relato da participação de agentes públicos.	<p>O superintendente e o diretor da Eletronuclear teriam agido em prol dos interesses das empresas cartelizadas, conforme se percebe nos seguintes trechos:</p> <p>“Os Signatários não foram capazes de identificar as razões de cada um dos adiamentos dos prazos fixados no decorrer da licitação. Identificou-se, no entanto, que a alteração do prazo para esclarecimentos para o dia 12.11.2013 foi resultado da atuação concertada dos licitantes, que em reunião com presença de representantes da Eletronuclear conseguiram o adiamento em questão. Assim, em razão da proximidade de integrantes do cartel, especificamente A. C. D. M. (Diretor Superintendente da UTC) e H. P. M. N. (Diretor de Contrato da Odebrecht), com funcionários da Eletronuclear com poder decisório, a saber L. S. (Diretor Técnico da Eletronuclear) e L. M. de A. M. (Superintendente da Eletronuclear), é possível que alguns dos adiamentos tenham sido decorrência da atuação do cartel ou, ainda, da atuação isolada de um dos consórcios” (CADE, 2015j, p. 50).</p> <p>“O ajuste definido entre os consórcios concorrentes - previamente até mesmo à apresentação de propostas - era de <i>‘fusão’</i> entre ambos os consórcios, na figura da junção 1 + 2, que consiste em execução conjunta de ambos os pacotes licitados (Pacote 1 e Pacote 2, por isso falou-se em “junção 1 +29”). Há referência à necessidade de conversa com <i>‘Dr. Salvador’</i>, em referência a L. M. A. M. (Superintendente da Eletronuclear), e a [...] para ratificar esse entendimento” (CADE, 2015j, p. 62).</p> <p>No trecho seguinte, depreende-se que V. L. C. de S. tentava tornar a contratação mais vantajosa para o Governo Federal e encontrou resistência dos agentes públicos alinhados ao cartel:</p> <p>“Na ocasião, V. L. C. de S. (Diretor de Geração da Eletrobras) teria expressado a L. S. (Diretor Técnico da Eletronuclear) o desejo de obter, sobre cada proposta apresentada pelos consórcios vencedores, desconto de 20%. L. S. e L. M. A. M. (Superintendente da Eletronuclear) reportam as informações colhidas a. C. D. M. (Diretor Superintendente da UTC) e H. P. M. N. (Diretor de Contrato da Odebrecht), que as repassam aos demais representantes das empresas integrantes do cartel [...]” (CADE, 2015j, p. 76).</p> <p>Trecho de e-mail trocado entre os membros do cartel:</p> <p>“Caros, O KK hoje está em SP, o Dr. Vasco acabou de me informar (hoje 21/02 - 10:30hs) ter novidades, fiquei de passar lá as 2:30h. Ele entende que a reunião de alinhamento às 16:00hs da 2ª feira pode nos deixar sem tempo para agir se necessário, uma vez que a reunião na ELB será pela manhã na 3a.feira dia 25/02 (horário à definir), e sugere nos reunir as 10:00hs. Assim que retornar lhes informo. Temos que nos programar para reunião na 3a.feira com a ELB, mesmo que o Dr. Vasco ache que será adiada, conforme KK ontem comentou. O restante do pessoal está nivelado com estas mesmas informações. HP” (CADE, 2015j, p. 76-77).</p>

“Assim, nos termos do e-mail enviado por H. P. M. N. (Diretor de Contrato da Odebrecht) (Documento 40): a. O *‘botafoquense’* [L. S. (Diretor Técnico da Eletronuclear)] esteve em jantar em 20.02.20 14 com o *‘eclesiástico’* [V. L. C. de S. (Diretor de Geração da Eletrobras)] em Brasília e, dentre os assuntos tratados, conversou-se sobre os serviços de montagem eletromecânica a serem executados na Usina Angra 3 e, especificamente, sobre o valor a ser incluído no contrato; b. V. L. C. de S. estaria irredutível no espírito de querer desconto, exigindo desconto mínimo de 20%, em referência provável aos 6% de descontos previstos no edital com acréscimo de 14% decorrentes da negociação, num total de 20%; c. L. S. sugeriu ao *‘Dr. Vasco’* [L. M. A. M. (Superintendente da Eletronuclear)] redução de escopo do contrato, isto é, a redução da gama de serviços a ser contratada para poder haver redução de preço sem perda para as consorciadas. A sugestão foi retirar os serviços de apoio ao comissionamento; d. *‘Dr. Vasco’* [L. M. A. M. (Superintendente da Eletronuclear)] não apoiou a ideia de redução de escopo, pois poderia ensejar outras reduções *‘seletivas’* por parte da Eletronuclear; e. O edital já previa variação de 7% para o *‘PU’* (preço unitário) e 5% sobre o valor total do pacote, o que denotaria limites apertados estabelecidos pela *‘ETN’* (Eletronuclear); f. Haveria uma reunião entre L. S., L. M. A. M. e A. C. D. M. (Diretor Superintendente da UTC) na UTC em 24.02.2104 para tratar do tema da concessão de descontos” (CADE, 2015j, p. 80).

3	
SIGNATÁRIO DA LENIÊNCIA	CAMARGO CORREA
COMPRADORA	VALEC
LICITAÇÕES	DIVERSAS LICITAÇÕES PARA A FERROVIA NORTE-SUL E A INTEGRAÇÃO OESTE-LESTE
DURAÇÃO APROXIMADA DA CONDUTA	Pelo menos de 2000 a 2010
VALOR APROXIMADO CONTRATOS	Não identificado
AGENTES PÚBLICOS MENCIONADOS	PRESIDENTES DA VALEC, L. R. C. DE A. e J. F. das N.
AUTOS	08700.001836/2016-11
Relato da participação de agentes públicos.	<p>A alta administração da Valec teria agido para viabilizar o conluio entre as empresas, conforme se depreende dos seguintes trechos:</p> <p>“Conforme apurado pelos Signatários, a conduta foi implementada principalmente por meio de reuniões presenciais e negociações intermediadas pela alta administração da Valec” (CADE, 2016i, p. 6).</p> <p>“(1) Fase preliminar ao cartel - antes de 2000: momento em que nos processos licitatórios da estatal Valec foram introduzidas restrições nas cláusulas dos editais (notadamente Concorrência 02/1987 e seguintes) que reduziram a potencial competitividade dos certames pela redução do número de concorrentes, permitindo que se formassem as bases para a conduta anticompetitiva. Essas restrições teriam favorecido a empresa SPA, conforme os Signatários informam ter sido apurado pelo TCU no Levantamento de Auditoria No. 018.509/2008-9. Essa empresa SPA, portanto, em função de seu trânsito junto à Valec, teria passado a ocupar papel de destaque nos acordos anticompetitivos celebrados nas fases subsequentes da conduta perpetrada” (CADE, 2016i, p. 7).</p> <p>“De acordo com os Signatários, R. F. L. da S. foi, durante a conduta, Diretor da Construtora Andrade Gutierrez S.A., participante do cartel na (III) Fase de consolidação da conduta - entre 2003 a 2007 e (IV) Fase de ampliação do cartel - 2010. Ele era representante do alto escalão, cuja participação na conduta consistiu em realizar contato com concorrentes e com eles participar de reuniões para discutir preços e distribuição dos lotes licitados pela Valec, além de coordenar os contatos entre as empresas integrantes do cartel e a alta administração da Valec” (CADE, 2016i, p. 35).</p> <p>“Os Signatários indicam que a alta administração da Valec, na figura de seu então Presidente L. R. C. de A., tinha conhecimento desses arranjos anticompetitivos e tinha expectativa de que eles de fato ocorressem (por razões alheias ao objeto concorrencial), tendo retardado o início do certame até que o acordo estivesse realmente sedimentado. Assim, o Edital 004/2000 não prosperou e foi substituído pelo Edital 007/2000, a fim de garantir tempo aos concorrentes para chegar a um acordo efetivo” (CADE, 2016i, p. 72).</p> <p>“Nesse cenário, a fim de que fosse discutido como a licitação poderia ocorrer sem que uma empresa desalinhada tivesse reais chances de se sagrar vencedora e o acordo anticompetitivo fosse, enfim, bem-sucedido, a Presidência da Valec mais uma vez cancelou o edital lançado (Edital 007/2000). Consoante ao relato do Signatário [...] quando (i) as empresas Mendes Jr., CCCC, Andrade Gutierrez e SPA entraram em razoável acordo quanto à definição de que empresa seria vencedora e de que as demais seriam contempladas em licitações subsequentes; e (ii) a Valec definiu regras capazes de afastar a interferência de empresas não alinhadas, foi lançado, enfim, o edital definitivo para essa licitação, com o número 004/2001, conforme aviso publicado no Diário Oficial da União em 30.05.2001 (Documento 5), sendo a CCCC escolhida como futura vencedora do certame” (CADE, 2016i, p. 73).</p> <p>“[...] entre 2003 e 2004, as maiores empresas do ramo (Andrade Gutierrez, CCCC,</p>

Queiroz Galvão e Odebrecht), além de SPA - esta última favorecida por iniciativa da Valec -, passaram a trocar informações sobre as licitações esperadas da Valec. A estas se juntaram outras empresas, como Mendes Jr., CR Almeida, Constran, Galvão Eng., Barbosa Mello, Egesa, Serveng, Servix e Carioca, na medida em que os editais eram discutidos e os lotes eram definidos pela Valec. A Valec tinha conhecimento dos acordos entre concorrentes, mas não participava diretamente das reuniões entre concorrentes por ocasião dessas licitações, como relatado pelo Signatário” (CADE, 2016i, p. 79).

“Esse momento é marcado por uma mudança na estratégia para alocação de lotes entre concorrentes. Se antes a proibição de formar consórcios e as exigências para habilitação podem ter constituído barreira para o acesso de concorrentes não alinhados, nesta fase, sem a restrição quanto à formação de consórcios, empresas de menor porte conseguiram habilitar-se, organizadas em consórcios com numerosos integrantes apoiando-se em uma empresa de maior porte com atestação. As grandes construtoras, por outro lado, foram pressionadas por J. F. das N. (Diretor-Presidente da Valec) no sentido de formar consórcios com as de menor porte. Isso porque ao trazer a grande maioria dos potenciais concorrentes para dentro do esquema seria possível controlar mais uma vez o resultado dos certames” (CADE, 2016i, p. 104).

“Que essa fase da conduta foi conhecida e apoiada pela alta administração da Valec à época, assim representada na figura de J. F. das N., vulgo “Juquinha” (ex-Presidente da Valec)” (CADE, 2016i, p. 106).

“[...] foi informado por J. F. das N. (Diretor-Presidente da Valec) que já havia um esquema de distribuição dos lotes acontecendo sob sua chancela e intervenção. Tal estratégia envolvia, além da distribuição dos lotes entre os licitantes, a própria composição das empresas no bojo dos consórcios. Segundo o Signatário, a divisão das obras levou em consideração os dois editais, isto é, os cinco lotes da Concorrência 004/2010 e os sete lotes da Concorrência 005/2010. A interlocução de J. F. das N. (Diretor- Presidente da Valec) com as empreiteiras era feita principalmente por R. F> L. da S. (Diretor da Andrade Gutierrez) [...]” (CADE, 2016i, p. 113-114).

“[...] havia pressão não apenas por parte do Diretor-Presidente da Valec para que o acordo anticompetitivo fosse mantido, mas também das outras empresas” (CADE, 2016i, p. 138).

4	
SIGNATÁRIO DA LENIÊNCIA	ANDRADE GUTIERREZ
COMPRADORA	ANEEL e NORTE ENERGIA S.A.
LICITAÇÕES	USINA HIDROELÉTRICA DE BELO MONTE
DURAÇÃO APROXIMADA DA CONDUTA	2009 a 2011
VALOR APROXIMADO CONTRATOS	30 BILHÕES DE REAIS
AGENTES PÚBLICOS MENCIONADOS	NÃO SÃO ESPECIFICADOS
AUTOS	08700.006377/2016-62
Relato da participação de agentes públicos.	<p>Do relato, não é possível precisar a atuação de agentes públicos no esquema ilícito, mas os seguintes trechos em destaque deixam alguma margem de dúvida:</p> <p>“Segundo os Signatários, a reunião ocorreu em 01 de julho de 2009 no Ministério de Minas e Energia e dela participaram, além de representantes do referido Ministério [...]. Nesta reunião, foi determinada [...] a separação do grupo formado por Andrade Gutierrez, Camargo Correa e Odebrecht, visto que, para dar aparência de competitividade ao certame, as únicas três empresas interessadas no negócio deveriam participar do leilão da UHE Belo Monte em grupos separados” (CADE, 2016j, p. 30).</p> <p>“Assim, apesar de formalmente as três empresas terem aceito a determinação do Governo Federal de se separarem, o que daria aparência de competitividade no Leilão, em termos práticos as então concorrentes continuaram seus contatos a fim de participarem da licitação, fraudando o caráter competitivo do certam” (CADE, 2016j p. 31).</p>

5	
SIGNATÁRIO DA LENIÊNCIA	ANDRADE GUTIERREZ
COMPRADORA	GOVERNO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
LICITAÇÕES	SERVIÇOS DE ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO PARA URBANIZAÇÃO DO COMPLEXO DO ALEMÃO, DO COMPLEXO DE MANGUINHOS E DA COMUNIDADE DA ROCINHA NO RIO DE JANEIRO/RJ (“PAC FAVELAS”)
DURAÇÃO APROXIMADA DA CONDUTA	2007 E 2008
VALOR APROXIMADO CONTRATOS	CERCA DE 1 BILHÃO DE REAIS
AGENTES PÚBLICOS MENCIONADOS	SECRETÁRIO ESTADUAL, W. C. C. DA S. C., E PRESIDENTE DA EMPRESA DE OBRAS PÚBLICAS – EMOP, Í. M. J.
AUTOS	08700.007776/2016-41
Relato da participação de agentes públicos.	<p>Trechos que revelam participação ativa dos agentes públicos nas condutas:</p> <p>“A ‘fase 1: Início dos contatos anticompetitivos (maio de 2007)’ teve início com a realização de reunião entre AQ (Superintendente Comercial da Andrade Gutierrez) e W. C. C. da S. C. (Secretário Estadual do Governo do Estado do Rio de Janeiro), convocada por este último. Esta reunião foi realizada no Palácio da Guanabara, no Rio de Janeiro, tendo ocorrido entre 7 e 10 de maio de 2007. Nesta reunião, os Signatários relatam que W. C. C. da S. C. informou a AQ que seria licitadas obras de urbanização nas favelas do Alemão, Manguinhos e Rocinha, bem como que a Andrade Gutierrez deveria liderar o lote referente à favela de Maguinhos. Na referida reunião, W. C. C. da S. C. solicitou a AQ que, de modo subsequente, procurasse agendar reunião com Í. M. J. (Presidente da EMOP), na sede da Empresa de Obras Públicas – EMOP. Este representante da EMOP informaria à Andrade Gutierrez (i) quais seriam as empresas que dividiriam entre si o mercado de obras do Alemão, Manguinhos e Rocinha, (ii) como tais empresas deveriam proceder para implementar a divisão de mercado, e (iii) como tais empresas auxiliariam o Governo do Estado do Rio de Janeiro a elaborar o Projeto Básico da licitação e obter recursos do PAC para custear a referida licitação” (CADE, 2016k, p. 3-4).</p> <p>“Os signatários relatam que, provavelmente na semana entre 07 e 10 de maio de 2007, ou seja, meses antes do lançamento do Edital de licitação da Concorrência Nacional nº 002/2007, W. C. C. da S. C. (Secretário Estadual do Governo do Estado do Rio de Janeiro) entrou em contato telefônico com AQ (Superintendente Comercial da Andrade Gutierrez), solicitando sua presença para uma reunião no Palácio da Guanabara. Na referida reunião, W. C. C. da S. C. informou a AQ que três lotes relacionados às obras de urbanização das comunidades no Rio de Janeiro seriam futuramente licitados e que caberia (i) à Queiroz Galvão liderar o consórcio que executaria a obra no Complexo de Manguinhos; e (iii) à Odebrecht liderar o consórcio que executaria a obra no Complexo do Alemão. Segundo os signatários, a escolha dessas empresas pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro se deu em razão dos valores das contribuições por ela realizadas para a campanha do Governador do Estado do Rio de Janeiro, o qual havia sido eleito em 2006 e iniciado o seu governo naquele ano de 2007, no qual teve início a atuação do conluio” (CADE, 2016k, p. 27-28).</p> <p>“Segundo os signatários, na primeira reunião com o presidente da EMOP, que ocorreu possivelmente em 11 de maio de 2007, com os cinco representantes das empresas Andrade Gutierrez, Cariosa, OAS, Odebrecht e Queiroz Galvão, Í. M. J. (Presidente da EMOP) informou os funcionários supracitados quais empresas deveriam participar dos lotes relacionados à futura licitação do PAC – Favelas, vem como de qual forma as empresas deveriam atuar a fim de auxiliar a EMOP na elaboração do projeto básico, das planilhas orçamentárias e do próprio edital da licitação” (CADE, 2016k, p. 29).</p> <p>“Os signatários completam que, diante do requerimento da Construcap – que tinha embasamento técnico, pois o Consórcio Manguinhos não havia observado o requisito do</p>

	<p>Edital -, o licitante acabou por aceitar uma simples alegação de erro material do Consórcio Manguinhos no preenchimento dos documentos de habilitação, aceitando a errada apresentada pelo Consórcio Manguinhos e rejeitando o pedido da Construcap, o que, segundo os Signatários, evidencia o acordo de divisão de mercado entre os participantes e o prévio favorecimento por parte do Governo do Estado do Rio de Janeiro” (CADE, 2016k, p. 86-87).</p>
--	--

6	
SIGNATÁRIO DA LENIÊNCIA	CARIOCA ENGENHARIA
COMPRADORA	PETROBRAS
LICITAÇÕES	EDIFICAÇÕES DE GRANDE PORTE COM CARACTERÍSTICAS ESPECIAIS
DURAÇÃO APROXIMADA DA CONDUTA	2006 a 2008
VALOR APROXIMADO CONTRATOS	CERCA DE 1,8 BILHÕES DE REAIS
AGENTES PÚBLICOS MENCIONADOS	NÃO SÃO ESPECIFICADOS
AUTOS	08700.007777/2016-95
Relato da participação de agentes públicos.	<p>Trechos do documento que indicam a possível participação de agentes públicos nas práticas ilícitas:</p> <p>“Conforme o relato dos Signatários, A. P. C. de S. (Diretor da Andrade Gutierrez) teria tido acesso à lista de empresas que seriam convidadas para participar dessas três licitações, por meio que não é do conhecimento dos Signatários. Os signatários suspeitavam, à época, que os concorrentes OAS e Odebrecht também tivessem tido acesso prévio a essa lista de convidadas” (CADE, 2016l, p. 28).</p>

7	
SIGNATÁRIO DA LENIÊNCIA	ANDRADE GUTIERREZ
COMPRADORA	ENTES E ÓRGÃOS ESTADUAIS QUE IRIAM PROMOVER AS CONSTRUÇÕES DOS RESPECTIVOS ESTÁDIOS
LICITAÇÕES	CONSTRUÇÃO DE ESTÁDIOS PARA A COPA DO MUNDO 2014, NOTADAMENTE ARENA PERNAMBUCO (PE), ESTÁDIO DO MARACANÃ (RJ), ESTÁDIO DO MINEIRÃO (MG) E OUTROS DOIS NÃO PUBLICADOS
DURAÇÃO APROXIMADA DA CONDUTA	2007 A 2011
VALOR APROXIMADO CONTRATOS	1,7 BILHÕES DE REAIS
AGENTES PÚBLICOS MENCIONADOS	NÃO SÃO ESPECIFICADOS
AUTOS	08700.006630/2016-88
Relato da participação de agentes públicos.	Não foram identificados trechos que pudessem indicar a participação de agentes públicos nas condutas ilícitas, entretanto é importante registrar que diversas partes do histórico da conduta foram mantidas sigilosas (CADE, 2016m).

8	
SIGNATÁRIO DA LENIÊNCIA	ANDRADE GUTIERREZ
COMPRADORA	ESTADO DO RIO DE JANEIRO
LICITAÇÕES	COMPLEXO LAGUNAR E MITIGAÇÃO DE CHEIAS NO NORTE E NOROESTE FLUMINENSE
DURAÇÃO APROXIMADA DA CONDUTA	2012 A 2014
VALOR APROXIMADO CONTRATOS	CERCA DE 1,3 BILHÕES DE REAIS
AGENTES PÚBLICOS MENCIONADOS	SECRETÁRIO DO GOVERNO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, W. C., E SUBSECRETÁRIO DE ESTADO DE PROJETOS E INTERVENÇÕES ESPECIAIS, A. DA H..
AUTOS	08700.007277/2013-00
Relato da participação de agentes públicos.	<p>Principais trechos que indicam a participação de agentes públicos em ilícitos:</p> <p>“Com relação ao Complexo Lagunar, após a divisão do mercado ajustada entre as empresas Andrade Gutierrez, Carioca, OAS, Odebrecht, Queiroz Galvão e W. C. (Secretário do Governo do Estado do Rio de Janeiro), no sentido de que Andrade Gutierrez, OAS e Queiroz Galvão venceriam essa licitação, os participantes teriam se organizado por meio de reuniões presenciais (que contaram com a participação de agentes públicos da Secretaria de Estado do Ambiente do Estado do Rio de Janeiro - SEA/RJ), ligações telefônicas e troca de e-mails para direcionar o edital da referida concorrência, facilitando a atuação do acordo anticompetitivo. Quanto ao acordo anticompetitivo referente à concorrência de Mitigação de Cheias, em período próximo aos estudos e preparativos para lançamento do edital do Complexo Lagunar, os Signatários relatam que após a divisão do mercado ajustada entre as empresas Andrade Gutierrez, Carioca, OAS, Odebrecht, Queiroz Galvão e W. C. (Secretário do Governo do Estado do Rio de Janeiro), no sentido de que Odebrecht venceria sozinha essa licitação, ocorreram os estudos e preparativos para lançamento da licitação referente às obras de contenção de enchentes no Norte-Noroeste Fluminense” (CADE, 2017e, p. 04).</p> <p>“Nas licitações do Complexo Lagunar e da Mitigação de Cheias, realizou contatos com [...], A. da H. de E. (Subsecretário de Projetos e Intervenções Especiais), G. S. (Diretor Comercial da Queiroz Galvão), R. A. S. (Diretor Regional da OAS) e W. C. (Secretário do Governo do Estado do Rio de Janeiro), com o propósito de dividir as referidas obras entre as empresas do grupo, por meio de contatos telefônicos e participação presencial em diversas reuniões” (CADE, 2017e, p. 10).</p> <p>“Foi possivelmente naquela reunião que W. C. (Secretário do Governo do Estado do Rio de Janeiro) informou a [...] que seriam lançados os editais para a execução de obras do Complexo Lagunar e da Mitigação de Cheias e que o Governo do Estado do Rio de Janeiro havia decidido que a primeira obra seria executada, em conjunto, pelas empresas Andrade Gutierrez, OAS e Queiroz Galvão, ao passo que a segunda ficaria a cargo da Odebrecht e da Carioca. [...] foi orientado a procurar A. da H. (Subsecretário de Estado de Projetos e intervenções Especiais) para tratar das questões técnicas da obra. De acordo com os Signatários, este ajuste de mercado contou com a participação de agentes públicos e políticos por questões alheias ao escopo concorrencial (de acordo com os signatários, a questão envolve financiamento prévio de campanha) (CADE, 2017e, p. 23-24).</p> <p>“Conforme o relato dos Signatários, seguiu-se então a realização de reunião entre representantes da Andrade Gutierrez e da SEA/RJ para tratar da implementação da divisão de mercado. Foi realizada então reunião em 25 de outubro de 2012, com a presença de [...] e A. da H. (Subsecretário de Estado de Projetos e Intervenções Especiais) (CADE, 2017e, p. 28).</p> <p>“Após a realização de tais reuniões entre Andrade Gutierrez, GAS e Queiroz Galvão, para análise e estudos do projeto básico da obra para que pudessem inserir serviços de</p>

	<p>engenharia mais restritivos no edital para as obras do Complexo Lagunar, os Signatários informaram que Andrade Gutierrez, OAS e Queiroz Galvão sugeriram, tendo o Governo do Estado do Rio de Janeiro, na pessoa de A. da H. (Subsecretario de Estado de Projetos e Intervenções Especiais) acatado, que o edital contemplasse as seguintes exigências [...]” (CADE, 2017e, p. 46).</p> <p>“Do mesmo modo, mesmo sem preencher os requisitos técnicos do edital de Mitigação de Cheias, a Andrade Gutierrez também não foi desclassificada pela Comissão de Licitação, haja vista o envolvimento do Governo do Estado do Rio de Janeiro na divisão de mercado” (CADE, 2017e, p. 58).</p>
--	---

