



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Victor Aguiar de Carvalho

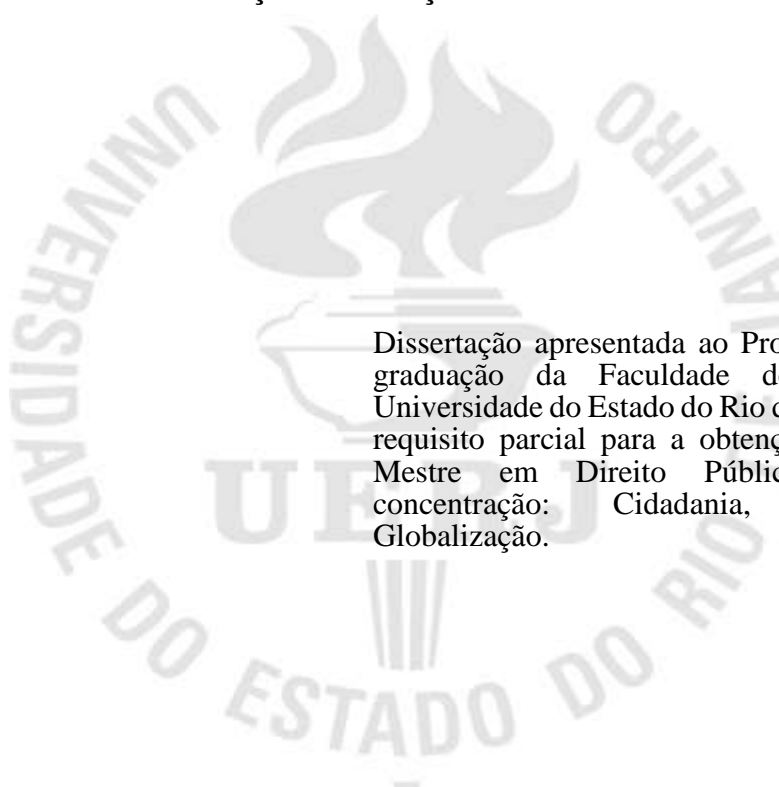
**Concorrência e contratação pública: problemas e propostas acerca da  
cartelização em licitações no Brasil**

Rio de Janeiro

2016

Victor Aguiar de Carvalho

**Concorrência e contratação pública: problemas e propostas acerca da  
cartelização em licitações no Brasil**



Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito Público. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Santos de Aragão

Rio de Janeiro  
2016

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

C331

Carvalho, Victor Aguiar de.

Concorrência e contratação pública: problemas e propostas acerca da cartelização em licitações no Brasil / Victor Aguiar de Carvalho. – 2016.  
204f.

Orientador: Prof. Dr. Prof. Dr. Alexandre Santos de Aragão.  
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Concorrência pública - Brasil - Teses. 2. Licitação pública – Brasil - Teses. 3. Direito Administrativo.– Teses. I. Aragão, Alexandre Santos de. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 351.712(81)

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Victor Aguiar de Carvalho

**Concorrência e contratação pública: problemas e propostas acerca da  
cartelização em licitações no Brasil**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito Público. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Aprovada em 14 de dezembro de 2016.

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Alexandre Santos de Aragão (Orientador)

Faculdade de Direito - UERJ

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Patrícia Ferreira Baptista

Faculdade de Direito - UERJ

---

Prof. Dr. Floriano de Azevedo Marques Neto

Universidade do Estado de São Paulo

Rio de Janeiro

2016

## AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Alexandre Aragão, orientador do presente trabalho, pelos seus sempre preciosos conselhos e por suas brilhantes e perspicazes observações e críticas, que em muito me auxiliariam ao longo do mestrado.

À Prof<sup>a</sup>. Patrícia Baptista, exemplo de competência e dedicação profissional tanto na UERJ como na Procuradoria Geral do Estado, pela admirável generosidade demonstrada com seus alunos.

Ao Prof. Floriano de Azevedo Marques Neto, por gentilmente aceitar o convite para integrar a banca de defesa.

Aos demais professores e aos alunos do Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da UERJ, pelos ensinamentos e pela troca de experiências.

Aos amigos da Procuradoria Geral do Estado, Drs. Bernardo Bichara Faria Coelho, Bruno Fernandes Dias, Bruno Terra de Moraes, Carlos André Silva Baptista e Rafael Santana Bastos, por me substituírem nos afastamentos necessários para o cumprimento das atividades do mestrado.

Por fim, aos meus pais, Beth e Gerson, e ao meu irmão André, responsáveis diretos pelos objetivos alcançados na minha vida, por tudo.

Todos os citados acima colaboraram para os méritos eventualmente identificados no trabalho. Os possíveis equívocos e imprecisões são, naturalmente, de minha exclusiva responsabilidade.

## RESUMO

CARVALHO, Victor Aguiar de. *Concorrência e contratação pública: problemas e propostas acerca da cartelização em licitações no Brasil*. 2016. 204 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

O indevido cerceamento à concorrência em licitações se materializa sob três formas típicas: a corrupção, as restrições competitivas provocadas pelo próprio Estado e as condutas anticoncorrenciais perpetradas pelos particulares, que tem no cartel sua manifestação mais usual. A efetiva concorrência é um valor caro para as contratações públicas, que precisa ser melhor protegido e promovido. Ocorre que, por vezes, algumas normas da regulação do regime jurídico licitatório produzem consequências não previstas, que acabam por criar indevidos incentivos à cartelização em licitações. No presente trabalho examinam-se, sob um viés pragmático, alguns exemplos de elementos do regime licitatório que criam incentivos à cartelização, bem como se apresentam possíveis propostas para a redefinição do desenho normativo. Defende-se que o Direito Administrativo das licitações deveria ser melhor permeado por preocupações concorrenciais que atualmente se restringem especialmente ao Direito da Concorrência. Pretende-se, assim, apresentar contribuições para a construção de um adequado sistema de incentivos no regime jurídico licitatório, que colabore para que o Estado cumpra mais adequadamente o papel de evitar a formação de cartéis ou de tornar a sua sustentação mais difícil.

Palavras-chave: Concorrência. Licitação. Cartel. Direito Administrativo. Direito Antitruste.

## ABSTRACT

CARVALHO, Victor Aguiar de. *Competition and public procurement: problems and proposals on bid rigging in public procurement in Brazil*. 2016. 204 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

The undue restriction of bidding competition in public procurements occurs in three typical forms: corruption, competitive restrictions caused by the State itself and anticompetitive conducts perpetrated by private economic agents. The cartels are the most usual manifestation of the latter of this forms. Effective competition is a relevant value for public procurement, which needs to be better protected and promoted. However, some rules of procurement regulation occasionally produce unintended consequences, which end up creating undue incentives for the organization of cartels. This work examines, under a pragmatic focus, some examples of procurement regulation that create incentives for the organization of cartels and presents some possible proposals for the redefinition of the normative design. It is argued that the public procurement law should be better pervaded by competitive concerns that are currently restricted especially to Competition Law. The aim is to contribute to the construction of an adequate system of incentives produced by the public procurement regulation, in order to help the State to better fulfill its role of avoiding the establishment of cartels or making their less sustainable.

Keywords: Competition. Public procurement. Cartel. Administrative Law. Antitrust Law.

## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>1</b>	<b>DEMILITANDO O PROBLEMA: A IMPORTÂNCIA DA CONCORRÊNCIA NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E OS CARTÉIS EM LICITAÇÕES COMO UMA FORMA DE RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE.....</b>	<b>13</b>
1.1	<b>As distintas formas de restrição à concorrência em contratações públicas.....</b>	<b>16</b>
1.1.1	<i>Corrupção e restrições à concorrência.....</i>	<b>18</b>
1.1.2	<i>Restrições à concorrência produzidas pela própria Administração.....</i>	<b>22</b>
1.1.3	<i>Restrições à concorrência em razão de condutas perpetradas pelos particulares – A questão dos cartéis em licitações.....</i>	<b>26</b>
1.2	<b>A importância da promoção e da proteção da concorrência nas contratações públicas.....</b>	<b>27</b>
1.2.1	<i>A livre iniciativa e a livre concorrência como princípios constitucionais da ordem econômica brasileira.....</i>	<b>28</b>
1.2.2	<i>A concorrência para além do Direito: a sua importância econômica.....</i>	<b>35</b>
1.2.3	<i>A relevância econômica da concorrência na contratação pública.....</i>	<b>40</b>
1.3	<b>Revisitando o sistema de incentivos concedido pelo regime jurídico licitatório.....</b>	<b>43</b>
1.4	<b>Considerações finais.....</b>	<b>46</b>
<b>2</b>	<b>PROPOSTA DE INTEGRAÇÃO DE PREOCUPAÇÕES CONCORRENCIAIS AO DIREITO ADMINISTRATIVO DAS LICITAÇÕES.....</b>	<b>48</b>
2.1	<b>A regulação do regime licitatório.....</b>	<b>48</b>
2.2	<b>A relação da teoria econômica com a regulação do regime licitatório..</b>	<b>52</b>
2.3	<b>Comportamentos anticompetitivos como falha de mercado.....</b>	<b>57</b>
2.4	<b>Consequências não previstas da regulação licitatória.....</b>	<b>60</b>
2.5	<b>Por um Direito Administrativo das licitações permeado de preocupações concorrenciais.....</b>	<b>62</b>



2.5.1	<i><u>A relação do novo Direito Administrativo e de suas diferentes funções com a proteção e promoção da concorrência na contratação pública.....</u></i>	62
2.5.2	<i><u>O papel do Direito Administrativo na proteção e promoção da concorrência.....</u></i>	64
2.5.3	<i><u>Uma outra abordagem: filtragem constitucional das normas de contratação pública à luz do princípio da livre concorrência.....</u></i>	69
2.5.4	<i><u>A promoção da concorrência por meio de uma função regulatória da licitação.....</u></i>	73
2.6	<b>Considerações finais.....</b>	78
3	<b>O CARTEL E SUA INCIDÊNCIA NAS LICITAÇÕES.....</b>	80
3.1	<b>Caracterização dos cartéis.....</b>	81
3.1.1	<i><u>Definição e fatores de propensão à sua ocorrência.....</u></i>	81
3.1.2	<i><u>As consequências econômicas dos cartéis.....</u></i>	85
3.1.3	<i><u>Tipologia dos cartéis.....</u></i>	89
3.2	<b>Práticas usuais de cartelização em licitações.....</b>	90
3.3	<b>A instabilidade dos cartéis: um olhar da teoria dos jogos.....</b>	96
3.4	<b>Evidências empíricas da instabilidade: a duração dos cartéis.....</b>	103
3.5	<b>Formas de enfrentamento aos cartéis em licitações.....</b>	106
3.5.1	<i><u>Desincentivos à cartelização advindos da repressão aos conluios existentes.....</u></i>	107
3.5.2	<i><u>A relação de atos do Estado com a formação e sustentação dos cartéis em licitações: revisão dos existentes incentivos em busca da melhor prevenção aos conluios.....</u></i>	109
3.6	<b>Considerações finais.....</b>	111
4	<b>FATORES DO REGIME JURÍDICO LICITATÓRIO QUE CONTRIBUEM PARA A CARTELIZAÇÃO E PROPOSTAS PARA OS CORRIGIR.....</b>	113
4.1	Fatores estruturais.....	114
4.1.1	<i><u>Formato das licitações.....</u></i>	114
4.1.2	<i><u>Entrada e participação de concorrentes.....</u></i>	124
4.1.2.1	Novamente o formato das licitações.....	125
4.1.2.2	Barreiras à entrada.....	126
4.1.2.3	Inversão de fases.....	130

4.1.3	<u>Frequência das licitações</u> .....	132
4.2	<b>Fatores de viabilização de participação</b> .....	135
4.2.1	<u>O consórcio e seus aspectos concorrenciais</u> .....	135
4.2.1.1	Previsão dos consórcios no ordenamento jurídico.....	135
4.2.1.2	Os aspectos concorrenciais dos consórcios.....	139
4.2.2	<u>A subcontratação e seus aspectos concorrenciais</u> .....	147
4.2.3	<u>Fracionamento do objeto</u> .....	152
4.3	<b>Fatores relativos à publicidade e à transparência</b> .....	158
4.3.1	<u>Informações divulgadas</u> .....	158
4.3.2	<u>Preço de reserva</u> .....	162
4.3.3	<u>Orçamento sigiloso</u> .....	168
4.4	<b>Outras contribuições para a prevenção aos cartéis</b> .....	176
4.4.1	<u>Exclusão de propostas suscetíveis de falsear a concorrência</u> .....	176
4.4.2	<u>Declaração de elaboração independente de propostas</u> .....	179
4.5	<b>Diretriz hermenêutica do sistema de contratação pública: interpretações para a melhor prevenção aos cartéis</b> .....	181
4.6	<b>Considerações finais</b> .....	183
	<b>CONCLUSÃO</b> .....	184
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	187

## INTRODUÇÃO

Em uma dada passagem da obra clássica “A Riqueza das Nações”, publicada em 1776, Adam Smith já suscitava que agentes econômicos de um mesmo ramo raramente se reuniam, mesmo em momentos de descontração, sem que as conversas terminassem em “em uma conspiração contra o público, ou em algum incitamento para aumentar os preços”<sup>1</sup>.

O trecho acima revela que restrições competitivas advindas da coordenação entre os potenciais concorrentes são há muito um problema. Não é surpreendente que assim o seja. Afinal, se a concorrência é capaz de gerar benefícios para a sociedade, por outro lado, especificamente para as empresas<sup>2</sup> rivais em um determinado mercado, a competição certamente acarreta perdas. Assim, em havendo espaço para tanto, espera-se justamente que os agentes econômicos tentem neutralizar a disputa entre si.

O presente estudo tem por escopo central versar sobre os cartéis em licitações<sup>3</sup> como uma espécie de conduta restritiva da concorrência nas contratações públicas. Mais especificamente, pretende-se investigar se o regime jurídico licitatório não concederia indevidos incentivos à cartelização.

Cabe aqui, de plano, um esclarecimento terminológico. A utilização do termo “incentivo”<sup>4</sup> se trata da apropriação de um jargão econômico. Não se quer afirmar, naturalmente, que o regime jurídico licitatório deliberadamente impulse as empresas a organizarem conluíus para arrefecer a concorrência. A lógica que se suscita – intrinsecamente relacionada ao pensamento econômico – refere-se ao fato de que o desenho institucional e normativo para as compras e contratações públicas por vezes concede facilidades para que os

---

<sup>1</sup> SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações* – investigação sobre sua natureza e suas causas. São Paulo: Nova Cultura, 1996, pp. 172-173.

<sup>2</sup> O termo “empresa”, em linguagem técnica própria do Direito Empresarial, refere-se ao exercício de uma atividade organizada com finalidade econômica. Assim, a “empresa” não seria um sujeito de direito. Denominação correta para o que usualmente se chama de “empresa” seria “sociedade empresária”, que, desde que constituída nos termos da lei, é o sujeito de direito que exerce a atividade econômica. No entanto, para dar fluidez ao raciocínio construído na presente dissertação, o termo “empresa” será utilizado em seu sentido leigo, corriqueiro, para designar aquilo que, tecnicamente, é uma sociedade empresária. Nesse sentido, v. REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial* – vol. 1. 34. ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 87-89.

<sup>3</sup> De acordo com Marçal Justen Filho, a licitação seria definida como “procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos visando à seleção da proposta de contratação mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 481.)

<sup>4</sup> Para uma explanação ilustrativa sobre a importância do conceito de incentivos para o pensamento econômico e para as suas reflexões sobre a organização social, ver o capítulo denominado “Os incentivos, sempre eles...” em GIAMBIAGI, Fabio. *Capitalismo: modo de usar* – porque o Brasil precisa aprender a lidar com a melhor forma de organização econômica que o ser humano já inventou. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, pp. 211-232.

agentes privados coordenem ilicitamente as suas estratégias comerciais. Ou, eventualmente, omite-se em adotar práticas que melhor contribuiriam para evitar a cartelização. Sob um prisma interpretativo econômico, em ambos os casos, seja ao facilitar, seja ao se omitir em impedir a conduta dos particulares, o ordenamento jurídico estará criando incentivos à cartelização e, assim, cometendo uma falha quanto à devida prevenção à prática anticoncorrencial em exame.

A literatura econômica apresenta evidências de que a concorrência incrementa a eficiência e o bem-estar da sociedade, seja por propiciar uma alocação mais eficiente dos seus recursos escassos – com a consequente redução de preços no mercado –, seja por incentivar a inovação tecnológica e de organização produtiva. Na contratação pública, os efeitos produzidos pela ampliação da competitividade são bastante semelhantes.

A despeito disso, a pesquisa jurídica acerca da importância da proteção e da promoção da concorrência nos mercados relevantes para a contratação pública permanece um tema pouco explorado, especialmente no âmbito do Direito Administrativo, que é justamente o responsável pelo estudo das normas de tal regime jurídico. No Brasil, a temática concorrencial, mesmo nas contratações públicas, é objeto de interesse acadêmico em especial apenas por parte do Direito Antitruste, que, quanto às condutas anticompetitivas, apresenta um enfoque voltado acima de tudo aos mecanismos de repressão às práticas já perpetradas.

Em verdade, questões concorrenciais são, em regra, ignoradas pelo Direito Administrativo, que simplesmente parte da premissa de que haveria competição efetiva no mercado no qual ocorrem as compras públicas. A regulação licitatória, no mais das vezes, confia na suposta já existência de efetiva competição entre os integrantes do mercado. O regime jurídico das licitações parece partir do pressuposto, sem a devida reflexão sobre o tema, de que a contratação pública ocorre em um cenário de efetiva rivalidade entre os concorrentes, o que nem sempre é uma verdade.

Na presente dissertação pretende-se confirmar a hipótese de que há elementos no regramento jurídico licitatório brasileiro que concedem incentivos ao surgimento de episódios de cartelização. Com efeito, os desvios de restrição competitiva não ocorrem em um plano teórico abstrato, mas sim justamente nos espaços que as instituições e o Direito concretamente concedem.

Assim, com o escopo de cercear tais incentivos perversos, o primeiro passo é compreender todas as possíveis consequências pragmáticas – inclusive aquelas que não são antecipadas quando do desenho do arranjo normativo – produzidas por determinadas disposições ou por determinadas omissões do regramento pátrio para licitações.

Para alcançar o objetivo, será fundamental recorrer à Análise Econômica do Direito. As ciências jurídicas, isoladamente, não parecem dotadas das ferramentas técnicas necessárias para a medição dos incentivos gerados por determinados arranjos de organização estatal, de modo que se socorrer do instrumental próprio da economia, com o escopo de complementar a análise jurídica, parece ser uma necessidade inafastável<sup>5</sup>. De fato, o estudo conjunto entre Direito e Economia pode trazer relevantes contribuições tanto para a melhor compreensão do funcionamento das instituições e dos institutos jurídicos, como para permitir uma análise mais sofisticada acerca do comportamento dos agentes econômicos, considerando o ambiente jurídico em que atuam<sup>6</sup>.

O presente estudo não se propõe apenas a uma avaliação descritiva dos incentivos à cartelização gerados pelo regime jurídico licitatório. Após a análise dos problemas, apresentar-se-ão também, em abordagem normativa, possíveis propostas que poderiam contribuir para correção das questões suscitadas.

Ocorre que identificar tais equívocos no sistema de incentivos e vislumbrar eventuais soluções passa, necessariamente, por melhor permear o Direito Administrativo das licitações com preocupações concorrenciais que hoje são em grande medida ignoradas por esse ramo do Direito.

É importante esclarecer que o estudo não tem por cerne debruçar-se sobre os mecanismos de repressão aos cartéis. Defende-se, aqui, que os conluios em licitações não devem apenas ser investigados e punidos *a posteriori*, sendo igualmente importante e possível enfrentar o risco de cartelização por meio de uma maior atuação estatal anterior à caracterização da prática. É justamente esse o tema central do presente trabalho: por quais vias o Estado, em especial utilizando-se do Direito Administrativo das licitações, pode contribuir para evitar a formação dos cartéis. Frise-se que o que se almeja, ao fim, é que os agentes econômicos, ao perceberem que os cartéis eventualmente formados tenderão a não se mostrar sustentáveis, desistam, *ex ante*, de incorrer na prática ilícita.

---

<sup>5</sup> Patrícia Baptista ressalta a necessária perspectiva interdisciplinar do Direito Administrativo contemporâneo, que requer o desenvolvimento de um pluralismo metodológico a partir dos aportes de outras ciências, como economia, psicologia e ciência política. V. BAPTISTA, Patrícia. Transformações do Direito Administrativo: 15 anos depois – reflexões críticas e desafios para os próximos quinze anos. In: BRANDÃO, Rodrigo. BAPTISTA, Patrícia (Org.) *Direito Público*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, pp. 396-398.

<sup>6</sup> Sobre a inter-relação entre os estudos de Direito e Economia, v. ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Análise Econômica do Direito e das Organizações. In ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.) *Direito e Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, pp. 01-03.

Em outros termos, competiria ao Estado elaborar um desenho institucional e normativo que concedesse os corretos desincentivos à formação e à sustentação de cartéis, de forma que a orquestração de condutas comuns não seja uma estratégia atrativa.

Um ponto merece restar claro. A dissertação pauta-se em uma lógica de que tanto as licitações, como a formação de cartéis, são realidades econômicas. Nesse passo, reconhece-se que os agentes envolvidos obedecem a incentivos. Assim, quando o Estado permite a existência em seu regime jurídico de elementos que criem facilidades para a organização dos cartéis ou quando se omite em adequadamente cerceá-los, está criando incentivos à cartelização. Em sentido oposto, se o Estado pretende melhor prevenir a formação dos cartéis, deve corrigir tais incentivos perversos indevidamente gerados. Portanto, os fatores suscetíveis de contribuir para a cartelização são, ao fim, as próprias falhas na melhor prevenção à prática. Por outro giro, a busca da mais adequada prevenção à conduta anticoncorrencial em exame passa necessariamente não apenas por novos atos comissivos da Administração, mas também por retirar do ordenamento os elementos que auxiliam a organização dos cartéis.

O trabalho estrutura-se da seguinte forma. No capítulo 1, que tem por escopo a delimitação do problema, examina-se, brevemente, algumas formas típicas de restrição concorrencial na seara licitatória, apontando-se que, a despeito de a cartelização – objeto do presente trabalho – não ser a única modalidade de cerceamento competitivo, trata-se indubitavelmente da mais frequente. Outrossim, pretende-se demonstrar a importância da promoção e da proteção da concorrência nas contratações públicas e da revisão do sistema de incentivos produzido pelo regime jurídico licitatório para a melhor defesa de tais valores.

No segundo capítulo defender-se-á a relevância da maior integração de preocupações concorrenciais ao Direito Administrativo, especialmente em sua faceta de direito das licitações. Apontar-se-á que a regulação licitatória por vezes se depara com falhas de mercado, como é o caso da restrição concorrencial cometida por particulares, ou com consequências não previstas pelos legisladores ou pela Administração.

No capítulo 3 abordar-se-ão aspectos da formação e da manutenção de um cartel, concedendo-se especial ênfase à cartelização nas licitações. Por fim, no capítulo 4 serão examinados mais detidamente os fatores do desenho licitatório brasileiro que potencialmente contribuem para a cartelização. Dividir-se-ão tais fatores em três grandes campos: fatores estruturais, de viabilização de participação e fatores relativos à publicidade e à transparência.

Almeja-se, nesse passo, apresentar ao longo do trabalho contribuições para que o Estado possa reorganizar o sistema de incentivos concedido pelo Direito Administrativo licitatório, de modo que melhor previna comportamentos de colusão.

## 1 DEMILITANDO O PROBLEMA: A IMPORTÂNCIA DA CONCORRÊNCIA NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E OS CARTÉIS EM LICITAÇÕES COMO UMA FORMA DE RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE

Infelizmente nos últimos tempos o noticiário nacional passou a estar repleto de escândalos sobre supostos episódios de conluio para eliminar concorrência em licitações, por vezes acompanhados por corrupção de agentes públicos envolvidos, que acabaram, ao que tudo indica, acarretando enormes prejuízos ao erário.

À primeira vista poder-se-ia pensar que tais eventos seriam próprios apenas de países em desenvolvimento. Todavia, não é o caso. A análise das potenciais restrições à concorrência em contratações públicas ocupa juristas e economistas ao redor do mundo, merecendo atenção inclusive de organismos internacionais como a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE e a Organização das Nações Unidas – ONU<sup>7</sup>, sendo um campo próprio para estudos interdisciplinares entre as duas referidas ciências.

Com efeito, episódios no Brasil<sup>8</sup> e em outras partes do globo<sup>9</sup> reforçam que a restrição concorrencial em contratações públicas por meio da formação de um cartel não é um problema

<sup>7</sup> Citem-se, dentre outros, os seguintes trabalhos: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Competition policy and public procurement*. Note by the UNCTAD secretariat. Disponível em: <[http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpd14\\_en.pdf](http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpd14_en.pdf)>. Acesso em: 18 out. 2015; OCDE. *Collusion and Corruption in Public Procurement*. 2010. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/46235884.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2015; OCDE. *Detecting Bid Rigging in Public Procurement*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/42594486.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2015; OCDE. *Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/44162082.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2015; OCDE. *Fighting Cartels in Public Procurement*. OECD Observer. Out. 2008. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/41505296.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2015; OCDE. *Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes*. 2002. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2015; OCDE. *OECD Principles for Integrity in Public Procurement*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/gov/ethics/48994520.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2015; OCDE. *Recommendation of the OECD Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/RecommendationOnFightingBidRigging2012.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2015.

<sup>8</sup> No Brasil, dois episódios recentes de grande repercussão sobre a alegada formação de cartéis em licitações referem-se à investigação sobre suposta cartelização no certame para modernização de trens das Linhas 1 e 3 do Metrô de São Paulo entre os anos de 2008 a 2009, que conduziu à denúncia criminal, no mês de maio de 2015, de seis executivos envolvidos no episódio, e à suspeita de formação de cartel por empresas investigadas especialmente na notória Operação Lava Jato. Sobre os casos, dentre diversas matérias jornalísticas produzidas, ver exemplificativamente: MP-SP denuncia seis executivos por formação de cartel do Metrô. *Revista Consultor Jurídico*, 23 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-23/mp-sp-denuncia-seis-executivos-formacao-cartel-metro>>. Acesso em: 16 out. 2015; e RODRIGUES, Lorena. Cade investiga 30 cartéis formados por empresas envolvidas na Lava jato. *O Estado de S. Paulo*, Brasília, 18 nov. 2016. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,cade-investiga-30-carteis-formados-por-empresas-envolvidas-na-lava-jato,10000089064>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

<sup>9</sup> Para uma coleção de casos em jurisdições estrangeiras envolvendo conluio em licitações, v. ALBANO, Gian Luigi et al. ALBANO, Gian Luigi et al. Preventing collusion in procurement. In: DIMITRI, Nicola; PIGA, Gustavo; SPAGNOLO, Giancarlo (Ed.). *Handbook of Procurement*. Cambridge: Cambridge University Press,

localizado, muito menos meramente hipotético ou teórico<sup>10</sup>. Trata-se de uma questão de escala global, ocorrendo em todos os tipos de indústria e em todas as partes do mundo<sup>11 12</sup>.

Quando se examina qualquer aspecto concernente às licitações, é fundamental que se tenha em mente o impacto econômico do tema. A Organização das Nações Unidas – ONU, em documento recente, estimou que o procedimento em exame movimentava de 25 a 30% do Produto Interno Bruto – PIB de países em desenvolvimento<sup>13</sup>. Já de acordo com dados da OCDE para o ano de 2013, as licitações representam, em média, 29% do total dos gastos governamentais dos países que compõem aquele grupo. No mesmo ano, tais Estados consumiam cerca de 12,1% do PIB em licitações<sup>14</sup>.

No que tange especificamente ao conluio entre concorrentes, em consolidação de resultados de diversos estudos empíricos realizados nas últimas décadas, já se apontou que a média de sobrepreço ocasionada pelos cartéis varia de 8% a 53%, sendo que trabalhos mais recentes indicam a média entre 46% e 49%<sup>15</sup>.

