



Opinião: as investigações de cartel por denúncia dos licitantes

Recentemente, a Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (SG/Cade) instaurou um processo administrativo para apurar suposto cartel em licitações para concessão de uso de áreas para exploração comercial em diversos aeroportos[1].

A investigação de um cartel em licitações não é novidade na jurisprudência do Cade[2]. Contudo, o que chama atenção é a posição da Infraero (o órgão licitante) como Representante neste processo e a tendência no crescimento de investigações instauradas no Cade a partir de denúncias provenientes dos próprios órgãos licitantes.

De acordo com Tereza Cristine Almeida Braga[3], a autoridade antitruste brasileira tem poucas condenações de cartéis em licitações – seja pela dificuldade de instrução desses casos, seja pela ausência de ciência da ilicitude da prática pelos órgãos licitantes. Contudo, ao fim do artigo, podemos concluir que os órgãos licitantes conseguem identificar certos padrões de comportamentos das empresas, e que tais comportamentos são denunciados ao Cade como uma possível violação à ordem econômica.

Nesse sentido, o presente artigo propõe uma análise crítica sobre a questão, abrangendo uma análise da jurisprudência do Cade e uma reflexão sobre a maior fiscalização de questões concorrenciais pelos próprios órgãos licitantes.

Os cartéis em licitações

Notadamente, os cartéis em licitações públicas levantam maiores preocupações, visto que envolvem danos diretos aos cofres públicos. Assim, tendo em vista que a conduta, além de ilícito penal e administrativo, pode configurar ato de improbidade administrativa (fraude a licitação), é possível que se tenha uma esfera de competência compartilhada entre o órgão de defesa da concorrência (Cade), a justiça criminal, bem como o Tribunal de Contas (TCU) e a Controladoria Geral da União (CGU). Isso porque no delito de cartel, os agentes visam fraudar o mercado de produtos e serviços, simulando uma aparente concorrência, enquanto no delito de fraude à licitação, os agentes visam frustrar ou fraudar determinada licitação pública, constituindo crime contra a Administração Pública[4].

Segundo a Cartilha do Cade sobre o tema[5] – criada no âmbito da extinta Secretaria de Direito Econômico (SDE) – os cartéis em licitações agem, principalmente, por meio de: (i) fixação de preços; (ii) apresentação de propostas de cobertura; (iii) quebra de sigilo das propostas; (iv) direcionamento privado da licitação; (v) divisão do mercado; (vi) supressão de propostas, ainda que o agente seja qualificado e em condição de vencer o certame; (vii) apresentação de propostas *pro forma*; (viii) rodízio; e/ou (ix) subcontratações, através da qual o perdedor do certame tem a garantia de que será recompensado por ser o fornecedor àquela empresa, também cartelizada, que venceu a licitação.

Além de identificar os meios de atuação de um determinado cartel em licitações, é necessária a verificação de possíveis elementos facilitadores de colusão entre empresas, tais quais a existência de laços familiares ou societários entre indivíduos de empresas concorrentes e a presença de entidades de classe congregando empresas concorrentes.



Apesar da cartilha trazer, ainda, alguns possíveis comportamentos que possam indicar a existência de um cartel em licitações públicas[6], destacaremos a seguir as condutas que foram consideradas suspeitas pelos órgãos licitantes em suas investigações internas, e que foram denunciadas ao Cade.

Jurisprudência do Cade nas denúncias do órgão licitante

Sabesp

O primeiro caso encontrado em que o próprio órgão licitante denunciou ao Cade um suposto conluio foi o Processo Administrativo nº 08012.009885/2009-21. O processo foi instaurado, a partir de uma denúncia da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (Sabesp), em 09/06/2010, para investigar uma suposta formação de cartel em um procedimento licitatório que tinha por objeto a execução das obras do Lote 03 do Sistema Produtor de Água Mambu/Branco da Região Metropolitana da Baixada Santista.

De acordo com a Sabesp, os seguintes fatos constituíram indícios do cartel: (i) a participação de treze empresas no procedimento licitatório, sendo que apenas seis restaram habilitadas; (ii) a licitante que apresentou melhor proposta foi desclassificada pela Comissão Especial de Licitação por ter deixado transcorrer *in albis* o prazo concedido pela Sabesp para a prestação de esclarecimentos relativos à exequibilidade da proposta; e (iii) a licitante desclassificada se associou à empresa vencedora, posteriormente, para a execução conjunta das obras objeto da licitação.

No entendimento da Sabesp, o suposto conluio teria se concretizado no intervalo entre o final do prazo para a prestação de esclarecimentos concedido à empresa que foi posteriormente desclassificada e a data do contrato firmado com a empresa vencedora, i.e., na fase final do procedimento licitatório.