9	
SIGNATÁRIO DA LENIÊNCIA	OAS
COMPRADORA	GOVERNO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
LICITAÇÕES	CONSTRUÇÃO, MANUTENÇÃO E REPAROS DE RODOVIAS DO ARCO METROPOLITANO RODOVIÁRIO DO RIO DE JANEIRO (“ARCO DO RIO”).
DURAÇÃO APROXIMADA DA CONDUTA	2007 e 2008
VALOR APROXIMADO CONTRATOS	CERCA DE 800 MILHÕES DE REAIS
AGENTES PÚBLICOS MENCIONADOS	SECRETÁRIO DO GOVERNO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, W. C., E O SUBSECRETÁRIO ESTADUAL, H. B..
AUTOS	08700.003226/2017-33
Relato da participação de agentes públicos.	<p>Principais trechos que indicam a participação de agentes públicos no esquema criminoso:</p> <p>“Os Signatários informam que os contatos anticompetitivos com as demais empresas participantes, para além do G8, foram realizados tanto diretamente pelo G8 quanto pelo Secretário de Governo do Estado Rio de Janeiro, W. C.. As empresas integrantes do G8 (Andrade Gutierrez, Carioca, Camargo Corrêa, Deita, Odebrecht, OAS, Oriente e Queiroz Galvão) tiveram contatos anticompetitivos diretos com algumas empresas habilitadas na licitação, quais sejam: (i) Constran; (ii) Construcap; (iii) Egesa; (iv) Fidens; (v) Mendes Júnior; (vi) SÃ Paulista (vii) Sobrenco; (viii) Serveng; e (ix) Via, a fim de trazê-las para o cartel. Além disso, os Signatários relatam que outras empresas foram contatadas pelo próprio Secretário Estadual do Governo do Estado do Rio de Janeiro, W. C. e/ou H. B., para desistirem da licitação, com a promessa de que seriam beneficiadas futuramente” (CADE, 2017f, p. 9).</p> <p>“R. G. G. V. participou da conduta nas Etapas 02 e 03 do cartel por meio de reuniões entre as empresas integrantes do cartel e com H. B. (Subsecretário Estadual do Governo do Estado do Rio de Janeiro)” (CADE, 2017f, p. 32).</p> <p>“De acordo com os Signatários, um dos assuntos discutidos na Quarta Reunião diz respeito às cláusulas sugeridas pelo G8 no sentido de inabilitar empresas não alinhadas com o cartel. Nessa reunião, buscou-se consolidar e aprovar a minuta do Edital de pré-qualificação que havia sido previamente entregue a H. B. (Subsecretário Estadual do Governo do Estado do Rio de Janeiro do Estado do Rio de Janeiro), possivelmente pelas empresas projetistas (Consórcio Concremat/Tecnosolo)” (CADE, 2017b, p. 79-80).</p> <p>“De acordo com os Signatários, além disso, as empresas chegaram a minutar (Documento 16) para H. B. (agente público e então Presidente da Comissão de Licitação) resposta para os recursos interpostos contra a decisão de habilitação dos licitantes, ocorrida em 30 de janeiro de 2008” (CADE, 2017f, p. 101).</p> <p>“Segundo os Signatários, os membros do Governo – W. C. (Secretário de Governo) e H. B. (Subsecretário Executivo de Infraestrutura do Governo do Estado Rio de Janeiro) - também se comprometeram a, excepcionalmente, entrar em contato com algumas empresas que não estavam alinhadas com o acordo, visto que esses agentes teriam relatado possuir proximidade com essas empresas, por motivos desconhecidos pelos Signatários. Como referido acima, W. C. e H. B. entraram em contato com as empresas CR Almeida e Barbosa Mello, que formavam um Consórcio, para que essa abrisse mão das liminares. Em contrapartida, foi relatado que essas empresas abririam mão dos seus recursos, desde que fossem beneficiadas em outra licitação. Nota-se que esse Consórcio abriu mão das suas liminares, de modo que o acordo feito com o Governo foi exitoso para a consolidação do cartel” (CADE, 2017f, p. 125).</p>

11⁶⁶⁹	
SIGNATÁRIO DA LENIÊNCIA	CARIOCA ENGENHARIA
COMPRADORA	MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
LICITAÇÕES	CONSTRUÇÃO DE GRANDES PROJETOS VIÁRIOS DE BRT
DURAÇÃO APROXIMADA DA CONDUTA	2009 a 2014
VALOR APROXIMADO CONTRATOS	CERCA DE 3,3 BILHÕES DE REAIS
AGENTES PÚBLICOS ENVOLVIDOS	CHEFE DA CASA CIVIL, P. P. C. T., E O SECRETÁRIO MUNICIPAL DE OBRAS, A. P..
AUTOS	08700.003344/2017-41
Relato da participação de agentes públicos.	<p>Principais trechos que indicam a participação de agentes públicos em ilícitos:</p> <p>“Os Signatários entendem que grandes projetos de contratação de serviços de engenharia e construção civil por parte da municipalidade do Rio de Janeiro teriam sido alvo de arranjo anticompetitivo mais amplo, mediado por agentes políticos ligados a Prefeitura RJ, do qual participaram, pelo menos, Andrade Gutierrez, Camargo Correa, Carioca, Contem, Delta, OAS, Odebrecht e Queiroz Galvão. Apesar de entenderem que houve uma colusão mais ampla, os Signatários trazem informações apenas das licitações dos três corredores de BRT supramencionados e relatam não terem informações adicionais sobre outras licitações afetadas por acordos entre concorrentes além das indicadas neste Histórico da Condução” (CADE, 2017g, p. 5).</p> <p>“Segundo o relato da Signatária, a Odebrecht aquiesceu com a alocação dos Lotes 1 e 2 da Transcarioca entre os concorrentes realizada pelos agentes públicos vinculados à Prefeitura RJ, pois já havia sido contemplada, individualmente, com a licitação referente à obra do Corredor Transoeste, de valor isolado superior às demais licitações objeto deste Histórico” (CADE, 2017g, p. 10).</p> <p>“O Signatário RMM (Diretor Comercial da-Carioca) relata que, durante a reunião na Prefeitura, o Sr. P. P. (a época Chefe da Casa Civil da Prefeitura RJ), na presença dos concorrentes Andrade Gutierrez, Carioca, Delta, Odebrecht e Oriente, informou que a Delta, em consórcio com a Andrade Gutierrez, deveria participar da licitação do Lote 1 do Corredor Transcarioca para vencer o certame. Assim, nem a Carioca, nem a Oriente e nem a Odebrecht deveriam ser contempladas na licitação do Lote 1 para a implantação do Corredor Transcarioca. A OAS e a Queiroz Galvão, apesar de não se fazerem presentes nessa reunião, também faziam parte dos ajustes entre os concorrentes e a Prefeitura RJ, segundo os Signatários, que acreditam que o resultado da reunião foi transmitido a representantes da OAS pela Odebrecht. A OAS participou de consórcio com Odebrecht e Carioca que, para simular o caráter competitivo da referida licitação, ofereceu proposta de cobertura. Igualmente, os Signatários indicam que a Queiroz Galvão também pode ter oferecido, de forma isolada, proposta de cobertura neste certame” (CADE, 2017g, p. 31).</p> <p>“Nesse contexto, e em função da insatisfação dos Signatários com os ajustes realizados na reunião na Prefeitura RJ-para que o Lote 1 do Corredor Transcarioca fosse vencido pela Andrade Gutierrez e pela Delta em consórcio, o Signatário RPJ (Acionista da Carioca) se reuniu por pelo menos duas vezes, em 4 de fevereiro de 2010 (Documento 17) e em 20 de abril de 2010 (documento 18), com P. P. (à época. Chefe da Casa Civil) para tratar do tema, reuniões estas realizadas na sede da Prefeitura RJ e no escritório de representação do Sr. E. P., à época Prefeito da cidade do Rio de Janeiro. Segundo o Signatário RPJ (Acionista da Carioca), após estas reuniões, o Sr. P. P. (à época. Chefe</p>

⁶⁶⁹ Como já dito, os históricos de conduta referentes aos acordos nº 10 e 16, firmados, respectivamente, pela OAS e pela Odebrecht, não foram analisados, pois não foram disponibilizados quando da publicação da assinatura das referidas leniências.

	<p>da Casa Civil da Prefeitura RJ) sinalizou que daria preferência à Carioca e à OAS na futura licitação referente ao Lote 2 do Corredor Transcarioca” (CADE, 2017g, p. 33).</p> <p>“Para que fosse vencedora da licitação do Lote 2, a Carioca se consorciou então com a OAS, conforme determinado pelo Sr. P. P. (à época, Chefe da Casa Civil). Assim, o Signatário RPJ (Acionista da Carioca) orientou, após os contatos com o Sr. P. P. (à época, Chefe da Casa Civil), possivelmente entre abril e maio de 2010, o Signatário RJTG (‘Moscou’, Diretor da Carioca) a procurar R. A. S. (Diretor da OAS), para que discutissem os detalhes da formação do consórcio e dessem início aos estudos da obra. Assim, em 20 de setembro de 2010, antes da publicação do edital referente ao Lote 2 do Corredor Transcarioca, o Signatário RJTG (Diretor da Carioca) reuniu-se na sede da OAS na cidade do Rio de Janeiro com R. A. S. para discutir a formação do consórcio e dar início aos estudos da obra (Documento 19), que sabidamente já seria por eles vencida” (CADE, 2017g, p. 37-38).</p> <p>“Ao receber o novo edital da concorrência em 14 de janeiro de 2014 (Documento 39), os Signatários se surpreenderam com o fato de que este edital apresentava uma obra distinta daquela licitação inicialmente lançada pela Prefeitura RJ, com exigências ‘excessivamente restritivas’ e licitada em um único lote, o que os Signatários entenderam indicar a existência de direcionamento subsequente do respectivo edital. Esse direcionamento teria sido coordenado por agente político, possivelmente A. P. (Secretário Municipal de Obras), o que acabou por impedir o acesso de empresas de médio e pequeno porte” (CADE, 2017g, p. 47).</p>
--	---

12	
SIGNATÁRIO DA LENIÊNCIA	Camargo Correa
COMPRADORA	Diversos órgãos ou empresas públicas dos Estados e Municípios afetados
LICITAÇÕES	Projeto de infraestrutura de transporte de passageiros sobre trilhos (metro e monotrilho) em licitações realizadas, ao menos, na Bahia, Ceará, Distrito Federal, Minas Gerais, Paraná, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e São Paulo em aproximadamente 21 certames licitatórios.
DURAÇÃO APROXIMADA DA CONDUTA	1998 - 2014
VALOR APROXIMADO CONTRATOS	NÃO IDENTIFICADO
AGENTES PÚBLICOS MENCIONADOS	NÃO SÃO ESPECIFICADOS
AUTOS	08700.003241/2017-81
Relato da participação de agentes públicos.	<p>Duas observações: trata-se de leniência referente a práticas ilícitas que duraram muito tempo e afetaram várias licitações em diferentes localidades, motivo pelo qual, em alguns pontos, o relato é genérico. Além disso, deve-se registrar que há várias partes do documento tarjadas, portanto de acesso restrito. Ainda assim se depreende do seguinte trecho a participação dos agentes públicos nos ilícitos:</p> <p>Ao tratar de documento encontrado em posse de um executivo da Odebrecht, Benedicto Barbosa da Silva Júnior, em um processo de busca e apreensão da Lava Jato na 23ª fase, o qual estabelecia as regras do cartel e foi firmado entre as cinco maiores empresas do esquema (G5 – Odebrecht, Queiroz Galvão, Andrade Gutierrez, OAS e Camargo Correa), intitulado “Tatu Tenis Clube”, o qual simulava as regras de um evento esportivo, comentam os SIGNATÁRIO DA LENIÊNCIAS a seguinte regra:</p> <p>“7. Cada jogador poderá indicar qual o jogo tem preferência de atuar, levando-se em conta sempre onde tem mais condições de ajuda na vitória do TTC, devendo prevalecer a indicação do(s) patrocinador(es)” [...] “O item 7 ‘indica, segunda interpreta a Signatária, que as empresas poderiam sinalizar suas preferências para as obras (“Cada jogador poderá indicar qual o jogo tem preferência de atuar”), mas essa sinalização não seria absoluta, dado que outros fatores deveriam também ser levados em conta, tal qual o auxílio do agente público no órgão licitante (“levando-se em conta sempre onde tem mais condições de ajudar na vitória do TTC, devendo prevalecer a indicação do(s)patrocinador(es)”) (CADE, 2017h, p. 99-108).</p>

13	
SIGNATÁRIO DA LENIÊNCIA	Odebrechet
COMPRADORA	Empresa Pública Desenvolvimento Rodoviário S.A. (Dersa)
LICITAÇÕES	1 (uma) licitação (Concorrência nº 003/2005) com 5 (cinco) lotes para a construção do rodoanel Mário Covas, trecho Sul
DURAÇÃO APROXIMADA DA CONDUTA	2004 a 2007
VALOR APROXIMADO CONTRATOS	3 BILHÕES DE REAIS
AGENTES PÚBLICOS MENCIONADOS	NÃO SÃO ESPECIFICADOS
AUTOS	08700.004468/2017-44
Relato da participação de agentes públicos.	Do relato, depreende-se que o contato com os agentes públicos teria ocorrido para tratar apenas de questões técnicas referentes à licitação. São citadas, nesse sentido, reuniões com o gerente de engenharia da Dersa, M. MM, e o Diretor de Engenharia da Dersa, M. R. J. (CADE, 2017i, p. 64). Destaca-se também o fato de que houve 12 agentes econômicos pré-qualificados na licitação que não eram do cartel e, no decorrer do certame, foram contatados pelos membros do cartel e a ele aderiram, mediante subcontratações e repartição de lucros (CADE, 2017i, p. 71-72).

14	
SIGNATÁRIO DA LENIÊNCIA	ODEBRECHT
COMPRADORA	EMPRESA PÚBLICA DESENVOLVIMENTO RODOVIÁRIO S.A. (DERSA) E EMPRESA MUNICIPAL DE URBANIZAÇÃO (EMURB)
LICITAÇÕES	7 (SETE) LICITAÇÕES PARA O SISTEMA VIÁRIO ESTRATÉGICO METROPOLITANO DE SÃO PAULO
DURAÇÃO APROXIMADA DA CONDUTA	2008 A 2015
VALOR APROXIMADO CONTRATOS	5,1 BILHÕES DE REAIS.
AGENTE PÚBLICO MENCIONADO	DIRETOR DE ENGENHARIA DA DERSA, P. V. DE S. (VULGO “P. P.”)
AUTOS	08700.003240/2017-37
Relato da participação de agentes públicos.	<p>Depreende-se a participação dos agentes públicos em ilícitos nos seguintes trechos:</p> <p>“Nessa fase, os concorrentes tiveram contatos bilaterais com agentes públicos, onde foram pactuadas as licitações que seriam alocadas a cada uma das empresas ou grupos de empresas envolvidas. Participou dessa fase do acordo o grupo chamado de “Grandes Construtoras”, constituído, ao menos, pelas empresas (i) Andrade Gutierrez; (ii) Camargo Corrêa; (iii) OAS; (iv) Odebrecht; e (v) Queiroz Galvão” (CADE, 2017j, p. 2).</p> <p>“As bases da conduta anticompetitiva teriam sido formadas na ‘<i>Fase I – contatos anticompetitivos preliminares (2008)</i>,’ através de contatos anticompetitivos preliminares após a realização de audiências públicas na sede da Dersa, nas quais foram anunciados diversos empreendimentos abrangidos pelo Programa de Desenvolvimento do Sistema Viário Estratégico Metropolitano de São Paulo. Nessa fase, os concorrentes tiveram contatos bilaterais com P. V. de S. (Diretor de Engenharia da Dersa), onde foram pactuadas as licitações que seriam alocadas a cada uma das empresas ou grupos de empresas envolvidas. Participou dessa fase do acordo o grupo chamado de “Grandes Construtoras”, constituído, ao menos, pelas empresas (i) Andrade Gutierrez, (ii) Camargo Correa, (iii) OAS, (iv) Odebrecht, e (v) Queiroz Galvão” (CADE, 2017j, p. 6).</p> <p>“Segundo o [...] entre agosto e setembro de 2008, este foi chamado pelo Diretor de Engenharia da Dersa, P. V. de S. (conhecido como P. P.), para uma reunião em seu gabinete, na sede da Dersa. Nessa reunião foi oferecida à Odebrecht a participação em uma das obras acima mencionadas, como parte de um acordo de mercado entre grandes e médias empresas. O [...] compareceu à reunião acompanhado do [...] representante do escalão operacional, que era responsável pelos projetos’ da Odebrecht com a Dersa. Conforme o relato do desde logo, sob orientação de P. V. de S. (Diretor de Engenharia da Dersa), iniciaram-se as tratativas para ‘organizar o mercado’, dividindo previamente as licitações de acordo com a complexidade da obra e a capacidade técnica das construtoras. Nesse sentido, em concordância com orientação do agente público, as construtoras de maior porte seriam contempladas nas obras de prolongamento da Avenida Roberto Marinho e as de médio porte seriam contempladas nas demais obras do Sistema Viário Estratégico Metropolitano de São Paulo” (CADE, 2017j, p. 62-63).</p> <p>“De acordo com os Signatários, P. V. de S. foi Diretor de Engenharia da Dersa de 24 de maio de 2007 a 09 de abril de 2010. Informam os Signatários que os contatos com P. V. de S. extrapolam a matéria anticoncorrencial, objeto do presente Histórico da Conduta” (CADE, 2017j, p. 62).</p> <p>“Vale destacar que, em concordância com a diretriz do agente público e como forma de assegurar o sucesso do acordo anticompetitivo, as empresas deveriam apresentar propostas de cobertura não apenas nas licitações em que fossem diretamente beneficiadas, mas, também, nas demais concorrências que fossem licitadas dentro do Programa de Desenvolvimento do Sistema Viário Estratégico Metropolitano de São</p>

	<p>Paulo. A forma como o acordo anticompetitivo se desenvolveu em cada um dos procedimentos licitatórios será descrita nas subseções seguintes” (CADE, 2017j, p. 63).</p> <p>“Tendo em vista que os recursos envolvidos nessas obras são considerados recursos extraorçamentários, depositados em uma conta bancária vinculada a cada Operação Urbana, não se confundindo, portanto, com o caixa geral da Prefeitura, essa obra passou a ser conduzida exclusivamente no âmbito da Prefeitura do Município de São Paulo, apesar do anúncio da obra ter sido feito anteriormente pela Dersa. Os Signatários ressaltam que, mesmo com a transferência do processo licitatório para a Prefeitura, o acordo com P. V. de S. (Diretor de Engenharia da Dersa) foi integralmente preservado; inclusive com a manutenção, por parte das empresas envolvidas no cartel, das tratativas necessárias para garantir o resultado dos certames durante as outras fases do conluio, por meio de reuniões conjuntas para a divisão de lotes das licitações e contatos para a apresentação de propostas de cobertura” (CADE, 2017j, p. 70).</p>
--	---

15	
SIGNATÁRIO DA LENIÊNCIA	ODEBRECHT
COMPRADORA	ÓRGÃOS E ENTIDADES ESTADUAIS E MUNICIPAIS DA BAHIA E DE SALVADOR (SUCOP, CONDER E SEMUT)
LICITAÇÕES	03 (TRÊS) LICITAÇÕES PÚBLICAS PARA OBRAS DE REQUALIFICAÇÃO URBANÍSTICA E CORREDORES VIÁRIOS (ÁREA DA BARRA NA ORLA DE SALVADOR, CORREDOR DE TRANSPORTE COLETIVO INTEGRADO, TRECHO LAPA, E CORREDORES ALIMENTADORES DE TRANSPORTE DE MÉDIA E ALTA COMPLEXIDADE)
DURAÇÃO APROXIMADA DA CONDUTA	2013 E 2014
VALOR APROXIMADO CONTRATOS	0,6 BILHÃO DE REAIS.
AGENTES PÚBLICOS MENCIONADOS	NÃO SÃO ESPECIFICADOS
AUTOS	08700.003243/2017-71
Relato da participação de agentes públicos.	<p>Do relato, depreende-se que o contato com os agentes públicos teria ocorrido para tratar de temas lícitos:</p> <p>“Em relação à Requalificação da Área da Barra na Orla de Salvador (RDC Presencial nº 001/2013/SUCOP), houve uma Fase Preliminar à conduta anticompetitiva, que ocorreu entre abril e junho de 2013. Nessa fase preliminar, a Odebrecht encontrou-se com representantes a Prefeitura de Salvador no contexto de outro projeto, quando a Prefeitura informou que licitaria o Projeto de Requalificação da Barra na Orla de Salvador e expressou seu interesse em que grandes empresas participassem da obra. Embora fosse um projeto de menor porte para a Odebrecht, seria vantajoso à empresa fortalecer seu relacionamento com a Prefeitura em razão de seu interesse em projeto futuro, o do Sistema Metroviário, visto que o Poder Público Municipal detinha competência para autorizar intervenções necessárias à sua execução. Sendo assim, como resultado desses contatos – totalmente lícitos – com agentes públicos, a Odebrecht decidiu participar do projeto de Requalificação da Área da Barra na Orla de Salvador. A partir dessa decisão, iniciou-se a Fase da Conduta Anticompetitiva propriamente dita, que durou de julho a setembro de 2013. Nessa fase, ocorreram os contatos anticompetitivos entre as empresas participantes da conduta, por meio dos quais a Odebrecht solicitou que as empresas Andrade Gutierrez, Queiroz Galvão e Terrabrás – consorciada com BSM e SETA – apresentassem propostas de cobertura com valor superior a R\$ 59 milhões” (CADE, 2018f, p. 10-11).</p> <p>“Nesse período, portanto, [...] encontrou-se com A. C. P. de M> (Prefeito de Salvador) e, posteriormente, com A. M. M. (Secretário da Casa Civil da Prefeitura de Salvador) para tratar da intenção da empresa de apresentar MIP para a realização de estudos de viabilidade para implementação de projeto destinado à requalificação urbanística das áreas do Centro Antigo e alguns locais de Salvador, nos termos da Resolução nº 001/2013 do Conselho Gestor de Concessões do Município. O Signatário [...] esclarece que a interface com o poder público e com os agentes públicos da Prefeitura de Salvador não foi de qualquer forma ilícita e não tinha como intuito diminuir a competitividade de licitações públicas. De acordo com o Signatário [...], a Odebrecht não interferiu na confecção do Edital do projeto de Requalificação da Barra na Orla de Salvador” (CADE, 2018f, p. 40-41).</p> <p>“O Signatário [...] afirma que não manteve qualquer contato com agentes públicos e não tem conhecimento se a OAS manteve algum contato dessa espécie, já que esta foi a empresa que liderou a composição do acordo” (CADE, 2018f, p. 107).</p>

17⁶⁷⁰	
SIGNATÁRIO DA LENIÊNCIA	POSSIVELMENTE CARIOCA ENGENHARIA
COMPRADORA	Ministério dos Transportes, Companhia Docas do Rio Grande do Norte (CODERN), Companhia Docas do Espírito Santo (CODESA), Companhia Docas do Estado de São Paulo (CODESP), Empresa Maranhense de Administração Portuária (EMAP) e Complexo Industrial Governador Eraldo Gueiros (SUAPE) e Companhia Docas do Pará (CDP). Além disso, a Companhia Docas do Rio de Janeiro (CDRJ)
LICITAÇÕES	Em pelo menos nove licitações de obras marítimo-portuárias, compreendendo portos e terminais aquaviários públicos dos órgãos mencionados.
DURAÇÃO APROXIMADA DA CONDUTA	2001até 2012
VALOR APROXIMADO CONTRATOS	NÃO IDENTIFICADO
AGENTES PÚBLICOS MENCIONADOS	NÃO SÃO ESPECIFICADOS
AUTOS	08700.008352/2016-01
Relato da participação de agentes públicos.	<p>Do relato, depreende-se que agentes públicos ajudaram na prática do cartel nos seguintes trechos:</p> <p>Havia um documento que estipulava regras de uma “competição esportiva” denominada “Sport Club Unidos Venceremos” (CADE, 2020, p. 48-49). Nesse documento, estava previsto, nas cláusulas 5 e 6, respectivamente: “5. Cada jogador poderá indicar qual o jogo tem preferência de atuar, levando-se em conta sempre onde ele tem mais condições de ajudar na vitória do Sport” e “6. A escalação dos titulares por jogo será feita pela maioria do SPORT levando-se em conta o conhecimento que cada um tem do campo de jogo, dos jogadores adversários, do juiz e da federação que comandará o jogo” (CADE, 2020, p. 48). A menção a “juiz” se refere ao órgão público licitante. Além disso, no item 12, ao tratar da forma com que o cartel acomodava concorrentes, fala-se da proximidade de empresas com agentes públicos e da ciência antecipada à licitação, o que também pode indicar favorecimentos indevidos (CADE, 2020, p. 8).</p>

⁶⁷⁰ Novamente, os históricos de conduta referentes aos acordos nº 10 e 16, firmados, respectivamente, pela OAS e pela Odebrecht, não foram analisados, pois não foram disponibilizados quando da publicação da assinatura das referidas leniências.

