

Universidade Federal do Rio de Janeiro

Instituto de Economia

Programa de Pós-Graduação em Economia

Cartel em Concorrências Públicas e Corrupção: uma
Abordagem Econômica

Lucas D'Angelo Colacino

Rio de Janeiro

2016

Lucas D'Angelo Colacino

Cartel em Concorrências Públicas e Corrupção: uma Abordagem Econômica

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Economia do Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Mestre em Economia.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Carlos Delorme Prado

Rio de Janeiro

2016

FICHA CATALOGRÁFICA

SHAPE

C683 Colacino, Lucas D'Angelo.
Cartel em concorrências públicas e corrupção : uma abordagem econômica / Lucas D'Angelo Colacino. – 2016.
92 f. ; 31 cm.

Orientador: Luiz Carlos Delorme Prado.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Instituto de Economia, Programa de Pós-Graduação em Economia da Indústria e da Tecnologia, 2016.

Referências: f. 86-92.

1. Cartel. 2. Concorrência pública. 3. Defesa da concorrência. 4. Corrupção.
5. Antitruste. I. Prado, Luiz Carlos Delorme, orient. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Instituto de Economia. III. Título.

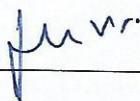
CDD 338.87

Lucas D'Angelo Colacino

**Cartel em Concorrências Públicas e Corrupção: uma Abordagem
Econômica**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Economia do Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Mestre em Economia.

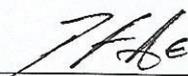
Banca examinadora



Prof. Dr. Luiz Carlos Delorme Prado (UFRJ – Orientador)



Profa. Dra. Camila Cabral Pires-Alves (UFRJ)



Prof. Dr. Paulo Furquim de Azevedo (Insper)

RESUMO

Cartéis em concorrência pública e corrupção são temas abordados pela teoria econômica usualmente de forma individualizada. O objetivo dessa dissertação é apresentar, sob a luz da teoria e com o auxílio de casos práticos, as condições, estratégias e efeitos das práticas combinadas e, a partir de então, identificar direções para a política pública antitruste relacionadas à detecção, à investigação e à repressão à cartéis. Com esse intuito, o trabalho discorre a respeito das bases teóricas da economia de cartel em licitações aplicada à defesa da concorrência e da economia da corrupção para, em seguida abordar a teoria relacionada a união das práticas. Além disso, analisa três casos de cartel em concorrências públicas, que são identificados como seminais na jurisprudência do CADE: cartel das ambulâncias (2014), operação vampiros (2016) e cartel do lixo (2014). Sem a pretensão de esgotar o tema, o trabalho conclui que o estudo da corrupção é essencial para análise antitruste no que tange cartéis em licitação. A soma das práticas possui características de complementariedade e auto reforço, gerando prejuízos ao ambiente competitivo. Além disso, há um *trade-off* entre políticas antitruste e políticas anticorrupção que deve ser levado em conta. Os casos analisados e as melhores práticas propostas pelos órgãos internacionais reforçam as conclusões dessa dissertação e esboçam os desafios atribuídos à análise.

Palavras-chave: cartel, cartel em concorrências públicas, corrupção, política de defesa da concorrência, antitruste

ABSTRACT

Cartels in public procurement and corruption are issues usually individually addressed by economic theory. The purpose of this dissertation is to present, in the light of theory and with the aid of case studies, the conditions, strategies and effects of the combined practices, and, from then, identify directions for antitrust public policy related to the detection, investigation and the repression on cartels. To that end, the article talks about the theoretical bases of the cartel economy in bidding, applied to antitrust, and the theoretical basis of corruption economy, to then discourse about the theory of the combined practices. It analyzes three cases of cartel in public tenders, which are identified as seminal in the CADE jurisprudence: ambulance's cartel (2014), vampires operation (2016) and trash's cartel (2014). Without pretending to exhaust the subject, the paper concludes that the study of corruption is essential for antitrust analysis regarding bidding ring. The sum of practices have complementary characteristics and self-reinforcing mechanisms, generating losses to the competitive environment. In addition, there is a trade-off between competition policy and anti-corruption policies that should be taken into account. The cases analyzed and the best practices proposed by international agencies reinforce the conclusions of this dissertation and outline the challenges attributed to the testing.

Keywords: cartel, bid rigging corruption, competition policy, antitrust

Para meu Pai.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, ao meu pai, Vicente, à minha mãe, Fabíola e ao meu irmão, Victor pelo apoio sempre incondicional e, sempre que possível, irrestrito.

Agradeço ao meu orientador Luiz Carlos Delorme Prado pelos ensinamentos, cooperação e paciência. Agradeço também aos professores Camila Pires Alves e João Pondé não apenas pelas contribuições a esse trabalho, mas também pelas orientações vocacionais.

Aos colegas do CADE, principalmente ao Paulo Burnier e à Noemy Melo, pelas contribuições diretas e indiretas que tanto agregaram à minha formação. Agradeço também aos colegas Márcio, Tereza, Lucas, Fernanda, Gustavo e João Henrique pelo compartilhamento de conhecimentos, sem os quais seria impossível concluir esse trabalho.

Aos amigos do PPGE e agregados que, além da companhia e dos momentos divididos, também contribuíram como verdadeiros professores percorrendo temas que iam muito além do campo econômico. Nesse grupo, destaco Faustinho, Marcos, Helena, Milk, Hugo, Angelo, Guilherme, Julia Mafra, Carol e Karen.

Por fim, agradeço à minha pequena família brasiliense, Paulo e Renata, pelo apoio e pelo empurrão na reta final.

Sumário

1 INTRODUÇÃO	10
2 CARTEL EM CONCORRÊNCIAS PÚBLICAS	16
2.1 Colusão em concorrências públicas	17
2.1.1 Como acontece o cartel em licitação? O ponto de vista da teoria econômica	20
2.1.2 Como acontece o cartel em licitação? As práticas e estratégias mais comuns	24
2.1.3 Como o cartel em licitação é implementado? Condições facilitadoras e obstáculos para o acordo	28
2.1.4 Cartel em licitação no Brasil: Instituições e leilões	32
2.2 Considerações Finais	36
3 CORRUPÇÃO E CARTEL EM CONCORRÊNCIAS PÚBLICAS	38
3.1 Economia da Corrupção	38
3.1.1 Definições Sociológicas e Econômicas e Revisão da Literatura	38
3.1.2 Aspectos Econômicos e Consequências da Corrupção	46
3.2 Corrupção e Concorrência Pública	48
3.2.1 Incentivos e Condições para a emergência do conjunto de práticas	49
3.2.2 Implicações da ação conjunta para a economia	52
3.2.3 Principais estratégias e variáveis na atuação da corrupção em licitações	55
3.2.4 Trade-off e política ótima para cartel e corrupção	59
3.3 Considerações Finais	61
4 ESTUDOS DE CASOS E MELHORES PRÁTICAS	62
4.1 Cartel em licitação	62
4.1.1 Cartel das Ambulâncias	62
4.2 Cartel em licitação e corrupção	67
4.2.1 Operação Vampiros	68
4.2.2 Cartel do Lixo	72
4.3 Melhores práticas para coibir corrupção e cartel em concorrências públicas	77
5 CONCLUSÃO	82
6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	86

1 INTRODUÇÃO

O cartel entre empresas é considerado prejudicial ao processo concorrencial da economia e uma preocupação constante para os órgãos que aplicam a lei antitruste em diversos países. A modalidade específica do cartel em concursos públicos, licitações ou leilões, além de prejudicar a dinâmica de concorrência e causar danos aos consumidores, traz prejuízos diretos ao erário e compromete o processo de inovação e desenvolvimento tecnológico. No Brasil, o art. 36, §3º, inciso I, da Lei 12.529/11 não deixa dúvidas quanto à irregularidade nos acordos que visam combinar preços, quantidades, clientes, fornecedores, regiões ou quaisquer outras divisões mercadológicas¹.

Apesar de combinações horizontais entre concorrentes serem inerentes ao capitalismo, o Estado apenas passou a atentar para a situação no final do século XIX, nos Estados Unidos, com motivações distintas daquelas que hoje balizam a regulação antitruste. A partir desse ponto, a preocupação com a defesa da concorrência foi ganhando força, gradativamente, nos países mais desenvolvidos, apesar da descontinuidade de justificativas teórico-econômicas.

Tanto os argumentos da teoria econômica, quanto a legislação jurídica são construções provenientes do desenrolar histórico e institucional. Segundo Motta (2004), as primeiras demandas por condenação de acordos horizontais entre empresas se deram no final do século XIX nos setores industriais norte-americanos. Transformações estruturais nos Estados Unidos, provenientes do contínuo processo de revolução industrial (SCHERER, 1997), levaram a formação de grandes empresas, gerando ganhos de escala, escopo e tecnologia, principalmente nos setores ferroviário, químico e metalúrgico, mas também nas indústrias de tabaco, carvão açúcar e couro (VISCUSI; HARRINGTON; VERNON, 2005). Além disso, a onda de liberalização incentivou as fusões e aquisições via compra de ações no mercado financeiro. O resultado poderia ser visto não apenas pela formação de empresas gigantes, mas também pela virtual guerra de preços estabelecidas nos setores oligopolizados e pela conseqüente instabilidade macroeconômica. A combinação desses fatores, fruto da contingência histórica

¹ Na Europa, o artigo 81 do *EC Treaty* abrange a proibição tanto de acordos horizontais como de acordos verticais, abrindo exceções para casos específicos (MOTTA, 2007).

americana, e também europeia, gerou incentivos para a formação dos primeiros acordos entre grandes firmas.

Como sintetiza Viscusi; Harrington; Vernon (2005), a onda de depressões econômicas no final do século XIX nos Estados Unidos evidenciou a má aplicação da formulação de preços em setores altamente concentrados. Naturalmente, as grandes firmas oligopolizadas formaram os chamados *trusts*, acordos horizontais que visavam, pelo menos em um primeiro momento, a estabilidade do mercado. Em outras palavras, a natureza dos cartéis formados a partir do *trusts* era preventiva² (SCHERER, 1997).

Tais acordos eram prejudiciais aos consumidores, o que levava à manifestação de associações de fazendeiros ou de pequenos empresários e sindicatos de trabalhadores, exigindo proteção contra o poder instituído pelos *trusts*. Todavia, eram os grandes competidores mantidos fora dos acordos que detinham o poder de barganha para com o governo e o congresso, exigindo que a prática fosse coibida (VISCUSI; HARRINGTON; VERNON, 2005). Dessa forma, o cartel, ainda representado pela imagem do *trust*, é a motivação inicial para a construção de uma Política Concorrencial³.

Segundo o West's Law & Commerce Dictionary de 1985⁴, o '*trust*' era definido como um instrumento no qual corporações de um mesmo setor acertavam acordos mutuamente vantajosos com o objetivo de suprimir a concorrência efetiva, controlar a produção e regular preços, mas ao mesmo tempo mantendo a existência individual de cada empresa. Apesar das motivações iniciais serem a favor da proteção de mercado e penalização de rivais (demanda das empresas mantidas fora dos acordos de conluio), as denúncias de cartel abriram espaço para a literatura jurídica e econômica sobre a condenação e os efeitos de práticas anticompetitivas, tendo em vista a importância da concorrência genuína para o desenvolvimento da economia.

Como argumentam Kovacic e Shapiro (2000), o marco inicial da regulação antitruste – inicialmente visando o combate aos *trusts* – ocorre na publicação do *Sherman*

² O processo competitivo era visto por alguns economistas da época como "*cut-throat*" ou destrutivo. Muitos defendiam a monopolização da produção ou a manutenção de cartéis. Ver (SCHERER,1997).

³ "*The origins of modern competition policy can be tracked back to the end of the 19th century, mainly as a reaction to the formation of trusts in United States.*" (MOTTA, 2004, cap1, p.1.) T.A. As origens da política moderna de concorrência podem ser remontadas ao fim do século XIX, principalmente como reação à formação de acordos entre competidores nos Estados Unidos.

⁴ West's Law & Commerce Dictionary,1985 em (MOTTA, 2004).

Act, em 1890. As seções 1 e 2 do ato se dirigem aos arranjos de preços e à posição dominante de mercado, respectivamente, sintetizando a preocupação com os efeitos perversos do falseamento da competição. Inicialmente, o ato se mostrou pouco eficaz e de difícil aplicabilidade dada a sua abrangência e incipiência. Assim, em 1914, os Estados Unidos incrementaram as leis antitruste com o *Clayton Act*, que especificava as práticas ilegais de maneira mais clara e estendia as restrições a fusões e aquisições consideradas abusivas. Além disso, no mesmo ano foi estabelecido o *Federal Trade Commission Act* que designava a investigação e jurisdição das práticas anticompetitivas e atos de concentração à uma agência especial ligada ao Departamento de Justiça Americano (KOVACIC; SHAPIRO, 2000). As três instituições servem de base para o antitruste americano até os dias atuais e influenciam as diversas legislações concorrencias pelo mundo (WHITE, 2010).

Após a primeira guerra mundial, no entanto, o controle de colusões diminuiu o ritmo, muito em função na nova concepção associativa entre mercado e governo. O colapso da economia norte américa em 1929 apenas reforçou a ideia de que o governo deveria utilizar ferramentas para planejar o comércio, em detrimento da concorrência mercadológica. Dessa forma, os cartéis eram tratados com certa tolerância e vistos como mecanismos de estabilização econômica e manutenção de pequenas empresas⁵ (KOVACIC; SHAPIRO, 2000).

Na Europa germânica, por outro lado, o conluio entre empresas era visto como benéfico desde o final do século XIX. Robert Liefmann, economista industrial alemão, argumentava, na época, que a máxima eficiência seria atingida em mercados regidos por monopólios ou cartéis, citando a concorrência como autodestrutiva e tendenciosa à concentração⁶. “*As other European nations evolved their own solutions to the problem, the predominant approach was to tolerate or even encourage the operation of cartels except in rare cases of abuse*” (SCHERER, 1997, p.8).⁷

⁵ Kovacic e Shapiro (2000) relatam casos em que a descrença no mercado levou a permissividade com cartéis explícitos nos anos que se seguiram a crise de 1929.

⁶ Para mais detalhes ver LIEFMANN, Robert. *Cartels, concerns and trusts*. History of Economic Thought Books, 1932.

⁷ T.A. Assim como outras nações europeias desenvolveram suas próprias soluções para o problema, a abordagem predominante foi tolerar ou mesmo encorajar o funcionamento de cartéis, exceto em raros casos de abuso.

Apenas após a Segunda Guerra mundial, há um início de movimento convergente entre as políticas antitruste. Tanto a Alemanha quanto o Japão sofreram sanções dos Estados Unidos, que impuseram a fragmentação de grandes grupos econômicos locais e a submissão à proibição de acordos horizontais que pudessem prejudicar o consumidor. Com a formação do mercado comum europeu, a adoção de políticas de defesa da concorrência passou a ser unânime no continente, sendo o cartel a prática anticompetitiva mais comum. Entretanto, a consolidação não se restringiu apenas à Europa, mas se difundiu, ao longo do século XX, pelos países centrais e em desenvolvimento. Nas palavras de Scherer (1997): “*It would hardly be inaccurate to say that no self-respecting nation can consider itself a full-fledged member of the world community without laws proscribing to some extent cartels and abuses of monopoly power*”⁸. Apesar de pequenas diferenças entre jurisdições a respeito de fusões, a consolidação da convergência é exacerbada no tratamento de cartel, a exemplo da adoção de programas de leniência ao redor do mundo (SACHER, 2010).

No Brasil, a constituição de 1946 já continha as diretrizes para a coibição de cartéis e os demais dispositivos de defesa da concorrência, mas foi apenas em 1962, no governo de João Goulart, que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) surgiu, inserido no contexto das reformas de base propostas pelo então governo parlamentarista. Após o golpe militar, no entanto, o órgão se manteve complementar às políticas de intervenção direta, com carência de recursos e pessoal. Somente com o advento do fim do governo militar e a instauração de reformas neoliberais, foi criado o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) composta por três órgãos, a partir da Lei nº 8884/94. Posteriormente, o sistema foi unificado em um único órgão, o próprio CADE⁹. Apesar das mudanças na legislação ao longo da segunda metade do século XX, os objetivos da política, baseados nos *Acts* americanos supracitados, se mantiveram fiéis aos propostos na formação inicial, em 1962:

“garantir um ambiente concorrencial para propiciar o desenvolvimento tecnológico e inovador, gerando maior bem-estar para a população, e, ainda, usar a competição como forma

⁸ SCHERER, 1997, p.10. T.A. Difícilmente seria impreciso dizer que nenhuma nação que se preze pode considerar-se um membro de pleno direito da comunidade mundial sem leis que proibam alguns cartéis e abusos de poder de monopólio.

⁹ A Lei nº 12.529/2011 teve como objetivo reestruturar o SBDC. Nela estão descritas não apenas a estrutura, mas as novas diretrizes e funcionalidades da atuação da Defesa da Concorrência no Brasil.

de controle dos preços e do comportamento empresarial saudável” (NAVARRETE; PRADO, 2013, pgs.3-4).

Apesar das origens teóricas diferentes nos Estados Unidos, Brasil e Europa, há uma convergência, como mostra Scherer (1997), entre os países democráticos a respeito da legislação antitruste, principalmente na condenação dos diferentes tipos de cartéis. A participação da economia também ganhou relevância, na medida em que a convergência se realizava, principalmente na autuação de fusões e restrições verticais e na definição de mercado relevante (WHITE, 2010). Na direção contrária, o cartel tem se tornado uma prática condenável *per se* e, por causa disso, analisada sob o ponto de vista estritamente jurídico. Todavia, o aumento de importância de provas indiretas, a associação com outras práticas nocivas e a dosimetria das penas levam a reintrodução dos argumentos econômicos na matéria. A presente dissertação tratará justamente de um desses casos: a associação entre cartel em concorrências públicas e a prática de corrupção, principalmente em relação a importância dessa segunda para a defesa da concorrência.

A combinação das práticas tem sido crescente objeto de estudo da literatura econômica e no debate do antitruste nas últimas décadas. Tratada de forma independente pelos órgãos reguladores, o cartel em concorrência pública e a corrupção são observados, na prática, de forma conjunta, gerando auto reforço e amplificando os efeitos nocivos para os consumidores e para a economia. Grande parte da literatura identifica os incentivos e as condições para a emergência da prática conjunta. Todavia, ainda não há consenso em relação às medidas para coibir, investigar e reprimir tais condutas. Há, inclusive, um debate em torno do *trade-off* que atualmente existe entre incentivos *anticartel* e incentivos anticorrupção.

Dessa maneira, a melhor forma de analisar os cartéis ocorridos em concorrências públicas é ressaltando a importância da corrupção na abordagem. Já existe hoje no Brasil algum nível de interação e compartilhamento de informações entre a autoridade antitruste e os responsáveis pela apuração de práticas corruptas. No entanto, as práticas ainda são tratadas de forma independente na concepção *ex-ante* – no desenho dos incentivos na regulação e nas licitações – e na concepção *ex-post* – na investigação e no desenho das punições ótimas. Assim, é fundamental que a prática de corrupção seja incluída no âmbito das análises antitruste de maneira a garantir que os incentivos à concorrência não sejam frustrados.

Com vistas a aprofundar este tema, esse trabalho se propõe a identificar e analisar o papel da corrupção em casos de cartel em licitações no âmbito teórico e prático, assim como apontar as principais questões presentes no debate a respeito do desincentivo às práticas. Com isso, pretende-se, com o auxílio da teoria e da experiência nacional, ressaltar a importância do estudo da corrupção para às análises antitruste, identificando os principais vértices de atuação, de forma a contribuir com a avaliação de casos de cartel em concorrências públicas.

Nesse sentido, o primeiro capítulo abriga os aspectos teóricos da colusão em concorrências públicas e como ele é visto pela ótica econômica. São abordados os efeitos nocivos, as condições favoráveis e contrárias à implementação e manutenção do acordo, assim como as principais estratégias de fraudar o caráter competitivo e os incentivos para tais. O capítulo ainda trata da evolução e do atual cenário de desenho e funcionamento das licitações no Brasil, assim como relata os aspectos jurídicos e formais dos leilões, com o objetivo de delimitar o escopo da análise.

O segundo capítulo insere a corrupção à discussão teórica de cartel em concorrências públicas. Para isso, primeiro, são definidos os conceitos de corrupção, tendo em vista a literatura sociológica e econômica para, em seguida, apresentar os aspectos e consequências econômicas da prática. A partir dessa exposição, o capítulo se volta ao estudo dos incentivos e das condições facilitadoras da aparição da corrupção nos cartéis em licitação, e às implicações da mesma para a defesa da concorrência e para a economia, principalmente no que tange ao bem-estar social. O capítulo também traz à tona as principais estratégias de corrupção e variáveis determinantes para a execução da mesma. Por fim, apresenta um breve debate em torno do *trade-off* existente na política de prevenção e repressão à combinação de práticas lesivas.

O capítulo final é dedicado aos estudos de caso analisados pela autoridade antitruste brasileira e aos apontamentos de melhores práticas da literatura e dos órgãos internacionais dedicados ao assunto. Nele, é abordado o caso do *cartel das ambulâncias* (Gabinete do Conselheiro Alessandro Octaviani Luis, 2014), ilustrando o cartel em concorrência pública para e, em seguida, os casos da *operação vampiros* (Gabinete do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, 2016) e o *cartel do lixo* (Gabinete do Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro, 2014), já com a inserção da prática corrupta.

2 CARTEL EM CONCORRÊNCIAS PÚBLICAS

O cartel em concorrência pública ocorre quando há apresentação de propostas em conluio ou há concertação de propostas. Dessa forma, as firmas envolvidas, “[...] em vez de competirem, como seria de se esperar, conspiram secretamente para aumentar os preços ou baixar a qualidade dos bens e serviços.” (OCDE, 2009). Dado que o objetivo principal da elaboração das licitações, em geral, é o de provimento de bens e serviços com o menor preço possível, dada um nível estipulado de qualidade, fica claro que a ilicitude pactuada proporciona grandes perdas ao governo e a sociedade. Tais objetivos, previstos nesses processos de concorrência, são derivados do princípio de eficiência que rege as compras governamentais, criando a possibilidade do melhor aproveitamento da arrecadação pública.¹⁰ Para que isso ocorra, é necessário que as empresas participem de um processo genuinamente competitivo, ou seja, que cada uma apresente sua proposta de maneira unilateral e independente.

O cartel em licitação é uma prática ilegal no Brasil e em todos os países ligados a OCDE, sejam membros ou convidados. Entretanto, a dificuldade de comprovação e o poder de barganha dos supostos réus impedem avanços significativos nas denúncias e investigações, além de frear a discussão e a produção literária sobre o assunto. Nos últimos anos, porém, com o avanço da tecnologia e a importância crescente dada pelo CADE à repressão de condutas anticompetitivas, o número de casos detectados tem aumentado. No Brasil, a responsabilidade pela apuração de denúncias, investigação e condenação é do CADE, em âmbito administrativo e sob o olhar da defesa da concorrência. Apesar da apuração de casos de cartel em licitações ainda não ser muito comum, o órgão antitruste brasileiro tem observado, assim como no resto do mundo, uma demanda crescente de denúncias nos últimos anos, principalmente associadas a escândalos de corrupção. Como cartel em licitação pode estar associado à corrupção, a Controladoria-Geral da União (CGU) e o Ministério Público Federal (MPF) tem também a função de investigar, no âmbito federal, esse tipo de ilícito. É importante reparar que os casos podem ser analisados apenas pelo CADE quando o Estado é vítima, ou por ambos os órgãos, quando agentes estatais também estão envolvidos na prática.

