

Vol. 3

Nº 1

2015 - Maio

Revista de Defesa da Concorrência

PUBLICAÇÃO OFICIAL



2318 2253

 **CADE**
Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CADE, Cartéis e Licitações: um Novo Nicho da Política Antitruste Brasileira

Tereza Cristine Almeida Braga¹

RESUMO

O direito concorrencial brasileiro tem dedicado maior atenção à persecução de cartéis, o que tem despertado novos debates sobre a configuração de cartéis. Além disso, o amadurecimento institucional brasileiro suscitou novas preocupações em relação ao combate a cartéis, especialmente no que se refere a cartéis em licitações. Esse aprofundamento do debate e da persecução a cartéis leva a reflexões sobre a integração de esforços na investigação de infrações à ordem econômica.

Palavras-chave: cartéis, licitações, persecução criminal, reparação de danos, política integrada de defesa da concorrência.

ABSTRACT

Brazilian competition law has been even more dedicated to cartels prosecution, which has drawn new debates about the configuration of cartels. In addition, Brazilian institutional maturity has raised new concerns about cartel fighting, especially in relation to bidding rings. This deeper appreciation of the debate and of the cartel prosecution leads to thoughts about integration of efforts on investigating antitrust violations.

Key words: cartels, bidding rings, criminal prosecution, damage claims, integrated competition policy.

Classificação JEL: K21; K42; L41

¹ Assessora do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica do CADE. Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Especialista em Planejamento Tributário pelo Departamento de Ciências Contábeis da Universidade de Brasília. E-mail: tereza.cristine@gmail.com. As opiniões deste artigo são pessoais e não refletem necessariamente a visão das instituições às quais o autor possui vínculos.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Cartéis: desmistificando os preços iguais. 3. Cartéis em licitações: mecanismos que podem facilitar conluios. 4. Cartéis fracos e cartéis fortes. 5. Da política integrada de repressão a cartéis. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A persecução a cartéis tem aumentado significativamente nos últimos anos tanto no Brasil quanto no mundo. Isso é reflexo do aperfeiçoamento do combate a cartéis em diversos países.

Em regra, os cartéis buscam a unificação de vontades de rivais com a finalidade de conseguir o monopólio no setor alvo². Podem ter o objetivo de fixar preços muito acima dos estritamente competitivos. No entanto, nem sempre os cartéis estão voltados a esse sobrepreço, especialmente quando se voltam à divisão de mercados ou à exclusão de concorrentes.

No âmbito privado, o cartel se desenvolve no mercado supostamente “livre” e submetido às amarras de entrada e rivalidade impostas pelos infratores. A conduta se desenvolve no atacado ou no varejo e se aproveita da assimetria de informação entre consumidor e fornecedor:

O foco da defesa do consumidor é, justamente, evitar que o comportamento oportunista – tanto *ex-ante* como *ex-post* – prejudique o consumidor final, posto que este, comparativamente ao vendedor dos produtos, apresenta: (i) maior dificuldade em obter as informações necessárias para embasar suas decisões de consumo; (ii) maiores limitações cognitivas para processar as informações disponíveis de forma adequada; e (iii) maiores restrições para defender seus interesses. É a posição desprivilegiada em relação à empresa que coloca o consumidor como elo mais vulnerável da relação de consumo, permitindo que os vendedores dos produtos estejam em condições de maximizar seus lucros sem que exista, necessariamente, preocupação com os impactos de suas decisões sobre os consumidores³.

O *enforcement* de cartéis passa por três etapas: descoberta, persecução e punição⁴. A etapa mais difícil e trabalhosa é a descoberta, em que se deve identificar padrões colusivos e dar início a investigações que tenham o potencial de angariar provas consistentes. Os dois últimos elementos são decorrentes do primeiro, já que a persecução e punição só são possíveis quando há fortes indícios de cometimento de infração à ordem econômica. Por isso, a descoberta é fundamental para a repressão a cartéis.

² FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 337.

³ REZENDE, Gustavo Madi; ALMEIDA, Sívia Fagá de. *Defesa do consumidor e disciplina antitruste*. In: SCHAPIRO, Mario Gomes; CARVALHO, Vinicius Marques de; CORDOVIL, Leonor (coord.). *Direito Econômico Concorrencial*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 309.

⁴ CHOI, Jay Pil; GERLACH, Heiko. *Global cartels, leniency programs and international antitrust program*. *International Journal of Industrial Organization*: vol. 30, 2012.

Um setor que vem ganhando importância na repressão a cartéis é o de licitações. Por obrigação legislativa, as compras governamentais no Brasil são realizadas por meio de licitações, em ambiente em que predominam os princípios da publicidade, da transparência e da prevalência do interesse público sobre o interesse privado. No entanto, os arranjos entre concorrentes têm buscado novas formas de fazer com que esses princípios trabalhem em favor da conduta concertada.

A autoridade antitruste brasileira tem poucas condenações de cartéis em licitações⁵, seja pela dificuldade de instrução desses casos, seja pela ausência de ciência da ilicitude da prática pelos órgãos licitantes. Nesse contexto, o combate a cartéis em licitações possui um desafio adicional: além de impor penalidades e obrigações elevadas o suficiente para serem efetivamente dissuasórias⁶, a autoridade deve conferir à condenação um caráter pedagógico e orientador à comunidade.

O interessante (ou complicador) da análise de cartéis em licitações é que as combinações entre concorrentes são raramente ilícitos isolados, isto é, vários ilícitos podem ser cometidos concomitantemente para que o cartel dê certo. Por isso, a interface entre autoridade administrativa e autoridade criminal é fundamental para o *enforcement* da defesa da concorrência no sentido da repressão conjunta a diversas infrações previstas na legislação brasileira.

Neste artigo, pretende-se realçar alguns pontos atuais e intrigantes de cartéis em licitações, bem como algumas saídas para incrementar a repressão a cartéis no Brasil.

2. Cartéis: desmistificando os preços iguais

⁵ Vide as seguintes decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica: Processo Administrativo 08012.009118/1998-26, julgado em 12/07/2001; Processo Administrativo 08012.006989/1997-43, julgado em 15/07/2005; Processo Administrativo 08012.001826/2003-10, julgado em 19/09/2007; Processo Administrativo 08012.011853/2008-13, julgado em 05/02/2014; Processo Administrativo 08012.006199/2009-07, julgado em 10/12/2014; Processo Administrativo 08012.009611/2008-51, julgado em 10/12/2014; Processo Administrativo 08012.008507/2004-16, julgado em 10/12/2014, Processo Administrativo 08012.009885/2009-21, julgado em 08/04/2015.

⁶ “A simple calculation grounded in data on real-world cartels suggests that a sufficient level of fines (aggregated across all cartel participants) is about twice the annual volume of commerce affected by the cartel activity, and the annual volume of commerce done by U.S. corporations filing tax returns is roughly the same as their net worth. Hence, fines at a level sufficient to deter can exceed the ability of cartel participants to pay”. Em tradução livre: Um cálculo simples baseado em dados de cartéis do mundo real sugerem que um nível suficiente de multas (agregadas as de todos os participantes do cartel) é aproximadamente duas vezes o volume de comércio afetado pela atividade do cartel e o volume anual de comércio demonstrado pelas declarações de impostos de empresas estadunidenses é aproximadamente o mesmo que o do seu patrimônio líquido. Portanto, multas em um nível suficiente para impedir cartéis devem superar a capacidade de pagamento dos participantes do cartel. WERDEN, Gregory J.; HAMMOND, Scott D.; BARNETT, Belinda A. *Deterrence and detection of cartels: using all the tools and sanctions*. The Antitrust Bulletin: vol. 56, nº 2, Verão de 2011.