**APÊNDICE B - CASOS DE CARTEL CONDENADOS PELO CADE ENTRE 1994 –
2019, POR ORDEM CRONOLÓGICA DE JULGAMENTO**

	Processo Administrativo	Nome do Caso	Relator	Sessão de Julgamento
1	08000.015337/1997-48	Cartel do Aço	Ruy Santacruz	27/10/1999, 142ª Sessão
2	08012.009118/1998-26	Cartel em Licitação na Petrobras	João Bosco Leopoldino da Fonseca (Thompson Andrade foi o relator para o acórdão).	27/06/2001, 214ª Sessão
3	08012.002299/2000-18	Cartel dos Postos de Florianópolis (SC)	Afonso Arinos de Mello Franco Neto	27/03/2002, 240ª Sessão
4	08012.004036/2001-24	Cartel de Postos de Lages (SC)	Thompson Andrade	23/07/2003, 294ª Sessão
5	08000.024581/1994-77	Cartel dos Postos do Distrito Federal	Roberto Pfeiffer	03/03/2004, 315ª Sessão
6	08012.000677/1999-70	Cartel das Aéreas	Thompson Andrade (vencido), sendo Luiz Alberto Scaloppe o relator do acórdão.	15/09/2004, 330ª Sessão
7	08012.004860/2000-01	Cartel de GLP em São Sebastião/DF	Ricardo Villas Boas Cueva	05/10/2004, 30ª Sessão Extraordinária
8	08012.002097/1999-81	Cartel dos Jornais do Rio de Janeiro	Ricardo Villas Boas Cueva	09/03/2005, 342ª Sessão
9	08012.009160/2002-67	Cartel de GLP em Paranaíba/PR	Luiz Alberto Scaloppe	06/04/2005, 344ª Sessão
10	08012.006989/1997-43	Cartel das Empresas de Ônibus do Rio de Janeiro	Luiz Alberto Scaloppe	15/06/2005, 350ª Sessão
11	08012.002127/2002-14	Cartel das Britas	Luiz Carlos Delorme Prado	13/07/2005, 351ª Sessão
12	53500.003888/2001	Cartel DR NET	Luis Fernando Rigato Vasconcellos	24/08/2005, 354ª Sessão
13	08012.004086/2000-21	Cartel dos Vergalhões	Luiz Alberto Scaloppe	23/09/2005, 32ª Sessão Extraordinária
14	08012.009557/1998-66	Cartel de Serviços Médicos de Uberlândia	Ricardo Villas Boas Cueva	13/10/2005, 359ª Sessão
15	08012.009088/1999-48	Cartel dos Genéricos	Ricardo Vilas Boas Cueva (relator para o acórdão Luis Fernando Rigato Vasconcellos)	13/10/2005, 359ª Sessão
16	08012.000099/2003-73	Cartel das Auto Escolas de Santos	Luiz Carlos Delorme Prado	22/02/2006, 367ª Sessão
17	08012.007602/2003-11	Cartel das Oficinas de Tacógrafos de Porto Alegre	Abraham Benzaquem Sicsú	17/01/2007, 389ª Sessão
18	08012.004599/1999-18	Cartel das Vitaminas	Ricardo Vilas Boas Cueva	11/04/2007, 395ª Sessão
19	08012.001826/2003-10	Cartel dos Vigilantes	Abraham Benzaquem Sicsú	19/09/2007, 406ª Sessão
20	08012.002493/2005-16	Cartel dos	Luiz Fernando	28/11/2007, 411ª Sessão

		Frigoríficos	Schuartz	
21	08012.006019/2002-11 e 08012.006182/2002-75	Cartel de GLP no Triângulo Mineiro	Luiz Carlos Delorme Prado	09/07/2008, 425ª Sessão
22	08012.000283/2006-66	Cartel de Areia do Rio Jacuí/RS	Paulo Furquim	17/12/2008, 436ª Sessão
23	08012.006241/1997-03	Cartel das Farmácias de Brasília	Paulo Furquim	07/10/2009, 453ª Sessão
24	08012.009888/2003-70	Cartel dos Gases	Fernando de Magalhães Furlan	01/09/2010, 474ª Sessão
25	08012.005495/2002-14	Cartel de Postos de Guaporé/RS	Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo	14/09/2011, 499ª Sessão
26	08012.004702/2004-77	Cartel de Peróxidos	Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo	09/05/2012, 514ª Sessão
27	08012.001003/2000-41	Cartel dos Postos de Londrina/PR	Ana Frazão	06/03/2013, 17ª Sessão
28	08012.010215/2007-96	Cartel dos Postos de Caxias do Sul/RS	Eduardo Pontual	06/03/2013, 17ª Sessão
29	08012.003745/2010-83	Cartel de direitos autorais e direitos conexos	Elvino de Carvalho Mendonça	20/03/2013, 18ª Sessão
30	08012.004039/2001-68	Cartel das Padarias de Sobradinho	Ana Frazão	22/05/2013, 22ª Sessão
31	08012.007149/2009-39 e 08012.004573/2004-17	Cartel dos Postos de Santa Maria/RS	Ricardo Machado Ruiz	19/06/2013, 24ª Sessão
32	08012.011027/2006-02	Cartel dos Fretes Aéreos	Ricardo Machado Ruiz	28/08/2013, 27ª Sessão
33	08012.011668/2007-30	Cartel dos Postos de Londrina/PR II	Ana Frazão	23/10/2013, 31ª Sessão
34	08012.012420/1999-61	Cartel das Livrarias do Distrito Federal	Ana Frazão	04/12/2013, 34ª Sessão
35	08012.004365/2010-66	Cartel das Farmácias de Curitibanos/SC	Ricardo Machado Ruiz	22/01/2014, 36ª Sessão
36	08012.011853/2008-13	Cartel do Lixo de Prefeituras do Rio Grande do Sul	Eduardo Pontual	05/02/2014, 37ª Sessão
37	08012.001794/2004-33	Cartel dos Extintores do DF	Ricardo Machado Ruiz	05/02/2014, 37ª Sessão
38	08012.010362/2007-66	Cartel no Mercado de Cargas Aéreas	Ricardo Machado Ruiz	19/02/2014, 38ª Sessão
39	08012.011142/2006-79	Cartel do Cimento	Alessandro Octaviani Luis	28/05/2014, 44ª Sessão
40	08012.005928/2003-12	Cartel dos Genéricos II	Marcos Paulo Veríssimo	06/08/2014, 48ª Sessão
41	08000.009354/1997-82	Cartel de GLP em Porto Alegre e Canoas/RS	Eduardo Pontual	20/08/2014, 49ª Sessão
42	08012.004472/2000-12	Cartel dos Postos de Bauru/SP	Ana Frazão	01/10/2014, 51ª Sessão ⁶⁷¹
43	08012.001020/2003-21	Cartel de Hospitais e	Márcio de Oliveira Júnior	29/10/2014, 53ª Sessão

⁶⁷¹ Houve um julgamento em 06/03/2013, na 17ª sessão ordinária, mas a decisão foi anulada.

		Diagnósticos em Campina Grande /PB		
44	08012.007033/2006-57	Cartel de Hospitais em Londrina/PR	Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo	26/11/2014, 55ª Sessão
45	08700.008551/2013-69	Cartel de Hospitais em Londrina/PR II	Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo	26/11/2014, 55ª Sessão
46	08012.005004/2004-99	Cartel dos Serviços de Hemoterapia de Vitória(ES)	Ana Frazão	10/12/2014, 56ª Sessão de Julgamento
47	08012.009611/2008-51	Cartel de Portas Giratórias	Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo	10/12/2014, 56ª Sessão
48	08012.006199/2009-07	Cartel dos Materiais de Construção (Prefeitura de Lages/SC)	Márcio de Oliveira Júnior	10/12/2014, 56ª Sessão
49	08012.008507/2004-16	Cartel de Órtese e Prótese	Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo	10/12/2014, 56ª Sessão
50	08012.006764/2010-61	Cartel das Placas no Detran/BA	Ana Frazão	11/02/2015, 58ª Sessão
51	08012.010932/2007-18	Cartel de Mangueiras Marítimas	Márcio de Oliveira Júnior	25/02/2015, 59ª Sessão
52	08012.006969/2000-75	Cartel de Hospitais em Brasília	Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo	25/02/2015, 59ª Sessão
53	08012.007356/2010-27	Cartel de Instrumentos de Precisão em São José dos Campos	Ana Frazão	25/03/2015, 61ª Sessão
54	08012.008184/2011-90	Cartel de Empresas de Trânsito em Jahu/SP	Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo	08/04/2015, 62ª Sessão
55	08012.009885/2009-21	Cartel de Construtoras em Licitação da SABESP/SP	Ana Frazão	08/04/2015, 62ª Sessão
56	08012.008847/2006-17	Cartel de Postos de Vitória (ES)	Márcio de Oliveira Júnior	20/05/2015, 65ª Sessão
57	08012.000377/2004-73	Cartel de Serviços Hospitalares na BA	Márcio de Oliveira Júnior	10/06/2015, 66ª Sessão Ordinária de Julgamento
58	08012.01087/2004-64	Cartel de serviços hospitalares em Pouso Alegre(MG)	Márcio de Oliveira Júnior	29/07/2015, 69ª Sessão Ordinária de Julgamento
59	08012.001273/2010-24	Cartel no Mercado de Aquecedores Solares	Márcio de Oliveira Júnior	16/09/2015, 73ª Sessão
60	08012.012032/2007-13	Cartel dos Serviços de hemoterapia em Goiânia(GO)	Márcio de Oliveira Junior	17/09/2015, 73ª Sessão Ordinária de Julgamento
61	08700.011276/2013-60	Cartel de Portas	João Paulo Resende	11/11/2015, 75ª Sessão

		Giratórias II		Ordinária de Julgamento
62	08012.000030/2011-50	Cartel na Manutenção de Frota de Veículos no Rio de Janeiro	Alexandre Cordeiro	09/12/2015, 77ª Sessão
63	08012.008821/2008-22	Cartel de Insumos para Medicamentos Retrovirais	Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo	20/01/2016, 78ª Sessão
64	08012.008850/2008-94	Cartel de Lavanderias no Rio de Janeiro	Ana Frazão	03/02/2016, 79ª Sessão
65	08012.011791/2010-56	Cartel de Autoescola em Santa Bárbara(SP)	Márcio de Oliveira Júnior	03/02/2016, 79ª Sessão Ordinária de Julgamento
66	08012.001029/2007-66	Perborato de Sódio	João Paulo Resende	24/02/2016, 80ª Sessão Ordinária de Julgamento
67	08012.000820/2009-11	Cartel dos Compressores Herméticos para Refrigeração	Márcio de Oliveira Júnior	16/03/2016, 81ª Sessão Ordinária de Julgamento
68	08012.001127/2010-07	Cartel de Mangueiras Marítimas II	João Paulo Resende	30/03/2016, 82ª Sessão Ordinária de Julgamento
69	08012.003321/2004-71	Cartel dos Laboratórios de Hemoderivados	Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo	13/04/2016, 83ª Sessão
70	08700.006551/2015-96	Cartel na Manutenção de Frota de Veículos no Rio de Janeiro II	Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo	18/10/2016, 93ª Sessão Ordinária de Julgamento
71	08012.005930/2009-79	Cartel de Fornecimento de vidros CRT	Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo	09/11/2016, 94ª Sessão Ordinária de Julgamento
72	08012.009645/2008-46	Cartel em licitação aquisição de alimentos para fins especiais	Alexandre Cordeiro	09/11/2016, 94ª Sessão Ordinária de Julgamento
73	08012.005255/2010-11	Cartel de Memória DRAM	Márcio de Oliveira Júnior	23/11/2016, 95ª Sessão
74	08012.002568/2005-51	Cartel de Revenda de GLP (PA)	Cristiane Alkmin Junqueira Schmid (voto condutor Márcio de Oliveira Junior)	07/12/2016, 96ª Sessão Ordinária de Julgamento
75	08012.010744/2008-71	Cartel do Leite Tipo "C" em Pelotas (RS)	Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt	18/01/2017, 97ª Sessão
76	08012.007011/2006-97	Cartel Serviços Médico-Hospitalares e Planos de Saúde em Fortaleza/CE	Alexandre Cordeiro	19/04/2017, 103ª Sessão
77	08012.009382/2010-90	Cartel de Obras Públicas no PR – APEOP	Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo	07/06/2017, 106ª Sessão
78	08700.002821/2014-09	Cartel dos Postos de São Luiz/MA	João Paulo Resende	07/06/2017, 106ª Sessão
79	08012.006130/2006-22	Cartel de Manutenção	Paulo Burnier	16/08/2017, 109ª Sessão

		Predial		
80	08012.005882/2008-38	Cartel de Extração de Sal no Rio Grande do Norte	João Paulo Resende	23/05/2018, 124ª Sessão
81	08012.002812/2010-42	Cartel no Mercado de Distribuição de Recarga Eletrônica para Celular Pré-Pago	Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt	13/06/2018, 125ª Sessão
82	08012.004674/2006-50	Cartel de Embalagens Flexíveis	João Paulo Resende	04/07/2018, 126ª Sessão
83	08012.004422/2012-79	Cartel dos Estacionamentos de São Paulo	Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt	08/08/2018, na 127ª Sessão
84	08012.001376/2006-16	Cartel do GIS (Gas-insulated switchgear)	Polyanna Ferreira Silva Vilanova	08/08/2018, 127ª Sessão
85	08700.001859/2010-31	Cartel dos Taxis de Curitiba/PR	Paula Farani de Azevedo Silveira	08/08/2018, 127ª Sessão
86	08012.002414/2009-92	Cartel de Tubos para Televisão	Paulo Burnier	22/08/2018, 128ª Sessão
87	08012.000758/2003-71	Cartel dos Hospitais do Espírito Santo	Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt	05/12/2018, 135ª Sessão
88	08700.002632/2015-17	Cartel de Placas no DETRAN/BA II	Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt	05/12/2018, 135ª Sessão
89	08012.001395/2011-00	Cartel de Discos Ópticos	João Paulo de Resende	30/01/2019, 136ª Sessão Ordinária de Julgamento
90	08700.001729/2017-74	Cartel de Placas no DETRAN/BA III	Polyanna Ferreira Silva Vilanova	13/02/2019, 137ª Sessão
91	08012.001377/2006-52	Cartel do AIS (AIR INSULATED SWITCHGEAR – AIS)	João Paulo Resende	13/02/2019, 137ª Sessão
92	08012.011980/2008-123	Cartel de Monitores de cristal líquido (LCD)	Maurício Oscar Bandeira Maia	27/02/2019, 138ª Sessão Ordinária de Julgamento.
93	08700.010769/2014-64	Cartel dos Postos de Belo Horizonte/MG	João Paulo Resende	10/04/2019, 140ª Sessão
94	08700.004073/2016-61	Cartel dos Amortecedores	Paula Farani de Azevedo Silveira	24/04/2019, 141ª Sessão
95	08700.004617/2013-41	Cartel do Metrô	João Paulo Resende	08/07/2019, 146ª Sessão
96	08012.004280/2012-40	Cartel de Serviços Terceirizados em Tecnologia da Informação no DF	Maurício Oscar Bandeira Maia	30/10/2019, 148ª Sessão

**APÊNDICE C - CASOS DE CARTEL EM LICITAÇÃO CONDENADOS PELO CADE
ENTRE 1994 – 2019, POR ORDEM CRONOLÓGICA DE JULGAMENTO**

	Processo Administrativo	Nome do Caso	Relator	Sessão de Julgamento	Cartel em licitação sentido estrito	Elementos Indicativos de Corrupção
1	08012.009118/1998-26	Cartel em Licitação na Petrobras	João Bosco Leopoldino da Fonseca (Thompson Andrade foi o relator para o acórdão).	27/06/2001, 214 ^a Sessão	SIM	SIM
2	08012.006989/1997-43	Cartel das empresas de ônibus do Rio de Janeiro	Luiz Alberto Scaloppe	15/06/2005, 350 ^a Sessão	SIM	SIM
3	08012.002127/2002-14	Cartel das Britas	Luiz Carlos Delorme Prado	13/07/2005, 351 ^a Sessão	NÃO	NÃO
4	08012.001826/2003-10	Cartel dos Vigilantes	Abraham Benzaquem Sicsú	19/09/2007, 406 ^a Sessão	SIM	SIM
5	08012.009888/2003-70	Cartel dos Gases	Fernando de Magalhães Furlan	01/09/2010, 474 ^a Sessão	NÃO	SIM
6	08012.011853/2008-13	Cartel do Lixo de Prefeituras do Rio Grande do Sul	Eduardo Pontual	05/02/2014, 37 ^a Sessão	SIM	SIM
7	08012.010362/2007-66	Cartel no Mercado de Cargas Aéreas	Ricardo Machado Ruiz	19/02/2014, 38 ^a Sessão	SIM	SIM
8	08012.009611/2008-51	Cartel de Portas Giratórias	Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo	10/12/2014, 56 ^a Sessão	SIM	SIM
9	08012.006199/2009-07	Cartel dos Materiais de Construção (Prefeitura de Lages/SC)	Márcio de Oliveira Júnior	10/12/2014, 56 ^a Sessão	SIM	SIM
10	08012.008507/2004-16	Cartel de Órtese e Prótese	Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo	10/12/2014, 56 ^a Sessão	SIM	NÃO
11	08012.010932/2007-18	Cartel de Mangueiras Marítimas	Márcio de Oliveira Júnior	25/02/2015, 59 ^a Sessão	NÃO	NÃO
12	08012.008184/2011-90	Cartel de Empresas de Trânsito em Jahu/SP	Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo	08/04/2015, 62 ^a Sessão	SIM	SIM
13	08012.009885/2009-21	Cartel de Construtoras em Licitação da SABESP/SP	Ana Frazão	08/04/2015, 62 ^a Sessão	SIM	SIM
14	08012.001273/2010--24	Cartel no Mercado de	Márcio de Oliveira Júnior	16/09/2015, 73 ^a Sessão	SIM	SIM

		Aquecedores Solares				
15	08700.011276/2013-60	Cartel de Portas Giratórias II	João Paulo Resende	11/11/2015, 75ª Sessão	SIM	SIM
16	08012.000030/2011-50	Cartel na Manutenção de Frota de Veículos no Rio de Janeiro	Alexandre Cordeiro	09/12/2015, 77ª Sessão	SIM	SIM
17	08012.008821/2008-22	Cartel de Insumos para Medicamentos Retrovirais	Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo	20/01/2016, 78ª Sessão	SIM	SIM
18	08012.008850/2008-94	Cartel de Lavanderias no Rio de Janeiro	Ana Frazão	03/02/2016, 79ª Sessão	SIM	SIM
19	08012.001127/2010-07	Cartel de Mangueiras Marítimas II	João Paulo Resende	30/03/2016, 82ª Sessão Ordinária de Julgamento	NÃO	NÃO
20	08012.003321/2004-71	Cartel dos Laboratórios de Hemoderivados	Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo	13/04/2016, 83ª Sessão	SIM	SIM
21	08700.006551/2015-96	Cartel na Manutenção de Frota de Veículos no Rio de Janeiro II	Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo	18/10/2016, 93ª Sessão Ordinária de Julgamento	SIM	SIM
22	08012.009645/2008-46	Cartel em licitação aquisição de alimentos para fins especiais	Alexandre Cordeiro	09/11/2016, 94ª Sessão Ordinária de Julgamento	SIM	NÃO
23	08012.009382/2010-90	Cartel de Obras Públicas no PR – APEOP	Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo	07/06/2017, 106ª Sessão	SIM	SIM
24	08012.006130/2006-22	Cartel de Manutenção Predial	Paulo Burnier	16/08/2017, 109ª Sessão	NÃO	SIM
25	08012.005882/2008-38	Cartel de Extração de Sal no Rio Grande do Norte	João Paulo Resende	23/05/2018, 124ª Sessão	NÃO	NÃO
26	08012.001376/2006-16	Cartel do GIS (Gas-insulated switchgear)	Polyanna Ferreira Silva Vilanova	08/08/2018, 127ª Sessão	NÃO	NÃO
27	08012.001377/2006-52	Cartel do AIS (AIR INSULATED SWITCHGEAR – AIS)	João Paulo Resende	13/02/2019, 137ª Sessão	NÃO	NÃO
28	08700.004617/2013-41	Cartel do Metro	João Paulo Resende	08/07/2019, 146ª Sessão	SIM	SIM
29	08012.004280/2012-40	Cartel de Serviços Terceirizados em Tecnologia da Informação no DF	Maurício Oscar Bandeira Maia	30/10/2019, 148ª Sessão	SIM	NÃO

APÊNDICE D – CASOS COMUNS DE CARTEL EM QUE FORAM VERIFICADOS ELEMENTOS INDICATIVOS DE CORRUPÇÃO

Tabelas elaboradas pelo autor que identificam (i) o processo administrativo, (ii) o representante, (iii) o relator, (iv) a data de instauração (iv.1) da averiguação preliminar ou do inquérito e (iv.2) do processo administrativo, (v) o mercado relevante, (vi) o resumo do caso, (vii) o resumo da decisão, (viii) o padrão probatório utilizado para condenação, (ix) a data e a sessão de julgamento e, quanto à (x) corrupção, (x.1) elementos indicativos de sua possível existência e, em caso positivo, (x.2) se foi dado algum encaminhamento pelo CADE. Os casos estão organizados pela ordem cronológica de julgamento⁶⁷².

01		
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.004036/2001-24		
CARTEL DE POSTOS DE LAGES		
REPRESENTANTE	Ministério Público de Santa Catarina, promotor Andrey Cunha Amorim	
RELATOR	Thompson Andrade	
DATA DE INSTAURAÇÃO	AVERIGUAÇÃO PRELIMINAR OU INQUÉRITO	PROCESSO ADMINISTRATIVO
	28/06/2001 (primeiro despacho)	23/07/2001
MERCADO RELEVANTE	Mercado de revenda de combustíveis em Lages/SC.	
RESUMO DO CASO	O cartel foi revelado por meio de uma investigação do Ministério Público de Santa Catarina, semelhantemente ao que ocorreu no primeiro cartel de postos de combustíveis condenado pelo CADE, o Cartel de Florianópolis. Novamente, como naquele caso, discutiu-se a utilização, no processo administrativo antitruste, de provas emprestadas. Novamente, houve interceptações telefônicas deferidas no juízo criminal estadual de Santa Catarina, as quais foram utilizadas para a condenação administrativa.	
RESUMO DA DECISÃO	O CADE (CADE, 2003, p. 2230-2300), por unanimidade, condenou o sindicato, incurso no art. 20, incisos I, II e III, e Art. 21, inciso II, bem como outros representados, incursos no art. 20, incisos I, II e III, e art. 21, incisos I e XXIV, todos dispositivos da Lei 8.884/1994, ao pagamento de multas e a outras obrigações de fazer/não fazer, nos termos do voto do relator. Participaram do julgamento o presidente João Grandino Rodas e os Conselheiros Thompson Almeida Andrade, Roberto Augusto Pfeiffer, Miguel Tebar Barrionuevo, Fernando de Oliveira Marques.	
PADRÃO PROBATÓRIO	Prova emprestada de investigação realizada na esfera criminal, pelo Ministério Público de Santa Catarina, com destaque para interceptações telefônicas.	
DATA E SESSÃO JULGAMENTO	23/07/2003, 294ª Sessão Ordinária de Julgamento.	
CORRUPÇÃO: ELEMENTOS INDICATIVOS E QUAL FOI O ENCAMINHAMENTO.		
Em conversa interceptada entre donos de postos que praticavam o cartel, é mencionado um possível fiscal que seria “corrupto”. Interlocutor 01: O fiscal tá na cidade / Interlocutor 02: Tá, mais o que tem isso? / Interlocutor 01: E do NP / Interlocutor 02: Ah, mais é o corrupto? Interlocutor 01: Há? / Interlocutor 02: E o corrupto? Interlocutor 01: Não sei não, é o velho, é ôtro. / Interlocutor 02: E ôtro cara? / Interlocutor 01: É ôtro cara já, não é o nosso amigo não” (CADE, 2003, p. 1652-1653). No caso, as provas já vieram de investigação realizada pelo Ministério Público estadual.		

⁶⁷² As referências indicadas neste Apêndice consideram a íntegra do respectivo processo administrativo, obtida por meio de consulta ao site: www.cade.gov.br e acessada no link “consulta processual”, a partir da digitação do número exato dos autos no campo específico. Na página seguinte, foram selecionados todos os documentos referentes ao processo disponíveis e marcada a opção “gerar pdf”.

02		
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.002493/2005-16		
CARTEL DOS FRIGORÍFICOS		
REPRESENTANTE	Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil – CNA	
RELATOR	Luis Fernando Schuartz	
DATA DE INSTAURAÇÃO	AVERIGUAÇÃO PRELIMINAR OU INQUÉRITO	PROCESSO ADMINISTRATIVO
	16/03/2005	17/06/2005
MERCADO RELEVANTE	Parâmetro da SDE, adotado no voto condutor: “o mercado relevante, em sua dimensão produto, deve ser, pelo lado da oferta, o de gado bovino para abate e pelo lado da demanda os frigoríficos inspecionados pelo Sistema de Inspeção Federal (SIF). No tocante à dimensão geográfica o mercado de compra de gado bovino para abate deve ser considerado como as principais praças brasileiras, conforme definido pelo CEPEA” (CADE, 2007b, p. 3112).	
RESUMO DO CASO	Era um caso de cartel de compras, de formação de monopólio, em que concorrentes do setor de frigoríficos se reuniram para estabelecer os parâmetros de aquisição de gado bovino para abate. Na representação, formulada pela CNA, consta data de reunião realizada (24/01/2005), local, bem como tabelas produzidas e depois encaminhadas às filiais de maneira simultânea. Em 28/11/07, foi firmado TCC com a uma das pessoas jurídicas representadas e seus responsáveis legais, pessoas físicas, o processo foi suspenso para os signatários. Vale lembrar que a Lei 8.884/1994, mais especificamente o seu art. 53, o qual disciplinava a matéria, na sua redação originária, nada falava sobre a possibilidade ou não de assinatura desse tipo de compromisso em casos de cartel. Não tardou para o legislador, diante do silêncio, prescrever que TCCs em casos de cartéis eram vedados. A Lei 10.149/2000 (atentar que é o mesmo diploma legal que inseriu a leniência antitruste no ordenamento jurídico brasileiro.), a qual decorreu da conversão da Medida Provisória nº 2.055-4 de 2000, acresceu o parágrafo 5º ao art. 53, o qual dispunha que “o disposto neste artigo não se aplica às infrações à ordem econômica relacionadas ou decorrentes das condutas previstas nos incisos I, II, III e VIII do art. 21 desta Lei”, que era justamente a tipificação legal para os cartéis à época. Em 2007, a Lei 11.482 novamente alterou a redação do dispositivo, dessa vez para expressamente possibilitar a assinatura de TCCs em cartéis. Data de novembro de 2007 os primeiros casos de TCCs em cartéis firmados pelo CADE. Os acordos foram celebrados com uma das representada no processo administrativo 08012.011142/2006-79 (primeiro TCC em cartel do CADE), bem como nestes autos.	
RESUMO DA DECISÃO	O CADE (CADE, 2007b, p. 4996-5069), por unanimidade, condenou alguns dos representados, por incorrerem no art. 20, inciso I, e art. 21, inciso II, ambos da Lei 8.884/1994, a multas e obrigações de fazer/não fazer, nos termos do voto do relator, ficando apenas o conselheiro Fernando Rigato vencido quando à dosimetria das sanções. Participaram do julgamento a Presidente Elizabeth Maria Mercier Querido Farina e os Conselheiros Ricardo Villas Bôas Cueva, Luis Fernando Rigato Vasconcellos, Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado, Luis Fernando Schuartz, Paulo Furquim de Azevedo e Abraham Benzaquen Sicsú.	
PADRÃO PROBATÓRIO	Além da documentação oferecida quando da representação pela CNA, houve a assinatura de um TCC.	
DATA E SESSÃO JULGAMENTO	28/11/2007, 411ª Sessão Ordinária de Julgamento.	
CORRUPÇÃO: ELEMENTOS INDICATIVOS E QUAL FOI O ENCAMINHAMENTO.		
Documentos enviados pelo MPF-MT à SDE informam ilícitos relacionados aos frigoríficos, entre os quais estava a corrupção. Vide, por exemplo, trecho de nota técnica da SDE, no seguinte trecho: “Por meio da análise dos documentos encaminhados pelo Ministério Público foi possível constatar que, em grande parte, os documentos versam sobre denúncias de delitos e infrações que não estão contidas nas		

competências investigatórias desta Secretaria. Apenas a título exemplificativo, podemos citar denúncias de (i) fraude na emissão de SIF (Serviço de Inspeção Federal); (ii) corrupção passiva, ativa e improbidade administrativa na Unidade de Gerenciamento dos Fundos de Investimentos - UGFIN; e (iii) fraude em liberação de recursos do BNDES. Consta dos documentos, ademais, questões exclusivamente de lide privada relativas ao arrendamento, por parte da Friboi, de instalações da Frigoara. 8. Contudo, observou-se também que as cópias encaminhadas pelo Ministério Público contém documentos que tratam de um suposto cartel formado entre empresas frigoríficas de abate de gado bovino” (CADE, 2007b, p. 2643). Deve-se observar também documento encaminhado pela Câmara dos Deputados, ofícios enviados pelo Deputado Ernandes Amorim, que fala de possíveis pagamentos de propina para liberação de valores no BNDES para o setor de frigoríficos, com referência à atuação de fiscalização da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados e à Operação Policial “Santa Tereza” (CADE, 2007b, p. 5653-5656). Inclusive, sobre o tema, consta nos autos que foi também instaurado procedimento no TCU. Em relação ao encaminhamento, as informações já vieram do Ministério Público Federal.