¹⁰ Ver emenda constitucional nº 19 e art. 37 da Constituição Federal.

Esta dissertação tem como objetivo estudar os aspectos teóricos e a experiência brasileira de repressão aos cartéis em compras públicas, o que, considerando a legislação brasileira, é realizada fundamentalmente por licitações públicas. Licitação é uma forma de leilão. Usualmente, a microeconomia, com o auxílio da teoria dos jogos, investiga a dinâmica de leilões, no qual um vendedor apresenta uma oferta limitada para um número, a priori, indefinido de demandantes.¹¹ Os possíveis equilíbrios ou desequilíbrios provenientes de tais investigações podem, como será visto adiante, ser transpostos, de maneira análoga, para a contratação de um produto ou serviço, no qual a situação se inverte. Nessa esquematização, um comprador se dispõe a gerar um processo que convide um número indeterminado de ofertantes (MARSHALL; MARX, 2012).

Tal tipo de compra pode ser organizado tanto pelo setor privado, como é a política habitual de compras de grandes empresas, como pelo setor público, tal como acontece nas licitações realizadas pelo governo (justamente os casos concretos que serão observados adiante). Debruçado na análise econômica do cartel em licitação pública, partiremos para a interseção com práticas consideradas corruptas e seus desdobramentos. Antes, no entanto, é preciso retomar aos conceitos amplos presentes na literatura econômica, a começar pela teoria da colusão e pelo caso especial da colusão em licitações públicas.

2.1 Colusão em concorrências públicas

O conluio, por si só, é, como define a síntese de Motta (2004), uma situação em que há uma manutenção de preços elevados acima dos preços competitivos em duas ou mais empresas que, supostamente, seriam concorrentes. Tal definição pressupõe que as empresas envolvidas detenham significativo poder de mercado. Caso contrário, o dinâmica de concorrência inviabilizaria a elevação de preços. Cabe lembrar, também, que é possível ter preços elevados sem uma situação de conluio. Em mercados monopolizados

¹¹ Ver KRISHNA, Vijay. Auction theory. Academic press, 2009.

ou oligopolizados, a estratégia empresarial pode resultar em preços altos, mesmo que não acordados ou iguais.¹²

O chamado preço competitivo é derivado de um modelo teórico onde há interação entre empresas em um único período. A interação oligopolista em uma sequência indefinida de períodos faria com que as empresas, aos poucos, percebessem oportunidades para coordenarem suas ações com o intuito de aumentarem os lucros finais (MOTTA, 2004). As formas como são apresentados os diferentes conluíus incluem desde a clássica fixação de preços elevados, até a restrição da quantidade ofertada, passando também por estratégias de exclusão de concorrentes e divisão do mercado consumidor. Em comum a todas as essas práticas, é o comportamento de duas ou mais firmas como se fosse um único agente, de forma a limitar a concorrência (HOVENKAMP, 2005).

É importante notar que a teoria econômica encara o conluio como sendo um resultado final – aquele no qual os preços são maiores que o preço competitivo e, de alguma maneira, correlacionado entre as firmas – e não como um acordo entre concorrentes. Em outras palavras, não há uma distinção, na teoria das organizações industriais, entre o conluio organizado pelas partes e o conluio tácito, aquele que acontece sem a cooperação entre as firmas (MOTTA, 2007). Essa distinção é especialmente relevante para as autoridades que condenam a prática, afinal apenas as colusões previamente acertadas são ilícitos administrativos¹³. Dessa forma, a denominação de cartel é utilizada apenas quando há deliberação e organização do conluio e carrega consigo o caráter de ilicitude^{14 15}.

A estratégia deliberada de cartel traz uma série de benefícios para os membros de sua composição, tal qual a supressão de uma eventual “guerra de preços” e diminuição nas oscilações de estoque e faturamento (BRAGA, 2015). Diferentemente dos atos de concentração avaliados pela defesa da concorrência, no qual cada caso é analisado

¹² Em mercados oligopolizados é comum que os preços se mantenham acima do nível competitivo mesmo sem o advento do conluio e sem qualquer tipo de coordenação. A interação entre empresas no âmbito do mercado pode gerar, por exemplo outputs referentes aos modelos de Cournot ou Stackelberg.

¹³ O art.36 da Lei 12.529/11 diz que a prática, mesmo independente de culpa, deve-se constituir em infração. No entanto, a culpa, em tal afirmação, seria a culpa subjetiva relacionada aos objetivos finais delimitados pelo artigo (limitação de concorrência) e não a simples correlação de comportamento entre os supostos concorrentes. Ver, por exemplo, Voto da Conselheira Ana Frazão, Processo Administrativo N° 08012.011508/2007-91.

¹⁴ O conluio tácito foi, por muito tempo, considerado ilegal pela jurisprudência americana em relação ao Sherman Act. Alguns desses casos foram, inclusive, analisados por Scherer (2013).

¹⁵ Para uma análise detalhada de colusão tácita ver Green, Marshall e Marx (2013) e Ivaldi et al (2007).

individualmente, o cartel é um ilícito *per se*, principalmente em países como Estados Unidos e Canadá. Ou seja, basta que haja a comprovação da ilicitude para que a prática seja condenada, sem a necessidade de mensuração dos efeitos líquidos da conduta. A alternativa ao método *per se* seria a adoção da regra da razão, ou *rule of reason*, que consiste na análise dos efeitos líquidos no mercado em questão. No Brasil, a opção foi pela utilização da regra da razão levemente modificada, como aponta o relatório da OCDE¹⁶: “... a regra *per se* não é aplicável no Brasil. Assim, em todos os casos algum grau de poder de mercado deve ser demonstrado, embora em casos de cartéis clássicos aparentemente apenas uma demonstração mínima é exigida.”. É necessário que ocorra alguma comprovação de poder de mercado para que a condenação possa ser efetiva. No entanto, a tendência recente jurisprudencial aponta para a direção da adoção da regra *per se*¹⁷ (MARTINEZ, 2013).

A execução do conluio, quando concertado, é submetido ao controle de execução por parte dos interessados envolvidos, de maneira a sustentar a eficácia do mesmo. A caracterização de cada mercado, como o número de empresas, a concentração e a dinâmica de compras e vendas é extremamente relevante para a obtenção das condições necessárias para se manter o acordo (GREEN; MARSHALL; MARX, 2013). Caso contrário, um dos participantes poderá se sentir tentado a desviar sua estratégia. Nesse sentido, a teoria dos jogos tem muito a contribuir em relação ao comportamento dos agentes na formação do cartel e no monitoramento do acordo (VISCUSI; HARRINGTON; VERNON, 2005). Em contrapartida, o *enforcement* das autoridades é baseado em três etapas: descoberta, baseada na identificação de comportamentos colusivos, persecução e punição (CHOI; GERLACH, 2012).

O *cartel das britas*, julgado pelo CADE em 2005, é o caso seminal de um cartel clássico inserido na história da defesa da concorrência no Brasil. Com uma vasta compilação de provas, foi possível identificar todo o desenvolvimento da prática abusiva desde de sua concepção, em reuniões realizadas no sindicato do setor, até as sanções previstas em caso de desvios de estratégia por parte dos membros. O caso foi o primeiro no Brasil a contar com uma investigação sofisticada, obtendo êxito ao encontrar provas

¹⁶ Ver OCDE. Lei e Política de Concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares. Paris: OECD Press, 2010.

¹⁷ A tendência pode ser observada nos votos dos processos administrativos nº 08012.002127/2002-14 do conselheiro-relator Luiz Carlos Derlome Prado, nº 08012.009888/2003-70 do conselheiro-relator Fernando de Magalhães Furlan e nº 08012.004702/2004-77 do conselheiro relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo.

que demonstravam a fixação de preços, a divisão de mercado e o compartilhamento de informações, além das previsões de imposição de sanções¹⁸.

O cartel em licitação é uma modalidade específica do cartel, atrelada à aquisição de bens ou contratação de serviços por meio de algum tipo de concurso. Nas palavras da OCDE:

“[...] a apresentação de propostas em conluio (ou a concertação de propostas) ocorre quando os proponentes, em vez de competirem, como seria de se esperar, conspiram secretamente para aumentar os preços ou baixar a qualidade dos bens e serviços para compradores que desejem adquirir produtos ou serviços por meio de concursos, licitações ou leilões.” (OCDE, 2009, p.2).

Nesse caso, os concertantes têm por objetivo a extração de lucros extraordinários proveniente da Administração Pública, impondo uma perda ao conjunto da sociedade, pelo aumento do custo do contribuinte e da eficiência do gasto público. Diferentemente do cartel comum, que afeta, pelo menos em um primeiro momento, apenas os consumidores e potenciais consumidores daquele produto, o cartel em licitações atinge a totalidade dos contribuintes nacionais (BRAGA, 2015). Entretanto, assim como nas colusões tradicionais, o acordo se submete a diferentes formas de pressão, seja o anseio por fatias maiores do mercado por parte de cada membro do cartel, a pretensão de novos entrantes, atraídos pela lucratividade do setor ou até mesmo o *enforcement* em manter sob controle os mecanismos de desestabilização do cartel (MCAFFEE; MCMILLAN, 1992).

2.1.1 Como acontece o cartel em licitação? O ponto de vista da teoria econômica

O cartel em concorrência pública é visto pela teoria econômica de maneira análoga ao leilão, ou seja, como um modelo específico de transação entre vendedores e compradores no qual há a intenção de gerar rivalidade em um mercado de concorrência imperfeita. Dessa forma, tanto o leilão, como a concorrência pública são instrumentos

¹⁸ Processo Administrativo nº 08012.002127/2002-14.

que tem 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 convencionais¹⁹. 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 cidadãos²⁰.

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. No entanto, caso os ofertantes percebam tal assimetria e atentem para a possibilidade de lucros extraordinários, é gerado o incentivo a atuação coordenada entre eles. Dessa forma, os mesmos poderão obter um lucro conjunto maior do que a soma dos lucros individuais, caso o processo de rivalidade seja efetuado. Dentro desse formato, a ação coordenada requer apenas um meio pelo qual os supostos concorrentes dividirão o lucro extraordinário proveniente da ação conjunta (MARSHALL; MARX, 2012).

Algumas variantes, entretanto, são fundamentais para o nível de incentivo a formação do cartel. Em primeiro lugar, o número de concorrentes: quanto mais agentes ofertarem seus produtos, maior o nível de rivalidade esperado e mais difícil será a coordenação do cartel. Em segundo lugar, o grau de informações que é detido por cada *player* em relação aos demais e em relação ao produto ou serviço a ser contratado. Por fim, o resultado esperado por cada agente em relação a entrada no cartel ou permanência

¹⁹ A representação de um mercado com apenas um comprador poderia ser ilustrado de tal forma que a curva de demanda se posicione verticalmente na quantidade unitária. Porém, o equilíbrio gerado por esse modelo não tem aderência com a realidade.

²⁰ Princípios da Administração Pública referentes ao Art. nº 37 da Constituição Federal.

fora dele. Tais variáveis interferem diretamente na estratégia a ser escolhida pelos agentes ao participar do leilão (MARSHALL; MARX, 2007).

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*²¹, 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. Como veremos adiante, na prática as licitações são realizadas combinando os dois modelos e incorporando outros elementos de maneira a maximizar a rivalidade e evitar a formação de cartéis.

Para entender as escolhas dos desenhos das licitações se faz necessário atentar para os incentivos e possibilidades de colusão nos dois modelos. Para o leilão aberto, Marshall e Marx (2012) relatam o modelo formal que induz a coordenação. Para isso é suposto que cada participante do leilão tem um preço mínimo que está disposto a receber pela venda (v), o valor de reserva. Assim, o *pay-off* final de cada participante é nulo caso não vença o leilão ou é igual a diferença entre o preço final do leilão (p) e v , o excedente. Assim, no caso de não ocorrência de coordenação, o preço final será igual ao segundo menor valor de reserva ($p = v_2$) e o *pay-off* do vencedor será $v_1 - v_2$. Já no caso de coordenação entre os dois participantes que possuem os dois menores valores para v , o preço a ser pago será de v_3 , dado que, com o conhecimento mútuo de seus valores de reserva, os participantes cessarão seus palpites ao invés de rivalizarem entre si. Portanto, o cartel implicará em um maior preço final de compra, transferindo recursos do governo para os membros do cartel.

Logicamente, tal modelo só possui efetividade caso os *players* com os maiores valores de reserva estejam presentes. O que vai ao encontro da correlação positiva entre cartel e poder de mercado dos participantes. Em outras palavras, um menor valor de

²¹ O termo *ascending-bid* é utilizado por Marshall e Marx (2012) em relação ao leilão tradicional de venda a exemplo da venda de antiguidades e obras de arte. No entanto, a intuição econômica, argumentam os autores, permanece a mesma, considerando algumas ressalvas.

reserva pode indicar vantagens competitivas que, por sua vez, tendem a indicar um elevado grau de poder de mercado. Além disso, como corolário do modelo, é possível inferir que quanto maior o número de participantes do cartel, maior o excedente a ser obtido pelos ofertantes e maior o prejuízo provocado ao erário. Por fim, o processo final de divisão do excedente é feito, segundo o modelo, por meio de um segundo leilão, dessa vez incluindo apenas os participantes da coordenação clandestina²². Todavia, esse tipo de divisão só é aplicável no caso de leilões ascendentes e privados. Em licitações públicas, o vencedor do leilão não poderá alienar sua venda ou provisão de serviço de maneira deliberada. Assim, outras formas de divisão do excedente, em função do poder de mercado e barganha de cada um dos participantes, serão usualmente adotadas.

No leilão fechado, descrito por Marshall e Marx (2012), os participantes têm como variantes, além dos seus respectivos valores de reserva, as probabilidades de chance de ganho, o que se traduz em um *pay-off* de $[0; X]$, sendo X o preço final²³. A insegurança de tal modelo para os participantes e o desejo por lucros extraordinários incentiva a atuação coordenada de maneira a aumentar o *pay-off*. Quanto maior o número de participantes da colusão, maior a probabilidade de ganho e maior o *pay-off* total do cartel. Caso os ofertantes que não estejam incluídos no cartel percebam a movimentação coordenativa, eles também irão aumentar seus lances, de maneira a ajustar seus *pay-offs*, implicando em um prejuízo maior à Administração e um incentivo menor em entrar no cartel, se comparado ao leilão aberto. Importante notar que, diferentemente do leilão aberto, no leilão fechado a distribuição probabilística faz com que o cartel possa sair vencedor mesmo sem contar com o *player* com o menor valor de reserva.

Se compararmos os modelos propostos, é fácil perceber que o leilão fechado gera mais incentivos ao desvio da estratégia colusiva. Segundo Klemperer (2004), a falta de interação entre os agentes entre um lance e outro faz com que o monitoramento e a eventual retaliação sofrida pelo desviante se tornem mais difíceis de serem executados. Se o modelo teórico envolver um único leilão, por exemplo, o incentivo a desviar fica

²² Marshall e Marx (2012) dissertam sobre uma divisão do tipo “passar o chapéu” no caso dos excedentes. Todavia tal solução estaria de acordo com a hipótese de simetria entre as firmas. Caso as firmas sejam diferentes em tamanho e poder de mercado, a divisão será desigual.

²³ Se os ofertantes tiverem posições simétricas de mercado, a distribuição de probabilidades será uniforme e cada participante terá um problema com equilíbrio de Nash. Para o funcionamento do modelo, no entanto, é preciso que os participantes conheçam a distribuição probabilística. Caso exista incerteza, a procura por segurança aumenta o incentivo a cartelização.

cristalizado já que o menor lance proferido é conhecido pelo público apenas ao final do certame. Outra vantagem do leilão fechado, em relação ao aberto, é a tendência a atrair um maior número de players dada a sua natureza de lance único, o que faz com que o potencial concorrente mais eficiente não tenha uma segunda chance de ofertar. Assim, o *player* que não seja o mais eficiente tem chance de ganhar a licitação. De uma outra perspectiva, esse mesmo argumento é útil para mostrar que o grau de rivalidade em um leilão fechado é, em média, menor que no leilão aberto.

Apesar dos incentivos atuarem de maneira diferente nos dois tipos de leilão, o princípio básico do *bid rigging* é o mesmo: a supressão da rivalidade e o falseamento da concorrência. A formação do *ring* entretanto, não depende apenas dos fatores considerados nos modelos, como chamam a atenção os próprios autores. Um *bidder* a mais no cartel aumenta as chances de sucesso da ilicitude, mas, por outro lado, também reduz os ganhos individuais do grupo. No leilão fechado, a possibilidade de transbordamento do ganho de cartel faz com que exista um equilíbrio entre entrar ou não no *ring*. Por fim, o ganho marginal do último a entrar no cartel é maior que o dos demais, o que pode gerar algum tipo de tensão. Em suma, os fatores de instabilidade mencionados são dificuldades impostas para o sucesso da prática ilícita. Nesse sentido, afirmam os autores, caso exista as condições para tal, a melhor opção, do ponto de vista anticompetitivo, seria predar o concorrente ao invés de acordar com o mesmo, o que, de certa forma, retroalimenta a instabilidade das formações de cartel (MARSHALL; MARX, 2012).

2.1.2 Como acontece o cartel em licitação? As práticas e estratégias mais comuns

A luz da teoria econômica e da observação das práticas mais comuns, a OCDE listou as estratégias mais comuns de formação de cartel em concorrências públicas:²⁴

- **“Proposta Fictícias ou de Cobertura.** As propostas fictícias, ou de cobertura (também designadas como complementares, de cortesia, figurativas ou simbólicas)

²⁴ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. Diretrizes Para Combater o Conluio Entre Concorrentes em Contratações Públicas, fevereiro de 2009.

são a forma mais frequente de implementação dos esquemas de conluio entre concorrentes. Ocorre quando indivíduos ou empresas combinam submeter propostas que envolvem, pelo menos, um dos seguintes comportamentos: (1) Um dos concorrentes aceita apresentar uma proposta mais elevada do que a proposta do candidato escolhido, (2) um concorrente apresenta uma proposta que já sabe de antemão que é demasiado elevada para ser aceita, ou (3) 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 genuína entre os licitantes.

- **Supressão de Propostas.** Os esquemas de supressão de propostas envolvem acordos entre os concorrentes nos quais uma ou mais empresas estipulam abster-se de concorrer ou retiram uma proposta previamente apresentada para que a proposta do concorrente escolhido seja aceita. Fundamentalmente, a supressão de propostas implica que uma empresa não apresente uma proposta para apreciação final.
- **Propostas Rotativas ou Rodízio.** Nos esquemas de propostas rotativas (ou rodízio), as empresas conspiradoras continuam a concorrer, mas combinam apresentar alternadamente a proposta vencedora (i.e. a proposta de valor mais baixo). As formas 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 a cada uma, valores que correspondam ao seu respectivo tamanho.
- **Divisão do Mercado.** Os concorrentes definem os contornos do mercado e acordam em não concorrer para

determinados clientes ou em áreas geográficas específicas. As empresas concorrentes podem, por exemplo, atribuir clientes específicos ou tipos de clientes a diferentes empresas, para que os demais concorrentes não apresentem propostas (ou apresentem apenas uma proposta fictícia) para contratos ofertados por essas classes de potenciais clientes. Em troca, o concorrente não apresenta propostas competitivas a um grupo específico de clientes atribuído a outras empresas integrantes do cartel. ” (OCDE, 2009, p. 3)

- **Subcontratação.** Os concorrentes acordam em recompensar a colaboração das empresas que, ao não participarem da licitação ou apresentarem proposta de cobertura, garantiram que a empresa previamente escolhida se sagraisse vencedora do certame. Dessa forma, a subcontratação das empresas colaboradoras permite que os lucros excepcionalmente elevados – fruto da ausência de competitividade derivada do acordo colusivo firmado entre as concorrentes – sejam divididos entre as empresas do cartel (OCDE, 2009; CECCATO, 2012).

Ainda que elencadas de maneira não exaustiva, tais estratégias são as mais observadas em cartéis em licitação. Com a preocupação crescente acerca das possíveis infrações, tanto os leilões como os editais têm incorporado inovações, o que desestimula a ação coordenada e, por outro, lado induz à elaboração de estratégias mais complexas, inclusive com a mescla das estratégias listadas. Também é possível citar estratégias que incorporem outros tipos de ilicitudes, a exemplo da fixação de preços base em determinado setor (o que constitui uma prática anticompetitiva por si só), a constituição de empresas fantasmas com o objetivo de elevar o número de concorrentes artificialmente e possíveis consórcios entre concorrentes e associações de classe ou sindicatos²⁵.

²⁵ As associações de classes trabalhadoras ou patronais são legítimas perante as normas brasileiras. No entanto, sua atuação não pode extrapolar o âmbito de defesa de direitos para o setor em questão. A eventual

McAfee e McMillan (1992) classificam o grupo de estratégias entre cartéis fracos e cartéis fortes. Os cartéis fracos são aqueles em que não há divisão de lucros após a realização da venda, mesmo tendo ocorrido a troca de informações. Na maioria dos casos, as propostas de rodízio, a divisão de mercado e um eventual empate com preços idênticos são comportamentos associados ao cartel fraco. O cartel forte, por sua vez, reúne o potencial de exclusão de licitantes e/ou de transferência de ganho para os demais participantes. Nesse caso, as estratégias podem variar entre a utilização de propostas fictícias, supressão de lances, acordos de subcontratação futura, repasses diretos de parte dos lucros extraordinários auferidos ou ainda a reunião das estratégias listadas.

A escolha da estratégia depende, como já mencionado, de uma série de variáveis. Marshall e Marx (2012), a título de ilustração, relembram o caso seminal do cartel de tubo de ferro fundido em 1894, nos Estados Unidos.²⁶ Diante de um leilão do tipo fechado, um grupo de empresas se reuniu previamente e dividiu o mercado em territórios. Em seguida, realizou um *knockout* (um leilão clandestino anterior ao leilão público, no qual apenas os membros do cartel estão presentes e dão lances) e decidiu quem seria o vencedor do leilão oficial para cada um dos territórios. Assim, no momento de cada uma das licitações, apenas o vencedor interno fez uma proposta, enquanto os demais se limitaram em utilizar propostas fictícias e de cobertura.

A estratégia relativamente simples do caso de tubo de ferro fundido pode ser contrastado como a complexidade da tática utilizada no caso do *cartel de ambulâncias* em São Paulo²⁷, no qual os agentes recorreram a uma combinação das estratégias citadas para falsear o processo de competição, mostrando, mesmo que de maneira rudimentar, a evolução da forma de se pensar as táticas fraudulentas. Nesse caso, que será analisado posteriormente, a elaboração relativamente complexa do formato da licitação, que contempla atributos do leilão fechado, assim como do aberto, exigiu a combinação entre propostas fictícias, supressão de proposta e possível subcontratação.

combinação de preços ou coordenação com o intuito de infringir a ordem econômica é passível de condenação. Ver Lei nº 12.529/2011.

²⁶ Addyston Pipe Transcription of Record apud (MARSHALL; MARX, 2012).

²⁷ Processo Administrativo nº 08012.003931/2005-55.