Cartéis são acordos entre concorrentes para alcançar algum tipo de benefício coletivo em detrimento da concorrência. O senso comum é o de que cartéis são ajustes entre concorrentes para fixação de preços acima do preço de equilíbrio verificado no mercado. No entanto, esse mito deve ser imediatamente quebrado, já que os cartelistas não visam ganhos unicamente via fixação de preços.

O art. 36, §3º, inciso I, da Lei 12.529/11, deixa claro que o ajuste entre rivais pode se dar não apenas por preços, mas também por quantidades, clientes, fornecedores, regiões, entre outras características. O que interessa é que os infratores se comportem como se fosse um único agente no mercado⁷ e reduzam ou limitem a concorrência⁸, o que lhes permite manipular outras variáveis de mercado que também lhes proporcionem vantagens competitivas ilícitas, sem, necessariamente, haver um sobrepreço⁹.

Em um exemplo hipotético, considere que um mercado com consideráveis barreiras à entrada e que tenha cinco agentes, com quatro deles em conluio, o que leva a crer que apenas o agente remanescente brigará por preços. Considere, também, que não há possibilidade de crescimento orgânico para esse quinto agente. Nesse sentido, os quatro poderiam dividir o mercado relevante entre si, combinando baixas variações de preços ou a interrupção no fornecimento de descontos. Com isso, haveria reduzida ou nenhuma diferenciação entre os produtos de cada vendedor e, com isso, o consumidor não teria incentivos de pesquisar preços ou barganhar em uma negociação direta com alguma dessas empresas. Teria sido criada uma homogeneidade artificial no mercado sem fixação de preços, porém com garantia de cotas de fornecimento por cada infrator. Esse tipo de ajuste pode ocorrer tanto no mercado privado quanto em licitações públicas e pode ser acompanhado de outros crimes, tais como corrupção, lavagem de dinheiro, fraudes de diversos tipos e falsidades ideológica e documental. Logo, dizer que a região X é de uma empresa – e a região Y de outra – é ilegal, é punível pelo direito brasileiro e não exclui a punição dos demais ilícitos associados ao cartel.

Esse tipo de estratégia anticompetitiva evita que haja oscilações abruptas nos estoques e nos faturamentos de cada empresa participante do cartel e afasta eventuais brigas por preços ou clientes via redução de preços ou concessão de vantagens. Em outras palavras, evita uma “guerra de preços” entre as empresas participantes, arrefecendo a concorrência. Esse cenário desestimula também investimentos no desenvolvimento de produtos, uma vez que eventual

⁷ HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. 3ª ed. St. Paul: West Group Thomson, 2005, p. 147.

⁸ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 337.

⁹ WERDEN, G. J. *Sanctioning cartel activity: let the punishment fit the crime*. *European Competition Journal*, março de 2009.

tecnologia agregada em nada altera o acordo do cartel, isto é, o “gasto extra” com esse desenvolvimento não trará ganhos adicionais aos infratores, já que estão vinculados à divisão de mercado (ou de clientes) ora entabulada.

Como conduta anticompetitiva prevista passível de punição nas esferas administrativa, cível e criminal, o cartel é camuflado a todo custo:

Participantes de cartéis clássicos não poupam esforços para esconder sua conduta, e, como resposta ao incremento de persecução em vários países, usam de estratégias cada vez mais sofisticadas para evitarem serem descobertos. Autoridades de proteção da concorrência, de outra parte, recorrem a técnicas de investigação elaboradas que permitem a obtenção de provas diretas do conluio, como operações de busca e apreensão e escutas telefônicas, muitas vezes em cooperação com a polícia e promotores dos respectivos países e também umas com as outras¹⁰.

As decisões do CADE trazem exemplos peculiares de cartel, tais como: ligações telefônicas codificadas para que reuniões para discussão de preços virem “churrascos” e posições de liderança virem “loiras”¹¹; policiais infiltrados em reuniões entre concorrentes para prisão de cartelistas em flagrante¹²; empresas concorrentes reunidas em “almoço com muita gente sem chocolate” para facilitar a troca de informações entre elas e realizar constantes permutas de ativos com a finalidade de manter o acordo e equalizar as cotas pré-fixadas¹³. Segundo a jurisprudência da autoridade antitruste brasileira, é grande a criatividade para esconder a prática danosa e fazer com que ela pareça “natural” e maior ainda deve ser o empenho das autoridades em parar essa prática tão nociva ao mercado.

Em um cartel, tão importante quanto o ajuste entre concorrentes é o monitoramento do acordo, é garantir que todos os membros cumprirão sua parte em suprimir a competição no mercado. Essa obediência cega dos cartelistas é o que confere estabilidade e condições de mercado ao cartel e é o que dificulta a detecção pelas autoridades competentes: a existência e a sobrevivência de um cartel são determinadas por um bom mecanismo de monitoramento, já que, a todo momento, existe um temor de que o acordo possa ser burlado por algum infrator descontente com sua cota e/ou com seu sobrepreço¹⁴:

¹⁰ ARAUJO, Mariana Tavares de; CHEDE, Marcio Benvenega. *Repressão a cartéis em múltiplas jurisdições*. In: MARTINEZ, Ana Paula (org.). *Temas atuais de direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2012, p. 226.

¹¹ Vide decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica no Processo Administrativo 08012.010215/2007-66 (cartel de postos de combustíveis em Caxias do Sul/RS), julgado em 06/03/2013.

¹² Vide Processo Administrativo 08012.004039/2001-68 (cartel no mercado de comercialização de pães de sal em Sobradinho, cidade-satélite de Brasília/DF), julgado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica em 22/05/2013.

¹³ Vide decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica no Processo Administrativo 08012.011142/2006-79 (cartel de empresas fabricantes de cimento), julgado em 28/05/2014.

¹⁴ VISCUSI, W. Kip; HARRINGTON JR., Joseph E.; VERNON, John M. *Economics of regulation and antitrust*. 4ª ed. Cambridge: The MIT Press, 2005, p. 127. Em tradução livre: Existe um número de direções que podemos seguir daqui. Apesar de termos mostrado que a colusão decorrente de punições simétricas em demandas mínimas é altamente inelástica, esse ponto deixa aberta a questão sobre quão efetivas as guerras de

There are a number of directions we can go from here. Though we have shown that collusion by virtue of symmetric punishments is minimal demand is highly inelastic, this leaves open the question of how effective price wars can be in sustaining collusion when market demand is responsive to price. Our initial investigation suggests conditioning punishments on total sales might be effective, though this is only a conjecture. It would be particularly interesting to characterize optimal equilibria that condition on both total sales and firms' market shares and see how that information is used.

Though this is one scheme [market share] that has been used in practice, another approach is to allocate consumers rather than market share. In that case, each firm is entitled to sell to a set of costumers and violation of that condition results in a punishment. Hence, the public information is not simply a firm's sales but also who bought from them. From a monitoring perspective, it would seem customer allocation is superior because a firm isn't even supposed to bid for another firm's customers, in which case a sale is a perfect sign of deviation. This raises the question of why a market-share allocation scheme is used at all. More broadly, it is an open question as to what determines the type of allocation mechanism that cartels use¹⁵.

O monitoramento é o fator que confere sofisticação ao cartel, ou seja, quanto mais consolidado e organizado é o cartel, mais difícil será quebrar o círculo vicioso por ele formado. Normalmente, a detecção pelas autoridades é realizada quando há uma falha no funcionamento da conduta ou um furo nessa fiscalização mútua dos cartelistas. Esse monitoramento pode ser realizado diretamente pelas empresas, por algum tipo de “coordenador” ou por meio de alguma entidade de classe representativa do setor¹⁶. O que interessa é que haja um nível suficiente de transparência entre os cartelistas para fiscalizarem uns aos outros, invertendo a lógica competitiva que impõe a assimetria de informação entre concorrentes.