Assim, a formação de cartéis em licitações pode acarretar um considerável desperdício de dinheiro público, de magnitude muito expressiva, em evidente violação aos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade, previstos nos arts. 37 e 70, CRFB/88.

Mas não é só. Em apertada síntese, o arrefecimento ou a eliminação da concorrência em um determinado segmento econômico, em função da organização de um conluio entre os potenciais competidores, também retira os incentivos à redução de custos desnecessários, à

---

2006, pp. 347-348; e ANDERSON, Robert D; MÜLLER, ANNA CAROLINE; KOVACIC, William E. Ensuring integrity and competition in public procurement markets: a dual challenge for good governance. In: ARROWSMITH, Sue; ANDERSON, Robert D. (Ed.). *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and reform*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, pp. 699-701.

<sup>10</sup> Margaret Levenstein e Valerie Suslow, em texto dedicado ao exame de evidências empíricas acerca da organização de conluios, asseveram que talvez o ponto mais surpreendente sobre os cartéis concerne a quão difundida tal prática se mostra, ocorrendo em diversos tipos de mercados, e que, mesmo após algumas décadas da existência de consenso internacional quanto à inadmissibilidade de tal prática, os cartéis continuam a se formar. Nesse sentido, v. LEVENSTEIN, Margaret; SUSLOW, Valerie. *Cartels and Collusion – Empirical Evidence*, *Ross School of Business Working Paper*, n. 1182, nov. 2012, p. 03. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2182565](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2182565)>. Acesso em: 05 out. 2016.

<sup>11</sup> Cf. OCDE. *Detecting Bid Rigging in Public Procurement*, p. 03. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/42594486.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2015.

<sup>12</sup> No mesmo documento, a OCDE relata, apenas exemplificativamente, um caso nos Estados Unidos em que o Departamento de Justiça identificou arranjo para aumentar o preço do leite vendido a escolas públicas que atingia dezoito estados daquela de federação. Já na Holanda, descobriu-se evidência de cartel envolvendo seiscentas empresas de construção de obras públicas. V. OCDE. Op. cit. p. 03.

<sup>13</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Competition policy and public procurement*. Note by the UNCTAD secretariat, p. 03. Disponível em: <[http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpd14\\_en.pdf](http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpd14_en.pdf)>. Acesso em: 18 out. 2015.

<sup>14</sup> OCDE. *Government at a Glance 2015*. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 136. Disponível em: <[http://dx.doi.org/10.1787/gov\\_glance-2015-en](http://dx.doi.org/10.1787/gov_glance-2015-en)>. Acesso em: 12 set. 2015.

<sup>15</sup> LONDON ECONOMICS. *The nature and impact of hardcore cartels: A report to the Danish Competition Authority*. Jan. 2011, pp. 12-14. Disponível em: <<http://londoneconomics.co.uk/wp-content/uploads/2011/09/7-The-nature-and-impact-of-hardcore-cartels.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2016.



melhoria na qualidade dos serviços e à inovação tecnológica, haja vista que, não havendo efetiva disputa pelo mercado, o aprimoramento do bem e das práticas produtivas tornam-se esforços desnecessários.

Nesse passo, impedir cartelização em certames licitatórios se tornou uma das prioridades das autoridades concorrenciais ao redor do mundo<sup>16</sup>. A atenção se justifica. Segundo a literatura jurídica e econômica, tal ilícito concorrencial possivelmente é de fato a maior ameaça para a integridade das licitações<sup>17</sup>.

No Brasil, eventos recentes, atinentes à notória Operação Lava Jato<sup>18</sup>, escancararam que a cartelização entre potenciais concorrentes nas contratações públicas brasileiras aparentemente é muito mais frequente do que se poderia imaginar, especialmente nos grandes empreendimentos.

Todavia, a coordenação do comportamento dos agentes privados sob a forma de um cartel não se trata do único risco à competitividade nas contratações públicas. Em linhas gerais, é possível identificar três formas típicas de cerceamento ilícito de concorrência nos certames: a corrupção, as restrições competitivas provocadas pelo próprio Estado e as condutas anticoncorrenciais perpetradas pelos particulares.

Como se verá abaixo, os cartéis inserem-se nessa última forma típica, sendo o mecanismo mais comum – e provavelmente mais danoso – de limitação concorrencial provocada pelos particulares.

---

<sup>16</sup> Cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Op. cit. p. 12. No mesmo sentido, INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. *Building blocks for effective anti-cartel regimes*. Defining Hard Core Cartel Conduct — Effective Institutions — Effectives Penalties. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2005, p. 05. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2016.

<sup>17</sup> Nesse sentido v. SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. *Competition Law and Public Procurement*. Draft submitted to the Intersections of Antitrust Workshop, Joint Newcastle University/LSE Event, p. 2. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2643763](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2643763)>. Acesso em: 20 set. 2015; MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação Pública – A Lei Geral de Licitação - LGL e o Regime Diferenciado de Contratações - RDC*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 95; e ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Op. cit. p. 12.

<sup>18</sup> Para notícias na imprensa suscitando questões concorrenciais concernentes à formação de cartéis em contratações públicas, v. LEITÃO, Miriam. Cápsula do Tempo. *O Globo*. Rio de Janeiro: 10 abr. 2016. Disponível em: <<http://blogs.oglobo.globo.com/miriam-leitao/post/capsula-do-tempo.html>>. Acesso em: 30 abr. 2016; HAIDAR, Daniel; GORCZESKI, Vinicius. Delação da Andrade Gutierrez mostra um belo monte de propinas. *Revista Época*. Rio de Janeiro: 08 abr. 2016. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/tempo/noticia/2016/04/delacao-da-andrade-gutierrez-mostra-um-belo-monte-de-propinas.html>>. Acesso em 30 abr. 2016. Em antítese, rebatendo as informações noticiadas, v. NORTE ENERGIA. *Opção pela mentira* – Nota em resposta à coluna de Miriam Leitão. Brasília: 13 abr. 2016. Disponível em: <<http://norteenergiasa.com.br/site/2016/04/13/opcao-pela-mentira-nota-em-resposta-a-coluna-de-miriam-leitao/>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

## 1.1 As distintas formas de restrição à concorrência em contratações públicas

A boa governança na contratação pública e seu efetivo funcionamento pressupõe lidar com dois desafios distintos: garantir a integridade do processo licitatório, impedindo, para tanto, corrupção por parte dos agentes públicos; e promover efetiva competição entre os fornecedores, o que inclui, além de evitar atos de cerceamento da competição cometidos pelo próprio Estado, adotar medidas que busquem prevenir o conluio entre potenciais concorrentes<sup>19</sup>.

É possível identificar três formas típicas de cerceamento ilícito da concorrência nos certames licitatórios, quais sejam: a corrupção, as restrições competitivas provocadas pelo próprio Estado e as condutas anticoncorrenciais perpetradas pelos particulares, que tem nos cartéis a sua instrumentalização mais usual.

A OCDE alerta que corrupção e colusão, embora sejam questões distintas, estão frequentemente associadas a licitações, tanto em países desenvolvidos como em desenvolvimento<sup>20</sup>, podendo, por vezes, ocorrer simultaneamente. Seria o caso, por exemplo, de um agente público cooperar para a sustentação do conluio concedendo aos fornecedores informações privilegiadas que lhes sejam úteis.

Todavia, conceitualmente tratam-se de fenômenos diversos. O estudo da corrupção perpassa especialmente pelo exame de uma questão atinente ao problema do agente-principal<sup>21</sup>, em que o agente público busca locupletar-se em detrimento do interesse público da Administração<sup>22</sup>. Já o oferecimento de propostas em conluio, com prévio acerto entre os

<sup>19</sup> ANDERSON, Robert D; MÜLLER, ANNA CAROLINE; KOVACIC, William E. Ensuring integrity and competition in public procurement markets: a dual challenge for good governance. In: ARROWSMITH, Sue; ANDERSON, Robert D. (Ed.). *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and reform*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 681.

<sup>20</sup> OCDE. *Collusion and Corruption in Public Procurement*. 2010, p. 09. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/46235884.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2015.

<sup>21</sup> O problema do agente-principal, também denominado de problema ou dilema de agência, é comumente utilizado como ferramenta da Análise Econômica do Direito para descrever uma situação em que uma pessoa, o principal (no caso, um ente público), é representado por outra, o agente (no caso, um agente público), sendo que, por vezes, seus interesses podem se revelar conflitantes. A capacidade de o agente atuar em seu favor e em prejuízo do principal advém do fato de que, por uma questão de assimetria de informação, detém dados que o principal não possui diretamente. No estudo da corrupção considera-se que o agente público corrupto não pretende alcançar o melhor interesse público, mas sim se locupletar em detrimento da Administração, sendo que é capaz de alcançar seu intento por possuir maiores informações sobre o mercado, os potenciais ofertantes e o objeto demandado do que as detidas por outros membros estatais. Para uma visão geral sobre a utilização do problema do agente-principal na Análise Econômica do Direito, v. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5a ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, pp. 208-209 e 419-421. Para uma abordagem da teoria especificamente sob o aspecto da corrupção em licitações, v. TREPTE, Peter. *Transparency and accountability as tools for promoting integrity and preventing corruption in procurement: possibilities and limitations*. Paris: OCDE, 2005, pp. 5-8.

<sup>22</sup> Nesse sentido v. ANDERSON, Robert D; MÜLLER, ANNA CAROLINE; KOVACIC, William E. Op. cit. p. 681.

ofertantes sobre quem irá vencer o certame, é uma prática anticoncorrencial organizada por particulares, sendo certo que, por vezes, associado a tal conluio, existe um agente público ímprobo. De todo modo, ao fim, ambos os fenômenos resultam no mesmo efeito: um contrato público celebrado sem que se revelem presentes as condições mais vantajosas para a Administração<sup>23</sup>.

Além da corrupção e das condutas de cerceamento da concorrência perpetradas pelos agentes privados, há ainda uma terceira configuração corrente de mácula à competitividade nos certames. Trata-se da geração de distorções concorrenciais pelo próprio Estado, deliberada ou inadvertidamente.

Conquanto as três supracitadas formas típicas de cerceamento de concorrência nos certames licitatórios sejam fenômenos tecnicamente distintos e dotados de peculiaridades próprias, não devem ser encarados como eventos estanques e isolados entre si. De fato, em graves quadros de cerceamento concorrencial nas licitações, as referidas formas de limitação competitiva usualmente apresentam-se entrelaçadas e inter-relacionadas.

Com efeito, Mauricio Portugal Ribeiro sublinha que é comum que ocorra no procedimento licitatório o que denomina de “ciclo de locupletação ilícita da licitação”<sup>24</sup>, com “conluios, barreiras de entrada, corrupção e captura na modelagem de licitações de grandes obras, concessões comuns e PPPs”<sup>25</sup> tomando lugar simultaneamente e se materializando em um mesmo procedimento de contratação pública, de modo associado.

No cenário supracitado, haveria um agente público suscetível à influência indevida por parte dos agentes econômicos que, assim, organizaria o certame pensando em os beneficiar. Para diminuir a competitividade na licitação e evitar que concorrentes externos, que não façam parte do arranjo, disputem efetivamente o contrato e prejudiquem os interesses dos corruptores, tal agente corrompido poderia, por exemplo, erigir indevidas barreiras à entrada<sup>26</sup>. A criação de desarrazoadas e antijurídicas dificuldades ao ingresso na disputa representa a mais típica forma de restrição competitiva provocada pelo próprio Estado. Por fim, associado à corrupção e à limitação à concorrência por ato estatal, poderia ocorrer, ainda, paralelamente, a coordenação

---

<sup>23</sup> Cf. OCDE. *Collusion and Corruption in Public Procurement...*, p. 09.

<sup>24</sup> RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 12.

<sup>25</sup> Loc. cit.

<sup>26</sup> Barreiras à entrada podem ser definidas, grosso modo, como restrições de acesso de novas empresas a um determinado mercado (VARIAN. Hal R. *Microeconomia: princípios básicos*. Tradução da 6. ed. Rio de Janeiro, Elsevier: 2003, p. 429). Em licitações, as barreiras à entrada são as dificuldades, de qualquer natureza, para que potenciais concorrentes participem do certame e disputem a adjudicação contratual.

entre os potenciais competidores para frustrarem a competição por meio da organização de um cartel, com a conivência ou não do agente do Estado corrompido<sup>27</sup>.

O tratamento conjunto de todos os aspectos do referido “ciclo de locupletação ilícita da licitação” fugiria ao escopo possível para uma única dissertação. É de se ressaltar, contudo, que todas as formas típicas de restrição concorrencial nas licitações mereceriam maior atenção do Direito Administrativo brasileiro.

A despeito do reconhecimento de que tais mecanismos de cerceamento competitivo costumam se inter-relacionar na prática, o presente trabalho, por limitação do objeto, terá como cerne examinar os incentivos indevidamente gerados pelo Estado para a formação de cartéis em licitações, ou, sob outra ótica, as falhas do Poder Público em adequadamente prevenir a formação de tais conluíus.

Antes, porém, para a melhor compreensão da complexidade como um todo do quadro de possíveis restrições concorrenciais ilícitas em licitações, passa-se a analisar brevemente cada uma das três formas gerais típicas de limitação à competitividade já acima citadas.

### 1.1.1 Corrupção e restrições à concorrência

O combate à corrupção e a busca por maior integridade na contratação pública recebeu atenção de estudiosos e organismos internacionais nos últimos anos, cabendo destacar a aprovação da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, que entrou em vigor no ano de 2005, e da Convenção da OCDE sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, firmada pelo Brasil em 1997 e promulgada por decreto presidencial no ano 2000<sup>28</sup>.

Especificamente quanto às licitações, os atos de corrupção de agentes públicos podem acarretar distorções à concorrência ao favorecerem, em troca de benefícios pessoais, determinados ofertantes em detrimento dos demais.

Nesse sentido, ressalta Frédéric Jenny que, por definição, corrupção em contratação pública resulta em uma alocação de contratos distinta da que redundaria de um processo licitatório efetivamente competitivo, uma vez que o fornecedor capaz de ofertar a proposta mais

---

<sup>27</sup> Em semelhante sentido, v. RIBEIRO, Mauricio Portugal. Op. cit. 12-13.

<sup>28</sup> Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000.

vantajosa não se sagrará vencedor do certame em razão do favorecimento de alguma ordem ao agente econômico corrupto<sup>29</sup>.

Por conseguinte, a distorção concorrencial provocada pela corrupção acarretará que o erário suporte gastos maiores do que os necessários ou que o Poder Público receba bens e serviços em qualidade inferior à esperada, o que, sob qualquer vertente, significa prejuízo ao interesse público e aos princípios constitucionais da economicidade e da eficiência.

Analisando a corrupção sob perspectiva dos incentivos econômicos, Susan Rose-Ackerman e Tina Søreide destacam que o procedimento de contratação pública cria estímulos ou facilidades à corrupção por unir o problema da escassez econômica com o poder estatal para minudenciar os critérios de qualificação para participação no certame<sup>30</sup>.

Afinal, como é intuitivo observar, são limitados não só os recursos públicos destinados às compras e contratações, como também o número de contratos públicos disponíveis, de modo que os potenciais interessados devem concorrer entre si para celebrar o negócio com a Administração. No mais, inegavelmente resta ao Poder Público certa margem discricionária para especificar os critérios de participação, inclusive aqueles atinentes à habilitação, respeitando-se os requisitos do art. 37, XXI, CRFB/88.

Outros aspectos peculiares dos procedimentos de contratação pública também os tornam mais propensos à ocorrência de episódios de corrupção. É o que há muito aponta a OCDE<sup>31</sup>. O primeiro, mais óbvio, é o de que as grandes licitações, atinentes, por exemplo, a projetos de infraestrutura, frequentemente envolvem uma quantidade muito grande de recursos públicos, sendo atrativas para agentes interessados em formatar esquemas de corrupção.

Além disso, a OCDE nota que a regulação do regime licitatório usualmente torna tais procedimentos excessivamente previsíveis, o que cria facilidade para a instauração de mecanismos criminosos para o desvio dos recursos, como é o caso, naturalmente, dos próprios cartéis. Outrossim, pela quantidade de produtos, obras e serviços a serem contratados, a capacidade de monitoramento e fiscalização do Estado é costumeiramente falha, tornando o campo fértil para a corrupção<sup>32</sup>.

No Brasil, Marçal Justen Filho, em textos recentes, também se mostra preocupado com as facilidades ao surgimento de episódios de corrupção na contratação pública. Em seus termos:

---

<sup>29</sup> JENNY, Frédéric. Competition and Anti-Corruption Considerations in Public Procurement. In: *Fighting Corruption and Promoting Integrity in Public Procurement*. Paris: OCDE, 2005, p. 32.

<sup>30</sup> SØREIDE, Tina; ROSE-ACKERMAN, Susan. Corruption in State Administration. *Yale Law & Economics Research Paper n. 529*, p. 04. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2639141](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2639141)>. Acesso em: 23 jun. 2016.

<sup>31</sup> OCDE. *Collusion and Corruption in Public Procurement...*, p. 09.

<sup>32</sup> OCDE. Op. cit. p. 04.

A corrupção decorre das oportunidades ofertadas pelo direito para escolhas prepotentes do agente público. Sempre que o agente estatal dispuser de competência para escolher entre mais de uma alternativa, alguma das quais é favorável ou desfavorável ao particular, surgirá potencial oportunidade para a corrupção. E o direito administrativo brasileiro é repleto dessas previsões.<sup>33</sup>

O aumento da transparência no procedimento licitatório é considerado um relevante instrumento para o combate à corrupção<sup>34</sup>, uma vez que, com maior clareza em relação às informações relevantes e aos dados técnicos concernentes à contratação pública, além de fundamentação cristalina quanto às decisões adotadas pela Administração, incrementa-se a *accountability* dos entes licitantes perante a sociedade e os órgãos de controle, diminuindo-se, assim, a possibilidade de decisões discricionárias e arbitrárias por parte de agentes públicos e, por conseguinte, as oportunidades de corrupção.

Pela ótica da Análise Econômica do Direito, o incremento da transparência contribui para a redução da assimetria de informação entre os agentes públicos que atuam na seara licitatória e os possíveis controladores, seja na sociedade civil, seja nos órgãos institucionalmente competentes para tanto.

Não por outra razão a OCDE estabeleceu, dentre os seus dez princípios para promover a integridade nas licitações públicas<sup>35</sup>, dois concernentes à transparência nos certames: proporcionar um nível adequado de transparência em todo o ciclo de aquisições a fim de promover tratamento justo e equitativo para os potenciais fornecedores; e maximizar a transparência nos certames e tomar medidas de precaução para aumentar a integridade, em especial quanto às exceções de realização da licitação.

Entretanto, como será melhor examinado no capítulo 4, há um equilíbrio tênue entre o ganho de transparência pelo incremento da divulgação de informações, a contribuir para a redução da possibilidade de corrupção no certame, e o aumento do risco de conluio entre os concorrentes a partir do uso das mesmas informações tornadas públicas.

Isso porque duas das dificuldades concernentes à formação de um cartel referem-se à necessidade de aproximação entre os potenciais concorrentes para a negociação de um acordo

---

<sup>33</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Corrupção e contratação administrativa: a necessidade de reformulação do modelo jurídico brasileiro. *Gazeta do Povo*. Curitiba, 05 jun. 2015. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/marcal-justen-filho/corruptcao-e-contratacao-administrativa-a-necessidade-de-reformulacao-do-modelo-juridico-brasileiro-0plrukcg5ficcjzrcnfcbbu>>. Acesso em: 02 jul. 2016.

<sup>34</sup> Nesse sentido v. TREPTE, Peter. *Transparency and accountability...*, pp. 15-16.

<sup>35</sup> Os princípios estabelecidos pela OCDE versam sobre elementos concernentes à transparência, boa gestão, prevenção de má conduta e *accountability* e controle. Nesse passo, v. OCDE. *OECD Principles for Integrity in Public Procurement*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/gov/ethics/48994520.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2015.

e ao monitoramento recíproco quanto ao cumprimento ou desvio do comportamento alinhavado<sup>36</sup>. A publicidade quanto a determinadas informações pode justamente facilitar que os agentes em conluio solucionem tais dificuldades, seja por ensejar o conhecimento de quem são os usuais competidores do mercado e permitir assim a eventual fixação de um preço conjunto após o entabulamento de um acordo, seja ao permitir que os particulares em conluio fiscalizem o comportamento adotado pelos parceiros no certame com o escopo de verificar se algum está tentando desviar da estratégia combinada<sup>37</sup>.

No Brasil, a Lei nº 12.846/2013, apelidada de lei anticorrupção, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública nacional ou estrangeira, aponta dentre os atos lesivos para os fins daquela lei alguns relacionados a licitações e contratos. Revela-se, assim, a preocupação também nacional com condutas de corrupção, nos termos da lei, passíveis de desvirtuar a contratação pública.

De acordo com o art. 5º, IV, podem configurar como sancionáveis no bojo da lei anticorrupção tanto atos relativos ao cerceamento competitivo do procedimento licitatório por meio de colusão entre os particulares (inciso “a”), com também em razão do eventual oferecimento de benefícios a agentes públicos para impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público ou para fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente (incisos “b” e “d”).

A lei também busca abarcar atos de corrupção privada ao sancionar o oferecimento de vantagens de qualquer tipo por um potencial competidor a outro com o escopo de afastá-lo ou procurar afastá-lo do certame (inciso “c”).

A promoção à livre concorrência é considerada um dos mais hábeis instrumentos para o combate à corrupção. Nas palavras de Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães, sendo “instalada e prestigiada a efetiva competição entre os interessados, o vencedor será objetivamente consagrado em razão de ter apresentado a proposta mais vantajosa para a Administração”<sup>38</sup>.

Por todo o exposto, tamanha é a propensão para a existência de corrupção nas licitações que a Transparência Internacional, organização não-governamental que se dedica ao estudo do

---

<sup>36</sup> No mesmo sentido v. ANDERSON, Robert D; MÜLLER, ANNA CAROLINE; KOVACIC, William E. Op. cit. p. 693.

<sup>37</sup> O tema será retomado de maneira mais detida no capítulo 4 da dissertação.

<sup>38</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação Pública – A Lei Geral de Licitação - LGL e o Regime Diferenciado de Contratações - RDC*. 2. ed. rev. aument. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 114.

tema, estima que a corrupção pode aumentar o custo dos projetos licitados em até 50% do valor<sup>39</sup>. Em projeção mais modesta, embora tão grave quanto, a OCDE acredita que de 20 a 25% do valor dos contratos públicos licitados seja perdido para corrupção<sup>40</sup>.

De todo modo, o custo da corrupção na licitação não deve ser medido apenas pelo valor monetário despendido a mais pelo erário. O desvio terá também como consequência, além de menoscar os princípios constitucionais da eficiência, livre iniciativa, moralidade e economicidade, levar à aquisição de bens ou à contratação de projetos públicos de menor qualidade ou segurança, ao fracasso da política pública planejada pela obtenção de um resultado inferior por um preço maior do que o pretendido e, como consequência, ao não atingimento do interesse público<sup>41</sup>.

### 1.1.2 Restrições à concorrência produzidas pela própria Administração

O funcionamento do processo licitatório pressupõe que haja disputa entre os potenciais fornecedores. Por conseguinte, é fundamental que a própria Administração também não gere desnecessárias distorções concorrenciais, seja em sentido estrito – no próprio certame em si –, seja na dinâmica do mercado como um todo<sup>42</sup>.

Com efeito, as próprias regras licitatórias, se elaboradas acriticamente, são capazes de afetar a dinâmica do mercado e limitar a concorrência. O jurista espanhol Albert Sánchez Graells chega a afirmar que a luta contra restrições à competitividade produzidas pela própria Administração deveria ser o principal objetivo da política concorrencial<sup>43</sup>.

Cumpra aqui observar uma diferença marcante da aplicação de princípios concorrenciais às contratações públicas em comparação aos demais mercados. Usualmente, na rotina das relações econômicas em um mercado, as condutas anticompetitivas são perpetradas por agentes econômicos que atuam no lado da oferta de bens e serviços, sendo tratadas pelo

<sup>39</sup> Cf. TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Public Procurement*. Disponível em: <[http://www.transparency.org/topic/detail/public\\_procurement](http://www.transparency.org/topic/detail/public_procurement)>. Acesso em: 24 jun. 2016.

<sup>40</sup> OCDE. *Implementing the OECD Principles for Integrity in Public Procurement: Progress since 2008*, p. 21. Disponível em: <[http://www.oecd-ilibrary.org/governance/implementing-the-oecd-principles-for-integrity-in-public-procurement\\_9789264201385-e](http://www.oecd-ilibrary.org/governance/implementing-the-oecd-principles-for-integrity-in-public-procurement_9789264201385-e)>. Acesso em: 24 jun. 2016.

<sup>41</sup> Cf. TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Curbing corruption in public procurement – a practical guide*, p. 04. Disponível em: <[http://www.transparency.org/whatwedo/publication/curbing\\_corruption\\_in\\_public\\_procurement\\_a\\_practical\\_guide](http://www.transparency.org/whatwedo/publication/curbing_corruption_in_public_procurement_a_practical_guide)>. Acesso em: 24 jun. 2016.

<sup>42</sup> No mesmo sentido, v. SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. More competition-oriented public procurement to foster social welfare. In: THAI, K. V. (Ed.) *Towards new horizons in public procurement*, p. 3. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1576698](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1576698)>. Acesso em: 18 out. 2015.

<sup>43</sup> SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. *Public Procurement and the EU Competition Law*. 2<sup>nd</sup> ed. Oxford: Hart Publishing Ltd., 2015, p. 7.



Direito da Concorrência. Já quando se analisa a contratação pública, a restrição à competição pode advir também de práticas adotadas pela própria Administração, ou seja, pelo lado da demanda, devendo, portanto, ser enfrentada primordialmente pelo Direito Administrativo<sup>44</sup>.

Versando sobre a relação do Direito Administrativo com a regulação dos mercados na atual era da globalização, Marco D'Alberti coloca que, atualmente, princípios e regras do Direito da Concorrência passam também a ser relevantes no exercício do Poder Público, e não apenas para a supervisão dos agentes privados<sup>45</sup>. Embora o foco do autor pareça ser a regulação de atividades econômicas *lato sensu*, inclusive serviços públicos, observa-se a mesma ótica também quanto à regulação da contratação pública, que precisa ser aprimorada com base em princípios que anteriormente restavam confinados no âmbito do Direito Antitruste.

Na União Europeia tal preocupação se faz muito presente pela busca de inserção de maior competitividade no regramento licitatório como forma de se eliminar uma espécie de barreira não-tarifária ao comércio dentro na comunidade, constituída pela concessão de preferência às empresas nacionais<sup>46</sup>. A abordagem regulatória que se almeja, assim, é a de se aumentar o acesso das empresas aos mercados de contratação pública ao redor do bloco.

Frise-se que o ponto que se coloca não é o de restrições à competição por práticas concertadas adotadas pelos agentes privados que deveriam disputar entre si, mas sim pelo próprio Poder Público, que cerceia competição em prejuízo da maior integração do bloco.

Nesse sentido, o jurista português João Caupers reforça que se constatou na União Européia que principal ameaça à concorrência advinha menos da atuação de empresas privadas suficiente poderosas para distorcerem a concorrência e mais dos próprios Estados, capazes de excluir o acesso a empresas de diferentes Estados membros<sup>47</sup>.

Há pelo menos duas usuais condutas anticompetitivas praticadas pelo Poder Público<sup>48</sup>: a criação indevida de restrições à participação no certame licitatório, que acabam por se constituir em verdadeiras barreiras à entrada no mercado, e o abuso do poder de compra.

Em relação à primeira questão, documento produzido pelas Nações Unidas ressalta a importância de expandir o círculo de potenciais ofertantes, eliminando eventuais desnecessários

<sup>44</sup> BOVIS, Christopher. *EU Public Procurement Law*. 2. ed. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2012, pp. 21-22.