2.1.3 Como o cartel em licitação é implementado? Condições facilitadoras e obstáculos para o acordo

A decisão de formar um cartel e a escolha da estratégia mais apropriada dependem tanto de variáveis estruturais de cada mercado, como também das instituições gerais que regem as vendas públicas (MARSHALL; MARX, 2012). A interação entre as duas vertentes cria as condições estruturais necessárias para o investimento em acordos horizontais que tenham alta probabilidade de sucesso. Em um segundo momento, a própria natureza das relações entre os membros do cartel, derivadas das condições estruturais e conjunturais de determinado leilão, serão cruciais para a eficácia do cartel – ou a simples existência do cartel, se considerarmos uma perspectiva *ex-ante*. Por fim, o comportamento do leiloeiro, que na maioria dos casos é também o adquirente do produto ou serviço, é determinante para o sucesso da colusão deliberada.

Retornando ao âmbito do cartel simples, alguns fatores mercadológicos são tipicamente agravantes à possibilidade de supressão da rivalidade. Em primeiro lugar, o nível de concentração do mercado e as barreiras à entrada estruturais são elementos que, naturalmente podem reduzir o nível de competição e facilitar a elaboração de acordos entre os agentes. O número reduzido de competidores, por sua vez, facilita a organização e o diálogo. A dificuldade de entrada para potenciais concorrentes também garante que determinado desvio de preço não será suprimido pela entrada de novos concorrentes. Além disso, a homogeneidade dos produtos ofertados também ajuda na formação e manutenção do cartel, afinal a diferenciação, seja ela via marketing, inovação ou qualidade (ou ainda a combinação desses fatores) é um incentivo forte à desvios do acordo em prol de ganhos significativos de *market-share* (MOTTA, 2007; OCDE, 2009).

Quando a análise se restringe a apenas cartéis em licitações, o tipo de *ring* e a estratégia associada a ele vai levar em conta as instituições que permeiam o leilão e o desenho do edital. Segundo o modelo teórico proposto por Marshall e Marx (2012), o leilão aberto com informações a respeito do objeto em questão e dos concorrentes exige um grau mínimo de controle de execução dos participantes, dado que a solução do problema é um incentivo ao equilíbrio cartelístico. Já um leilão aberto, mas com restrições em relação às informações pode dificultar o *enforcement* do contrato, o que pode exigir a presença de um terceiro para mediar possíveis conflitos. Ou seja, o ganho extraordinário proveniente da colusão explícita pode compensar a contratação de um terceiro

independente para mediar a interação ilegal dos participantes do cartel. Por último, o leilão fechado exige um grau ainda mais elevado de esforço dos participantes em manter o cartel. Como já descrito, o desconhecimento dos lances dos demais competidores e as probabilidades envolvidas no processo, além do fato de que os ganhos do cartel transbordam para os não membros, dificultam a coordenação.

Diferentemente do cartel convencional, a colusão explícita em licitações, em razão da natureza de sua dinâmica, não tem como principal elemento a combinação de preços, mas sim a determinação do vencedor. Para isso, os acordos horizontais são firmados de maneira a suprimir a rivalidade por meio de impedimento de participação de empresas de forma competitiva ou inclusão de firmas no grupo *cartelístico*. (MARSHALL; MARX, 2007). No entanto, na maioria dos mercados, há a impossibilidade de controle da atuação de todas as empresas dispostas a entrar naquele mercado. Se considerarmos apenas um leilão, por exemplo, os agentes terão incentivos a desviar, mesmo depois de firmado o acordo entre os participantes do cartel. Em suma, a peculiaridade da colusão em concorrência pública incrementa o grau de instabilidade dos acordos (BACHRACH; ZADIMOGHADDAM, 2011). De toda forma, o nível de instabilidade da manutenção do cartel também irá depender do formato do leilão.

Apesar de envolver a maior dificuldade de manutenção de acordos colusivos, o leilão fechado é aquele que leva em conta o menor nível de rivalidade. Enquanto em um hipotético leilão aberto sem cartel a rivalidade levaria à eficiência alocativa, o leilão fechado não garante tal resultado. Dessa forma, pode ser identificado um *trade-off* a ser considerado na elaboração de leilões públicos para licitações em que o grau de rivalidade se contrapõe ao risco de acordos horizontais de conluio (MARSHALL; MARX, 2012). Independentemente do tipo de leilão, a frequência com que ocorrem as compras públicas é outro fator que pode influenciar a construção do acordo, já que a previsibilidade das licitações futuras tende a fortalecer as propostas rotativas entre os agentes. Nesse sentido, licitações de um mesmo mercado que ocorram, por exemplo, semestralmente geram facilidades de *enforcement* do *bid rotation* (OCDE, 2009). Em outras palavras, o desenho institucional da licitação deve levar em conta, não apenas cada um dos leilões, mas também a interação dinâmica entre os agentes de cada mercado.

No que tange o desenho do edital, a transparência das informações reveladas pode proporcionar incentivos para que os concorrentes entrem em acordo de fixação de preços.

Isso acontece pois muitas das informações descritas no edital e, posteriormente, coletadas pelas autoridades públicas podem conter dados sensíveis das firmas do ponto de vista concorrencial e que não estariam disponíveis em um ambiente de disputa privado. Com tais informações disponíveis ao público, a rivalidade corre risco de ser suprimida. Seria desejável, partindo desse ponto de vista, que as licitações fossem o máximo não-transparentes possível, todavia os princípios democráticos de países com instituições sólidas preveem certo grau de prestação de contas para com a sociedade. Além disso, a obscuridade de tais processos gera um outro tipo de incentivo perverso que será discutido nas próximas sessões: o estímulo a corrupção (BOEHM; OLAYA, 2006).

A identificação e o emprego de novas tecnologias também modificam as possibilidades no desenho dos leilões e os incentivos para as ilicitudes. No entanto, a utilização das novas tecnologias deve se adequar às políticas de defesa econômica de prevenção e repressão. Nos pregões eletrônicos, por exemplo, a execução do leilão ocorre de maneira rápida e eficiente poupando recursos e facilitando o acesso de um número maior de competidores. Todavia, da mesma forma que a tecnologia empregada resulta em eficiências processuais, ela também lança oportunidades novas para o falseamento da concorrência. Nos mesmos pregões eletrônicos, os competidores podem instalar um sistema de comunicação por meio do reconhecimento dos três dígitos finais de cada lance. Prática essa que foi detectada e mitigada²⁸ (KLEMPERER, 2008). Da mesma maneira, a não informação do histórico dos leilões para os competidores do certame auxilia na mitigação do risco de conluio e reduz o lucro do cartel. Além dos efeitos diretos da desinformação (dificuldade de coordenação e monitoramento), a censura aos lances também incentiva a presença de *shill bidders*, leia-se: competidores que anunciam lances apenas com o intuito de incrementar a rivalidade. O não conhecimento dos lances proferidos gera incentivos virtuosos para que os competidores que formam o cartel desviem de suas estratégias e proponham lances menores, gerando instabilidade e rivalidade entre os concorrentes (MARSHALL; MARX, 2012).

Ademais, a própria natureza do edital, que inclui a necessidade de contratação por parte do Estado após a publicação da intenção de compra, não permite que haja desistência da compra em detrimento de suspeita de comportamento colusivo. O órgão

²⁸ Usualmente, os pregões eletrônicos impõem restrições quanto aos valores ofertados. Por exemplo, impondo apenas valores múltiplos de mil (MARSHALL; MARX, 2012).

comprador, ao verificar que as ofertas estejam alinhadas ou que a conduta dos ofertantes esteja em desacordo com as normas concorrências deve submeter denúncia ao órgão competente para que o suposto cartel seja investigado. A caracterização dos editais, em geral, é marcada pela rigidez na definição do produto que tem por objetivo limitar o processo de rivalidade ao preço. Entretanto, tal rigidez pode limitar também o número de entrantes no páreo, reduzindo os níveis de concorrência. O rigor também é refletido nas condições impostas pelo desenho do edital, a exemplo de tempo mínimo de experiência de atuação no mercado, gerando barreiras regulatórias e institucionais à entrada de empresas com menor expressão.

Também é necessário atentar para a determinação do mercado relevante e para a existência de poder de mercado. Elementos esses que são pontos de partida em qualquer análise realizada pelos órgãos antitruste. Como já mencionado anteriormente, o cartel é geralmente condenado de maneira *per se* em vários países. No Brasil, apesar de certa obscuridade quanto ao tema, há uma clara tendência da condenação *per se*, como já demonstrado. O pressuposto para tal tendência é a certeza de efeitos líquidos nocivos à economia nacional, sem a necessidade de mensuração caso a caso. Seguindo essa lógica, também é possível afirmar que, em todos os tipos de cartel, existe poder de mercado por parte de pelos menos um dos agentes. Caso contrário, a eficácia da colusão concertada seria nula. Ou seja, a própria execução do cartel tem o potencial para identificar o poder de mercado.

A definição de mercado relevante, por sua vez, é usualmente descartada nas análises de cartel dado que há lesividade ao ambiente concorrencial decorrente da própria materialidade da conduta. No caso específico das licitações, o mercado relevante é clarificado no próprio edital de compra, onde podem ser encontradas as especificidades dos produtos ou serviços e das características das empresas que poderão ofertar, além da restrição do mercado geográfico. No caso de licitações frequentes, a estratégia de rodízio entre os participantes pode suscitar a necessidade de definições de mercado relevante mais abrangentes. No entanto, a tese de que a própria materialidade do cartel é suficiente para a condenação da prática se mantém.²⁹

²⁹ A argumentação referente a falta de necessidade de análise de probabilidade de poder de mercado e definição de mercado relevante é proveniente da jurisprudência do CADE. Ver Processo Administrativo 08012.001273/2010-24.

Por fim, cabe ao leiloeiro a aplicação das normas que dificultam a formação e a manutenção do cartel. Por aplicação deve ser entendido não a construção do desenho institucional, mas o controle das condutas empregado pelas autoridades que executam o leilão. A conivência do leiloeiro com os membros do cartel pode estar associada às práticas de corrupção tal qual o pagamento de subornos ou o repasse de parte dos lucros auferidos pelas vendas. A ocorrência de tais práticas será analisada em seguida dentro da abordagem que reúne o conjunto de incentivos para a existência de corrupção em leilões. Contudo, antes de debruçarmos sobre a economia da corrupção é preciso chamar a atenção para as instituições brasileiras dedicadas ao combate de cartéis em concorrências públicas.

2.1.4 Cartel em licitação no Brasil: Instituições e leilões

Na maioria dos países democráticos, grande parte das compras governamentais são realizadas por meio de processos administrativos formais, as licitações públicas. No Brasil, o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal determina a obrigatoriedade da licitação para qualquer aquisição de bem ou contratação de serviço que, por sua vez, é regido pela Lei nº 8.666/93, referente as licitações e contratações públicas, e que posteriormente foi complementada por outras normas, visando a melhor adequação às inovações tecnológicas e organizacionais. Esse tipo de processo é peculiar por ter regras e instituições definidas via edital público, sem deixar espaço para negociações típicas de mercado. Usualmente, o edital define, *ex-ante*, as condições específicas do produto ou serviço que o Estado deseja obter, assim como o mercado geográfico e as condições de pós-venda. Dessa forma, o processo de concorrência mercadológico se restringiria exclusivamente à competição por preços.

Apesar da discussão jurídica em torno da condenação de cartéis de maneira *per se* no Brasil, o mercado relevante em casos de acordo horizontal em licitação é delimitado pelo próprio contrato apresentado no momento do lançamento do edital, o que facilita a comprovação do cartel por parte da regulamentação antitruste.³⁰ Seguindo esse raciocínio, o poder de mercado não tem necessidade de ser comprovado. Afinal, a própria

³⁰ A Lei nº 12.529/11, como já mencionado, deixa em aberto a possibilidade de condenação *per se* de cartéis comprovados. No entanto, há uma tendência recente do CADE em condenar tais atos sem a necessidade de mensuração dos efeitos (MARTINEZ, 2013).

eficácia do cartel já corrobora o fato de que ao menos um dos participantes da conduta detenha suficiente poder para manter os preços elevados. Novamente, a eficácia do cartel depende do comportamento contínuo dos participantes e dos incentivos para potenciais desvios, com o adendo de que em concorrências públicas há, de fato, um leilão. Assim, a estrutura do certame competitivo também influencia a dinâmica do comportamento colusivo e as estratégias empregadas (MCAFFEE; MCMILLAN, 1992), tanto por parte dos infratores, como por parte da autoridade investigativa.

Nesse sentido, cabe fazer uma breve análise dos tipos de leilão existentes na administração pública nacional e as formas de como as condutas são punidas pela autoridade pública, seja ela concorrencial ou de justiça. Dito de outra maneira, é preciso verificar as construções institucionais *ex-ante*, que visam a prevenção do ilícito, e as prerrogativas *ex-post*, visando a punição do agravante.

Apesar de ter seus fundamentos baseados na Lei 8.666/93, as diretrizes das licitações brasileiras sofreram modificações pontuais ao longo da década de 2000, com o intuito de tornar tais processos mais eficientes e menos sujeitos a fraudes, além de adequá-los às novas tecnologias. Em um primeiro momento, durante a década de noventa, a lei previa cinco tipos de leilão, a saber: “1) concorrência; 2) tomada de preços; 3) convite; 4) concurso e; 5) leilão”, contudo “[d]o ponto de vista da teoria econômica, todas as modalidades são leilões, o que não deve ser confundido com esta modalidade específica prevista em lei” (MATTOS, 2014, p.5).³¹ Assim, de acordo com a lei, todas as compras governamentais acima de um valor mínimo estipulado eram realizadas por meio de leilão fechado, ou seja, a modalidade menos propensa à cartelização, segundo Marshall e Marx (2012).

Em 2002, a Lei 10.520/2002 introduziu uma nova modalidade: o pregão presencial. Nele são combinados, em um arranjo, o leilão aberto e o leilão fechado com o objetivo de minimizar o risco de fraudes e garantir a maior rivalidade possível. Dessa forma, no primeiro momento, há um leilão do tipo fechado no qual os licitantes ofertam seus lances individuais em um envelope. No segundo momento, o concorrente com o menor lance e todos aqueles com lances até 10% superiores passam a segunda fase, onde

³¹ As diferenças entre os tipos de licitação não impactam na análise econômica. Enquanto a quarta modalidade é específica à escolha de trabalhos para premiação e a quinta à venda, as três primeiras se diferem no tocante ao valor das compras e as exigências mínimas (MATTOS, 2014).

ocorrerá o leilão aberto descendente a partir do valor mais baixo do primeiro leilão.³² Além do arranjo institucional inovador, a nova lei também modificou a dinâmica de habilitação. Enquanto na primeira lei, todos os candidatos deveriam apresentar as credenciais exigidas, no novo arranjo, há uma inversão de fases, sendo apenas o vencedor do certame passível de habilitação. Caso este não esteja habilitado, por qualquer razão, a oferta é redirecionada para o segundo colocado do pregão. Tal medida economiza recursos do governo e reduz as barreiras à entrada, além de evitar possíveis contestações entre os licitantes, antes mesmo de iniciado o leilão.

A etapa na qual o leilão se torna aberto é propensa à formação de cartéis, porém, sua efetividade é restringida pela primeira etapa, centrada no leilão selado. O fato de ocorrerem duas etapas dificulta a coordenação entre os participantes. Quanto maior o número de firmas ou consórcios na licitação, maior o incentivo de desviar da estratégia acordada na primeira fase, dada a maior dificuldade de monitoramento. Na segunda fase, com número reduzido de *players*, a efetiva rivalidade acontece, mas com chance reduzida de cartelização (MATTOS, 2014). Ademais, a inversão de fases, além de diminuir as barreiras à entrada, tornam todo o processo mais rápido, reduzindo o ambiente temporal para a elaboração de acordos (CECCATO, 2012). Por fim, a última inovação do pregão presencial concerne ao papel do pregoeiro. Este tem poder de, ao final dos lances abertos, ainda negociar uma redução de preço com a empresa ou consórcio vencedor, o que, naturalmente, implica um aumento do nível de discricionariedade e responsabilidade do pregoeiro (MATTOS, 2014).

A fim de incluir novas tecnologias de informação, em 2005, o Decreto 5.450/2005 complementou a então lei vigente com a criação do “pregão eletrônico”. A nova modalidade permitiu a realização do leilão por vias eletrônicas, de modo a facilitar o acesso por parte dos concorrentes e agilizar o processo de compra em benefício da esfera governamental. A partir desse momento, o pregão eletrônico se tornou o principal meio de realizar concorrências públicas no Brasil resultando em previsibilidade tanto para o órgão licitador quanto para as empresas licitantes. A lógica da modalidade é essencialmente a mesma do pregão presencial com o incremento técnico viabilizado pela

³² Caso não haja pelo menos três ofertas dentro do espaço de 10% acima do melhor lance, os três melhores lances serão selecionados independente do distanciamento.

internet. Ademais, duas mudanças foram acrescentadas e alteram substancialmente os incentivos dos jogadores (concorrentes e pregoeiro).

Em primeiro lugar, a segunda etapa do leilão não mais restringe o número de participantes, o que, de certa forma, torna a primeira etapa obsoleta a não ser pela sinalização inicial dos participantes. Em segundo lugar, é instaurada a não informação da origem dos lances. O acompanhamento dos lances na fase de leilão aberto é realizado *on-line*, mas sem incluir o nome do respectivo licitante.³³ Assim, nenhum dos concorrentes fica sabendo quem proferiu o menor lance momentâneo, nem mesmo o leiloeiro, o que implica em um novo “elemento desestabilizador” (MATTOS, 2014, p.11). A luz da teoria econômica, tal elemento reduz a possibilidade de colusão e ainda permite a entrada de *shill bidders*. Nas palavras de Marshall e Marx (2012):

“As a general rule, the more information the auctioneer conveys about bidder identities, the bids submitted, and auction outcomes, the easier it is for a ring to be effective in its work of suppressing rivalry among members” (MARSHALL; MARX, 2012, p. 200)³⁴.

A probabilidade de ser descoberto e, conseqüentemente, retaliado é reduzida, de maneira a modificar os incentivos do acordo horizontal (KLEMPERER, 2008).

Há ainda o elemento adicional da randomização do tempo para o término do leilão. Dessa maneira, se torna menos provável a retaliação do comportamento desviante pelas demais firmas. Um lance abaixo do combinado entre as partes (configurando um desvio do cartel) pode vencer o leilão sem que os demais concorrentes possam suprimir tal lance. Assim, a possibilidade de retaliação no próprio leilão é mitigada, o que gera mais instabilidade aos acordos. Evidentemente, o nome do vencedor do leilão é divulgado após o término da concorrência. Todavia, as possibilidades de retaliação são mitigadas.

³³ O anonimato no pregão eletrônico apenas é possível nesse tipo de modalidade.

³⁴ T.A. Como regra geral, quanto mais informações o leiloeiro transmite sobre as identidades dos participantes, sobre as propostas apresentadas, e sobre os resultados do leilão, mais fácil para um cartel ser eficaz em seu objetivo de suprimir a rivalidade entre os concorrentes.

Apesar do pregão eletrônico ser o majoritário modo de leilão nas compras públicas, em 2011, a Lei 12.462/2011 introduziu o Regime Diferenciado de Contratação (RDC) com o objetivo de flexibilizar as regras promulgadas na lei de 1993 para o advento de compras públicas direcionadas à eventos prioritários para a política pública, tais como o Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) e a Copa do Mundo de 2014. Essa nova modalidade permite ao pregoeiro a liberdade de escolher o tipo de leilão que será executado, assim como estabelece novos critérios para a compra, que não apenas o preço. Dessa maneira, apesar de agilizar o processo e gerar maior eficiência na forma de contratação, a flexibilização permite possíveis direcionamentos por parte do pregoeiro. Assim, é requerida a supervisão de órgãos estatais de controle, tal qual é recomendado por organismos internacionais (OCDE, 2009).

A evolução do desenho dos leilões brasileiros tem respaldo democrático e a percepção geral, tanto nacional como estrangeira, é de que as novas instituições tendem a evitar a formação de cartéis em licitação. Não obstante, inexitem estudos que comparem os períodos aos quais as leis foram aplicadas (MATTOS, 2014). De maneira análoga, as instituições que regem a detecção e as penas referentes à prática de conluio explícito em concorrência pública também evoluíram ao longo do período democrático nacional.

2.2 Considerações Finais

A literatura econômica do cartel em concorrências públicas discorre sobre uma série de estratégias de acordos, resultantes em prejuízos ao bem-estar geral e ao governo, que divergem dos resultados da interação tradicional de mercado da teoria microeconômica *mainstream*. As estratégias são selecionadas em função das variáveis relacionadas a estrutura de cada mercado e do tipo de concorrência pública em questão, além das condições de monitoramento e do conseqüente risco de insucesso.

Evidentemente, essas variáveis são consideradas nos apontamentos e debates a respeito das formulações de políticas ótimas para coibir o cartel em licitação, tanto *ex-ante* (por meio das formulações de editais) como *ex-post* (por meio de detecção e

repressão). Debate esse que também pode ser observado na prática por meio da evolução da legislação brasileira, consequência do aprendizado ao longo das décadas.

Dessa forma, estão delineados os cenários em que ocorrem o cartel em concorrência pública e quais as variáveis que influenciam a prática, assim como aquelas que podem ser alteradas, mesmo que de forma limitada, pela política pública. Dando, continuidade a análise, o próximo capítulo visa o entendimento desses mesmos cenários com a introdução da possibilidade de fraude por parte do leiloeiro, leia-se: corrupção, e as mudanças que isso implica.

3 CORRUPÇÃO E CARTEL EM CONCORRÊNCIAS PÚBLICAS

As preocupações com as compras públicas não se limitam à esfera concorrencial e à ação coordenada dos participantes. O leiloeiro, assim como o mandante da licitação também têm incentivos para praticar ilícitos, dessa vez no âmbito da corrupção. Ambas as práticas estão conectadas, mas o desmembramento delas é essencial para a compreensão e análise dos casos submetidos às autoridades. Nesse sentido, este capítulo pretende pincelar a literatura de economia da corrupção no que diz respeito à prática em cartéis de licitação. Primeiramente, são estabelecidas as definições e as consequências econômicas avalizadas pela literatura. Em seguida, são descritas as teorias de incentivos e de atuação nos cartéis em concorrências públicas. Por fim, há uma breve revisão do debate em torno do *trade-off* gerado pelo combate aos dois tipos de ilícito.

3.1 Economia da Corrupção

3.1.1 Definições Sociológicas e Econômicas e Revisão da Literatura

O dessecamento da corrupção passou a ganhar contornos contemporâneos com o advento da segunda revolução industrial e a dinâmica das novas firmas (WALLIS, 2004). Antes, a corrupção era vista como o ato da classe política de deturpar as instituições econômicas visando, principalmente, a manutenção do poder. Os ganhos privados monetários eram logrados ao segundo plano. Wallis chama esse tipo de ilicitude de *corrupção sistemática* e afirma que a mesma se extinguiu dada a contínua discussão acerca do balanceamento de poder na esfera governamental. O sistema democrático descentralizado dificulta a apropriação de poder por parte de agentes individuais, pelo menos nos países mais avançados. No final do século XIX, esse tipo de corrupção, que gerava instituições perversas, tais como a escravidão e o autoritarismo, deu lugar a novas preocupações, agora mesclando os interesses econômicos e políticos.