3. Cartéis em licitações: mecanismos que podem facilitar conluios

A análise de cartéis requer não apenas um razoável entendimento sobre setor em que ocorre, como também a dinâmica da infração. Deve-se examinar o “como” das práticas e o

preços podem ser na sustentação de uma colusão quando a demanda de mercado é sensível a preço. Nossa investigação inicial sugere que condicionar punições em vendas totais pode ser efetivo, apesar de ser apenas uma conjectura. Seria particularmente interessante caracterizar equilíbrio ótimo que condicionasse tanto vendas totais quando participações de mercados de firmas e notar como essa informação seria utilizada.

¹⁵ HARRINGTON JR., Joseph E.; SKRZYPACZ, Andrzej. *Collusion under monitoring sales*. RAND Journal of Economics: vol. 38, nº 2, Verão de 2007. Em tradução livre: Embora esse seja um esquema [participação de mercado] que tem sido utilizado na prática, outra abordagem é alocar consumidores em vez de participação de mercado. Nesse caso, cada firma tem o direito de vender para um grupo de consumidores e a violação dessa condição resulta em uma punição. Portanto, a informação pública não é simplesmente as vendas de uma firma, mas também quem dela comprou. Considerando uma perspectiva de monitoramento, pareceria que a alocação de consumidores seria superior porque uma firma não é sequer esperada a concorrer com os consumidores de outras firmas, o que seria um sinal perfeito de desvio. Isso levanta a questão sobre por que um esquema de alocação de participação de mercado é utilizado. De forma mais ampla, essa é uma questão aberta sobre o que determina o tipo de mecanismo de alocação que cartéis utilizam.

¹⁶ MARSHALL, Robert C.; MARX, Leslie. M. *The economics of collusion: cartels and bidding rings*. Cambridge: The MIT Press, 2012, p. 130-131.

“porquê” delas terem ocorrido daquela maneira. Esses dois elementos não são necessários para a individualização da conduta dos agentes, porém servem como diretrizes para a compreensão e a montagem dos quebra-cabeças do cartel.

Nas análises de cartéis, contam-se histórias. Histórias de ganhos exuberantes acumulados por anos de funcionamento da conduta, histórias tristes de eliminação daqueles que preferem não se mancomunar com os cartelistas. Advogados de defesa apresentam sua própria história, que é contraposta à da autoridade antitruste. A partir daí e das provas obtidas durante a investigação, preenche-se as lacunas entre as provas e monta-se o quebra-cabeças do cartel. Assim, não se pode analisar quaisquer desses elementos de forma isolada, conforme já destacou o Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica Márcio de Oliveira Júnior no julgamento do Processo Administrativo 08012.011142/2006-79 em 28/05/2014:

Outro aspecto importante a ser destacado é que as estratégias de defesa se resumem a um único mecanismo: retirar os documentos apreendidos do contexto do cartel. Para tanto, os advogados insistem em tratar as evidências de forma isolada, sem relação com as demais provas. Assim, há a constante tentativa de ler unicamente as frases do documento sem esclarecê-las dentro do conjunto de evidências reunidas pela instrução.

Essa é a maior armadilha em análise de cartéis, seja para os patronos, seja para o julgador, uma vez que, por se tratar de uma coordenação, de um acordo entre as partes, o conteúdo de uns documentos possui reflexos em outros. Cartel é uma conduta multilateral: uma empresa sabe da estratégia da rival; ambas atuam para que tenham benefícios e para que tenham o mínimo de prejuízos, isto é, uma ajuda a outra, o que contraria o próprio conceito de concorrentes. Logo, para que os acusados realmente esclareçam o conteúdo de cada evidência, precisam analisar a repercussão dela no todo. Caso contrário, falham em sua atividade de defesa e com a contribuição para revelar a verdade dos fatos.

No Brasil, a defesa dos infratores está acostumada com a judicialização das decisões a constante discussão sobre a regularidade processual do feito, sem se preocupar com o mérito ou com produção de contraprovas ao cartel. Com isso, o papel dos acusadores é muito mais fácil, pois não há muita resistência por parte dos defensores em termos de direito da concorrência e produção de provas que tenham direta relação com a conduta e, por conseguinte, com a absolvição de seus clientes. Por isso, apesar do avanço dos mecanismos de implementação do cartel, parece faltar aprofundamento em direito da concorrência por parte dos consultores empresariais e dos advogados responsáveis pela defesa em Juízo diante do grande número de preliminares processuais comumente suscitadas e da baixa incidência de contraprovas em debates judiciais.

A partir da concepção da dinâmica da conduta, é possível enxergar melhor quais instrumentos seriam utilizados pelos infratores para o sucesso do cartel. Esses mecanismos

são espelhados em mecanismos facilitadores, que deixam pistas para que o julgador perceba o que está ocorrendo. A facilitação de um cartel clássico tem por objetivo suprimir barreiras naturais à colusão, especialmente em relação a reduzir assimetria de informação, criar canais de comunicação entre concorrentes, desestimular o ímpeto pela briga por mercados e clientes e uniformizar preços e ganhos de rivais.

Nesse panorama, um novo nicho que tem se desenvolvido é a detecção de conluíus contra os governos, isto é, o ajuste entre concorrentes visando prejudicar a competitividade por meio de cartéis em licitações públicas. Nos cartéis em licitações, a facilitação tem por escopo extrair a maior renda possível da Administração Pública sem a interferência de concorrente, distribuindo à sociedade a perda de bem-estar decorrente do cartel. Nesse contexto, os danos sociais oriundos dos cartéis em licitações são maiores que os dos cartéis clássicos, pois quem paga os lucros exorbitantes dos cartelistas são os cidadãos contribuintes.

Assim como qualquer outro cartel, os cartéis em licitações buscam resolver, pelo menos, quatro problemas para que continuem em atividade: (i) lidar com o desejo constante de cada cartelista em adquirir uma fatia maior do mercado ou do ganho almejado pelo conluio, (ii) incrementar o *enforcement* do cartel, (iii) evitar entrantes atraídos pela lucratividade no setor, promovida pelo cartel, e (iv) mitigar os mecanismos de desestabilização do cartel¹⁷.

Em exame da jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica relacionada a condenações de cartéis em licitações, é muito difícil encontrar casos em que licitantes assinem um contrato formal entre si sobre divisão de mercados ou fixação de preços em virtude da ilicitude da prática¹⁸, apesar de ainda haver cartéis com esse perfil¹⁹. Daí a

¹⁷ MCAFFEE, R. Preston; MCMILLAN, John. *Bidding rings*. The American Economic Review: vol. 82, nº 3, Junho de 1992.

¹⁸ “Second, the clandestine nature of bid-rigging makes it difficult to determine which specific contracts were rigged and which were unrigged. This classification problem, if not carefully addressed, can cause a statistical analysis of damages to be seriously biased downward. Regardless of the direction of the misclassification involved (i.e., whether clean jobs are mischaracterized as rigged or the converse), the resulting damage estimate will be biased toward zero. That is, the analysis will indicate lower damages than were actually experienced. Therefore, great care must be exercised in deciding which contracts to include in the sample, and only those that can be confidently classified as either rigged or unrigged should be included. This selective approach to developing the sample also contains a built-in bias that tends to reduce the total damage estimate by excluding contracts that might have been rigged. The tradeoff involved, however, is one of accuracy versus inclusiveness – that tradeoff is, unfortunately, unavoidable”. Em tradução livre: Em segundo lugar, a natureza clandestina de licitações dificulta a determinação de quais contratos específicos foram combinados e quais não foram combinados. Esse problema de classificação, se não endereçado de modo cauteloso, pode causar uma análise estatística de danos seriamente viesados para baixo. Independentemente da direção da classificação incorreta envolvida (i.e., se trabalhos limpos podem ser descaracterizados como combinados ou o inverso), a estimativa de dano resultante será enviesada para zero. Ou seja, a análise indicará danos menores que os efetivamente experimentados. Ademais, muito cuidado deve ser tomado ao se decidir quais contratos serão incluídos na amostra e apenas aqueles que podem ser seguramente classificados como combinados ou não combinados devem ser incluídos. Essa abordagem seletiva para desenvolver as amostras também contém um viés *built-in* que tende

conclusão de que a tendência de camuflar a prática anticompetitiva é bastante comum. Todavia, cartéis deixam rastros, principalmente quando se trata de cartéis em licitações. E são esses elementos os mais importantes para a autoridade antitruste. Paralelismos de preços, semelhanças de erros de ortografia e de formatação em propostas fechadas, coincidências entre as regiões em que uma mesma empresa vence em diferentes certames são alguns indícios que alardeiam uma investigação sobre a existência de um cartel em licitações.

