

A PARTICIPAÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS EM CARTÉIS INVESTIGADOS PELO CADE NO ÂMBITO DA OPERAÇÃO LAVA-JATO

*João Ricardo Oliveira Munhoz,
Renan Cruvinel de Oliveira*

Resumo: A deflagração da Operação Lava-Jato resultou na assinatura de diversos Acordos de Leniência junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) que apontam a existência de uma série de cartéis em licitações públicas no país. Neles, relata-se a colaboração de agentes públicos na organização e implementação de condutas anticompetitivas. O objetivo do presente artigo é analisar, com base nos Históricos da Conduta dos referidos acordos, como o Cade narra a participação daqueles agentes nos cartéis em licitações investigados no âmbito da Lava-Jato, para melhor entender o papel que eles têm nas práticas investigadas.

Palavras-chave: Cade; Operação Lava-Jato; Agentes públicos; Cartéis em licitações; Acordo de Leniência; Corrupção.

Keywords: *Cade; Lava-Jato; Public agents; Cartels in Public Procurements; Leniency Agreements; Corruption.*

1. Introdução

O combate a cartéis em licitações no âmbito da regulação da concorrência assumiu novo patamar nos últimos anos em virtude do surgimento da Operação Lava-Jato e de seus desdobramentos.

Em meio às polêmicas que a cercam, sua deflagração em 2014 contribuiu para o fortalecimento do Programa de Leniência do Cade, consolidando-o como a principal ferramenta de detecção de cartéis utilizada pelas autoridades brasileiras¹.

¹ De 2003, quando foi firmado o primeiro Acordo de Leniência, até 2014, o Cade assinou em média 4 (quatro) acordos por ano. Desde a primeira fase da Lava-Jato, em 2015, esta média subiu para cerca de 10 (dez) acordos por ano. Apenas em 2017, foram celebrados 12 (doze) acordos no âmbito da referida operação e outros 9, relativos a outros cartéis. Ao todo, o Cade firmou 27 (vinte e sete) Acordos de Leniência atinentes à Lava-Jato. Disponível em:

Os acordos assinados no âmbito da Lava-Jato apontaram a existência de uma série de cartéis em licitações públicas no país, associados a esquemas de corrupção e à prática de outros delitos. Evidenciou-se, neste contexto, um aspecto antes menos presente nas investigações empenhadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade: a participação de agentes públicos na facilitação, organização e implementação dos acordos anticompetitivos.

Diante disso, o objetivo deste artigo é examinar como é narrada a participação dos agentes públicos nas investigações de cartéis em licitações instauradas a partir de Acordos de Leniência celebrados junto ao Cade. Para tanto, serão analisados os acordos assinados no âmbito da Operação, uma vez que, por envolverem supostos esquemas de corrupção, tendem a melhor subsidiar a análise da atuação de membros da administração nos cartéis investigados pelo Cade.

Inicialmente, serão apresentados os marcos teóricos da discussão a respeito da relação entre corrupção e condutas anticompetitivas, buscando introduzir a discussão a partir do que a literatura jurídica defende a respeito do tema. Em seguida, os resultados qualitativos da pesquisa que fundamentou a elaboração do presente artigo serão retratados, a fim de delimitar o espaço amostral utilizado. Na terceira seção encontra-se o ponto central da discussão proposta, em que se dará o exame dos relatos da participação de agentes públicos nos casos pesquisados.

A análise tem como base os Históricos da Conduta produzidos durante a negociação dos acordos que levaram à instauração de procedimentos administrativos atualmente em curso, sejam eles Inquéritos ou Processos Administrativos.

A partir da leitura dos documentos, foram estabelecidas categorias de classificação da atuação dos membros do Poder Público, quais sejam: (i) divisão de mercado, (ii) troca de informações sensíveis e contatos privilegiados, (iii) direcionamento de edital de licitação, e (iv) interferência na disputa ou no resultado da licitação².

<http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>. Acesso em 12/08/2019.

² Cumpre ressaltar que, embora os fatos descritos nos Históricos da Conduta tenham sua veracidade respaldada pelo compromisso dos signatários junto à autoridade antitruste, sua precisão deve ser tratada com cautela. Ainda assim, as declarações nos Históricos podem ser importante fonte para a presente pesquisa,

Por fim, será feita comparação entre as narrativas produzidas pelo Cade e aquelas feitas pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário em relação aos agentes públicos, tomando por referência os processos na seara penal que investigam delitos relativos às mesmas licitações supostamente cartelizadas³, para assim averiguar qual o tratamento jurídico dado pelo Cade àqueles agentes em relação a outras abordagens persecutórias.

2. Interface entre corrupção e concorrência

A Operação Lava Jato revelou uma série de pagamentos de vantagens ilícitas a funcionários públicos, feitos por empresas que buscavam fraudar a competição e maximizar seus lucros. Esse *modus operandi* deu origem a sistemas duradouros de corrupção, que se mostraram ligados à prática de atos anticompetitivos em diversos casos, destacando-se os cartéis, e demonstra a interface entre corrupção e concorrência.

Esse contexto exige que sejam harmonizadas as políticas de defesa da concorrência e de combate à corrupção, uma vez que, em diversas situações, elas se sobrepõem. Isso faz com que haja, em grande medida, compartilhamento entre elas de um conjunto semelhante de instrumentos e mecanismos para investigar e punir condutas ilícitas.