Hoje, as ciências sociais abordam o tema da corrupção de maneira ampla e, muitas vezes, diferenciada. Sendo constantemente abordada pelo Direito, pela Política e pela

Sociologia, a definição acaba por se tornar aberta ou ambígua. Schweitzer (2007)³⁵ lembra que a ciência social geralmente associa a corrupção ao desvio de comportamento em relação as expectativas normativas da sociedade, em prol de um ganho pessoal. No entanto, o próprio autor chama a atenção para a inconsistência dessa definição. Além do cunho generalista, podendo ser aplicada a qualquer infração, a demarcação também se mostra falha no sentido em que, em muitas situações, a atitude corrupta é exatamente aquilo que a sociedade espera. Tal expectativa decorre, em certos casos, devido a separação entre normas particularistas, as regras informais derivadas da evolução dos grupos sociais e normas universalistas, aquelas construídas formalmente na configuração de leis codificadas e jurisdições. O desencontro institucional, interligado à dinâmica econômica e social é, pois, o ambiente sociológico que configura o aparecimento da corrupção. No entanto, outras condições socioeconômicas também incentivam o comportamento corrupto, a saber: altos ganhos esperados, baixa chance de punição, limitadas alternativas e ambiguidade normativa. A ciência social, nos moldes da *New Economic Sociology*, delimita, portanto, o espaço para a definição de corrupção.

A partir do espaço aberto pelas ciências sociais, se faz necessário buscar uma definição estrita para o conceito, dentro de uma abordagem econômica. Apesar da obrigação acadêmica natural em definir um conceito estrito, a economia da corrupção, ainda incipiente, encontra dificuldades para tal. Aidt (2003) sintetiza as contribuições até então e faz questão de chamar atenção: “*Corruption is a many-faceted phenomenon and it is hard to give a precise and comprehensive definition.*”³⁶ (AIDT 2003, p. 2). Hodgson & Jiang (2008), por sua vez, lembram que os economistas que escrevem sobre o assunto geralmente definem a corrupção como o abuso do poder público, tendo em vista um benefício privado. Todavia, os autores também chamam a atenção para a restrição que tal definição coloca. Da mesma forma que nem sempre o abuso de poder ocorre na esfera pública, nem sempre os ganhos da ilicitude são privados ou em benefício próprio, já que,

³⁵ Schweitzer, Hartmut. "2 Corruption—its spread and decline." *The new institutional economics of corruption* (2004): 16.

³⁶ T.A.: Corrupção é um fenômeno multifacetado, o que torna difícil a criação de uma definição precisa e compreensiva.

na maioria dos casos, os ambientes público e privado estão entrelaçados, assim como os interesses individuais ou “nobres”³⁷.

A definição começa a ganhar aspectos microeconômicos pela definição proposta por Jain (2001): “*Corruption refers to acts in which the power of public office is used for personal gain in a manner that contravenes the rules of the game.*”³⁸ (JAIN, 2001, p. 73). Em seguida, a literatura esboça a construção de modelos microeconômicos de maneira a categorizar as diferentes formas em que a corrupção aparece, sempre por meio de modelos de agente-principal. Partindo da definição institucional de Miller (2005), Hodgson e Jiang definem a “corrupção organizacional”:

*“Por definición, la corrupción organizacional involucra al menos dos agentes, X y Y, donde al menos Y desempeña un rol determinado que es adscrito a una organización específica. Este rol organizacional obliga a Y a seguir un conjunto de reglas éticas establecidas, al menos algunas de las cuales son coherentes con los objetivos de la organización. X emprende conscientemente una acción planeada deliberadamente para persuadir a Y de que viole al menos uno de esos objetivos coherentes con las reglas éticas, de las que X y Y son conscientes. Aunque tiene la opción de actuar de otra manera, Y viola esta regla de acuerdo con los deseos de X.” (HODGSON & JIANG, 2008, p.70)*³⁹.

³⁷ “*Corrupcion por causa nobles*” (MILLER, 2005; MILLER; ROBERTS; SPENCE, 2005) em (HODGSON & JIANG, 2008) levaria em conta o efeito líquido de um ato de corrupção somado a causa socialmente benéfica.

³⁸ T.A.:Corrupção é um ato no qual a instituição pública é utilizada para ganho pessoal de modo a contrariar as regras do jogo.

³⁹ T.A. Por definição, a corrupção organizacional envolve, pelo menos, dois agentes, X e Y, em que, pelo menos Y desempenha um certo papel que é atribuído a uma organização específica. Este rol organizacional obriga Y a seguir um conjunto de regras éticas estabelecidas algumas das quais são consistentes com os objetivos da organização. X emprende conscientemente uma ação planejada deliberadamente para convencer Y de violar pelo menos um desses objetivos coerentes com as normas éticas, dos quais X e Y são conscientes. Embora tenha a opção de agir de outra forma, Y viola esta regra de acordo com os desejos do X.

Ainda no âmbito teórico, Graeff (2007)⁴⁰ sintetiza a prática da corrupção por meio de dois modelos. Primeiro, o modelo de três atores de Banfield (1975), que inclui o principal (aquele que designa poder a um determinado agente), o agente (aquele que abusa da autoridade confiada a ele) e o cliente (aquele que recebe o benefício fruto da infração cometida pelo agente). Em seguida, relata o modelo de Coleman (1999) das condições de atuação corrupta:

$$\frac{p}{1-p} > \frac{L}{G}$$

Na equação, os elementos são os potenciais ganhos (G) ou perdas (L) e a chance de obter sucesso (p). Portanto, a decisão do agente (o mesmo do modelo dos três atores) é balizada não apenas pelos potenciais ganhos ou perdas, mas também pela probabilidade de sucesso que, segundo Coleman, está diretamente ligado à confiança dos envolvidos no pacto. Tal probabilidade pode ser afetada por diversos fatores, dentre eles o tempo. Graeff (2007) argumenta que as pessoas tendem a praticar ilicitudes em virtude do conhecimento acerca de seus pares, o que requer tempo, além da própria repetição das ações corruptas. Dentro da variável p pode-se incluir também a existência de normas informais que, em contraste com determinadas normas formais, poderiam garantir o sucesso do ato corrupto. Ou seja, se há existência de uma regra particularista, – a exemplo de um suborno policial que ocorre de maneira frequente – não é necessário se preocupar com a confiança. Seria o caso extremo do modelo, no qual p tenderia a um, o que faria com que a equação não fosse mais válida⁴¹.

A incidência da prática também está ligada ao grau de discricionariedade dos agentes públicos, ao tamanho das rendas passíveis de captura e à força das instituições legais, políticas e administrativas (JAIN, 2001). Nesse sentido, Aidt (2003) categoriza a leitura da corrupção pela ciência econômica em quatro cenários, em virtude da evolução da literatura, sempre em função de modelos de agente-principal. Os grupos são chamados de (i) corrupção eficiente; (ii) corrupção com um principal benevolente; (iii) corrupção com um principal não benevolente e; (iv) corrupção *auto reforçada* ou *self-reinforcing corruption*.

⁴⁰ GRAEFF, Peter. Why should one trust in corruption? The linkage between corruption, norms and social capital. *The New Institutional Economics of Corruption*, p. 40-58, 2007.

⁴¹ Exemplo utilizado por GRAEFF in LAMBSDORFF (2007).

A concepção de corrupção eficiente foi inaugurada por Leff (1964) e pode ser resumida na situação de *second-best* quando há falhas de governo. Um exemplo sugerido por Aidt (2003) remonta ao congelamento de preços no Brasil, no qual agentes de mercado praticavam vendas no mercado negro de modo a garantir um equilíbrio de preços e maior eficiência. No entanto, tal concepção é rebatida por grande parte da literatura atual com o argumento de que, nesse modelo, não há qualquer intuito de maximização de eficiência, mas sim de ganhos privados. Além disso, o modelo conta com hipóteses restritivas e subestima o efeito da prática corrupta. Dito de outra forma, apesar do possível ganho de eficiência derivado da ilicitude, do aumento da insegurança jurídica, dos custos de segredo e dos prováveis aumentos de impostos derivados das perdas apropriadas por particulares, não são dimensionados e acabam por sobrestimar o efeito positivo da corrupção (AIDT, 2003).

O modelo que conta com um principal benevolente traduz a ideia de um eventual ponto ótimo de corrupção na sociedade. Quando a autoridade é delegada à burocracia, há espaço para o surgimento de corrupção potencial e o custo de coibir tais práticas, somado ao próprio custo da corrupção, pode ser maior que o benefício gerado pela intervenção estatal. Nesse caso, a tarefa da economia da corrupção seria buscar quais instituições que deveriam ser fortalecidas de modo a satisfazer o *trade-off* entre corrupção e intervenção burocrata. Becker e Stigler (1974) são pioneiros em chamar a atenção para salários eficientes, isto é, remunerações aos burocratas que coibiriam a tentação de extrair rendas indevidas, mas que não fossem elevadas o suficiente para inviabilizar as funções governamentais. Outra vertente seria no reforço de controles institucionais com o objetivo de aumentar a fiscalização e a punição. No entanto, tais medidas podem ser altamente custosas e de difícil aplicação. Ademais, Rose-Ackerman (1975) afirma que alterações nesses vetores tem obtido resultados inconclusivos e demonstra que os desenhos de monitoramento e pena mal concebidos podem, inclusive, aumentar o nível de corrupção.

Todos os ajustes nas variáveis têm o intuito de calibrar um modelo que maximiza a eficiência restringido por algum grau de corrupção. O agente estatal seria leniente com uma dada quantidade de corrupção em prol do resultado final. Entretanto, Aidt (2003, 2016) e Acemoglu e Verdier (2000) voltam a ressaltar a subestimação dos danos gerados pela corrupção, tal como o já citado aumento de impostos e o custo de transação implícito nas relações que envolvem atividades ilícitas. Por outro lado, a elevação de salários ao

nível de eficiência “anti-corrupção” e o aumento na fiscalização também geraria custos elevados⁴². Em suma, o alto nível de custos em ambos os lados inviabilizaria o *trade-off* e a ideia de um ponto ótimo de corrupção.

A otimização dos efeitos da corrupção deriva do argumento de que os burocratas podem ser corruptíveis. O modelo que exclui o agente benevolente é menos ingênuo e aplica a corruptibilidade aos tomadores de decisões, isto é, àqueles que atuam em cargos políticos. Tal literatura ganhou força em Shleifer e Vishny (1998), que cunharam o termo “*the grabbing hand*” para argumentar que todos os agentes de governo podem se tornar corruptos a depender do contexto político e econômico ao qual estão inseridos. Nesse cenário, ações políticas seriam construídas não para corrigir falhas de mercado, mas para criar oportunidades de extração de renda para os agentes públicos. Assim, o *framework* de instituições políticas e econômicas daria o tom do nível de políticos atuando de forma ineficiente (gerando novas oportunidades de corrupção) e do nível de corrupção propriamente dita que, somados, chegariam a um equilíbrio socialmente ruim.

Dentro desse modelo, de agente, principal e cliente passíveis de corrupção, a literatura da economia da corrupção também suscitou analogias derivadas da organização industrial. Em primeiro lugar, a ideia de que a competição entre órgãos estatais poderia abarcar os benefícios oriundos da competição mercadológica e reduzir o grau de corrupção (SHLEIFER; VISHNY, 1998). Em segundo lugar, a ideia que remete à interação entre o mercado privado e o público. Cargos da burocracia passíveis de gerar oportunidades de extração de renda seriam valorizados pelo empresariado disposto a pagar propina. Seguindo esse raciocínio, há de se concluir que os cargos públicos que selecionam os agentes burocratas sejam ainda mais valorizados pelo mercado, criando uma hierarquia de corrupção e perseguição de rendas (HILLMAN; KATZ, 1987).

Por fim, Aidt (2003) ainda relata a ideia de corrupção sistêmica, no qual mecanismos de auto reforço levariam a uma situação de múltiplos equilíbrios. Tais mecanismo seriam fruto do caminho histórico e das instituições atuais e do passado. Quanto maior o grau de corrupção passada, mais difícil seria realizar a auditoria das

⁴² Segundo Acemoglu e Verdier (2000), a elevação nos salários dos burocratas, além de conter um custo direto, também implicaria em alterações custosas no mercado de trabalho. Trabalhadores talentosos no ramo do empreendedorismo seriam incentivados a perseguir empregos na burocracia estatal, o que deixaria o Produto abaixo de seu nível potencial.

transações entre governo e mercado e mais sedimentado o estágio de corrupção. Outro fato relevante é que agentes corruptos tendem a procurar agentes corruptores e vice-versa e, além disso, o prêmio pelo ilícito é maior conforme o número de agentes passíveis de atuarem de forma corrupta. As razões para a existência e intensidade desse círculo vicioso são explicadas por Acemoglu (2005) – que remete a alocação entre os setores de empreendedorismo e o de *rent seeking*⁴³ e a irreversibilidade após a tendência para um dos lados. Nessa concepção, a interlocução entre as duas partes geraria um *outcome* de alocação que dependeria da escolha pessoal de cada indivíduo. O resultado do período seguinte, por sua vez, dependeria da alocação anterior e de nova interação. Assim, uma sociedade com maior número de adeptos do *rent seeking* tenderia a aumentar cada vez mais o grau de corrupção. Tirole (1996) chega as mesmas conclusões por outras vias. Aqui, o auto reforço seria fruto da reputação individual diante do coletivo. A reputação de cada um seria parcialmente observada pelos demais. Uma vez percebida a desonestidade de um agente, o grupo ao qual ele pertence seria contaminado, fazendo com que os demais agentes do mesmo grupo tenham suas imagens afetadas. Isso geraria o incentivo para que todos os membros do grupo se comportassem de forma desonesta, pegando carona na reputação coletiva. Dessa forma, gerações futuras tenderiam a se comportar de forma corrupta dada a reputação de seu grupo.

Acerca da economia da corrupção é possível afirmar que, em um primeiro momento, a concepção sociológica cria as condições que permitem a ocorrência de atos corruptos para, em seguida, a abordagem econômica delimitar a dinâmica da incidência da corrupção. A transição de uma ciência para a outra é movida por meio da conceituação do Novo Institucionalismo (LAMBSDORFF, 2007). Nessa concepção, as instituições e a história são determinantes para o presente nível de corrupção em determinada economia. As principais variáveis do modelo, leia-se: ação política, resultados e nível de corrupção, são determinadas conjuntamente e, portanto, a solução que equaciona o problema não pode ser analisada de forma separada (AIDT, 2003).

Já no âmbito de políticas de Estado, a Comissão Europeia utiliza como definição operacional de corrupção a expressão “*the abuse of power for private gain*” (PwC and

⁴³ O *rent seeking*, ou perseguição de renda é definido pela literatura como a busca por privilégios e benefícios do governo. Para uma revisão da literatura sobre o assunto ver Rowley, Tollison e Tullock (2013).

Ecorys, 2013, p.55)⁴⁴. PwC and Ecorys (2013) chama a atenção para a abrangência da definição, que inclui o abuso de poder tanto em instituições públicas quanto privadas. Além disso, o “abuso” também se enquadraria não apenas na prática de pagamento de propina ou suborno, mas em qualquer tipo de fraude, a exemplo de favoritismo, nepotismo, clientelismo e aparelhamento de ativos. Já o *Transparency International*, órgão que tem como principal objetivo o combate a corrupção, abriga a definição de “*the misuse of entrusted power for private gain*” (TRANSPARENCY INTERNATIONAL, 2006, p. 14)⁴⁵.

Apesar da sutil diferença entre as definições, ambas falam em “ganho privado” e na vasta abrangência que o termo carrega, podendo tais ganhos serem apropriados pelo agente econômico de forma direta ou indireta, via familiares, amigos, organizações empresariais, arranjos políticos ou sociais que estejam associadas à interesses do agente. Já o “poder”, também citado nas duas definições, pode ser visto como a habilidade em influenciar o comportamento de agentes econômicos. Tal poder pode ser fruto de posição dominante política ou econômica. No caso de colusão em licitações, aquele que detém uma posição dominante de mercado ou acesso à informação privilegiada, caracteristicamente, tem as condições necessárias para o abuso ou mal-uso do poder confiado (PWC and ECORYS, 2013).

A própria colusão em leilões de licitação pode ser considerada um ato corrupto, pelas definições mencionadas. No entanto, para fins práticos desse estudo, será feita uma distinção entre o *bid rigging* e os demais atos associados à corrupção. Em outras palavras, o cartel em concorrência pública será realocado para um grupo teórico específico de corrupção, no qual ele será o único membro, enquanto as demais práticas (suborno, pagamento de propina, favoritismo, nepotismo, clientelismo e aparelhamento de ativos) permaneceram no grupo referente a concepção teórica abrangente de corrupção.

⁴⁴ T.A.: O abuso de poder para ganhos privados.

⁴⁵ T.A.: O mal-uso do poder confiado para ganhos privados.

3.1.2 Aspectos Econômicos e Consequências da Corrupção

Na esfera da administração pública, a corrupção está usualmente associada às ineficiências da intervenção governamental na atividade econômica. Na esteira da corrente microeconômica neoclássica, as falhas de mercado justificariam a interferência estatal de modo a ampliar o bem-estar social. Todavia, o ganho social deveria exceder o custo público da intervenção, nele incluído a habitual parcela dos desvios privados que, eventualmente, ocorrem. Em outras palavras, *“The government intervenes to redress market failures and corruption emerges as an unpleasant side effect of necessary intervention”* (ACEMOGLU; VERDIER, 2000, p. 196)⁴⁶.

A percepção negativa da sociedade em relação às consequências das interferências estatais pode resultar no direcionamento de esforços, tempo e recursos dos agentes econômicos em atividades burocráticas com a finalidade de extração de ganhos privados. Ou seja, uma parcela significativa da população economicamente ativa teria incentivos a se desviar da atividade produtiva e se dirigir a atividade burocrática, tendo a expectativa de ganhos obscuros. Dessa forma, o efeito da corrupção seria, em um contexto dinâmico, maior do que a soma das quantidades desviadas por corruptos. No contexto de corrupção sistêmica, quanto maior o nível de corrupção passada, maior será o incentivo para novos atos de corrupção e maior também o incentivo para que os agentes se voltem para atividades de *rent seeking*. Tal estímulo sugere que o custo social da corrupção, além de ser mais elevado do que o previsto inicialmente, também carece de métodos de medida, uma vez que tais potenciais dados não são diretamente observados. Além disso, não há estudos e nem mesmo dados estatísticos públicos disponíveis (AIDT, 2016).

*“The total economic and social effects of corrupt actions might be very costly and out of proportion to the bribes received by corrupt officials in terms of resources wasted, the opportunity cost of resources misused, and the inefficiencies introduced in the system.”*⁴⁷ (TANZI, 1998)

⁴⁶ T.A.: O Estado intervém para corrigir as falhas de Mercado e a corrupção emerge como um efeito colateral desagradável da necessária intervenção.

⁴⁷ T.A. Os efeitos econômico e social totais das ações corruptas podem ser muito custosos e fora de proporção em relação aos subornos recebidos por agentes corruptos, se considerarmos os recursos

A maioria dos estudos focados em economia da corrupção parte da hipótese de que as extrações de ganhos privados são provenientes dos lucros e dividendos das atividades produtivas. Nessa situação, a economia se encontraria, *ceteris-paribus*, na fronteira tecnológica, fruto da otimização dos fatores de produção. Todavia, Aidt (2016) chama atenção para a restrição de tal condição. Em muitos casos, os fatores de produção são aplicados diretamente em atividades ilegais ou não éticas, levando a função de produção para níveis abaixo do máximo. Um exemplo prático pode ser ilustrado pelos altos salários pagos à atividade de lobby, que desviam o fator de produção trabalho do setor produtivo da economia para a burocracia, estatal ou privada, voltada à extração de parte dos ativos públicos. Esse segundo caso está inserido na literatura de *rent seeking*, preocupada com as perdas de eficiência derivadas do uso improdutivo dos recursos disponíveis.

“The social costs of rent seeking is, then, the economic consequences of this misallocation of talent, which could be lower growth or income, plus, of course, the policy distortion created by bribery in the first place” (AIDT, 2016, p.150)⁴⁸.

Ademais, parte do trabalho realocado do setor produtivo ainda pode ser direcionada para os postos de governo que possuem discricionariedade para elaborar ou contribuir com a criação de mecanismos que geram novas rendas privadas, principalmente via propina. Tais mecanismos incluem, por exemplo, a criação de escassez de maneira artificial, seja restringindo a oferta ou até criando a necessidade de se obter licenças para a venda de determinado produto ou serviço. Dessa forma, o monopolista que detém a licença ou o oligopólio que abarca o total de oferta cederia parte de seus lucros extraordinários ao agente que elaborou a regulação em questão. Em suma, a existência de corrupção incentiva a elaboração de postos de trabalho com poder de gerar novos focos de extração de renda (SHLEIFER; VISHNY,1998). Inversamente, a possibilidade de se contestar rendas, seja por meio de auditoria ou investigação, reduz os

desperdiçados, o custo de oportunidade de recursos mal utilizados e as ineficiências introduzidas no sistema.

⁴⁸ T.A. Os custos sociais de rent-seeking, fruto das consequências econômicas desta má alocação de talentos, são a desaceleração do crescimento ou da renda, além, é claro, da distorção política criada por suborno, em primeiro lugar.

incentivos à corrupção e, concomitante, o incentivo a alocação de talentos em postos de lobby.

No âmbito empírico, a literatura encontra-se em estágio incipiente com estudos que abrigam alguns fatos estilizados, mas ainda vulneráveis a contestações e críticas. Dentre os principais artigos, seja no âmbito nacional ou empresarial, há convergência para a correlação positiva entre corrupção e custos sociais. Aidt (2016) resume os principais estudos e enumera três principais achados: corrupção e queda no crescimento, com decaimento intenso no investimento (MAURO, 1995); associação negativa entre a qualidade das instituições e a corrupção e seu impacto no desenvolvimento sustentável (AIDT, 2011); e correlação entre corrupção e desigualdade (GUPTA et al, 2002). Nessa última, Uslaner (2008) ressalta ainda a interdependência entre as variáveis. Dito de outra forma, a expropriação de rendas públicas para fins privados gera concentração de renda e a própria desigualdade é um fator que contribui para a persistência de instituições voltadas para a corrupção.

Concluindo, enquanto tratada como custo adicional em transações entre partes públicas e privadas, a corrupção tem consequência limitada, apesar de significativa. Entretanto, no momento em que a literatura abrange a gama de impacto e as interdependências geradas pela perseverança da corrupção, principalmente ligando-a à literatura do *rent seeking*, as consequências nefastas para a economia se tornam incalculáveis.

3.2 Corrupção e Concorrência Pública

Dada a definição operacional de corrupção – além das considerações de impactos negativos gerados na economia – e a distinção *ad hoc* entre acordos horizontais em concorrências públicas e as demais práticas corruptas, faz-se necessária a apresentação da interação dos dois elementos, presente na próxima seção. O estudo ainda prevê uma exposição das condições, estruturais e situacionais, que favorecem as práticas corruptas e o maior detalhamento dos tipos de práticas comuns observadas.