<sup>45</sup> D'ALBERTI, Marco. Administrative law and the public regulation of markets in a global age. In: ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L. (Org.) *Comparative Administrative Law*. Northampton: Edward Elgar, 2010, pp. 69-71.

<sup>46</sup> BOVIS, Christopher. Op. cit. p. 1.

<sup>47</sup> CAUPERS, João. *Contratação Pública e Concorrência*. In: TRABUCO, Cláudia; EIRÓ, Vera (Org.) *Contratação Pública e Concorrência*. Coimbra: Almedina, 2013, Edição para Kindle, posição 47-52.

<sup>48</sup> Para outros exemplos de limitações à competição advindas do regramento licitatório ver ANDERSON, Robert D; MÜLLER, ANNA CAROLINE; KOVACIC, William E. Op. cit. pp. 712-714.

requisitos de habilitação, fomentando a participação à distância, em escala nacional, liberalizando ao menos para alguns segmentos a competição inclusive para fornecedores estrangeiros e facilitando a participação de micro e pequenas empresas<sup>49</sup>.

A intenção de aumentar a competição por meio da maximização do número de participantes também figura expressamente em recomendação da OCDE aprovada no ano de 2012 e publicada em documento denominado “*Recommendation of the OECD Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement*”<sup>50</sup>.

No Brasil, Alexandre Santos de Aragão salienta que o princípio da competitividade deveria vedar qualquer favorecimento ou tratamento discriminatório nas licitações, sendo verdadeira expressão do próprio princípio da proporcionalidade. Assim, exemplificando o argumento em relação aos requisitos para habilitação, expõe o autor que exigências “além daquelas obrigatórias em todas as licitações ou o maior detalhamento técnico dos objetos a serem adquiridos, só podem ser admitidos quando, entre os meios adequados para se obter um bom contrato, forem os meios menos restritivos da competitividade”<sup>51</sup>.

Também Sánchez Graells sustenta que o desenho das licitações deve garantir amplo acesso a todos os potenciais interessados, sendo certo que, para tanto, as regras de habilitação devem ser as menos restritivas possíveis. Outrossim, devem-se minimizar os custos de participação, o que pode atrair empresas de menor porte, além de se facilitar o acesso às informações relevantes para as concorrentes interessadas no contrato<sup>52</sup>.

Em semelhante sentido, Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães defendem que a Administração deve ter a cautela de não cercear indevidamente o acesso ao mercado por parte dos potenciais competidores, cabendo fomentar a maior participação possível.

O princípio da livre concorrência implica a garantia de que os interessados aptos a participar da licitação tenham acesso equânime e irrestrito às informações públicas do respectivo certame e também impede a instalação de condutas que agridam a isonomia entre os participantes. Há o dever de conjugar a promoção passiva da concorrência (liberdade de informação, liberdade de acesso etc) com condutas ativas pró-concorrenciais (incentivos à participação do maior número de interessados, inibição à

<sup>49</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Competition policy and public procurement*. Note by the UNCTAD secretariat, pp. 08-10. Disponível em: <[http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpd14\\_en.pdf](http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpd14_en.pdf)>. Acesso em: 18 out. 2015.

<sup>50</sup> OCDE. *Recommendation of the OECD Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/RecommendationOnFightingBidRigging2012.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2015.

<sup>51</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 293.

<sup>52</sup> SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. *More competition-oriented public procurement...*, p. 3.

formação de cartéis etc). O princípio exige que os requisitos impostos pelo edital sejam os que celebrem a maior participação possível – tanto em termos de número de interessados como no que respeita à interação com as autoridades administrativas. (esclarecimentos, impugnações, informações etc)<sup>53</sup>.

No que concerne ao possível abuso do poder de compra, Christopher Bovis observa que nas compras públicas, por vezes, o agente econômico dominante do mercado aparentemente é a Administração, que se situa no lado da demanda da relação comercial, enquanto que os operadores privados, pelo lado da oferta, lutam para conseguir acesso ao mercado<sup>54</sup>. Assim, nesses casos, as distorções concorrenciais podem ser cometidas pelo demandante.

Utilizando a nomenclatura de “abuso de posição adjudicante”, Pedro Costa Gonçalves igualmente afirma ser real a possibilidade de entes licitantes utilizarem indevidamente a sua posição e acarretarem prejuízos à concorrência no mercado. Destaca o autor:

Com efeito, importa ter presente que os mercados públicos – entendidos aqui como mercados de procura e oferta de bens e serviços dominados por compradores públicos – apresentam muitas vezes o comprador público em posição de monopólio (“posição dominante do comprador”, “buyer power”, “poder de compra”) e, por conseguinte, em situação de abusar ou explorar as empresas (lado da oferta). A situação apresenta-se, assim, invertida em relação ao que se passa nos mercados privados, nos quais os episódios de abuso têm a sua origem precisamente no lado da oferta (práticas colusivas entre as empresas, abusos de posição dominante da venda), surgindo como suscetível de exploração o lado da procura (consumidores)<sup>55</sup>.

As questões acima expostas, atinentes a possíveis distorções competitivas provocadas pela própria Administração no certame, permanecem pouco exploradas no Direito Administrativo brasileiro e representariam, também, um rico campo de estudo, mas que escapa dos limites possíveis para a presente dissertação.

Por outro lado, é óbvio que algumas práticas estatais de restrição concorrencial, como o estabelecimento desnecessário de barreiras à entrada no certame, também potencializam a formação de conluíus por parte dos agentes privados, uma vez que, com menor número de potenciais ofertantes, é mais fácil às empresas alcançarem um acordo entre si. Tal constatação não será desconsiderada nesse trabalho e será objeto de estudo na medida em que a referida atuação estatal contribuir para a organização de uma colusão entre particulares.

<sup>53</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação Pública – A Lei Geral de Licitação - LGL e o Regime Diferenciado de Contratações - RDC*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 94.

<sup>54</sup> BOVIS, Christopher. Op. cit. p. 21.

<sup>55</sup> GONÇALVES, Pedro Costa. *GONÇALVES, Pedro Costa. Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 413.

### 1.1.3 Restrições à concorrência em razão de condutas perpetradas pelos particulares – A questão dos cartéis em licitações

As clássicas condutas dos agentes econômicos privados tendentes à dominação do mercado, abordadas pela literatura do antitruste<sup>56</sup>, também podem ser adotadas com o escopo de obtenção de maiores lucros em certames licitatórios. Por exemplo, seria possível vislumbrar, teoricamente, a adoção de preço predatório<sup>57</sup> por uma empresa em determinado mercado de interesse de compras públicas, com o escopo de eliminar os potenciais concorrentes. Igualmente, poder-se-ia imaginar a prática de *sham litigation*<sup>58</sup> por um ofertante com o escopo de prejudicar adversários, pretendendo-se obter, para se cogitar de uma possibilidade diretamente relacionada com licitações, a inabilitação dos concorrentes no certame.

Contudo, a despeito de haver ilimitadas possibilidades de orquestrações privadas para o prejuízo ilegal a um concorrente, não há dúvidas de que o método mais usual de cerceamento da competição por conduta dos particulares em uma licitação é o conluio, na forma de um cartel<sup>59</sup>. O presente estudo, ao versar sobre a potencial cartelização em licitações, insere-se justamente nessa terceira forma típica de restrição à concorrência em contratações públicas.

Ocorre que enfrentar eficazmente o risco do surgimento de cartéis não é tarefa fácil. Afinal, por suas peculiaridades, as licitações concedem ambiente fértil para a proliferação dos conluios entre os potenciais ofertantes<sup>60</sup>.

Com efeito, notam Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães que a participação de empresas de um mesmo setor econômico ou geográfico em certames semelhantes leva, ao longo do tempo, a uma tendência de aproximação das empresas

<sup>56</sup> As principais condutas em espécie são examinadas em SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 458-610. Ver também FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pp. 285-396.

<sup>57</sup> O art. 36, § 3º, XV, da Lei nº 12.529/2011 aponta que constitui infração da ordem econômica “vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo”.

<sup>58</sup> A antiga Secretaria de Direito Econômico – SDE definiu *sham litigation* como “o uso indevido de procedimentos e regulamentações públicas, incluindo procedimentos administrativos e judiciais, com o intuito de prejudicar concorrentes, constituindo-se, assim, possível abuso de poder econômico apto a ser punido nos termos da Lei n. 8.888/94.” SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO. *Relatório de Gestão*, p. 101. Disponível em: <[https://www.justica.gov.br/Acesso/auditorias/arquivos\\_auditoria/secretaria-de-direito-economico-sde/relatorio-de-gestao-de-2008.pdf](https://www.justica.gov.br/Acesso/auditorias/arquivos_auditoria/secretaria-de-direito-economico-sde/relatorio-de-gestao-de-2008.pdf)>. Acesso em: 07 maio 2016.

<sup>59</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Op. cit. p. 12.

<sup>60</sup> Sobre o tema, ver também LIRA, Bruno; NÓBREGA, Marcos. O Estatuto do RDC é contrário aos cartéis em licitação? Uma breve análise baseada na Teoria dos Leilões. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, out./dez. 2011, pp. 4-6. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDIexibepdf.aspx?tipoConteudo=Normal&vw=S&pdicntd=76299&idPublicacao=6>>. Acesso em: 20 set. 2015.

concorrentes, capaz de conduzir por vezes à acomodação, tácita ou expressa, para arrefecer a rivalidade e repartir o mercado<sup>61</sup>.

Em documento, a ONU indica que há três elementos essenciais a considerar na formação de uma colusão: em primeiro lugar, as empresas precisam conhecer seus potenciais concorrentes. Além disso, necessitam se comunicar. Por fim, devem chegar a um acordo entre si. Nesse passo, qualquer iniciativa do Direito que afete a habilidade das empresas em alcançar tais elementos dificultará a formação do cartel<sup>62</sup>.

Há diversos aspectos relevantes do Direito Administrativo das licitações que podem ser manejados para a facilitação ou para o impedimento da formação de conluíus, como a escolha entre um leilão dinâmico ou de preço único e fechado, a divisão ou não do contrato em diferentes lotes, a possibilidade de formação de consórcios ou de realização de subcontratações, a frequência da realização dos leilões e a duração dos contratos, dentre outros temas que serão explorados no capítulo 4 da dissertação.

## **1.2 A importância da promoção e da proteção da concorrência nas contratações públicas**

Na seção anterior abordaram-se as distintas formas de restrição à concorrência em contratações públicas, destacando-se que os cartéis são o principal mecanismo – e provavelmente o mais danoso – de limitação competitiva por ato dos próprios agentes privados.

A reflexão sobre tais aspectos poderia conduzir à indagação sobre o porquê de a concorrência ser um valor tão caro às contratações públicas em geral e aos procedimentos licitatórios em particular. Em outros termos: poder-se-ia cogitar a razão de o cerceamento da competição na seara licitatória ser um problema, de modo que comportamentos tendentes à eliminação ou limitação da concorrência devam ser coibidos pelo Direito.

Para a completa compreensão de tais questões, é imprescindível que se examine a livre concorrência não apenas considerando a sua natureza jurídica de princípio constitucional, mas também que se estude o tema sob a ótica das ciências econômicas.

---

<sup>61</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Licitação Pública – A Lei Geral de Licitação - LGL e o Regime Diferenciado de Contratações - RDC. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 95.

<sup>62</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Op. cit. p. 12.

### 1.2.1 A livre iniciativa e a livre concorrência como princípios constitucionais da ordem econômica brasileira

Após a promulgação da Constituição de 1988, o Direito Constitucional brasileiro sofreu, gradativamente, significantes mudanças em seus paradigmas teóricos. Com alguma ousadia é possível dizer que pela primeira vez na história do país encarava-se uma Constituição como um texto jurídico “para valer”<sup>63</sup>.

O entendimento, hoje consolidado, de que a Constituição se trata de verdadeiro documento jurídico<sup>64</sup>, sendo que suas regras e princípios possuem força normativa, decorre de transformações ocorridas na visão sobre a teoria constitucional ao longo das últimas décadas, que, em conjunto, restaram conhecidas como neoconstitucionalismo<sup>65</sup>.

Observa o Ministro Luis Roberto Barroso que, contemporaneamente, a Constituição passou a ser vista como um “sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central”<sup>66</sup>. Eros Grau assevera, na mesma toada, que todos os princípios

<sup>63</sup> A feliz expressão é de Luis Roberto Barroso, no texto “A efetividade das normas constitucionais – Por que não uma Constituição para valer?”, cf. BARROSO, Luis Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, pp. 55-98.

<sup>64</sup> Para aqueles que passaram a vivenciar o estudo do Direito a partir da década de 1990 ou dos anos 2000, parece natural e evidente a lógica de que o texto constitucional é dotado de força normativa e efetividade. Todavia, tal leitura do Direito Constitucional, a despeito de se encontrar sedimentada nos dias atuais, revela-se, em verdade, conquista relativamente recente no país. Anteriormente ao triunfo do neoconstitucionalismo, à Carta Constitucional era assegurado um papel predominantemente de documento político, que servia para prever organização de instituições, além de determinados princípios, direitos e garantias que não necessariamente eram seguidos ou se materializavam na vida prática, dependendo, para tanto, da decisão da Administração ou dos legisladores. A busca pelo reconhecimento de força normativa aos princípios e regras constitucionais exigiu um esforço acadêmico de juristas brasileiros, em movimento que restou conhecido como “doutrina brasileira da efetividade”. Nesse sentido, v. BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à Saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, p. 05. Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude\\_-\\_judicializacao\\_-\\_Luis\\_Roberto\\_Barroso.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf)>. Acesso: 28 mar. 2016.

<sup>65</sup> Relacionando o conjunto de mudanças ocorridas após a promulgação da Constituição de 1988, associadas ao surgimento de novos paradigmas na teoria constitucional, que se convencionou chamar de neoconstitucionalismo, Daniel Sarmento cita dentre os fenômenos reciprocamente implicados: a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização de sua importância; b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico; c) constitucionalização do direito, com irradiação dos valores constitucionais a todo o ordenamento; d) reaproximação do Direito e moral; e) judicialização das relações sociais, com deslocamento da esfera decisória sobre questões relevantes para o Judiciário em detrimento do Executivo e Legislativo. (SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*, p. 1. Disponível em: <[http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel\\_sarmento\\_o\\_neoconstitucionalismo\\_no\\_brasil1.pdf](http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel_sarmento_o_neoconstitucionalismo_no_brasil1.pdf)>. Acesso em: 28 mar. 2016.)

<sup>66</sup> Idem. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5a ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 355-356.

– explícitos ou implícitos – constituem normas jurídicas, gênero que engloba, como suas espécies, as regras e os princípios<sup>67</sup>.

O Ministro Roberto Barroso aponta, ainda, que os princípios constitucionais podem ser classificados como fundamentais, gerais ou setoriais<sup>68</sup>. Os fundamentais expressariam decisões basilares da constituição do Estado. No Brasil, seriam os casos, por exemplo, daqueles indicados no art. 1º da CRFB/88, como o princípio republicano, democrático e federativo.

Para a temática do presente trabalho, é importante notar que a livre iniciativa, em conjunto com o valor social do trabalho, também restou consagrada como princípio fundamental no país, conforme art. 1º, IV, da Constituição.

Já os princípios gerais seriam importantes especificações dos princípios fundamentais, embora não integrem o núcleo das decisões mais importantes que conformam o Estado. São exemplos os princípios da legalidade ou da isonomia, inseridos no art. 5º da Lei Fundamental<sup>69</sup>.

Finalmente, os princípios setoriais seriam aqueles que consagram valores fundamentais para determinado tema, capítulo ou título constitucional. Os ditos setoriais são princípios fundamentais nos limites de seu âmbito de relevância, irradiando o seu conteúdo axiológico sobre todas as normas infraconstitucionais. Servem, destarte, como verdadeiro norte hermenêutico e como valor a ser perseguido pelos Legisladores ou aplicadores e intérpretes da norma. Luis Roberto Barroso cita como exemplo de um princípio setorial justamente o da livre concorrência, atinente à ordem econômica constitucional<sup>70</sup>.

Frise-se, assim, que a Constituição destaca a livre iniciativa, sempre em conjunto com o valor social do trabalho<sup>71</sup>, como um princípio fundamental da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1º, IV, CRFB/88. Além disso, a livre iniciativa é também suscitada como fundamento da ordem econômica do país, novamente associada à valorização do trabalho humano, conforme art. 170, *caput*, CRFB/88.

---

<sup>67</sup> GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito*. 5. ed, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 49.

<sup>68</sup> Ibid. pp. 174-177.

<sup>69</sup> Ibid. p. 175-176.

<sup>70</sup> Cf. BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5a ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 364-365.

<sup>71</sup> Eros Grau defende que não se deve interpretar o art. 1º, IV, CRFB/88 simplesmente destacando, de um lado, “o valor social do trabalho” e, de outro, a “livre iniciativa”. Para o autor, a livre iniciativa não é tutelada na Constituição como valor individualista, mas sim no quanto expressa de socialmente valioso. (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 198). De fato, parece-nos igualmente que o constituinte houve por bem deliberadamente associar ambos os referidos princípios, com o escopo de deixar claro ao intérprete que a livre iniciativa, conceito associado à liberdade de empreender e trabalhar no sistema capitalista, deve ser tutelada tendo como norte o bem-estar da sociedade.

Nesse contexto, considerando a relevância concedida pelo constituinte originário aos princípios da livre iniciativa e do valor social do trabalho, certo é que as ações do Estado, assim como as interpretações das normas constitucionais e infraconstitucionais, devem considerar tais princípios, em particular no que concerne à ordem econômica<sup>72</sup>.

O princípio da livre iniciativa pode ser desdobrado em alguns conteúdos diversos, dentre os quais figuram, exemplificativamente, a existência de propriedade privada, a liberdade de empresa e – o que é central para o estudo em curso – o princípio da livre concorrência, insculpido no art. 170, IV, CRFB/88<sup>73</sup>.

Considerando que a livre iniciativa e a livre concorrência são inequivocamente princípios constitucionais, não é surpresa que nem a Constituição, nem a legislação infraconstitucional, minudenciem exatamente os seus conteúdos

Como bem expõe Eros Roberto Grau, livre iniciativa é um conceito amplo, não se limitando à imediata associação que costumeiramente se faz do mencionado princípio à liberdade econômica ou de iniciativa econômica, que resulta da referência à livre iniciativa no *caput* do art. 170, CRFB/88<sup>74</sup>.

Tendo em conta a abertura semântica do referido princípio, não é correto defender concepções fundamentalistas para a livre iniciativa. Em outros termos, a partir da simples menção à livre iniciativa na Constituição não se mostra pertinente entender que o constituinte teria optado por um modelo econômico de cunho francamente liberal. Tal leitura significaria impor uma doutrina particular à exegese constitucional, cerceando o necessário espaço democrático para a deliberação política sobre os rumos de organização econômica a serem adotados<sup>75</sup>. De fato, compreender a Constituição “em termos republicanos, democráticos e plurais significa abri-la a todas as proposições políticas que não contrariem a estrutura básica da democracia constitucional”<sup>76</sup>.

---

<sup>72</sup> Nesse sentido são as lições de BARROSO, Luis Roberto. *A ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços*. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº 14, junho/agosto, 2002, p. 03. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_14/DIALOGO-JURIDICO-14-JUNHO-AGOSTO-2002-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_14/DIALOGO-JURIDICO-14-JUNHO-AGOSTO-2002-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf)>. Acesso em: 02 abr. 2016.

<sup>73</sup> *Ibid.* pp. 03-04.

<sup>74</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 199. Conforme lições do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, a livre iniciativa representa um dos desdobramentos da liberdade como fundamento e objetivo da República Federativa do Brasil (art. 3º, I, CRFB/88) e como direito fundamental (art. 5º, *caput*, CRFB/88). Não se poderia reduzi-la, portanto, apenas à noção de liberdade de iniciativa econômica, cujo titular seria a empresa. A livre iniciativa, em seu conteúdo, guarda relação também com a liberdade de trabalho, inclusive, no que nos parece, não apenas com a ideia de valorização do trabalho, como também de livre exercício do trabalho pelo indivíduo (*Ibid.* pp. 200-205).

<sup>75</sup> É o entendimento expresso por SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa*. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. VIII, p. 623-666, 2008, p. 636.

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 639.



Na concepção de Cláudio Pereira de Souza Neto e de José Vicente Santos de Mendonça, a que anuímos, o constituinte apenas houve por bem garantir a livre iniciativa como fórmula genérica. Todavia, seus concretos espaços de construção e especificação são próprios da deliberação política<sup>77</sup>.

Nesses termos, restando ao espaço político a melhor definição dos limites da adoção da livre iniciativa, não é adequada a interpretação de que o constituinte originário teria institucionalizado o *laissez-faire* no país, pautando-se em uma doutrina econômica liberal e abrangente<sup>78</sup>. Uma interpretação sistemática da constituição permite perceber que o texto faz menção a ideias que não se adequam ao liberalismo extremado. Definitivamente não houve, no país, constitucionalização do amplo liberalismo econômico<sup>79</sup>. Entender de maneira diversa significaria excluir da possibilidade de decisão política modelos que, embora capitalistas e abertos à iniciativa privada, optem por maior intervenção estatal na economia<sup>80</sup>.

Note-se, ainda, que a livre iniciativa, como qualquer princípio ou direito, não possui caráter absoluto. Cabe ao Estado, quando necessário, intervir não apenas para a concretização dos demais princípios da ordem constitucional, mas também para impedir que a liberdade de iniciativa de um competidor não seja interpretada como autorizadora de práticas restritivas da concorrência, que, por fim, acarretariam restrições à livre iniciativa de outros particulares<sup>81</sup>.

No mesmo sentido do que aqui defendido, Tércio Sampaio Ferraz também sustenta que não se poderia conceder à livre iniciativa um caráter absoluto que excluísse a atividade normativa e reguladora do Estado. Veja-se:

Nestes termos, o art. 170, ao proclamar a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano como fundamentos da ordem econômica está nelas reconhecendo a sua base, aquilo sobre o que ela se constrói, ao mesmo tempo sua *conditio per quam* e *conditio sine qua non*, os fatores sem os quais a ordem reconhecida deixa de sê-lo,

<sup>77</sup> Ibid., p. 640.

<sup>78</sup> Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. VIII, p. 623-666, 2008, pp. 657-658.

<sup>79</sup> Com efeito, a Constituição brasileira está repleta de enunciados que indicam que a livre iniciativa não é para o constituinte um valor absoluto, não havendo espaço, portanto, para o entendimento de que houve a sedimentação na constituição do *laissez-faire* econômico. Não se pode olvidar que a ordem econômica, conforme art. 170, *caput*, se funda não apenas na livre iniciativa, mas também na valorização do trabalho humano, devendo, ainda, observar princípios que inequivocamente exigem a intervenção regulatória estatal para sua concretização, como função social da propriedade, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais, busca pelo pleno emprego e favorecimento para as pequenas empresas. Até mesmo o princípio da livre concorrência, como se demonstrará em seguida, depende da vigilância do Estado para não restar violado no mercado.

<sup>80</sup> Novamente, adere-se, aqui, ao entendimento expresso por Cláudio Pereira de Souza Neto e José Vicente de Mendonça no enriquecedor artigo a que já se referiu anteriormente. Nesse sentido v. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Op. cit. pp. 657-658.

<sup>81</sup> É o que defendem, dentre outros, GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliano Oliveira. *Direito Antitruste*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 52.

passa a ser outra, diferente, constitucionalmente inaceitável. Particularmente a afirmação da livre iniciativa, que mais de perto nos interessa neste passo, ao ser estabelecida como fundamento, aponta para uma ordem econômica reconhecida então como contingente. Afirmar a livre iniciativa como base é reconhecer na liberdade um dos fatores estruturais da ordem, é afirmar a autonomia empreendedora do homem na conformação da atividade econômica, aceitando a sua intrínseca contingência e fragilidade; é preferir, assim, uma ordem aberta ao fracasso a uma ‘estabilidade’ supostamente certa e eficiente. Afirma-se, pois, que a estrutura da ordem está centrada na atividade das pessoas e dos grupos e não na atividade do Estado. Isto não significa, porém, uma ordem do *laissez faire*, posto que a livre iniciativa se conjuga com a valorização do trabalho humano, mas a liberdade, como fundamento, pertence a ambos. Na iniciativa, em termos de liberdade negativa, da ausência de impedimentos e da expansão da própria criatividade. Na valorização do trabalho humano, em termos de liberdade positiva, de participação sem alienações na construção da riqueza econômica. Não há, pois, propriamente, um sentido absoluto e ilimitado na livre iniciativa, que por isso não exclui a atividade normativa e reguladora do Estado. Mas há ilimitação no sentido de principiar a atividade econômica, de espontaneidade humana na produção de algo novo, de começar algo que não estava antes. Esta espontaneidade, base da produção da riqueza, é o fator estrutural que não pode ser negado pelo Estado. Se, ao fazê-lo, o Estado a bloqueia e impede, não está intervindo, no sentido de normar e regular, mas está dirigindo e, com isso, substituindo-se a ela na estrutura fundamental do mercado<sup>82</sup>.

Como anteriormente ressaltado, a livre iniciativa pode ser desdobrada, dentre outros elementos, na livre concorrência, que na Constituição restou prevista como princípio no art. 170, IV, CRFB/88.

A consagração da livre concorrência como princípio constitucional expressa a crença advinda da teoria econômica neoclássica, aparentemente adotada pelo constituinte originário, de que, em geral, quanto maior a competição, menores tendem a ser os preços e maiores são os incentivos à redução de custos, à melhoria de qualidade e à inovação tecnológica<sup>83</sup>. Assim, a proteção à livre concorrência é um norte a ser buscado na organização econômica pátria.

Em razão do entendimento de que a concorrência tende a incrementar o bem-estar da sociedade, a Constituição, ao tutelar tal princípio, assegura que os agentes econômicos não apenas possuem um direito subjetivo à livre concorrência, como também um dever de não incorrerem em práticas anticoncorrenciais. Nesses termos são as lições do Ministro Luis Roberto Barroso:

O princípio da livre concorrência, corolário direto da liberdade de iniciativa, expressa a opção pela economia de mercado. Nele se contém a crença de que a competição entre os agentes econômicos, de um lado, e a liberdade de escolha dos consumidores, de outro, produzirão os melhores resultados sociais: qualidade dos bens e serviços e

<sup>82</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A economia e o controle do Estado. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 04 jun. 1989, *apud* GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 204.

<sup>83</sup> Os benefícios da concorrência, segundo a teoria econômica neoclássica, serão explicitados na seção 1.2.2 da dissertação.

preço justo. Daí decorre que o Poder Público não pode pretender substituir a regulação natural do mercado por sua ação cogente, salvo as situações de exceção que serão aqui tratadas. Por outro lado, os agentes privados têm não apenas direito subjetivo à livre concorrência, mas também o dever jurídico de não adotarem comportamentos anticoncorrenciais, sob pena de se sujeitarem à ação disciplinadora e punitiva do Estado<sup>84</sup>.

A livre concorrência também guarda, nos mesmos moldes da livre iniciativa, características de conteúdo e de estrutura normativa próprias dos princípios<sup>85</sup>, vez que indica um fim ou valor a ser alçado e um estado ideal, sendo possível a sua tutela por meio de distintos mecanismos. Desse modo, pela simples leitura da Constituição não resta claro qual é exatamente o conteúdo e a dimensão da livre concorrência constitucionalmente protegida.

Nessa ordem de ideias, Tercio Sampaio Ferraz Junior assevera que é preferível tratar a concorrência como um fenômeno real, sem prévia determinação conceitual normativa de seu conteúdo<sup>86</sup>. Expõe que o modelo neoclássico de concorrência perfeita, por exemplo, que melhor será analisado na próxima seção, seria uma concepção idealizada e pouco útil da livre concorrência, em função de seu afastamento da realidade prática. Assim, por sua visão, qualquer tentativa de conceituação de concorrência poderia estreitar sua aplicabilidade jurídica.

Por conseguinte, nas palavras do referido autor, em vez de buscar definir juridicamente o princípio da livre concorrência por uma conceituação de concorrência, “a literatura tem-se encaminhado para uma compreensão do princípio como uma decorrência da liberdade de iniciativa enquanto um aspecto e uma das extensões das liberdades individuais”<sup>87</sup>.