Como exemplo, podemos elencar a responsabilização objetiva dos atos de corrupção⁴ e dos cartéis e os mecanismos utilizados pelos infratores, que são extremamente sofisticados, capazes de dissimular os fatos e dificultar a demonstração da conduta. Outro ponto de contato é o incentivo a políticas de acordos, nas quais se troca imunidade ou redução de penalidades pela colaboração de participantes da conduta. Esses mecanismos consensuais, especialmente em um contexto do qual a Operação Lava-jato

que busca esclarecer aspectos sobre o tratamento das autoridades da concorrência à participação de agentes públicos em cartéis em licitação, e não fazer juízo de valor ou de veracidade dos fatos narrados.

³ É importante ressaltar que, até o presente momento, nenhum dos casos em questão foi julgado, de sorte que se conta apenas com as informações disponíveis nos autos públicos de cada processo, que ainda estão em fase de instrução ou de inquérito. Enquanto tal, não foram devidamente submetidos ao contraditório dos representados.

⁴ Vide artigos 1º e 2º da Lei Anticorrupção, a Lei 12.846/2013.

faz parte, é peça fundamental na persecução empenhada pelas autoridades antitruste e anticorrupção brasileiras.

A literatura acerca do tema também reconhece tal sobreposição. Conforme defendem Buccirossi e Spagnolo, as características peculiares dos cartéis também são típicas de outras infrações com múltiplos agentes, incluindo o conluio que se dá entre auditores e gerentes ou aquele que se estabelece entre reguladores e firmas reguladas; corrupção e fraude em larga escala; máfia, terrorismo e formas análogas de crime organizado; e a maioria dos tipos de comércio ilegal. Como acontece com os cartéis, essas atividades ilegais de múltiplos agentes não podem depender de contratos explícitos impostos pelo sistema legal. Portanto, os arranjos devem assumir a forma de relacionamentos criminosos dinâmicos de longo prazo, em que considerações de reputação e contratos implícitos substituem a contratação explícita⁵.

Dentre as infrações de múltiplos agentes, com mais ênfase se discute a relação entre corrupção e concorrência. A corrupção é vista pela literatura como um importante fator de distorção dos mercados, uma vez que pode substituir critérios de eficiência e competição em razão do mérito por, por exemplo, critérios como da proximidade política ou da compra de facilidades⁶. Os atos corruptos são, nesse contexto, objeto tanto do Direito da Concorrência quanto do Direito Anticorrupção, uma vez que se desenvolvem no âmbito da relação entre o poder público e os agentes privados, e são capazes de gerar *rent-seeking*⁷.

⁵ BUCCIROSSI, Paolo and SPAGNOLO, Giancarlo, *Corporate Governance and Collusive Behaviour*, Vol. , pp. -, 2007. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1136675>. Acesso em: 2 de dezembro de 2018.

⁶A relação entre política de defesa da concorrência e a política de combate à corrupção já foi objeto de análise de, por exemplo, LEWIS, D. *Fighting Corruption and Promoting Competition*. OECD, 2014; e STEPHAN, P. B. *Regulatory Competition and Anticorruption Law*. *Virginia Journal of International Law*; ROSE-ACKERMAN, S. (ed.) *International Handbook on the Economics of Corruption, Volume One*. 2006.

⁷A teoria do rent-seeking ganhou forma a partir dos anos 1960 e, apesar de ser objeto de críticas, contribuiu para a análise da intervenção do Estado na economia e seus resultados. Ela está associada à atividade de obtenção de renda dos consumidores pelas empresas sem o correspondente acréscimo de produtividade ou de valor agregado. Sua teoria clássica pode ser encontrada, por exemplo, em: TULLOCK, Gordon. *The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies,*

Considera-se, nesse sentido, que a corrupção é capaz de criar excessivos e desnecessários custos de transação, que, a depender do grau, criam ou aumentam barreiras à entrada nos mercados ou entraves que dificultam ou impossibilitam a rivalidade. Nesse contexto, à medida que a corrupção aumenta as barreiras, aumentam-se os incentivos à corrupção e vice-versa, em um círculo vicioso, estimulando a concentração de poder econômico⁸. Dessa forma, combater atos com efeitos deletérios ao mercado, como a corrupção, causaria efeitos positivos e desejáveis no ambiente competitivo.

Em sentido semelhante, David Lewis indica que há uma relação de causalidade dupla entre esses dois valores. Assim, mercados pouco competitivos levariam a mais corrupção, enquanto mercados mais competitivos diminuiriam a corrupção^{9,10}.

and Theft. **Western Economic Journal**, vol. 5, no. 3, 1967, p. 224-232.; KRUEGER, Anne O. 1974. The Political Economy of the Rent-Seeking Society. **American Economic Review**, vol. 64, no. 3, pp. 291-303; e POSNER, Richard A. The Social Costs of Monopoly and Regulation. *The Journal of Political Economy*, vol. 83, no. 4, 1975, pp. 807-828.

⁸ Por exemplo, em: LEWIS, D. *Fighting Corruption and Promoting Competition*. OECD, 2014.

⁹Na literatura nacional, ver, por exemplo, FRAZÃO, Ana. *Arquitetura da corrupção e as relações de mercado*. JOTA. 2016.