Um dos rastros não tão nítidos e simples quanto os acima enumerados é a existência de um núcleo decisório único entre participantes de uma licitação. Quando os sócios das empresas são integrantes de uma mesma família, é importante verificar se as propostas das licitações são decididas entre eles na mesa de jantar. Isso porque o encontro frequente e social de parentes pode ser um fórum bastante frutífero de troca de informações sobre o negócio uma da outra. Por outro lado, pode haver hipóteses em que familiares atuam, de fato, como aguerridos concorrentes²⁰. A ressalva a ser feita nesse ponto é que a proximidade de parentesco entre licitantes não pode ser isoladamente considerada como indício de cartel²¹, uma vez que as evidências de conluio devem sempre ser analisadas em conjunto.

Outro fator a ser considerado é a presença de entidades de classe que congreguem, pelo menos, a maioria dos concorrentes de um dado mercado. Tais entidades podem ser mecanismos facilitadores de conluio, já que propiciam um ambiente comum de encontros frequentes entre concorrentes, ainda que para finalidades legítimas. Com isso, a participação de rivais em uma entidade de classe deve ser realizada com extremo rigor e cuidado, uma vez que os segredos de negócio devem ser preservados a todo custo em homenagem à preservação da livre concorrência prevista na Constituição Federal.

Uma terceira frente de análise é o comportamento dos licitantes em fases licitatórias assemelhadas ao mercado privado. Em certas modalidades de licitação, as primeiras propostas endereçadas pelos participantes são entregues em envelope fechado. Em outras palavras, os licitantes não têm conhecimento dos preços uns dos outros até que todos os envelopes sejam publicamente abertos, o que parece replicar a pesquisa de preços realizada pelo consumidor

a reduzir a estimativa de dano total pela exclusão de contratos podem ter sido combinados. O *tradeoff* envolvido, todavia, é de precisões *versus* abrangência – aquele *tradeoff* é, infelizmente, inevitável. HOWARD, Jeffrey H.; KASSERMAN, David. *Proof of damage in construction industry bid-rigging cases*. The Antitrust Bulletin: vol. 39, Verão de 1989.

¹⁹ Vide decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica no Processo Administrativo 08012.009118/1998-26, julgado em 12/07/2001, no Processo Administrativo 08012.010362/2007-66, julgado em 19/02/2014, e no Processo Administrativo 08012.009885/2009-21, julgado em 08/04/2015.

²⁰ Vide Processo Administrativo 08012.006199/2009-07, julgado em 10/12/2014.

²¹ Acórdão 526/2013, Tribunal de Contas da União, Plenário, TC 028.129/2012-1, Relator Ministro Marcos Bemquerer Costa, julgado em 13/03/2013.

para a compra de um produto em um mercado privado. Dessa forma, quando ele encontra o preço mais baixo, ele adquire o produto, muitas vezes após uma negociação individual para diminuir ainda mais tal valor.

Quando o conteúdo desse envelope é comprometido com notórias identidades de preços, condições de fornecimento ou até mesmo de formatação de propostas (tipo e tamanho de fonte, cor, espaçamentos, aplicação de estilos, leiautes e outros), é improvável que tal coincidência tenha ocorrido sem comunicação prévia entre os concorrentes. Com isso, os concorrentes podem chegar à licitação com os preços mínimos e máximos a serem ofertados por cada um, o vencedor de cada lote e os mecanismos de monitorar e camuflar o acordo, tais como apresentação de lances de cobertura, a retirada ou supressão de lances ou a apresentação de lances sabidamente inaceitáveis pela Administração Pública. Esses mecanismos de camuflagem são essenciais, tendo em vista a publicidade do certame e, por conseguinte, a facilidade de detecção de um cartel que seja muito óbvio.

A identidade de preços não é obrigatória em um cartel, porquanto os conspiradores podem combinar outros tipos de elementos (margens, custos, condições de pagamento, rateio de mercados, entre outros). Hoje em dia, os cartéis que ainda estão em atividade já perceberam que o alinhamento de preços é bastante arriscado e, por isso, preferem linearizar outros tipos de segredos de negócio. Na realização de diligências de busca e apreensão, por exemplo, é possível angariar evidências de combinações entre concorrentes que não se refiram a preços, mas que comprovem o conluio, tais como preços próximos em produtos de distintas qualidade ou procedência, lances com centavos exatamente idênticos e presença de um habilitado que sempre se abstém de apresentar lances. Desse modo, a observância da similaridade dos preços é relevante, mas não é crucial para se declarar a existência de um cartel.

Ainda no que se refere a preços, a autoridade deve ficar bastante atenta à oferta de preços por concorrentes com intervalos rigorosamente iguais. Se o preço apresentado por três concorrentes distintos for, por exemplo, R\$ 10.001,73, R\$ 10.101,73 e R\$ 10.201,73, há que se perquirir se há alguma explicação racional para o escalonamento tão regular de preços. A situação se agrava mais ainda em desfavor dos cartelistas quanto os lotes da licitação forem compostos de diversos itens, porquanto a soma de cada item com suas respectivas margens de lucro dificilmente coincidirá naturalmente com a de um concorrente acrescida de “x” e a de outro concorrente acrescida de “2x”. Afinal, as leis de oferta e demanda não são tão exatas a ponto de escalonar três estruturas de custos completamente diferentes sem uma “ajudinha” de um contato entre concorrentes.

Em cartéis em licitações, rodízios são bastante frequentes, a fim de garantir fatias pré-combinadas a cada infrator. A investigação sobre divisões de mercado, seja da própria licitação, seja por meio de subcontratações, é o ponto de partida para o entendimento da dinâmica desses cartéis. A divisão geográfica funciona como um mecanismo de ganho de escala para cada participante do cartel e, ao mesmo tempo, garantia de contratação com um pagador sempre solvente – que é a Administração Pública – por um tempo determinado. Esses rodízios podem ocorrer tanto em licitações quanto em sucessivas dispensas de licitações.

Um mecanismo mais sofisticado é a fiscalização do cartel, que tem por finalidade monitorar o comportamento dos infratores, obter informações sobre o andamento da conduta e punir ou retaliar eventuais desvios ou descumprimentos do acordo. O monitoramento constante e eficaz garante que os efeitos do cartel perdurem no tempo e, portanto no patrimônio dos cartelistas²². Essa fiscalização pode acontecer de um jeito mais rústico, isto é, por meio de um “coordenador” do cartel, ou ainda por meio de algum *software* especialmente desenhado para tal finalidade e compartilhado entre os infratores. Nesse sentido, destaque-se lição de McAfee e McMillan²³:

The enforcement needed to ensure that the members comply with the cartel mechanism can come from one of two sources. First, the cartel may hire an enforcer who punishes any observed deviating bidders – an organized-crime approach. The alternative avenue is to appeal to a grim trigger strategy in an infinitely repeated auction context (Abreu et al., 1986). Although we do not model dynamics explicitly, it is clear that cooperation is one of the equilibria in the infinitely repeated noncooperative game. A deviating bidder can be threatened with noncooperative profit levels in all future auctions should he win the current auction when the mechanism dictated otherwise. This threat will be sufficient to deter deviations if discounting is sufficiently low. Although maximal profits represent only one equilibrium among a plethora of repeated game equilibria (James Friedman, 1986), a cartel that is choosing its mechanism has an obvious incentive to coordinate on this equilibrium.