03		
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.000283/2006-66		
CARTEL DE AREIA DO RIO JACUÍ		
REPRESENTANTE	Ministério Público Federal em Porto Alegre, Procurador Felipe Souza.	
RELATOR	Paulo Furquim	
DATA DE INSTAURAÇÃO	AVERIGUAÇÃO PRELIMINAR OU INQUÉRITO	PROCESSO ADMINISTRATIVO
	28/08/2006 (primeiro despacho)	06/09/2006
MERCADO RELEVANTE	Mercado relevante de mineral proveniente do rio Jacuí, destinado à construção civil, limitado geograficamente a 100 km do local da extração.	
RESUMO DO CASO	<p>Houve um inquérito que tramitou em Porto Alegre, na Justiça Federal (IPL 308/05), no qual foi constatada a prática de cartel (o inquérito investigava diversos crimes, tais como corrupção, ativa e passiva, formação de quadrilha, cartel e sonegação fiscal. Era a denominada “Operação Dragão”). Então o procurador da república responsável encaminhou o caso à SDE. As empresas que detinham autorização para explorar areia no Rio Jacuí terceirizavam essa exploração, de maneira a cobrar um preço uniforme daqueles que iam efetivar a exploração da areia. Há oitivas de empresários nesse sentido, os quais contratavam com as empresas detentores do direito de exploração (por exemplo, ARO, SOMAR e SMARJA). Foram identificados estudos para a combinação de preços, regras para o cartel e também para o seu monitoramento, carta de clientes e lista de exclusão, bem como uma empresa de consultoria auxiliou na implementação do ilícito, por meio de estudo de paridade de preços.</p>	
RESUMO DA DECISÃO	<p>O CADE (CADE, 2008c, p. 2209-2351), por unanimidade, condenou os representados por incorrerem no art. 20, inciso I, e no art. 21, inciso II, ambos da Lei 8.884/1994, a multas e obrigações de fazer/não fazer, nos termos do voto do relator. Participaram os Conselheiros Paulo Furquim de Azevedo, Fernando de Magalhães Furlan, Vinícius Marques de Carvalho, Olavo Zago Chinaglia, Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo e César Costa Alves de Mattos.</p>	
PADRÃO PROBATÓRIO	Provas produzidas em bojo de investigação criminal antecedente.	
DATA E SESSÃO JULGAMENTO	17/12/2008, 436ª Sessão Ordinária de Julgamento.	
CORRUPÇÃO: ELEMENTOS INDICATIVOS E QUAL FOI O ENCAMINHAMENTO.		
<p>A investigação policial (Operação Dragão) inicial, a qual deu origem ao processo administrativo no CADE, tinha por foco desvendar também o crime de corrupção (vide notícia na p. 1338). Há relato nos autos de testemunha no sentido de que o Poder Público Municipal teria, de maneira indevida, ajudado os membros do cartel (CADE, 2008c, p. 1457). Em relação ao encaminhamento, os fatos já estavam sendo investigados em inquérito policial anterior ao processo administrativo do CADE.</p>		

04		
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.001003/2000-41		
CARTEL DOS POSTOS DE LONDRINA/PR		
REPRESENTANTE	Ministério Público do Estado do Paraná, promotor Hélio de Oliveira Cardoso	
RELATOR	Ana Frazão	
DATA DE INSTAURAÇÃO	AVERIGUAÇÃO PRELIMINAR OU INQUÉRITO	PROCESSO ADMINISTRATIVO
	08/06/2000 (primeiro despacho)	10/10/2001
MERCADO RELEVANTE	Assim o tema restou tratado no voto condutor: “Em voto proferido no julgamento do PA nº 08012.004472/2000-12, entendi que a análise de elementos como o mercado relevante afetado, a participação de mercado detida pelos agentes investigados e a existência ou não de barreiras à entrada é prescindível para a configuração de infração à ordem econômica quando os elementos comprovarem a existência de um cartel organizado de preços”. O PA 08012.004472/2000-12 se refere ao Cartel dos Postos de Bauru, julgado na mesma sessão, mas que depois foi anulado em embargos de declaração, por vício na intimação para a sessão.	
RESUMO DO CASO	O processo administrativo foi instaurado a partir de representação do MPPR, que pediu medida preventiva da SDE, em razão da uniformidade de preços de combustíveis na cidade de Londrina/PR. O inquérito policial foi encaminhado com cópia integral e, entre alguns documentos, contava depoimento de um dos empresários, coagido a aumentar os preços do seu estabelecimento. Ele havia feito algumas gravações das ameaças.	
RESUMO DA DECISÃO	O CADE (CADE, 2013a, p. 3497-3548), por unanimidade, condenou a maioria dos representados, por estarem incurso no art. 20, inciso I, e art. 21, incisos I e II, ambos da Lei 8.884/1994, a multas e a outras obrigações de fazer/não fazer, nos termos do voto da relatora. Participaram do julgamento o presidente do CADE, Vinícius Marques de Carvalho, e os conselheiros Ricardo Machado Ruiz, Alessandro Octaviani Luis, Elvino de Carvalho Mendonça, Marcos Paulo Veríssimo, Eduardo Pontual Ribeiro e Ana Frazão.	
PADRÃO PROBATÓRIO	Foram utilizadas provas documentais reunidas em inquérito policial, com destaque para depoimento de um dos empresários que teria sido coagido pelo cartel a ingressar no conluio.	
DATA E SESSÃO JULGAMENTO	06/03/2013, 17ª Sessão Ordinária de Julgamento.	
CORRUPÇÃO: ELEMENTOS INDICATIVOS E QUAL FOI O ENCAMINHAMENTO.		
Segundo informações fornecidas à Polícia Federal pelo MPF em Londrina/PR por meio de ofício, cuja cópia consta nos autos: “Há fortes indícios, ainda, de corrupção ativa por parte de determinados revendedores, cuja confirmação exigirá intensa ação desse Órgão. As informações dão conta de que determinados agentes da ANP (um deles conhecido como "Reis"), quando se dirigem à cidade para fins de fiscalização, revelam com antecedência suas ações, mediante propina, evitando o flagrante de postos que revendem combustível adulterado, o que explica porque há tantas denúncias de consumidores e quase nenhuma infração por parte da ANP. E a mesma situação estaria ocorrendo com fiscais do PROCON” (CADE, 2013a, p. 1168). Quanto ao encaminhamento, a informação já veio dos órgãos responsáveis pela persecução da corrupção.		

05		
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.003745/2010-83		
CARTEL NO MERCADO DE DIREITOS AUTORAIS		
REPRESENTANTE	Associação Brasileira de Televisão por Assinatura (ABTA)	
RELATOR	Elvino de Carvalho Mendonça	
DATA DE INSTAURAÇÃO	AVERIGUAÇÃO PRELIMINAR OU INQUÉRITO	PROCESSO ADMINISTRATIVO
	19/04/2010 (primeiro despacho)	15/07/2010
MERCADO RELEVANTE	Mercado de direitos autorais e direitos conexos no Brasil	
RESUMO DO CASO	<p>Processo administrativo instaurado pela associação que congrega as operadoras de televisão por assinatura contra órgão central de arrecadação e associações que o integram, pela fixação uniforme dos valores de direitos autorais. Segundo a representação, embora a lei confira a possibilidade de centralizar a arrecadação dos direitos autorais, não confere monopólio para fixação de valores. Em síntese, assim restou descrita a conduta na nota técnica que fundamentou o despacho de instauração: “fixação conjunta dos valores referentes aos direitos de execução pública de obras musicais, lítero-músicas e fonogramas e na criação de barreiras à entrada para impedir/dificultar a constituição de novas associações” (CADE, 2013b, p. 2388). Interessante o estudo comparativo realizado pela SDE (CADE, 2013b, p. 4825) e pelo voto condutor (CADE, 2013b, p. 6774) sobre a gestão coletiva de direitos autorais em outros países.</p>	
RESUMO DA DECISÃO	<p>O CADE (CADE, 2013b, p. 6642-6829), por unanimidade, considerou os representados incurso no art. 20, I, e no art. 21, I, II e XXIV, da Lei 8.884/1994, bem como considerou o ECAD incurso também nos arts. 20, I, II e IV, 21, IV e V, da Lei 8.884/1994, condenando-os a multa e obrigações de fazer/não fazer. O Conselheiro Marcos Paulo, acompanhado pela conselheira Ana Frazão, abriu divergência interessante, reclassificando parte da conduta como abuso de posição dominante (e não cartel), haja vista a configuração jurídica do órgão central de arrecadação (vide p. 6803 e ss). Nesse ponto, restaram vencidos. Participaram dos julgamentos os conselheiros Ricardo Machado Ruiz, Alessando Octaviani, Elvino de Carvalho Mendonça, Marcos Paulo Veríssimo, Eduardo Pontual Ribeiro e Ana Frazão.</p>	
PADRÃO PROBATÓRIO	Provas documentais obtidas junto aos representados (muitas disponíveis na internet).	
DATA E SESSÃO JULGAMENTO	20/03/2013, 18ª Sessão Ordinária de Julgamento.	
CORRUPÇÃO: ELEMENTOS INDICATIVOS E QUAL FOI O ENCAMINHAMENTO.		
<p>Houve uma CPI na Câmara dos Deputados que investigou o órgão central e, ao longo do seu relatório (CADE, 2013b, p. 5561-5954), há algumas referências a práticas de corrupção diversas. Desde corrupção de fiscais a práticas de desvios de representantes de escritórios regionais do órgão central ou, ainda, pagamento de propina a policiais para ajudar nas fiscalizações. No caso, o CADE ateu-se a questões concorrenciais.</p>		

06		
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.011668/2007-30		
CARTEL DOS POSTOS DE LONDRINA/PR II		
REPRESENTANTE	Departamento de Polícia Civil do Paraná – DPC/PR, delegado Marcos Vinícius Michelotto.	
RELATOR	Ana Frazão	
DATA DE INSTAURAÇÃO	AVERIGUAÇÃO PRELIMINAR OU INQUÉRITO	PROCESSO ADMINISTRATIVO
	14/08/2007 (primeiro despacho)	03/02/2010
MERCADO RELEVANTE	Mercado de revenda de combustíveis em Londrina, Cambé, Ibiporã e Jataizinho.	
RESUMO DO CASO	O processo administrativo foi instaurado a partir de ofício da Polícia Civil do Paraná, que solicitou apoio de equipe técnica da SDE para medidas de investigação em inquérito policial já em curso, relativo ao cartel de combustível em Londrina e região. Operação era denominada de “Medusa III”. Houve discussão acerca da validade de interceptações telefônicas, que teriam sido anuladas pelo TJPR na esfera criminal. Foi discutida a reincidência, pois alguns dos representados haviam sido também condenados no PA 08012.001003/2000-41, entretanto, a reincidência foi afastada especificamente porque os fatos analisados no presente caso foram anteriores à condenação do outro processo.	
RESUMO DA DECISÃO	O CADE (CADE, 2013c, p. 1395-1448), por unanimidade, condenou a maioria dos representados, por incorrerem no art. 20, inciso I, e no art. 21, incisos I e II, ambos da Lei 8.884/1994, à multa e obrigações de fazer/não fazer, nos termos do voto da relatora. Participaram do julgamento o Presidente do CADE, Vinícius Marques de Carvalho, e os Conselheiros Alessandro Octaviani Luis, Eduardo Pontual Ribeiro e Ana Frazão.	
PADRÃO PROBATÓRIO	Investigação criminal com interceptação telefônica e busca e apreensões.	
DATA E SESSÃO JULGAMENTO	23/10/2013, 31ª Sessão Ordinária de Julgamento	
CORRUPÇÃO: ELEMENTOS INDICATIVOS E QUAL FOI O ENCAMINHAMENTO.		
Sim, na investigação criminal também eram apurados os crimes de corrupção ativa e passiva. Vide trecho de decisão de HC (CADE, 2013c, p. 379-388), que fala do objeto da investigação, por exemplo. O caso foi, inicialmente, investigado em conjunto com a Polícia Civil		

07		
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.006764/2010-61		
CARTEL DAS PLACAS DO DETRAN/BA		
REPRESENTANTE	Ministério Público Estadual da Bahia, promotor Solon Dias da Rocha Filho.	
RELATOR	Ana Frazão	
DATA DE INSTAURAÇÃO	AVERIGUAÇÃO PRELIMINAR OU INQUÉRITO	PROCESSO ADMINISTRATIVO
	02/07/2010 (primeiro despacho)	25/05/2012
MERCADO RELEVANTE	Mercado de fabricação de placas e tarjetas de veículos automotores no Estado da Bahia.	
RESUMO DO CASO	<p>De acordo com a representação, o Sindicato e a Associação fabricantes de placas na Bahia estariam promovendo um suposto cartel, o que ensejou, segundo o Promotor, a instauração do Inquérito Policial nº 271/2010 no âmbito da Delegação de Crimes Econômicos e Contra a Administração Pública (DECECAP). Conforme narra a denúncia, havia catorze empresas filiadas ao Sindicato e à Associação, mas, na prática, apenas uma delas realizava a função de produção e comercialização dos produtos, enquanto que as treze restantes apenas emitiam notas fiscais para disfarçar a existência de um rodízio de comercialização de placas entre elas. O DETRAN/BA estava ciente e concordava com o tabelamento de preços, ou seja, suportava a prática ilícita, conforme se depreende do voto da relatora. Vide o seguinte trecho: “Outro elemento relevante é apontado no depoimento do Sr. Carlos Edwiges Fagundes, sócio-gerente da Still Placas, prestado no âmbito da Sindicância instaurada pelo DETRAN/BA em 2007. Sobre o procedimento adotado para comercialização de placas, informou o depoente que o usuário deveria ‘se dirigir ao DETRAN no setor de confecções de placas de posse da autorização, após efetuar o pagamento no Box da Associação dos fornecedores credenciados’ e, posteriormente, encaminhar-se ao container da Associação já mencionada, entregando o documento e aguardando a confecção das placas” (CADE, 2015a, p. 396-401). Depreende-se, portanto, do depoimento prestado, que o próprio DETRAN direcionava o usuário para adquirir a placa junto à Associação. O DETRAN tinha, dessa forma, papel crucial na execução do sistema instituído pela Associação, uma vez que o usuário era influenciado de modo determinante pela autarquia. Prova disso é o fato de o DETRAN/BA ter assinado Termo de Ajustamento de Conduta – TAC nº 38/2011-PJC (CADE, 2015a, p. 1537-1539) com o Ministério Público, para que ele próprio extinguisse o então vigente sistema de vendas de placas por meio da Central de Placas em suas dependências.</p>	
RESUMO DA DECISÃO	<p>O CADE (CADE, 2015a, p. 2563-2623), por unanimidade, determinou a condenação da maioria dos representados por incorrerem no art. 20, inc. I, c/c art. 21, inc. II, da Lei 8.884/94, a multas e obrigações de fazer/não fazer, nos termos do voto da relatora. O Plenário determinou, ainda, a instauração de Processos Administrativos para apurar a conduta da pessoa jurídica Nortear e de seus administradores, e também das pessoas físicas administradoras dos representados condenados no presente feito, o que fez originar os casos 08700.002632/2015-17 e 08700.001729/2017-74. Participaram os Conselheiros do CADE, Ana Frazão, Marcio de Oliveira Júnior e Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo. O presidente Vinícius Marques de Carvalho estava impedido.</p>	
PADRÃO PROBATÓRIO	Prova emprestada de investigação criminal anterior.	
DATA E SESSÃO JULGAMENTO	11/02/2015, 58ª Sessão Ordinária de Julgamento.	
CORRUPÇÃO: ELEMENTOS INDICATIVOS E QUAL FOI O ENCAMINHAMENTO.		
Os fatos foram investigados pela Procuradoria-Geral do Estado, órgão de “combate a atos de corrupção e Improbidade Administrativa”. A complacência do DETRAN para com o sindicato, indício de corrupção, não passou despercebido pela Promotora de Justiça que promoveu reunião entre os representantes do		

sindicato e os dirigentes do órgão público, para tratar do problema das placas: “A Promotora de Justiça asseverou que, no que concerne à corrupção no DETRAN, não se está falando necessariamente de corrupção entre altos dirigentes como diretores, mas de corrupção como prática reiterada nos procedimentos cotidianos do ente público. Acrescentou que a nova regulamentação jurídica, com a nova portaria, é importantíssima” (CADE, 2015a, p. 886). O DETRAN/BA estava ciente e concordava com o tabelamento de preços, ou seja, suportava a prática ilícita, conforme se depreende do voto da relatora. Vide o seguinte trecho: “Outro elemento relevante é apontado no depoimento do Sr. C. E. F, sócio-gerente da S. P., prestado no âmbito da Sindicância instaurada pelo DETRAN/BA em 2007. Sobre o procedimento adotado para comercialização de placas, informou o depoente que o usuário deveria ‘se dirigir ao DETRAN no setor de confecções de placas de posse da autorização, após efetuar o pagamento no Box da Associação dos fornecedores credenciados’ e, posteriormente, encaminhar-se ao contêiner da Associação já mencionada, entregando o documento e aguardando a confecção das placas (fls. 396-401). Depreende-se, portanto, do depoimento prestado, que o próprio DETRAN direcionava o usuário para adquirir a placa junto à Associação, que mantinha um escritório dentro do órgão público. O DETRAN tinha, desta forma, papel crucial na execução do sistema instituído pela Associação, uma vez que o usuário era influenciado de modo determinante pela autarquia” (CADE, 2015a, p. 2616). Prova contundente disso é o fato de o DETRAN/BA ter assinado Termo de Ajustamento de Conduta – TAC nº 38/2011-PJC (CADE, 2015a, p. 1537-1539) com o Ministério Público, para que ele próprio extinguisse o então vigente sistema de vendas de placas por meio da Central de Placas em suas dependências. Quanto ao encaminhamento, o caso já veio de uma atuação do Ministério Público Estadual.

08		
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.002568/2005-51		
CARTEL DE REVENDA DE GLP (PA)		
REPRESENTANTE	SEAE (Representação da Federação Nacional de Revendedores de Gás Liquefeito de Petróleo – FERGAS)	
RELATOR	Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt	
DATA DE INSTAURAÇÃO	AVERIGUAÇÃO PRELIMINAR OU INQUÉRITO	PROCESSO ADMINISTRATIVO
	17/03/2005 (data documento em que a SEAE avalia a conduta)	19/04/2005
MERCADO RELEVANTE	De distribuição de Gás Liquefeito de Petróleo (GLP) no Estado do Pará.	
RESUMO DO CASO	A SEAE recebeu representação da FERGAS e examinou possíveis infrações anticompetitivas praticadas por distribuidores de GLP no estado do Pará. Os fatos também foram investigados pelo MPPA, que ofereceu representação à ANP. Foi então elaborada Nota Técnica e enviada à SDE por meio do Ofício nº 06228/2005/DF. Entre as condutas investigadas, estava a prática de cartel.	
RESUMO DA DECISÃO	O CADE (CADE, 2016g, p. 2012-2013), por unanimidade, determinou o arquivamento do processo em relação aos Representados Liquegás Distribuidora S.A. e Supergasbrás, bem como a condenação da Paragás Distribuidora Ltda. e, por maioria, aplicou a multa proposta pelo Conselheiro Márcio de Oliveira Junior em voto vista. Parcialmente vencidos a Conselheira Relatora e o Conselheiro João Paulo de Resende em relação à dosimetria da multa imposta a Representada condenada.	
PADRÃO PROBATÓRIO	Foram celebrados TCCs com duas das representadas (Liquegás e Supergasbrás). Além disso, houve gravações ambientais.	
DATA E SESSÃO JULGAMENTO	07/12/2016, 96ª Sessão Ordinária de Julgamento.	
CORRUPÇÃO: ELEMENTOS INDICATIVOS E QUAL FOI O ENCAMINHAMENTO.		
Sim. Consta nos autos o seguinte trecho de conversa registrada entre representantes de distribuidoras ocorrida em 12/07/2004: “F. ----de graça há (...) Uma semana e quinze dias não dá vinte. A gente é obrigado a cobrir o que tem (...); R. ---- Mas, sabe o que acontece também? Eu fiquei sabendo, mas só que por outro lado, o revendedor dele fica muito prejudicado. Porque eu vou te dizer assim. Porque as multas que eles queriam lançar eram absurdas (...) Uma multa de 40 mil. (...) Volta aquela história, a corrupção. O cara vai lá, pó, R\$20 mil numa multa, o cara diz assim: vai me quebrar. Aí, o próprio sindicato vai dizer assim: não, dá uma força pro cara e libera. Paga lá o cara (...) M. ---- (...) Mesmo assim, vamos supor que seja 20 mil, aí morri em 5 mil, aí tem a segunda, mais 5 mil, mais a terceira, 5 mil e aí? Não dá, o cara quebra. F. ---- (...) Tem que ser numa porrada só(...) Botou clandestino, cadeia. Pega algum pra ver se aparece alguém mais pra botar. (...) R. ----O problema é que não tem a integração pra fiscalização. Se você pegar a ANP, a ANP são dois caras. A não ser que fizesse um, se pegasse o governo do Estado. Pegasse junto com a polícia militar, polícia civil (...), corpo de bombeiros (...) M. --- O bombeiro é tão corrupto quanto... R. ---- Todos são” (CADE, 2016g, p. 1449). Quanto ao encaminhamento, os autos registram que os fatos já eram investigados pelo Ministério Público Estadual.		

09		
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08700.002632/2015-17		
CARTEL DAS PLACAS DO DETRAN/BA II		
REPRESENTANTE	Secretaria de Direito Econômico – SDE de ofício (a partir de decisão do CADE)	
RELATOR	Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt	
DATA DE INSTAURAÇÃO	AVERIGUAÇÃO PRELIMINAR OU INQUÉRITO	PROCESSO ADMINISTRATIVO
	-	22/05/2015
MERCADO RELEVANTE	Vide 08012.006764/2010-61	
RESUMO DO CASO	Continuidade do Processo Administrativo nº 08012.006764/2010-61, referente ao CARTEL DE PLACAS NO DETRAN/BA. Assim restou determinado pela relatora: “92. Determino ainda a instauração de Processo Administrativo para apurar a conduta da pessoa jurídica N. e de seus administradores, e também das pessoas físicas administradoras dos representados condenados no presente feito”. O processo 08700.002632/2015-17 foi instaurado em 22/05/2015 para dar cumprimento ao referido comando.	
RESUMO DA DECISÃO	O CADE (CADE, 2018e, p. 3439-3468.), por unanimidade, determinou a condenação de alguns representados a multas, por incorrerem no art. 20, incisos I, II e IV, c/c art. 21, incisos I e X, da Lei nº 8.884/1994. Houve divergência apenas quanto à dosimetria, ficando vencida a conselheira relatora e a conselheira Polyanna Vilanova. Participaram do julgamento o Presidente do CADE, Alexandre Barreto de Souza, e os Conselheiros Paulo Burnier da Silveira, Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, Mauricio Oscar Bandeira Maia, Polyanna Ferreira Silva Vilanova e Paula Azevedo.	
PADRÃO PROBATÓRIO	Vide 08012.006764/2010-61	
DATA E SESSÃO JULGAMENTO	05/12/2018, 135ª Sessão Ordinária de Julgamento.	
CORRUPÇÃO: ELEMENTOS INDICATIVOS E QUAL FOI O ENCAMINHAMENTO.		
Vide 08012.006764/2010-61		

10		
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08700.001729/2017-74		
CARTEL DAS PLACAS DO DETRAN/BA III		
REPRESENTADOS	Plakasmil Comércio de Placas e Carimbos Ltda., Roberto Teles de Andrade, Roberto Luiz Teixeira Lima Junior e Iêdilha Oliveira de Moraes.	
REPRESENTANTE	Secretaria de Direito Econômico – SDE de ofício (a partir de decisão do CADE)	
RELATOR	Polyanna Ferreira Silva Vilanova	
DATA DE INSTAURAÇÃO	AVERIGUAÇÃO PRELIMINAR OU INQUÉRITO	PROCESSO ADMINISTRATIVO
	-	10/03/2017
MERCADO RELEVANTE	Vide 08012.006764/2010-61	
RESUMO DO CASO	Continuidade do Processo Administrativo nº 08012.006764/2010-61, referente ao CARTEL DE PLACAS NO DETRAN/BA. Assim restou determinado pela relatora: “92. Determino ainda a instauração de Processo Administrativo para apurar a conduta da pessoa jurídica N. e de seus administradores, e também das pessoas físicas administradoras dos representados condenados no presente feito”. O processo 08700.002632/2015-17 foi instaurado em 23/05/2015 para dar cumprimento ao referido comando. E, no processo 08700.002632/2015-17, a SG verificou a participação de outras pessoas jurídica e físicas. O presente processo se refere, pois, a esse desmembramento do 08700.002632/2015-17.	
RESUMO DA DECISÃO	O CADE (CADE, 2019b, p. 3.634-3675), por unanimidade, condenou os representados a multas e outras obrigações de fazer/não fazer, por incorrerem nos arts. 20, incisos I, II e III, c/c 21, incisos I, II, III e X, da Lei nº 8.884/94, correspondentes ao art. 36, I, II e III, c/c § 3º, I, II, III e VIII da Lei 12529/2011. Participaram do julgamento o Presidente do CADE, Alexandre Barreto de Souza, e os Conselheiros Paulo Burnier da Silveira, Mauricio Oscar Bandeira Maia, Polyanna Ferreira Silva Vilanova e Paula Azevedo.	
PADRÃO PROBATÓRIO	Vide 08012.006764/2010-61	
DATA E SESSÃO JULGAMENTO	13/02/2019, 137ª Sessão Ordinária de Julgamento.	
CORRUPÇÃO: ELEMENTOS INDICATIVOS E QUAL FOI O ENCAMINHAMENTO.		
Vide 08012.006764/2010-61.		