3.2.1 Incentivos e Condições para a emergência do conjunto de práticas

Colusão em concorrências públicas e corrupção são problemas distintos. No entanto, eles frequentemente são observados em conjunto, sendo *um* catalisador do *outro* (OCDE, 2010). De um lado, tem-se o acordo horizontal entre firmas licitantes que procuram falsear o processo competitivo. Do outro, a prática vertical entre agentes privados (vendedores) e agentes públicos (compradores), que se utilizam do poder público para obter ganhos pessoais, como, por exemplo, aceitando propina em troca de garantia de vitória na licitação. Geralmente, as empresas que estabelecem um cartel incluem no esforço de acordo um pagamento a determinado servidor público que, por sua vez, atua como facilitador do negócio (SOREIDE, 2002).

Apesar de distintas, as duas práticas acabam por causar o mesmo efeito econômico: o falseamento da concorrência combinado com a perda de excedente do consumidor e o abuso dos recursos públicos. Além disso, cada prática tende a potencializar a outra. Determinada empresa, ao conceder suborno a um determinado agente público pode se sentir na necessidade de formar um cartel com sua concorrente para que esta não denuncie a prática de corrupção. Da mesma forma, um cartel já estabelecido tende a financiar a corrupção com o intuito de garantir a eficácia do acordo (OCDE, 2010; SOREIDE, 2002).

Como salientado por Hodgson e Jiang (2008), a corrupção pode ocorrer tanto em transações públicas como privadas. No entanto, o desenho institucional das licitações públicas usuais e o contexto ao qual ele geralmente está inserido faz com que a situação se torne extremamente vulnerável à corrupção e às práticas anticompetitivas (OCDE, 2010). Muitas vezes, o Estado tem interesse em contratar serviços ou produtos de mercados tipicamente concentrados, porém vitais às políticas públicas, como obras de infraestrutura e serviços médicos. Como exemplo, Porter e Zona (1992, 1997) mostram a repetitiva prática de colusão em leilões de concessão de rodovias nos Estados Unidos e de distribuição de leite para escolas de Ohio. Da mesma forma, a própria natureza regulatória, que delimita a compra pública, também favorece o cartel ao restringir o número de firmas e definir a frequência de interações. Nesse sentido, os incentivos para a construção e a realização dos leilões poderiam levar os agentes de governo a procurar

os melhores corruptores ao invés de seguir atrás dos melhores preços, dado um nível fixo de qualidade.

A dinâmica burocrática governamental, invariavelmente, gera custos de transações que afetam a eficiência das compras públicas. Para se configurar como corrupção, a licitação necessita de uma intervenção intencional por parte de um agente público que entre em conflito com os objetivos e princípios da administração pública em prol de ganho privado. O ganho privado pode ser direcionado para o próprio agente ou ainda para familiares, amigos ou organização correlata. Por último, o eventual ganho privado deve ser reconhecido como contrapartida direta do ato corrupto. Assim, a identificação de atos de corrupção em concorrências públicas não se mostra como uma tarefa simples (SOREIDE, 2002).

Tanzi (1998) diferencia o ato em duas categorias. Quando a ilicitude é constatada na fase preparatória do edital de licitação, ou ainda na elaboração do marco regulatório para tal, a responsabilidade recai sobre os agentes que tomam as decisões políticas (*decision-makers*) e, portanto, pode ser configurada como *corrupção política*. Em contraste, quando o comportamento corrupto é percebido na execução do leilão, a prática é reconhecida como *corrupção administrativa* ou *burocrática*. Também de maneira a segmentar os tipos de corrupção que ocorrem em licitações, Rose-Ackerman e Palifka (2016) enumeram quatro categorias de acordo com o tipo de produto a ser comprado: (i) compras de serviços especializados que requer P&D; (ii) execução de projetos de larga escala; (iii) compras de bens comuns e; (iv) compras de bens comuns em versões customizadas. Contudo, apesar da relevância de tais segmentações, a análise de casos de corrupção em licitações tende a ser individualizada.

Apesar da obviedade do incentivo à fraude licitatória, isto é, os ganhos privados extraídos do orçamento público, fruto da ganância humana, a economia da corrupção distingue os incentivos em relação às oportunidades de burlar o sistema. Pelo lado da demanda, Basley e McLaren (1993) desenvolvem um modelo teórico no qual o salário pago aos burocratas é determinante para a maximização da receita governamental. Em uma das hipóteses, associada à países subdesenvolvidos, o governo optaria por pagar salários bem abaixo do salário de reserva, o que incentivaria a contratação de agentes desonestos que já incorporam em suas rendas o ganho com propina. Nessa hipótese, o governo assume que a corrupção está entrelaçada ao funcionamento estatal e que a

fiscalização é ineficaz. Logo, faria sentido pagar o menor salário possível, a fim de minimizar custos, o que, contudo, incentivaria à procura por extração de ganhos privados em detrimento da administração⁴⁹.

Manter os salários dos agentes governamentais igual ou acima do salário de reserva é necessário para a contração da prática corrupta, porém não suficiente. Afinal, há constatações de casos de corrupção envolvendo funcionários que recebem salários de alto escalão. Nesse caso, a probabilidade de sucesso da ilicitude é determinante para o nível de oferta, que é elevada na medida em que os ganhos se tornam amplamente maiores que o risco de ser pego. No âmbito da empresa, por sua vez, a necessidade de previsibilidade de retorno do investimento gera incentivos para o a injeção de pagamentos adicionais, tendo em vista a garantia de vitória no leilão, o que se traduz em um monopólio *de facto*⁵⁰.

Pelo lado da oferta, é preciso considerar a estrutura de mercado como variável de tendência à corrupção. Quando existe algum tipo de poder de mercado potencial com consequentes ganhos extraordinários, seja por meio de monopólio natural, barreiras à entrada ou por especificidade de ativos, há um incentivo à corrupção. A competição *pelo* mercado – em contraste com a competição *no* mercado – incentiva as empresas a correrem maiores riscos e dispenderem maiores esforços na competição licitatória, o que, invariavelmente, pode incluir algum tipo de suborno. Tal incentivo pode ser acentuado quando não há regulação no setor ou quando a regulação é capturada pelo setor privado (BOEHM; OLAYA, 2006).

Ademais, de acordo com Soreide (2002), o maior incentivo para a corrupção em concorrências públicas é inercial: “...*everyone believe that everyone else is involved in such kind of business* (SOREIDE, 2002, p. 4) ⁵¹”. No limite, todas as companhias ensejariam esforços para oferecer algum tipo de contribuição em troca de alguma garantia de retorno. Dessa forma, o caso se assemelharia ao dilema dos prisioneiros com assimetria

⁴⁹ Basley e McLaren (1993) sugerem três situações limites para a maximização de receitas por parte do governo: (i) o pagamento do salário de reserva; (ii) o pagamento de salário que eliminaria o incentivo para atos corruptos, resolvendo o problema de risco moral (*efficiency wage*) e; (iii) o pagamento de salário abaixo do salário de reserva (*capitulation wage*).

⁵⁰ A corrupção pode ter como contrapartida não apenas a vitória artificial do leilão, mas também uma série de outros exemplos tal como o fornecimento de informações sigilosas, a determinações específicas no edital ou até a elaboração de compras desnecessárias (SOREIDE, 2002).

⁵¹ T.A. ... todos acreditam que todos os outros estão envolvidos nesse tipo de negócio.

de informações. Mesmo sabendo que a o não pagamento de propina acarretaria em output melhor, as empresas tendem a atuar de forma corrupta. Com a soma da prática concertada, a propina pode ser coordenada e os ganhos divididos conforme o poder de barganha dos agentes (MARSHALL; MARX, 2012). Entretanto, as externalidades negativas para a economia da soma da prática de cartel e atuação corrupta é significativa.

3.2.2 Implicações da ação conjunta para a economia

Enquanto a corrupção privada gera deterioração para determinada empresa ou até mesmo determinado setor, o cartel licitatório tende a prejudicar, além do erário diretamente, as instituições democráticas e o investimento. Os principais órgãos internacionais que se debruçam sobre o assunto chamam a atenção para as consequências da perda de eficiência e de como ela afeta, com maior impacto, aqueles que necessitam ou estão atrelados a programas governamentais e políticas públicas (OCDE, 2010).

Ainda na esfera da firma, individualmente, há, além do claro aumento de custo derivado do pagamento de propina, uma série de custos indiretos que, no médio e longo prazo podem ser percebidos como custos afundados. Ao se propor a negociar com o agente público além do permitido por lei, a firma se sujeita a exposição de informações sensíveis. A possibilidade de o agente governamental expor tais informações é confrontada com o dano que afetará a imagem da empresa. Além disso, não há nenhuma garantia de cumprimento de acordos, uma vez que a arbitragem por parte de um terceiro mediador é inexistente. Encarado de maneira dinâmica, o custo individual pode ser ainda maior se levarmos em conta o fato de que uma vez iniciada a relação corrupta, espera-se que ela se mantenha ao longo do tempo. Como em um jogo repetido infinitas vezes, a decisão de, subitamente, não colaborar pode acarretar em elevados custos (LAMBSDORFF, 2007).

É natural supor que o custo da corrupção, após terminado o processo licitatório, será, em alguma medida, recompensado. Ou seja, as firmas corruptas têm interesse em repassar o custo para o consumidor final. O provável resultado disso é o aumento de preços e/ou a perda de qualidade dos produtos ou serviços. Partindo dessa premissa, a firma pode antever o repasse e já produzir com baixo nível de qualidade, uma vez que a

competição da concorrência pública é burlada por meio de pagamentos não oficiais (BOEHM; OLAYA, 2006).

Já no âmbito da economia como um todo, a literatura do *rent seeking*, como já exposto, prevê que o elevado e sistêmico volume de corrupção altera os incentivos no mercado de trabalho. Nas licitações, há desvios do resultado final. No lugar de selecionar o melhor preço, restringido pelo nível mínimo de qualidade, a interação concorrencial com intervenção corrupta seleciona o melhor suborno (*corrupção burocrática*). Além disso, os acordos estipulados previamente ao lançamento do edital tendem a expandir os gastos com projetos e compras desnecessários com níveis de qualidade abaixo do socialmente desejável (*corrupção política*). Como a propina é, usualmente, calculada como uma porcentagem da compra, a dinâmica de *rent seeking* incentiva seleção de projetos com preços inflados e a não seleção de projetos menores, porém altamente desejáveis do ponto de vista social, a exemplo de serviços de manutenção nas áreas de saúde e educação (MAURO, 1996; TANZI; DAVOODI, 1998; LAMBSDORFF, 2007).

A ideia de que a corrupção em licitações possa gerar eficiência (LEFF, 1964), no sentido de agilizar o processo e conceder a compra ao melhor agente possível é rechaçada pela teoria do *rent seeking*, uma vez que o argumento de ganho de eficiência é limitado temporalmente e a cada indivíduo. O possível ganho de eficiência seria ultrapassado pelos efeitos de médio e longo prazo derivados da provável mudança de incentivos (SOREIDE, 2002).

No âmbito da *corrupção política*, é possível fazer um paralelo com a teoria de captura e o entrelaçamento entre as organizações públicas e privadas. A captura do Estado pode ser definida como a propensão que as firmas tem de influenciar na formulação das regras do jogo, leia-se: regulações, controles e, eventualmente, até leis. Essa influência pode ocorrer de maneira ilícita ou até de maneira legal, por meio de mecanismos não transparentes. A recorrência dessa prática, todavia, já é uma consequência do elevado nível de corrupção em períodos anteriores (HELLMAN et al, 2000).

No longo prazo, a corrupção sistemática gera danos à sociedade e atravanca o desenvolvimento econômico. Segundo Lambsdorff (2007), a previsibilidade das ações corruptas não diminui a externalidade negativa gerada pela prática. A incerteza de custos, derivada da dificuldade de lidar com instituições informais, pode fazer com que empresas

que não possuam acesso especial ou informações privilegiadas, desistam de participar do leilão, diminuindo a concorrência e inflando os preços finais. Da mesma forma, os investimentos estrangeiros podem ser afastados pela percepção externa da corrupção endêmica, com a provável consequência de desaceleração no produto. Ademais, a dinâmica da corrupção segue de forma cumulativa, tal como uma bola de neve. “*When business people have confidence that after paying a bribe a return will be provided as promised, there is less motivation to seek legal alternatives*” (LAMBSDORFF, 2007, p.203)⁵².

Os efeitos da corrupção na concorrência pública afetam, inclusive, a própria política de licitações. Como já mencionado, o processo de compra é desvirtuado e os benefícios derivados do mesmo, isto é, a alta competitividade, a racionalidade alocativa e a tendência aos melhores preços, são mitigados. Em seu lugar, é instalado um problema de seleção adversa que atrai um grande número de empresas que tem como norte a extração de rendas extraordinários via corrupção e que, aos olhos do poder público, pouco se diferenciam dos agentes honestos. Outro tipo de firma atraída é aquele que tem planos de investimento apenas de curto prazo, sem compromisso com o controle de qualidade futuro.

Compte et al. (2005) mostra que um dos principais efeitos da corrupção em concorrências públicas é justamente enfraquecer a competição e facilitar a prática do cartel. O leiloeiro, dada sua posição de poder discricionário, pode fazer o papel de um terceiro regulador que garante a eficácia da colusão. Lambert e Sonin (2003), por sua vez, chamam a atenção para o aumento dos ganhos potenciais, derivados da propina, em casos de cartel. Dito de outra forma, se o pregoeiro quiser extrair ganhos corruptos, a cartelização entre as firmas passa a ser interessante para ele.

Em resumo, a partir de determinado nível de corrupção em licitações, as externalidades negativas se amplificam de tal forma a anular os efeitos benéficos do processo de competição. Os agentes dos setores industriais que mais se utilizam da concorrência são levados a atuarem pela dinâmica do *rent seeking*. Além disso, a força sistemática da corrupção incorre em um círculo vicioso. Quanto mais se observa a presença de negócios obscuros, menor o risco de delação por parte do agente que negocia

⁵² T.A. Quando empresários tem confiança de que, após o pagamento de suborno, o retorno será provido como prometido, há menos motivação para perseguir alternativas legais.

e maior certeza do retorno extraordinário, levando a um nível maior ainda de ilícitos e um menor custo de desvio ético. Tem-se assim o contexto descrito na literatura como armadilha de corrupção. Portanto, de maneira equivalente, um pequeno investimento eficaz em ações anticorrupção podem reduzir de forma ampla os efeitos nocivos da corrupção em concorrências públicas (ANDVIG; MOENE, 1990).

3.2.3 Principais estratégias e variáveis na atuação da corrupção em licitações

Assim como na atuação concertada em licitações, a corrupção nas concorrências realizadas pelo poder público é mais favorecida em determinados contextos. Moddy-Stuart (1997) destaca as principais variáveis que possuem alguma correlação com a incidência de favorecimentos indevidos. Em primeiro lugar, o tamanho da compra: uma vez salientado o fato de que os subornos são estabelecidos como uma fração do montante total negociado, fica claro que quanto maior o volume do projeto a ser arrematado, maior a disponibilidade dos agentes governamentais de cederem às ofertas amorais. Um segundo ponto é a falta de informação em alguns tipos característicos de compras governamentais. Produtos que envolvam alta tecnologia ou que não têm aderência aos costumes de compra do consumidor individual são mais adeptos a serem incluídos em licitações com seus preços inflados, dada a falta de transparência dos custos. Por fim, a urgência e o imediatismo da compra são determinantes para o atropelamento do processo legal de licitação. Tanto burocratas, como políticos, possuem mandatos, ou cargos, de curta duração. Assim, projetos que envolvam pagamentos futuros tem menos chances de serem corrompidos. Todavia, muitos dos projetos leiloados são associados à realização de eventos e, muitas vezes, possuem brecha legal para transpassar etapas do procedimento de concorrência pública, de tal forma a não garantir requisitos mínimos de transparência, controle e competição genuína.

Com o conjunto das principais variáveis determinantes, o Transparency International (2006) levantou os mais relevantes setores para a análise de corrupção em licitações. Dentre os mais lembrados estão, os grandes projetos de construção civil, a indústria de armamentos e defesa, produtos envolvendo o setor energético, telecomunicações, instalações do setor aeroportuários e compras abrangendo a área de crédito e finanças. No entanto, Rose-Ackerman e Palifka (2016) lembram que compras

de bens de consumo e grandes volumes também atraem negociatas opacas, uma vez que o controle de qualidade e quantidade a posteriori se torna difícil depois que os procedimentos de compras são concluídos.

Há ainda a linha contínua que liga a total vinculação dos trâmites das compras públicas da total discricionariedade dos agentes estatais para conceber a aquisição. O primeiro extremo pode ser exemplificado com um mercado no qual as preferências de demanda social, sejam elas relacionadas à quantidade ou à qualidade, sejam totalmente percebidas pelo agente público. Nesse caso, não há espaço para qualquer livre arbítrio por parte do pregoeiro, e o melhor preço deverá ser o vencedor, com espaço para o controle do público em geral. No outro extremo, a demanda e a oferta são definidas em uma negociação bilateral envolvendo o agente governamental e o ofertante privado. O processo é então definido pela demanda requerido pelo agente público e o preço e as condições são estipulados pela assimetria de poder de barganha na negociação.

Claramente, o segundo cenário tem um vasto espaço para a negociação de valores que extrapolam os preços competitivos e o direcionamento de ganhos privados indevidos para as partes, enquanto no primeiro panorama, a transparência é absoluta. Contudo, os casos analisados pelas autoridades e pela literatura dificilmente se adequam aos limites expostos. A grande maioria dos casos está mais próxima do centro da linha que divide os dois extremos (DELLA PORTA, 2002). Portanto, a maioria dos casos tem espaço para atuações corruptas já que *“Whenever regulatory officials have discretion, an incentive for bribery exists”*, (ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2016, p.18)⁵³.

Desenhado os cenários de maior possibilidade de atuação corrupta, ainda cabe analisar os meios pelos quais os sistemas de concorrência pública são desvirtuados. Soreide (2002) elenca duas categorias de violações de acordo com a literatura atual. O primeiro grupo consiste nas violações ocultas dentro do âmbito do leilão e que, usualmente estão mais ligadas à *corrupção burocrática*. Dentro deles estão incluídas quatro principais estratégias:

- I. A limitação de convite, no qual o agente público, tentando falsear a competição no leilão, convoca apenas os participantes já acordados com ele ou convida

⁵³ T.A. Sempre que agentes reguladores tiverem poder discricionário, um incentivo para suborno existirá.

empresas que não tenham qualquer chance de ganhar o pleito (*shill bidders*), ou ainda, abre a convocação por pouco tempo e informa o período de abertura previamente à (s) empresa (s) já envolvida (s) no esquema de corrupção (DELLA PORTA, 2002).

- II. A pré-seleção, no qual o agente público procura limitar o número de concorrentes no pleito, estipulando supostos critérios e requisitos mínimos, sendo tais critérios determinantes para a seleção da empresa corruptora ou ainda, do cartel. Em projetos de construção civil e armamentos, por exemplo, a especificidade pode ser em relação a alguma tecnologia obsoleta ou ligado a uma patente. O pregoeiro pode ainda, por meio de seu poder discricionário, desqualificar concorrentes por motivos éticos ou políticos (DELLA PORTA, 2002; ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2016).
- III. O compartilhamento de informações confidenciais, tais como os critérios que serão utilizados para avaliar a qualidade e a viabilidade do produto ou serviço ofertado por parte da autoridade. Na maioria dos projetos, a demanda pública não é observável, o que abre espaço para escolhas subjetivas do responsável pelo pregão. Um exemplo constante é a escolha de projetos arquitetônicos. Nesse caso o agente público pode informar ao subornador qual o tipo de projeto ele deverá desenvolver (DELLA PORTA, 2002). O pregoeiro, pela posição que ocupa detêm uma série de informações sensíveis de todos os concorrentes que se qualificam para a compra pública e assim pode compartilhá-las com o maior pagador de propina (ANDVIG et al., 2001).
- IV. As modificações no contrato em favor das necessidades da empresa corrupta. Do ponto de vista econômico, como já visto, a linha teórica da captura diz que as agências responsáveis pela regulação podem sofrer intervenções dos agentes privados aos quais regula. Na dinâmica da execução de concorrências públicas, as empresas podem solicitar mudanças no contrato previamente ao início do leilão ou ainda, após a vitória do certame, com a inclusão de adendos e extensões de prazos. Tais mudanças podem ser falsamente justificadas pela presença de novos fatos e condições. O agente corruptor pode estar interessado também no afrouxamento dos controles de qualidade futuros. Assim, a propina garantiria a leniência com a qualidade após a vitória no leilão, reduzindo os custos da firma (ANDVIG et al., 2001; JAIN, 2001; DELLA PORTA, 2002).

A literatura ainda inclui os desvios das regras legais *ex-ante* a formulação do leilão, isto é, a suposta *corrupção política*, no grupo de estratégias que visam o falseamento da concorrência e a transferência de renda pública para privada por meio de lucros extraordinários. Agentes de cargos executivos do governo podem influenciar diretamente para a não elaboração do leilão, antes mesmo do lançamento do edital. Diferentemente da estratégia IV, que prevê alterações no leilão *ex-post* por iniciativa das empresas, a estratégia política, derivada de iniciativa de agentes governamentais, defende a desnecessidade de realização de leilão *ex-ante*. Os motivos alegados para a dispensa do processo licitatório podem variar. Um exemplo é a alegação de preferência por um fornecedor já conhecido e com desempenho satisfatório, mesmo que o preço possa ser mais elevado. O alto preço seria justificado pela eliminação dos custos de transação gerados pela eventual mudança de fornecedor. Outros motivos alegados para a dispensa licitatória incluem os altos custos de realização de leilão e o tempo gasto com todo o processo. A necessária celeridade é geralmente justificada com a realização de eventos, com a ocorrência de emergências e até com os prazos relacionados ao calendário político-eleitoral (MOODY-STUART,1997).

Todas essas justificativas de dispensa de concorrência pública têm respaldo legal e racional econômico. No entanto, as reais motivações são de difícil constatação, dando ampla margem para à prática de corrupção. Por exemplo, aquele que toma as decisões políticas pode, em acordo com determinada empresa, gerar uma situação falsa de emergência e ceder o projeto de restauração da ordem à mesma empresa. Nesse caso, o racional econômico também estaria presente. O respaldo legal para a condenação, no entanto, é precário.

Apesar da relevância da atuação de *corrupção política*, esse estudo se limita à análise das estratégias de corrupção na execução do leilão (listadas de I a IV). Isso se deve à real possibilidade de ocorrência da ação conjunta de colusão horizontal e prática de corrupção de maneira a burlar os incentivos propostos do processo licitatório. As propostas fictícias das empresas concorrentes em um leilão, por exemplo, podem estar em conformidade com a limitação de convite ou a pré-seleção do pregoeiro. De forma análoga, as modificações no contrato *ex-post* podem incluir a subcontratação de empresas que já estavam acordadas com a empresa vencedora do certame.

3.2.4 *Trade-off* e política ótima para cartel e corrupção

Apesar de independentes, a corrupção e a colusão podem ser combatidas de maneira integrada. Na verdade, o enfrentamento mútuo é necessário para que ocorra, de fato, um aumento de eficiência nas licitações. Entretanto, as medidas de combate ao cartel e à corrupção podem entrar em choque direto em determinados casos, gerando a necessidade de aprofundamento no estudo da dosagem das medidas. De maneira análoga, o *trade-off* de contra-ataque à combinação de práticas ilícitas deve ser cuidadosamente desenhado, avaliando os incentivos de cada lado. Por exemplo, um número elevado de regras e especificidades requeridas pode atrair um número menor de empresas, facilitando a colusão. Por outro lado, um afrouxamento das condições necessárias para a participação do leilão deverá atrair propostas irregulares e gestores mais dispostos a solicitar a cooptação dos agentes públicos (OCDE, 2010).