O caso foi julgado pelo Cade em 08/04/2015 e, após comprovados os indícios levantados pela Sabesp por meio de instrução processual[7], apenas uma pessoa física não foi condenada pelo Cade pela participação no conluio. As provas utilizadas para condenação dos representados foram aquelas trazidas na Nota Técnica de Instauração, que comprovaram a existência de colusão entre as empresas.

INSS

Outro caso relevante foi o Processo Administrativo nº 08012.008507/2004-16[8], instaurado em 13/05/2011 para analisar a existência de influência de conduta comercial uniforme e de cartel em licitações conduzidas pelo Instituto Nacional do Seguro Social ("INSS") do Estado de São Paulo, após denúncia feita pela Presidente da Comissão Permanente de Licitação da Gerência-Executiva do INSS em Bauru.



De acordo com o INSS, o principal indício que indicaria a existência de conluio nas licitações em questão seria a existência de *propostas idênticas apresentadas por 7 das 8 empresas participantes da licitação para os 33 itens licitados*. De acordo com o voto do Conselheiro Relator Gilvandro Vasconcelos, o cartel em licitações teve sua prática influenciada e facilitada pela existência de tabela de preços referenciais editadas pela Associação Brasileira de Ortopedia Técnica (Abotec), que especificava o preço unitário a ser cobrado por cada produto/material e sugeria as margens percentuais indicativas de despesas fixas e lucros. A tabela era seguida por várias empresas do mercado, inclusive as representadas. Todos os representados foram condenados pelo tribunal do Cade em 10/12/2014.

A instrução processual concluiu que os representados adotaram a estratégia de “*bid rotation*” para burlarem a concorrência nos certames licitatórios promovidos pelo INSS para contratação de órteses e próteses. Confirmando os indícios trazidos pelo INSS, verificou-se uma rotineira participação conjunta das empresas investigadas nos certames licitatórios, na qual em todos apresentavam propostas semelhantes, ou mesmo idênticas^[9].

Da mesma forma, verificou-se a mesma redação – inclusive com as mesmas vírgulas, negritos e exclamações – nos recursos contra a decisão de desclassificação pelo INSS, indicando conluio para frustração dos certames.

Detran/RJ

Outro caso relevante é o suposto cartel em licitações realizadas pelo Departamento de Trânsito do Estado do Rio de Janeiro (Detran/RJ)^[10] para a contratação de serviços terceirizados diversos, entre os anos de 2003 e 2010. O *modus operandi* da conduta consistia em certos padrões verificados nas propostas apresentadas pelas empresas e nos procedimentos licitatórios^[11], como a designação do mesmo representante para a retirada dos editais de várias empresas e a presença de pessoas físicas e jurídicas sócias de empresas licitantes de certames realizados pelo Detran/RJ. No entanto, em 26/06/2019, o tribunal do Cade votou pelo arquivamento do processo em relação a todas as representadas, por insuficiência de provas.

MEC

Por fim, destaca-se o suposto cartel em licitações realizadas pelo Ministério da Educação (MEC) para a aquisição de serviços técnicos de informática^[12], atualmente em fase de instrução^[13]. A denúncia do MEC teve como base o fato de que, mesmo após ampla divulgação de seu processo licitatório, apenas duas empresas credenciaram-se e compareceram para participar do certame. O fato levantou suspeitas, pois: (i) o contrato era de valor superior a R\$ 10 milhões por ano; (ii) a licitação era dividida em quatro itens; (iii) mais de 30 empresas haviam enviado comprovantes de retirada do edital durante a fase de divulgação; e (iv) foi constatado que houve diversos questionamentos e impugnações quanto aos critérios de pontuação do edital, indicando um grande interesse das empresas pelo objeto da licitação. Ademais, após a revogação da concorrência em que tal fato ocorreu, o MEC realizou outros dois processos licitatórios – cujos objetos eram muito similares ao da concorrência revogada – que apresentaram um número muito maior de participantes.



Conclusões

Como se vê, os órgãos licitantes parecem estar mais atentos para determinados comportamentos que podem indicar colusão entre os participantes de uma licitação, o que pode acabar resultando em uma denúncia ao Cade.

Há um bom tempo, a existência de um programa de *compliance* é requisito indispensável para que uma empresa possa participar de qualquer licitação pública. No entanto, o mesmo não é verdadeiro para quem contrata. Os órgãos licitantes raramente contavam com processos de *compliance* ou departamentos que fiscalizam internamente os procedimentos licitatórios.