---

<sup>84</sup> BARROSO, Luis Roberto. A ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº 14, junho/agosto, 2002, p. 09. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_14/DIALOGO-JURIDICO-14-JUNHO-AGOSTO-2002-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_14/DIALOGO-JURIDICO-14-JUNHO-AGOSTO-2002-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf)>. Acesso em: 02 abr. 2016.

<sup>85</sup> Luis Roberto Barroso destaca que princípios e regras são normas jurídicas de igual hierarquia, diferenciando-se apenas por alguns critérios, dentre os quais se destacam o conteúdo, a estrutura normativa e o modo de aplicação. Quanto ao conteúdo, as regras seriam “relatos objetivos descritivos de condutas a serem seguidas”, enquanto que os princípios expressariam “valores ou fins a serem alcançados”. No que tange à estrutura normativa, regras seguiriam o modelo tradicional de “previsão de um fato – atribuição de um efeito jurídico”, enquanto que os princípios indicariam “estados ideais” e comportariam realizações “por meio de variadas condutas”. No que se refere ao modo de aplicação, as regras se aplicariam mediante subsunção, enquanto que os princípios, quando em colisão com outros, aplicar-se-iam mediante ponderação. (BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5a ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 356-357). De fato, nos termos das lições do mencionado doutrinador, quanto ao conteúdo, a livre concorrência expressa um fim ou valor a ser alçado, enquanto que, em relação à sua estrutura normativa, indica um estado ideal, sendo possível a sua tutela por meio de distintos mecanismos.

<sup>86</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Concorrência como tema constitucional: política de estado e de governo e o Estado como agente normativo e regulador. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, vol. 16, jan. 2009, p. 03.

<sup>87</sup> Loc. cit.

O princípio da livre concorrência tampouco se confunde com o conceito de livre mercado ou com a noção de *laissez-faire*<sup>88</sup>. Em primeiro lugar, porque a preservação da competição sadia exige o estabelecimento de normas e a eventual intervenção estatal para a garantir, inclusive por meio da sanção das condutas anticompetitivas. Outrossim, tutelar a livre concorrência significa, nas palavras de Armando Castelar Pinheiro e de Jairo Saddi, promover a “competição honesta”, ou a “garantia de que todos têm direito de acessar o mercado”, o que não se confunde com o conceito histórico de livre mercado no sentido de livre acesso (entrada, permanência e saída) a distintos mercados e a seus consumidores<sup>89</sup>.

Tercio Sampaio Ferraz Junior aponta, ainda, que livre-iniciativa e livre concorrência não coincidem necessariamente. Surge, assim, a importância da presença do Estado fiscalizador e regulador a impedir que a competitividade de um agente econômico se torne restrição à livre iniciativa de eventuais concorrentes<sup>90</sup>. Com efeito, o art. 173, § 4º, CRFB/88 dispõe que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, sendo certo que cabe ao Estado, como agente normativo, regulador e fiscalizador da atividade econômica (art. 174, CRFB/88), adotar atos necessários a impedir práticas restritivas da concorrência.

Portanto, do princípio da livre concorrência é possível extrair que nem toda forma de competição está resguardada pela juridicidade. Embora o ímpeto competitivo, inclusive com práticas inovadoras para a conquista do mercado, seja próprio da livre concorrência, algumas condutas precisam ser cerceadas, vez que geram o risco, no limite, de conduzirem à própria aniquilação da concorrência e à desintegração do mercado. Nesse sentido, o “Estado é chamado a dele alijar todas as práticas que possam restringir a atuação do agente econômico de forma não compatível com o seu direito de nele permanecer”<sup>91</sup>.

Ressalte-se, por fim, que na doutrina acolhe-se o entendimento de que, em uma interpretação sistemática da Carta Magna, o princípio da livre concorrência estaria consagrado constitucionalmente no Brasil como um meio, uma ferramenta, para o alcance de um valor maior, que seria aquele consubstanciado no *caput* do art. 170, CRFB/88, qual seja, assegurar ao povo a existência digna, conforme ditames de justiça social. Desse modo, a livre

---

<sup>88</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SAADI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 356.

<sup>89</sup> Loc. cit.

<sup>90</sup> Ibid., p. 04.

<sup>91</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. O princípio da livre concorrência na Constituição Federal. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luis Roberto (Orgs.). *Direito Constitucional: constituição financeira, econômica e social*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 313.

concorrência não seria um fim em si mesmo, devendo ser interpretada como meio para alcançar a sua finalidade, que seria o aprimoramento da vida ou do bem-estar da população<sup>92</sup>.

Nessa senda de busca pelo incremento dos meios de vida da população, é imprescindível que sejam melhor compreendidos os mecanismos por meio dos quais a livre concorrência se torna hábil para incrementar a eficiência econômica e o bem-estar social. Para tanto, inevitável o recurso à economia, ciência que mais detidamente se debruça sobre as consequências para a sociedade da adequada tutela da concorrência.

### 1.2.2 A concorrência para além do Direito: a sua importância econômica

Conquanto a livre concorrência seja inequivocamente um princípio constitucionalmente consagrado e, portanto, norma jurídica, certo é que o fundamento teórico a justificar a sua tutela e proteção advém do estudo das ciências econômicas. Em outros termos, a proteção jurídica concedida à livre concorrência justifica-se em função de um entendimento de teoria econômica subjacente à norma jurídica.

Assim, justificar a proteção e a tutela à livre concorrência apenas pelo olhar do Direito parece uma compreensão limitada do fenômeno. Tão importante quanto tutelar a proteção da livre concorrência em razão de sua natureza jurídica de norma constitucional é compreender o substrato teórico que conduziu o constituinte originário a entender que a livre concorrência deveria receber o *status* de princípio constitucional.

Nesse plano, é fundamental perceber que, contemporaneamente, a inter-relação entre direito e economia é uma realidade concreta e inafastável<sup>93</sup>. De fato, a distinção entre os campos de atuação do direito e da economia mostra-se cada vez mais embaçada. Assim, atualmente parece significativamente mais relevante, em vez de se consumir esforço intelectual refletindo sobre quais seriam os campos próprios de cada uma dessas ciências, analisar por quais mecanismos se materializa a relação complementar entre tais segmentos de estudo, buscando-se aquilo que cada uma das disciplinas pode acrescentar à outra.

Com o escopo de analisar o funcionamento ideal de um mercado, a teoria econômica neoclássica criou um modelo – evidentemente hipotético – de mercado perfeitamente

---

<sup>92</sup> Nessa linha, exemplificativamente, v. SAAVEDRA, Giovani Agostini. Art. 170, IV – livre concorrência. In CANOTILHO, J.J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1808; e FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 84.

<sup>93</sup> Em idêntico sentido, SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e Concorrência – A atuação do CADE em setores de infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 35.

competitivo, que é objeto de exame em todo e qualquer livro, ainda que introdutório, de microeconomia. As principais premissas de tal modelo são: 1) grande número de vendedores e de compradores; 2) consumidores detêm informação perfeita sobre preços e produtos e são racionais em suas decisões de consumo; 3) a função de produção das empresas não apresenta retornos crescentes de escala, além de desconsiderar mudanças tecnológicas; 4) os produtos ofertados são homogêneos; 5) enquanto os consumidores buscam maximizar sua utilidade de acordo com suas preferências e restrições orçamentárias, as empresas buscam maximizar lucros, considerando as suas funções de produção; 6) inexistem barreiras à entrada ou à saída, não havendo, ainda, externalidades ou custos de transação; 7) os agentes não são formadores de preços, mas sim tomadores dos preços que se formam pelo equilíbrio do mercado<sup>94</sup>.

Em um mercado que correspondesse fielmente às premissas acima, inexistiria possibilidade de obtenção ou de exercício de poder de mercado<sup>95</sup>, que seria a capacidade de compradores ou vendedores, de maneira unilateral, determinarem as condições de preço ou qualidade em que bens e serviços seriam oferecidos<sup>96</sup>. Afinal, na ausência de barreiras à entrada, caso um fornecedor entendesse haver condições para elevar seus preços, imediatamente atrairia ao mercado um novo concorrente, que acabaria, pela competição, a conduzir o preço de volta ao equilíbrio do mercado.

Além disso, no modelo em discussão haveria tão intensa (ou perfeita) concorrência entre os fornecedores que, no equilíbrio de longo prazo, o preço do bem equivaleria ao custo total médio. Outrossim, como as empresas, no modelo, não conseguem determinar os preços no mercado, sendo tomadoras de preços, no equilíbrio o preço do bem seria idêntico ao custo marginal para sua produção. Ou seja, o preço do produto ofertado seria idêntico ao custo para

---

<sup>94</sup> Sobre o modelo de competição perfeita, v. VISCUSI, W. Kip et al. *Economics of Regulation and Antitrust*. 4a ed. Cambridge: The MIT Press, 2005, pp. 79-80; MANKIWI, N. Gregory. *Introdução à Economia: princípios de micro e macroeconomia*. Tradução da 2a ed. Rio de Janeiro: Campus, 2001, pp. 291-311; VARIAN. Hal R. *Microeconomia: princípios básicos*. Tradução da 6a ed. Rio de Janeiro, Elsevier: 2003, pp. 408-409.

<sup>95</sup> Massimo Motta e Lucia Helena Salgado definem poder de mercado como a “habilidade de uma empresa elevar preços acima de algum nível competitivo – o nível de referência – e de maneira lucrativa. Desde que o nível de preços mais baixo que uma companhia possa cobrar e, ainda assim, obter lucro seja o preço que iguale o custo marginal de produção, o poder de mercado é usualmente definido como a diferença entre os preços cobrados pela empresa e seus custos marginais de produção” (MOTTA, Massimo; SALGADO, Lucia Helena. *Política de Concorrência: teoria e prática e sua aplicação no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, p. 33) Em suma, considerando que o equilíbrio em concorrência perfeita levaria a que o preço do produto fosse igual ao seu custo marginal, o poder de mercado seria a possibilidade de a empresa, por decisão unilateral, cobrar preço maior do que o de equilíbrio em um mercado perfeitamente competitivo.

<sup>96</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SAADI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 355.

produzir uma unidade adicional. Significa dizer, assim, que o lucro dos concorrentes, quando alcançado o equilíbrio, seria zero<sup>97 98</sup>.

É de se observar, ainda, que o resultado de equilíbrio seria um ponto ótimo de Pareto, o que significa dizer que não haveria possibilidade de incremento do bem-estar de uns (consumidores ou empresas) sem reduzir o de outros.

Por óbvio, na vida real os mercados definitivamente não apresentam as características próprias de um cenário de concorrência perfeita. O modelo acima referenciado serve, em especial, para gerar *insights* para estudos posteriores, nos quais as premissas teóricas do modelo de concorrência perfeita são relaxadas.

Por conseguinte, alguns autores usualmente utilizam o termo “concorrência viável” (ou, em inglês, *workable competition*), cunhado por John Maurice Clark<sup>99</sup>, que se refere à estrutura de mercado que, a despeito de não apresentar as características próprias do modelo de concorrência perfeita, asseguraria níveis suficientes de competição em um mercado que não possui as estruturas concorrenciais ideais<sup>100</sup>.

O modelo de concorrência perfeita permite inferir que a competição entre os agentes econômicos impõe restrições à possibilidade de um concorrente, unilateralmente, aumentar seus preços, reduzindo o bem-estar dos consumidores. A eliminação da concorrência, portanto, habilita o eventual exercício de poder de mercado<sup>101</sup>.

Segundo a teoria econômica, há uma série de consequências negativas advindas de eventual abuso do poder de mercado, dentre as quais se destacam o aumento de preços, a

---

<sup>97</sup> Para melhor compreensão da formação do preço em equilíbrio no modelo de concorrência perfeita, v. MANKIW, N. Gregory. Op. cit. pp. 294-307.

<sup>98</sup> Para que se entenda o argumento, é preciso considerar que, em economia, o conceito de custos é diferente do conceito contábil. Usualmente, em contabilidade, consideram-se apenas os custos explícitos. Em economia afirma-se a existência de custos implícitos, que são os custos de oportunidade – aqueles relativos ao que se deixa de ganhar para empregar recursos em uma atividade. Por exemplo, o dinheiro investido em um empreendimento deixa de render os juros que adviriam se a quantia estivesse aplicada no mercado financeiro. O valor daquilo que se deixou de ganhar pela opção de alocação de um recurso seria um custo de oportunidade. Em suma: no equilíbrio em concorrência perfeita, o lucro econômico é zero, mas possivelmente o custo lucro contábil é positivo. Para melhor entendimento, v. MANKIW, N. Gregory. Op. cit. p. 307.

<sup>99</sup> CLARK, John Maurice. Toward a concept of workable competition. *The American Economic Review*, vol. 30, n. 2, part. 1, pp. 241-256, jun. 1940.

<sup>100</sup> Sobre o tema, além do artigo original acima referenciado, v. MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis: interface entre Direito Administrativo e Direito Penal*. São Paulo: Singular, 2013, p. 30; e FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Concorrência como tema constitucional: política de estado e de governo e o Estado como agente normativo e regulador. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, vol. 16, jan. 2009, p. 03.

<sup>101</sup> No mesmo sentido, FURQUIM DE AZEVEDO, Paulo. Análise Econômica da Defesa da Concorrência. In TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 267.

redução da quantidade ou da qualidade ofertada e a ausência de incentivo à inovação, tecnológica ou não<sup>102</sup>.

Paulo Furquim de Azevedo sintetiza que o exercício do poder de mercado leva a uma alocação ineficiente de recursos na sociedade. Destaca o autor que, além da transferência de renda dos consumidores para os produtores, a redução de produção acaba por propiciar incremento nos preços, gerando uma perda social.

O exercício de poder de mercado é, em primeira ordem, um problema de eficiência econômica, com efeitos negativos sobre o consumidor final e, mais genericamente, sobre a sociedade como um todo. Quando uma empresa detém e exerce poder de mercado, ela se apropria de parte da renda dos consumidores, que são obrigados a pagar mais caro pelo que consomem. Este é um problema de transferência de renda, mas que, embora afete diretamente os consumidores, não significa, em si, prejuízos líquidos para a sociedade como um todo. O problema de eficiência econômica ocorre porque as empresas, a fim de viabilizar o aumento de preços, reduzem a produção, o que gera uma perda social. Essa perda decore de existir valor econômico nesta produção que deixou de ser feita, o que implica que trabalhadores que geram mais valor do que seu salário deixam de ser contratados, que insumos são subutilizados e que os consumidores consumirão menos do que o socialmente desejável. Em outras palavras, o exercício de poder de mercado implica a redução do valor gerado pela sociedade e, por isso, trata-se de um problema de eficiência econômica<sup>103</sup>.

Portanto, a primeira consequência da ausência de concorrência em um mercado é, como descrito acima, a alocação inadequada dos recursos sociais. Na teoria econômica, esse fenômeno denomina-se ineficiência alocativa, caracterizando-se pela perda de bem-estar total da comunidade<sup>104</sup>.

Adicionalmente, há outras consequências perniciosas advindas da redução da competição. A teoria econômica reconhece que a concorrência estimula os agentes a reduzirem custos desnecessários, a incrementarem a produtividade e a melhorarem a qualidade dos produtos, sempre com o escopo de superar seus concorrentes. A ausência de efetiva competição retira tal incentivo econômico, levando à chamada ineficiência produtiva<sup>105</sup>.

Com efeito, a doutrina econômica aponta que, na ausência de pressão competitiva, os fornecedores não adotarão todos os esforços possíveis para inovação, aprimoramento de seus produtos ou uso das melhores tecnologias ou instrumentos de gestão disponíveis. Com isso, as

<sup>102</sup> É o que aponta RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. A regulação da concorrência. In: GUERRA, Sérgio. *Regulação no Brasil – Uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014, p. 159.

<sup>103</sup> FURQUIM DE AZEVEDO, Paulo. Op. cit. pp. 267-268.

<sup>104</sup> A teoria econômica usualmente utiliza a análise gráfica para a representação dessa perda de bem-estar total da sociedade, caracterizada pelo surgimento do que se denomina de “peso-morto”, ou seja, uma redução de bem-estar que não é apropriada nem pelas empresas, nem pelos consumidores. Nesse sentido v. MOTTA, Massimo; SALGADO, Lucia Helena. *Política de Concorrência: teoria e prática e sua aplicação no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, pp. 33-35.

<sup>105</sup> FURQUIM DE AZEVEDO, Paulo. Op. cit. p. 268.



empresas que operam em um mercado com menor grau de concorrência tendem a trabalhar com custos mais elevados do que aqueles observados em mercados mais competitivos. No mais, inexistiria o natural processo de seleção das empresas mais eficientes advindo da competição entre elas, permitindo, assim, a permanência no mercado de produtores menos eficientes<sup>106</sup>.

Além disso, o cenário competitivo em um mercado traz como consequência a denominada eficiência dinâmica<sup>107</sup>, atinente à inovação tecnológica e à descoberta de melhores formas de organização e produção que a concorrência é capaz de impulsionar<sup>108</sup>. De acordo com o entendimento econômico, a eficiência dinâmica se acumula com o tempo, uma vez que o ambiente concorrencial gera ganhos à sociedade por desfrutar do aprimoramento tecnológico e de suas práticas produtivas<sup>109</sup>.

Em suma, como regra a concorrência amplia a eficiência e o bem-estar da sociedade, seja por propiciar uma alocação mais eficiente dos seus recursos escassos, seja por incentivar a inovação tecnológica e de organização produtiva. Tais benefícios não são restritos a “qualquer indivíduo em particular, sendo apropriado(s) de modo difuso por toda a sociedade”<sup>110</sup>.

### 1.2.3 A relevância econômica da concorrência na contratação pública

Como visto acima, a teoria econômica assinala que o incremento da concorrência em um mercado pode trazer diversos benefícios para o bem-estar da sociedade. A mesma lógica se aplica também às contratações públicas. As regras licitatórias devem buscar promover a concorrência como um meio de se obter a contratação pública mais vantajosa. Nesse sentido, a

---

<sup>106</sup> Massimo Motta e Lucia Helena Salgado citam trabalhos econômicos, alguns dos quais com evidências empíricas, que sustentam a tese de que a ineficiência produtiva adviria do fato de que a empresa em ambiente menos competitivo poderia passar a ter custos maiores do que teria em um mercado com maior grau de concorrência. Esse custo mais elevado teria como causa o relaxamento na gestão da empresa por conta da menor concorrência, conduzindo a uma redução de sua produtividade, além da inexistência de uma espécie de mecanismo darwiniano de seleção dos concorrentes mais eficientes. V. MOTTA, Massimo; SALGADO, Lucia Helena. Op. cit. pp. 37-42.

<sup>107</sup> Há que considere a eficiência dinâmica como possivelmente mais importante do que os incrementos de eficiência resultantes apenas do melhor equilíbrio de preços. Nesse sentido v. MARTINEZ, Ana Paula. Op. cit. pp. 30-31.

<sup>108</sup> É importante observar que a ineficiência dinâmica diferencia-se da ineficiência produtiva. Nesta verifica-se que, pela redução da concorrência, os competidores podem não receber o incentivo a buscar a melhor tecnologia ou os melhores métodos disponíveis. Naquela a preocupação é que, na ausência de competição, os concorrentes não receberiam estímulo a inovar, criando novos produtos, tecnologias ou modernas formas de gestão. V. MOTTA, Massimo; SALGADO, Lucia Helena. Op. cit. pp. 43-45.

<sup>109</sup> FURQUIM DE AZEVEDO, Paulo. Op. cit. p. 268.

<sup>110</sup> Loc. cit.

competição serve como uma ferramenta que permite que o ente público licitante se beneficie da maior pressão competitiva entre os particulares que disputarão aquele contrato<sup>111</sup>.

A consequência mais imediata do aumento na disputa reside no fato de que, em sendo mais intensa a competição na licitação, os preços dos objetos adquiridos ou contratados pela Administração possivelmente serão menores, em benefício do erário. Por outro lado, não existindo efetiva competição no certame, haverá uma tendência ao aumento dos preços dos objetos adquiridos ou contratados pelo Poder Público<sup>112</sup>.

A conclusão não é apenas teórica. Em estudo empírico realizado por pesquisadores do Banco Mundial observou-se que nos países em desenvolvimento é possível economizar até 8,2% dos custos totais de investimentos em infraestrutura mediante a promoção de maior competição nos certames licitatórios<sup>113</sup>.

Desse modo, a concorrência nas licitações é fundamental para a concretização do princípio da economicidade<sup>114</sup> ao propiciar melhor relação custo-benefício, uma vez que, havendo maior competição no mercado, é provável que a Administração receba propostas mais vantajosas<sup>115</sup>.

<sup>111</sup> Em semelhante sentido, SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. *Prevention and deterrence of bid rigging: a look from the new EU directive on public procurement*, p. 01. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2053414](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2053414)>. Acesso em: 20 set. 2015.

<sup>112</sup> Conforme Robert D. Anderson et al., a literatura econômica que versa especificamente sobre leilões e licitações aponta a correlação inversa entre o nível de competição e o custo final para o governo dos bens e serviços contratados, de modo que a existência de efetiva concorrência nos certames é relevante para a obtenção de propostas mais vantajosas. Nesse sentido, v. ANDERSON, Robert D; MÜLLER, ANNA CAROLINE; KOVACIC, William E. Ensuring integrity and competition in public procurement markets: a dual challenge for good governance. In: ARROWSMITH, Sue; ANDERSON, Robert D. (Ed.). *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and reform*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, pp. 690-691.

<sup>113</sup> V. ESTACHE, Antonio; IIMI, Atsushi. *Benefits from competition for infrastructure procurements and financial needs reassessed*, pp. 03-04. Disponível em: <<http://eares.ulb.ac.be/earesdocuments/ws/bvo2/iimi-paper.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

<sup>114</sup> Sobre o tema, Marçal Justen Filho destaca que o Estado deve buscar a proposta que assegure o aproveitamento mais satisfatório dos limitados recursos públicos. Destaca o que o “Estado dispõe de recursos limitados para custeio de suas atividades e realizações de investimento. Portanto, a vantagem para o Estado se configura com a solução que assegure os maiores benefícios para a aplicação de seus recursos econômico-financeiros. O Estado tem o dever de realizar a melhor contratação sob o ponto de vista da economicidade. Isso significa que a contratação comporta avaliação como modalidade de relação custo-benefício. A economicidade é o resultado da comparação entre encargos assumidos pelo Estado e direitos a ele atribuídos, em virtude da contratação administrativa. Quanto mais desproporcional em favor do Estado o resultado dessa relação, tanto melhor atendido estará o princípio da economicidade. A economicidade exige que o Estado desembolse o mínimo e obtenha o máximo e o melhor” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15a ed. São Paulo: Dialética, 2012, pp. 61-62.)

<sup>115</sup> Não se olvide que a função primária do regramento licitatório é permitir que a Administração contrate os objetos pretendidos, sob as condições mais vantajosas, sempre buscando atender aos princípios constitucionais da economicidade e da eficiência, nos termos dos arts. 70 e 37, *caput*, CRFB/88. No mesmo sentido, v. GARCIA, Flávio Amaral; RIBEIRO, Leonardo Coelho. Licitações públicas sustentáveis. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, v. 260, maio/ago. 2012, p. 1. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=81547>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

Outrossim, a importância da concorrência no regime jurídico licitatório também segue a lógica econômica de que, quanto maior a competição entre as empresas participantes nos mercados nos quais ocorrem as compras públicas (ou, mais especificamente, entre os potenciais fornecedores em um certame), maiores são os incentivos à melhoria de qualidade e à inovação tecnológica. Em termos técnicos, quanto maior a disputa no mercado, maior a eficiência produtiva e dinâmica, como definidas acima.

Floriano de Azevedo Marques Neto e Carlos Eduardo Bergamini Cunha também ressaltam que a competitividade, caracterizada pela disputa entre as ofertas apresentadas pelo maior número de interessados em contratar com a Administração, conduz ao melhor negócio possível para o Estado. Em suas palavras:

Aplicado tal raciocínio às contratações públicas, temos que a competição de interessados em contratar com o Poder Público (levada a cabo no procedimento licitatório) traduz um resultado de vantajosidade, de uma contratação bastante mais favorável em termos de custo-benefício ao interesse público, já que os licitantes tenderão a minimizar seus custos e seus lucros para vencer o certame. Assim, quanto maior a competitividade da licitação, maior os benefícios da contratação<sup>116</sup>.

Na literatura acadêmica em economia apontam-se, ainda, alguns outros benefícios advindos da intensificação da competição<sup>117</sup>. Em primeiro lugar, o incremento do número de participantes e a maior rivalidade entre eles tende não apenas a conduzir a uma redução de preços, como já anotado, mas também auxilia a evitar corrupção e colusão. Isso porque, em princípio, quanto maior for o número de agentes econômicos envolvidos em um mercado, mais difícil se torna entabular um arranjo de conluio entre todos<sup>118</sup>.

Adicionalmente, segundo os pesquisadores Antonio Estache e Atsushi Imi, do Banco Mundial, fortalecer a concorrência na contratação pública contribui, especialmente em países em desenvolvimento, para a boa governança e para o aprimoramento do ambiente de negócios, haja vista que uma quantidade significativa de recursos em tais países usualmente são desperdiçados em práticas ilícitas, como subornos. Daí a importância de fortalecer um sistema licitatório aberto, transparente, não discriminatório e menos suscetível a corrupção e colusão<sup>119</sup>.

---

<sup>116</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CUNHA, Carlos Eduardo Bergamini. Licitação pública e competitividade: sobre a viabilidade de participação de empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico, *Interesse Público* – IP, Belo Horizonte, ano 15, n. 78, mar./abr. 2013, p. 10. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=92556>>. Acesso em: 25 out. 2016.

<sup>117</sup> ESTACHE, Antonio; IIMI, Atsushi. Op. cit. pp. 03-04.

<sup>118</sup> O tema será melhor enfrentado na seção 4.1.2 da dissertação.

<sup>119</sup> ESTACHE, Antonio; IIMI, Atsushi. Op. cit. p. 04.

Entre nós, Marçal Justen Filho também acredita que a reformulação do modelo de contratação públicas brasileiro deveria passar por ampliar a competição e aproximá-la das práticas usuais dos negócios da iniciativa privada. Defende o autor que, quanto mais a licitação se diferenciar dos “modelos de negociação privada, tanto maior é o risco de contratação desastrosa. Isso não tem a ver com a corrupção propriamente dita, mas com o desperdício puro e simples dos recursos públicos”<sup>120</sup>.

Como consectário da importância da concorrência para escorreitas contratações públicas, já se sustentava na literatura a existência do princípio da competitividade nas licitações, que, embora não estivesse expresso nos arts. 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/93 ou da Lei nº 12.462/11, deveria ser interpretado como basilar na contratação pública, servindo como verdadeiro norte hermenêutico, a prestigiar interpretações jurídicas que favoreçam a competição em tais procedimentos<sup>121</sup>.

Em semelhante plano, Toshio Mukai advogava que o princípio da competitividade seria tão essencial à contratação pública que, “se num procedimento licitatório, por obra de conluio, faltar a competição (ou oposição) entre os concorrentes, falecerá a própria licitação, inexistirá o instituto mesmo”<sup>122</sup>.

O recente Estatuto das Empresas Estatais (Lei nº 13.303/2016) houve por bem incorporar no plano legal tal princípio, apontando, em seu art. 31, que o procedimento licitatório deveria observar, dentre outros, o princípio da obtenção de competitividade.

A importância da competição nas licitações já havia sido destacada também na Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717/65), que em seu art. 4º, III, b, dispõe que são nulas as contratações quando no edital de concorrência forem incluídas cláusulas ou condições, que comprometam o seu caráter competitivo. Em semelhante toada, o art. 90 da Lei nº 8.666/93 tipifica como crime frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação.

---

<sup>120</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Corrupção e contratação administrativa: a necessidade de reformulação do modelo jurídico brasileiro. *Gazeta do Povo*. Curitiba, 05 jun. 2015. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/marcal-justen-filho/corruptcao-e-contratacao-administrativa-a-necessidade-de-reformulacao-do-modelo-juridico-brasileiro-0plrukcg5ficcjzrcnfcbbu>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

<sup>121</sup> Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, pp. 292-293.