**APÊNDICE E – CASOS DE CARTEL EM LICITAÇÃO EM QUE FORAM
VERIFICADOS ELEMENTOS INDICATIVOS DE CORRUPÇÃO**

Tabelas elaboradas pelo autor que identificam (i) o processo administrativo, (ii) o representante, (iii) o relator, (iv) a data de instauração (iv.1) da averiguação preliminar ou do inquérito e (iv.2) do processo administrativo, (v) o mercado relevante, (vi) o resumo do caso, (vii) o resumo da decisão, (viii) o padrão probatório utilizado para condenação, (ix) a data e a sessão de julgamento e, quanto à (x) corrupção, (x.1) os elementos que indicam sua possível existência e (xi.2) se foi dado algum encaminhamento pelo CADE. Os casos estão organizados pela ordem cronológica de julgamento⁶⁷³.

01		
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.009118/1998-26		
CARTEL EM LICITAÇÃO NA PETROBRAS		
REPRESENTANTE	PETROBRAS	
RELATOR	João Bosco Leopoldino da Fonseca (Thompson Andrade foi o relator para o acórdão).	
DATA DE INSTAURAÇÃO	AVERIGUAÇÃO PRELIMINAR OU INQUÉRITO	PROCESSO ADMINISTRATIVO
	24/11/1998 (primeiro despacho)	15/05/1999
MERCADO RELEVANTE	Serviços de construção, reforma e reparo, conforme especificado no edital, nos termos do voto do conselheiro Afonso Arinos (CADE, 2001, p. 2149). Atentar que surgiu, nos autos, discussão acerca da limitação ou não do mercado para apenas os participantes do certame licitatório. O voto do Conselheiro Arinos foi que melhor endereçou a questão, acompanhando, de certa forma, o posicionamento da SDE, de que, no caso, o mercado se restringia às empresas habilitadas para concorrer no certame.	
RESUMO DO CASO	O procedimento administrativo foi iniciado por meio de representação da Petrobras, datada de 16/11/1998, encaminhada depois que foi publicada notícia no Jornal “O Globo”, de 12/11/1998, pelo jornalista Ricardo Boechat, sobre o fato de as duas sociedades empresárias que competiram sozinhas no certame licitatório terem combinado entre si uma indenização de até 1 milhão de dólares em razão de sua participação em licitação internacional promovida pela Petrobras, do ramo <i>off shore</i> (serviços prestados em alto mar, em oposição aos serviços <i>on shore</i> , na terra). A indenização dependia do resultado (o montante a ser indenizado variava conforme o valor do contrato assinado). Apesar de concorrentes na licitação, realizada em 18/02/1997, as representadas firmaram um “Instrumento particular de transação comercial” (CADE, 2001, p. 5-6), datado de 17/02/1997, o qual, expressamente, fala do interesse de participarem da Concorrência Internacional nº 571-1-002-96-1 (Reforma na plataforma de prospecção semi-submersível de petróleo P-10, inicialmente estimada em 33 milhões de dólares, mas que custou um valor total de cerca de 58 milhões de dólares, valores históricos) e de que “trabalharam em conjunto na formação técnica de proposta” (CADE, 2001, p. 5). Foi instaurada sindicância pela Petrobras, bem como o caso	

⁶⁷³ As referências indicadas neste Apêndice consideram a íntegra do respectivo processo administrativo, obtida por meio de consulta ao *site*: www.cade.gov.br e acessada no *link* “consulta processual”, a partir da digitação do número exato dos autos no campo específico. Na página seguinte, foram selecionados todos os documentos disponíveis referentes ao processo e marcada a opção “gerar pdf”.

	foi analisado pelo TCU (TC 928.097/1998-6), conforme noticiado no próprio ofício da representação.
RESUMO DA DECISÃO	Na sua decisão (CADE, 2001, p. 1527-2167), o CADE, por maioria (vencidos o Presidente João Grandino Rodas, p. 1862 e ss., e a conselheira Hebe Teixeira Romano, p. 2120 e ss., que entendiam não ter sido provada a conduta), condenou as representadas por incorrerem no art. 20, inciso I, e art. 21, inciso VIII, ambos da Lei 8.884/1994, à multa e a outras obrigações de fazer. O conselheiro relator, João Bosco Leopoldino da Fonseca, votou pela condenação (p. 1527 e ss.) e foi acompanhado pelos Conselheiros Thompson Andrade (p. 2141 e ss.), Celso Campilongo (p. 2133 e ss.) e Afonso Arinos (p. 2149 e ss.). Em síntese, entenderam que o contrato era prova suficiente, bem como que, a partir das suas cláusulas, era possível depreender que, efetivamente, foi causado prejuízo à concorrência, embora a lei antitruste apenas exija a potencialidade lesiva (nos termos do voto do conselheiro Thompson Flores, relator para o acórdão, constante à p. 2163 e ss.).
PADRÃO PROBATÓRIO	Prova documental (instrumento particular firmado entre os licitantes e publicado pela imprensa à época)
DATA E SESSÃO JULGAMENTO	27/06/2001, 214ª Sessão Ordinária de Julgamento.
CORRUPÇÃO: ELEMENTOS INDICATIVOS E QUAL FOI O ENCAMINHAMENTO.	
<p>A presidência da Petrobras afirmou à época desconhecer o conteúdo do acordo entre as empresas (CADE, 2001, p. 2-3). E uma Comissão de Sindicância, instaurada pela Petrobras em 13/11/1998, concluiu que não houve irregularidade na contratação (CADE, 2001, p. 106-110). No Documento Interno Petrobras – DIP”, datado de 26/11/1998, consta, em destaque: “não houve nenhuma irregularidade na contratação da reforma da Plataforma PX” e “houve precipitação da imprensa na abordagem do assunto e total desconhecimento dos fatos por aquele que fez a denúncia sigilosa ao TCU” (CADE, 2001, p. 109). Ocorre que essa decisão se deu apenas 13 dias após a instauração da Comissão, de forma, portanto, célere. A veemência com que a Comissão de Sindicância refuta as irregularidades pode ser contrastada com a análise preliminar realizada pelo Ministério Público junto ao TCU acerca da referida contratação (Processo nº TC - 928.097/1998-6). O membro do Ministério Público constatou algumas irregularidades no procedimento, como, por exemplo, a habilitação de concorrentes que não preenchiam os critérios de qualificação econômico-financeiro do edital e a classificação e adjudicação de proposta com preço superior a estimativa da própria empresa (CADE, 2001, p. 1746). Quando do julgamento do CADE, o TCU ainda não havia decidido definitivamente o procedimento. Mas as suspeitas de irregularidades fizeram com que o Tribunal suspendesse outra contratação que seria realizada pela Petrobras para construção de navios petroleiros, em sessão realizada em 06/12/2000. O relator, para tanto, considerou a falta de objetividade dos dispositivos do regulamento da Petrobras que dispõem acerca dos procedimentos licitatórios, pois não estabeleciam parâmetros econômicos para cada tipo de modalidade de licitação. No presente caso, apesar dos valores milionários envolvidos, a modalidade utilizada foi a mais simples, o convite. Além disso, chamou atenção o fato de, apesar de haver condições para uma competitividade internacional, ter restringido o certame a apenas empresas brasileiras. Seguem suas considerações: “32. O regulamento da Petrobras, apesar de prever a existência das 5 (cinco) modalidades clássicas de licitação - concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão -, não fixa parâmetros econômicos para a definição da modalidade aplicável a cada caso, mas estabelece outros critérios, inscritos no item 333, letras ‘a’ a ‘i’, verbis: [...] 33. Os referidos dispositivos, por sua pouca objetividade, aliada à inexistência de previsão de valores limites para cada uma das modalidades, parecem conferir exagerada discricionariedade ao Administrador no tocante à escolha da modalidade licitatória em cada caso. Ainda que não se pretenda adentrar a esse mérito no presente processo, o fato é que, a não ser que se apague tudo que já foi escrito sobre o tema, sob nenhum critério de avaliação, a construção de 4 (quatro) navios petroleiros, ou mesmo de 1 só, pode ser considerada contratação de pequena monta, de menor expressão ou de baixo risco. 34. A adoção da modalidade convite na licitação em andamento fere, também, a meu ver, o próprio Regulamento da Petrobras, por não permitir a ‘participação ampla dos detentores da capacitação, especialidade ou conhecimento pretendidos’ (item 333, letra ‘b’, acima grifado). Mesmo supondo que todos os estaleiros brasileiros que estejam aptos a construir os navios tenham sido convidados a participar da licitação, esta, por sua magnitude, pode não se limitar ao território nacional, mas admitir a participação de construtores de todo o mundo, de forma a propiciar o melhor negócio possível para a Transpetro. [...] 37. Ora, se há condições de competitividade internacional para os estaleiros brasileiros, não há motivos para que esses sejam privilegiados pela realização de uma licitação a eles restrita” (CADE, 2001, p. 1759-1760). Em síntese, aparentemente, empresas que realizaram um</p>	

conluio em contratação da estatal em 1997 poderiam estar sendo indevidamente beneficiadas em uma nova contratação em 2000. Somem-se a esses elementos as revelações da operação Lava Jato, a qual, conforme já mencionado, revelou esquema de corrupção na Petrobras que envolvia agentes políticos, públicos, empresários e operadores financeiros, justamente com o *modus operandi* que reúne cartéis em licitação e corrupção a agentes públicos. Esses fatos, em conjunto, foram considerados indicativos de uma possível relação corrupta entre a Petrobras e as representadas, a qual mereceria análise mais detida. Em relação ao encaminhamento, ao final de sua decisão, o CADE determinou “o envio da comunicação da presente decisão à Petrobrás S/A, para ciência, e ao Ministério Público Federal e ao Tribunal de Contas da União, para os devidos fins”.

02		
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.006989/1997-43		
CARTEL DAS EMPRESAS DE ÔNIBUS DO RIO DE JANEIRO		
REPRESENTANTE	Secretária de Direito Econômico – SDE (de ofício)	
RELATOR	Luiz Alberto Esteves Scaloppe	
DATA DE INSTAURAÇÃO	AVERIGUAÇÃO PRELIMINAR OU INQUÉRITO	PROCESSO ADMINISTRATIVO
	03/11/1997	12/07/2001
MERCADO RELEVANTE	Mercado de licitações das linhas de transporte coletivo do Rio de Janeiro urbano nº 261, 780 e 675.	
RESUMO DO CASO	<p>O caso se refere a um cartel em licitação para linhas de ônibus no Rio de Janeiro. Em matéria do Jornal do Brasil, de 25/10/1997 (CADE, 2005a, p. 24), foi publicado que oito empresas assinaram um “termo de compromisso”, instrumento privado, datado de 31/07/1997, organizando-se para concorrerem a três licitações de linhas de ônibus da cidade (Linha 261, Praça 15 – Marechal Hermes; 780 – Madureira-Benfica; 675 – Méier-Penha). Assim dispunha a primeira cláusula do referido “Termo de Compromisso” (CADE, 2005a, p. 910): “A primeira compromissária participará das concorrências para operar o serviço de transporte de passageiros das linhas 261, 780 e 675 a serem realizadas nos dias 12, 14 e 26 de agosto de 1997, respectivamente, abstendo-se de participar das mesmas as segundas compromissárias (demais representadas), bem como qualquer empresa de que as compromissárias, ou seus acionistas ou sócios cotistas, participem direta ou indiretamente [...]”. De fato, a empresa referida ganhou a linha Madureira-Benfica. Entre as cláusulas do “termo de compromisso”, destaca-se a 6, a qual estabelecia: “O valor a ser ofertado, bem como sua forma de pagamento (Envelope B) do edital de licitação será fixado de comum acordo entre as compromissárias” (CADE, 2005a, p. 1431).</p>	
RESUMO DA DECISÃO	<p>Na sua decisão (CADE, 2005a, p. 1430-1479), o CADE, por unanimidade, considerou os representados, pessoas jurídicas, incursos nos arts. 20, inciso I, e 21, inciso VIII, da Lei 8.884/1994, impondo-lhes multa de 15% do faturamento e outras penalidades. Vencido apenas o conselheiro Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado, que entendia ser cabível no caso multa no valor de 20%. E, quanto às pessoas físicas, o relator votou pelo arquivamento, mas, nesse ponto, prevaleceu a condenação, nos termos do voto do Conselheiro Ricardo Cueva. Participaram do julgamento Presidente Elizabeth Maria Mercier Querido Farina e os Conselheiros Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, Luiz Alberto Esteves Scaloppe, Ricardo Villas Bôas Cueva, Luis Fernando Rigato Vasconcellos e Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado. O CADE determinou, ainda, “o encaminhamento de cópia da decisão ao Ministério Público Federal e ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro para que sejam tomadas as providências que considerarem necessárias”.</p>	
PADRÃO PROBATÓRIO	Prova documental (instrumento particular firmado entre os licitantes que foi publicado pela imprensa à época e explicitava o ajuste)	
DATA E SESSÃO JULGAMENTO	15/06/2005, 350ª Sessão Ordinária de Julgamento.	
CORRUPÇÃO: ELEMENTOS INDICATIVOS E QUAL FOI O ENCAMINHAMENTO.		
<p>Chama atenção o fato de a defesa das empresas cartelizadas ter sido realizada pelo consultor de transportes da prefeitura à época. Consta na nota de instauração da SDE que ele: “[...] teria negado que o documento configure cartel, utilizando o seguinte argumento: ‘Se você tem 40 empresas no Rio e oito assinam, não é cartel. Ele existe quando se pode abaixar o preço e destruir os outros. Estas empresas não respondem nem por 30% do mercado’. Ao final o mesmo consultor teria feito a seguinte assertiva: ‘Esta vai ser mais uma das denúncias investigadas pela SDE e que não vão dar em nada. Não há nada de errado com os empresários de ônibus no Rio de Janeiro’” (CADE, 2005a, p. 5). Além disso, o acordo entre as empresas tinha o carimbo da Secretaria Municipal de Trânsito (CADE, 2005a, p. 4). Entre as disposições, o acordo previa que as empresas iriam dispor acerca da “forma de pagamento”, medida que dificilmente seria exequível, exceto se contasse com a interveniência de pessoas do município para moldar as formas</p>		

de pagamento de acordo com a vontade dos agentes econômicos. Em regra, disposições acerca da forma de pagamento estão dispostas em lei e/ou no próprio edital. Em relação ao encaminhamento, em sua decisão final, o CADE determinou remessa da decisão ao Ministério Público, estadual e federal, para providências.

03		
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.001826/2003-10		
CARTEL DOS VIGILANTES		
REPRESENTANTE	Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE/MF)	
RELATOR	Abraham Benzaquem Sicsú	
DATA DE INSTAURAÇÃO	AVERIGUAÇÃO PRELIMINAR OU INQUÉRITO	PROCESSO ADMINISTRATIVO
	28/03/2003 (primeiro despacho)	24/10/2003
MERCADO RELEVANTE	O mercado relevante de licitações de serviços de vigilância privada no Rio Grande do Sul, bem como cada um dos mercados relevantes compostos por cada uma das licitações objeto de investigação em que atuaram as empresas.	
RESUMO DO CASO	<p>Esse foi o primeiro caso em que houve uma leniência antitruste no Brasil, firmada em 08/10/2003, com uma pessoa jurídica e duas pessoas físicas representadas no processo. A Superintendência-Regional da Receita Federal (10ª Região) noticiou à SEAE possíveis fraudes à licitação praticada contra o próprio órgão no estado do Rio Grande do Sul, em 2002, para serviços de segurança privada. Já havia investigações em curso no Ministério Público, em razão de ampla divulgação na mídia gaúcha (RBS e Zero Hora) sobre um cartel de empresas de segurança em licitações naquele Estado. Dois empresários do setor não concordavam em participar das práticas colusivas e estavam fazendo representações aos órgãos competentes. Interessante a lista de atos suspeitos reunidos em 14 processos licitatórios a cargo do Ministério da Fazenda no RS para diversas unidades naquele estado: "Da análise dos processo licitatórios descritos se observa que: 1) A empresa R.S. saiu vencedora em todas as licitações. 2) Em pelo menos 11 das 14 licitações, somente a R.S. tinha representante credenciado presente na sessão de habilitação. 3) Embora tenham ocorrido 15 inabilitações nas licitações, não houve sequer um recurso apresentado por empresa declarada não habilitada. 4) Houve inabilitações decorrentes simplesmente do não preenchimento de formulários. 5) Em 07 licitações, não houve nenhuma outra empresa habilitada e classificada senão a R.S.. 6) Não há sequer uma abertura de propostas em que haja representante credenciado de outra empresa que não a R.S.. E em pelo menos três ocasiões não havia nenhum representante de empresa. 7) Todas as 35 desclassificações ocorridas nas 14 licitações ocorreram por não ter havido proposta ou por apresentação de preço excessivo, ou seja, por apresentação de propostas acima dos limites estabelecidos em portarias do Ministério do Planejamento" (CADE, 2007a, p. 5) O cartel teria funcionado desde aproximadamente 1990 e teria afetado diversas licitações públicas e privadas.</p>	
RESUMO DA DECISÃO	<p>O CADE, por unanimidade, condenou (CADE, 2007a, p. 8593-8725) a maioria dos representados, pessoas jurídicas, por estarem incursos no art. 20, inciso I, e 21, incisos I e VIII (empresas de vigilância), bem como art. 20, inciso I, e 21, inciso II (sindicatos), a multas e outras obrigações de fazer, com destaque aqui para a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e de participar em licitações, bem como reconheceu a extinção da punibilidade aos signatários da leniência. Foram também condenadas as pessoas físicas, por maioria (vencido o conselheiro Luis Fernando Schuartz), ligadas às pessoas jurídicas, pelos respectivos fundamentos legais. Participaram da votação a Presidente Elizabeth Maria Mercier Querido Farina e os Conselheiros Ricardo Villas Bôas Cueva, Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado, Luis Fernando Schuartz e Abraham Benzaquen Sicsú. Declarou-se impedido o Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcellos.</p>	
PADRÃO PROBATÓRIO	Gravações ambientais e telefônica (atentar que a gravação telefônica foi feita por um dos interlocutores e foi, à época, entendida como legítima pelo CADE), oitiva de empresários, provas documentais reunidas pela Receita Federal nas licitações a cargo do órgão no estado do Rio Grande	

	do Sul e leniência celebrada no CADE, a primeira da história do SBDC.
DATA E SESSÃO JULGAMENTO	19/09/2007, 406ª Sessão Ordinária de julgamento.
CORRUPÇÃO: ELEMENTOS INDICATIVOS E QUAL FOI O ENCAMINHAMENTO.	
<p>Há menções à corrupção em diversos trechos dos autos. Representantes de uma das empresas prejudicadas pelo cartel afirmam, por exemplo, que “existe corrupção na Prefeitura de Rio Grande” e que empresa “foi impedida de participar de processos licitatórios em face da denúncia ao Ministério Público” (CADE, 2007a, p. 156). O ex-presidente de uma das associações, em seu depoimento, afirma que “esse ramo enojante, tamanha a corrupção” (CADE, 2007a, 4106). A própria SDE reconheceu que, “Ao menos em tese, segundo literatura sobre o tema, é comum que as empresas de um cartel se valham da corrupção de órgãos públicos para perseguir a empresa que não cumpre ou atrapalha o acordo ilícito firmado entre elas” (CADE, 2007a, p. 4275). Um dos signatários da leniência aponta o líder do cartel como um dos responsáveis pelo pagamento das propinas (CADE, 2007a, p. 1001). Um dos empresários que não participava do cartel afirma: “o depoente ouviu o Sr. E. R. dizer que em função do S. da E. ter ofertado um preço muito baixo na Receita, ele teve que abaixar o seu preço e não tinha dinheiro para ‘entregar o envelope para os amiguinhos da Receita Federal’, tendo que tirar do próprio bolso. Que o depoente entende que o envelope seria propina para funcionários da Receita Federal” (CADE, 2007a, p. 1003). Em outra oitiva, também afirmado que: “havia pagamento de propina para o pessoal da Infraero para darem o aval de que o serviço era bem prestado” (CADE, 2007a, p. 4091). A própria decisão do CADE, embora não fale de corrupção ou propina, cita: “Nessas reuniões, também eram decididos casos especiais, como a definição de subornos a servidores públicos encarregados da elaboração do edital ou a criação da exigência de certidões negativas das empresas junto ao Sindicato para participar de Licitações” (CADE, 2007a, p. 8679). Um dos signatários da leniência menciona que havia pagamento de propina a agentes públicos para a edição de editais de forma a beneficiar o cartel (CADE, 2007a, p. 10017). Na própria decisão do CADE, o conselheiro relator menciona que nas reuniões do sindicato, além da definição de vencedores nas licitações, eram “decididos casos especiais, como a definição de subornos a servidores públicos encarregados da elaboração do edital ou a criação da exigência de certidões negativas das empresas junto ao Sindicato para participar de licitações” (CADE, 2007a, p. 8595). Quanto ao encaminhamento, foi enviado ofício à Polícia Federal (Ofício nº 1749/2005/SDE/GAB, datado de 08/04/2005), à época em que os fatos surgiram nos autos, para providências (CADE, 2007, p. 4275), sobretudo porque os signatários da leniência estavam se sentindo “perseguidos” por terem denunciado o cartel. Além disso, a instrução do procedimento administrativo ocorreu de maneira conjunta com o Ministério Público do Rio Grande do Sul (vide, por exemplo, Despacho nº 1163/2013, datado de 16/10/2003, localizado à p. 4272, volume I, referente a oitivas, buscas e apreensões e interceptações telefônicas).</p>	

04		
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.009888/2003-70		
CARTEL DOS GASES		
REPRESENTANTE	Secretaria de Direito Econômico – SDE (de ofício, depois que recebeu denúncia anônima).	
RELATOR	Fernando de Magalhães Furlan	
DATA DE INSTAURAÇÃO	AVERIGUAÇÃO PRELIMINAR OU INQUÉRITO	PROCESSO ADMINISTRATIVO
	13/02/2004	30/03/2004
MERCADO RELEVANTE	Mercado de gases industriais e medicinais. Quanto à dimensão regional, assim restou estabelecido no voto condutor: “No tocante ao mercado relevante geográfico, defino-o como regional para as formas de distribuição em cilindros ou a granel. Para a produção on site, defino um mercado relevante nacional no momento anterior à construção da planta, momento em que as empresas participam de concorrências para a instalação da unidade produtiva, e outro mercado local no período pós-instalação da planta, que abrangeria a área acessível pela rede de dutos” (CADE, 2010, p. 7187-7188).	
RESUMO DO CASO	A SDE recebeu ligação telefônica de pessoa que não queria se identificar, mas que detalhou esquema de cartel no mercado de gás hospitalar envolvendo as quatro grandes empresas. Foram fornecidos, então, telefones, a fim de que o ilícito pudesse ser investigado. Em atuação conjunta com o Ministério Público Estadual de São Paulo, interceptações telefônicas foram realizadas. Discutiu-se no processo a possível ilegalidade da interceptação, tanto porque decorrente de denúncia anônima, quanto porque o MPE/Justiça Estadual seriam incompetentes. Isso porque o STJ, nesse caso, decidiu que a competência criminal seria da Justiça Federal (precedente importante acerca da competência federal para casos de cartel, HC 117169-SP, Relator Napoleão Maia). Durante algum tempo, foi a maior multa por conduta aplicada pelo SBDC, superando o caso da AMBEV (conduta unilateral). Entre os vários clientes afetados, consta nos autos que estavam também órgãos públicos que adquiriram os produtos mediante processos licitatórios.	
RESUMO DA DECISÃO	O CADE, por unanimidade, condenou (CADE, 2010, p. 6993-7268) a maioria das representadas por cartel nos termos do art. 20, incisos I e II, da Lei 8.884/1994, impondo multas para pessoas físicas e jurídicas que somadas superam o montante de 3 bilhões de reais em valores históricos. Participaram do julgamento os conselheiros Vinícius Marques de Carvalho, Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, César Costa Alves de Mattos e Ricardo Machado Ruiz. Ausente, justificadamente, o Presidente Arthur Sanchez Badin. Impedidos o Conselheiro Olavo Zago Chinaglia e o Presidente Arthur Sanchez Badin.	
PADRÃO PROBATÓRIO	Prova emprestada de investigação criminal com interceptação telefônica e busca e apreensões.	
DATA E SESSÃO JULGAMENTO	01/09/2010, 474ª Sessão Ordinária de Julgamento.	
CORRUPÇÃO: ELEMENTOS INDICATIVOS E QUAL FOI O ENCAMINHAMENTO.		
Consta nos autos decisão do TCU (TC 012.304/2002-5) acerca de procedimento de inexigibilidade do Hospital da Aeronáutica para contratar com a AGA (CADE, 2010, p. 248-257). Apesar de acatar os esclarecimentos oferecidos, o TCU recomendou ao ente público que fossem observados os dispositivos dos arts. 24 e 25 da Lei de Licitações. É que, no caso, houve contratação da empresa fornecedora dos gases por inexigibilidade, quando era, em tese, possível competição. Não é falado propriamente de corrupção, mas a forma de contratação por inexigibilidade chamou atenção dos órgãos de controle. Em outro trecho dos autos, fala-se em possível corrupção em licitações realizadas pelo Hospital Central do Exército (anos 1997, 1998 e 1999, em representação oferecida a SDE por Joao Batista Pereira Vinhosa, que deu origem à averiguação preliminar nº 08012.001075/2000-18, arquivada por falta de provas e que tratava de cartel em licitação no mesmo mercado relevante). “Resumidamente, foi denunciado que, nas licitações realizadas pelo HCE para atender à demanda de Gases Medicinais, em três anos consecutivos (1997, 1998 e 1999), o Órgão contou com superfaturadas propostas de preços de uma única empresa, a		

White Martins S/A. Da correspondência (ANEXO VII) encaminhada ao Ministro José Viegas em 15/09/03, com cópia ao Presidente Lula e ao STF, Ministro Maurício Corrêa, destaca-se a transcrição a seguir: ‘Senhor Ministro, ninguém pode ter qualquer dúvida sobre a gravidade da situação: os superfaturamentos acima descritos desmoralizam o Exército Brasileiro. Deixá-los impunes aniquilará com qualquer resquício de credibilidade daqueles que têm o poder de agir e acionar os instrumentos de combate à corrupção. Afinal, nem mesmo o DNER - tristemente lembrado como o paraíso da corrupção - pagava um milhão e duzentos mil por algo que poderia ser comprado por trezentos mil. Para que V.Ex. ‘avalie o nível de esculhambação ao qual chegamos, estou lhe encaminhando o documento’, João no País da Corrupção (ANEXO II)’ (CADE, 2010, p. 1747). Na Averiguação Preliminar nº 08012.001075/2000-18, arquivada por falta de provas, o representante, em alguns trechos, menciona possíveis práticas de corrupção relacionadas ao Ministério da Saúde, no contexto em que fala da atividade do cartel. Nesse sentido, interessante representação formulada pelo próprio CADE para o Ministério Público Federal, assinada pelo então presidente e pela então procuradora-geral, a fim de que fossem investigados casos de corrupção. É que o Ministro da Saúde encaminhou notícias de jornal ao CADE, referentes a atos de corrupção e práticas antitruste, relacionadas a hospitais da rede pública e à aquisição de gases medicinais (vide p. 719 e ss., autos 08012.001075/2000-18). Consta no seguinte trecho da referida representação: “As denúncias apontam, também, o favorecimento e a corrupção de servidores públicos responsáveis pela contratação dos serviços como se lê na notícia de 15 de abril do corrente, publicada em O Globo, a saber: ‘Comparando os gastos do Ministério da Saúde com o relatório de despesas do serviço de nutrição do hospital, Darze descobriu que o Governo pagou indevidamente por serviços extras realizados no ano passado, aumentando em 20% os gastos. Os fraudadores, segundo ele, teriam utilizado notas fiscais com carimbo e assinatura falsos da chefe do setor de nutrição, Solange Gonçalves de Carvalho. Ao iodo, 22 notas fiscais teriam sido falsificadas e beneficiado a empresa Comissária Aérea Rio de Janeiro Ltda.’ O mesmo veículo de comunicação social informa, em reportagem de 01 de novembro, que a Procuradoria da República está investigando a existência de cartel formado pelas empresais prestadoras de serviços de limpeza, lavagem de roupa, vigilância e fornecimento de gases medicinais. A investigação tem como base relatórios de auditoria realizados em diversos hospitais do Rio de Janeiro pela Secretaria de Controle Interno do Ministério da Fazenda (Doe. 03)” (vide p. 720 e 721, autos 08012.001075/2000-18). Quanto ao encaminhamento, o caso foi, desde o início, nos autos do Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70, investigado em conjunto com o Ministério Público.