¹⁰ As conclusões da literatura tradicional são confrontadas por, por exemplo, Basu, McGavock, e Zhang em *When Competition Corrupts: A Theoretical Analysis of Market Structure and the Incidence of Corruption*. No texto, os autores propõem um modelo teórico que explica a existência de uma relação inversa entre concorrência e corrupção, o qual permite sustentar a tese de que, diferentemente do presumido pela literatura tradicional, a corrupção tende a florescer em mercados altamente competitivos, sendo menos presente em mercados pouco competitivos. De forma geral, o raciocínio de Basu, McGavock e Zhang parte da premissa de que as empresas que corrompem o estado conseguem diminuir os seus custos de produção. Em mercados competitivos, em que a margem de lucro é bastante reduzida, as empresas que não praticam corrupção acabam tendo que sair do mercado, já que terão menos vantagem competitiva. Há, portanto, quem defenda que há um trade-off entre as políticas de defesa da concorrência e anticorrupção. Independentemente da visão adotada acerca da relação entre as políticas de defesa da concorrência e anticorrupção e de eventual dupla causalidade entre elas, a interface dos atos de corrupção com os atos anticompetitivos é inquestionável. BASU, K; MCGAVOCK, T.; ZHANG, B. *When Competition Corrupts: A Theoretical Analysis of Market*

É nesse contexto que a presente pesquisa se insere. Buscar-se-á aprofundar o conhecimento acerca de como a atuação de agentes públicos acusados de corrupção está inserida nas investigações de condutas colusivas, a partir do exame da abordagem do Cade em acordos de leniência da Lava-Jato referentes aos agentes públicos.

3. Resultados gerais da pesquisa

Foram analisados os autos públicos de 14 (quatorze) processos derivados de Acordos de Leniência relativos à Operação Lava-Jato e seus desdobramentos no Cade, com o intuito de examinar como a autoridade concorrential brasileira avalia a participação de agentes públicos nas condutas, bem como o papel que estes desempenham nos cartéis investigados. Apesar de o número de acordos junto ao Cade relacionados à Lava-Jato ser maior que o espaço amostral definido, parte significativa se encontra sob acesso restrito, o que limita o escopo da pesquisa que serviu de base para o presente artigo.

A primeira das Leniências foi celebrada em 19 de março de 2015, praticamente um ano após a deflagração da Lava-Jato, que ocorreu em 17 de março de 2014. Desde então, 7 (sete) dos 14 (quatorze) foram convertidos em Processos Administrativos, enquanto os demais estão em fase de inquérito administrativo.

Destaca-se que, apesar de serem tratados pelo Cade como correlatos à Lava-Jato, nem todos tiveram início no âmbito da operação. Vide, por exemplo, as investigações nas obras de contenção de enchentes no Rio de Janeiro, cujo inquérito no órgão antitruste foi instaurado em 2013. Com a celebração de leniência parcial em 2017 em meio as investigações da Lava-Jato, o inquérito foi reinstaurado e seus atos administrativos, convalidados.

Uma análise mais detida dos históricos da conduta e das notas técnicas da Superintendência-Geral do Cade permite identificar, em linhas gerais, uma participação relevante de agentes públicos nas narrativas dos casos. Os 14 procedimentos administrativos analisados fazem ao menos

alguma referência a funcionários e órgãos da administração direta ou indireta, ou a entes federativos.

Assim, em 10 (dez) dos 14 (quatorze) casos, há menção nominal a membros do poder público, com identificação de seus cargos e participação na conduta. Em outros 3 (três), há menções genéricas a entes que integram a Administração Pública, como, por exemplo, “Petrobras” (PA das Edificações da Petrobras), “Governo de SP”, “Governo do RJ” e “Prefeitura de Curitiba” (PA das obras sobre trilhos). Já no processo relativo ao suposto cartel nas obras dos estádios da Copa do Mundo de 2014 refere-se, de forma genérica, a relações entre governo e empresas, sem descrever qualquer conduta específica dos agentes.

4. Participação de agente públicos nos acordos de leniência assinados pelo Cade no âmbito da Lava-jato

O envolvimento dos agentes públicos – conforme os relatos contidos nos Históricos da Conduta analisados - varia significativamente caso a caso. Há desde condutas que não estão sujeitas a punição – aquelas meramente omissivas perante o cartel, lícitas e eventualmente pró-competitivas – até aquelas com vistas à organização e articulação direta do conluio.

Esse envolvimento será investigado em suas diversas formas, sobretudo na participação daqueles agentes (i) na divisão de mercado, (ii) na troca de informações sensíveis e contatos privilegiados, (iii) no direcionamento de edital de licitação, e (iv) na interferência no momento da disputa ou no resultado da licitação.

O resultado da investigação será desenvolvido adiante e está resumido no quadro abaixo.

Cartel investigado	Nº do Processo Administrativo	Divisão de mercado	Troca de informações sensíveis e contatos privilegiados	Direcionamento de edital de licitação	Interferência na disputa ou no resultado da licitação
Obras de mitigação das cheias	08700.007277/2013-00	X	X	X	

Montagem industrial da Petrobras	08700.002086/2015-14	X	X		X
Angra 3	08700.007351/2015-51		X		
Ferrovias	08700.001836/2016-11	X	X		X
Usina de Belo Monte	08700.006377/2016-62	X	X		
Urbanização das Favelas	08700.007776/2016-41	X	X	X	
Edifícios da Petrobras	08700.007777/2016-95		X		
Estádios da Copa	08700.006630/2016-88		X		
Arco Metropolitano	08700.003226/2017-33	X	X	X	
Corredores viários no Rio de Janeiro	08700.003344/2017-41	X	X	X	
Infraestrutura sobre trilhos	08700.003241/2017-81	X	X	X	
Sistema Viário (SP)	08700.003240/2017-37	X			
Rodoanel	08700.004468/2017-44			X	
Obras em Salvador	08700.003243/2017-71	X			

Destaca-se que, apesar de o Cade reconhecer em diversos casos a efetiva atuação de integrantes da Administração Pública na implementação de condutas anticompetitivas, a autoridade antitruste não os inclui no polo passivo dos inquéritos e processos administrativos, ainda que a legislação antitruste não restrinja expressamente sua competência para tanto, conforme demonstra o Art. 31 da Lei 12.529/2011¹¹.