<sup>122</sup> MUKAI, Toshio. *Licitações e contratos públicos: comentários à lei n. 8.666/93, com as alterações da lei n. 9.648/98 e análise das licitações e contratos na E.C. n. 19/98 (reforma administrativa)*. 5. ed. atual., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 17.

Por todos os benefícios advindos de um cenário competitivo nas contratações públicas, o Estado precisa operar para prevenir ou reprimir a ocorrência de atos que menoscabem a competição, com o escopo de resguardar o caráter instrumental da concorrência, que funciona como verdadeira ferramenta para que o Poder Público obtenha uma contratação mais vantajosa, tanto em razão da pressão por redução de preços e custos, como pelos ganhos de eficiência advindos da maior competição<sup>123</sup>.

### **1.3 Revisitando o sistema de incentivos concedido pelo regime jurídico licitatório**

Considerando os ganhos para a sociedade advindos da concorrência, compete ao Estado, quando necessário, intervir para a sua proteção, reprimindo o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados e à eliminação da concorrência (art. 173, § 4º, CRFB/88), o que demandará, por vezes, como já exposto, determinadas limitações e ponderações à livre iniciativa dos particulares.

Em relação aos cartéis, o Direito brasileiro parece buscar tutelar tal comando constitucional especialmente por meio da luta contra as colusões sob o viés repressivo, olvidando-se, no entanto, do potencial do Direito Administrativo moderno no combate aos conluíus em licitações também sob o viés preventivo.

Ocorre que é igualmente importante e possível enfrentar o risco de cartelização por meio de uma maior atuação estatal anterior à caracterização da prática<sup>124</sup>. É justamente esse o tema central do presente trabalho: por que vias e por meio de quais preocupações o Direito Administrativo das licitações pode contribuir para evitar a formação dos cartéis.

O primeiro passo para que o Direito possa auxiliar habilmente na prevenção aos cartéis é compreender que o regime jurídico da contratação pública – e das licitações em particular – opera como um sistema de incentivos econômicos, que concede aos agentes públicos e privados envolvidos estímulos e desestímulos para a adoção de determinadas condutas.

---

<sup>123</sup> Cf. SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. *Prevention and deterrence...*, p. 01.

<sup>124</sup> Por óbvio, o regime jurídico licitatório já adota algumas cautelas preventivas para proteger a higidez da contratação. É um exemplo o art. 9º da Lei nº 8.666/93, que veda a participação no certame do autor do projeto, básico ou executivo, de empresa ou membro de empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo, e de servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação. Pretende-se defender no presente trabalho um aprofundamento de preocupações preventivas com o escopo de contribuir para evitar a cartelização.

Tal constatação seria óbvia para um economista. Efetivamente, uma premissa básica da teoria econômica neoclássica, trazida à análise jurídica em especial pela Escola de Chicago<sup>125</sup>, é a de que os agentes econômicos respondem a incentivos<sup>126</sup>. De fato, a teoria econômica neoclássica, que até hoje serve de base para o estudo introdutório da microeconomia, aponta que as pessoas tendem a adotar comportamentos racionais maximizadores de sua satisfação (ou utilidade) pessoal. Nessa toada, os agentes econômicos seriam propensos a adaptar seu comportamento de acordo com as circunstâncias do meio, sempre em busca de melhor atender o seu próprio interesse<sup>127</sup>.

Conquanto a suposta racionalidade perfeita do *homo economicus* haja sido criticada por diversas escolas posteriores do pensamento econômico, com reflexos também nas linhas de pensamento adotadas para a Análise Econômica do Direito<sup>128</sup>, certo é que até hoje as ciências econômicas acreditam na importância da concessão dos incentivos corretos para o alcance dos resultados almejados.

Por esse olhar econômico sobre as relações jurídicas, uma das funções do Direito em geral seria justamente a de alterar os incentivos concedidos aos atores sociais e econômicos, com o escopo de impulsionar os comportamentos socialmente desejados e desestimular os indevidos<sup>129</sup>.

Todavia, os juristas, em sua formação tradicional, não são ensinados a pensar as relações sociais em termos de incentivos, de modo que lhes é menos evidente que as normas jurídicas e o desenho institucional contribuem para determinadas condutas por vezes indesejáveis.

Assim, apropriando-se das palavras de Gustavo Binbenbojm acerca do poder de polícia, até o momento o Direito brasileiro dedicou pouca reflexão à necessidade de interpretar o regime jurídico licitatório como um “sistema de incentivos voltados à promoção de comportamentos

---

<sup>125</sup> Para um exame detido do pensamento da Escola de Chicago, v. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law: from Posner to Postmodernism and beyond*. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2006, pp. 94-155.

<sup>126</sup> Sobre o tema, v. POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 4. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1992, p. 04.

<sup>127</sup> Loc. cit.

<sup>128</sup> Nessa seara merece destaque a economia comportamental, que associada ao Direito deu origem à denominada “*behavioral law and economics*”, doutrina muito em voga nos últimos anos. Mediante combinação de conceitos de economia e psicologia, defende-se que a forma de tomada de decisões dos seres humanos em muitas situações se afasta das previsões típicas de racionalidade estrita da teoria neoclássica. A “*behavioral law and economics*”, pressupondo a racionalidade limitada dos agentes, busca identificar consequências para o Direito e para a formulação de políticas públicas advindas do viés cognitivo humano. Para exame, v. WRIGHT, Joshua D., GINSBURG, Douglas H. *Behavioral Law and Economics: Its Origins, Fatal Flaws, and Implications for Liberty*. *Northwestern University Law Review*, vol. 106, n. 3, set. 2012. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2147940](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2147940)>. Acesso em: 23 jun. 2016.

<sup>129</sup> Sobre o exame das normas jurídicas a partir de uma lógica econômica de criação de incentivos, v. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. Op. cit. p. 104.

socialmente desejáveis e ao desestímulo de comportamentos indesejáveis, de acordo com objetivos político-jurídicos pré-determinados<sup>130</sup>.

Com efeito, o arranjo institucional e normativo concernente ao regime licitatório não deveria se omitir em adotar práticas para melhor evitar a cartelização e muito menos conceder, como faz atualmente, facilidades para que os agentes privados coordenem ilicitamente as suas estratégias comerciais. Para corrigir tais incentivos perversos, há que se compreender as consequências pragmáticas produzidas por determinadas normas ou decisões de desenho institucional<sup>131</sup>.

Ocorre que para o adequado entendimento dos possíveis efeitos indesejados de algumas previsões licitatórias, há que se refletir acerca do tema à luz da dinâmica concorrencial, buscando-se identificar os desincentivos à competição advindos de determinadas disposições (ou da ausência de determinadas disposições) da referida regulação.

Ao se pretender que o regime jurídico das contratações públicas promova e proteja a concorrência, cerceando a formação de cartéis, é imprescindível que se integre no Direito Administrativo das licitações preocupações competitivas que, atualmente, limitam-se apenas à seara do Direito da Concorrência. O regime jurídico licitatório não pode ser tratado como se as práticas concorrenciais dos mercados nos quais ocorrem as compras públicas fossem preocupações despidas para o Direito Administrativo.

Nesse passo, o presente estudo, iluminado pela lógica de maior integração de preocupações concorrenciais ao regime jurídico das licitações, pretende identificar fatores do desenho normativo e institucional que contribuam para a cartelização e apontar possíveis soluções para os corrigir, sustentando, assim, uma possível atuação estatal na prevenção à formação dos conluios.

#### **1.4 Considerações finais**

O indevido cerceamento à concorrência em licitações é um problema concreto, que se materializa sob três formas típicas: a corrupção, as restrições competitivas provocadas pelo

---

<sup>130</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 67.

<sup>131</sup> Gustavo Binenbojm aponta como uma tendência contemporânea do Direito Administrativo o que denominou, “giro pragmático do Direito Administrativo”, caracterizado tanto pela “descrição de uma tendência contemporânea da disciplina, nem sempre consciente” como por “uma estratégia prescritiva de análise e decisão em busca de soluções aptas a alcançar os melhores resultados práticos para os problemas enfrentados pela Administração Pública” (Ibid. p. 54.). O autor suscita como campo próprio para a análise pragmática do Direito Administrativo justamente a modelagem de editais de licitações e minutas de contrato em setores de infraestrutura (Ibid. p. 62.).

próprio Estado e as condutas anticoncorrenciais perpetradas pelos particulares, sendo o cartel a sua forma típica. No Direito Administrativo brasileiro, aparentemente nenhuma das três formas recebeu, até o momento, atenção acadêmica compatível com a magnitude econômica da questão.

A ilícita coordenação de estratégias entre os potenciais concorrentes, na forma de um cartel, representa o método de cerceamento competitivo nas contratações públicas mais usual em todo o globo, razão pela qual o combate a tal ilícito concorrencial é tratado como prioridade pelas autoridades antitruste.

A efetiva concorrência é um valor caro para as contratações públicas. Dentre as diversas consequências perniciosas para o bem-estar da sociedade advindas da restrição ou da eliminação da competição estão a tendência ao aumento dos preços dos objetos demandados pelo Poder Público, além da redução ou aniquilamento dos incentivos à melhoria da qualidade dos produtos e serviços, à diminuição de custos e à inovação tecnológica.

O presente trabalho pretende examinar, sob um viés pragmático, as formas pelas quais o desenho institucional, normativo e interpretativo do regime jurídico licitatório poderia ser redefinido para retirar os incentivos perversos ou facilidades à formação dos cartéis. Para tanto, defende-se que o Direito Administrativo das licitações deveria ser permeado por preocupações concorrenciais que atualmente se restringem especialmente ao Direito da Concorrência.

Almeja-se, assim, apresentar contribuições para a construção de um adequado sistema de incentivos no regime jurídico licitatório, que colabore para evitar a formação ou a sustentação de cartéis.



## 2 PROPOSTA DE INTEGRAÇÃO DE PREOCUPAÇÕES CONCORRENCIAIS AO DIREITO ADMINISTRATIVO DAS LICITAÇÕES

No presente capítulo almeja-se demonstrar a importância de uma maior integração de preocupações concorrenciais ao Direito Administrativo das licitações. Defende-se aqui que, por meio da maior atenção a considerações concorrenciais, o Direito poderia melhor contribuir na tarefa de evitar, preventivamente, a ocorrência de práticas restritivas da competição, mais especificamente de cartéis, nas licitações.

As normas que constituem o regime jurídico licitatório são uma forma de regulação estatal em uma atividade econômica de extrema relevância. Como tal, podem contribuir para a correção de eventuais falhas de mercado, das quais os comportamentos anticompetitivos adotados pelos particulares são exemplos.

Como se analisará, aparentemente o Direito brasileiro vem negligenciando o potencial do Direito Administrativo em contribuir para evitar a formação dos cartéis por meio da organização de um adequado sistema de incentivos. Depositam-se as expectativas de enfrentamento das restrições concorrenciais quase que integralmente no Direito Antitruste.

Não obstante, o Direito da Contratação Pública tem idêntico potencial para auxiliar no combate aos cartéis, sendo que, em verdade, o Direito da Concorrência e o Direito Administrativo das licitações devem ser vistos como campos complementares. É o que se verá.

### 2.1 A regulação do regime licitatório

O termo regulação, enquanto conceito jurídico, apresenta diversas definições na literatura<sup>132</sup>. No passo em que a atividade regulatória perdeu a vinculação necessária com o Estado<sup>133</sup>, as fronteiras da nomenclatura se tornaram turvas, gerando imprecisão terminológica. Já se observou, nesse cenário, que a definição de regulação varia na literatura dependendo do tipo de problema ou de questão abordada pelo autor, sendo que, por vezes, um mesmo escritor

<sup>132</sup> Na verdade, a expressão “regulação” é utilizada com conotações distintas tanto em contextos jurídicos como também em textos de outras áreas do conhecimento. A ausência de precisão terminológica levou a que tal conceito adquira variados significados, a depender da obra e do autor. No mesmo sentido, v. OGUS, Anthony. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Portland: Hart Publishing Ltd., 2004, p. 01.

<sup>133</sup> De fato, Robert Baldwin, Martin Cave e Martin Lodge explicam que nas últimas décadas vivenciou-se a crescente exploração de métodos não-tradicionais de regulação, como aquelas baseadas em controles de Mercado ou em meta-regulação. Para um melhor exame sobre a recente evolução dos instrumentos regulatórios e de sua dissociação da anterior necessária vinculação ao Estado, v. BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 07-08.

pode adotar, implícita ou explicitamente, diferentes conceitos para regulação em escritos distintos<sup>134 135</sup>.

Robert Baldwin, Martin Cave e Martin Lodge citam três diferentes conotações para o instituto em exame<sup>136</sup>:

(1) Regulação como um conjunto específico de comandos – de acordo com tal sentido, a regulação se refere à imposição de um conjunto de normas vinculantes, a serem aplicadas por um órgão ou ente dedicado tal propósito;

(2) Regulação como influência deliberada do Estado – por essa conotação ampliada do termo, a regulação abrangeria todas as ações estatais elaboradas para influenciar comportamentos sociais ou econômicos adotados pelas pessoas em suas relações;

(3) Regulação como toda forma de influência social ou econômica – de acordo com esse sentido, todos os instrumentos – sejam de origem estatal ou privada – hábeis a influenciar comportamentos seriam considerados meios de regulação. Esse conceito mais abrangente de regulação tem por mérito incorporar como regulatórias práticas não apenas estatais, mas também privadas, como a autorregulação.

Não se insere no escopo do presente estudo buscar a mais precisa definição do conceito de regulação. Importa aqui apenas observar que o estabelecimento das normas que conformam o desenho do regime jurídico licitatório é uma forma de regulação estatal em uma atividade econômica de extrema relevância<sup>137</sup>.

<sup>134</sup> Nesse sentido, v. BLACK, Julia. *Critical reflections on regulation*. CARR Discussion Papers, DP 4. Centre for Analysis of Risk and Regulation, London School of Economics and Political Science, London, UK, p. 09. Disponível em: < <http://eprints.lse.ac.uk/35985/1/Disspaper4-1.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2016.

<sup>135</sup> Contemporaneamente, pela diversidade dos novos métodos regulatórios postos em prática, há uma tendência à utilização do termo em exame sob um enfoque ampliado. Com efeito, Patrícia Baptista expõe que a atividade regulatória é “muito mais do que apenas disciplinar por meio de normas (regulamentar), é também fiscalizar, ordenar, sancionar, incentivar”. A regulação englobaria, assim, um “conjunto de ações tipicamente estatais que devem ser coordenadas de modo que se permita o exercício de uma dada atividade econômica — seja ela essencialmente privada ou um serviço público — em consonância com os interesses da coletividade”. V. BAPTISTA, Patrícia. A evolução do Estado regulador no Brasil – Desenvolvimento, globalização, paternalismo e judicialização. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 15, n. 175, p. 59-65, set. 2015, p. 59. Igualmente adotando uma concepção ampla para o fenômeno em análise, Alexandre Santos de Aragão define regulação nos seguintes termos: “... podemos condensadamente definir a regulação da economia como o conjunto de medidas legislativas, administrativas, convencionais, materiais ou econômicas, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da autonomia empresarial ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e os orientando em direções socialmente desejáveis.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 208.)

<sup>136</sup> BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. Op. cit. p. 03.

<sup>137</sup> Quanto à relevância econômica da licitação, remete-se aos dados apresentados no início do primeiro capítulo do presente trabalho.

A despeito da existência de diversas referências, na literatura estrangeira, às normas do regime jurídico licitatório como normas regulatórias<sup>138</sup>, no Brasil não é comum que se refira à licitação como uma regulação estatal. De fato, no país, os escritos em geral sobre o regramento para as contratações públicas concernem à referida atividade estatal especialmente sob um enfoque interno. No presente estudo, pretende-se refletir sobre o regime licitatório também no que tange aos efeitos e incentivos produzidos para os agentes econômicos externos. Ou, mais especificamente, de que formas o regramento licitatório conduz à propensão à cartelização. Sob esse prisma, é absolutamente pertinente pensar no regime jurídico licitatório como um conjunto de normas regulatórias.

Nesse passo, utilizando-se dos termos de Floriano de Azevedo Marques Neto, a regulação licitatória tratar-se-ia de uma espécie de “macro regulação”, que se diferencia da regulação setorial, uma vez que seu “foco não é um setor da economia, mas a tutela de interesses gerais consagrados como centrais para a ordem econômica”<sup>139</sup>. De fato, o regime jurídico licitatório incidirá sobre qualquer setor de atividade econômica, sempre que se pretender realizar uma negociação com o Poder Público.

Há quem ressalte, ao definir regulação, a sua relevância como um sistema de influência, de orientação e de controle sobre comportamentos ou condutas dos agentes envolvidos. Tal abordagem, relevante para o exame aqui proposto, associa-se ao pensamento analítico da teoria econômica, incorporado ao Direito por meio da denominada Análise Econômica do Direito, que reflete sobre as normas jurídicas como elementos que concedem incentivos capazes determinar ou, ao menos, influenciar o comportamento das pessoas destinatárias do regramento regulatório<sup>140</sup>.

---

<sup>138</sup> Tratando explicitamente as normas do regime jurídico licitatório como regulatórias, ver, exemplificativamente, TREPTE, Peter. *Regulating Procurement: understanding the ends and means of public procurement regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2004.; BOVIS, Christopher H. *EU Public Procurement Law*. 2. ed. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2012; GONÇALVES, Pedro Costa. A regulação do mercado da contratação pública. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, mar./ago. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=97112>> Acesso em: 26 set. 2016. e SCHWARTZ, Joshua I. *Regulation and Deregulation in Public Procurement Law Reform in the United States*. Disponível em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.554.586&rep=rep1&type=pdf>>. Acesso em: 24 set. 2016.

<sup>139</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação setorial e autoridade antitruste: a importância da independência do regulador. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; LESSA, Paulo Todescan (Coord.). *Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 98.

<sup>140</sup> É possível que essa produção de incentivos se dê por atuação das instâncias administrativas, como ocorre por meio das agências reguladoras. Na hipótese, estar-se-ia diante da função administrativa de regulação. Por outra senda, pode também ser produzida por outras fontes de criação de incentivos, como é o caso do poder legislativo.

Com efeito, para Pedro Costa Gonçalves, a regulação “associa-se a um sistema de influenciação, de orientação e de controle de processos e de comportamentos ou condutas de pessoas”<sup>141</sup>. Em outros termos, a criação de um arcabouço regulatório implica também a formatação de um sistema de incentivos capaz de influenciar o comportamento adotado pelos agentes econômicos.

Destacando a mesma ideia central de regulação como produção de incentivos a influenciar, determinar ou orientar condutas, Carlos Emmanuel Jopper Ragazzo conceitua a atividade em tela como “qualquer forma de controle comportamental, o que significa que há necessariamente uma intervenção estatal – exceção feita à autorregulação, assunto que não será objeto desta tese – e uma limitação ao direito à livre iniciativa”<sup>142</sup>. Destaca o autor que esses “dois elementos (intervenção estatal e limitação de direito) e o seu objeto (um controle comportamental) constituem o núcleo central da ideia de regulação”<sup>143</sup>.

Também Hugh Collins, professor da faculdade de Direito da Universidade de Oxford, após salientar que o termo regulação pode trazer diversos significados, adota um conceito amplo para o instituto em exame, concernente a qualquer conjunto de regras estabelecidas para governar o comportamento dos agentes a que a elas se submetem<sup>144</sup>. Nessa senda, o autor frisa – no mesmo sentido que aqui se destaca – que as normas jurídicas são uma espécie de regulação estatal<sup>145</sup>.

A acepção, defendida pelos três últimos juristas supracitados, de regulação como intervenção, conformação ou indução de comportamentos dos agentes econômicos, assemelha-se à segunda conotação do instituto suscitada por Robert Baldwin, Martin Cave e Martin Lodge, como exposto acima, de regulação como influência deliberada do Estado, açambarcando todas as ações estatais estabelecidas com o escopo de conformar comportamentos sociais ou econômicos adotados pelos agentes envolvidos.

O regime jurídico licitatório se trata, portanto, de regulação pública desenhada em especial pelo legislativo e, complementarmente, por meio do poder normativo da Administração, relativa aos critérios objetivos adotados visando à seleção da proposta de contratação mais vantajosa e à promoção do desenvolvimento nacional sustentável, para a aquisição ou contratação dos objetos demandados pela Administração.

---

<sup>141</sup> GONÇALVES, Pedro Costa. *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 95.

<sup>142</sup> RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 110.

<sup>143</sup> Loc. cit.

<sup>144</sup> COLLINS, Hugh. *Regulating Contracts*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 07.

<sup>145</sup> Loc. cit.

De fato, a licitação é um procedimento disciplinado por lei em que – assim como ocorre nos demais negócios travados em qualquer mercado – a demanda e a oferta dos bens e serviços desejados pelo Poder Público se encontram<sup>146</sup>. Ora, essa relação, pela sua importância para o bem-estar da sociedade e pela sua grandeza econômica, precisa ser adequadamente regulada, inclusive para que não haja distorções concorrenciais.

Seguindo a organização didática de Pedro Costa Gonçalves, a regulação da contratação pública envolveria, nesse sentido, dois aspectos distintos:

- (1) Por um lado, a regulação normativa ou regulamentação dos procedimentos de contratação ou de licitação, que corresponde a um sistema completo de normas de direito administrativo que disciplina a adjudicação de contratos e a escolha de cocontratantes da Administração Pública (“direito da contratação pública”).  
(...)
- (2) Por outro lado, a regulação jurídica dos operadores econômicos que participam nos procedimentos ou mercados de contratação pública, desde a respetiva admissão até eventual exclusão, passando pela possibilidade de aplicação de sanções aos agentes econômicos infratores<sup>147</sup>.

Como se verá, para o alcance de seus objetivos a regulação licitatória é construída tradicionalmente sob a influência da teoria econômica. Ocorre que, ao longo do tempo, tal compreensão vem sendo esquecida, permitindo-se que os intérpretes do Direito passem a encarar o regime jurídico licitatório apenas como um conjunto de regras burocráticas, que podem até mesmo restar apartadas de preocupações competitivas.

## 2.2 A relação da teoria econômica com a regulação do regime licitatório

A regulação do regime licitatório está intrinsecamente associada à teoria econômica por se referir à normatização de uma relação comercial, em que, como em qualquer mercado, há ofertantes e demandantes relacionando-se.

Há quem sustente até mesmo a existência de um específico “mercado de compras públicas”<sup>148</sup>, com características próprias e singulares, que deveriam ser consideradas quando

<sup>146</sup> GONÇALVES, Pedro Costa. A regulação do mercado..., p. 01.

<sup>147</sup> Ibid. pp. 01-02.

<sup>148</sup> Como exemplo, ver Christopher H. Bovis, que defende, em tradução livre a partir do original em inglês, que: “O Estado e seus órgãos entram no mercado em busca do interesse público. No entanto, as atividades do Estado e de seus órgãos não apresentam as características comerciais do empreendedorismo privado, pois o objetivo do setor público não é a maximização dos lucros, mas a observância do interesse público. Esta diferença fundamental surge como o fundamento para a criação de mercados públicos onde o interesse público substitui a maximização do lucro. Todavia, outras diferenças distinguem os mercados privados dos públicos. Estas concentram-se em elementos estruturais do mercado, competitividade, condições de demanda, condições de oferta, processo de produção e, finalmente, preços e riscos. Também fornecem uma indicação dos diferentes métodos e abordagens utilizados na sua regulação.” (BOVIS, Christopher H. *EU Public Procurement Law...*, pp. 11-12.)

do desenho regulatório das licitações. Tal entendimento surge a partir da observação de segmentos de contratações governamentais muito específicos, como o de equipamentos bélicos, nos quais a demanda – ao menos a demanda lícita – se limita à formulada pelo Poder Público, que adotaria decisões de aquisições e contratações não apenas baseadas em premissas estritamente econômicas, mas também pautado em considerações de interesse público ou meramente políticas<sup>149</sup>. De fato, em tais mercados as premissas econômicas não seriam aplicáveis integralmente, havendo espaço para considerações de conveniência e oportunidade política no desenho do regime jurídico de contratação pública.

Todavia, é questionável que a regulação licitatória deva ser formulada tendo como parâmetro esses mercados peculiares. No caso do setor de defesa, por exemplo, a compra de armamentos certamente exigirá algumas particularidades. Mas demais bens e serviços demandados – como materiais de escritório para as atividades burocráticas internas, alimentação, vestimentas etc – dificilmente apresentarão distinções significativas que os diferenciem daqueles adquiridos pelo setor privado para finalidades semelhantes<sup>150</sup>.

O mesmo raciocínio se aplica aos setores de educação e saúde, que são fontes de considerável parcela dos gastos públicos. Os produtos e serviços necessários para que o setor público atenda tais áreas serão análogos aos demandados pelo setor privado para a gestão de uma escola ou de um hospital particular. Afinal, em qualquer campo da atuação do Poder Público, considerável parcela dos bens utilizados são padronizados, consumidos não apenas pela Administração, mas também por pessoas físicas ou jurídicas privadas<sup>151</sup>.

Assim, eventual tendência de buscar uma regulação licitatória que trate, para todas as hipóteses, o Poder Público como um adquirente diferenciado acabará por redundar em recomendações inapropriadas e em equívocos de desenho institucional e normativo<sup>152</sup>.

A regulação do regime licitatório, por sua própria natureza, é instrumental, voltada para o alcance de fins socialmente desejáveis pelo Estado<sup>153 154</sup>. Em países que adotem a economia de mercado, um dos propósitos a ser perseguido nas licitações será o bem-estar econômico. Tal

---

<sup>149</sup> Em semelhante sentido, SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. *Public Procurement and the EU Competition Law*. 2. ed. Oxford: Hart Publishing Ltd., 2015, p. 39.

<sup>150</sup> Ibid. p. 40, quanto ao raciocínio aqui exposto.

<sup>151</sup> Loc. cit.

<sup>152</sup> Loc. cit.

<sup>153</sup> Cf. TREPTE, Peter. *Regulating Procurement...*, p. 63.

<sup>154</sup> Em toada semelhante, Anthony Ogus indica que, em uma economia de mercado, o Direito em geral possui uma função facilitadora, oferecendo arranjos normativos nos quais as relações econômicas e sociais se adequam. V. OGUS, Anthony. Op. cit. p. 02.

objetivo, em alguma medida, a depender de cada ordem jurídica, será caracterizado pelo atingimento de eficiência econômica alocativa<sup>155</sup>.

Já se observou, assim, que é possível até mesmo identificar um determinado padrão regulatório característico que todo sistema licitatório desenvolvido obedece. Como principais características similares, identificam-se: o procedimento, em regra, privilegia a competição por meio de propostas em detrimento de outras formas de aquisição; as condições de acesso à competição são estabelecidas objetivamente, exigindo, em geral, que os ofertantes, para serem selecionados como vencedores, cumpram determinados requisitos; o contrato em disputa é adjudicado em regra de acordo com critérios objetivos estabelecidos no instrumento convocatório e admitidos pela regulação normativa existente; além disso, todo o procedimento se submete a instrumentos de controle *ex ante* e/ou *ex post*, a depender das características de cada ordenamento<sup>156</sup>.

Antes de prosseguir na análise da eficiência econômica alocativa buscada pela regulação licitatória, cumpre fazer um breve parêntesis. O Poder Público – adquirente ou contratante no campo licitatório – não se comporta como se uma pessoa privada fosse. Assim, em muitas hipóteses de compras e contratações, o Poder Público não tem como objetivo apenas a maximização de sua utilidade, como ocorre em regra com os agentes econômicos, segundo os preceitos da microeconomia<sup>157</sup>. A Administração Pública precisa, simultaneamente, tutelar o bem-estar do povo. Nesse passo, é improvável que perseguir a máxima eficiência econômica seja o único objetivo estatal, em qualquer sociedade<sup>158</sup>. Assim, além de seus interesses econômicos, o Poder Público também precisa tutelar demais escopos políticos e sociais.