05		
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.011853/2008-13		
CARTEL DO LIXO DE PREFEITURAS DO RIO GRANDE DO SUL		
REPRESENTANTE	Ministério Público Estadual em Porto Alegre, promotor Ricardo Felix Herbstrith.	
RELATOR	Eduardo Pontual	
DATA DE INSTAURAÇÃO	AVERIGUAÇÃO PRELIMINAR OU INQUÉRITO	PROCESSO ADMINISTRATIVO
	11/11/2009 (primeiro despacho)	18/12/2009
MERCADO RELEVANTE	Mercado relevante de coleta, transporte e destinação final de resíduos sólidos urbanos e de saúde no Estado do Rio Grande do Sul.	
RESUMO DO CASO	O processo administrativo iniciou com a remessa, à SDE, de denúncia oferecida pelo MPRS contra empresários que faziam parte do cartel do lixo em licitações de prefeituras no Rio Grande do Sul. A conduta teria durado entre 2002 até novembro 2008, quando houve prisões e buscas e apreensões na investigação criminal. Foram remetidas mais de 6000 páginas de documentos à SDE.	
RESUMO DA DECISÃO	O CADE (CADE, 2014a, p. 6967-7047), por unanimidade, condenou a maioria dos representados por estarem incurso nos incisos I, II e IV do art. 20, c/c incisos I, II, III e VIII do art. 21, ambos da Lei nº 8.884/94, a multas e outras obrigações de fazer/não fazer. Participaram do julgamento os Conselheiros do CADE, Ricardo Machado Ruiz, Alessandro Octaviani Luis, Eduardo Pontual Ribeiro, Ana Frazão, Marcio de Oliveira Júnior e Gilvandro Vasconcelos Coelho Araújo. O presidente, Vinícius Marques de Carvalho, estava impedido.	
PADRÃO PROBATÓRIO	Vasto material compartilhado da investigação na esfera criminal, com destaque para interceptações telefônicas. Os autos têm 7537 páginas e o processo administrativo só foi instaurado à página 6761. São mais de 6000 páginas com documentos.	
DATA E SESSÃO JULGAMENTO	05/02/2014, 37ª Sessão Ordinária de Julgamento.	
CORRUPÇÃO: ELEMENTOS INDICATIVOS E QUAL FOI O ENCAMINHAMENTO.		
<p>Em cópia de petição, o MPRS menciona que “O monitoramento evidenciou que Cícero Leopoldo da Silva, filho de ‘João do Ferro-velho’, é o principal operador da organização. Há diálogos absolutamente claros no sentido da manipulação dos certames licitatórios, bem como do pagamento de corrupção a agentes públicos. Os principais encontram-se degravados nos expedientes anexados” (CADE, 2014a, p. 2870/2871). Em outra petição, menciona o MP Estadual: “Então, causa estranheza que um servidor qualificado de um município marque um encontro em um restaurante e não no seu gabinete para o recebimento de ‘documentos’. Entende o Ministério Público, em face do modus operandi da organização chefiada por João do Ferro Velho, que Diógenes iria entregar algum valor oriundo de corrupção ao secretário” (CADE, 2014a, p. 3464). Ainda, a própria denúncia apresentada pelo MPE/RS identifica, conforme constatou o CADE em nota de rodapé de nota técnica da superintendência: “fundamental, contudo, ressaltar que parcela significativa das condutas identificadas na denúncia apresentada pelo MPE-RS refere-se a possíveis “fraudes a licitações”, não caracterizáveis como infrações à Lei 8.884/94, tais como: (i) corrupção de servidores públicos, visando ao direcionamento das licitações e à formalização de aditivos contratuais [...]” (CADE, 2014a, p. 7106). Quanto ao encaminhamento, o caso foi, na origem, investigado pela Polícia e pelo MP, tendo se iniciado na SDE já com cópia da investigação criminal finalizada e da denúncia oferecida.</p>		

06		
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.010362/2007-66		
CARTEL NO MERCADO DE CARGAS AÉREAS		
REPRESENTANTE	Ministério Público Federal, procurador Pedro Antônio de Oliveira Machado.	
RELATOR	Ricardo Machado Ruiz	
DATA DE INSTAURAÇÃO	AVERIGUAÇÃO PRELIMINAR OU INQUÉRITO	PROCESSO ADMINISTRATIVO
	27/08/2007 (primeiro despacho)	05/10/2007
MERCADO RELEVANTE	O mercado relevante seria o de contratação de serviços de transporte aéreo de cargas da RPN (Rede Postal Aérea Noturna) nas linhas F, G e K da Concorrência nº 10/2000 e nas linhas A e C do Pregão Presencial nº 45/2001, lotes em que as Representadas teriam participado, isolada ou conjuntamente, impactando de forma negativa na concorrência.	
RESUMO DO CASO	O processo administrativo foi instaurado com cópia de ação civil pública (2007.34.00.009984-4, Justiça Federal de Brasília) e de ação penal (2007.34.00.011831-0, Justiça Federal de Brasília) propostas pelo Ministério Público Federal em relação a cartel identificado em licitações promovidas pelo Correios (entre 2000 a 2002). Consta nos autos que, para Concorrência nº 10/2000, quatro dias antes da data de entrega das propostas, ou seja, no dia 21/07/2000, duas empresas concorrentes celebraram um <i>Termo de Compromisso de Subcontratação</i> (CADE, 2014b, p. 64 -66), segundo o qual a empresa que se sagrasse vencedora em qualquer das linhas do procedimento licitatório realizado pela ECT deveria subcontratar a outra para a realização de 50% dos serviços. Ainda, consta referência a outros acordos posteriores celebrados entre os Representados. Em 24 de dezembro de 2001, as empresas firmaram o “1º Termo de Formalização para Subcontratação de Transporte de Carga Aérea” (fls. 65-67 dos autos) relativo ao objeto do Pregão Presencial nº 45/2001 (transporte aéreo de cargas nas linhas A e C). Tal ajuste previa a transferência, entre as empresas, de um quantitativo mínimo de 50% dos serviços decorrentes da operação das linhas A e C, além da disponibilização de uma aeronave por parte de cada uma.	
RESUMO DA DECISÃO	O CADE (CADE, 2014b, vide p. 2161-2212) condenou, por unanimidade, os representados a multas e outras obrigações de fazer/não fazer, por incidirem no art. 20, incisos I a IV, e no art. 21, incisos I, III e VIII, da Lei nº 8.884/94. Participaram do julgamento o Presidente do CADE, Vinícius Marques de Carvalho, e os Conselheiros Ricardo Machado Ruiz, Alessandro Octaviani Luis, Eduardo Pontual Ribeiro, Marcelo de Oliveira Júnior e Gilvandro Vasconcelos Coelho Araújo. A Conselheira Ana Frazão declarou-se suspeita.	
PADRÃO PROBATÓRIO	Prova produzida para a propositura da ação civil pública e da ação penal, sobretudo testemunhal e de documentos.	
DATA E SESSÃO JULGAMENTO	19/02/2014, 38ª Sessão Ordinária de Julgamento	
CORRUPÇÃO: ELEMENTOS INDICATIVOS E QUAL FOI O ENCAMINHAMENTO.		
<p>Havia notícias na imprensa de corrupção nos Correios à época e foi instaurada auditoria interna, bem como no TCU. Ainda, os fatos foram investigados pela CMPI dos Correios, aberta para verificar possíveis atos ilícitos na estatal, tais como corrupção, superfaturamento de contratos e fraudes a licitações. Uma das representadas, em sua defesa na SDE, curiosamente, trouxe o tema da corrupção como fator a ser considerado. Referia-se, é fato, à prática genérica de corrupção no mercado e à posição do agente econômico como vítima, mas, ao desqualificar o trabalho do MPF-DF, mencionou que a investigação foi falha: “no ponto em que deixou de considerar a realidade das empresas privadas, que necessitam resguardar seu patrimônio e sua liquidez para continuar sobrevivendo no frágil mercado nacional, diante do excesso de fiscalizações, normas, regras e quejantos improdutivos e burocratizantes, oriundos de uma distorcida cultura de corrupção já notoriamente destacada e pouco combatida, e de uma indecente voracidade legiferante, que aparentemente estipula dificuldades protetivas para vender facilidades corporativas ao particular, ao capital e ao contribuinte, enfim” (CADE, 2014b, p. 157). Em Relatório do TCU inserido nos autos (CADE, 2014b, p. 2276) consta: “Trata-se de representação</p>		

interposta pela equipe de auditoria designada pela Portaria de Fiscalização 961/2005, com o objetivo de realizar auditoria de conformidade sobre os processos de licitação e contratos mencionados em notícias veiculadas na imprensa sobre corrupção na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT. Esta representação tem por objeto o exame de alguns procedimentos licitatórios e contratos da ECT, referentes à Rede Postal Aérea Noturna - RPN, ocorridos entre os exercícios de 2000 a 2005, envolvendo as empresas Skymaster Airlines Ltda. e Beta - Brazilian Express Transportes Ltda., objeto de denúncias. Apurou-se a existência de irregularidades ocorridas em processos de contratação para a operação da Rede Postal Aérea Noturna - RPN, que redundaram na celebração de contratos com a empresa Skymaster Airlines Ltda.". O Acórdão do caso (TC 016.556/2005-5) consta nos autos (CADE, 2014b, p. 2305-2306). Em síntese, pela análise do referido documento, o TCU declarou as empresas inidôneas e determinou aos Correios a rescisão de todos os contratos eventualmente vigentes com elas. O caso foi, inicialmente, investigado pelo MPF, tendo se iniciado a partir de cópia de Ação Civil Pública e Ação Penal propostas na Justiça Federal, ambas referentes à prática de cartel.

07		
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.009611/2008-51		
CARTEL DE PORTAS GIRATÓRIAS		
REPRESENTANTE	Secretaria de Direito Econômico – SDE (de ofício, a partir de denúncia anônima encaminhada ao CADE).	
RELATOR	Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo	
DATA DE INSTAURAÇÃO	AVERIGUAÇÃO PRELIMINAR OU INQUÉRITO	PROCESSO ADMINISTRATIVO
	06/11/2008	18/03/2011
MERCADO RELEVANTE	Mercado nacional de portas de segurança com detectores de metais.	
RESUMO DO CASO	<p>O processo administrativo foi instaurado a partir de denúncia anônima encaminhada eletronicamente ao CADE, na qual se é narrado o seguinte: “Tratar-se-ia de suposto cartel formado por empresas fornecedoras de portas giratórias, sediadas nos estados de Santa Catarina e do Rio Grande do Sul; Os produtos fornecidos por tais empresas contariam com certificação especial concedida pelo Banco do Brasil, o que teria lhes trazido vantagens nas licitações conduzidas pelo banco e, conseqüentemente, facilitado a estruturação do suposto cartel; As supostas integrantes do cartel teriam firmado acordos prévios, de forma a garantir que se alternassem entre si como vencedoras das licitações. Caberia também a cada uma das empresas dar cobertura às demais, com o fim de conferir aparência de competitividade aos certames licitatórios. Ainda segundo a denúncia, uma dessas empresas há muito tempo estaria participando dos pregões apenas para dar cobertura às demais, recebendo, para tanto, 10% (dez por cento) do valor licitado a título de "retribuição"; As empresas que participariam do suposto cartel seriam as mesmas que forneciam o produto para o Banrisul; E dentre as integrantes do suposto cartel, haveria uma empresa que controlava - devido a ligações societárias - diversas outras pessoas jurídicas utilizadas para participar das licitações, de forma a fraudar seu caráter competitivo” (CADE, 2014g, p. 6). Então a SDE estudou pregões realizados pelo Banco do Brasil em 2008, bem como pelo Banrisul entre 2003 e 2005, e verificou elementos indicativos da prática de cartel. A partir de diligências realizadas pela SDE, restou verificado que as empresas denunciadas possuíam um amplo espectro de clientes, composto, principalmente, por instituições financeiras privadas e públicas.</p>	
RESUMO DA DECISÃO	<p>O CADE (CADE, 2014g, p. 106-229), por unanimidade, condenou a maioria dos representados por incorrerem nos artigos no art. 20, incisos I, II, III e IV, c/c art. 21, incisos I, II, III e VIII, ambos da Lei nº 8.884/94, a sanções de multa e de proibição de participar de licitações com a Administração Pública por cinco anos. Participaram do julgamento os Conselheiros do CADE, Ana Frazão, Marcio de Oliveira Júnior e Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo. O presidente do CADE, Vinícius Marques de Carvalho, declarou-se impedido.</p>	
PADRÃO PROBATÓRIO	Houve buscas e apreensões nas sedes das empresas.	
DATA E SESSÃO JULGAMENTO	10/12/2014, 56ª Sessão de Julgamento.	
CORRUPÇÃO: ELEMENTOS INDICATIVOS E QUAL FOI O ENCAMINHAMENTO.		
<p>De início, deve-se atentar que a versão disponibilizada dos autos é de um “apartado de acesso público”, com apenas as principais peças, o que prejudica a análise do tópico. De toda forma, alguns elementos foram encontrados para indicar possível prática de corrupção. Depreende-se dos autos que, para fornecimento ao Banco do Brasil, era necessário possuir uma <i>homologação especial</i> do equipamento. Para as empresas que não tinham a referida homologação, o processo foi arquivado, por ausência de provas de envolvimento no cartel. Já na denúncia anônima, consta a seguinte informação: “Os produtos fornecidos por tais empresas contariam com certificação especial concedida pelo Banco do Brasil, o que teria lhes trazido vantagens nas licitações conduzidas pelo banco e, conseqüentemente, facilitado a estruturação do suposto cartel”. Além disso, é mencionado que “os equipamentos seriam vendidos a outros clientes, como tribunais, por preços significativamente inferiores aos praticados junto ao Banco do</p>		

Brasil” (CADE, 2014g, p. 6). Havia, pois, indícios de que o cartel, no que se refere às contratações com o Banco do Brasil, poderia ter, por meio da homologação especial referida, afastado efetivos concorrentes. Deve-se destacar que o próprio CADE considerou a certificação como elemento importante para enquadrar os agentes econômicos como membros ou não do cartel. Empresas investigadas que não tinham a certificação do Banco do Brasil foram absolvidas da acusação de cartel. Consta na decisão do CADE: “Nesse sentido, cumpre salientar que essas duas empresas não participaram da maioria dos certames em que as demais Representadas concorreram, em parte porque não possuíam homologação especial para fornecimento de PSDM ao Banco do Brasil” (CADE, 2014g, p. 217). Havia, pois, (a) indícios de que o cartel, no que se refere às contratações com o Banco do Brasil, poderia ter afastado, por meio da homologação especial referida, alguns concorrentes, além do que (b) essa mesma homologação especial pode ter conferido ao cartel um sobrepreço nas compras do Banco do Brasil, em relação às demais aquisições do mercado. A questão da *homologação especial* do Banco do Brasil, embora adotada como fundamento para condenar e/ou arquivar, como no caso de duas das representadas, por falta de provas, não foi aprofundada pelo CADE.

08		
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.006199/2009-07		
CARTEL DOS MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO (PREFEITURA DE LAGES/SC)		
REPRESENTANTE	Secretaria de Direito Econômico – SDE (de ofício, depois que recebeu denúncia anônima).	
RELATOR	Márcio de Oliveira Júnior	
DATA DE INSTAURAÇÃO	AVERIGUAÇÃO PRELIMINAR OU INQUÉRITO	PROCESSO ADMINISTRATIVO
	30/12/2009	24/02/2012
MERCADO RELEVANTE	“Nos casos de cartel (inclusive os de facilitação de cartel), o CADE tem entendido que o mercado relevante geográfico a ser considerado é o escopo da conduta. A análise de condutas em licitações públicas é bastante peculiar, uma vez que o mercado relevante de análise é a própria licitação, nas diversas dimensões que o conceito assume. Assim, em relação à dimensão produto, defino o mercado relevante como o objeto das licitações em análise, qual seja, materiais para construção. Em relação à dimensão geográfica, defino o mercado relevante como o município de Lages, já que os produtos seriam fornecidos à Prefeitura de Lages/SC, órgão licitante” (CADE, 2014h, p. 4599).	
RESUMO DO CASO	A denúncia anônima, encaminhada à SDE, começava a descrição da seguinte maneira (CADE, 2014h, p. 2): “Com a finalidade precípua de colaborar com as medidas impostas ao combate à corrupção e em consequência, a participação de cartéis em licitações, com o escopo exclusivo de se beneficiar, com o emprego de manobra para excluir os demais licitantes da faixa de negociação oral, vem-se pelo presente, expor-lhes, em caráter confidencial, as Empresas, seus sócios e seus endereços que, com visíveis indícios de conspiração tentaram participar do Pregão Presencial sob nº 24/2009, aberto em 23/06/2009”. Investigou-se possível cartel formado por dois grupos de empresas participantes de licitações destinadas à aquisição de materiais de construção em geral, no município de Lages/SC, em face dos indícios de infração à ordem econômica, passíveis de enquadramento no art. 20, inciso I, c/c art. 21, incisos I, II, III e VIII, ambos da Lei nº 8.884 de junho de 1994. O voto do relator analisa detalhadamente a documentação e as ofertas apresentadas nos certames licitatórios pelas empresas, que constituem fortes indícios da existência do conluio.	
RESUMO DA DECISÃO	O CADE (CADE, 2014h, p. 4545-4710), por unanimidade, condenou parte dos representados, por incidirem no art. 20, incisos I a IV, e no art. 21, incisos I, II, III e VIII, da Lei 8.884/94, a multas e obrigações de fazer/não fazer. Participaram do julgamento os Conselheiros do CADE, Ana Frazão, Marcio de Oliveira Júnior e Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo. O presidente do CADE, Vinícius Marques de Carvalho, estava impedido.	
PADRÃO PROBATÓRIO	Prova documental a partir dos próprios procedimentos licitatórios. Elementos nas propostas indicavam ter havido conluio, além de existência de sócios em comum nas empresas concorrentes.	
DATA E SESSÃO JULGAMENTO	10/12/2014, 56ª Sessão de Julgamento.	
CORRUPÇÃO: ELEMENTOS INDICATIVOS E QUAL FOI O ENCAMINHAMENTO.		
A denúncia anônima começa a descrição da conduta da seguinte maneira: “Com a finalidade precípua de colaborar com as medidas impostas ao combate à corrupção e em consequência, a participação de cartéis em licitações, com o escopo exclusivo de se beneficiar, com o emprego de manobra para excluir os demais licitantes da faixa de negociação oral, vem-se pelo presente, expor-lhes, em caráter confidencial, as Empresas, seus sócios e seus endereços que, com visíveis indícios de conspiração tentaram participar do Pregão Presencial sob nº 24/2009, aberto em 23/06/2009” (CADE, 2014h, p. 2). No próprio voto do conselheiro-relator, Márcio de Oliveira Júnior, cogita-se a prática de corrupção, nos seguintes termos: “Não se está a afastar a eventual ocorrência de fraude ou de corrupção, as quais poderão ser apuradas pelo Ministério Público e/ou pela autoridade policial competente a partir do conjunto probatório acostado aos presentes autos, tendo em vista a ocorrência de possível ilicitude decorrente de uma possível dupla		

participação de uma mesma empresa em uma licitação” (CADE, 2014h, p. 4688). O voto do relator, ao final, determinou a remessa “cópia do presente voto ao Ministério Público Federal com representação no CADE para ciência e providências junto ao Ministério Público do Estado de Santa Catarina e à Procuradoria da República em Santa Catarina, especialmente quanto (i) à possível apuração criminal do cartel ora analisado, (ii) à possível apuração de fraude ao Pregão Presencial 24/2009 da Prefeitura Municipal de Lages e (iii) à possível responsabilização civil decorrente de todos os ilícitos envolvidos no presente caso” (CADE, 2014h, p. 4701).

09		
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.008184/2011-90		
CARTEL DE EMPRESAS DE TRÂNSITO EM JAHU/SP		
REPRESENTANTE	Câmara Municipal de Jahu/SP	
RELATOR	Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo	
DATA DE INSTAURAÇÃO	AVERIGUAÇÃO PRELIMINAR OU INQUÉRITO	PROCESSO ADMINISTRATIVO
	22/09/2011 (primeiro despacho)	02/08/2012
MERCADO RELEVANTE	Mercado de prestação de serviços de apoio, sinalização, monitoramento, manutenção e fiscalização do trânsito no Município de Jahu (São Paulo).	
RESUMO DO CASO	<p>O processo administrativo foi instaurado a partir de ofício da Câmara Municipal de Jahu, que remete ao CADE o “Relatório Final do Processo Administrativo n. 147/2011, originado da Portaria n.º 55/2011 que instaurou a Comissão Especial de inquérito destinada a ‘apurar possíveis irregularidades nos processos de licitações contratação de empresas para prestação de serviços de trânsito’, encaminhar todo o processado dentro o Relatório, instauração, instrução contendo oitivas de testemunhas e juntada de documentos” (CADE, 2015d, p. 2). É importante registrar que o ilícito foi revelado por meio de reportagem do Fantástico, veiculada em 13/03/2011 (vide p. 5). Os principais indícios de conluio nos certames licitatórios eram a (i) grande similitude entre as propostas apresentados pelas empresas tanto na fase de cotação de preço quanto na fase de apresentação de propostas, inclusive com a repetição de mesmos erros ortográficos e de digitação que não apareciam no modelo contido como anexo ao edital da licitação e (ii) relações pessoais entre sócios, diretores e procuradores de algumas dessas empresas e a presença de “nomes de pessoas de uma empresa em documentos de outra”.</p>	
RESUMO DA DECISÃO	<p>O CADE (CADE, 2015d, p. 2536 - 2592), por unanimidade, condenou os representados, por estarem incursos nos arts. 20, I a IV, e 21, incisos I, III e VIII, da Lei nº 8.884/94, a multas. Participaram do julgamento o Presidente do CADE, Vinícius Marques de Carvalho, além dos Conselheiros Ana Frazão, Marcio de Oliveira Júnior e Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo.</p>	
PADRÃO PROBATÓRIO	<p>Prova documental a partir dos próprios procedimentos licitatórios. Havia, ainda, provas documentais oriundas de CPI do Poder Legislativo local e matéria jornalística produzida pelo Fantástico.</p>	
DATA E SESSÃO JULGAMENTO	08/04/2015, 62ª Sessão Ordinária de Julgamento.	
CORRUPÇÃO: ELEMENTOS INDICATIVOS E QUAL FOI O ENCAMINHAMENTO.		
<p>A investigação no Poder Legislativo municipal foi requerida para verificar corrupção e fraude em licitações (CADE, 2015d, p. 5). Consta notícia nos autos, por exemplo, que informa o seguinte: “O Ministério Público (MP) de Jaú encaminhou ofício ontem à Prefeitura para obter informações sobre o contrato firmado-entre o Executivo e a C., no valor de R\$ 3.281.368,29. A empresa venceu licitação na modalidade pregão presencial para desenvolvimento de engenharia de trânsito no Município, como sinalização e semáforos. A fiscalização por radares não está incluída na prestação de serviços firmada com a C.. Os promotores de Justiça Celso Êllo Vannusini e Jorge logo Marques de Oliveira pedem que, no prazo de 15 dias, sejam enviadas as cópias do procedimento licitatório vencido pela C. e do contrato firmado, em 29 de abril de 2010, entre a empresa e o poder público municipal. A solicitação, para consulta e análise, foi feita com base em matérias publicadas pelo Comércio e pelo Fantástico. Conforme o Comércio adiantou ontem, o Fantástico apresentou denúncia contra a indústria das multas no Brasil. A reportagem elencou sete empresas supostamente envolvidas em corrupção e a C. está incluída neste rol. O programa da Rede Globo, de domingo, registrou conversa em que os representantes das empresas de fotossensores oferecem propinas para gestores municipais. Nas gravações, os representantes confessam que é possível “apagar” multas de apadrinhados políticos, parentes e amigos e que os editais podem ser direcionados. Todas as fraudes apontadas também recaem sobre a C.. Por meio da assessoria de imprensa, a empresa, no entanto, nega o envolvimento com ilegalidades (leia texto)” (CADE, 2015d, p. 21). Consta, ainda, no voto condutor: “Programa Fantástico da Rede Globo de Televisão, de 13 de março de 2011 (ou seja, mais que um ano antes da instauração do processo administrativo), que publicizou suposto esquema</p>		

de corrupção e fraude em licitações envolvendo empresas que prestam serviço de apoio, monitoramento, manutenção e fiscalização do trânsito em municípios, especialmente com fraudes em licitação para instalação e gerenciamento de radares e oferta de propina aos agentes públicos” (CADE, 2015d, p. 2536). Quanto ao encaminhamento, o caso, ao chegar ao SBDC, já estava sendo investigado pelo Ministério Público local. De toda forma, determinou-se a remessa de cópia da decisão para a Prefeitura e a Câmara Municipal de Jahu, bem como ao Ministério Público Estadual e ao Tribunal de Contas do Estado.