¹¹ Art. 31. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas,

Como será visto adiante, o cenário é distinto no âmbito penal. A Lei 8.137/1990, que tipifica o crime de cartel em seu artigo 4º contempla a possibilidade de sua aplicação a servidores públicos, inclusive sob a forma de circunstância agravante, conforme consta no artigo 12, II¹² da mesma lei.

Logo, as distintas situações de responsabilização de agentes públicos nas searas penal e administrativa (antitruste) resultam em tratamentos jurídicos diferenciados no exercício da atividade punitiva estatal, tendo em vista o enfoque da política de defesa da concorrência sobre a atuação de agentes econômicos.

Ainda que a abordagem do órgão antitruste não envolva a efetiva persecução desses agentes, a partir dos critérios referidos no início desta seção, analisaremos como seus envolvimento nas condutas supostamente anticompetitivas são retratados nos Históricos da Conduta de Acordos de Leniência relacionados à Lava-Jato no Cade. Ressalta-se que esses critérios foram definidos a partir da observação dos casos pelos autores do presente artigo, no intuito de estabelecer uma classificação que permitisse um melhor entendimento da atuação dos membros da administração nas práticas objeto do estudo.

4.1 Divisão de Mercado

Por “divisão de mercado” são compreendidas aqui as práticas anticompetitivas por parte das empresas e/ou de agentes públicos que visam definir, previamente à licitação e mediante fraude a seu caráter competitivo, quais participantes do cartel assumiriam determinados mercados (ou suas frações), lotes ou áreas geográficas previstos em um certame. Isso poderá se dar, por exemplo, por meio da coordenação da formação de consórcios e da escolha de seus líderes, ou da distribuição prévia dos lotes entre as empresas ou consórcios. A preocupação neste ponto não é, portanto, a efetiva

constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

¹² Art. 12. São circunstâncias que podem agravar de 1/3 (um terço) até a metade as penas previstas nos arts. 1º, 2º e 4º a 7º:

(...)

II - ser o crime cometido por servidor público no exercício de suas funções;

implementação desta divisão, mas sim sua combinação pelos agentes em conluio.

Segundo os relatos, a intensidade da atuação dos agentes públicos varia nas condutas anticompetitivas e vai desde a definição da divisão pelo próprio membro da Administração até a mera conivência tácita com a proposta do cartel.

No caso das obras de montagem industrial da Petrobras, por exemplo, diretores da estatal são acusados de fazer valer a divisão de mercado estabelecida pelas empresas representadas, em virtude da prerrogativa do ente licitante de selecionar quais participariam do procedimento licitatório. Dessa forma, os funcionários da petroleira teriam o papel apenas de chancelar a estratégia anticompetitiva definida pelos membros do suposto cartel, convidando para os certames apenas as companhias previamente selecionadas por aqueles.

Nas investigações relativas às obras da Ferrovia Norte-Sul, segundo o Histórico da Conduta, funcionário do altíssimo escalão da Valec também chancelava a divisão de mercado combinada pelos participantes do suposto acordo anticompetitivo, dando anuência à divisão de lotes fixada pelos licitantes. Além disso, teria interferido inclusive na formação dos consórcios, tentando conciliar interesses entre empresas de maior e menor porte.

Por outro lado, os signatários do Histórico da Conduta do Acordo de Leniência relativo às obras civis da Usina de Belo Monte narram a atuação de agentes públicos em conflito com interesses das empresas. Segundo o relato, o Ministério das Minas e Energia determinou que o consórcio se dividisse em dois, a fim de dar aparência de competitividade ao certame, fato que teria gerado conflito com as empresas.

A partir de casos como este, nota-se que o envolvimento de funcionários da administração nos relatos de eventuais condutas anticompetitivas nem sempre é de alinhamento de interesses e cooperação, podendo assumir caráter conflituoso, sintoma da complexidade das relações entre agentes econômicos privados e Estado, presente em negociações lícitas e ilícitas.

Outro exemplo desta divergência pode ser visto no suposto cartel em obras de controle de cheias no Rio de Janeiro, em que o Governo Estadual teria revogado temporariamente o certame após denúncias de supostas irregularidades. No mesmo sentido, nas investigações das obras de Angra 3,

o Histórico da Conduta relata a tentativa de redução do valor dos contratos por parte de diretor da Eletrobras, que, segundo a descrição da conduta, teria enfrentado resistência das empresas que disputariam a licitação.

Há ainda Históricos da Conduta que colocam os agentes públicos em papéis centrais na própria formulação da divisão do mercado, diferentemente dos casos em que foram apenas coniventes com as demandas das empresas.

No processo atinente às obras de urbanização das favelas no Rio de Janeiro, os signatários do Acordo de Leniência que deu origem às investigações afirmam que o próprio Secretário de Governo do Estado tomou a iniciativa de estabelecer a divisão dos lotes da licitação entre as empresas, definindo, inclusive, quais assumiriam cada obra e as líderes de cada consórcio. Não bastante, este caso destoa dos demais processos avaliados por mencionar inclusive supostos pagamentos a campanhas políticas, ao passo em que, em outros Históricos da Conduta, não se encontram referências a vantagens ilícitas a integrantes da administração.