²² VISCUSI, W. Kip; HARRINGTON JR., Joseph E.; VERNON, John M. *Economics of regulation and antitrust*. 4ª ed. Cambridge: The MIT Press, 2005, p. 127.

²³ MCAFFEE, R. Preston; MCMILLAN, John. *Bidding rings*. *The American Economic Review*: vol. 82, nº 3, Junho de 1992. Em tradução livre: O *enforcement* necessário para assegurar que membros de cartéis concordem com o mecanismo do cartel pode vir de duas fontes. Em primeiro lugar, o cartel pode contratar um *enforcer* para punir qualquer concorrente que notadamente desvie do cartel – uma abordagem de crime organizado. A via alternativa é apelar para uma estratégia de gatilhos penosos em um context de leilões de repetições infinitas (Abreu et al., 1986). Apesar de não modelarmos dinâmicas de modo explícito, é claro que cooperação é um dos equilíbrios no jogo repetidamente não cooperativo. Um concorrente desviante pode ser ameaçado com níveis de lucro não cooperativos em todos os leilões futuros que ele ganharia quando o mecanismo estabelecido para ele ganhar a presente licitação ditar de outra maneira. Essa ameaça será suficiente para impedir desvios se o desconto for suficientemente baixo. Não obstante os lucros máximos representarem apenas um equilíbrio dentro da infinidade de equilíbrios de jogos repetidos (James Friedman, 1986), um cartel que está escolhendo seu próprio mecanismo tem um incentivo óbvio a coordenar neste equilíbrio.

Vale ressaltar que os mecanismos aqui descritos não são cumulativos ou exaustivos, mas são algumas das lentes com as quais a autoridade antitruste poderá enxergar movimentos tendentes à coordenação em compras governamentais e iniciará as competentes investigações.

4. Cartéis fracos e cartéis fortes

Após a análise e a reunião dos elementos de prova que demonstram a existência de um cartel em licitações, é possível classificá-lo em cartel fraco ou em cartel forte.

Os cartéis fracos são aqueles em que, por qualquer razão, os ganhos do cartel não são distribuídos entre os membros da conspiração. Nesse sentido, é possível ter havido o mero compartilhamento de informações, porém não os efeitos, por completo, vislumbrados pelos infratores. Logo, houve a cooperação entre concorrentes, mas a finalidade da conspiração não foi integralmente alcançada. Esse é o tipo de comportamento preferido para rodízios e preços idênticos²⁴.

Ainda assim, esse tipo de conduta é punível pela autoridade, uma vez que o potencial lesivo é elevado. A não obtenção desses ganhos foi obra do contexto econômico e não da vontade das partes em frear a colusão e desejar brigar por preços e clientes. A consumação da conduta é imediata e a comprovação dos efeitos é dispensável, isto é, mesmo a incompetência dos cartelistas em estabelecer um sobrepreço imediato com o cartel deve ser punida.

Os cartéis fortes, de outra sorte, têm duas características primordiais: (i) potencialidade de exclusão de licitantes oportunistas – apenas atraídos pelos lucros do cartel; e (ii) potencialidade de transferência de ganhos entre os membros do conluio, inclusive por pagamentos compensatórios da não participação de determinada empresa²⁵. Novamente transcreve-se a lição de McAfee e McMillan²⁶:

Um membro de um cartel é arbitrariamente designado para concorrer por um item sem competição com seus colegas de cartel. Depois, o item é novamente leiloado entre os membros do cartel (em um “knockout”). Os membros do cartel, então, compartilham uma quantia de dinheiro equivalente à diferença entre o preço alcançado com o leilão feito dentro do próprio cartel e o preço alcançado com o leilão legítimo.

Veja que um cartel em licitações não precisa conter todos os participantes do certame para ser posto em prática. Basta que mais de um pretenda burlar o princípio competitivo da

²⁴ MCAFFEE, R. Preston; MCMILLAN, John. *Bidding rings*. The American Economic Review: vol. 82, nº 3, Junho de 1992.

²⁵ MCAFFEE, R. Preston; MCMILLAN, John. *Bidding rings*. The American Economic Review: vol. 82, nº 3, Junho de 1992.

²⁶ MCAFFEE, R. Preston; MCMILLAN, John. *Bidding rings*. The American Economic Review: vol. 82, nº 3, Junho de 1992.

licitação para que ele ocorra, já que não se faz cartel sozinho. Por isso, a força de um cartel não tem relação com o número de infratores ou de licitações impactadas, mas sim com o nível de sofisticação dos instrumentos de implementação do ajuste entre concorrentes e com a potencialidade de dano.

Observe que o coração da análise de cartéis em licitações é a prova de comunicação entre as partes. Essa é a forma pela qual os cartelistas resolvem o problema de assimetria de informação para implementação do acordo quanto à seleção da empresa vencedora e, conseqüentemente, da proposta vencedora.

A opção em se comunicar e não se comunicar com concorrentes é fundamental para o funcionamento do cartel²⁷, mas também é importantíssima para a criação de evidências da ocorrência da conduta. Nesse ponto, as amarras legais de realização de compras públicas também podem prejudicar os infratores, uma vez que todas as etapas do processo licitatório são registradas em autos de acesso a qualquer pessoa. Por isso, a apuração de um cartel em licitação pode ser baseada estritamente em documentos públicos que comprovem a atuação anticompetitiva de participantes de uma licitação²⁸. Além disso, o cartel corre um grande risco de ter suas comunicações interceptadas pela autoridade investigadora²⁹.

A diversidade de modalidades de licitação no Brasil dificulta o estabelecimento de um guia ou de um *modus operandi* de cartéis em licitação, já que cada uma apresenta funcionamento e barreiras próprias. Por isso, a tarefa investigativa é ainda mais difícil porque conta com a sensibilidade do investigador na observação de parâmetros colusivos e com o discernimento de separar os elementos de prova de cartéis dos elementos de prova de outras práticas ilícitas.

Outra dificuldade é o cálculo da probabilidade de ocorrência de um cartel em licitação, já que a definição de preços máximos e mínimos são sempre definidas pelo cartel. Por isso, os cálculos de probabilidade de coordenação em licitações podem ser extremamente viesados, pois o cartel definiu o vencedor (preço mínimo) e os supostos concorrentes (propostas de cobertura). De outra sorte, o valor de referência nem sempre pode ser utilizado como

²⁷ “Collusion requires some communication, which generates hard evidence. This evidence can be found by the antitrust authority if it audits the industry; in addition, each firm can bring this evidence to the antitrust authority. The evidence lasts for one period”. Em tradução livre: A colusão requer alguma comunicação, o que gera evidência concreta. Essa evidência pode ser encontrada pela autoridade antitruste se ela auditar a indústria; ademais, cada firma pode trazer essa evidência à autoridade antitruste. Essa evidência tem um período de duração. AUBERT, Cécile; REY, Patrick; KOVACIC, William E. *The impact of leniency and whistle-blowing programs on cartels*. International Journal of Industrial Organization: vol. 24, 2006.

²⁸ MCAFFEE, R. Preston; MCMILLAN, John. *Bidding rings*. The American Economic Review: vol. 82, nº 3, Junho de 1992.

²⁹ MCAFFEE, R. Preston; MCMILLAN, John. *Bidding rings*. The American Economic Review: vol. 82, nº 3, Junho de 1992.

parâmetro, uma vez que as pesquisas de preços que embasaram a fixação de tal valor podem ter sido realizadas exatamente com os participantes do cartel. Essa dificuldade é mais agravada ainda quando o objeto da licitação contiver mais de um produto ou serviço.