Dentre os elementos fundamentais no *trade-off*, a questão relacionada a transparência é emblemática. Boehm e Olaya (2006) definem a transparência como a disponibilidade de informações no processo de decisão e que tem como objetivos complementares a redução de assimetrias de informação e a redução de custos de transação. Já a UN (1999) chama a atenção para o fato de a transparência ser uma característica fundamental para a dinâmica de licitações públicas. O cumprimento dessa característica se daria por meio de regulações bem definidas, acesso de informações por parte dos envolvidos e do público em geral e oportunidades iguais para os ofertantes.

Em uma primeira visão, a transparência parece trazer significativos benefícios ao processo de concorrência pública. Três vertentes podem ser destacadas: (i) o aumento do custo de fraudes e do monitoramento e controle por parte dos órgãos competentes e do público; (ii) a maior responsabilização por parte das firmas e consequente individualização de eventuais crimes e; (iii) a permissão de maior discricionariedade por parte dos pregoeiros, uma vez que há maiores garantias de controle *ex-post*. Nas palavras de Rose-Ackerman e Palifka (2016, p.64), “*Systems that are more transparent and accountable can afford to give procurement officers more discretion than others with less accountability*”.⁵⁴ Por fim, (iv) a transparência ajuda a mitigar o dilema dos prisioneiros

⁵⁴ T.A. Sistemas que são mais transparentes e responsáveis podem suportar maior discricionariedade por parte de seus agentes governamentais do que outros com menos prestação de contas.

existente nos leilões em que a possibilidade de colusão existe.⁵⁵ (BOEHM; OLAYA; 2006).

Apesar dos aparentes benéficos incontestáveis, surgem dois *trade-offs*. O primeiro entre corrupção e eficiência, que deve medir o custo da produção e da divulgação das informações necessárias a um processo transparente em relação aos ganhos oriundos dessas mesmas informações. O segundo *trade-off* surge dos ganhos e perdas entre corrupção e competição. Ao mesmo tempo em que a publicidade e a clareza das informações dificultam a formação de acordos corruptos, ela pode facilitar os acordos horizontais na medida em que disponibiliza dados em excesso. Da mesma forma, a divulgação das informações frequentemente confidenciais das firmas podem inibir a competição genuína (BOEHM; OLAYA; 2006).

O excesso de informações requeridas pelo comprador ou pelo pregoeiro também pode acarretar em perda de competitividade no certame. A exposição de elementos concorrencialmente sensíveis facilita o alinhamento e o monitoramento de um eventual cartel além de inibir do processo os potenciais competidores que não querem expor suas estratégias comerciais e custos de produção. No longo prazo, a constante viabilização de informações pode tornar o leilão previsível e, conseqüentemente, permissivo aos acordos horizontais. Ademais, a literatura ainda encontra incertezas a respeito de quais informações poderiam ser disponibilizadas ao público (OCDE, 2010).

O segundo ponto emblemático concerne à escolha do formato do leilão na concorrência pública. O exemplo do leilão ascendente deixa clara a argumentação. Nele, a própria dinâmica do processo revela informações dos demais licitantes, funcionando como mecanismo de avaliação por parte do leiloeiro. Todavia, Klemperer (2004) nota que essas mesmas revelações ajudam na formação no *enforcement* de colusões. A revelação dos palpites garante a identificação do ator que desvia da estratégia de cartel. Nesse sentido, o leilão aberto pode ser ao mesmo tempo permissivo à cartelização e combativo à corrupção (CRAMTON, 1998). O leilão fechado, por sua vez, acentua a

⁵⁵ Dada uma situação em que as informações a respeito de corrupção são assimétricas, há um incentivo para os agentes escolherem como estratégia o pagamento de propinas ou a saída do certame, mesmo que o resultado ótimo seja aquele derivado do não pagamento de propina por todos os agentes. Com a inserção de mecanismos de transparência, o incentivo de denunciar os demais licitantes corruptos aumenta e a assimetria de informação é reduzida (BOEHM; OLAYA; 2006).

assimetria de informação entre os competidores, o que, em tese, beneficia a competição, mas, por outro lado, gera certo grão de opacidade.

3.3 Considerações Finais

Após a revisão da teoria, resta claro o prejuízo gerado pela corrupção e pela ação coordenada em concorrências públicas. A mescla das duas práticas ainda dificulta a detecção e mascara a suposta legitimidade do certame. Sendo assim, existe um esforço por parte das autoridades e dos órgãos internacionais ligados à matéria em debater e visualizar as melhores práticas a fim de evitar a ocorrência, detectar os malfeitos, quando estes existirem e punir assertivamente e proporcionalmente àqueles que atuam de tal maneira.

4 ESTUDOS DE CASOS E MELHORES PRÁTICAS

A literatura econômica já contribuiu de maneira bastante robusta para o entendimento dos incentivos que levam à formação de cartéis. Contudo, quando se trata da especificidade de cartéis em compras públicas e do envolvimento de práticas corruptas por parte do comprador e do pregoeiro, a teoria se encontra ainda em estágio incipiente. Nos dois primeiros capítulos dessa dissertação, as principais contribuições dessa matéria foram agrupadas de maneira a se obter uma fotografia do entendimento atual dos mecanismos de incentivo que determinam a formação de cartel e a presença de corrupção na compra pública.

De maneira complementar, este capítulo pretende mostrar de que forma esses incentivos são verificados na prática. Para isso foram selecionados casos investigados e julgados pelo CADE, de maneira a ilustrar os elementos descritos pela teoria. O entendimento dos casos, à luz da literatura, tem como finalidade a compreensão da direção na qual a política pública tem tomado no que concerne a preocupação concorrencial acerca de cartéis em licitação e corrupção. Ademais, também é possível constatar as diretrizes que norteiam a prevenção, detecção e punição dos atos ilícitos. É preciso destacar que as decisões do CADE excluem as investigações ligadas à corrupção por parte do pregoeiro ou de instâncias superiores, que são responsabilidades de outros órgãos investigativos. Contudo, os votos, relatórios e notas técnicas públicas da Superintendência-Geral e do Tribunal do CADE costumam indicar a possibilidade de efetividade de tal prática.

4.1 Cartel em licitação

4.1.1 Cartel das Ambulâncias

Antes de adentrar em casos que possuem ao menos indícios do conjunto das práticas abordadas nesse estudo, é conveniente apresentar um caso emblemático

analisado pela CADE e que pode ser entendido como o típico cartel em licitação. Importante frisar que o caso não se refere a um cartel de simples elaboração em um certame com alto grau de oportunidade de fraude, mas de uma ação coordenada, que pode, ao mesmo tempo, ser contrastada com a literatura econômica e visualizada na prática, em certames com algum nível de sofisticação. O Processo Administrativo 08012.003931/2005-55, à cargo da relatoria do então conselheiro Alessandro Octavianni, foi iniciado a partir de uma denúncia dos próprios compradores e resultou no firmamento de acordos entre as representadas e o CADE. Nesse caso, fica difícil especular a presença de corrupção dado que o denunciante é o interessado da licitação.

Em 2005, as concessionárias General Motors, HMD Distribuidora e Itororó Diadema Veículos participaram de uma licitação pública realizada pela Secretaria de Saúde de São Paulo para a aquisição de duzentas ambulâncias. As empresas foram acusadas de fraudar o caráter competitivo do processo pela própria Secretaria e, em seguida foram investigadas e, mais adiante, condenadas.

O caso em questão ocorreu no formato de pregão presencial respeitando um procedimento de duas fases:

- 1ª etapa: Cada candidato envia uma proposta secreta. O comprador, então, seleciona a de menor preço e as demais que superem o menor valor em no máximo 10%. Não havendo mais propostas dentro dessa margem, os três lances mais baixos são selecionados.
- 2ª etapa: Leilão verbal e aberto entre as concorrentes selecionadas na 1ª etapa em sessão única, no qual as empresas e o público ficam cientes das propostas ofertadas na fase anterior. Aqui se caracteriza o ambiente de concorrência mais acirrada. Ao final do leilão espera-se que a Administração obtenha a proposta de preço mais vantajosa.

Por fim, a empresa que arremete o melhor lance é submetida à análise das exigências de habilitação. Caso ela não cumpra os requisitos mínimos propostos, a análise é transferida à segunda colocada no leilão verbal. Esse tipo de licitação é caracterizado pela inversão de fases com o intuito de economizar esforços dos compradores e proporcionar um ambiente competitivo favorável à obtenção do menor preço. Ou seja, apenas o lance vencedor passa por um escrutínio de avaliação, dispensando a análise de

todos os concorrentes. Dessa forma, já é possível reparar na utilização de uma combinação entre leilão fechado, na primeira fase, e leilão aberto, na fase final, em uma clara tentativa de inviabilizar estratégias de cartel sem perder o vigor competitivo.

A constante utilização do pregão presencial, por parte das esferas governamentais brasileiras, permitiu o florescimento da adoção de estratégias específicas a essa modalidade. O CADE, em conjunto com outros órgãos investigativos e de controle detectaram, em particular, a estratégia denominada “bloqueio em pregão presencial”, que geralmente envolve um fornecedor e seus distribuidores ofertando exatamente o mesmo produto⁵⁶. Os supostos concorrentes adotam medidas coordenadas que resultam no falseamento da competitividade no certame.

Em casos semelhantes ao citado, a atuação ocorre liderada pela empresa fornecedora, que já mantém um contato recorrente com suas distribuidoras ou revendedoras. Na primeira etapa, as empresas cartelizadas combinam lances em um intervalo de 10% de forma a impedir, ou pelo menos dificultar, a classificação das demais propostas. Ou seja, uma das firmas envia o lance com o preço mais baixo e a duas outras firmas enviam propostas de cobertura, bastante próximas da primeira, a fim de respeitar a regra de classificação da licitação. Sendo o primeiro passo bem-sucedido, na segunda fase as duas empresas que fizeram propostas de cobertura não fazem lance algum ou dão lances fictícios. Dessa forma, a estratégia de bloqueio em pregão presencial pode ser caracterizada pela junção das estratégias de propostas de cobertura – na primeira etapa – e supressão de propostas – na segunda etapa.

O resultado final proporciona a venda para a empresa que ofertou o menor lance na primeira fase. Em um primeiro olhar, pode parecer que o processo competitivo não foi totalmente prejudicado. No entanto, como alerta a Nota Técnica da Superintendência-Geral, a segunda fase, onde de fato ocorreria o ápice concorrencial, é negligenciada.

“[...] embora em um primeiro momento tais propostas comerciais pareçam ser as mais vantajosas, isso consiste em mero falseamento da competição, impedindo a participação, na fase de lances verbais,

⁵⁶ A ação concertada também pode ser executada por produtores independentes em mercados de produtos com certo grau de homogeneidade, à exemplo de mercadorias do tipo *commodity*.

de outros agentes interessados [...]” (Processo Administrativo N° 08012.003931/2005-55, Superintendência-Geral, p.16.)

Portanto, além de anular a dinâmica prevista para a segunda etapa do processo licitatório, o bloqueio também impede, por completo, a entrada de outras firmas que estariam dispostas a baixar os lances ofertados na primeira fase.

No caso do *cartel das ambulâncias*, a GM e duas de suas distribuidoras parecem ter combinado propostas dentro da margem de 10% previstas no edital de licitação. No dia da sessão pública da segunda fase, as distribuidoras simplesmente retiraram suas propostas, fazendo com que a GM fosse a vencedora da disputa com o lance proposto na etapa anterior, o que, provavelmente, levantou suspeita por parte da Secretária de Saúde de São Paulo. Na realidade, um conjunto de três fontes de evidências chamou a atenção do delator e dos órgãos de controle. Tal conjunto incluía (i) a participação das três empresas alinhadas ofertando exatamente o mesmo produto, (ii) propostas da primeira etapa estritamente dentro do intervalo de 10% e (iii) a ausência de lances na segunda etapa.

Observa-se que da maneira a seguir, os ritos processuais e suas evidências foram minuciosamente investigadas pela Superintendência-Geral do CADE. Nesse sentido, foi possível identificar elementos adicionais que corroboram com as evidências listadas anteriormente: (i) a identificação da similaridade das propostas enviadas, que continham os mesmos erros ortográficos e de concordância, denunciando a ação conjunta das três firmas; (ii) a proximidade e o intervalo regular das propostas enviadas pela GM, HMD e Itororó (R\$ 40.980, R\$ 41.000 e R\$ 41.020 respectivamente) que condiziam perfeitamente com a margem de 10% proposta no contrato de licitação; (iii) por fim, a inatividade das distribuidoras na segunda etapa, complementada ainda pela presença em grupo dos representantes de cada empresa na sessão pública.

Com todas essas evidências em mãos, a Superintendência-Geral emitiu Nota Técnica recomendando a condenação das empresas envolvidas. O caso foi enquadrado nos artigos números 20 e 21 da Lei nº 8.884/94, vigente à época. Segundo a própria entidade, as empresas fixaram e combinaram preços por meio de apresentação de propostas de cobertura na fase inicial e supressão de propostas na fase seguinte, caracterizando o bloqueio em pregão presencial. A Nota Técnica ainda faz referência ao

trabalho de Connor e Bolotova (2005), que analisam o impacto médio dos cartéis em licitação, para justificar uma punição exemplar aos infratores. Segundo os autores, os conluios em licitações geram, em média, um sobre preço médio estimado em 30%, se comparado com um mercado competitivo.

Em julho de 2014, após a emissão de pareceres da Procuradoria Geral Especializada junto ao CADE e do Ministério Público Federal condenando a prática, o CADE chegou a um acordo com a GM e as suas distribuidoras de forma a celebrar um Termo de Compromisso de Cessação (TCC) com cada uma das representadas. Segundo fontes públicas, a GM teve que destinar 33 milhões de reais a título de contribuição pecuniária, além de reconhecer sua participação na prática investigada. As distribuidoras HDM e a Itororó tiveram de contribuir com os valores de R\$ 450.000,00 e R\$ 2.400.000,00, respectivamente, além de firmar compromisso com o CADE por meio de colaboração técnica e esclarecimentos.^{57 58} Reafirmando as ações do órgão de regulação, o conselheiro encarregado dos requerimentos Alessandro Octavianni afirmou que *a celebração dos acordos cumpre a meta de "eliminar condutas anticompetitivas entre os concorrentes, sob quaisquer formas, no mercado de fornecimento de ambulâncias ao Poder Público"* (Estadão, 30/06/2014).

A exposição desse caso auxilia na visão de que a simples composição de tipos de leilões pode não ser suficiente para a repressão aos incentivos de ações coordenadas em licitações públicas e a sofisticação da estratégia também aponta para a dificuldade imposta pela mescla de leilões. Algumas das evidências analisadas pela Superintendência-Geral encontram aderência em propostas formalizadas posteriormente por órgão internacionais, tais como a OCDE e o Transparency Internacional. Um exemplo é a recomendação em limitar os valores que podem ser propostos na concorrência pública (aceitar apenas propostas com valores múltiplos de mil, por exemplo) a fim de evitar algum tipo de comunicação. Muitas vezes, os participantes de conluios sinalizam seus lances por meio do último numeral da proposta. (MARSHALL; MARX, 2012; OCDE, 2010).

⁵⁷ Requerimentos nº 08700.002740/2014-09, 08700.009872/2013-80 e 08700.003071/2014-92.

⁵⁸ As contribuições pecuniárias recolhidas são estipuladas de acordo com critérios estabelecidos na Lei 12.529 e na conveniência da proposta de acordo com o entendimento do Conselheiro relator.

Por fim, cabe reportar novamente a ausência, nesse caso, de evidências que indiquem a prática corrupta, na forma de favorecimento à algum agente ou grupo de agentes. Dada que a denúncia foi feita pela própria Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo, órgão que efetivamente realizou o leilão, não seria natural supor que ela estivesse envolvida no cartel que culminou em TCC. Resta claro que o cartel em concorrência pública pode ocorrer de maneira independente da prática corrupta. Nesse sentido, cabe analisar novos casos em que existam alguma evidência de prática de corrupção.

4.2 Cartel em licitação e corrupção

Antes de retomar o estudo de casos específicos, é necessário relembrar o ponto de vista abordado nesse trabalho. O material analisado corresponde aos votos, relatórios, notas técnicas e pareceres emitidos pela autoridade antitruste brasileira. Assim, não há, nesses documentos e, conseqüentemente, na análise, espaço para juízos em relação à prática de corrupção e desvio direto de dinheiro público. Hoje, a autoridade antitruste brasileira não é responsável pela investigação ou repressão de condutas corruptas. Dessa forma, os documentos estão focados nas provas de execução do cartel e nos potenciais prejuízos causados ao ambiente concorrencial. Assim, a presença ou ausência de corrupção é vista como um elemento adicional, podendo estar associado à prática coordenada, mas sem que haja qualquer análise de mérito ou juízo de valor sobre tais práticas. Portanto, os casos relatam apenas a viabilidade e os indícios de participação de pregoeiros e agentes governamentais nos cartéis.

No presente estudo, contudo, a comprovação do cartel, em conjunto com a presença de indícios da prática corrupta, é suficiente para a análise sob a luz da teoria econômica. A mera presença de espaço para o envolvimento do leiloeiro na ação coordenada já caracteriza o cenário que se pretende estudar⁵⁹.

⁵⁹ Em termos jurídicos, não é possível afirmar que existiu corrupção por parte de nenhum agente em nenhum dos casos mencionados.

4.2.1 Operação Vampiros

Exposto o esclarecimento, cabe retomar a análise debruçando-se sobre o exemplo do Processo Administrativo nº 08012.003321/2004-71 que ganhou notoriedade na imprensa nacional e ficou conhecido como “*operação vampiros*”. O caso, além de ter sido constituído como um cartel em licitações, teve grande repercussão devido ao suposto envolvimento de políticos e membros do funcionalismo estatal.

Em virtude de notícias de jornal que expuseram ações da Polícia Federal e do Ministério Público Federal (MPF) na investigação de irregularidades em alguns processos licitatórios promovidos pelo Ministério da Saúde, a Secretaria de Direito Econômico⁶⁰ (SDE) iniciou uma apuração paralela a fim de verificar a existência de cartel. Na mesma época, o Tribunal de Contas da União (TCU) realizou uma auditoria em relação às mesmas licitações⁶¹. As concorrências públicas investigadas ocorreram entre 1996 e 2004 e previam a compra de hemoderivados. Os hemoderivados são proteínas extraídas do plasma sanguíneo por meio industrial e têm como finalidade o tratamento de pacientes com insuficiência dessas proteínas, geralmente causado por doenças conhecidas como hemofilias e doença de Von Willebrand (P.A nº 08012.003321/2004-71). A natureza do produto é relevante para o entendimento do caso devido, primeiramente, à gravidade da lesão gerada ao mercado e aos consumidores e, em segundo lugar, aos incentivos que facilitam a composição de um cartel.

A principal matéria-prima dos hemoderivados é o plasma, que pode ser doado de forma voluntária e, portanto, é de fácil acesso. Os processos industriais de armazenamento e de logística envolvem grande complexidade, acarretando em barreiras à entrada significativas no mercado. Assim, 90% dos hemoderivados consumidos no Brasil eram de origem importada à época da conduta. Todavia, as empresas estrangeiras não poderiam participar das licitações diretamente em virtude da legislação nacional, que determina que empresas do ramo farmacêutico devem possuir registros que, por sua vez, só são dados

⁶⁰ A Secretaria de Direito Econômico (SDE) era um órgão, vinculado ao Ministério da Justiça e pertencente ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Segundo a previsão da Lei nº 8.884/94, ela era responsável por instruir atos de concentração notificados e investigar condutas que infringissem a ordem econômica. Com a edição da Lei nº 12.529, a SDE foi extinta e suas atribuições foram realocadas para a Superintendência-Geral do CADE.

⁶¹ Processo TC 012.762/2003-9.

às empresas que estão autorizadas a funcionar no Brasil. Dessa forma, os fabricantes de hemoderivados estrangeiros teriam de criar uma subsidiária nacional ou recorrer à cessão dos direitos sobre determinado produto a alguma empresa nacional.

Nesse contexto, a SDE, tomando por base a investigação da Polícia Federal e o relatório do TCU, verificou indícios de divisão de mercado e fixação de preços em cerca de quarenta licitações realizadas pelo Ministério da Saúde. Diferentemente do caso do *cartel das ambulâncias*, no qual as provas foram fruto de investigação direta das propostas à licitação e do comportamento peculiar nos lances ofertados durante o leilão, o presente caso teve como base interceptações telefônicas autorizadas judicialmente e compartilhada pela Polícia Federal. Somou-se a isso o relatório do TCU que chamou a atenção para a baixa incidência de impugnações das licitações.

Apesar das provas indiretas reveladas pelo TCU não permitirem a comprovação do cartel, o conteúdo das conversas telefônicas deixa claro a combinação de preços e a existência de reuniões entre os concorrentes. Nelas, o diretor da Octapharma Brasil e representante da Octapharma AG, Jaisler Jabour dialoga com o representante da ARC, Marcelo Pitta. Em resumo, segundo a Nota Técnica N° 102/2015/CGAA8/SGA2/SG/CADE, os funcionários deliberaram a cerca de:

“(i) formação de ajuste entre as ofertantes quando da realização de licitações visando a divisão dos seus lotes, (ii) fixação de preços, de modo a impedir que as propostas ficassem abaixo de um determinado valor, (iii) direcionamento privado das licitações, através da definição de quem iria vencer determinado certame e (iv) a divisão de mercado de produtos entre os membros do cartel.” (Processo Administrativo N° 08012.003321/2004-71, Superintendência-Geral, p.138.)

Chama atenção também a conversa entre Jaisler Jabour e Eduardo Passos Pedrosa. Este segundo identificado nos documentos públicos do CADE apenas como um *“lobista/consultor”*⁶². No diálogo, Jabour informa Pedrosa o preço a ser praticado nos próximos pregões e o nome das empresas que deveriam vencer cada um dos certames. É

⁶² CADE. Processo Administrativo N° 08012.003321/2004-71, Gabinete do Conselheiro Gilvandro Vasconcellos Coelho de Araújo, CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

importante notar que essa conversa telefônica foi juntada como prova em favor da condenação dos representados envolvidos.

Ao final do processo, em abril de 2016, as pessoas jurídicas citadas e seus respectivos representantes foram condenados pelo Tribunal do CADE por fraude ao caráter competitivo de licitações públicas, formação de cartel, fixação de preços concorrentes e divisão de mercado, enquadrando-se assim no artigo nº 20, inciso I e artigo 21, incisos I, III e VIII da Lei nº 8.884/94, vigente à época da conduta. O somatório das multas chegou ao valor de R\$ 1.000.254,00.

Durante a investigação do caso na SDE e no CADE, os meios de comunicação relataram os desmembramentos das investigações paralelas que corriam na Polícia Federal. Em abril de 2008, a Folha de São Paulo noticiou que o Ministério Público Federal no Distrito Federal ajuizou ação de improbidade administrativa contra sete pessoas físicas e três empresas, apontando violação do sigilo das propostas e combinação prévia de preços. O esquema envolveria, segundo o jornal, servidores do Ministério da Saúde, lobistas e representantes das empresas e, segundo a Polícia Federal, as práticas teriam causado prejuízos na casa dos dois bilhões de reais.