Situação semelhante é narrada no inquérito das obras municipais dos corredores viários no Rio de Janeiro, em que um dos Secretários Municipais, em reunião com as empresas participantes do suposto cartel, teria determinado qual consórcio deveria ser o vencedor de um dos lotes da licitação.

No mesmo sentido, nas licitações do Sistema Viário Estratégico Metropolitano de São Paulo, a Desenvolvimento Rodoviário S.A. (Dersa), por meio de um de seus diretores, também participou ativamente da articulação dos consórcios e da alocação das obras às empresas licitantes.

4.2 Troca de informações sensíveis e contatos privilegiados

A proximidade entre integrantes da Administração Pública e os agentes econômicos era, em muitos dos casos, uma das premissas da eficácia dos acordos anticompetitivos, como se depreende dos relatos trazidos nos históricos da conduta. Assim, a consecução dos objetivos dos cartéis dependia muitas vezes da obtenção de informações sigilosas e de favores, possíveis apenas em virtude das ligações entre servidores públicos e o empresariado.

Nas duas investigações envolvendo licitações da Petrobras, a das obras de montagem industrial¹³ e a de suas edificações¹⁴, o contato com diretores da petroleira foi, conforme o relato, fundamental para a própria implementação da divisão do mercado. Isso se deu supostamente porque os membros do suposto cartel tinham acesso privilegiado à já citada lista de empresas convidadas para participar dos certames da estatal.

Em casos envolvendo obras do Governo Estadual do Rio de Janeiro identificam-se outros exemplos de transmissão de informações privilegiadas às empresas. Tanto no Histórico da Conduta relativo às obras de mitigação das cheias¹⁵ quanto no das obras de urbanização das favelas¹⁶ e do Arco Metropolitano¹⁷, consta o registro de que as empresas integrantes do conluio foram informadas previamente a respeito da intenção de realização da licitação por membros do alto escalão do Governo.

O processo administrativo que apura suposto cartel em obras de infraestrutura sobre trilhos¹⁸ não faz menção nominal a agentes públicos, mas em diversos momentos ressalta o papel da coordenação entre empresas e governos de diversos estados para o desenvolvimento do conluio. Alude, por exemplo, às obras do metrô no Distrito Federal, para as quais a própria formação do procedimento licitatório pressuporia “forte alinhamento” entre ambos.

Há ainda as citações genéricas sobre os contatos entre os setores público e privado. No processo relativo às obras de Angra 3¹⁹, por exemplo, diretores da Eletronuclear são qualificados pelos Signatários do Acordo de Leniência como os “contatos políticos” das empresas.

Nas investigações do suposto cartel em licitações das obras dos estádios da Copa²⁰, por outro lado, limita-se a mencionar uma influência

¹³ Processo Administrativo nº 08700.002086/2015-11.

¹⁴ Processo Administrativo nº 08700.007777/2016-95.

¹⁵ Processo Administrativo nº 08700.007277/2013-00.

¹⁶ Processo Administrativo nº 08700.007776/2016-41.

¹⁷ Processo Administrativo nº 08700.003226/2017-33.

¹⁸ Processo Administrativo nº 08700.003241/2017-81.

¹⁹ Processo Administrativo nº 08700.007351/2017-51.

²⁰ Processo Administrativo nº 08700.006630/2016-68.

política das empresas sobre os governos estaduais, como meio de facilitar a vitória nos certames.

4.3 Direcionamento da licitação

A manipulação do certame é um dos principais instrumentos utilizados para fazer valer a divisão de mercado acordada entre os membros do cartel. O edital é elaborado de forma imparcial para que, por exemplo., contemple interesses e valorize as características das empresas que influenciaram sua edição, de forma a facilitar a vitória no processo competitivo. Assim, por meio dessa prática, viabilizava-se, por exemplo, a exclusão de concorrentes indesejados pelo cartel. Nos casos observados, a intervenção das empresas ia desde a discussão de pontos específicos do edital até a sua efetiva redação.

Nas investigações do suposto cartel nas licitações das obras de mitigação de enchentes no Rio de Janeiro²¹, relata-se discussão acerca da alteração do projeto básico para a formação de um lote único a ser licitado, de maneira que pudessem ser abrangidas todas as empresas eventualmente participantes da conduta. No processo relativo à licitação do Rodoanel em São Paulo, as empresas teriam discutido com agentes da Dersa questões referentes à regulamentação do preço da obra. Nestas situações, nota-se que a ingerência se daria sobre elementos pontuais dos respectivos certames.

Há, por outro lado, casos extremos, como o do suposto cartel nas obras do Arco Metropolitano no Rio de Janeiro²², no qual a narrativa do Histórico da Conduta revela uma confusão entre a competência do poder público para editar a licitação e a atuação dos agentes econômicos em sua manipulação. Vale dizer, a interferência dos últimos – segundo os relatos – era tamanha que acabava por “auxiliar” o Governo Estadual na condução do processo licitatório. A partir de contatos com o Secretário Estadual, os participantes da conduta teriam participado da elaboração dos Projetos Básico e Executivo do certame, com vistas a inviabilizar a participação de “empresas que não fossem de ‘confiança’ do Governo”. O Edital de Pré-Qualificação e o orçamento das obras teriam sido submetidos ao crivo das empresas envolvidas no alegado acordo anticompetitivo.

²¹ Processo Administrativo nº 08700.007277/2013-00.