As estimativas de dano, por outro lado, podem ter melhor sorte porque o preço-base pode ser o preço de mercado, isto é, o preço pelo qual os consumidores adquirem o bem fora da licitação. Nesse sentido, o sobrepreço é a diferença entre o preço de mercado e o preço licitado. Esse cálculo só funciona para cartéis em licitação que tenham por objetivo a obtenção de ganhos extraordinários, ou seja, que não tenham sido criados apenas para dividir mercados e garantir o fornecimento a cartelistas pelo tempo determinado no contrato administrativo.

5. Da política integrada de repressão a cartéis

O início de uma atuação recente do CADE no combate a cartéis em licitações traz à lume uma necessidade basilar atual: a integração dos agentes públicos investidos na atribuição de defesa da concorrência.

Há muito ainda que se pensar e escrever sobre teoria dos cartéis na teoria e na jurisprudência brasileiras. Embora o direito concorrencial tenha se desenvolvido no Brasil há pouquíssimo tempo, a “tecnologia de cartéis” tem se alastrado há anos e trazido danos imensuráveis à economia nacional. Existem condutas anticompetitivas tão consolidadas que foram capazes de montar a composição econômica de um setor, isto é, ao invés de a estrutura determinar a conduta anticompetitiva, a infração já foi capaz de moldar a estrutura de um setor³⁰ e desafiar as autoridades a criar algum mecanismo que fosse, de fato, apto a desmantelar esse cartel.

A baixa estatística de detecção de cartéis – entre 13% e 17%³¹ – revela que as autoridades ainda engatinham na persecução de infrações anticompetitivas diante da sofisticação dos mecanismos de burla à concorrência. Pensar em multas de 0,1% a 20% do faturamento bruto³² já não fazem mais sentido em cartéis com sobrepreços de 3% a 65% em relação ao mercado competitivo³³, pois o valor da penalidade pecuniária quase sempre

³⁰ Vide voto do Conselheiro Ricardo Machado Ruiz no Processo Administrativo 08012.011142/2006-79, julgado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica em 28/05/2014.

³¹ COMBE, Emmanuel; MONNIER, Constance; LEGAL, Renaud. *Cartels: the probability of getting caught in the European Union*. Cahiers de Recherche PRISM-Sourbonne, Março de 2008.

³² Art. 37, inciso I, da Lei 12.529/11.

³³ MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e direito penal*. São Paulo: Singular, 2013, p. 38.

compensa o risco de manutenção da conduta e os danos sociais são superiores aos sobrepreços dos cartelistas.

Pensando nisso, o legislador brasileiro previu uma “penalidade” que possui um caráter mais restaurativo que punitivo: a pena de cisão de ativos, chamada na literatura de “remédios antitruste”. Isso porque o Estado retira do particular a estrutura econômica auferida com a prática ilícita para (tentar) retomar o ambiente anticompetitivo. A lógica não é expropriatória, mas sim restaurativa: se um ladrão não pode ficar com o objeto furtado, por que o cartelista poderia ficar com as empresas e/ou com os ganhos obtidos com o cartel? Esse é um tema muitíssimo importante, extenso e merece um artigo inteiramente destinado à discussão sobre o alcance e o desenho de remédios antitruste aplicáveis pela autoridade responsável para punição administrativa de membros de acordos anticompetitivos.

Uma segunda saída, específica para licitações, é proibir que condenados por cartel participem de futuras licitações com o Poder Público. À luz do art. 37, *caput*, da Constituição Federal, essa penalidade só possui a devida eficiência se considerar condenações tanto em esfera administrativa quanto em esfera judicial a fim de evitar que o infrator utilize o Poder Judiciário como mecanismo de se esquivar da pena administrativa. Outra penalidade a ser considerada é impedir que participantes de cartel constituam novas empresas para perpetuar cartéis. Por isso, é importante vedar que empresas possuam em seu quadro societário pessoas naturais já condenadas por infração à ordem econômica.

No que se refere à prisão de pessoas naturais, a persecução criminal é importante para que a pessoa natural seja um agente pensante, isto é, não conte sempre com a proteção da empresa no pagamento da multa administrativa, já que a punição por cartel pode recair diretamente sobre si³⁴. É muito idealista acreditar que haja uma sanção financeira “ótima”, capaz de desarticular cartéis e retomar a competitividade de um setor, pois é difícil cominar uma pena suficientemente substancial e superior aos ganhos do cartel³⁵. Existem relatos de cartéis internacionais que foram desenhados, mas não foram postos em prática pela existência de uma dura persecução criminal nos países em que a conduta seria estabelecida³⁶.

³⁴ HAMMOND, Scott D. *Charting new waters in international cartel prosecutions*. 2006. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/214861.pdf>>. Acesso em 15/12/2014.

³⁵ BEATON-WELLS, Caron; PARKER, Christine. *Justifying criminal sanctions for a cartel conduct: a hard case*. Oxford University Press, 2012. Disponível em: <<http://antitrust.oxfordjournals.org/content/early/2012/12/21/jaenfo.jns009.full>>. Acesso em 15/12/2014.

³⁶ HAMMOND, Scott D. *Charting new waters in international cartel prosecutions*. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/214861.pdf>> Acesso em 15/12/2014.

No Brasil, o movimento de encarceramento dos cartelistas já começou. No cartel de licitações de coleta de lixo na região Sul³⁷, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul decretou prisão preventiva, considerando que *“o risco que a soltura dos denunciados representa à ordem pública e econômica, pela natureza dos delitos e forma organizada de atuação dos envolvidos, com cartelização, em prejuízo ao erário público, que sugere a reiteração da conduta”*³⁸. O mesmo foi determinado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná para as pessoas naturais participantes de cartel de combustíveis em Londrina/PR³⁹ com a seguinte constatação: *“a medida constritiva da liberdade dos pacientes repercutiu no comércio de combustíveis da localidade, revelando a Juíza da ação penal que a paz voltou a reinar entre os outros proprietários de Postos de Combustíveis e que os preços regrediram visivelmente”*⁴⁰. O cartel internacional de transporte de cargas aéreas⁴¹ também teve sua persecução penal deflagrada em primeira instância e com uma nítida constatação: *“observa-se que o valor do prejuízo, neste caso, é infinitamente superior aos danos decorrentes de delitos patrimoniais comumente praticados pela imensa maioria daqueles que habitam as prisões do país”*⁴². Existem, ainda, outras decisões judiciais proferidas nesse mesmo sentido em diversos casos, que também revelam que o Poder Judiciário já está pronto e consciente do seu importante papel de desmantelamento de cartéis.

Outra frente de batalha é a responsabilização civil das pessoas naturais e jurídicas que se aventuram em cartéis: o ressarcimento de danos. Essa é uma estratégia bastante difundida em outros países⁴³, porém pouco aproveitada no Brasil, seja porque os consumidores e as autoridades competentes ainda não se tocaram da possibilidade de cobrança dos ganhos ilícitos, seja porque os processos de cartel tramitam por tanto tempo que acabam atingidos pela prescrição ou pelo prolongamento proposital e infinito do litígio pelos advogados dos cartelistas.

³⁷ Vide decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica no Processo Administrativo 08012.011853/2008-13, julgado em 05/02/2014.

³⁸ Habeas Corpus 70027780519, Relatora Desembargadora Isabel de Borba Lucas, 8ª Câmara Criminal, julgado em 28/01/2009, DJ 12/03/2009.

³⁹ Vide decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica no Processo Administrativo 08012.001003/2000-41, julgado em 06/03/2013.

⁴⁰ Habeas Corpus 116.676-3, Relator Desembargador Carlos Hoffman, 2ª Câmara Criminal, julgado em 20/12/2001, DJ 04/02/2002.