O caso da *operação vampiros* é bastante ilustrativo no sentido em que se caracteriza um cartel deliberado clássico. De maneira preliminar, a estrutura do mercado já reúne os elementos facilitadores do cartel em licitação. O produto ofertado é homogêneo e as barreiras à entrada são elevadas, uma vez que a produção dos hemoderivados exige um alto grau de complexidade e a venda do produto deve passar por um crivo regulatório abrangente. Ainda, se considerado a dinâmica de compras por parte do Estado, ficam exacerbados os componentes convidativos ao cartel. As licitações de hemoderivados são realizadas de forma periódica e com ampla frequência, o que facilita o arranjo entre concorrentes, permitindo o estabelecimento de rodízio entre os vencedores de cada certame.

Além disso, a periodicidade dos leilões facilita o monitoramento por parte das empresas envolvidas na ação coordenada daquele que ousar desviar da estratégia de cartel. Tomando por base um jogo repetido infinitas vezes, é possível visualizar que o concorrente que desviar da estratégia concertada poderá ser punido na rodada seguinte, inviabilizando o cartel. A depender das forças de barganha entre os participantes, o

desviante pode, no limite, ser excluído do cartel nas rodadas seguintes. Em síntese, a estrutura do mercado em questão atua como facilitador para estratégias de divisão de mercado e propostas rotativas combinadas com a clássica fixação de preços.

Com a dada estrutura, os concorrentes de hemoderivados organizaram uma estratégia, combinando preços e loteando o mercado de acordo com a capacidade e o poder de barganha de cada um. Adicionalmente, instituíram um rodízio no qual, a cada leilão, um concorrente diferente sairia vencedor. Dessa maneira, as empresas atuaram em conjunto de forma análoga a um monopolista, resultando, provavelmente, numa divisão ponderada dos lucros.

Mesmo a estrutura do mercado sendo um catalisador natural do cartel e o formato do leilão sendo um facilitador da ação coordenada, ainda existiriam riscos inerentes à prática ilícita. O próprio organizador dos pregões poderia atentar para a conspiração, assim como um concorrente a margem do cartel poderia ofertar hemoderivados a um preço mais baixo. Nesse sentido, o caso da *operação vampiros* é emblemático e mostra indícios de participação do comprador, seja diretamente por parte do pregoeiro ou ainda por parte de autoridades superiores⁶³. No voto do Conselheiro Gilvandro Vasconcellos, como já mencionado, há indícios de que um representante de uma das empresas condenadas mantinha contato com um interlocutor provavelmente do governo, indicando o acerto entre entes privados e públicos.

No acerto, o interlocutor privado detalha os lances que serão ofertados e os supostos vencedores de cada leilão. Dessa maneira, são somadas às estratégias de fixação de preços e rodízio de propostas, a exclusão de concorrentes externos ao cartel e a determinação dos vencedores de cada pregão. O somatório de estratégias, convergente com as táticas enumeradas nos capítulos I e II, resolve o problema associado aos riscos mencionados, seja a denúncia do pregoeiro, seja a entrada de um concorrente fora do acordo ofertando lances mais baixos. Assim, a prática de corrupção em conjunto com o cartel em licitação diminui o risco da operação como um todo e permite que se amplifique o escopo do próprio cartel, em consonância com o modelo de Coleman (1999), que propõe

⁶³ Mesmo podendo haver o envolvimento de autoridades com altas posições hierárquicas, os indícios de corrupção estão associados à *corrupção burocrática*. De acordo com a diferenciação proposta por Tanzi (1998), esse tipo de prática seria percebido na execução do leilão, em contraste com a *corrupção política* que recai sobre a preparação do edital ou ainda sobre a própria decisão de compra.

as condições para a atuação corrupta, conforme o risco da operação diminui, maior a chance de incidência da prática e maior a garantia de retorno.

Cabe ainda mencionar a forma em que se deu a investigação e a repressão por parte do Tribunal do CADE. Na averiguação de provas, a conversa telefônica entre o empresário da Octapharma Brasil e o suposto lobista foi relacionada como evidência para a execução do cartel, principalmente no que toca a fixação de preços e a determinação dos vencedores, bem como a apuração do caso por parte da autoridade da concorrência só foi possível graças ao compartilhamento de informações cedidas pelas autoridades encarregadas de apurar casos de corrupção. Tais fatos indicam uma certa complementariedade, assim como interdependência na investigação e na repressão dos casos envolvendo as duas práticas. Resta claro que os indícios de corrupção fizeram parte dos elementos que levaram o CADE a condenar os envolvidos e, portanto, pode ser considerado um insumo chave para a apuração de cartéis em concorrências públicas.

4.2.2 Cartel do Lixo

Outro caso que contribuiu para o desenvolvimento da pesquisa na área de cartéis em licitação diz respeito ao conluio entre empresas de coleta de lixo do interior do Rio Grande do Sul ocorrido em 2008. Apesar de ter pouco significado para o Erário, uma vez que os valores das licitações não eram expressivos, o caso é também emblemático dada a utilização de um conjunto de estratégias com o objetivo de fraudar o caráter competitivo das compras públicas e também pelo fato de que o cartel foi alinhado entre empresas familiares sem acesso aos profissionais de gerência altamente qualificados. Além disso, há indícios de participações societárias cruzadas entre as empresas, indicando um elevado grau de concentração no mercado, superior àquele observado simplesmente por meio do número de empresas.

A investigação que deu origem ao Processo Administrativo nº 08012.011853/2008-13 foi iniciada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande (MPE-RS) do Sul. O órgão identificou indícios de uma série de práticas delituosas, entre elas o ajuste entre ofertantes, a fixação de preços, a divisão de mercado e o

direcionamento privado das licitações. Após diligências, o MPE-RS compartilhou as provas obtidas na esfera criminal com a SDE para que o órgão prosseguisse a investigação no âmbito administrativo no tocante à lesão à concorrência.

Em fevereiro de 2014 o caso foi julgado pelo Tribunal do CADE com a relatoria do conselheiro Eduardo Pontual. No voto, o então conselheiro relatou a dinâmica de estratégias que perdurou no ano de 2008 e que manteve certa estabilidade na relação comercial entre as empresas de coleta de resíduos urbanos e de saúde, assim como sustentou um padrão elevado de preços. O conjunto de estratégias pode ser posto em prática devido, em parte, à alta probabilidade de exercício de poder de mercado, resultado da estrutura do mercado e do caráter das licitações empreendidas no Rio Grande do Sul. Assim, como o no mercado de hemoderivados, os produtos ofertados na coleta de lixo podem ser considerados homogêneos, uma vez que não há complexidade ou alta tecnologia presentes nos serviços de forma a abrir espaço para uma eventual diferenciação. Além disso, as barreiras à entrada, oriundas de exigências regulatórias e altos investimentos iniciais em relação aos ganhos, seriam suficientes para coibir a entrada de potenciais competidores em caso de elevação coordenada de preços.

Já as licitações promovidas pelas prefeituras do Estado sulista destinadas a compra de serviços de coleta e transporte de lixo detinham aderência às condições favoráveis à prática do cartel. Em suma, tais licitações exigiam uma série de requisitos, limitando o número de participantes e não tinham o poder de se recusar a contratar após o lançamento do edital, diminuindo o poder de barganha do ente público. O próprio desenho das licitações também era convidativo ao monitoramento de um potencial cartel, uma vez que os certames aconteciam com frequência regular (geralmente envolvendo contratos de um ano) e mantinham abertos os nomes dos participantes do leilão. Assim, a previsibilidade das contratações, aliada à transparência excessiva do pregão geraram as condições necessárias para que as empresas pudessem se organizar de maneira a identificar e punir o participante que desviasse da estratégia acordada⁶⁴.

No caso concreto, as empresas condenadas Simpex, Wambass e Coletare atuaram de forma coordenada tendo em vista a maximização de lucros totais e a exclusão de

⁶⁴ Assim como no caso dos hemoderivados, aqui também é possível imaginar um jogo repetido indefinidamente, com frequência regular e identificação do jogador que desviar da estratégia acordada logo após a rodada. Dessa maneira, os incentivos convergem para a manutenção do cartel.

concorrentes ao longo do período de tempo de ao menos vinte e uma licitações realizadas por prefeituras do Estado. As provas obtidas pelo MPE-RS e posteriormente compartilhadas com a SDE, se concentravam em: (i) conversas telefônicas entre representantes das empresas; (ii) troca de e-mails marcando reuniões entre os mesmos representantes e (iii) planilhas de informações obtidas por meio de busca e apreensão.

Pela troca de e-mails e pelas conversas telefônicas, foi possível identificar o acerto de valores de forma a estabelecer um “preço base” para cada um dos serviços ofertados. Importante notar que o mercado inclui a coleta e o transporte de diferentes tipos de resíduos. Assim, os representantes também acordaram pela divisão do mercado tanto no âmbito dos produtos quanto no âmbito geográfico, assim como pela definição do vencedor em cada pregão. Com vistas ao falseamento da concorrência, as empresas que não estivessem definidas como vencedoras de um determinado certame deveriam dar lances fictícios, caracterizando a proposta de cobertura. Dessa forma, ocorria um rodízio de vencedores dentro de uma área geográfica específica englobando cidades do nordeste do Rio Grande do Sul. A cada leilão, em cada cidade, uma das empresas saía vencedora. Por fim, as planilhas encontradas continham informações de repasses de uma das representantes para a outra ao longo do ano de 2008, indicando a cumplicidade entre as empresas condenadas, além de indicar uma provável subcontratação da empresa que não se sagrava vencedora da falsa competição.

Diante das evidências e provas, o Tribunal do CADE condenou as empresas mencionadas e seus respectivos representantes de acordo com o artigo 20, inciso I e artigo 21, incisos I, III e VIII da Lei nº 8.884/94, vigente à época da conduta. A soma das multas chegou a R\$ 1.200.000,00, valor significativo se considerado o tamanho do mercado em questão. Os respectivos representantes das empresas foram, ainda, punidos criminalmente e responderam a processo judicial⁶⁵.

O *cartel do lixo* serve de referência devido à formação clássica de cartel explícito combinada com o uso de várias das mais recorrentes estratégias de forma a elevar a margem de lucro dos participantes. Chama a atenção o fato das empresas serem de pequeno porte e não disporem de padrões elevados de capital ou mão de obra, indicando

⁶⁵ Processo nº 208.0001313-7 e Processo Criminal nº 020/2.08.0002688-3.

que a prática de colusão em concorrência pública pode ocorrer mesmo em pequenos nichos.

Diante das provas de determinação dos vencedores e da estabilidade que as empresas mantiveram ao longo do ano de 2008, passando por ao menos vinte e uma licitações, fica difícil crer que não havia alguma complacência por parte dos responsáveis pelos pregões. Apesar de não ser explícita a menção nos autos do Processo, a regularidade de preços elevados ao longo do tempo deveria ter chamado atenção das autoridades encarregadas da compra, assim como a subcontratação entre as mesmas empresas participantes dos certames, logo após o final de cada licitação. Mesmo que o pregoeiro ou a autoridade responsável não tenham atuado ativamente na elaboração e execução do cartel, a simples convivência com o mesmo já seria passível de enquadramento na regulação de fraude em licitações⁶⁶.

Assim, mesmo que não tenham sido colacionadas provas de atuação corrupta, fica clara a abertura à possibilidade de se exercer estratégias de ação coordenada envolvendo os pregoeiros. Não apenas a possibilidade, mas a elevada probabilidade de que a infração ocorra deveria suscitar preocupações por parte da autoridade antitruste, de maneira a contribuir para a investigação e a repressão de casos como esse. Como já mencionado, as condições estruturais do mercado, somadas à dinâmica de licitações geram incentivos para a ação coordenada combinada com a prática corrupta. A frequência sistemática em que ocorrem os leilões, por exemplo, é um típico facilitador de ambas as práticas. Por sua vez, o excesso de transparência, à exemplo da exposição dos nomes e especificidades dos participantes, pode contribuir para o monitoramento do cartel, por um lado, e coibir o envolvimento do pregoeiro por outro.

No caso do *cartel do lixo*, é possível afirmar que tal exposição contribuiu para a execução do acordo assim como é provável que tenha coibido uma ação direta das autoridades responsáveis pelos certames. Ou seja, nesse caso, a transparência teria cumprido parcialmente sua finalidade em relação à corrupção e falhado em relação a formação de cartéis, tal como o *trade-off* proposto pela teoria exposta por Boehm e Olaya

⁶⁶ O artigo 90 da Lei nº 8666/93 impõe que: “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: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.”

(2006). Todavia, os autores argumentam que “*transparency stimulates competition through the information supply effect it produces and by minimizing the risk of corruption*” (BOEHM; OLAYA, 2006, p.441)⁶⁷, o que é parcialmente renegado pelos casos expostos, exacerbando uma discussão a respeito da ponderação de elementos como a transparência em relação à competição e corrupção em licitações.

Apesar da discussão em torno dos elementos *ex-ante* ao pregão, é notável a importância da verificação da prática corrupta para a análise de casos de cartel em licitações. Tal como na *operação vampiros*, o compartilhamento da produção derivada de investigações entre Ministério Público e CADE foi fundamental para a punição administrativa no âmbito concorrencial, assim como para a punição criminal no âmbito penal. De forma a corroborar o exemplo exposto, a mídia noticiou em 2015 um novo caso envolvendo suposta ação coordenada no mesmo mercado, coleta e transporte de resíduos urbanos e de saúde no interior do Rio Grande do Sul. A *operação conexão* foi deflagrada pelo Ministério Público, verificando indícios de formação de cartel e fraude em licitações. Nesse caso, além das acusações formais de cartel, há também acusações de improbidade administrativa, revelando o suposto envolvimento de autoridades políticas que teriam modificado, inclusive, o desenho das licitações em virtude do favorecimento do cartel (G1, 02/04/2015; Zero Hora, 17/03/2015). Nesse sentido, exacerbando um claro exemplo de *corrupção política* (TANZI, 1998).

Os casos analisados ilustram os principais pontos levantados pela análise teórica dos capítulos I e II. Primeiro, o *cartel das ambulâncias* mostra como uma estratégia típica de cartel acontece, mesmo tendo como pano de fundo um sistema de licitação sofisticado. Em seguida, a *operação vampiros* e o *cartel do lixo* demonstram como acontece a execução de estratégias de cartel combinadas com a possibilidade de atuação corrupta por parte de agentes públicos. Em ambos os casos, é clara a importância da corrupção para a eficácia do cartel e para a mitigação de riscos. Da mesma forma, é interessante, por parte da autoridade de defesa da concorrência, contar com as informações de investigações relativas às fraudes, dado que, à exemplo dos casos, as práticas são interdependentes e indissociáveis.

⁶⁷ T.A. [a] transparência estimula a competição por meio do efeito produzido pela oferta de informação e pela minimização do risco de corrupção.

Nesse sentido, ainda há espaço para uma breve revisão da literatura a respeito das melhores práticas que restringem cartéis em concorrências públicas associados ao envolvimento de autoridades. O objetivo da revisão é ressaltar a importância da investigação e análise da corrupção em casos de colusão explícita em licitações para a defesa da concorrência, bem como identificar o direcionamento tomado pela discussão da literatura econômica e das ações colocadas em prática.

4.3 Melhores práticas para coibir corrupção e cartel em concorrências públicas

A necessidade de coordenação de medidas anticorrupção e antitruste induz à cooperação entre a autoridade de defesa da concorrência local e o órgão de investigação de casos de corrupção. No caso brasileiro, por exemplo, essa integração se daria entre o CADE e a Polícia Federal, juntamente com o Ministério Público. Mesmo tendo competências distintas, a troca de informações entre os agentes facilita o processo de investigação, além de acelerar a implementação de multas e/ou medidas jurisdicionais e prover novos dados para os futuros desenhos de licitações. Ou seja, a colaboração entre os órgãos investigativos se estenderia para os formuladores de concursos de concorrências.

Inseridos nesse contexto, vários órgãos internacionais, tais como a OCDE e o *Transparency International*, consultorias privadas multinacionais, assim como a literatura econômica e jurídica preveem uma série de medidas visando a criação de uma “*cultura de compliance*” (OCDE, 2010; SOKOL, 2012; MISSALI, 2015). Tal *cultura* se baseia em um sistema crível de detecção dos malfeitos combinados com punições suficientes e *enforcement* de aplicação tanto por parte do órgão antitruste, como por parte dos agentes privados. De fato, a inclusão de programas de *compliance* vem sendo aplicada nos últimos anos em acordos entre o CADE e as partes envolvidas em cartéis (MISSALI, 2015). Seguindo a mesma filosofia, os programas de acordos de leniência também têm se consolidado como política de detecção dos conluios em concorrências públicas, ainda que de maneira incipiente e sujeita a críticas mistas (MILLER, 2009; SPAGNOLO, 2000). Por fim, a literatura ainda sugere uma série de medidas que possam mitigar ambos os problemas, a exemplo do uso de indicadores de reputação (SPAGNOLO, 2012).

As punições do agente regulador, por sua vez, podem variar de multas financeiras até condenações criminais, passando pela vedação a participação em novas licitações por um determinado período de tempo. Segundo a OCDE, as medidas devem ser sustentadas por três princípios: o desenvolvimento de um roteiro de “*best practises rules*”⁶⁸, extensos esforços de defesa das políticas e o *enforcement* das ações que condenarem a corrupção e/ou a colusão, mesmo em casos relativamente pequenos, tal como o caso do *cartel do lixo*.

A construção das melhores práticas, tais quais as estabelecidas pelas OCDE e sugeridas pelo *Transparency International*, deve ser balizada por uma metodologia teórico econômica que inclua as jurisdições necessárias. As justificativas para a defesa da concorrência passaram por transformações ao longo do tempo e por modificações econômicas e estruturais, mas tendeu à convergência na medida em que o século XX chegava ao seu final (SCHERER, 1997). Em um mundo com custos de transações positivos e oportunismo dos agentes privados, é razoável supor a necessidade da atuação governamental reguladora tanto na área da regulação setorial, como na política antitruste (BICKENBACH; KUMKAR; SOLTWEDEL, 1999)⁶⁹.

A Nova Economia Institucional, centrada nos custos de transação (WILLIAMSON, 1979) e na força das instituições (NORTH, 1990), traz implicações diretas na análise do desenho institucional das medidas que norteiam as práticas anticompetitivas. No contexto transacional, o antitruste ganha a forma de um contrato de longo prazo coletivo entre firmas e consumidores, partindo da hipótese de que os contratos privados entre as partes não são suficientes para atingir os objetivos políticos⁷⁰. Em outras palavras, contratos entre agentes privados podem incorrer em externalidades negativas para os consumidores, a exemplo da combinação de preços. Como há a existência de custos de transação positivos, o poder de barganha dos consumidores geralmente falha em fazer com que as firmas internalizem tais externalidades. A partir

⁶⁸ T.A. Regras de melhores práticas.

⁶⁹ Agentes privados não necessariamente atuam em um contexto privado. Um servidor público pode atuar em prol de seus interesses privados mesmo inserido dentro de um agente público.

⁷⁰ O termo “político” é utilizado aqui para indicar a melhor solução possível para a sociedade. Nos termos na Nova Economia Institucional, isso quer dizer alcançar o mais alto grau de eficiência para a sociedade e não apenas para as partes envolvidas.

disso, se faz necessária a atuação do órgão de defesa econômica (BICKENBACH; KUMKAR; SOLTWEDEL, 1999).

Analogamente, os contratos verticais informais entre agentes privados e públicos também tendem a produzir externalidades negativas, mesmo que benéficos para ambas as partes. Assim, mesmo com o custo de fiscalização, investigação e *enforcement*, além do aumento do custo para as partes envolvidas, a atuação governamental sobre a corrupção e o cartel em concorrência pública é explicada pela mitigação dos efeitos negativos proporcionados pela combinação das práticas. Dessa forma, com a clara percepção de prejuízo econômico para a sociedade, se justifica a preocupação *ex-ante*, seja com a forma que toma o desenho dos editais de licitação e concessão, seja da maneira como ele é realizado (SOREIDE, 2002) ⁷¹. Do mesmo modo, a consternação com as premissas e o *enforcement* para as investigações e aplicações de penas *ex-post* também se faz necessária.

Tendo em vista a alarmante relevância e as perdas ocasionadas pelos cartéis em contratações públicas, os países membros da OCDE, em união com outros países democráticos simpatizantes a causa, incluindo o Brasil, tem feito grandes esforços na direção de discutir o tema e propor medidas que minimizem a quantidade de infrações. Durante as discussões internacionais, algumas propostas ganharam destaque a ponto de serem publicadas em relatório oficial em formato de manual de melhores práticas. Claramente, tais indicações devem ser aplicadas no mundo prático com certa dose de cautela devido a seu caráter incipiente e, muitas vezes, controverso. Algumas das indicações têm cunho preventivo, a fim de reduzir o risco de cartel por meio de definições no contrato. Outras, têm por objetivo a melhor aplicabilidade da punição e as mais eficazes formas de detectar conluio entre participantes de processos de licitação pública.

- Medidas Preventivas:
 - I. Obter informação antes de estruturar a contratação pública. Levantar em conta não apenas o produto/serviço e os fornecedores, mas também as características e práticas do mercado em questão.

⁷¹ Como verificado, as concorrências públicas podem ser realizadas de diversas maneiras, à exemplo de leilões convencionais ou pregões eletrônicos.

- II. Estruturar a contratação pública de forma a maximizar a participação potencial de candidatos que genuinamente concorram entre si. Permitir o maior número de concorrentes extinguindo exigências, dentro do possível.
- III. Definir claramente os requisitos e evitar a previsibilidade. Especificar necessidades com o objetivo de acatar produtos alternativos.
- IV. Elaborar o processo de contratação de forma a reduzir a comunicação entre concorrentes. Evitar expor informações dos concorrentes.
- V. Selecionar cuidadosamente os critérios de avaliação e adjudicação das propostas. É importante garantir que os critérios qualitativos de seleção e adjudicação sejam escolhidos de maneira a não desencorajar concorrentes viáveis.
- VI. Aumentar a consciência dos funcionários públicos quanto aos riscos de conluio entre concorrentes. A supervisão e os conhecimentos prévios de quem atua diretamente nas contratações podem evitar a formação de cartel.

Considerações para detectar conluio:⁷²

- I. Procurar por indícios e padrões na fase da apresentação das propostas por meio do histórico de participação dos concorrentes e da dinâmica do mercado em questão.
- II. Procurar por indícios em todos os documentos apresentados e padrões relacionados com o estabelecimento de preços. Descuidos e erros podem denunciar o cartel.
- III. Estar sempre alerta para declarações e comportamentos suspeitos, tais como reuniões entre participantes da licitação ou entregas conjuntas de documentos.

Após essa lista de medidas pragmáticas, a entidade internacional ainda recomenda que, em caso de suspeita de formação de cartel, o órgão comprador deva preservar os documentos e contatar as autoridades de defesa da concorrência. Além disso, também

⁷² “Os indicadores da existência de conluio descritos acima identificam numerosos padrões suspeitos de propostas e estabelecimento de preços, bem como declarações e comportamentos suspeitos. Não devem, no entanto, ser considerados como prova de que as empresas estão a empreender um cartel.” OCDE. Diretrizes Para Combater o Conluio Entre Concorrentes em Contratações Públicas, fevereiro de 2009, pag.19.

cabe aos órgãos licitantes a tomada de ciência a respeito da legislação vigente que regula o tema em questão e o julgamento quanto à continuidade do processo de compra pública.