Veja-se que, no Brasil, conforme se infere do disposto no art. 3º da Lei Geral de Licitações, seus objetivos precípuos são selecionar a proposta de contratação mais vantajosa para a Administração e promover o desenvolvimento nacional sustentável, observando-se o

---

<sup>155</sup> Certamente, no Brasil, o alcance da eficiência econômica não se trata do único objetivo a ser perseguido. O bem-estar econômico, nesse país, não se confunde puramente com a eficiência alocativa dos recursos da economia. O próprio texto constitucional não deixa margem a dúvidas. Em linha semelhante, destaca Patricia Baptista que “na determinação do papel contemporâneo do Estado brasileiro em relação à economia não se pode absolutamente perder de vista a existência de um arcabouço normativo constitucional que define esse papel. Assim, as políticas regulatórias no Brasil não devem deixar de ter em mira a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, VII), a promoção da justiça social (art. 170, caput) e do pleno emprego (art. 170, VIII), entre várias outras.” (BAPTISTA, Patricia. *A evolução do Estado regulador...*, p. 61.)

<sup>156</sup> TREPTE, Peter. *Regulating Procurement...*, p. 118.

<sup>157</sup> *Ibid.*, pp. 68-69.

<sup>158</sup> Cf. *Ibid.* p. 69.

princípio constitucional da isonomia e os demais princípios constitucionais ou infraconstitucionais licitatórios<sup>159 160</sup>.

De todo modo, certo é que a regulação licitatória persegue a eficiência econômica alocativa como um dos seus ideais – provavelmente como o ideal basilar –, haja vista que o objetivo primário é o de obter a contratação dos itens demandados pela Administração sob as condições mais vantajosas. Assim, é possível asseverar que a eficiência econômica alocativa deve ser o primeiro alvo a ser alcançado pela regulação licitatória<sup>161</sup>.

Perceba-se, por essa toada, que a regulação licitatória se revela fortemente relacionada com os pressupostos da teoria econômica neoclássica, que apontam a competição e a eficiência como elementos fundamentais para ganhos de bem-estar social. Nesse sentido, Christopher Bovis bem sintetiza que:

Visualizando a licitação pelo prisma de um exercício econômico, a sua regulação mostra fortes influências neoclássicas. Tais influências adotam o mérito de eficiência no mercado relevante e a presença da competição, principalmente a competição por preço, que criaria as condições ideais para ganhos de bem-estar. A ligação entre a regulação licitatória e a abordagem neoclássica para a integração econômica nos mercados comuns se reflete no critério de adjudicação de contratos públicos com base na oferta mais baixa. Esta característica do quadro jurídico da contratação pública centra-se na competição por preços sendo inserida nos mercados relevantes, e assistida pelo requisito de transparência para anunciar contratos públicos acima de determinados patamares, resultaria na produção e distribuição de eficiências e conduziria o mercado em direção a uma alocação ótima de recursos<sup>162</sup>.

<sup>159</sup> Sem prejuízo de eventuais objetivos secundários, por vezes promovidos por meio da função regulatória ou extraeconômica da licitação, que será brevemente abordada a seguir.

<sup>160</sup> Considerando os princípios da administração pública, previstos seja na Constituição, em especial no art. 37, *caput*, CRFB/88, seja em normas infraconstitucionais, resta a indagação se haveria outro caminho regulatório possível para ordenar o sistema de compras e contratações públicas que não fosse por meio de licitações como hoje concebidas. Eduardo Fiuza e Bernardo Abreu de Medeiros respondem que a licitação é a única forma de aquisição e contratação possível pautada nos previstos administrativos existentes no ordenamento pátrio. Isso porque, por exemplo, um sorteio poderia respeitar a legalidade, ser impessoal e isonômico, mas dificilmente seria eficiente ou respeitaria a economicidade. As compras e contratações diretas como regra, dispensando-se a licitação, possibilitaria em tese maior discricionariedade para a escolha dos melhores produtos e serviços, mas daria margem à pessoalidade e ao risco de violações à moralidade. Em suma, por mais que o regime jurídico licitatório necessite ser reformado, o método geral para compras e contratações tenderá a ser o mesmo. V. FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio; MEDEIROS, Bernardo Abreu de. *A agenda perdida das compras públicas: rumo a uma reforma abrangente da lei de licitações e do arcabouço institucional*, p. 28. *Texto para discussão*. Brasília: Ipea, 2014, pp. 13-14. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=23120](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=23120)>. Acesso em: 30 abr. 2016.

<sup>161</sup> No mesmo sentido, TREPTE, Peter. *Regulating Procurement...*, p. 129.

<sup>162</sup> Do original em inglês: “Viewing public procurement from the prism of an economic exercise, its regulation displays strong neo-classical influences. Such influences embrace the merit of efficiency in the relevant market and the presence of competition, mainly price competition, which would create optimal conditions for welfare gains. The connection between public procurement regulation and the neo-classical approach to economic integration in the common market is reflected upon the criterion for awarding public contracts based on the lowest offer. This feature of the public procurement legal framework focuses on price competition being inserted into the relevant markets, and assisted by the transparency requirement to advertise public contracts above certain thresholds it would result in production and distribution efficiencies and drive the market towards an optimal allocation of resources.” (BOVIS, Christopher H. *EU Public Procurement Law...*, pp. 22-23.)



Em semelhante caminho, acentuando que a regulação licitatória deveria, como premissa básica, tentar reproduzir a dinâmica de um mercado, estimulando a competição entre os participantes, o que naturalmente conduziria à eficiência econômica, Albert Sánchez Graells defende que:

De um ponto de vista económico, as normas licitatórias devem ser vistas como mecanismos reguladores que tentam promover a concorrência entre os potenciais ofertantes, a fim de extrair as melhores condições económicas possíveis em todas as operações realizadas pelo adquirente público<sup>163</sup>.

Ocorre que, na busca por tal escopo de eficiência econômica alocativa, a regulação licitatória em regra confia na suposta já existência de efetiva competição, elaborando normas a partir do pressuposto de que há concorrência no mercado em que ocorrem compras públicas<sup>164</sup>. O regime jurídico licitatório parece presumir, de modo pouco crítico, que a contratação pública ocorre em um cenário de real disputa entre os potenciais concorrentes, o que nem sempre é uma verdade.

Com efeito, em condições ideais, a máxima eficiência econômica alocativa seria o resultado natural da concorrência no mercado. Contudo, isso somente ocorreria se presentes todas as condições idealizadas da concorrência perfeita, nos termos expostos na seção 1.2.2 acima. Na realidade dos fatos, as relações econômicas ocorrem em ambientes repletos das denominadas falhas de mercado, que precisam ser enfrentadas e corrigidas por meio da atuação regulatória.

A literatura apresenta distintas enumerações das possíveis falhas de mercado<sup>165</sup>. O rol mais usual inclui:

(1) a existência de bens públicos segundo o conceito econômico, que são aqueles “não rivais” e “não excludentes”, conforme definições da teoria econômica. Ou seja, são aqueles cujo consumo por uma pessoa não impede o consumo simultâneo do mesmo bem por outras e aqueles quanto aos quais não seria viável excluir a utilização ou o aproveitamento por aqueles que não pagam pelo seu consumo. O exemplo clássico refere-se à segurança nacional;

---

<sup>163</sup> Do original em inglês “From an economic point of view, public procurement regulations should be seen as regulatory mechanisms that try to foster competition among potential sellers in order to extract the best possible economic conditions in all transactions conducted by the public buyer” (SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. *Public Procurement and the EU...*, p. 63.)

<sup>164</sup> Ibid. pp. 111-112.

<sup>165</sup> Por exemplo, Robert Baldwin, Martin Cave e Martin Lodge apresentam extensa lista de eventuais falhas de mercado, que, além das mais usuais, inclui fatores como inadequado poder de barganha, escassez e racionamento, necessidade de racionalização e coordenação em razão de custos de transação excessivos, dentre outros. V. BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. Op. cit. pp. 15-22.

(2) assimetrias informacionais, decorrentes de diferentes conhecimentos ou das distintas possibilidades de apreensão, entre as partes envolvidas em uma relação econômica, acerca de informações relevantes para aquela operação;

(3) a produção de externalidades negativas, ou seja, efeitos negativos suportados por terceiros em razão de uma atividade ou relação econômica da qual não fazem parte. O exemplo mais comum é a poluição provocada por uma determinada atividade econômica; e

(4) estruturas ou comportamentos anticompetitivos.

Para os fins do presente estudo, importa analisar os comportamentos anticompetitivos como falhas de mercado – em especial a conduta de colusão entre potenciais concorrentes –, e em que medida a regulação do regime jurídico licitatório pode contribuir para a correção da questão.

### 2.3 Comportamentos anticompetitivos como falha de mercado

A intervenção econômica regulatória no mercado é tradicionalmente justificada pela necessidade de correção de eventuais falhas de mercado, que ocorrem quando a dinâmica natural das atividades negociais não é capaz de produzir resultados esperados pelo interesse público<sup>166 167</sup>.

No que concerne ao objeto do presente estudo, é de se ver que práticas adotadas nos certames ou determinados aspectos da regulação do regime licitatório podem também ser fontes de falhas de mercado<sup>168</sup>. Com efeito, assevera Albert Sánchez Graells que se deve “sublinhar

<sup>166</sup> Cf. BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. Op. cit. p. 15.

<sup>167</sup> A clássica lógica de que a regulação existe apenas em razão do escopo de corrigir falhas de mercado é há muito criticada pela literatura. Algumas ideias, como a Teoria da Captura, apresentam o entendimento de que a regulação teria outras motivações, como, em apertadíssima síntese, a busca de grupos de interesse em promover seus próprios objetivos privados capturando o poder estatal. Para obras clássicas sobre o tema, v. STIGLER, George J. A teoria da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo (coord.); PRADO, Mariana Mota et al (org.). *Regulação Econômica e Democracia: o Debate Norte-Americano*. São Paulo: Ed. 34, 2004.; e POSNER, Richard A. Teorias da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo (coord.); PRADO, Mariana Mota et al (org.). *Regulação Econômica e Democracia: o Debate Norte-Americano*. São Paulo: Ed. 34, 2004. Outros preferem destacar que a intervenção regulatória estatal não se justifica apenas para a correção de falhas de mercado, mas também para outros objetivos, como questões de ordem moral, fomento, desencorajar determinados comportamentos socialmente indesejáveis, dentre outros. Nesse sentido, v. RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação jurídica, racionalidade econômica...*, pp. 18-38. De todo modo, ainda que a regulação não seja organizada sempre com o escopo tão somente de obter a correção de eventuais falhas de mercado, certo é que esses desvios de funcionamento hígido, quando existentes, demandam, sim, intervenção estatal para a sua solução. Na mesma ordem de ideias, ver novamente RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Op. cit. pp. 21-30.

<sup>168</sup> Cf. SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. *Public Procurement and the EU...*, p. 61. Frise-se que, para o autor, não são apenas as condutas anticoncorrenciais adotadas por particulares nos certames que podem ser fonte de falhas de mercado. A regulação licitatória e as práticas administrativas podem também alterar a estrutura do mercado nas quais ocorrem. Nesse sentido, a regulação licitatória teria o potencial de, em alguns mercados, distorcer a demanda, uma vez que, na ausência do regramento das compras públicas, a Administração teria que se comportar como

que a regulação licitatória tem as mesmas imperfeições e apresenta as mesmas possibilidades de geração de falhas de mercado como qualquer outro corpo de regulação setorial”<sup>169</sup>.

As estruturas e os comportamentos anticompetitivos são apontados como exemplos de falhas de mercado. Dentre as estruturas tradicionalmente comentadas estão os monopólios, que se caracterizam quando existe uma única empresa fornecedora em determinado mercado, e os monopólios naturais, que acontecem quando economias de escala existentes no processo produtivo são de tamanha ordem que a demanda de todo o mercado relevante pode ser suprida a um menor custo por uma única empresa<sup>170</sup>.

Ocorre que nem sempre o funcionamento do mercado falha por conta de ausência de competição em potencial naquele segmento ou setor econômico. Por vezes são as empresas participantes que adotam condutas incompatíveis com a efetiva e saudável concorrência. Tais comportamentos anticompetitivos são também apontados como exemplos de falhas de mercado<sup>171</sup>.

Segundo a teoria econômica neoclássica, a promoção da concorrência tem o condão de trazer benefícios significativos para o bem-estar da sociedade, seja por propiciar uma alocação mais eficiente dos seus recursos escassos, seja por incentivar a inovação tecnológica e de organização produtiva.

Todavia, a mesma teoria econômica neoclássica que indica os benefícios para o bem-estar da sociedade advindos da maior concorrência também demonstra que o comportamento competitivo não parece ser a conduta preferida dos agentes privados. Afinal, se o mercado operasse em concorrência perfeita e sem barreiras à entrada de eventuais novos participantes, o acirramento da disputa entre os concorrentes tenderia, no limite, a igualar o preço do produto ao seu custo marginal, reduzindo o lucro econômico a zero. Assim, por óbvio, as empresas prefeririam que não houvesse competição no mercado, já que é a concorrência que impede a

---

qualquer particular. Na medida em que o regime jurídico licitatório permite ao Poder Público comportar-se de maneira diversa, constitui-se fonte potencial de falhas de mercado. Nesse sentido, *Ibid.* pp. 61-73.

<sup>169</sup> *Ibid.* p. 64.

<sup>170</sup> Essa definição de monopólio natural é apresentada por Robert Baldwin, Martin Cave e Martin Lodge. *Ibid.* p. 16. Para Gregory Mankiw, ocorre monopólio natural “quando uma única empresa pode oferecer o bem ou serviço para o mercado inteiro a um custo menor do que o fariam duas ou mais empresas” (MANKIW, N. Gregory. *Introdução à Economia: princípios de micro e macroeconomia*. Tradução da 2a ed. Rio de Janeiro: Campus, 2001, pp. 318). Em outros termos, constitui-se um monopólio natural quando há economias de escala ao longo da faixa de produção, de modo que os custos totais médios caem quanto mais se produz. Em suma: ocorre um monopólio natural quando os custos fixos são muito elevados e os custos marginais são baixos. *Ibid.* pp. 318-319.

<sup>171</sup> BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Op. cit.* pp. 19-20.

fixação de preços arbitrariamente elevados e a obtenção de maiores lucros, além de exigir a contínua busca por inovação e maior eficiência<sup>172</sup>.

De tal modo, o comportamento esperado racionalmente é que os competidores, em verificando viabilidade para tanto, busquem neutralizar a concorrência dominando o mercado ou procurem se coordenar, explícita ou tacitamente, para afastarem a competição e aumentarem o lucro conjunto<sup>173</sup>.

Na seção 1.1.3 verificou-se que existem diversas possíveis condutas de restrição à concorrência em razão de comportamentos anticompetitivos perpetrados por particulares. Para o presente estudo, são relevantes tão somente os comportamentos de cartelização como exemplos específicos de falhas de mercado<sup>174</sup>.

Como visto, a regulação licitatória busca a eficiência econômica alocativa. Acontece que a concorrência perfeita, da qual naturalmente redundaria a eficiência alocativa, considera que os agentes econômicos envolvidos são tomadores de preços. Quando passam a ser formadores de preços do mercado – como ocorre com a organização de conluíus entre si – não ocorrerão os resultados esperados de alocação social eficiente dos recursos, caracterizando-se a falha de mercado<sup>175</sup>.

De fato, os modelos econômicos de hipotética concorrência perfeita presumem que as empresas participantes do mercado são independentes entre si e que desconhecem informações relevantes acerca da estrutura de produção, margem de lucros ou qualidade dos produtos de seus adversários. Se tivessem conhecimento de tais dados, poderiam buscar maximizar seus lucros atuando estrategicamente a partir das informações acerca do comportamento a ser adotado pelos seus rivais<sup>176</sup>.

Na vida real, mesmo na ausência de colusão, é bastante improvável que os potenciais competidores desconheçam em absoluto todos os dados relevantes acerca da estrutura de produção de seus rivais. Além de todas as possibilidades de acesso lícito a informações sobre

---

<sup>172</sup> Quanto à preferência das empresas por um cenário em que não haja competição, v. PINHEIRO, Armando Castelar; SAADI, Jairo. PINHEIRO, Armando Castelar; SAADI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, pp. 355-356.

<sup>173</sup> No mesmo sentido v. ALBANO, Gian Luigi et al. Preventing collusion in procurement. In: DIMITRI, Nicola; PIGA, Gustavo; SPAGNOLO, Giancarlo (Ed.). *Handbook of Procurement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 347.

<sup>174</sup> Ao tratar de mercados não competitivos como um dos tipos de falha de mercado, Carlos Emmanuel Ragazzo também cita como exemplo do fenômeno os mercados cartelizados, que pela teoria econômica apresentam resultados equivalentes aos efeitos de um monopólio. V. RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Op. cit. pp. 25-26.

<sup>175</sup> TREPTE, Peter. *Regulating Procurement...*, p. 131.

<sup>176</sup> Ibid. p. 116.

os potenciais concorrentes, tais empresas também podem deliberadamente coordenar suas estratégias de atuação, dando, assim, ensejo a uma falha de mercado<sup>177</sup>.

Como restará claro no próximo capítulo, a tentativa de formação de conluíus em licitações públicas para frustrar a concorrência está longe de ser uma prática rara. Sendo a cartelização um exemplo específico de falha de mercado por meio de comportamento anticompetitivo e cabendo à atuação regulatória o esforço de correção de tais desvios de funcionamento escorreito do mercado, deve a regulação do regime jurídico licitatório preocupar-se em evitar conceder ou retirar incentivos que eventualmente contribuam para a organização de acordos colusivos.

Para tanto, há que se perquirir se determinadas decisões adotadas no desenho do regime das licitações públicas não apresentam, como consequências não antecipadas, incentivos perversos à cartelização.

## **2.4 Consequências não previstas da regulação licitatória**

Não é incomum que da atividade regulatória resultem consequências acidentais, não previstas, pelos formuladores do arranjo normativo<sup>178</sup>. Por vezes, determinadas normas, que aparentam ser justificáveis ou positivas, podem, na prática, não funcionar ou acarretar resultados distintos daqueles esperados<sup>179</sup>.

Ao abordar consequências regulatórias inesperadas, Cass Sunstein afirma que tais resultados não antecipados podem fazer a regulação se revelar inútil ou autoderrotável. Por inútil, o autor se refere a medidas que não tragam as consequências almejadas. Já a regulação autoderrotável seria aquela que, por trazer consequências diferentes das imaginadas, pode acabar piorando o cenário que pretendia corrigir<sup>180</sup>.

Analisando-se o Direito à luz da ótica econômica, percebe-se que o quadro normativo estabelece custos e benefícios para os agentes, formando um sistema de incentivos a partir do qual os envolvidos pautam seus comportamentos<sup>181</sup>.

---

<sup>177</sup> Loc. cit.

<sup>178</sup> Ressaltando a frequência de tal falha regulatória, concernente à dificuldade do Poder Legislativo em compreender a complexidade dos efeitos sistêmicos da intervenção, v. SUNSTEIN, Cass. R. *After the rights revolution: reconceiving the regulatory state*. Cambridge: Harvard University Press, 1993, pp. 91-93.

<sup>179</sup> SUNSTEIN, Cass R. Political equality and unintended consequences, *Columbia Law Review*, vol. 94, n. 4, p. 1390-1414, Mai. 1994, p. 1390.

<sup>180</sup> Loc. cit.

<sup>181</sup> Cf. GICO JR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 19.

Um objetivo da análise juseconômica, nesse passo, é justamente o de perquirir quais seriam as consequências advindas “das regras jurídicas e de suas organizações na tentativa de prever como cidadãos e agentes públicos se comportarão diante de uma dada regra e como alteração seu comportamento caso esta regra seja alterada”<sup>182</sup>.

Ora, partindo-se da premissa de que os agentes econômicos responderão aos incentivos que lhes forem concedidos, ao se desenhar o regime jurídico regulatório de um determinado segmento deve-se ter a cautela de buscar compreender todos os estímulos produzidos, avaliando-se se de fato estão de acordo com o socialmente desejado.

É certo, todavia, que por vezes nem todos esses estímulos são antecipadamente previstos. Assim, o desenho institucional e normativo, ou a modificação em determinado momento do regramento existente, podem acarretar incentivos que não são socialmente almejados.

Dentre as utilidades da Análise Econômica do Direito encontra-se justamente a de trazer ao tradicional exame jurídico os instrumentos necessários para a verificação de todas as consequências geradas pelas normas, inclusive aquelas possivelmente indesejáveis e não previstas.

A existência de tais possíveis efeitos colaterais exige, portanto, que o exame jurídico não se limite a tão somente buscar identificar o conteúdo, o alcance da norma ou o seu ideal moral – como se faz tradicionalmente<sup>183</sup> – para, indo além, tentar compreender o Direito sob uma lógica de incentivos<sup>184</sup>.

Na regulação do regime jurídico licitatório, provavelmente nenhuma norma foi elaborada com o deliberado escopo de gerar ineficiências de qualquer ordem. Todavia, pode vir a acontecer, justamente pela possibilidade de consequências não previstas. No regramento das licitações há diversos elementos que criam incentivos indevidos para a formação de cartéis pelos potenciais concorrentes e que precisam ser corrigidos pelo Estado para uma mais eficaz atuação preventiva contra os conluíus nas contratações públicas.

Por exemplo, elementos relativos à tentativa de aumento da participação nos certames, como a permissão para a formação de consórcios ou para a realização de subcontratações, podem se revelar, ao fim, instrumentos que são deturpados pelos particulares para facilitar a organização de cartéis.

---

<sup>182</sup> Loc. cit.

<sup>183</sup> Cf. GICO JR., Ivo. Op. cit. p. 18.

<sup>184</sup> Em semelhante sentido, MCCLUSKEY, Martha T. How the “Unintended Consequences” Story Promotes Unjust Intent and Impact, *Berkeley La Raza Law Journal*, vol. 22, p. 21-50, 2015, p. 27. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1236&context=blrlj>> Acesso em: 28 set. 2016.

Para que a regulação do regime jurídico licitatório possa habilmente considerar o risco de incentivos indesejados à cartelização, é imprescindível que os formuladores do arranjo institucional e normativo estejam atentos aos possíveis efeitos concorrenciais inesperados advindos de determinadas disposições.

O Direito Administrativo das licitações, se permeado por preocupações concorrenciais, poderá auxiliar a cumprir esse papel, contribuindo, assim, para que o Estado, ao corrigir tais consequências acidentais, possa melhor prevenir a cartelização nas licitações.

## **2.5 Por um Direito Administrativo das licitações permeado de preocupações concorrenciais**

### 2.5.1 A relação do novo Direito Administrativo e de suas diferentes funções com a proteção e promoção da concorrência na contratação pública

Especialmente a partir do final do século XX, modificações sociais, políticas e econômicas na estrutura de organização do Estado provocaram profundas alterações nas funções desempenhadas pela Administração. Na mesma época, em razão do acentuado déficit público, da ineficiência dos serviços, da incapacidade financeira do Poder Público de realizar os investimentos necessários para acompanhar os avanços tecnológicos, da perda de produtividade e do baixo crescimento econômico, o denominado “Estado Social”, modelo dominante especialmente na Europa ocidental, passa a ser fortemente questionado. Em consequência, reduz-se a participação direta do Estado na prestação de serviços públicos e atividades econômicas, passando a concentrar esforços na regulação de atividades relevantes prestadas diretamente por agentes econômicos privados. O “Estado Social”, dominante ao longo de quase todo o século XX, transforma-se em um “Estado Regulador”.

Como fruto da crescente complexidade da organização estatal, a Administração assume funções cada vez mais amplas. Para Carlos Ari Sunfeld, “a diversidade e a complexidade crescentes do Direito Administrativo – e mesmo suas oposições internas – vêm do fato de a Administração Pública ter, pouco a pouco, se expandido para todos os lados, especialmente a partir do início do século XX”<sup>185</sup>.

---

<sup>185</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 35.

As alterações da organização estatal acima apontadas, que se somam às consequências da globalização no direito<sup>186 187</sup> e perpassam, ainda, por fenômenos como privatização, desestatização, crise da legalidade<sup>188</sup> e surgimento de uma administração policêntrica<sup>189</sup>, conduzem à ascensão de um novo (ou pós-moderno) Direito Administrativo<sup>190</sup>. Em tradução livre dos termos utilizados por Sabino Cassese, o referido Direito Administrativo pós-moderno é “o produto de um novo papel do estado como promotor, facilitador, regulador de risco e como timoneiro da economia e da sociedade. Assim requer-se uma abordagem nova, mais interdisciplinar”<sup>191</sup>.

---

<sup>186</sup> Especificamente na seara do Direito, Diogo de Figueiredo Moreira Neto aponta que o conceito de globalização não traria o escopo de unificação da ordem jurídica global, mas sim a conotação descritiva da realidade contemporânea, apontando uma tendência “à multiplicação e à diminuição de poder dos Estados-nação, com o consequente esbatimento das fronteiras políticas e o encolhimento do planeta como efeito da revolução das comunicações (...)”, o que acarreta a “intensificação de toda sorte de relações entre povos – notadamente as econômicas e sociais –, que passam, assim a serem interconectados por novos vínculos jurídicos, de distinta natureza, além dos tradicionais vínculos jurídicos com suas características estatais.” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Transadministrativismo: uma apresentação. Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 267, p. 67-83, set./dez. 2014, p. 70). Essa seria a principal diferença entre os conceitos de globalização, que não apresenta pretensão de unificação da ordem jurídica, para o de mundialização, definido pelo autor como “expressão mais antiga, tendo surgido conotada à aspiração kantiana de um Estado Mundial e, complementarmente, à emergência de uma cidadania mundial, uma tendência perfilhada em diferentes escritos e movimentos que se sucederam, tais como no campo do Direito Internacional Público, na obra de G. Clark e L. B. Sohn, conexa aos dos seguidores do cosmopolitismo filosófico de Immanuel Kant, aos do monismo internacional sociológico de Georges Scelle e aos do conceito político de democracia internacional de Norberto Bobbio, que se sustentam na ideia da paulatina aproximação das sociedades humanas, que evidenciaria essa tendência à formação de um Estado Mundial.” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit. p. 69).

<sup>187</sup> Uma das consequências da globalização foi acentuar a difusão de idênticos princípios ou institutos administrativos por distintas ordens jurídicas. Reformas incentivadas por organizações internacionais como a OCDE, Banco Mundial ou Fundo Monetário Internacional – FMI ocasionaram que diferentes países adotassem arranjos institucionais semelhantes, reduzindo-se, assim, a tendência histórica de formatação administrativa de acordo com as idiosincrasias de cada Estado nacional. Por conseguinte, nota-se contemporaneamente uma tendência de convergência entre os objetos de estudo do Direito Administrativo em diferentes partes do globo. (Cf. BIGNAMI, Francesca. *Comparative Administrative Law. Public Law and Legal Theory Paper n. 2012-115*, pp. 22-23. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2171307](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2171307)>. Acesso em: 12 out. 2015.) Em sentido contrário, Tom Ginsburg defende que o Direito Administrativo seria menos propenso a convergir do que o Direito Constitucional. Advoga o autor que fatores como inércia institucional, interesses políticos e preferências culturais fazem com que o Direito Administrativo seja menos permeável a mudanças. (GINSBURG, Tom. *Written constitutions and the administrative state: on the constitutional character of administrative law*. In: ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L. (Org.) *Comparative Administrative Law*. Northampton: Edward Elgar, 2010, pp. 119-121.) Em comparação ao Direito Constitucional é possível que a colocação do autor esteja correta, o que não afasta, contudo, em nosso entender, a inevitável tendência, fruto da maior integração entre os países, de que os desafios e as questões jurídicas que ocupam os administrativistas ao redor do mundo sejam cada vez mais semelhantes entre si.

<sup>188</sup> Sobre o tema v. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, pp. 131-205.

<sup>189</sup> A respeito da passagem de uma organização administrativa unitária para a Administração Pública policêntrica v. BINENBOJM, Gustavo. Op. cit. pp. 257-321.