⁴¹ Vide decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica no Processo Administrativo 08012.011027/2006-02, julgado em 28/08/2013.

⁴² Processo 1068/08, Juíza de Direito Fernanda Alonso de Almeida, julgado em 29/01/2014.

⁴³ BERNARD, Kent. *Making victims whole: A restitution approach to cartel damages*. Competition Law Journal Concurrences nº 1/2012.

O cartel é uma extorsão ilícita do consumidor, que tem suas escolhas limitadas pelos infratores⁴⁴. Essa restrição assume duas perspectivas: o impedimento de contratar em razão dos preços abusivos cobrados pelo cartelista ou o pagamento de um sobrepreço anormal diante do mercado anticompetitivo do qual o consumidor não tem meios de escapar. Nesse contexto, os pleitos de reparação de danos são salutares e devem ser parte de uma urgente mudança cultural na economia brasileira:

A exemplo do que ocorre nos EUA, a busca de recuperação dos danos decorrentes de práticas anticoncorrenciais demonstra uma tendência que deve se fixar na Europa e no Brasil. As condutas anticompetitivas (como por exemplo, o cartel), além de serem ilícitos administrativos, são também ilícitos penais e civis (à medida que geram danos a terceiros em virtude da prática de atos ilícitos). No caso brasileiro, essa tendência decorre de uma mudança cultural, tendo em vista que a possibilidade jurídica de coleta dos danos já existe há tempos, i.e., há no ordenamento jurídico pátrio disposições normativas que legitimam a propositura de ações de indenização em âmbito civil⁴⁵.

A consciência do Poder Judiciário pela prisão de participantes de cartel parece não ter sido replicada na esfera cível: “os juízes, no Brasil, não têm cultura de aplicar indenizações minimamente suficientes a reparar os danos causados e, ao mesmo tempo, dissuadir futuras práticas ilícitas”⁴⁶. E isso deve ser imediatamente revertido, pois as sanções precisam assumir a dupla esfera – financeira e penal⁴⁷ – para que o efeito pedagógico da pena por cartel possa surtir efeito:

O segundo eixo de um programa eficiente de repressão a cartéis consiste na imposição rigorosa de sanções, tanto em relação à gradação da pena, quanto no tocante à parte sobre a qual recairá a punição. Ao concordarem em não competir, membros de cartéis conseguem fixar preços e contabilizar lucros substancialmente superiores do que conseguiriam ao disputarem parcelas de mercado com seus concorrentes. Para desencorajar o que é claramente uma prática comercial atraente, portanto, e cujos desafios para detecção são expressivos, a pena tem que ser suficientemente repelente, de modo a superar recompensas potenciais de participar de um cartel, e que não sejam meros custos rotineiros dos negócios de empresas. Igualmente importante é direcionar a pena aos indivíduos autores do ilícito⁴⁸.

É essencial, portanto, que os consumidores comecem o pedido de ressarcimento de danos por meio de ações privadas contra os participantes do cartel. O lastro probatório do dano não é complexo: basta comprovar que houve a aquisição de produtos cartelizados por

⁴⁴ LAHDE, Robert H. *A traditional and textualist analysis of the goals of antitrust: efficiency, preventing theft from consumers, and consumer choice*. Fordham Law Review, vol. 81, 2013.

⁴⁵ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 279.

⁴⁶ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 281.

⁴⁷ BAKER, Donald I. *The use of criminal law remedies to deter and punish cartels and bid-rigging*. 2001. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/gwlr69&div=39&id=&page=>>>. Acesso em 30/01/2014; GINSBURG, Donald; WRIGHT, Joshua. *Antitrust Sanctions*. 2010. Competition Policy International, vol. 6, nº 2.

⁴⁸ ARAUJO, Mariana Tavares de; CHEDE, Marcio Benvença. *Repressão a cartéis em múltiplas jurisdições*. In: MARTINEZ, Ana Paula (org.). *Temas atuais de direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2012, p. 227.

meio de notas fiscais ou ordens de serviço, emitidas por empresas condenadas por cartel. Daí, é buscar a via judicial para reaver a quantia paga indevidamente em virtude do ajuste entre concorrentes naquele mercado.

A mensuração do dano ao consumidor deve ser calculada ou arbitrada caso a caso. Segundo pesquisas empíricas de John Connor, a média de sobrepreço de cartéis é de 25%⁴⁹, enquanto a OCDE estima esse percentual em 20%⁵⁰, sem prejuízo de se encontrar percentuais muito superiores a esse, tal como no caso de cartel internacional de eletrodos de grafite, com sobrepreço próximo a 49%⁵¹. O cálculo do preço a ser pago caso não houvesse cartel pode ser objeto de perícia econômica ou contábil, mas também pode ser objeto de reexame das provas reunidas na instrução, já que boa parte dos infratores fazem e registram esse cálculo em planilhas para ponderar o risco de continuidade na conduta.

Ante o exposto, o isolamento institucional não contribui para que o princípio constitucional da livre concorrência seja alcançado. Essas diversas abordagens de repressão a cartéis – pelo Judiciário, pela Administração e por quem foi prejudicado pelo cartel – só reforçam a inafastabilidade de utilização dos mais diversos instrumentos repressivos disponíveis. O Brasil deve assumir uma política integrada de combate a cartéis, fazendo com que autoridades policiais, Ministério Público, Procuradorias Estaduais, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Controladoria-Geral da União, Tribunais de Contas e quaisquer órgãos licitantes trabalhem juntos para extirpar esse mal da economia brasileira. Já que os infratores atuam de maneira coordenada para causar tantos danos, as autoridades, sem desconsiderar eventuais ilícitos acessórios que acompanham o cartel, também devem se juntar para reprimir essas práticas de três formas: (i) prisão de pessoas naturais que cometam cartel, (ii) imputação de severas multas, remédios antitruste e demais penalidades acessórias pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica e (iii) promoção de ressarcimento de danos pelo Ministério Público, pelas Procuradorias Estaduais e pelos consumidores.

E por que essa política integrada pode ser melhorada com o combate a cartéis em licitações? A resposta a essa pergunta é simples. Os cartelistas não se sentem coagidos pela transparência e publicidade dos procedimentos licitatórios para atuar e, portanto, deixam inúmeros rastros e pistas para que as autoridades promovam a persecução administrativa,

⁴⁹ CONNOR, John M. *Price-fixing overcharges: legal and economic evidence*. Disponível em: <<http://ageconsearch.umn.edu/bitstream/19254/1/sp05co03.pdf>>. Acesso em 15/12/2014.

⁵⁰ OECD (2002). *Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions Against Cartels Under National Competition Laws*. Disponível em: <<http://oecd.org/competition/cartels/2081831.pdf>>. Acesso em 15/12/2014.

⁵¹ YU, Yinne. *The impact of private international cartels on developing countries apud* MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e direito penal*. São Paulo: Singular, 2013, p. 40.

cível e criminal sem excessivos gastos de investigação. Tendo em vista que o prejuízo ao Poder Público é também o prejuízo da coletividade, o erário deve ser um dos primeiros a ser resguardado de atividades danosas à concorrência.

6. Considerações finais

Demonstrou-se que cartéis são particularmente nocivos ao consumidor por extrair uma renda muito superior ao que deveria ser paga em condições competitivas. Expôs-se que o cartel é capaz de extrair muito mais renda que um simples furto porque tem como objeto bens e serviços disponíveis em um determinado mercado e é implementado por uma diversidade de agentes. Nesse sentido, apesar de não ser punido com tanto vigor quanto um furto, produz prejuízos mais severos e danos sociais mais relevantes.