10		
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.009885/2009-21		
CARTEL DE CONSTRUTORAS EM LICITAÇÃO DA SABESP		
REPRESENTANTE	Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP	
RELATOR	Ana Frazão	
DATA DE INSTAURAÇÃO	AVERIGUAÇÃO PRELIMINAR OU INQUÉRITO	PROCESSO ADMINISTRATIVO
	09/12/2009 (primeiro despacho)	09/06/2010
MERCADO RELEVANTE	Mercado de obras para sistema produtor de água. Região metropolitana da Baixada Santista.	
RESUMO DO CASO	<p>A Empresa Pública paulista encaminhou representação para o CADE ao saber que empresas licitantes (Concorrência Internacional CSO nº 53.524, lote 03 do sistema produtor de água Mambu/Berço, da Região Metropolitana da Baixada Santista, realizada em 2007/2008) formaram uma sociedade em cotas de participação de propósito específico (CADE, 2015c, p. 176), instrumento particular firmado em 04/06/2008, de maneira que a uma das empresas desistiu de apresentar documentos no certame e foi desclassificada, sagrando-se vencedora a outra (CADE, 2015c, p. 147). O contrato foi firmado com a SABESP em 23/07/2008 (CADE, 2015c, p. 147). Várias outras empreiteiras participaram do certame, entre elas a Odebrecht e a OAS. O objeto do processo administrativo ficou centrado nas empreiteiras que firmaram o referido contrato societário.</p>	
RESUMO DA DECISÃO	<p>O CADE (CADE, 2015c, p. 2664), por unanimidade, condenou a maioria dos representados pela prática de infração, nos termos do art. 20, incisos I, III e IV, c/c art. 21, I e VIII, da Lei no 8.884/94, aplicando-lhes multas e obrigações de fazer/não fazer. Houve apenas divergência quanto à dosimetria e a outras obrigações, propostas pelo conselheiro Márcio de Oliveira. Participaram do julgamento os conselheiros Ana Frazão, Marcio de Oliveira Júnior e Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo. Estava impedido o presidente do CADE, Vinícius Marques de Carvalho.</p>	
PADRÃO PROBATÓRIO	Prova documental (instrumento particular firmado entre os licitantes que explicitava o ajuste).	
DATA E SESSÃO JULGAMENTO	08/04/2015, 62ª Sessão Ordinária de Julgamento.	
CORRUPÇÃO: ELEMENTOS INDICATIVOS E QUAL FOI O ENCAMINHAMENTO.		
<p>Uma das teses de defesa levantadas por uma das empresas, que alcançou a 1ª colocação no certame, foi de que houve uma tentativa de direcionamento do certame por parte da SABESP. De maneira implícita, depreende-se que a essa empresa, 1ª colocada, pode ter sido cooptada para um esquema fraudulento maior, que envolveria o cartel e a corrupção. A SABESP fez seguidas exigências à empresa 1ª colocada, que, na sua visão, seriam indevidas, na tentativa que abandonasse o certame. Então, a empresa firmou a sociedade em cotas de participação de propósito específico com a 2ª colocada. Essa narrativa se justificaria se, inicialmente, a 1ª colocada não fizesse parte do cartel e tivesse sido cooptada para o ilícito com a ajuda de agentes do ente público. É uma tese plausível, sobretudo quando verificado que, ao final, a 1ª colocada foi, de fato, desclassificada e a 2ª colocada contratada para executar a obra. Segue a cronologia dos fatos: (i) diversas exigências foram feitas à 1ª colocada pela comissão de licitação, após sagrar-se vencedora (sua proposta era de 59 milhões, bem inferior que a da 2ª colocada, de 73 milhões, mas superior ao patamar mínimo previsto no próprio edital para análise de exequibilidade) e todas foram tempestivamente cumpridas, sendo a última exigência datada de 02/06/2008 (CADE, 2015c, p. 141); (ii) o prazo dessa última exigência era de 48h e venceu em 04/06/2008; (iii) em 06/06/2008, a Comissão de Licitação desclassificou a 1ª colocada e declarou a 2ª colocada vencedora (CADE, 2015c, p. 144), sem quaisquer exigências adicionais; (iv) o instrumento particular firmado entre as duas empresas ocorreu justamente na data de vencimento da última exigência, 04/06/2008. É, portanto, razoável a tese de que a própria SABESP auxiliou na cooptação da 1ª colocada para o cartel. Ocorre que esse ponto não foi objeto de apuração no presente caso. Em uma de suas manifestações nos autos do processo antitruste, a 1ª colocada expõe: “Ad Argumentandum tantum, ainda que o edital contivesse tal previsão (O QUE NÃO É O CASO), o prazo de 60 (sessenta) dias para a contratação da vencedora no certame se encerraria em 29/04/2008, dada a suspensão havida entre a apresentação do Recurso Administrativo, em 29/03/2008, e o seu julgamento 15/04/2008. Todavia, como era do Interesse da O. executar a obra, permaneceu respondendo às diligências da SABESP, ATÉ O MOMENTO EM QUE LHE FOI EXIGIDO ALGO</p>		

COM O QUAL NÃO PODIA SE COMPROMETER, SOB PENA DE GRAVE E IRREPARÁVEL LESÃO, BEM COMO PELA EVIDENTE ILEGALIDADE DO REFERIDO REQUERIMENTO. Diante disso, e também com a certeza de que estava liberada dos compromissos assumidos, decidiu não responder à ilegal exigência da SABESP. Portanto, NÃO PODE ESTA CONTESTANTE SER ACUSADA DE CONLUÍO OU ASSOCIAÇÃO RARA FINS DE FRAUDAR LICITAÇÕES, posto que tal comportamento é comum à S. e não à O., posto que aquela, inclusive, já teve os seus diretores presos pela mesma prática, em detrimento da livre concorrência. A O. QUE NUNCA TEVE UM CASO SEQUER INVESTIGADO JUDICIALMENTE, TAMPOUCO TEVE QUALQUER DE SEUS DIRETORES ENVOLVIDOS EM ESCÂNDALOS CORRUPÇÃO. Como provam os robustos argumentos e documentos acostados ao presente processo administrativo, esta empresa uniu todos os seus esforços para executá-la, apesar das inúmeras tentativas da SABESP de alijá-la do certame. Contudo, ESTA CONTESTANTE JAMAIS PODERIA ASSUMIR UM NOVO CRONOGRAMA PARA A OBRA. QUE SÓ TERIA O CONDÃO DE PENALIZA-LA SEM QUALQUER RAZÃO OBJETIVA OU AMPARO LEGAL PARA TANTO” (CADE, 2015c, p. 2610). Não houve encaminhamento no presente caso.

11		
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.001273/2010-24		
CARTEL DE AQUECEDORES SOLARES		
REPRESENTANTE	Ministério Público do Estado de São Paulo, GEDEC, promotor Gilberto Leme Marcos Garcia	
RELATOR	Márcio de Oliveira Júnior	
DATA DE INSTAURAÇÃO	AVERIGUAÇÃO PRELIMINAR OU INQUÉRITO	PROCESSO ADMINISTRATIVO
	09/02/2010	27/01/2012
MERCADO RELEVANTE	<p>“Reconheço que o mercado comum de aquecedores, considerando a parcela situada fora das licitações em comento, possui características que poderiam diluir o poder de mercado das Representadas e dificultar eventual formação de cartel. Entretanto, as licitações organizadas pela CDHU constituem um mercado específico, destinado a abastecer um só cliente: o ente público. [...] Em se tratando de cartel em licitação, tem-se que o mercado relevante é delimitado pelas próprias licitações analisadas. Nesse sentido, uma vez que a CDHU, entidade promotora dos processos licitatórios em questão, determinou as especificações técnicas dos produtos (fls. 43/45 e 4001/4003), considera-se que o produto é homogêneo e que tais especificações excluem grande parte de potenciais fornecedores diante da impossibilidade de montar um kit consistente com todas as exigências do edital. Por isso, na existência de uma licitação, não há a pulverização do mercado, diante do pequeno número de agentes aptos a ofertar os produtos naquelas especificações requeridas pela Administração” (CADE, 2015f, p. 6961).</p>	
RESUMO DO CASO	<p>O processo administrativo foi instaurado a partir de ofício do GEDEC (Grupo Especial de Delitos Econômicos) do MPSP, enviado à SDE em 09/02/2010, no qual noticia cartel em licitação na aquisição de aquecedores solares por parte da CDHU (Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo). Segundo noticiou a CDHU ao GEDEC: “A Representação indica ainda que dos seis lotes disponibilizados no pregão presencial da CDHU de nº 7/09, de 6/4/2009, seis das empresas anteriormente citadas venceram todos os lotes. Evidencia-se ainda na documentação apresentada que, durante o pregão, houve sintomática coincidência dos menores preços ofertados na oportunidade da abertura das propostas” (CADE, 2015f, p. 4).</p>	
RESUMO DA DECISÃO	<p>O CADE (CADE, 2015f, p. 6894-6985; 6990-7002), por unanimidade, condenou a maioria das representadas por infração, com fundamento no art. 20, incisos I e IV, e no art. 21, incisos I, II, III e VIII, da Lei 8.884/1994, aplicando-lhes multa. Participaram os Conselheiros do CADE Márcio de Oliveira Júnior, Alexandre Cordeiro, João Paulo de Resende e Paulo Burnier da Silveira. O conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo e o Presidente Vinícius Marques de Carvalho estavam impedidos.</p>	
PADRÃO PROBATÓRIO	<p>Provas documentais a partir do próprio procedimento licitatório e material colhido em investigação criminal conjunta com o SBDC. Houve também sindicância na CDHU.</p>	
DATA E SESSÃO JULGAMENTO	16/09/2015, 73ª Sessão Ordinária de Julgamento.	
CORRUPÇÃO: ELEMENTOS INDICATIVOS E QUAL FOI O ENCAMINHAMENTO.		
<p>Por exemplo, em termo de declarações prestados ao MPSP, o Sr. Alfa mencionou (CADE, 2015f, p. 1640): “Encerrado o Pregão Presencial nº 07/2009, notou que houve uma satisfação geral em relação ao resultado. O Declarante jamais levou valores em dinheiro para representantes da CDHU. E verdade que existem boatos nesse sentido, mas não pode assegurar sua ocorrência. O fato é que se houve corrupção, o Declarante, dela não se envolveu”. E foi utilizado como fundamento de defesa de alguns dos representados. Vide, por exemplo, trecho de petição (CADE, 2015f, p. 2075): “Pressupostos da denúncia dependeriam da demonstração de prática de ilícitos por parte de autoridades públicas, que não competem ao CADE apurar (70) Dentre os pressupostos das acusações que fundamentam a instauração do processo</p>		

está a suposta criação, nos editais de licitação publicados pela CDHU, de restrições indevidas que impediriam a participação nos certames de empresas que, em princípio, estariam aptas a fornecer os produtos e serviços de interesse da CDHU. Agentes da CDHU teriam uma participação dolosa na criação dessas restrições indevidas (havendo até a menção a suposta corrupção) ou simplesmente culposa”. Também afirma em declaração prestada no MPSP, S. (CADE, 2015f., p. 1638): “A declarante teve reuniões com E. B. após a assinatura do contrato. Não tem conhecimento de pagamento de propina para B., embora tenha ouvido dizer que seria necessário fornecer dinheiro na CDHU. Contudo ouviu dizer isso no mercado e não pode indicar nome de pessoas. A declarante acreditava que a S. não iria ganhar lotes, porque não tinha certidão negativa de débito. No entanto, soube pelo mercado que existiam outras razões sociais que foram utilizadas na licitação, como por exemplo ‘S.’”. No mesmo sentido, termo de declaração prestada por B. A.: “No período em que trabalhou na empresa o declarante escutou diversos comentários no sentido da S. ter pago propina para o coordenador da CDHU, responsável pela licitação dos aquecedores; na verdade, diziam que o gerente comercial, E. M., era que levava ‘a mala de dinheiro’ para E. B. da CDHU”. Quanto ao encaminhamento, o caso, ao chegar ao SBDC, já estava sendo investigado pelo MPSP. Registre-se que, no presente caso, houve uma investigação conjunta entre CADE e MPSP, conforme se depreende da Nota Técnica da SDE (CADE, 2015f, p. 1578).

12		
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08700.011276/2013-60		
CARTEL DE PORTAS GIRATÓRIAS II		
REPRESENTANTE	SDE de ofício	
RELATOR	João Paulo de Resende	
DATA DE INSTAURAÇÃO	AVERIGUAÇÃO PRELIMINAR OU INQUÉRITO	PROCESSO ADMINISTRATIVO
		2013
MERCADO RELEVANTE	Vide 08012.009611/2008-51	
RESUMO DO CASO	Continuidade do processo administrativo nº 08012.009611/2008-51, instaurado em face de duas pessoas físicas que não participaram dos outros autos.	
RESUMO DA DECISÃO	O CADE (CADE, 2015h, p. 217-244) condenou, por unanimidade, os representados a multas e outras obrigações de fazer/não fazer, por incidirem no art. 20, incisos I a IV, e no art. 21, incisos I, II, III e VIII, da Lei nº 8.884/94. Participaram do julgamento o Presidente do CADE, Vinícius Marques de Carvalho, e os Conselheiros Márcio de Oliveira Júnior, Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, Alexandre Cordeiro, João Paulo de Resende e Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt. Ausente, justificadamente, o Conselheiro Paulo Burnier da Silveira.	
PADRÃO PROBATÓRIO	Vide 08012.009611/2008-51	
DATA E SESSÃO JULGAMENTO	11/11/2015, 75ª Sessão Ordinária de Julgamento	
CORRUPÇÃO: ELEMENTOS INDICATIVOS E QUAL FOI O ENCAMINHAMENTO.		
Vide 08012.009611/2008-51		

13		
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.000030/2011-50		
CARTEL MANUTENÇÃO FROTA DE VEÍCULOS NO RIO DE JANEIRO		
REPRESENTANTE	Ministério Público do Rio de Janeiro, promotor Leandro Navega	
RELATOR	Alexandre Cordeiro	
DATA DE INSTAURAÇÃO	AVERIGUAÇÃO PRELIMINAR OU INQUÉRITO	PROCESSO ADMINISTRATIVO
	05/02/2011 (primeiro despacho)	31/07/2012
MERCADO RELEVANTE	Serviço de manutenção de frota automotiva para a SESDEC – Secretaria Estadual de Saúde e Defesa Civil do Estado do Rio de Janeiro.	
RESUMO DO CASO	<p>O MPRJ verificou indícios de cartel em licitação para manutenção da frota da Secretaria de Saúde do Rio de Janeiro (Pregão Eletrônico SESDEC nº 047/2009) e encaminhou documentação à SDE para análise. Sobre os fatos, o MPRJ ingressou com ação de improbidade (0341903-85.2010.8.19.0001). Segundo o Ministério Público, “havia indícios de que todas as participantes se coordenaram para anular qualquer rivalidade na disputa e assegurar que a vencedora fosse a empresa T., o que ao fim ocorreu. Os indícios de conluio seriam os seguintes: (i) P. O. e T. apresentaram propostas com poucos minutos de diferença, sendo que a primeira desistiu do certame no dia seguinte ao que ocorreu a fase de lances; (ii) S. R. e M. S. apresentaram propostas com mesmo valor, de R\$1.118.880,00, o que seria improvável coincidência; (iii) apesar de terem dado lances com ofertas de menor preço, S. R. e M. S. foram desclassificadas por não encaminharem documentos à Coordenação de Licitações da SESDEC e por não terem recorrido da desclassificação, o que significava inexplicável desinteresse em contrato que lhes seria de direito; (iv) sucessão de lances do pregão não denotou qualquer disputa, já que houve somente a proposta inicial e mais um lance de cada participante; (v) os preços praticados estavam em desacordo com contrato semelhantes executados no mercado. A título de exemplo de desacordo de preços em relação ao mercado, citou-se que a P. O. prestava manutenção corretiva e preventiva anual para frota de 193 (cento e noventa e três) veículos da Funasa por R\$1.129.970,00 (um milhão, cento e vinte e nove mil novecentos e setenta reais), ao passo que, no pregão em análise o lance apresentado foi R\$5.040.000,00 (cinco milhões e quarenta mil reais), por 111 (cento e onze) veículos” (CADE, 2015g, p. 2586).</p>	
RESUMO DA DECISÃO	<p>O CADE (CADE, 2015g, p. 2586-2598), por unanimidade, condenou alguns representados à multa, por estarem incursos no art. 20, inciso I, e no art. 21, incisos I e VIII, da Lei nº 8.884/94. Participaram do julgamento o Presidente do CADE, Vinícius Marques de Carvalho, os Conselheiros do CADE, Márcio de Oliveira Júnior, Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, Alexandre Cordeiro, João Paulo de Resende, Paulo Burnier da Silveira e Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt.</p>	
PADRÃO PROBATÓRIO	Prova emprestada de Investigação pré-existente no MPRJ (improbidade), com busca e apreensão.	
DATA E SESSÃO JULGAMENTO	09/12/2015, 77ª Sessão Ordinária de Julgamento.	
CORRUPÇÃO: ELEMENTOS INDICATIVOS E QUAL FOI O ENCAMINHAMENTO.		
<p>Consta nos autos ação de improbidade acerca dos mesmos fatos (vide p. 33 e ss), da qual se depreende a prática de diversos atos por parte de agentes públicos que facilitaram o cometimento do ilícito. Assim, embora não identificado propriamente o pagamento de propina, as provas indicam que houve atos de improbidade, dolosos ou culposos, conforme concluiu o MPRJ (e a comissão de sindicância instaurada, que apurou irregularidades na licitação): “No presente caso, os envolvidos trataram de ignorar todo o itinerário lógico acima descrito, causando considerável dano aos cofres públicos. Primeiramente a licitação foi planejada sem a delimitação de seu objeto e estimativa pormenorizada de seus custos. Com isso, fixou-se valor absurdamente alto, sem base na realidade. A partir disso, a empresa contratada passou a ter a possibilidade de receber o valor integral do contrato independentemente de prestar ou não o serviço contratado integralmente. Mas isso não seria possível se os agentes públicos responsáveis pelo certame não estivessem imbuídos do propósito de beneficiar aquela empresa desde o início. Assim, a licitação</p>		

contou com ilegalidades flagrantes, que tiveram como objetivo barrar outras empresas que poderiam oferecer melhores propostas ao Estado do Rio de Janeiro. Escolhida a empresa após o fraudado pregão eletrônico, abriram-se as portas do cofre para que dinheiro desaguasse no caixa da empresa sem controle efetivo do serviço contratado. Pois, com base em um contrato sem objeto definido, ficaria praticamente impossível a qualquer servidor público verificar se o serviço havia ou não sido integralmente prestado. Isso, somado ao deliberado propósito dos gestores públicos de desviar dinheiro público para a empresa adjudicante, possibilitou a dilapidação da verba da saúde pública fluminense em valores estratosféricos. Os fatos foram objeto não somente de inquérito civil público, como também de Sindicância instaurada no âmbito da própria Secretaria com finalidade de apurar as irregularidades cometidas no processo licitatório” (CADE, 2015g, p. 35-36). O caso, ao chegar ao SBDC, já tinha sido investigado pelo MPRJ.

14		
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.008821/2008-22		
CARTEL DE INSUMOS PARA MEDICAMENTOS RETROVIRAIS		
REPRESENTANTE	Secretaria de Direito Econômico – SDE (de ofício).	
RELATOR	Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo	
DATA DE INSTAURAÇÃO	AVERIGUAÇÃO PRELIMINAR OU INQUÉRITO	PROCESSO ADMINISTRATIVO
	02/07/2007 (primeiro despacho/ato)	17/12/2008
MERCADO RELEVANTE	Mercado de licitações para aquisição de insumos de medicamentos antirretrovirais.	
RESUMO DO CASO	A operação policial Roupa Suja, que ocorreu em 2004 e 2005, no Rio de Janeiro, desvendou dois cartéis: (i) um de fraude a licitações de lavanderias de hospitais no Rio de Janeiro; e (ii) outro de fraude a licitações no Ministério da Saúde voltadas para a aquisição de insumos utilizados na produção de remédios e retrovirais (coquetel de remédios contra a AIDS). O primeiro cartel é objeto do processo administrativo 008850/2008-94, enquanto o segundo é objeto deste processo (008821/2008-22). A operação Roupa Suja foi denunciada na Ação Penal nº 2005.51.01.515714-0 (Justiça Federal do Rio de Janeiro).	
RESUMO DA DECISÃO	O CADE (CADE, 2016a, p. 190-274), por unanimidade, condenou alguns representados à multa e à proibição de contratar, por cinco anos, com a Administração Pública, por incorrerem no art. 20, I, c/c art. 21, I, III, VIII, ambos da Lei nº 8.884/1994. Participaram do julgamento o Presidente do CADE, Vinícius Marques de Carvalho, e os Conselheiros do Márcio de Oliveira Júnior, Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, João Paulo de Resende, Paulo Burnier da Silveira e Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt.	
PADRÃO PROBATÓRIO	Provas a partir de investigação criminal pré-existente (provas solicitadas pela própria SDE), na qual houve buscas e apreensões e interceptações telefônicas. Foi também firmado TCC (08700.009026/2013-60).	
DATA E SESSÃO JULGAMENTO	20/01/2016, 78ª Sessão Ordinária de Julgamento.	
CORRUPÇÃO: ELEMENTOS INDICATIVOS E QUAL FOI O ENCAMINHAMENTO.		
<p>Mesmo apenas sendo disponibilizado um “apartado público” dos autos, no qual constam as principais peças, verifica-se que, já na nota técnica da SDE que justifica a instauração do procedimento, está consignado: “Segundo as informações contidas nos autos, há fortes indícios de que o modo de atuação dos Representados caracterizou-se (i) pela corrupção de servidores públicos envolvidos nos certames, mediante o pagamento de vantagem indevida para direcionamento do edital, obtenção de informações privilegiadas e de decisões favoráveis aos seus interesses; e (ii) ajuste prévio com as empresas. 21. Há fortes indícios de que as Representadas combinaram (i) a divisão de certames entre si; (ii) quais empresas participariam dos certames - mesmo sem deter os insumos objeto da licitação - a fim de dar uma aparência de competição às licitações; (iii) o pagamento de comissões para concorrente que “renunciasse” à licitação; (iv) quais preços seriam ofertados; e (v) o fornecimento conjunto do insumo ao laboratório, hipótese em que a concorrente receberia parte do pagamento. Além disso, há também indícios de que houve ajuste entre as empresas durante os procedimentos licitatórios. Há fortes indícios de que a comunicação entre as Representadas para a prática do suposto cartel ocorria principalmente por meio de ligações telefônicas. Por fim, tais práticas são reveladas inclusive por confissões constantes em alguns depoimentos prestados por alguns dos Representados no âmbito do processo criminal” (CADE, 2016a, p. 7). O caso, ao chegar ao SBDC, já tinha sido investigado e oferecido ação penal. De toda forma, cópia da decisão foi remetida aos laboratórios vítimas do cartel, ao MPF e à CGU. Foi também estudado o respectivo TCC relacionado ao caso, autos nº 08700.009026/2013-60 (CADE, 2014d). Trechos relativos à conduta, à participação dos representados e aos documentos fornecidos não estão disponibilizados a acesso público nos autos.</p>		

15		
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.008850/2008-94		
CARTEL DE LAVANDERIAS NO RIO DE JANEIRO		
REPRESENTANTE	Secretaria de Direito Econômico – SDE (de ofício).	
RELATOR	Ana Frazão	
DATA DE INSTAURAÇÃO	AVERIGUAÇÃO PRELIMINAR OU INQUÉRITO	PROCESSO ADMINISTRATIVO
	02/07/2007 (primeiro despacho/ato)	23/12/08
MERCADO RELEVANTE	“Isso porque o cartel constitui conduta ilícita por objeto, de forma que é suficiente a comprovação da materialidade, de que se infere seu potencial lesivo, conforme jurisprudência consolidada do CADE. Nesse contexto, análises de estruturas de mercado, definições de mercado relevante ou considerações do poder de mercado dos agentes tornam-se completamente desnecessárias” (CADE, 2016b, p. 142).	
RESUMO DO CASO	A operação policial Roupa Suja, que ocorreu em 2004 e 2005, no Rio de Janeiro, desvendou dois cartéis: (i) um de fraude a licitações de lavanderias de hospitais no Rio de Janeiro; e (ii) outro de fraude a licitações no Ministério da Saúde voltadas para a aquisição de insumos utilizados na produção de remédios e retrovirais (coquetel de remédios contra a AIDS). O primeiro cartel é objeto deste processo administrativo (008850/2008-94), enquanto o segundo foi objeto do processo 008821/2008-22. A operação Roupa Suja foi denunciada na Ação Penal nº 2005.51.01.515714-0 (Justiça Federal do Rio de Janeiro). A SDE enviou um ofício ao Juízo Federal responsável, em 2007, solicitando o compartilhamento das provas. Foi firmado TCC (08700.004258/2014-03) com a representada Atmosfera Gestão e Higienização de Têxteis S.A.	
RESUMO DA DECISÃO	O CADE (CADE, 2016b, p. 93-165), por unanimidade, condenou a maioria dos representados à multa e recomendou à Receita que não concedesse parcelamento de tributos às pessoas jurídicas, por incorrerem no art. 20, I e II. c/c artigo 21, I, II, III e VIII, ambos da Lei nº 8.884/1994. Ainda, foram feitos acréscimos nas penalidades, nos termos do voto do Conselheiro Alexandre Cordeiro. Participaram do julgamento o Presidente do CADE, Vinícius Marques de Carvalho, e os Conselheiros do CADE, Márcio de Oliveira Júnior, Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, Alexandre Cordeiro, João Paulo de Resende e Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt.	
PADRÃO PROBATÓRIO	Provas a partir de investigação criminal pré-existente (provas solicitadas pela própria SDE), na qual houve buscas e apreensões e interceptações telefônicas. Foi também firmado TCC (08700.004258/2014-03).	
DATA E SESSÃO JULGAMENTO	03/02/2016, 79ª Sessão Ordinária de Julgamento.	
CORRUPÇÃO: ELEMENTOS INDICATIVOS E QUAL FOI O ENCAMINHAMENTO.		
Mesmo apenas sendo disponibilizado um “apartado público” dos autos, no qual constam as principais peças, verifica-se que, já na nota técnica que justifica a instauração do procedimento, consta: “há fortes indícios de que, mediante o ajuste com os servidores públicos (por corrupção), as Representadas conseguiriam prorrogar contratos e alcançar reajustamentos de preços durante a execução dos contratos, o que de certa forma impedia que novas empresas pudessem contestar os preços dos contratos em vigor por meio de pregões concorrenciais e, assim, entrar no mercado” (CADE, 2016b, p. 8). Quanto ao encaminhamento, o caso, ao chegar ao SBDC, já tinha sido investigado e oferecida ação penal. Foi também estudado o respectivo Termo de Cessação de Conduta relacionado ao caso, autos nº 08700.004258/2014-03 (CADE, 2014c). Trechos relativos à conduta, à participação dos representados e aos documentos fornecidos não estão disponibilizados a acesso público nos autos.		