<sup>190</sup> A denominação de novo, ou pós-moderno, Direito Administrativo encontra-se em CASSESE, Sabino. Op. cit. p. 603. Afirma o autor que a literatura da última década se divide entre aqueles que defendem que houve o “fim do direito administrativo”, em razão da perda de suas peculiaridades essenciais, e os que advogam a tese de que estaria em desenvolvimento um novo Direito Administrativo, fruto de um processo de modernização e reformas.

<sup>191</sup> CASSESE, Sabino. Op. cit. p. 603.



Nesse passo, autores apontam diferentes funções desempenhadas pelo Direito Administrativo contemporâneo. Citando Sabino Cassese, John S. Bell afirma que o Direito Administrativo apresentaria dois papéis distintos: o primeiro seria o de descrever e sistematizar a ordem legal relacionada à Administração; o segundo, em realizar avaliação crítica e construtiva da Administração Pública a partir da perspectiva de padrões de legalidade<sup>192</sup>. Já Carlos Ari Sundfeld expõe que o Direito Administrativo pode ser visto sob duas óticas distintas: a do direito do interesse público, concernente às funções e poderes da Administração necessários justamente para dar consecução ao interesse público; e a do direito do controle sobre o poder, preocupado promover direitos dos administrados e cercear eventuais abusos estatais<sup>193</sup>.

As questões atinentes a possíveis restrições à competitividade nas contratações públicas guardam relação com as funções a serem desempenhadas pelo Direito Administrativo contemporâneo. Em primeiro lugar, conforme exposto por Sabino Cassese e John S. Bell, é importante tecer um exame crítico da atuação da Administração Pública nessa seara, haja vista que comportamentos estatais equivocados podem acarretar o cerceamento da concorrência no mercado ou gerar incentivos indevidos e perversos para a adoção, pelos particulares, de práticas restritivas à concorrência.

Além disso, sob a ótica defendida por Carlos Ari Sundfeld e acima exposta, o estudo se relaciona à função administrativa de dar consecução ao interesse público, uma vez que, com o escopo de que não haja desperdício de dinheiro do erário, a Administração precisa adquirir uma série de obras, bens ou serviços por ela demandados sob as condições mais vantajosas possíveis, o que depende da existência e funcionamento de um procedimento de contratação pública hígido.

No mais, assegurar a integridade e a concorrência nos processos licitatórios está de acordo com duas funções importantes que o Estado deve desempenhar: a de tutelar a moralidade administrativa, conforme exigência, no caso brasileiro, do art. 37, *caput*, CRFB/88, e a de garante da ordem concorrencial<sup>194</sup>, vez que lhe incumbe a promoção e proteção da concorrência como princípio jurídico (art. 170, IV e 173, § 4º, CRFB/88).

---

<sup>192</sup> BELL, John S. Op. cit. p. 1264.

<sup>193</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Op. cit. p. 47.

<sup>194</sup> Defendendo ser o Estado um garante da ordem concorrencial v. CHEVALLIER, Jacques. Estado e ordem concorrencial. Tradução de Thales Morais da Costa. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 133151, out./dez. 2007, pp. 3-5. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=49829>>. Acesso em: 19 ago. 2015.

### 2.5.2 O papel do Direito Administrativo na proteção e promoção da concorrência

A despeito das evidências teóricas e das ocorrências históricas quanto à possibilidade de limitação competitiva em procedimentos licitatórios e da magnitude econômica da questão, no Direito Administrativo ainda não se concedeu ao tema a devida atenção. Não parece importar ao Direito o fato de que as normas regulatórias relativas às licitações podem e devem ser elaboradas de modo que elas próprias não produzam distorções concorrenciais e, ainda, com o cuidado de que não concedam indevidamente incentivos ou facilidades à adoção, pelos particulares, de práticas restritivas da concorrência.

Como regra, o regime jurídico licitatório desconsidera absolutamente o fato de que: a) a contratação pública é uma atividade extremamente relevante para a economia do país, movimentando significativa parcela do PIB; b) como atividade econômica que é, deveria buscar tutelar adequadamente os princípios constitucionais da ordem econômica, em especial, pelas suas peculiaridades, o da livre concorrência.

Com efeito, observa Albert Sánchez Graells que as normas sobre contratação pública em geral simplesmente partem da premissa de que os mercados são competitivos, tomando como um “dado” a sua estrutura concorrencial<sup>195</sup>. O Direito Administrativo das licitações, desconsiderando o seu potencial de tutela da concorrência, parece presumir que o certame licitatório se desenrola em um cenário de real disputa entre os participantes, o que não ocorre necessariamente. Relega-se, assim, por vezes, apenas para o Direito Antitruste a preocupação de elidir as práticas inibidoras da concorrência, em geral por meio tão somente de uma atuação repressiva, *ex post*<sup>196</sup>.

De fato, tradicionalmente o Direito da Concorrência e o das Licitações foram vistos como campos separados. Ao primeiro competia regular e quando necessário punir condutas ou estruturas adotadas pelos agentes privados para restringir a concorrência em um determinado mercado. Por sua vez, ao Direito Administrativo das licitações cabia o estudo dos meios pelos quais a Administração buscaria a proposta mais vantajosa para adquirir ou contratar os itens

---

<sup>195</sup> SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. *Public Procurement and the EU...*, pp. 11-12.

<sup>196</sup> A função preventiva do Direito Antitruste pode ser identificada em especial quando da análise de atos de concentração. No que tange às condutas anticompetitivas, identifica-se preponderantemente uma atuação repressiva do Direito da Concorrência. Para um exame de modificações na função preventiva do Cade pela Lei nº 12.259/2011 e seus impactos na cessão de direitos e obrigações dos contratos de concessão regulados pela ANP, v. PEDRA, Douglas Pereira; ESTEVES, Heloisa Borges Bastos. *Comentários Relativos à Cessão de Direitos e Obrigações dos Contratos de Concessão à Luz da Nova Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011)*. Disponível em: <[anp.gov.br/wwwanp/?dw=65942](http://anp.gov.br/wwwanp/?dw=65942)>. Acesso em: 16 nov. 2016.

por ela demandados, sem prejuízo de princípios como isonomia, legalidade, impessoalidade e economicidade.

Todavia, essa separação entre as preocupações típicas do Direito Administrativo das licitações e do Direito Concorrencial não parece correta, muito menos característica inafastável do sistema jurídico, uma vez que ambos os regramentos têm por objetivo a promoção da concorrência como bem jurídico de interesse da sociedade, seja para a proteção dos consumidores, seja para a alocação mais eficiente dos recursos públicos em despesas executadas sob condições mais vantajosas<sup>197</sup>.

Por sua relevância, a tutela estatal da concorrência como valor jurídico não pode ficar restrita à seara do Direito Antitruste, que possui tipicamente atuação repressiva, posterior ao exercício de atos e voltada fundamentalmente aos particulares<sup>198</sup>. Para sua melhor promoção é preciso também permear as normas licitatórias com as preocupações que hoje são próprias do Direito Concorrencial, a permitir, assim, que o Direito Administrativo cumpra cautelarmente, *ex ante*, a função de evitar que o próprio Poder Público, por vezes inadvertidamente, ocasione distorções na livre competição ou de impedir que sejam cometidos pelo Estado atos facilitadores da adoção de práticas inibidoras de concorrência pelos particulares.

Em artigo publicado ainda no ano de 2004, motivado pela “Operação Vampiro”, investigação da Polícia Federal que indicou a existência de suposta quadrilha voltada para manipular compras públicas de itens de saúde pela União, em especial de hemoderivados<sup>199</sup>, Floriano de Azevedo Marques Neto já defendia que era “necessária uma maior aproximação entre o direito administrativo das licitações e o direito antitruste”<sup>200</sup>, sendo que se deveria “submeter o regime das compras de bens, serviços e obras pela Administração Pública às regras do direito concorrencial”<sup>201</sup>.

---

<sup>197</sup> MORAIS, Luis D. S; RODRIGUES, Nuno Cunha. Contratação pública e práticas anti-concorrenciais no Direito Internacional Económico e no Direito da União Europeia, em especial acordos entre empresas. In: TRABUCO, Cláudia; EIRÓ, Vera (Org.) *Contratação Pública e Concorrência*. Coimbra: Almedina, 2013, Edição para Kindle, posição 1859.

<sup>198</sup> Nesse sentido, ver GONÇALVES, Pedro Costa. *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 382. Sintetiza o autor afirmando que “para o direito da concorrência, o respeito pelo valor ou princípio da concorrência impõe-se às empresas, aos players do mercado, e traduz-se em as mesmas poderem exercer livremente a atividade económica a que se dedicam, desde que não infrinjam um número, aliás limitado, de regras jurídicas de feição proibitiva.” (GONÇALVES, Pedro Costa. Op. cit. p. 383).

<sup>199</sup> Para melhor descrição sobre a referida operação, v. DANTAS, Iuri. Máfia dos Vampiros: SG isenta 20 e pede condenação de 3 laboratórios. *JOTA*, 19 out. 2015. Disponível em: <<http://jota.info/operacao-vampiro-sg-recomenda-condenacao-de-tres-laboratorios>>. Acesso em: 26 out. 2016.

<sup>200</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Direito da concorrência nas compras governamentais – regime restritivo e formalista da lei de licitações traz prejuízos para o Estado. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 05 jun. 2004, p. B2.

<sup>201</sup> Loc. cit.

Em semelhante abordagem, Carlos Ari Sundfeld, também manifestando preocupação com a penetração do princípio da concorrência no Direito da Contratação Pública brasileiro, fala que a legislação pátria precisa ser avaliada para que se questione se “está mesmo embebida do princípio da concorrência”<sup>202</sup>.

Com efeito, há verdadeira relação de interdependência ou complementaridade entre o Direito da Contratação Pública e o da Concorrência. Todo o esforço para promover a livre competição por meio do Direito Antitruste pode ir por terra caso a própria Administração adote, deliberadamente ou não, condutas que restrinjam a disputa no mercado, haja vista que tais comportamentos não seriam açambarcados pela ótica do Direito Concorrencial. Por outro lado, independentemente de quão bem desenhado seja o regime licitatório, se houver colusão entre os potenciais fornecedores provavelmente ocorrerão desvios concorrenciais, sobrepreço e perda de qualidade<sup>203</sup>.

A mencionada interdependência ou complementaridade entre os dois ramos jurídicos analisados precisa, em verdade, ser aprofundada. Atualmente, quando do desenho dos arranjos licitatórios, por vezes a Administração não avalia todas as distorções competitivas passíveis de serem geradas, permitindo a ocorrência de consequências não antecipadas que contribuem para macular a disputa hígida. Entretanto, considerações relativas à dinâmica concorrencial não devem ser estranhas ao Direito Administrativo das licitações, merecendo receber maior ênfase de estudo<sup>204</sup>.

Pela relevância do princípio em comento na ordem econômica, há quem defenda que incumbe ao Estado adotar postura de verdadeiro promotor da concorrência, tornando-se um garante da ordem concorrencial<sup>205</sup>. Para Jacques Chevallier, “é ilusória a ideia de uma ordem concorrencial produzindo-se e reproduzindo-se por suas próprias forças sem que seja necessário recorrer-se a normas exteriores reguladoras”<sup>206</sup>.

De fato, a concorrência não é um elemento necessariamente existente nos mercados, um mero fato com o qual a Administração lida. Trata-se de um verdadeiro bem jurídico que o

---

<sup>202</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Contratações públicas e o princípio da concorrência. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, mar./ago. 2012, p. 01. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=80263>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

<sup>203</sup> KENNEDY-LOEST, Ciara; THOMAS, Christopher; FARLEY, Martin. EU Public Procurement and Competition Law: The Yin and Yang of the Legal World?. *Competition Law International*, nov. 2011, p. 78.

<sup>204</sup> SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. Op. cit. pp. 11-12.

<sup>205</sup> CHEVALLIER, Jacques. Op. cit. pp. 3-5.

<sup>206</sup> *Ibid.* p. 3.

Estado precisa instituir<sup>207</sup>, fomentar e proteger<sup>208</sup>, inclusive no que concerne à contratação pública<sup>209 210</sup>.

Em documento, a ONU alertou que o cuidadoso desenho das licitações, considerando as características do mercado e a possibilidade de colusões, em muito pode prevenir a ocorrência do referido ilícito<sup>211</sup>. A ideia subjacente seria a de bem utilizar o Direito para induzir os agentes privados a adotarem um comportamento competitivo.

Buscando auxiliar na discussão, a OCDE fez publicar no ano de 2009 um documento intitulado “Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas”<sup>212</sup>, apresentando uma lista de questões a considerar na elaboração do processo de licitação com o escopo de reduzir o risco de colusão<sup>213</sup> e outra com questões a se ter em mente para detectar possível cartel entre os participantes<sup>214</sup>.

O exame do documento acima reforça o entendimento de que o papel de evitar comportamentos anticompetitivos não pode se restringir ao Direito da Concorrência. O relevante potencial do Direito Administrativo como ferramenta para o combate aos cartéis não

---

<sup>207</sup> Foi o que se passou no Brasil, por exemplo, com a introdução da concorrência no regime de serviços públicos anteriormente considerados atividades de monopólio pelo Poder Público. Sobre o tema, v. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Serviços Públicos e Concorrência*. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fev. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-1-FEVEREIRO-2005-ALEXANDRE-ARAGAO.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2015.

<sup>208</sup> Ver GONÇALVES, Pedro Costa. Op. cit. p. 378. O autor afirma, ainda, que “a proteção e a promoção da concorrência correspondem hoje a uma atribuição pública do Estado e, por conseguinte, a um valor ou bem jurídico (também) de interesse público”. Ibid. p. 375.

<sup>209</sup> Nesse contexto, para Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães a “Administração Pública tem o dever institucional de promover a concorrência como um fator objetivo das licitações”. (MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação Pública – A Lei Geral de Licitação - LGL e o Regime Diferenciado de Contratações - RDC*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 94).

<sup>210</sup> Como se verá melhor abaixo, na doutrina brasileira Marcos Juruena Villela Souto enxergava uma verdadeira função regulatória para a licitação, no sentido de que poderia ser empregada para buscar a “criação, promoção, preservação ou recriação do mercado como cenário adequado à livre concorrência”. (SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 86).

<sup>211</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Competition policy and public procurement*. Note by the UNCTAD secretariat, p. 18. Disponível em: <[http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpd14\\_en.pdf](http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpd14_en.pdf)>. Acesso em: 18 out. 2015.

<sup>212</sup> OCDE. *Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/44162082.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2015.

<sup>213</sup> São seis questões suscitadas pela OCDE, sempre com a devida fundamentação: 1) Obter informação antes de estruturar a contratação pública / edital; 2) Estruturar a contratação pública de forma a maximizar a participação potencial de candidatos que genuinamente concorram entre si; 3) Definir claramente os requisitos e evitar a previsibilidade; 4) Elaborar o processo de contratação de forma a reduzir eficazmente a comunicação entre concorrentes; 5) Selecionar cuidadosamente os critérios de avaliação e adjudicação das propostas; 6) Aumentar a consciência dos funcionários públicos quanto aos riscos de conluio entre os concorrentes. (Ibid. pp. 5-13)

<sup>214</sup> São os seguintes pontos suscitados para auxiliar na detecção dos conluios: 1) Procurar por indícios e padrões na fase de apresentação das propostas; 2) Procurar por indícios em todos os documentos apresentados; 3) Procurar por indícios e padrões relacionados com o estabelecimento de preços; 4) Estar sempre alerta para declarações suspeitas; 5) Estar sempre alerta para comportamentos suspeitos. (Ibid. pp. 14-18)

deve ser ignorado. Afinal, os ilícitos concorrenciais não ocorrem em um plano teórico abstrato, mas sim nos espaços concretos que o Direito concede.

Pedro Costa Gonçalves advoga que resta espaço para a integração da tutela da concorrência no Direito da Contratação Pública sob duas vertentes: primeiramente, as regras licitatórias podem ter uma atuação cautelar, preventiva, buscando evitar que os agentes privados adotem posturas de cerceamento da competição; em segundo lugar, podem trazer punições à infração das regras concorrenciais<sup>215</sup>, como seria o caso da exclusão da proposta com indícios de falseamento da concorrência ou da proibição de participação em certames futuros.

Ambas as vertentes acima serão mais profundamente abordadas no capítulo 4 da dissertação. Quanto à primeira, qual seja, a atuação *ex ante* para retirar incentivos dos particulares à eventual adoção de condutas restritivas da concorrência, analisar-se-á que o Estado poderia adotar reformas legislativas ou modificar determinadas práticas de modo a retirar incentivos à formação dos cartéis. Em relação à segunda, institutos legislativos punitivos, como a exclusão da proposta com indícios de falseamento da concorrência, existente na Diretiva 2014/24/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos na União Europeia, também poderiam ser considerados.

### 2.5.3 Uma outra abordagem: filtragem constitucional das normas de contratação pública à luz do princípio da livre concorrência

A necessidade de maior integração de preocupações concorrenciais à regulação licitatória pode também ser compreendida sob uma abordagem própria do Direito Constitucional, igualmente válida, que ao fim conduzirá ao mesmo resultado defendido na seção anterior.

Segundo a obra do Ministro Luis Roberto Barroso, há três modalidades de eficácia dos princípios constitucionais: a direta, a negativa e a interpretativa<sup>216</sup>. A primeira refere-se à aplicação direta da norma jurídica (no caso, do princípio) aos fatos. A eficácia negativa guarda relação com o afastamento de qualquer possível interpretação ou aplicação de norma jurídica que esteja em confronto com o princípio em questão. Já a eficácia interpretativa, que aqui interessa particularmente, refere-se à fixação do sentido ou alcance da norma

<sup>215</sup> GONÇALVES, Pedro Costa. Op. cit. p. 424.

<sup>216</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5a ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 358.

infraconstitucional considerando-se os valores albergados no princípio constitucional em exame<sup>217</sup>.

A referida eficácia interpretativa está umbilicalmente ligada ao fenômeno da constitucionalização do Direito, que consiste no “efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”<sup>218</sup>.

De fato, considerando a reconhecida força normativa da Constituição e a sua centralidade no sistema jurídico pátrio, a Lei Fundamental passa a ter não apenas importância por si mesma, servindo também como “modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito”<sup>219</sup>. Tal fenômeno é batizado de “filtragem constitucional”, consistindo na necessidade de interpretar todas as demais normas do ordenamento jurídico à luz das regras, princípios e valores constitucionalmente consagrados.

Incorre-se, assim, na necessidade de reinterpretação do ordenamento infraconstitucional à luz da Constituição, fenômeno que Cláudio Pereira de Souza Neto e José Vicente Santos de Mendonça denominam “constitucionalização-releitura”<sup>220</sup>.

Especificamente quanto às atividades econômicas, é relevante que o intérprete considere que a Constituição consagrou no texto da Lei Fundamental, embora não de modo absoluto, os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência.

O fato de o princípio da livre concorrência ser norma jurídica de índole constitucional exige do Direito, em seus diversos campos de atuação, a busca pelas melhores práticas para a tutela do referido princípio. Tratando-se de um dos princípios constitucionais da ordem econômica, imprescindível que as normas infraconstitucionais que guardem estreita relação com atividades econômicas sofram a filtragem constitucional à luz também do princípio em

---

<sup>217</sup> Ibid. pp. 358-359.

<sup>218</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 201.

<sup>219</sup> Ibid. p. 211.

<sup>220</sup> Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. VIII, p. 623-666, 2008, p. 624. Nas palavras dos mencionados autores, a constitucionalização-releitura passou a receber “maior atenção nos dias de hoje. Desde que a Constituição passou a ser compreendida como *norma jurídica* dotada de superioridade formal e material em relação às demais, era questão de tempo até que se passasse a denominar como ‘constitucionalização do Direito’ a percepção, mais ou menos difusa, de que todas as normas infraconstitucionais deviam pagar algum tributo de sentido à norma máxima. O fenômeno, no Brasil, vem sendo descrito e justificado em diversos estudos, com ênfase nas pesquisas recentes sobre a ‘filtragem constitucional’, a eficácia privada dos direitos fundamentais e a formação de um Direito Civil-Constitucional. A jurisprudência já assumiu a idéia, fazendo uso corrente da técnica da interpretação conforme a Constituição, com a qual procura, dentro das possibilidades hermenêuticas do texto legal, extrair ‘uma significação normativa harmônica com a Constituição’”. (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Op. cit. pp. 626-627).

comento, de modo a que sejam interpretadas, quando for pertinente, em sentido que permita a melhor tutela e promoção do princípio em comento.

Ocorre que, quando se fala em constitucionalização do Direito da Contratação Pública, basicamente limita-se a suscitar que, com a Constituição de 1988, normas próprias da regulação de licitações e contratos foram inseridas no texto constitucional. Em outras palavras, trata-se de constitucionalização do Direito da Contratação Pública apenas no sentido de incorporação formal ao texto constitucional de normas atinentes a tal ramo do Direito<sup>221</sup>.

Nessa linha, não é usual que se questione se as normas infraconstitucionais sobre contratação pública também não deveriam passar por maior “constitucionalização-releitura”, no sentido de serem interpretadas com maior preocupação com os princípios e valores constitucionalmente consagrados<sup>222</sup>.

Mais especificamente, ignora-se que a atividade licitatória, por sua enorme importância econômica, deve ser interpretada também à luz da necessidade de promoção do princípio constitucional da livre concorrência.

No Direito Administrativo licitatório, parece atualmente predominar uma visão meramente formalista, apartada de preocupações concorrenciais e pouco afeta a questões de eficiência econômica, que o trata apenas como um conjunto de regras burocráticas que servem para que a administração contrate ou adquira o que demanda.

Assim, aparenta que a constitucionalização do Direito (no sentido de releitura das normas do ordenamento jurídico à luz da Constituição) ainda não alcançou devidamente o regime jurídico licitatório, ao menos não no aspecto de interpretá-lo à luz do princípio constitucional da livre concorrência.

Como visto na seção anterior, por sua relevância para o bem-estar da sociedade, a tutela estatal da concorrência como valor jurídico constitucionalmente consagrado não pode ficar restrita à seara do Direito Antitruste. Para sua melhor promoção na seara das contratações públicas, é preciso reinterpretar as normas do regime jurídico licitatório à luz do princípio constitucional da livre concorrência, permeando-as com as preocupações que hoje são próprias apenas do Direito Concorrencial.

---

<sup>221</sup> Para uma boa análise sobre a constitucionalização das licitações e contratos na CRFB/88, v. ROSILHO, André. *Licitação no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 83-91.

<sup>222</sup> Aparentemente, o tema só recebe atenção quando se examina a denominada “função regulatória da licitação”, vez que, como fundamentação para tal função secundária da licitação, advoga-se que o aparato de contratações públicas também pode ser usado, licitamente, para a promoção de outros fins ou valores constitucionalmente protegidos.



Esse entendimento vai ao encontro do fenômeno da constitucionalização do Direito, uma vez que contribuiria para que o conteúdo material e axiológico do princípio da livre concorrência se irradiasse, após a devida filtragem constitucional, também sobre o Direito Administrativo das licitações.

Igualmente atento à leitura das regras licitatórias à luz do princípio constitucional da livre concorrência, Flávio Amaral Garcia expõe que a Administração precisa “se preocupar com a efetiva existência de mercados competitivos”, sendo fundamental “que sejam implementados mecanismos que defendam a existência de uma concreta competição, com o fim de preservar o mercado como cenário adequado à livre concorrência”<sup>223</sup>.

Nesse plano, também sob a abordagem da necessária filtragem constitucional do Direito Administrativo das licitações, buscar-se-ia trazer a tal ramo do Direito, no mesmo sentido suscitado na seção anterior, uma função de conceder os incentivos corretos para, cautelarmente, *ex ante*, evitar que o próprio Poder Público, por vezes inadvertidamente, contribuisse para a adoção de práticas inibidoras de concorrência pelos particulares ou que o próprio Estado gerasse distorções na livre competição.

Um exemplo de questão atinente à contratação pública que merece reinterpretação à luz do princípio da livre concorrência concerne à quantidade de informação disponibilizada aos competidores no curso do certame. Como melhor será explorado adiante, conquanto a publicidade seja um igualmente um de índole constitucional cuja tutela é importante para impedir atos de corrupção, existe um equilíbrio tênue em relação aos dados a serem divulgados ou não em uma licitação.

Em outros termos, na seara licitatória, há que se ponderar o princípio da publicidade com o princípio da livre concorrência, sendo que as normas do regime jurídico devem ser interpretadas à luz dessa necessária e delicada ponderação. Explique-se: a transparência sobre determinadas informações pode facilitar a colusão no mercado, seja por ensejar a aproximação dos competidores, seja por lhes trazer parâmetros para a eventual fixação de um preço conjunto, seja ao permitir que os particulares em conluio fiscalizem o comportamento adotado no certame pelos parceiros, com o escopo de vigiar se algum está tentando desviar da estratégia combinada. Assim, quanto à divulgação de dados além das exigências legais, a Administração há de ter a cautela de examinar se a prática não poderá eventualmente acarretar incentivos indesejados ao comportamento dos particulares.

---

<sup>223</sup> GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 83.

Portanto, as normas práticas licitatórias devem ser interpretadas sob o entendimento de que algumas restrições à publicidade de informação são imprescindíveis para a correta tutela do princípio constitucional da livre concorrência. Seria um equívoco considerar, para citar um exemplo brasileiro, que a previsão de orçamento sigiloso<sup>224</sup> no art. 6º da Lei nº 12.462/2011, que introduziu o Regime Diferenciado de Contratações (RDC) estaria maculada por inconstitucionalidade por violação à publicidade, haja vista que tal norma está respaldada em literatura econômica que a chancela como instrumento para a tutela da concorrência na contratação pública, representando apenas uma restrição moderada e razoável à publicidade.

Em suma, a filtragem constitucional das normas de contratação pública à luz da livre concorrência, sempre com o escopo de tutelar mais eficazmente o referido princípio constitucional da ordem econômica, é um campo que ainda merece ser mais detidamente explorado pelos juristas brasileiros.

#### 2.5.4 A promoção da concorrência por meio de uma função regulatória da licitação

Tradicionalmente, a licitação se caracteriza pelo procedimento por meio do qual a Administração, respeitando a disciplina legal e determinados princípios constitucionais, seleciona no mercado a proposta mais vantajosa para adquirir ou contratar os objetos demandados.

Contudo, considerando que as aquisições e contratações governamentais representam expressivo volume econômico, sendo assim hábeis a causar impacto nos mercados ou induzir comportamentos dos agentes econômicos, o legislador por vezes opta por utilizar os mecanismos licitatórios como forma de intervenção na economia, buscando, desse modo, regular mercados ou promover determinadas práticas, políticas públicas ou valores constitucionais. No mesmo sentido, observa Alexandre Santos de Aragão que o Estado maneja o “seu grande poder de influência na economia explorando esse procedimento como forma de promover outros objetivos constitucionalmente protegidos (...), especialmente relacionados com o desenvolvimento social e econômico e a redução de desigualdades”<sup>225</sup>.

<sup>224</sup> No Brasil, o Regime Diferenciado de Contratações – RDC prevê, nos termos do art. 6º da Lei nº 12.462/2011, orçamento sigiloso, com o escopo de que a limitação da publicidade de tal documento possa contribuir para evitar a aproximação das propostas, além de levar a eventual maior competição no preço entre os concorrentes. V. NÓBREGA, Marcos. O Regime Diferenciado de Contratação (RDC), *Negotiauction* e o Orçamento Sigiloso. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 11, n. 42, jul./set. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=97458>>. Acesso em: 22 ago. 2015; MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Regime Diferenciado de Contratações: alguns apontamentos. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, mar./ago. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=80264>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

<sup>225</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, pp. 324-325.

A mencionada atuação insere-se em um novo papel desempenhado atualmente na economia pelo Estado, que se tornou, conforme lições de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, primordialmente regulador do mercado, alocador de recursos, parceiro econômico e fomentador econômico<sup>226</sup>. Nesse diapasão, é viável que o Estado lance mão do instrumento licitatório não apenas para, respeitadas as exigências legais e constitucionais, satisfazer a sua demanda sob as condições mais vantajosas, como também para servir como ferramenta para a sua atuação regulamentadora e incentivadora de setores econômicos e políticas sociais.