Nota-se, no entanto, que esse cenário tem mudado[14] [15]. Ao que tudo indica, muitos órgãos da Administração Pública já contam com programas de *compliance*, códigos de conduta, departamentos fiscalizadores ou de investigações internas no que se refere às contratações públicas.

Esses novos procedimentos internos por parte da Administração Pública demonstram credibilidade e transparência, de modo a proteger o interesse público por meio da contratação de empresas idôneas para servirem à coletividade. Ainda que de forma repressiva, toma-se como exemplo as inúmeras Comissões Internas de Apuração (CIA) da Petrobras que foram instauradas para apurar indícios de atos incompatíveis com os regulamentos internos ou possíveis casos de corrupção[16].

[1] Processo Administrativo nº 08700.003388/2018-52.

[2] De fato, o Departamento de Proteção e Defesa Econômica, da extinta Secretaria de Direito Econômico – SDE já havia, inclusive, preparado uma cartilha sobre cartéis em licitações. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha_licitacao.pdf/view (Acesso em 01.07.2019).

[3] BRAGA, Tereza Cristine Almeida. Cade, cartéis em licitações: um novo nicho a política antitruste brasileira. In: Revista de Defesa da Concorrência, v.3, n.1 (2015). Disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/143> (Acesso em 21.08.2019).

[4] No entendimento de Eduardo Molan Gaban e Juliana Oliveira Domingues (Direito Antitruste, ob. cit., p. 162): “É importante destacar que essa modalidade de cartel, além de poder estar acobertada pela hipótese de crime previsto na Lei nº 8.137/90, também pode configurar crime com base na Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), restando o sujeito ativo de tal ilícito passível das sanções de todos os diplomas legais aplicáveis”.

[5] Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha_licitacao.pdf/view (Acesso em 11.07.2019)



[6] Como, por exemplo: desistência inesperada de fornecedores; existência de empresas que, apesar de qualificadas, não apresentam propostas; propostas semelhantes de empresas diferentes; padrão de rodízio; semelhança na redação das propostas; subcontratações; etc.

[7] A instrução processual contou com a expedição de diversos ofícios para comprovação dos indícios de infração à ordem econômica identificados, além de realização de oitivas de testemunhas arroladas pelas partes do processo.

[8] Figuraram como representantes no processo: Instituto Nacional do Seguro Social em Bauru (SP) e Procuradoria Federal Especializada do Instituto Nacional do Seguro Social em Osasco (SP).

[9] Nesse sentido, o Cade entendeu que a identidade de preços em quatro licitações diferentes por parte de empresas distintas não poderia ocorrer sem a existência de acordos preestabelecidos entre as concorrentes, sobretudo porque constatou-se que, nas pesquisas de preços feitas na fase de cotação para a Administração, haviam significativas diferenças entre os preços apresentados pelas empresas interessadas.

[10] Processo Administrativo nº 08012.000742/2011-79.

[11] De acordo com o MPF junto ao Cade: *“a mesma empresa ganha a maioria dos certames; um número determinado de empresas logra-se vitorioso em certames sucessivos; a existência de poucos licitantes ou nenhum novo licitante; os licitantes têm conhecimento sobre seus competidores e suas propostas; a licitação não reduz o valor estimado; os licitantes retiram suas propostas durante o certame; acesso limitado a informações sobre a licitação; o valor do contrato administrativo desvia-se substancialmente do justo valor de mercado; e a existência de sucessivas prorrogações contratuais com a mesma empresa.”*

[12] Processo Administrativo nº 08012.003021/2005-72.

[13] Atualmente, a Superintendência-Geral do Cade ainda está conduzindo a instrução processual do caso, que está pendente de decisão. O próximo passo será o saneamento do feito, com análise dos argumentos preliminares e dos pedidos de produção de provas.

[14] A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31.10.2003 e ratificada pelo Brasil através do Decreto 5.687/06, em seu artigo 5º, dispõe da necessidade de instituição de um programa de gestão pública para assuntos que digam respeito a temas como: bem público, integridade, transparência e controle das contas públicas.

[15] A Lei das Estatais (Lei 13.303/2016), por exemplo, exige regras de governança corporativa e práticas de compliance nas atividades de empresas públicas e sociedades de economia mista, aplicadas em seus processos internos e em contratações e relacionamentos com o público externo (fornecedores, terceiros, agentes públicos etc.).



[16] Após Lava Jato, Petrobras triplica volume de investigações internas. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/apos-lava-jato-petrobras-triplica-volume-de-investigacoes-internas/> (Acesso em 28.08.2019).

Date Created

20/09/2019