16		
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.003321/2004-71		
CARTEL DOS LABORATÓRIOS DE HEMODERIVADOS		
REPRESENTANTE	Secretaria de Direito Econômico – SDE (de ofício).	
RELATOR	Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo	
DATA DE INSTAURAÇÃO	AVERIGUAÇÃO PRELIMINAR OU INQUÉRITO	PROCESSO ADMINISTRATIVO
	29/04/2004	29/07/2004
MERCADO RELEVANTE	Consta no voto condutor: “relembra-se que este Conselho já se manifestou reiteradas vezes no sentido de que cartel é uma conduta reprovável por si só, sem a necessidade de efeitos, ao que a lei chama de infração por objeto ilícito. Nestes casos, são totalmente desnecessárias análises acerca das estruturas de mercado e de definições de mercado relevante, bem como considerações de poder de mercado dos agentes para que se possa determinar a presunção de ilicitude da conduta” (CADE, 2016c, p. 176).	
RESUMO DO CASO	Trata-se de cartel em licitações do Ministério da Saúde para aquisição de hemoderivados, relevado pela denominada “Operação Vampiro”. Consta da nota técnica de instauração: “A instauração do presente Processo Administrativo fundamentou-se a partir dos fatos narrados em auditoria realizada pelo TCU (processo TC nº 012.762/2003-9), que analisou licitações realizadas pelo Ministério da Saúde para aquisição de hemoderivados entre 1998 e 2002. A partir do relatório dessa auditoria foram identificadas possíveis práticas anticoncorrenciais como a divisão de mercado entre os participantes, a combinação de preços previamente às licitações e a baixa incidência de recursos e impugnações nos certames. 13. Da mesma forma, também fundamentou a instauração do Processo Administrativo a investigação da Polícia Federal, que, por meio do documento ‘Consolidação de informações do relatório de inteligência policial atinentes à Operação Vampiro: atividades que lesionam a ordem econômica’, identificou fortes indícios de combinação de preços entre empresas concorrentes na forma de rodízio, acerto prévio dos vencedores, eliminação dos concorrentes não participantes do conluio e maximização dos lucros das empresas envolvidas” (CADE, 2016c, p. 70). Segundo consta no voto-condutor, “Observando notícias de jornais de que a Polícia Federal (“PF”) e o Ministério Público Federal (“MPF”) estariam investigando irregularidades em processos licitatórios promovidos pelo Ministério da Saúde (“MS”) para a aquisição de hemoderivados e insulina, a Secretaria de Direito Econômico (“SDE”) iniciou paralelamente uma apuração acerca da existência de infração contra a ordem econômica dos envolvidos na “Operação Vampiro” (CADE, 2016c, p. 164-165).	
RESUMO DA DECISÃO	O CADE (CADE, 2016c, p. 164-197), por unanimidade, condenou algumas representadas a multas, por incorrerem no art. 20, incisos I a IV, c/c art. 21, incisos I, III e VIII, ambos da Lei nº 8.884/94 (art. 36, I a IV, e §3º, I, a, c e d, da Lei nº 12.529/2011). Participaram do julgamento os conselheiros Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, Alexandre Cordeiro, João Paulo de Resende, Paulo Burnier da Silveira e Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt. Estavam impedidos Vinicius Marques de Carvalho, presidente, e Márcio de Oliveira Júnior, conselheiro.	
PADRÃO PROBATÓRIO	Provas a partir de investigação criminal pré-existente, inclusive buscas e apreensões e interceptações telefônicas.	
DATA E SESSÃO JULGAMENTO	13/04/2016, 83ª Sessão Ordinária de Julgamento.	
CORRUPÇÃO: ELEMENTOS INDICATIVOS E QUAL FOI O ENCAMINHAMENTO.		
Apesar de apenas ser disponibilizada a versão pública dos autos, na qual constam as principais peças do procedimento, percebe-se que operação Vampiro investigava também a prática de corrupção. A Nota técnica de instauração traz a seguinte nota de rodapé nº 52: “A Representação Criminal nº 2003.34.00.010657-8 (Pedido de quebra de sigilo de dados e/ou telefônico) deu origem à Ação Penal nº 2004.34.00.020907-2 (0020853-11.2004.4.01.3400), em trâmite na 10ª Vara Federal do Distrito Federal.		

Ressalta-se que parcela significativa das condutas identificadas pela PF e pelo MPF refere-se a possíveis fraudes a licitações e outros crimes não caracterizáveis como infrações à Lei 8.884/94, como corrupção de servidores públicos, visando ao direcionamento das licitações e à formalização de aditivos contratuais, além de indícios de uma associação criminosa para a prática de delitos de peculato, corrupção, tráfico de influência, quadrilha ou bando e lavagem de dinheiro. Conforme andamento processual disponível na internet (www.jfdf.jus.br), as infrações investigadas na referida ação penal estão capituladas no art. 288 do CP c/c Lei 9034/95 (item II); art. 90 e 94 da Lei 8.666/93; art. 333 do CP; art. 1º, V e VII da Lei 9.613/98; art. 317 do CP. Verifica-se, ainda, que tal ação penal teve sentença absolutória prolatada em 09/06/2015 (acessado em <https://edj.trf1.jus.br/edj/handle/123/35090>), sentença essa objeto de recurso de apelação. Outrossim, destaca-se que tal ação penal deu origem a outros inquérito policiais para apurar crimes específicos, tal como o Inquérito 49812-79.2010.4.01.3400, acima citado” (CADE, 2016c, p. 107). Quanto ao encaminhamento, o caso, ao chegar ao SBDC, já tinha sido investigado e oferecida ação penal.

17		
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08700.006551/2015-96		
CARTEL MANUTENÇÃO FROTA DE VEÍCULOS NO RIO DE JANEIRO II		
REPRESENTANTE	SG de ofício	
RELATOR	Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo	
DATA DE INSTAURAÇÃO	AVERIGUAÇÃO PRELIMINAR OU INQUÉRITO	PROCESSO ADMINISTRATIVO
	-	24/06/2015
MERCADO RELEVANTE	Vide 08012.000030/2011-50	
RESUMO DO CASO	É a continuidade dos autos 08012.000030/2011-50, em face de duas pessoas físicas que não participaram daquele caso.	
RESUMO DA DECISÃO	O CADE (CADE, 2016h, p. 2615-2598), por unanimidade, condenou os representados à multa e à obrigação de não fazer/fazer, por estarem incurso no art. 20, inciso I, e no art. 21, incisos I, III e VIII, da Lei 8.884/94. Participaram do julgamento o Presidente interino do CADE, Márcio de Oliveira Júnior, e os conselheiros Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, Alexandre Cordeiro, João Paulo de Resende, Paulo Burnier da Silveira e Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt.	
PADRÃO PROBATÓRIO	Vide 08012.000030/2011-50	
DATA E SESSÃO JULGAMENTO	18/10/2016, 93ª Sessão Ordinária de Julgamento.	
CORRUPÇÃO: ELEMENTOS INDICATIVOS E QUAL FOI O ENCAMINHAMENTO.		
Vide 08012.000030/2011-50.		

18		
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.009382/2010-90		
CARTEL DE OBRAS PÚBLICAS NO PARANÁ (APEOP)		
REPRESENTANTE	Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE/MF)	
RELATOR	Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo	
DATA DE INSTAURAÇÃO	AVERIGUAÇÃO PRELIMINAR OU INQUÉRITO	PROCESSO ADMINISTRATIVO
	27/11/2006 (na SEAE)	17/05/2011
MERCADO RELEVANTE	Não chegou a ser especificado nos votos. A ProCADE, com base em análise preliminar da SDE, menciona: “o mercado relevante preliminar correspondeu ao objeto dos certames licitatórios que eventualmente tiveram sua competitividade fraudada pelo suposto cartel, no caso, as Concorrências Públicas nº 02/2004 e 05/2004 e também o Convite nº 01/2004 ” (CADE, 2017c, p. 94-95).	
RESUMO DO CASO	O processo administrativo se refere a um cartel em licitação em obras públicas na região metropolitana de Curitiba/PR. A SDE, em nota técnica (CADE, 2017c, p. 40), recomendou o arquivamento integral dos autos em 2016. Parte considerável do material probatório foi colhido de investigação criminal pré-existente, por meio de prova emprestada. Segundo se depreende do parecer da ProCADE, “O processo-crime em questão abrangeu as investigações realizadas no bojo dos Inquéritos Policiais nº 09/2004 (instaurado para averiguar fatos levantados em denúncia anônima referente às fraudes em certames licitatórios, em especial, aqueles promovidos pela Companhia de Saneamento do Paraná, SANEPAR e pelo Departamento de Estradas e Rodagem do Estado do Paraná – DER/PR), 07/2005 (tratou da apuração de crimes envolvendo os procedimentos licitatórios, tais como peculato e formação de quadrilha) e 14/2005 (envolveu a investigação de fraude na condução da Carta Convite nº 01/2004)” (CADE, 2017c, p. 99). A ProCADE (em relação a alguns representados) e o MPF (em relação a todos) manifestaram-se pela condenação.	
RESUMO DA DECISÃO	O CADE (CADE, 2017c, p. 121-174) condenou, por maioria, alguns representados por incorrerem no art. 20, incisos I a IV, e no art. 21, incisos II, III e VIII, ambos da Lei 8.884/1994. O conselheiro relator decidiu pela condenação apenas da associação e de seus representantes por promoção de conduta comercial uniforme. Em voto visto, o Conselheiro Paulo Burnier reiterou as condenações do relator e acresceu algumas empresas pela prática de cartel, sendo acompanhado pela maioria do plenário.	
PADRÃO PROBATÓRIO	Provas a partir de investigação criminal pré-existente, na qual houve buscas e apreensões e interceptações.	
DATA E SESSÃO JULGAMENTO	07/06/2017, 106ª Sessão Ordinária de Julgamento	
CORRUPÇÃO: ELEMENTOS INDICATIVOS E QUAL FOI O ENCAMINHAMENTO.		
Embora apenas tenha sido disponibilizada a versão “apartada pública” dos autos, na qual constam as principais peças, verifica-se que a SEAE, desde o início do procedimento, constata a existência de indícios de corrupção. Consta no relatório, por exemplo: “Ao lado de discussões acerca de supostos pagamentos não contabilizados e de suposto pagamento de propina a servidores públicos, a SEAE fez considerações específicas sobre licitações da COMEC” (CADE, 2017c, p. 93). Quanto ao encaminhamento, o caso, ao chegar ao SBDC, já tinha sido investigado e oferecida ação penal.		

19		
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.006130/2006-22		
CARTEL DE MANUTENÇÃO PREDIAL		
REPRESENTANTE	Secretaria de Direito Econômico – SDE (de ofício).	
RELATOR	Paulo Burnier	
DATA DE INSTAURAÇÃO	AVERIGUAÇÃO PRELIMINAR OU INQUÉRITO	PROCESSO ADMINISTRATIVO
	06/07/2006	10/11/2006
MERCADO RELEVANTE	Mercado nacional de serviços de manutenção predial	
RESUMO DO CASO	Foi firmado um acordo de leniência em 25/02/2006, com a participação do MPSP, no qual foi revelado cartel para a fixação de preços e a divisão de mercado em processos de contratação privada de serviço de manutenção predial em geral. No decorrer do procedimento, as representadas foram intimadas (CADE, 2017d, p. 99) para que se manifestassem sobre documentos, referentes a licitações públicas, que surgiram no decorrer da instrução. Na verdade, houve uma discussão judicial, por meio de mandado de segurança impetrado por uma das representadas, referente à utilização das provas relacionadas às contratações públicas, empecilho que só foi solucionado no decorrer da instrução do processo administrativo. Registre-se que, no caso, ainda, foi também firmado um TCC. O CADE, ao final, condenou pela prática de cartel referente tanto a contratações privadas, quanto públicas.	
RESUMO DA DECISÃO	O CADE (CADE, 2017d, p. 341-391), por unanimidade, determinou a condenação de alguns dos representados, por incorrerem nos ilícitos previstos no art. 20, inciso I, c/c art. 21, incisos I, III e VIII, ambos da Lei 8.884/1994, à multa e à proibição de participar, por cinco anos, de licitações com a Administração Pública. Participaram do julgamento o presidente do CADE, Alexandre Barreto de Souza, e os Conselheiros Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, Paulo Burnier da Silveira, Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt e Maurício Oscar Bandeira Maia.	
PADRÃO PROBATÓRIO	Acordo de Leniência e foram realizadas buscas e apreensões. Ainda, foi firmado TCC (nº 08700.001429/2015-23).	
DATA E SESSÃO JULGAMENTO	16/08/2017, 109ª Sessão Ordinária de Julgamento.	
CORRUPÇÃO: ELEMENTOS INDICATIVOS E QUAL FOI O ENCAMINHAMENTO.		
<p>Registre-se, inicialmente, que apenas foi disponibilizada uma versão dos autos em Apartado Público. De toda forma, o voto-vogal da Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira, ao tratar do caso julgado, para abordar o tópico da vantagem auferida como parâmetro para estabelecer a multa, menciona: “Como os novos membros do conselho devem se pronunciar sobre a questão da sanção, caso entendam pela condenação, e como sou a primeira a votar, gostaria de fazer 3 observações genéricas sobre este assunto. 2. Antes, porém, já antecipo que acompanho integralmente o Conselheiro Paulo Burnier, e gostaria de cumprimentar não só ao relator (que fez um voto extenso, didático e bem detalhado), à SG e à ProCADE, mas, em especial, ao MP e à proveitosa discussão que foi travada aqui neste plenário, que considerei muito oportuna e que trouxe luz sobre aspectos que por ventura pudessem estar nebulosos. No mérito, desta forma, concordo com todos os pontos trazidos pelo bem fundamentado voto relator e digo que, ao meu ver, só tem uma conduta anticompetitiva pior que cartel em licitação pública, que é o cartel em licitação pública com corrupção” (CADE, 2017d, p. 351). Ainda, a conselheira expõe a seguinte preocupação em sua fundamentação: “Portanto, se este assunto da sanção já é complicado por si só, imagina nos casos que envolvem cartel em licitação pública com corrupção (no contexto da Lei Anticorrupção)? Aí é que a preocupação do CADE em compatibilizar as suas multas com eventuais multas administrativas impostas pelo TCU ou pela CGU fica mais desafiadora ainda. Acordos de Leniência, acordos com vítimas dos cartéis em ações de reparação cível serão considerados pelo CADE na fixação da sua multa administrativa? Como fazem as tais instituições 5 estrelas nestes casos?” (CADE, 2017d, p. 353). Quanto ao encaminhamento, o caso já veio de uma atuação conjunta com o MPSP. De toda forma, determinou-se que cópia da decisão fosse enviada “aos representantes dos Ministérios Públicos competentes” (CADE, 2017d, p. 383). Foi também estudado o respectivo Termo de Cessação de Conduta relacionado ao caso, autos nº 08700.001429/2015-23 (CADE, 2016e). Contudo, trechos relativos à conduta, à participação dos representados e aos documentos fornecidos não estão disponibilizados a</p>		

acesso público.

20		
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08700.004617/2013-41		
CARTEL DO METRO		
REPRESENTANTE	CADE de ofício.	
RELATOR	João Paulo Resende	
DATA DE INSTAURAÇÃO	AVERIGUAÇÃO PRELIMINAR OU INQUÉRITO	PROCESSO ADMINISTRATIVO
	22/05/2013	19/03/2014
MERCADO RELEVANTE	Cartel em licitações públicas destinadas à aquisição de material rodante e sistemas auxiliares e manutenção de trens e metrô.	
RESUMO DO CASO	<p>O caso em análise foi iniciado a partir da celebração de Acordo de Leniência entre a Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (SG/CADE) e uma das empresas representadas, além de alguns de seus funcionários, denominados “Beneficiários”. Por meio do referido acordo, os Beneficiários confessaram suas participações como coautores na conduta citada, com vistas a obter, em contrapartida, os benefícios referidos no art. 86, §4º, e 87 da Lei nº 12.529/2011 (fis. 42/63). O Acordo de Leniência foi acompanhado pelo Histórico da Conduta, documento que contém a descrição detalhada dos fatos, do modo de funcionamento do cartel e dos participantes, conforme relatado pelos Beneficiários, bem como de seis apensos, contendo detalhes dos procedimentos licitatórios. O Histórico da Conduta foi elaborado com base em informações prestadas pelos Beneficiários e em documentos localizados em seus computadores e arquivos (CADE, 2019c, p. 64-1069). Em síntese, os Beneficiários confessaram a ocorrência de contatos entre concorrentes com o objetivo de eliminar a competição em licitações públicas relativas a projetos de metrô e/ou trens e sistemas auxiliares, desde, pelo menos, 1998. No decorrer do processo, foram admitidas como terceiras interessadas a Companhia do Metropolitano de São Paulo – METRÔ e a Companhia Paulista de Trens Metropolitanos – CPTM. Não apenas o metrô de SP foi afetado (nos autos, por exemplo, são mencionados também os metrôs de Brasília e BH), mas a maioria das provas e dos fatos refere-se a São Paulo, nos termos do voto condutor.</p>	
RESUMO DA DECISÃO	O CADE (CADE, 2019c, p. 3.761-3912), por maioria, condenou alguns dos representados por incorrerem no art. 20, incisos I a IV, c/c. art. 21, incisos I, III, IV e VIII, da Lei 8.884/1994, bem como art. 36, incisos I a IV c/c seu § 3º, inciso I, alíneas “a”, “c” e “d”, da Lei 12.529/2011, a multas e outras obrigações, nos termos do voto do relator.	
PADRÃO PROBATÓRIO	Foi firmada leniência e foram realizadas buscas e apreensões.	
DATA E SESSÃO JULGAMENTO	08/07/2019, 146ª Sessão Ordinária de Julgamento	
CORRUPÇÃO: ELEMENTOS INDICATIVOS E QUAL FOI O ENCAMINHAMENTO.		
<p>Embora apenas tenha sido disponibilizado o volume “apartado de acesso público”, verificou-se que, na própria Nota Técnica inicial da SG, consta: “Ainda sobre as competências em matéria de licitação, é importante esclarecer que, embora os cartéis em compras públicas estejam muitas vezes relacionados a outros ilícitos - como a fraude, o direcionamento de edital e a corrupção de agentes públicos -, a competência da autoridade de defesa da concorrência nessa seara restringe-se aos aspectos da prática que a conformam como infração à ordem econômica, nos termos do quanto disposto na Legislação de Defesa da Concorrência. Ou seja, o CADE não possui expertise e nem autorização legal para investigar ou decidir sobre esses ilícitos, cuja apuração é de competência exclusiva dos órgãos de controle, das autoridades policiais e do Ministério Público. Por essa razão, ao longo da presente nota somente serão abordados aspectos relacionados aos fatos investigados que digam respeito à suposta prática de cartel entre concorrentes” (CADE, 2019c, p. 13). Ainda, verifica-se que na ação penal 0002475-97.2014.403.6181 (CADE, 2019c, p. 2606), referente aos crimes de lavagem, estão descritas práticas de corrupção por parte dos representantes das empresas do cartel e dos agentes públicos de São Paulo. Empresas de consultoria eram utilizadas para a finalidade do repasse de propinas. Ainda, nos anexos do voto condutor (CADE, 2019c, p. 3915-5433), quando é feita a análise do material probatório, há referências a possíveis atos de corrupção. Por exemplo, consta no tópico “análise de documento” da tabela: “MGE achava que isso não deveria ocorrer, tendo em vista que MGE foi obrigada, a pedido da</p>		

Siemens, a realizar e continuar realizado pesados compromissos com cliente, e que uma vez iniciado o processo, não teria como segurar, pois empresa americana é obrigada, em caso de "tal infração" (referência possivelmente a corrupção ou mesmo a infrações contra a ordem econômica), a denunciar para autoridades americanas e brasileiras" (CADE, 2019c, p. 4665). Quanto ao encaminhamento, no dispositivo do voto, consta remessa do voto para: "(1) Ministério Público do Estado de São Paulo, (2) ao Departamento de Polícia Federal, (3) ao Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, (4) à Corregedoria Geral da Administração do Governo do Estado de São Paulo, (5) ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, (6) ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, (7) ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e (8) à Procuradoria-Geral do Distrito Federal" (CADE, 2019c, p. 3906).

APÊNDICE F - CASOS DE CARTEL E ELEMENTOS INDICATIVOS DE CORRUPÇÃO

Tabelas que listam os casos de cartel, comum e de licitação, em que foram verificados elementos indicativos de corrupção, bem como os critérios utilizados para a sua identificação: (i) verificados pelos próprios agentes públicos que integram o SBDC, (ii) verificados por órgãos de persecução penal, Polícia ou Ministério Público, (iii) verificados por outros órgãos, tais como TCU ou CPIs, (iv) análise de provas, declarações dos próprios representados, de concorrentes ou de testemunhas e (v) análise de provas, indicativos de que agentes públicos contribuíram para com a prática de cartel.

CASOS DE CARTEL COMUM						
	Caso	Verificados pelo SBDC	Verificados por MP e/ou Polícia	Verificados outros órgãos (como TCU e CPIs)	Análise de provas - declarações	Análise de provas - auxílio de agentes públicos
1	08012.004036/2001 -24 - Cartel de Postos de Lages/SC				X	
2	08012.002493/2005 -16 - Cartel dos Frigoríficos	X	X	X		
3	08012.000283/2006 -66 - Cartel de Areia do Rio Jacuí/RS		X		X	
4	08012.001003/2000 -41- Cartel dos Postos de Londrina/PR		X			
5	08012.003745/2010 -83 - Cartel no Mercado de Direitos Autorais			X		
6	08012.011668/2007 -30 - Cartel dos Postos de Londrina/PR II		X			
7	08012.006764/2010 -61 - Cartel das Placas Detran/BA			X		X
8	08012.002568/2005 -51 – Cartel de Revenda de GLP (PA)				X	
9	08700.002632/2015 -17 - Cartel das Placas do Detran/BA II			X		X
10	08700.001729/2017 -74 - Cartel das Placas do Detran/BA III			X		X

CASOS DE CARTEL EM LICITAÇÃO						
	Caso	Verificados pelo SBDC	Verificados por MP e/ou Polícia	Verificados outros órgãos (como TCU e CPIs)	Análise de provas - declarações	Análise de provas - auxílio de agentes públicos
1	08012.009118/1998 -26 - Cartel em Licitação na Petrobras			X		X
2	08012.006989/1997 -43 - Cartel das Empresas de Ônibus do Rio de Janeiro					X
3	08012.001826/2003 -10 - Cartel dos Vigilantes	X			X	
4	08012.009888/2003 -70 - Cartel dos Gases	X		X		
5	08012.011853/2008 -13 - Cartel do Lixo de Prefeituras do Rio Grande do Sul	X	X		X	
6	08012.010362/2007 -66 - Cartel no Mercado de Cargas Aéreas			X	X	
7	08012.009611/2008 -51 - Cartel de Portas Giratórias					X
8	08012.006199/2009 -07 - Cartel dos Materiais de Construção (Prefeitura de Lages/SC)	X				
9	08012.008184/2011 -90 - Cartel de Empresas de Trânsito em Jahu/SP	X	X	X		
10	08012.009885/2009 -21 - Cartel de Construtoras em Licitação da SABESP/SP				X	X
11	08012.001273/2010 -24 - Cartel no Mercado de Aquecedores Solares		X		X	
12	08700.011276/2013 -60 - Cartel de Portas Giratórias II					X
13	08012.000030/2011 -50 - Cartel na Manutenção de Frota de Veículos no Rio de Janeiro		X			X
14	08012.008821/2008 -22 - Cartel de Insumos para Medicamentos	X	X			

	Retrovirais					
15	08012.008850/2008 -94 - Cartel de Lavanderias no Rio de Janeiro	X	X			
16	08012.003321/2004 -71 - Cartel dos Laboratórios de Hemoderivados	X	X			
17	08700.006551/2015 -96 – Cartel na Manutenção de Frota de Veículos no Rio de Janeiro II		X			X
18	08012.009382/2010 -90 - Cartel de Obras Públicas no PR – APEOP	X				
19	08012.006130/2006 -22 - Cartel de Manutenção Predial	X				
20	08700.004617/2013 -41 - Cartel do Metro	X	X			