²² Processo Administrativo nº 08700.003226/2017-33.

De forma semelhante, nas investigações relativas às obras de urbanização das favelas no Rio de Janeiro²³, relata-se que funcionários da Empresa de Obras Públicas do Rio de Janeiro teriam contado com o auxílio de membros do suposto cartel para a redação do projeto básico, dos orçamentos e do edital da licitação. Alega-se ainda que a influência sobre o projeto básico se daria no sentido de assegurar a obtenção de recursos do Programa de Aceleração do Crescimento bem como excluir empresas não-alinhadas.

4.4 Interferência dos agentes públicos na disputa ou no resultado da licitação

Nas etapas dos procedimentos licitatórios em que efetivamente se dava o processo competitivo - tais como apresentação de propostas, qualificação, habilitação, abertura de envelopes e sessões de julgamento - em regra prevalecia a atuação colusiva das empresas participantes da licitação de forma isolada. Vale dizer, a intervenção anticompetitiva de agentes públicos nessas fases é menos frequente nas narrativas das condutas, de sorte que a eficácia da implementação dos objetivos do cartel recaía mais sobre a atuação e organização de seus membros, através do uso de estratégias concertadas, como a abstenção ou a combinação de propostas, do que sobre a participação de servidores.

Ainda assim, é possível identificar acusações de envolvimento de agentes da administração pública no auxílio dos participantes dos supostos conluíus no momento de disputa do certame. Vide, por exemplo, o processo administrativo que investiga conduta anticompetitiva nas obras de montagem industrial da Petrobras²⁴. Nele, os signatários do Acordo de Leniência relatam episódio no qual empresas integrantes do cartel teriam oferecido preços demasiadamente elevados por determinados lotes, propostas essas que possivelmente seriam rejeitadas pela Petrobras. Afirmam, então, que diretor da estatal teria dado outra chance para a proponente apresentar nova oferta que lhe desse maior chance de vitória.

²³ Processo Administrativo nº 08700.007776/2016-41.

²⁴ Processo Administrativo nº 08700.002086/2015-14.

Nas investigações das obras da Ferrovia Norte-Sul²⁵, o Histórico da Conduta traz a narrativa de que diretor da Valec teria definido a própria estratégia de disputa do certame, combinando com os integrantes do alegado cartel quais consórcios abdicariam de determinado lote e quais ofereceriam propostas.

Os Históricos da Conduta abordados a partir dos critérios estabelecidos permitem afirmar que os agentes públicos cumpriram, em parte considerável das situações, papel de significativa relevância para a obtenção dos resultados pretendidos pelo cartel, sendo eventualmente até imprescindíveis, como é a hipótese de direcionamento do edital, inviável sem a colaboração de funcionários dos órgãos licitantes. Todavia, a dependência do cartel em relação aos membros da administração variava caso a caso, sendo que em alguns assumia até caráter conflituoso.

5. Agentes públicos nas investigações da prática de cartel na Lava-Jato no âmbito penal: intersecções entre o Cade, Ministério Público e Poder Judiciário

Os processos e inquéritos administrativos analisados para a elaboração do presente artigo foram escolhidos por estarem relacionados a desdobramentos da operação Lava-Jato, de sorte que as condutas investigadas pelo Cade envolvem investigações no âmbito penal. Assim, a partir da listagem de ações penais da referida operação apresentada no sítio eletrônico do Ministério Público Federal²⁶, buscou-se identificar os processos criminais correlatos àqueles que tramitam perante o Cade que (i) mencionam a prática de cartel e (ii) envolvem a participação de agentes públicos.

Considerando que o presente artigo tem por foco a análise da perspectiva da autoridade antitruste, a abordagem realizada nesta seção tem a finalidade de comparar os relatos da participação de agentes públicos em cartéis nos distintos âmbitos da Lava-Jato, para melhor examinar como o

²⁵ Processo Administrativo nº 08700.001836/2016-11.

²⁶ Destaca-se que não se trata de uma lista exaustiva, mas tão somente referenciada na amostragem divulgada pelo MPF. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado>

Cade descreve tais participações em comparação com outras instituições investigadoras e julgadoras.

Inicialmente, destaca-se que praticamente todas as denúncias nos processos estudados citam a prática de cartel como crime antecedente e como fundamento principal do suposto esquema criminoso que teria promovido a prática dos demais delitos, como corrupção ativa e passiva, lavagem de dinheiro e formação de organização criminosa. Assim, a atividade ilícita orbitaria em torno da articulação dos cartéis, orientados, em regra, à distribuição das licitações entre as empresas que deles participavam. A título ilustrativo, transcreve-se abaixo trecho de denúncia de uma das ações penais envolvendo licitações da Petrobras²⁷:

A organização criminosa assim delimitada contava principalmente com a associação dos denunciados agindo de forma estruturalmente ordenada, caracterizada pela divisão formal e informal de tarefas e com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem indevida derivada dos crimes de cartel, fraude a licitações, corrupção ativa, passiva e lavagem de dinheiro em relação a obras contratadas pela PETROBRAS no âmbito das diretorias de Abastecimento e de Serviços comandadas então por [...]²⁸ e [...]²⁹.

Entretanto, apesar de as denúncias do Ministério Público – e eventualmente as sentenças – afirmarem estar presentes os requisitos de materialidade e autoria da prática do crime de cartel, na grande maioria, o órgão denunciante opta por não o imputar aos denunciados. Ainda assim, é evidente o esforço de relacionar a corrupção às condutas colusivas, conforme se depreende do trecho a seguir:

A título de exemplificação é possível apontar que [...]³⁰ e [...]³¹ tomavam as providências necessárias, por si próprios ou influenciando os seus subordinados, para promover: i) a aceleração dos procedimentos licitatórios e de contratação de grandes obras,

²⁷ Processo Penal nº 5083351-89.2014.404.7000.