Procurou-se abordar que os cartéis modernos não se preocupam exclusivamente com a fixação de preços entre concorrentes, uma vez que os infratores possuem diversas outras formas de obter ganhos supracompetitivos, tais como divisão de mercados, de clientes e supressão de oferta de melhores condições de fornecimento ou negociação.

Apontou-se que licitações tem sido uma nova frente de combate a cartéis devido aos mecanismos de transparência implementados pela legislação, bem como pela audácia de cartelistas na utilização de procedimentos públicos para auferir ganhos ilícitos. Os típicos mecanismos de camuflagem são adaptados aos certames e os prejuízos são divididos com toda a sociedade.

Ademais, ressaltou-se a importância de uma política integrada de combate a cartéis que envolva autoridades policiais, Ministério Público, Procuradorias Estaduais, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Controladoria-Geral da União, Tribunais de Contas e quaisquer órgãos licitantes. Isso porque um ilícito coordenado requer uma persecução coordenada em virtude da sofisticação do arranjo e das estratégias de extração de renda e de bem-estar do consumidor e do Poder Público. Nesse sentido, essa política pode ser incrementada a partir de um olhar mais cuidadoso com os procedimentos licitatórios no Brasil.

Por fim, destacou-se que o Poder Judiciário precisa de uma urgente mudança cultural para punição cível e penal de cartéis, seja pela imputação de prisões a pessoas naturais participantes de conluio, seja pelo deferimento de pedidos de reparação de danos a consumidores lesados pela sanha de sobrepreço derivada do ajuste ilícito entre concorrentes. Só assim é que as pessoas jurídicas e naturais começarão a repensar se vale a pena (ou não)

fazer cartel no Brasil e arriscar, em troca de ganhos com cartel, a liberdade das pessoas naturais e uma enxurrada de ações de ressarcimento de danos.

7. Referências Bibliográficas

ARAÚJO, Mariana Tavares de; CHEDE, Marcio Benvenga. *Repressão a cartéis em múltiplas jurisdições*. In: MARTINEZ, Ana Paula (org.). *Temas atuais de direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2012.

AUBERT, Cécile; REY, Patrick; KOVACIC, William E. *The impact of leniency and whistleblowing programs on cartels*. *International Journal of Industrial Organization*: vol. 24, 2006.

BAKER, Donald I. *The use of criminal law remedies to deter and punish cartels and bid-rigging*. 2001. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/gwlr69&div=39&id=&page=>>. Acesso em 15/12/2014.

BEATON-WELLS, Caron; PARKER, Christine. *Justifying criminal sanctions for a cartel conduct: a hard case*. Oxford University Press, 2012. Disponível em: <<http://antitrust.oxfordjournals.org/content/early/2012/12/21/jaenfo.jns009.full>>. Acesso em 15/12/2014.

BERNARD, Kent. *Making victims whole: A restitution approach to cartel damages*. *Competition Law Journal Concurrences* n° 1/2012.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n° 08012.004039/2001-68. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a4849760a67c8e65bf51dc7dd7>>. Julgado em 22/05/2013. Acesso em 15/12/2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n° 08012.001826/2003-10. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a4849760a67c8e65bf51dc7dd7>>. Julgado em 19/09/2007. Acesso em 15/12/2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n° 08012.006199/2009-07. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a4849760a67c8e65bf51dc7dd7>>. Julgado em 10/12/2014. Acesso em 15/12/2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo 08012.006989/1997-43. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a4849760a67c8e65bf51dc7dd7>>. Julgado em 15/06/2005. Acesso em 15/12/2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.008507/2004-16. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a4849760a67c8e65bf51dc7dd7>>. Julgado em 10/12/2014. Acesso em 15/12/2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo 08012.009118/1998-26. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a4849760a67c8e65bf51dc7dd7>>. Julgado em 27/06/2001. Acesso em 15/12/2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.009611/2008-51. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a4849760a67c8e65bf51dc7dd7>>. Julgado em 10/12/2014. Acesso em 15/12/2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.009885/2009-21. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?a6_-38uSff0w6rlBdBW1VVbWwwmOW7xmF6zCMe31m2q2QVj38gb7mFcRicY_8TdIMY4EiMLWPio9LWJWskbzQ,,>>. Julgado em 08/04/2015. Acesso em 22/04/2015.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.010215/2007-66. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a4849760a67c8e65bf51dc7dd7>>. Julgado em 06/03/2013. Acesso em 15/12/2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.010362/2007-66. Disponível em:

<<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a4849760a67c8e65bf51dc7dd7>>. Julgado em 19/02/2014. Acesso em 15/12/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus nº 70027780519. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70027780519%26num_processo%3D70027780519%26codEmenta%3D2775201+cartel+pris%C3%A3o++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70027780519&comarca=Comarca%20de%20Palmeira%20das%20Miss%C3%B5es&dtJulg=28/01/2009&relator=Isabel%20de%20Borba%20Lucas&aba=juris>. Julgado em 28/01/2009. Acesso em 15/12/2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.001003/2000-41. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a4849760a67c8e65bf51dc7dd7>>. Julgado em 06/03/2013. Acesso em 15/12/2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.011027/2006-02. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a4849760a67c8e65bf51dc7dd7>>. Julgado em 28/08/2013. Acesso em 15/12/2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a4849760a67c8e65bf51dc7dd7>>. Julgado em 28/05/2014. Acesso em 15/12/2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.011853/2008-13. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a4849760a67c8e65bf51dc7dd7>>. Julgado em 05/02/2014. Acesso em 15/12/2014.

BRASIL. *Lei nº 12.529*, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em 15/12/2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. TC 028.129/2012-1. Natureza: Relatório de Auditoria. Entidades: Serviço Social da Indústria/Departamento Nacional – Sesi/DN e Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial/Departamento Nacional – Senai/DN. Interessado: Senado Federal. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20130315/AC_0526_08_13_P.doc>. Acesso em 15/12/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Habeas Corpus nº 116676-3, 5ª Vara Criminal de Londrina/PR. Impetrante: Reginaldo Monteiro e outros. Desembargador-Relator Carlos Hoffmann. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1384408/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-116676-3>>. Julgado em 20/12/2001. Acesso em 15/12/2014.

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

COMBE, Emmanuel; MONNIER, Constance; LEGAL, Renaud. *Cartels: the probability of getting caught in the European Union*. Cahiers de Recherche PRISM-Sourbonne, Março de 2008.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GINSBURG, Donald; WRIGHT, Joshua. *Antitrust Sanctions*. 2010. Competition Policy International, vol. 6, nº 2, p. 3-39. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1705701>>. Acesso em 15/12/2014.

HAMMOND, Scott D. *Charting new waters in international cartel prosecutions*. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/214861.pdf>> Acesso em 15/12/2014.

HARRINGTON JR., Joseph E.; SKRZYPACZ, Andrzej. *Collusion under monitoring sales*. RAND Journal of Economics: vol. 38, nº 2, Verão de 2007.

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

HOWARD, Jeffrey H.; KASSERMAN, David. *Proof of damage in construction industry bid-rigging cases*. The Antitrust Bulletin: vol. 39, Verão de 1989.

LAHDE, Robert H. A Traditional and Textualist Analysis of the Goals of Antitrust: *Efficiency, preventing theft from consumers, and consumer choice*. Fordham Law Review, vol. 81, 2013.

MARSHALL, Robert C.; MARX, Leslie. M. *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.

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

REZENDE, Gustavo Madi; ALMEIDA, Sívia Fagá de. *Defesa do consumidor e disciplina antitruste*. In: SCHAPIRO, Mario Gomes; CARVALHO, Vinicius Marques de; CORDOVIL, Leonor (coord.). *Direito Econômico Concorrencial*. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

WERDEN, Gregory J.; HAMMOND, Scott D.; BARNETT, Belinda A. *Deterrence and detection of cartels: using all the tools and sanctions*. The Antitrust Bulletin: vol. 56, nº 2, Verão de 2011.