Apesar de bem-intencionadas, tais indicações trazem à tona uma nova variante problemática: a associação entre colusão em licitação e corrupção por parte do agente público. Muitas das medidas preventivas de conluio são, algumas vezes, favoráveis a esse tipo de corrupção, fazendo com que a discussão sobre o tema se torne turva. Como já explicado nos capítulos I e II, a colusão é a prática horizontal entre firmas que visa o falseamento do processo de concorrência, tendo em vista o alcance de uma maior margem de lucro. A corrupção em contratações públicas, por sua vez, é a prática vertical entre agentes governamentais e firmas. Nela, há sempre um ente governamental se fazendo valer de seu poder público para benefício próprio como, por exemplo, aceitando parte dos ganhos extraordinários proporcionados por um pacto de cartel entre firmas.

Apesar de muitas vezes esses elementos aparecerem juntos, há um *trade-off* entre políticas de prevenção à formação de cartel e prevenção à corrupção. Um exemplo é a já mencionada transparência nos contratos licitatórios. Por um lado, uma maior visibilidade dos acontecimentos pode facilitar a formação do conluio, já que as firmas ficam a par de informações que seriam, provavelmente, sigilosas no mercado privado. Olhando de outra maneira, no entanto, a transparência é fundamental para evitar processos obscuros, além de facilitar a auditoria das entidades responsáveis e a tomada de conhecimento por parte da população.

Portanto, o aproveitamento cauteloso das medidas enumeradas é crucial para a eficácia da ação regulatória e para o desenvolvimento do campo de atuação da defesa da concorrência, principalmente no âmbito de impedir práticas anticompetitivas. Nesse sentido, a OCDE, em nova rodada de discussões, indicou a cooperação entre agências de regulação antitruste e agentes judiciários com o objetivo de traçar estratégias coerentes e obter ganhos com troca de informação. Além disso, há a necessidade da aplicação de multas e penalidades com credibilidade. É preciso criar uma cultura de *compliance* nos órgãos públicos e privados com o objetivo de evitar a impunidade e, conseqüentemente, evitar práticas alinhadas. Por fim, a entidade reforça a aplicação dosada das práticas recomendadas.

5 CONCLUSÃO

O cartel em concorrências públicas é uma prática comum em mercados oligopolizados e traz uma série de prejuízos à economia no que tange o bem-estar total e, principalmente, o bem-estar do consumidor. A fraude em licitações, nesta dissertação identificado como corrupção, também acarreta em danos ao bem-estar da economia, com foco especial para o setor público. A união das práticas ilícitas pode gerar efeitos nocivos piores do que a simples soma dos prejuízos. Nesse sentido, o estudo dos incentivos que acarretam nas práticas é primordial para o planejamento da regulação relacionada às compras públicas.

Esta dissertação buscou reunir a discussão teórica em torno das condições, dos efeitos e do tratamento dado aos cartéis em concorrências públicas com o debate teórico sobre a economia da corrupção, especificamente relacionado às fraudes em licitações. Também pretendeu organizar as melhores práticas indicadas pela teoria e pelos órgãos internacionais, além de analisar casos selecionados. Assim, foi possível chegar a uma conclusão principal complementada por apontamentos que podem servir de base para a autoridade antitruste e pelos formuladores da regulação pública.

Em resumo, pode-se afirmar que **o estudo sobre a corrupção é essencial para a análise de cartéis em licitações do ponto de vista da defesa da concorrência**. Essa conclusão fica evidente quando se verifica que há um *trade-off* entre políticas voltadas para coibir os cartéis em concorrências públicas e políticas para frear a corrupção em licitações. Além disso, a complementariedade e as externalidades⁷³ geradas por meio da coordenação de esforços entre concorrentes e agentes do poder público faz com que as práticas, muitas vezes, se tornem indissociáveis.

Para chegar a essa conclusão, o primeiro capítulo discorreu sobre a teoria econômica do cartel em concorrências públicas, incluindo as principais estratégias, condições e incentivos. Uma vez que as estratégias são construídas a partir das variáveis estruturais e conjunturais de mercado, além de serem levadas em conta as variáveis

⁷³ As externalidades seriam positivas do ponto de vista dos agentes envolvidos na ação coordenada e negativa se considerado o ponto de vista do setor público e, conseqüentemente, da sociedade.

inseridas em cada desenho de licitação, os cartéis seguem dinâmicas diferentes em cada mercado relevante analisado. Nesse sentido, os tomadores de decisões regulatórias consideram as variáveis e a não uniformização das infrações para formular políticas de prevenção, investigação e repressão a cartéis. No entanto, a variedade de estratégias e dinâmicas, somada a hipótese de que a principal vítima do cartel (leia-se: o agente público), muitas vezes, está em acordo com os infratores, torna a detecção e a repressão desses acordos colusivos extremamente difíceis, limitando a atuação do órgão antitruste.

Desse modo, o segundo capítulo teve a pretensão de visitar a literatura econômica da corrupção com o intuito final de acrescentar os incentivos e cenários de fraudes em licitações à análise de cartéis em concorrências públicas. Em outras palavras, a análise foi direcionada para o cartel em licitação com a participação do leiloeiro no conluio, tendo como ponto de partida a definição de corrupção, quando o poder público é utilizado para ganhos privados de maneira a reverter à ordem pretendida (JAIN, 2001).

Assim, são analisadas as principais estratégias para a fraude e as condições no qual emerge a corrupção em leilões de licitação. A partir dessa análise e das contribuições de Boehm e Olaya (2006) e Klemperer (2004) e de discussões atuais de órgãos internacionais (OCDE; UN), foi possível verificar a existência do *trade-off* de políticas públicas, principalmente no vértice da transparência. Outras variáveis que seguem direções opostas, se considerarmos cartel e corrupção, são o número de regras e as especificações para participar de certames que, apesar de limitar o espaço para fraudes, também limita o espaço para a competição genuína.

Apesar da dificuldade verificada para detectar e repreender os cartéis em licitação, principalmente aqueles com participação corrupta, o CADE tem elevado sua participação nas investigações da matéria. Como visto, nos últimos anos, as instituições brasileiras têm passado por evolução e inovações em relação ao desenho das licitações (prevenção) quanto nas detecções e investigações (repressão). Dessa forma, foi possível analisar alguns casos selecionados de condenação por parte do CADE que ilustram a atual dinâmica de repressão, tendo como variáveis fixas os desenhos de licitação, bem como extrair *insights* relacionados ao papel da corrupção nas investigações e nas consequentes condenações.

Nesse sentido, foram incluídos neste estudo três casos emblemáticos julgados na última década e que, atualmente compõem a jurisprudência da autoridade antitruste brasileira. O primeiro caso diz respeito ao *cartel das ambulâncias*. Sua exposição ilustra a estratégia por parte da regulação em combinar tipos de leilão de modo a maximizar a competição e minimizar o risco de cartel (MARSHALL; MARX, 2012). Todavia, também ilustra a insuficiência desse modus operandi, uma vez que agentes do mercado elaboraram táticas sofisticadas, incluindo combinações de estratégias de apresentação de propostas de cobertura e supressão de propostas, mesmo que executadas de maneira displicente.

O caso das ambulâncias ainda corrobora a teoria econômica apresentada no primeiro capítulo, no sentido em que é um exemplo de cartel em concorrência pública com combinações de estratégias geradas a partir de um cenário estrutural de mercado e do desenho do edital licitatório. O caso, porém, não possui indícios de participação do leiloeiro, ou seja, não contempla o foco principal da dissertação.

Dessa forma os dois casos seguintes apresentados, *operação vampiros* e *cartel do lixo*, ilustram o somatório das práticas. No caso da compra de hemoderivados, apesar de todas as condições mercadológicas propícias ao cartel – produto homogêneo e barreiras à entrada – e condições favoráveis derivadas dos editais de licitação – periodicidade regular de leilões – foram verificados indícios de corrupção em provas documentais. Assim, além de contar com estratégias de cartel em concorrência pública, o caso também contou com estratégias de fraude, a exemplo da exclusão de concorrentes e a determinação prévia do vencedor. Com isso, houve a mitigação dos riscos de insucesso do cartel e o aumento do valor esperado da estratégia acordada.

De maneira parecida, o *cartel do lixo* também pode ser caracterizado como um cartel clássico em um mercado com produtos homogêneos e barreiras à entrada, contando também com a presença de licitações com periodicidade regular. Nele, a transparência das informações divulgadas foi fator fundamental para a estabilidade contínua do acordo que manteve os preços elevados por pelo menos um ano. Da mesma forma, a transparência não impediu a alta probabilidade de corrupção por parte das autoridades governamentais responsáveis pelos pregões, contrariando Boehm e Olaya (2006).

Com as análises dos casos e à luz da teoria econômica, fica evidente a constante presença da prática corrupta em colusões em concorrências públicas. A corrupção tem a finalidade de garantir a eficácia do cartel e minimizar riscos, dificultando a detecção por parte das autoridades competentes, além de garantir uma maior extração de lucros. Nesse sentido, ainda foi necessário relatar as melhores práticas na coibição de cartéis em licitação e corrupção, recomendadas pelos principais órgãos internacionais, além da própria literatura, de maneira a apontar o direcionamento que deve ser seguido pelo poder público no que tange à prevenção e à repressão das práticas.

Com a união de todos os elementos apresentados, chega-se a já explanada conclusão de que o entendimento de casos de cartel em concorrências públicas deve prestar total atenção à prática de corrupção. Dentre os insights identificados nesse trabalho podem-se destacar: (i) a complementariedade e o auto reforço entre as duas práticas investigadas; (ii) o necessário compartilhamento de informações entre órgão que investigam condutas anticompetitivas e condutas corruptas; (iii) o *trade-off* existente entre políticas *ex-ante* e *ex-post* para coibir cartéis em licitação e fraude nas concorrências públicas e; (iv) a convergências de efeitos de ambas as práticas: a anulação do processo competitivo.

Devido a incipiência do tratamento do tema por parte da literatura econômica e do ainda limitado arquivo de casos de condenação no Brasil, o presente trabalho não tem a pretensão de trazer conclusões definitivas, mas apontamentos a partir da análise da teoria e da prática que existem hoje. Dessa forma, diferente do que ocorre hoje no Brasil, a corrupção poderia ser incluída na análise antitruste em casos de cartel em licitação, ao menos para fins de investigação e de comprovação das práticas. Além disso, pode-se assumir que a lesividade do cartel ganha voluptuosidade com a inclusão do leiloeiro no acordo. Assim, não seria exagero incluí-lo como polo passivo nos cartéis quando houver elementos para tal.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACEMOGLU, Daron. Reward structures and the allocation of talent. *European Economic Review*, v. 39, n. 1, p. 17-33, 1995.

ACEMOGLU, Daron; **VERDIER**, Thierry. The choice between market failures and corruption. *American economic review*, p. 194-211, 2000.

ANDVIG, Jens Chr; **MOENE**, Karl Ove. How corruption may corrupt. *Journal of Economic Behavior & Organization*, v. 13, n. 1, p. 63-76, 1990.

ANDVIG, Jens Chr et al. Corruption. A review of contemporary research. Chr. Michelsen Institute, 2001.

AIDT, Toke S. Economic analysis of corruption: a survey. *The Economic Journal*, v. 113, n. 491, p. F632-F652, 2003.

AIDT, Toke S. Rent seeking and the economics of corruption. *Constitutional Political Economy*, v. 27, n. 2, p. 142-157, 2016.

BACHRACH, Yoram; **ZADIMOGHADDAM**, Morteza; **KEY**, Peter. A cooperative approach to collusion in auctions. *ACM SIGecom Exchanges*, v. 10, n. 1, p. 17-22, 2011.

BESLEY, Timothy; **MCLAREN**, John. Taxes and bribery: the role of wage incentives. *The economic journal*, v. 103, n. 416, p. 119-141, 1993.

BECKER, F. The Case of Export Cartels Exception: Between Competition and Protectionism, *Journal of Competition Law and Economics*, 3(1), 97–126, 2007.

BECKER, Gary S.; **STIGLER**, George J. Law enforcement, malfeasance, and compensation of enforcers. *The Journal of Legal Studies*, v. 3, n. 1, p. 1-18, 1974.

BICKENBACH, Frank; **KUMKAR**, Lars; **SOLTWEDEL**, Rüdiger. The new institutional economics of antitrust and regulation. 1999.

BRAGA, Tereza Cristine Almeida. CADE, cartéis e licitações: um novo nicho da política antitruste brasileira. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 3, n. 1, 2015.

BOEHM, Frederic; **OLAYA**, Juanita. Corruption in public contracting auctions: the role of transparency in bidding processes. *Annals of Public and Cooperative Economics*, v. 77, n. 4, p. 431-452, 2006.

CADE. Processo Administrativo Nº 08012.002127/2002-14, Gabinete do Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado, CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

_____. Processo Administrativo Nº 08012.003321/2004-71, Gabinete do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

_____. Processo Administrativo Nº 08012.003931/2005-55, Gabinete do Conselheiro Alessadro Octaviani Luis, CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

_____. Processo Administrativo Nº 08012.011508/2007-91, Gabinete da Conselheira Ana de Oliveira Frazão, CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

_____. Processo Administrativo Nº 08012.011853/2008-13, Gabinete do Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro, CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

_____. Processo Administrativo Nº 08012.001273/2010-24, Gabinete do Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

CHOI, Jay Pil; **GERLACH**, Heiko. Global cartels, leniency programs and international antitrust program. *International Journal of Industrial Organization*: vol. 30, 2012.

COMPTE, Olivier; **LAMBERT-MOGILIANSKY**, Ariane; **VERDIER**, Thierry. Corruption and competition in procurement auctions. *Rand Journal of Economics*, p. 1-15, 20

CONNOR, John M.; **BOLOTOVA**, Yuliya. Cartel overcharges: Survey and meta-analysis. *International Journal of Industrial Organization*, v. 24, n. 6, p. 1109-1137, 2006.

CRAMTON, Peter. Ascending auctions. *European Economic Review*, v. 42, n. 3, p. 745-756, 1998.

DELLA PORTA, Donatella. Corrupt exchanges: Empirical themes in the politics and political economy of corruption. Nomos, 2002.

ESTADÃO, 30 de julho de 2014. <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,cade-e-gm-fazem-acordo-em-suposto-cartel-de-ambulancias,1536316>

FOLHA DE SÃO PAULO, 10 de abril de 2008. <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2008/04/390858-procuradoria-processa-vampiros-por-improbidade-administrativa.shtml>

G1, 02 de abril de 2015. <http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2015/04/mp-rs-denuncia-37-empresarios-por-formacao-de-cartel-para-coleta-de-lixo.html>

GREEN, Edward J.; **MARSHALL**, Robert C.; **MARX**, Leslie M. Tacit collusion in oligopoly. The Oxford Handbook of International Antitrust Economics, v. 2, p. 464-497, 2014.

GUPTA, Sanjeev; **DAVOODI**, Hamid; **ALONSO-TERME**, Rosa. Does corruption affect income inequality and poverty?. Economics of governance, v. 3, n. 1, p. 23-45, 2002.

HELLMAN, Joel S.; **JONES**, Geraint; **KAUFMANN**, Daniel. Seize the state, seize the day: State capture, corruption and influence in transition. World Bank policy research working paper, n. 2444, 2000.

HILLMAN, Arye L.; **KATZ**, Eliakim. Hierarchical structure and the social costs of bribes and transfers. Journal of Public Economics, v. 34, n. 2, p. 129-142, 1987.

HODGSN, Geoffrey M. and **JIANG**, Shuxia, The Economics of Corruption and the Corruption of Economics: An Institutionalist Perspective (July, 24 2008). Revista de Economía Institucional, Vol. 10, No. 18, First Semester, 2008.

HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. 3ª ed. St. Paul: West Group Thomson, 2005.

IVALDI, Marc et al. The economics of tacit collusion: implications for merger control. The Political Economy of Antitrust (Contributions to Economic Analysis, v. 282, p. 217-239, 2007.

JAIN, Arvind K. Corruption: A review. *Journal of economic surveys*, v. 15, n. 1, p. 71-121, 2001.

KLEMPERER, Paul. Auctions: theory and practice. Available at SSRN 491563, 2004.

KOVACIC, William E.; **SHAPIRO**, Carl. Antitrust policy: a century of economic and legal thinking. *The Journal of Economic Perspectives*, p. 43-60, 2000.

KRISHNA, Vijay. Auction theory. Academic press, 2009.

LAMBERT, Ariane; **SONIN**, Konstantin. Corruption and collusion in procurement tenders. Lambert, K. Sonin, 2003.

LAMBSDORFF, Johann Graf. The Institutional Economics of Corruption and Reform Theory, Evidence and Policy 2007 (2).

LEFF, Nathaniel H. Economic development through bureaucratic corruption. *American behavioral scientist*, v. 8, n. 3, p. 8-14, 1964.

LEVENSTEIN, Margaret C.; **SUSLOW**, Valerie Y. What determines cartel success?. *Journal of Economic Literature*, p. 43-95, 2006.

LIEFMANN, Robert et al. Cartels, concerns and trusts. *History of Economic Thought Books*, 1932.

MARSHALL, Robert C.; **MARX**, Leslie M. Bidder collusion. *Journal of Economic Theory*, v. 133, n. 1, p. 374-402, 2007.

_____. The economics of collusion: cartels and bidding rings. Cambridge: The MIT Press, 2012.

MARTINEZ, Ana Paula. Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e direito penal. São Paulo: Singular, 2013.

MATTOS, César. MODALIDADES DE LICITAÇÃO E CARTÉIS NO BRASIL. 2014.

MAURO, Paolo. Corruption and growth. *The quarterly journal of economics*, p. 681-712, 1995.

MAURO, Paolo. The effects of corruption on growth, investment, and government expenditure. 1996.

MCAFFEE, R. Preston; **MCMILLAN**, John. Bidding rings. *The American Economic Review*: vol. 82, nº 3, Junho de 1992.

MILLER, Nathan H. Strategic leniency and cartel enforcement. *The American Economic Review*, p. 750-768, 2009.

MILLER, S. "Corruption", E. N. Zalta, ed., *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2005.

MILLER, Seumas et al. *Corruption and anti-corruption: an applied philosophical approach*. Pearson Prentice Hall, 2005.

MISSALI, Guilherme Teno Castilho. Programa de Compliance Antitruste: a hora e a vez de repensá-lo no ordenamento concorrencial brasileiro. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 3, n. 1, 2015.

MOODY-STUART, George. *Grand corruption: How business bribes damage developing countries*. WorldView, 1997.

MOTTA, M., *Competition Policy: Theory and Practise*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

_____. "Cartels in the European Union: Economics, Law, Practice." *conference on Fifty Years of the Treaty: Assessment and Perspectives of Competition Policy in Europe, Barcelona*, 2007.

NAVARRETE, P e **PRADO**, L.C. DELORME. *A origem do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência*, 2013.

NORTH, Douglass C. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge university press, 1990.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. *Diretrizes Para Combater o Conluio Entre Concorrentes em Contratações Públicas*, Fevereiro de 2009.

_____. – OCDE. *Policy RoundTables: Collusion and Corruption in Public Procurement*, 2010.

_____. – OCDE. *Lei e Política de Concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares*. Paris: OECD Press, 2010.

PORTER, Robert.H.; **ZONA**, J.Douglas. Detection of Bid Rigging in Procurement Auctions, NBER Working Paper No. 4013, 1992.

_____. Ohio school milk markets: an analysis of bidding. National Bureau of Economic Research, 1997.

PwC and Ecorys (2013), Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the EU, prepared for the European Commission.

ROSE-ACKERMAN, Susan. The economics of corruption. Journal of public economics, v. 4, n. 2, p. 187-203, 1975.

ROSE-ACKERMAN, Susan; **PALIFKA**, Bonnie J. Corruption and government: Causes, consequences, and reform. Cambridge university press, 2016.

ROWLEY, Charles; **TOLLISON**, Robert D.; **TULLOCK**, Gordon (Ed.). The political economy of rent-seeking. Springer Science & Business Media, 2013.

SACHER, Seth. The Past, Present, and Future of Antitrust. Georgetown Journal of International Affairs, p. 115-124, 2010.

SCHERER, Frederic M. Competition policy convergence: where next?. Empirica, v. 24, n. 1-2, p. 5-19, 1997.

SCHERER, F. M. et al. The FTC, Oligopoly, and Shared Monopoly. 2013.

SHLEIFER, Andrei; **VISHNY**, Robert. The grabbing hand. 1998.

SOKOL, D. Daniel. Cartels, Corporate Compliance and What Practitioners Really Think About Enforcement. Antitrust Law Journal, v. 78, 2012.

SOREIDE, T. "Corruption in public procurement. Causes, consequences and cures" Chr. Michelsen Institute, Report 2002:1, CMI Bergen.

SPAGNOLO, Giancarlo. Self-defeating antitrust laws: how leniency programs solve Bertrand's Paradox and enforce collusion in auctions. 2000.

_____. Reputation, competition, and entry in procurement. International Journal of Industrial Organization, v. 30, n. 3, p. 291-296, 2012.

TANZI, Vito. Corruption and the budget: Problems and solutions. In: Economics of corruption. Springer US, p. 111-128, 1998.

TANZI, Vito; **DAVOODI**, Hamid. Corruption, public investment, and growth. In: *The Welfare State, Public Investment, and Growth*. Springer Japan, p. 41-60, 1998.

TIROLE, Jean. A theory of collective reputations (with applications to the persistence of corruption and to firm quality). *The Review of Economic Studies*, v. 63, n. 1, p. 1-22, 1996.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL (2006), *Handbook for Curbing Corruption in Public Procurement*. Available from: http://archive.transparency.org/publications/publications/other/procurement_handbook.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TC 012.762/2003-9

UN “A strategy for improving public procurement”, International Trade Centre UNCTAD, Switzerland, 1999.

USLANER, Eric M. Corruption, inequality, and the rule of law: The bulging pocket makes the easy life. Cambridge University Press, 2008.

VISCUSI, W. Kip; **HARRINGTON JR.**, Joseph E.; **VERNON**, John M. Economics of regulation and antitrust. 4^a ed. Cambridge: The MIT Press, 2005.

WALLIS, John Joseph. (2004) “THE CONCEPT OF SYSTEMATIC CORRUPTION IN AMERICAN POLITICAL AND ECONOMIC HISTORY”. NATIONAL BUREAU OF ECONOMIC RESEARCH, Working Paper 10952.

WHITE, Lawrence J. Economics, Economists, and Antitrust: A Tale of Growing Influence. *BETTER LIVING THROUGH ECONOMICS*, p. 226, 2010.

WILLIAMSON, Oliver E. Transaction-cost economics: the governance of contractual relations. *Journal of law and economics*, p. 233-261, 1979.

ZERO **HORA**, 17 de março de 2015.
<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2015/03/entenda-como-funcionava-a-fraude-na-coleta-de-lixo-do-rs-que-envolve-contratos-de-r-5-milhoes-4720609.html#showNoticia=dkZDQEd9bXY4MTEwMDYwNjY2MTkxNzI4NjQwPjJ0MTY0MDkxOTIwOTA4MTI1ODk2NkpUXzE4Njc3NjI2ODI3ODI4MTAxMTJcMCIsT1sueXV5OV80LVNoSFE=>