²⁸ Funcionário do alto escalão da Petrobras.

²⁹ Funcionário do alto escalão da Petrobras.

³⁰ Funcionário do alto escalão da Petrobras.

³¹ Funcionário do alto escalão da Petrobras.

sobretudo refinarias, dispensando etapas necessárias à correta avaliação da obra, inclusive o projeto básico; ii) a aprovação de comissões de licitações com funcionários inexperientes; iii) o compartilhamento de informações sigilosas ou restritas com as empresas integrantes do Cartel; iv) a inclusão ou exclusão de empresas cartelizadas dos certames, direcionando-os em favor da(s) empreiteira(s) ou consórcio de empreiteiras selecionado pelo “CLUBE”; (...) ³²

Ou ainda:

A propina foi paga principalmente para que eles não obstaculizassem o funcionamento do cartel e os ajustes fraudulentos das licitações, comprando a sua lealdade em detrimento da Petrobrás. ³³

Por outro lado, identificam-se 3 (três) processos dentre os 17 (dezessete) em que há efetiva imputação da prática tipificada no artigo 4º, I e II, da Lei 8.137/1990, (i) um deles com foro na Justiça Federal do Paraná, relativo às obras de montagem industrial da Petrobras ³⁴; (ii) outro na do Rio de Janeiro, relativo às obras de reforma do Maracanã, de urbanização das favelas e do Arco Metropolitano ³⁵; e (iii) por fim, na Justiça Federal de São Paulo, atinente às obras do Sistema Viário de São Paulo ³⁶.

Apenas os dois últimos possuem agentes públicos entre os denunciados por cartel, que vão desde ex-Governador do Rio de Janeiro até diretores de empresas públicas, além de funcionários e administradores de empresas participantes dos supostos acordos anticompetitivos. Desses 3 processos, até a conclusão da pesquisa, apenas uma sentença havia sido proferida, na ação penal que julgou cartel nas obras do Sistema Viário e condenou diretor da Dersa pelo crime de cartel. Nota-se, portanto, que o único condenado pela referida prática é um agente público, incidindo, inclusive, a causa agravante prevista no art. 12, II, da Lei 8.137/1990. Ele teria atuado principalmente na articulação da divisão do mercado, i.e., na

³² Processo Penal nº 5083360-51.2014.404.7000.

³³ Processo Penal nº 5036528-23.2015.404.7000.

³⁴ Processo Penal nº 5046120-57.2016.404.7000.

³⁵ Processo Penal nº 0017513-21.2014.4.02.510.

³⁶ Processo Penal nº 0011507-87.2018.403.6182.

alocação dos diversos lotes licitados e contratos entre as empresas envolvidas no conluio.

Em comparação aos processos e inquéritos administrativos em trâmite no Cade, as denúncias trazem acusações mais detalhadas da participação dos agentes públicos na prática dos supostos delitos. Entretanto, apesar da distinção nos tratamentos jurídicos nas diversas esferas, em todas as análises os agentes cumpriam papel de grande relevância nas condutas anticompetitivas.

6. Conclusão

A participação dos agentes públicos na articulação dos cartéis investigados pelo Cade no âmbito da operação Lava-Jato se mostrou, na maior parte dos casos, de grande relevância para o sucesso dos acordos anticompetitivos, seja por meio da simples omissão ou permissividade às estratégias colusivas, seja no envolvimento direto na implementação dos objetivos do cartel.

Os membros da administração mencionados nos históricos da conduta integravam os mais variados níveis hierárquicos, indo desde Ministros, Governadores e Prefeitos a funcionários do escalão operacional. Observa-se maior envolvimento de agentes de elevado escalão, como Secretários de Governo e gestores de estatais e órgãos públicos. Isso porque geralmente coordenavam a execução dos projetos que envolviam as licitações e obras objeto dos supostos acordos competitivos, possuindo considerável ingerência sobre os certames.

A despeito do papel desempenhado por servidores públicos, a tônica da análise da autoridade concorrencial repousa na atuação das empresas que fazem parte do cartel e das pessoas físicas que as integram. Com isso, não inclui nenhum agente da administração no polo passivo de seus processos e inquéritos, ainda que em todos os Históricos da Conduta observados se faça presente alguma menção, específica ou genérica, à colaboração entre Poder Público e participantes das condutas descritas. Figuram, portanto, como elementos secundários da narrativa da infração à Ordem Econômica trazida pelos Acordos de Leniência, conferindo-lhe maior robustez e materialidade, e não como seus sujeitos principais.

Já na seara penal, ainda que a imputação do crime de cartel seja secundária na operação Lava-Jato, não há, no que diz respeito ao

oferecimento da denúncia, distinção entre agentes públicos e privados, diferentemente da abordagem antitruste.

Outro contraste entre os enfoques das autoridades pode ser visto no fato de que, nos procedimentos em trâmite no Cade, as referências a atos praticados por funcionários públicos não são acompanhadas da menção a vantagens ilícitas por suas eventuais colaborações com os cartéis³⁷.

De forma geral, o contexto jurídico, as controvérsias e os debates suscitados pela repercussão da operação Lava-Jato nas diversas esferas do Direito trouxeram à tona a importância de discutir mais a fundo temas como a intersecção entre combate à corrupção e a política de defesa da concorrência. Essa preocupação é revelada na presença cada vez maior de relatos de participação de agentes públicos na descrição de condutas anticompetitivas em sede dos Acordos de Leniência celebrados junto ao Cade. Deve-se questionar, contudo, se este aumento da percepção do envolvimento desses agentes poderá estimular medidas efetivas de repressão e dissuasão da prática de cartéis em licitações, de forma a abranger os membros do Poder Público que viabilizaram e facilitaram sua implementação.

Bibliografia

BASU, K; MCGAVOCK, T.; ZHANG, B. When Competition Corrupts: A Theoretical. Analysis of Market Structure and the Incidence of Corruption. Policy Research Working Paper, 6596

BUCCIROSSI, Paolo and SPAGNOLO, Giancarlo, Corporate Governance and Collusive Behaviour, Vol. , pp. -, 2007.

FRAZÃO, Ana. Arquitetura da corrupção e as relações de mercado. JOTA. 2016

KRUEGER, Anne O. 1974. The Political Economy of the Rent-Seeking Society. American Economic Review, vol. 64, no. 3, pp. 291-303

LEWIS, D. Fighting Corruption and Promoting Competition. OECD, 2014

³⁷ A única exceção identificada é a do PA 08700.007776/2016-41, que investiga a prática de cartel em obras de urbanização das favelas no RJ e menciona o pagamento a agentes públicos para financiamento de campanha eleitoral.

ROSE-ACKERMAN, S. (ed.) International Handbook on the Economics of Corruption, Volume One. 2006.

STEPHAN, P. B. Regulatory Competition and Anticorruption Law. Virginia Journal of International Law

POSNER, Richard A. The Social Costs of Monopoly and Regulation. The Journal of Political Economy, vol. 83, no. 4, 1975, pp. 807-828

TULLOCK, Gordon. The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies, and Theft. Western Economic Journal, vol. 5, no. 3, 1967, p. 224-232

Legislação e Jurisprudência

BRASIL. Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011.

BRASIL. Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013.

BRASIL. Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990.

Cade. Inquérito Administrativo nº 08700.006377/2016-62. Instaurado em 30 de novembro de 2016.

_____. Inquérito Administrativo nº 08700.007277/2013-00. Instaurado em 29 de junho de 2017.

_____. Inquérito Administrativo nº 08700.003344/2017-41. Instaurado em 6 de julho de 2017.

_____. Inquérito Administrativo nº 08700.003240/2017-37. Instaurado em 31 de julho de 2017.

_____. Inquérito Administrativo nº 08700.004468/2017-44. Instaurado em 3 de agosto de 2017.

_____. Inquérito Administrativo nº 08700.001836/2016-11. Instaurado em 8 de abril de 2016.

_____. Processo Administrativo nº

_____. Processo Administrativo nº 08700.003243/2018-71. Instaurado em 17 de dezembro de 2018.

_____. Processo Administrativo nº 08700.002086/2015-14. Instaurado em 22 de dezembro de 2015.

____. Processo Administrativo nº 08700.007351/2015-51. Instaurado em 19 de novembro de 2015.

____. Processo Administrativo nº 08700.007776/2016-41. Instaurado em 1 de dezembro de 2016.

____. Processo Administrativo nº 08700.007777/2016-95. Instaurado em 2 de dezembro de 2016.

____. Processo Administrativo nº 08700.006630/2016-88. Instaurado em 17 de julho de 2019.

____. Processo Administrativo nº 08700.003241/2017-81. Instaurado em 18 de dezembro de 2017.

MPF-PR. Denúncia no Processo penal nº 5083360-51.2014.404.7000. Oferecida em 11 de dezembro de 2014.

____. Denúncia no Processo penal nº 5083376-05.2014.404.7000. Oferecida em 11 de dezembro de 2014.

____. Denúncia no Processo penal nº 5083351-89.2014.404.7000. Oferecida em 11 de dezembro de 2014.

____. Denúncia no Processo penal nº 5083401-18.2014.404.7000. Oferecida em 11 de dezembro de 2014.

____. Denúncia no Processo penal nº 5083258-29.2014.404.7000. Oferecida em 11 de dezembro de 2014.

____. Denúncia no Processo penal nº 5019501-27.2015.4.04.7000. Oferecida em 27 de abril de 2015.

____. Denúncia no Processo penal nº 5036528-23.2015.404.7000. Oferecida em 24 de julho de 2015.

____. Denúncia no Processo penal nº 5036518-76.2015.404.7000. Oferecida em 24 de julho de 2015.

____. Denúncia no Processo penal nº 5037800-18.2016.404.7000. Oferecida em 8 de agosto de 2016.

____. Denúncia no Processo penal nº 5046120-57.2016.404.7000. Oferecida em 12 de setembro de 2016.

____. Denúncia no Processo penal nº 50.63271-36.2016.404.7000. Oferecida em 15 de dezembro de 2016.

____. Denúncia no Processo penal nº 5018091-60.2017.404.7000. Oferecida em 2 de maio de 2017.

MPF-RJ. Denúncia no Processo penal nº 0510926-86.2015.4.02.5101. Oferecida em 1º de setembro de 2015.

____. Denúncia no Processo penal nº 0017513-21.2014.4.02.510. Oferecida em 19 de abril de 2017.

MPF-SP. Denúncia no Processo penal nº 0011507-87.2018.403.6182. Oferecida em 3 de agosto de 2018.