Logo, a Administração acaba por combinar em algumas normas licitatórias duas distintas funções<sup>227</sup>: a primeira, relativa à ordinária participação como adquirente ou contratante de bens, serviços ou obras; e a segunda, concernente à intervenção em mercados de seu interesse para tutelar determinadas finalidades públicas e valores constitucionalmente consagrados.

Tal função regulatória<sup>228</sup> ou extraeconômica<sup>229</sup> da licitação é por vezes denominada na doutrina estrangeira como “política horizontal”<sup>230</sup> ou como política “secundária” ou “colateral”<sup>231</sup>, nomenclatura essa que contrasta com o chamado objetivo licitatório “primário”, que seria o de obter a contratação dos itens necessários sob as condições mais vantajosas.

<sup>226</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Novo Papel do Estado na Economia. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*. Belo Horizonte, n. 11, ano 3, Julho / Setembro 2005, p. 7. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=31154>>. Acesso em: 23 ago. 2015.

<sup>227</sup> MCCRUDDEN, Christopher. *Using public procurement to achieve social outcomes*, p. 257. Disponível em: <<http://edf.org.uk/news/ChrisMcCruddenPaper.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2015.

<sup>228</sup> É importante observar que a chamada função regulatória da licitação, no sentido exposto na presente seção do trabalho, engloba distintas atuações administrativas, em especial de fomento e de regulação propriamente dita. Cabe aqui fazer referência à relevante análise de José Vicente Santos de Mendonça sobre a distinção entre o fomento público e a regulação econômica e social<sup>228</sup>, concluindo o autor que é possível “afirmar que, sob certo ponto de vista, a intervenção regulatória pode se dar por meio do fomento, até porque o conceito de regulação é bastante amplo” de modo que o “fomento existe na condição de técnica da regulação (ainda que, repita-se, não deixe, por isso, de ser fomento), mas ele e a regulação são coisas diferentes”. Assim, considerando-se que o fomento, em determinada medida, pode ser considerado um meio de regulação, é compreensível que se utilize a nomenclatura função regulatória da licitação como denominação genérica a incluir também atuações que, em rigor, são formas de fomento. v. MENDONÇA, José Vicente Santos de. Uma teoria do fomento público: critérios em prol de um fomento público democrático, eficiente e não-paternalista. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 65, 2010, p. 128-131.

<sup>229</sup> Alguns estudiosos, como é o caso de Alexandre Santos de Aragão, preferem utilizar a nomenclatura de “função extraeconômica” das licitações para abordar o tema aqui analisado. Nesse sentido v. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit. pp. 324-328. De fato, a expressão “função extraeconômica” parece ser tecnicamente mais precisa, haja vista que nem todas as medidas adotadas pelo Estado nessa seara são regulatórias em sentido estrito. Por exemplo, o art. 27, IV, da Lei nº 10.973/04, que autoriza tratamento privilegiado nas licitações às empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no Brasil e às microempresas e empresas de pequeno porte de base tecnológica, constitui-se, salvo melhor juízo, em um mecanismo de fomento. Todavia, por se tratar de nomenclatura mais consolidada na doutrina e por se concordar, como apontado acima, que o fomento também pode ser, em alguns casos, uma técnica de intervenção regulatória, adotar-se-á no presente trabalho preferencialmente a denominação genérica de função regulatória da licitação.

<sup>230</sup> É a denominação utilizada em ARROWSMITH, Sue. *Horizontal Policies in Public Procurement: a taxonomy*. Disponível em: <<https://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/fulltextarticles/suetaxonomyofhorizontalpolicies.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2015.

<sup>231</sup> Nesse sentido ver: OCDE. Op. cit. p. 138; SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. *Public Procurement and the EU Competition Law*. 2<sup>nd</sup> ed. Oxford: Hart Publishing Ltd., 2015, pp. 102-103; ARROWSMITH, Sue. *Horizontal*

A prática de utilização dos instrumentos licitatórios para o alcance de objetivos secundários ou colaterais nos mercados revela-se habitual ao redor do mundo<sup>232</sup>. De acordo com recente relatório produzido pela OCDE<sup>233</sup>, um total de trinta dentre um grupo de trinta e dois países<sup>234</sup> da organização analisados (o que equivale a 94% da amostra) desenvolvem alguma prática licitatória que objetiva promover crescimento sustentável, desenvolvimento de pequenos e médios negócios ou inovação em produtos e serviços.

Além da utilização do procedimento licitatório, acima analisada, como ferramenta para regulação, fomento ou incentivo a determinadas finalidades ou políticas públicas constitucionalmente relevantes, é possível conceber o mesmo instrumento com outra função regulatória: a de promover a concorrência e a competitividade nos mercados de interesse da Administração.

Na doutrina brasileira, Marcos Juruena Villela Souto já defendia que a licitação poderia ser empregada com uma função regulatória que buscaria a “criação, promoção, preservação ou recriação do mercado como cenário adequado à livre concorrência”<sup>235</sup>.

Anotava o referido autor que a licitação é um processo administrativo que se destina à seleção da proposta mais vantajosa e que deve buscar a verdade real do mercado, não se atendo apenas à verdade formal do expediente administrativo. Nesse passo, “a melhor proposta só será

---

*Policies in Public Procurement: a taxonomy*, p. 150. Disponível em: <<https://www.nottingham.ac.uk/prg/documentsarchive/fulltextarticles/suetaxonomyofhorizontalpolicies.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2015.

<sup>232</sup> A despeito de a função regulatória da licitação haver despertado significativo interesse doutrinário no Brasil especialmente após a publicação da Lei nº 12.349/2010, que trouxe diversos dispositivos sobre o tema em exame, não se trata de uma técnica inovadora. Com efeito, desde o século XIX há registros, nos Estados Unidos e Inglaterra, do uso das compras governamentais para a promoção de políticas públicas. Por exemplo, após a Câmara dos Comuns aprovar no Reino Unido, em 1891, uma resolução sobre salários justos, os Departamentos de Governo passaram a incluir em todos os contratos com o setor privado uma previsão de que os trabalhadores deveriam receber remunerações aceitáveis pela atividade desempenhada. Nos Estados Unidos pode-se fazer referência, como ilustração, à aprovação, no ano de 1938, do Wagner-O’Day Act, que, com o escopo de gerar oportunidades de emprego para os cegos, estimulava a aquisição pelo governo federal de produtos por eles manufaturados e postos à venda por entidades sem fins lucrativos. De maneira semelhante, após a Segunda Guerra Mundial estabeleceram-se na Inglaterra oficinas dedicadas a trabalhadores portadores de deficiência física, sendo que os produtos fabricados recebiam preferência nas aquisições governamentais. Nesse sentido, v. MCCRUDDEN, Christopher. Op. Cit. p. 258. Cabe observar, ademais, que tampouco no Brasil o manejo da licitação para o atendimento de funções extraeconômicas se trata de ferramenta nova. Lembra Alexandre Aragão que, mesmo antes da Lei nº 12.349/2010, a referida lógica já se verificava em hipóteses de dispensa de licitação para fomento a determinados tipos de entidades, como aquelas destinadas à recuperação social do preso (art. 24, XIII, Lei nº 8.666/93), de exigência de demonstração de que não se empregam menores de dezoito anos em trabalho noturno, perigoso ou insalubre e, em qualquer trabalho, menores de dezesseis anos, salvo a partir de quatorze anos na condição de aprendiz (art. 27, V, Lei nº 8.666/93) ou de preferência por produtos nacionais (art. 3º, § 2º, Lei nº 8.666/93). Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. Cit. p. 325.

<sup>233</sup> OCDE. *Government at a Glance 2015*. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 138. Disponível em: <[http://dx.doi.org/10.1787/gov\\_glance-2015-en](http://dx.doi.org/10.1787/gov_glance-2015-en)>. Acesso em: 12 set. 2015.

<sup>234</sup> Segundo os dados do mesmo estudo, apenas Estônia e Eslováquia nunca desenvolveram práticas licitatórias concernentes ao alcance dos denominados objetivos secundários.

<sup>235</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 86.

alcançada se o mercado existir e não estiver dominado, de modo a não cercear o processo de escolha”<sup>236</sup>. Prossegue ponderando, ainda, que o escopo licitatório não seria o de necessariamente “contratar pelo menor preço; a melhor proposta pode ser aquela que preserva ou faz ressurgir um mercado livre. Do contrário, não há licitação séria, porque não há livre competição num mercado dominado ou inexistente”<sup>237</sup>.

Com efeito, para a obtenção de resultados eficientes na seara licitatória há que se observar a existência de competição em duas distintas dimensões. A primeira refere-se à promoção da concorrência em sentido restrito, qual seja, a existência de competição no certame específico, a fim de se obter a melhor relação custo-benefício no dispêndio público. Há, entretanto, uma segunda dimensão, concernente ao fato de que, para a obtenção das propostas mais vantajosas para a Administração, a licitação precisa ocorrer em um mercado que seja em si competitivo<sup>238</sup>.

Nesse contexto, cabe à Administração Pública viabilizar não apenas a estrita competição “pelo mercado” em um determinado procedimento licitatório concreto, mas também fomentar a rivalidade “no mercado” no qual se inserem os agentes econômicos que participam da licitação<sup>239</sup>. Assim, constatando-se dominação em um determinado segmento, a cercear a efetiva concorrência entre os participantes, deverá o Poder Público contribuir para a correção da estrutura por meio de condições editalícias e contratuais<sup>240</sup>.

A controvérsia examinada por Marcos Juruena Villela Souto quanto ao exercício de tal função regulatória concerne à possibilidade de estabelecimento de restrições à participação no certame de um agente econômico que se encontre em posição dominante no mercado. O autor defende que, não havendo impedimento, eventualmente a licitação servirá apenas como mecanismo de legitimação da situação de domínio, inexistindo efetiva competição, o que acarretará que as propostas apresentadas não sejam as mais vantajosas para a Administração<sup>241</sup>. Assim, seria legítimo ao Estado utilizar o seu poder de compra como função regulatória, impedido, se necessário, o acesso ao certame daquele ator em posição dominante, sempre com o escopo de fomentar a competição e prevenir a consolidação de uma concentração de mercado<sup>242</sup>.

---

<sup>236</sup> Loc. cit.

<sup>237</sup> Ibid. p. 89.

<sup>238</sup> Nesse sentido v. SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. *Public Procurement and the EU Competition Law*. 2<sup>nd</sup> ed. Oxford: Hart Publishing Ltd., 2015, pp. 12-13.

<sup>239</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 312-313.

<sup>240</sup> Idem. *Direito Administrativo Contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 7-8.

<sup>241</sup> Idem. *Direito Administrativo Regulatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 310.

<sup>242</sup> Ibid. pp. 312-313.

O mencionado autor admitia, portanto, o estabelecimento de “cláusulas de barreira” à participação no certame de empresa que se encontrasse em posição de dominação do mercado, se necessário fosse para impedir ou tentar reverter a concentração. Seria esse um mecanismo de regulação em favor da competição no mercado, e não no certame licitatório especificamente<sup>243</sup>.

Em semelhante abordagem, Alexandre Santos de Aragão observa que a promoção da livre concorrência pode ser um objetivo extraeconômico tutelado por meio das licitações públicas. O referido jurista cita como exemplo as limitações, previstas em edital de licitação, fixadas pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP para a participação de empresas na 8ª Rodada de Licitações para outorga de concessões de exploração e produção de petróleo e gás natural, que consistiam em “quantidade máxima de áreas a serem exploradas que poderiam ser disputadas por uma única empresa, prevendo os limites máximos de ofertas vencedoras por operador, para cada setor”<sup>244</sup>. Tal previsão editalícia, ao limitar a participação no certame de agente econômico que já houvesse obtido a exploração de um determinado número de áreas, tinha como objetivo acirrar a competitividade no setor e fomentar a multiplicação do número de atores em operação, sendo, portanto, exemplo do exercício da função regulatória da licitação para a promoção da concorrência.

A partir das hipóteses acima de vedação da participação em certame para a proteção da higidez da competição no mercado, é possível vislumbrar concepção mais geral no que concerne ao exercício da função regulatória da licitação como fomentadora da concorrência. Por essa senda, o Estado teria verdadeiro dever de utilizar o regramento licitatório para “estimular a competição entre os potenciais interessados”<sup>245</sup>, instalando no mercado “a disputa *ex ante*, a fim de obter o melhor resultado técnico e econômico-financeiro”<sup>246</sup>.

Por essa ótica, a função regulatória da licitação sob a faceta de ferramenta de promoção da concorrência perpassa a utilização das normas de contratação pública sob duas vertentes distintas: tanto para que o Estado incremente a competição nos próprios mercados em que ocorrem as compras públicas, como para que – no que concerne mais especificamente ao presente estudo – envide esforços para prevenir a adoção pelos particulares de práticas restritivas à concorrência nos certames licitatórios.

---

<sup>243</sup> Ibid. pp. 312-313.

<sup>244</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, pp. 325-326.

<sup>245</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação Pública – A Lei Geral de Licitação - LGL e o Regime Diferenciado de Contratações - RDC*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 31.

<sup>246</sup> Loc. cit.

De fato, em relação à primeira vertente, a ausência na prática de efetiva concorrência em um cenário em que se esperaria competição pode indicar a existência de alguma falha de mercado, a ser corrigida, se possível, por meio dos instrumentos regulatórios disponíveis, o que inclui a utilização do poder de compra estatal para tal finalidade<sup>247</sup>.

Já quanto à segunda vertente, Pedro Costa Gonçalves, também fazendo menção a uma função regulatória, destaca que “as entidades adjudicantes estão em situação privilegiada para o desempenho de um papel relevante, de primeira linha, na prevenção, detecção e gestão de práticas restritivas da concorrência no âmbito da contratação pública”<sup>248</sup>. Para tanto, deve o Estado observar se eventuais atos normativos ou práticas adotadas pela Administração não acarretam, indevidamente, incentivos à adoção pelos agentes privados de condutas anticoncorrenciais. Assim, conforme Rafael Vêras de Freitas, os “instrumentos convocatórios e contratos administrativos devem ser formatados com base na função regulatória das licitações, de modo a dificultar a formação desse acordo horizontal entre concorrentes”<sup>249</sup>.

O fomento à maior concorrência e o princípio da competitividade não são, todavia, valores absolutos. Entendimento distinto aniquilaria a possibilidade de exercício da função regulatória da licitação como promotora de finalidades públicas diversas, na forma acima analisada. Por vezes o legislador ou o administrador (mediante caso concreto) deverá ponderar o princípio concorrencial com outros valores de igual índole constitucional, conferindo primazia aos últimos, como ocorre quando do uso dos instrumentos licitatórios para obtenção de resultados sociais, promoção do desenvolvimento nacional sustentável, incentivo às microempresas e às empresas de pequeno porte, dentre outros<sup>250</sup>.

## 2.6 Considerações finais

A regulação do regime jurídico licitatório mostra-se, desde sempre, intrinsecamente relacionada com a teoria econômica. Esse fato não pode ser ignorado. Por vezes, legisladores, administradores e intérpretes parecem tratar o regramento licitatório apenas como um conjunto de regras burocráticas que servem para que a administração contrate ou adquira o que demanda,

---

<sup>247</sup> FREITAS, Rafael Vêras de. O combate aos cartéis nas licitações (visando à Copa do Mundo de 2014 e às Olimpíadas de 2016). *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 33, jan./mar. 2011, p. 7. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=72136>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

<sup>248</sup> GONÇALVES, Pedro Costa. *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 423.

<sup>249</sup> *Ibid.* p. 7.

<sup>250</sup> *Ibid.* p. 394.

menosprezando o fato de que a maior inserção de preocupações concorrenciais poderia auxiliar a identificar elementos que contribuem para a ocorrência de práticas de violação à concorrência, como a cartelização.

A regulação licitatória pode eventualmente se deparar com as mesmas falhas de mercado existentes em qualquer outro corpo de regulação setorial. Dentre elas, para o estudo que aqui se apresenta, merece destaque a organização de conluíus como exemplo de comportamento anticompetitivo.

Nesse quadro, é relevante sublinhar que um Direito Administrativo das licitações efetivamente permeado por preocupações concorrenciais pode e deve cumprir importante papel no enfrentamento preventivo das práticas de cerceamento à competição nas licitações, o que inclui a formação de cartéis. Para tanto, é fundamental que os operadores do direito tenham ciência de que o risco de colusão é passível de ser reduzido pelo desenho de licitações em que se considere a preocupação da luta contra comportamentos que maculam a competição<sup>251</sup>.

A centralidade “para valer” assumida no sistema jurídico pela Constituição, adicionalmente ao reconhecimento de sua força normativa, promoveram a constitucionalização do direito, com irradiação dos valores constitucionais a todo o ordenamento. Exige-se, assim, do intérprete do Direito a releitura do ordenamento infraconstitucional à luz da Constituição, fenômeno usualmente denominado de filtragem constitucional.

Especificamente quanto às atividades econômicas, é relevante que o intérprete considere que a Constituição consagrou no texto da Lei Fundamental, embora não de modo absoluto, os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência.

Por sua importância para o bem-estar da sociedade, a tutela estatal da concorrência como valor jurídico constitucionalmente consagrado não pode ficar restrita à seara do Direito Antitruste. Para sua melhor promoção é preciso também permear as normas licitatórias com as preocupações que hoje são próprias apenas do Direito Concorrencial, reinterpretando-as à luz do princípio constitucional da livre concorrência.

Portanto, é salutar que o Direito Administrativo das licitações seja permeado por princípios e preocupações próprias do Direito Concorrencial, não devendo a Administração presumir acriticamente que as compras estatais ocorrem em mercados efetivamente competitivos. O regime jurídico licitatório pode assumir adicional função regulatória promotora da concorrência, ao adotar cautelas necessárias para dificultar ou simplesmente não conceder incentivos perversos ao conluio dos particulares que atuam nos mercados de compras públicas.

---

<sup>251</sup> OCDE. *Fighting Cartels in Public Procurement*. OECD Observer. Out. 2008, p. 3. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/41505296.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2015.



Assim, conceder-se-ia ao regime jurídico licitatório uma função de cautelarmente, *ex ante*, evitar que o próprio Poder Público, por vezes inadvertidamente, contribuísse para a adoção de práticas inibidoras de concorrência pelos particulares.

### 3 O CARTEL E SUA INCIDÊNCIA NAS LICITAÇÕES

No capítulo 1 analisou-se a importância da concorrência para o incremento do bem-estar da sociedade, inclusive no que concerne às contratações públicas. Após, foram brevemente examinadas distintas formas de cerceamento concorrencial nas contratações públicas. Destacou-se que, a despeito da existência de diversos mecanismos de limitação competitiva, inequivocamente o método mais usual consiste na formação de um conluio, na configuração de um cartel, organizado para frustrar o caráter competitivo das licitações.

Com efeito, o cartel é apontado na literatura como uma das mais graves lesões à concorrência<sup>252</sup>. A OCDE, em recomendação relativa à adoção de ações efetivas contra a colusão entre agentes econômicos, aponta enfaticamente os cartéis *hard core* como “as mais flagrantes violações do direito da concorrência”<sup>253</sup>.

Tamanha é a reprovação a tal conduta que, em determinadas jurisdições, como nos Estados Unidos, o acordo entre concorrentes sobre variáveis econômicas relevantes é considerado um ilícito *per se*, em presunção absoluta, independentemente da efetiva materialização ou não de danos à sociedade<sup>254</sup>. No Brasil, como se verá a seguir, a caracterização do cartel como um ilícito concorrencial é mais sutil.

O próximo capítulo do presente estudo dedicar-se-á ao específico exame de aspectos do ordenamento jurídico licitatório brasileiro que criam riscos ou incentivos perversos à formação de cartéis por parte dos particulares.

Porém, para a compreensão de tal análise, é relevante que, antes, examinem-se as características concernentes à formação e sustentação da colusão em geral e, em particular, nos certames licitatórios. É justamente interferindo nessas características que o Estado pode melhor atuar para prevenir a formação do ilícito concorrencial em exame ou torna-los menos sustentáveis.

---

<sup>252</sup> Como exemplo, v. MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis: interface entre Direito Administrativo e Direito Penal*. São Paulo: Singular, 2013, pp. 36-60.; Também SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO. Combate a cartéis em licitações – Guia prático para pregoeiros e membros de comissões de licitação, pp. 08-09. Disponível em: <[http://www.comprasnet.gov.br/banner/seguro/cartilha\\_licitacao.pdf](http://www.comprasnet.gov.br/banner/seguro/cartilha_licitacao.pdf)>. Acesso em: 29 abr. 2016. No mesmo sentido, INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. *Building blocks for effective anti-cartel regimes*. Defining Hard Core Cartel Conduct — Effective Institutions — Effectives Penalties. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2005, p. 01. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2016. Afirmando que os cartéis *hard core* são “os vilões por excelência do direito da concorrência”, v. SCHUARTZ, Luis Fernando. Ilícito antitruste e acordos entre concorrentes. In: POSSAS, Mario Luiz (Coord.) *Ensaio sobre Economia e Direito da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2002, pp. 119-120.

<sup>253</sup> OCDE. *Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels*, 1998, p. 02. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/2350130.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2016.

<sup>254</sup> *Ibid.* pp. 55-56.

### 3.1 Caracterização dos cartéis

#### 3.1.1 Definição e fatores de propensão à sua ocorrência

Os cartéis representam o principal exemplo de conduta restritiva à concorrência horizontal<sup>255</sup>, correspondendo a um conluio formado entre agentes que deveriam concorrer entre si para cooperarem na troca de informações importantes ou na orquestração conjunta de variáveis concorrenciais relevantes, como preço, qualidade, quantidade produzida ou repartição do mercado<sup>256</sup>.

Em documento emblemático sobre o tema, publicado pela OCDE em 1998 com o escopo de incentivar aprimoramentos nas leis concorrenciais de seus países-membros para o melhor combate à conduta em exame, aquela organização definiu os cartéis em sentido estrito, ou *hard core*, nos seguintes termos:

um cartel *hard core* é um acordo anticoncorrencial, prática concertada anticompetitiva, ou arranjo anticoncorrencial por parte dos concorrentes para fixar preços, fazer lances concertados (propostas em conluio), estabelecer restrições ou quotas de produção, ou compartilhar ou dividir mercados por meio de atribuição de clientes, fornecedores, territórios ou linhas de comércio<sup>257</sup>.

<sup>255</sup> Nas palavras de Paula Forgioni, os acordos horizontais “são aqueles celebrados entre agentes econômicos que atuam no mesmo mercado relevante (geográfico e material) e estão, portanto, em direta relação de concorrência”. Diferenciam-se dos acordos verticais, que são os que “disciplinam relações entre agentes econômicos que desenvolvem suas atividades em mercados relevantes diversos, muitas vezes complementares”. FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 336.

<sup>256</sup> Além das variáveis concorrenciais mais óbvias, outros elementos podem ser objeto de acordo entre os potenciais rivais. Veja-se, por exemplo, o recente histórico de conduta que acompanha o acordo de leniência firmado pelo Cade com a Andrade Gutierrez Engenharia S/A e com executivos e ex-executivos da empresa acerca de suposto cartel na licitação para a concessão de exploração da Usina Hidrelétrica de Belo Monte (“UHE Belo Monte”) – Leilão nº 06/2009 – e na contratação para a construção da UHE Belo Monte na modalidade EPC – Concorrência Privada da Norte Energia S/A. Em relação ao Leilão nº 06/2009, os signatários afirmaram que as concorrentes tinham efetivo interesse em disputar a licitação, vez que o grupo vencedor fatalmente exerceria a liderança da construção. No entanto, a despeito dessa disputa, continuavam se reunindo e trocando informações sobre questões, que incluíam: “(i) a premissa de que a construção, necessariamente, deveria ser contratada no regime de EPC; (ii) a divisão dos riscos do empreendimento entre as construtoras e os respectivos investidores de cada consórcio; e (iii) o contingenciamento dos riscos das construtoras, a fim de verificar o andamento da formação do consórcio concorrente e as condições comerciais do EPC acordadas com os respectivos investidores, variáveis estas que poderiam impactar os preços da obra. Esse alinhamento visava garantir a viabilidade do pacto de posterior divisão da construção da UHE Belo Monte, qualquer que fosse o grupo vencedor da concessão”. Nesse sentido, v. CADE. *Versão pública do “Histórico da Conduta”* – acordo de leniência celebrado com a Andrade Gutierrez Engenharia S/A e com executivos e ex-executivos da empresa acerca de suposto cartel na licitação para a concessão de exploração da Usina Hidrelétrica de Belo Monte (“UHE Belo Monte”) – Leilão nº 06/2009 – e na contratação para a construção da UHE Belo Monte na modalidade EPC – Concorrência Privada da Norte Energia S/A, pp. 4 e 35-39. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordo-de-leniencia-em-investigacao-de-cartel-na-licitacao-da-usina-de-belo-monte/historico-da-conduta-bm.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

<sup>257</sup> Tradução livre a partir do original em inglês: “a “hard core cartel” is an anticompetitive agreement, anticompetitive concerted practice, or anticompetitive arrangement by competitors to fix prices, make rigged bids (collusive tenders), establish output restrictions or quotas, or share or divide markets by allocating customers,

A definição da OCDE desperta interesse por já destacar as quatro espécies de condutas mais comumente identificadas nos cartéis<sup>258</sup>: a combinação de preços, a restrição de oferta, a divisão do mercado e – a que é mais relevante para o presente trabalho – a apresentação concertada de ofertas em leilões e licitações.

Além disso, o conceito acima também é útil por restringir o significado dos cartéis a partir da conceituação do que usualmente se denomina de cartel *hard core*. Luis Fernando Schuartz esclarece que os cartéis *hard core* são, assim como outras espécies de acordos, práticas concertadas entre os concorrentes, mas:

com a qualificação de não poderem ser caracterizadas como *secundárias* (ainda que necessárias de um ponto de vista racional-estratégico) ou “*colaterais*” tendo em vista a viabilização de arranjos eventualmente neutros ou mesmo pró-competitivos que envolvam os agentes econômicos em questão (por exemplo, *joint ventures*, consórcios, acordos de organização da produção, distribuição, etc.)<sup>259</sup>.

Frise-se que no presente trabalho abordam-se apenas os denominados cartéis *hard core*, de modo que o isolado termo “cartel” será utilizado como sinônimo de cartel *hard core*, com o sentido limitado e restrito acima exposto.

Em obra específica sobre o tema, a jurista Ana Paula Martinez define os cartéis como “acordos, ajustes ou mesmo troca de informações sobre variáveis comercialmente sensíveis entre concorrentes com o objetivo de alterar artificialmente as condições do mercado com relação a bens ou serviços, restringindo ou eliminando a concorrência”<sup>260</sup>.

Por sua vez, Paula Forgioni sintetiza a conduta em análise como “acordos entre concorrentes, atuais ou potenciais, destinados a arrefecer ou neutralizar a competição entre eles e que têm seu objeto ou efeito tipificado nos incisos do art. 36, *caput*, da Lei nº 12.529 de 2011”.

A referência, feita por Paula Forgioni, ao *caput* do art. 36 da Lei nº 12.529/2011 é relevante para que se compreendam quais práticas caracterizam a organização de um cartel. O dispositivo em comento assenta que constituem infração à ordem econômica os atos que possam produzir ou que tenham por objeto, ainda que não acarretem a efetiva geração de efeitos, prejuízos à livre concorrência ou à livre iniciativa, dominação de mercado relevante de bens ou

---

suppliers, territories, or lines of commerce”. (OCDE. *Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels*, 1998, p. 03. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/2350130.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2016.)

<sup>258</sup> Cf. INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. Op. cit. p. 10

<sup>259</sup> SCHUARTZ, Luis Fernando. Ilícito antitruste e acordos entre concorrentes. In: POSSAS, Mario Luiz (Coord.) *Ensaio sobre Economia e Direito da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2002, p. 119.

<sup>260</sup> MARTINEZ, Ana Paula. Op. cit. pp. 36-37.

serviços, aumento arbitrário de lucros ou exercício de forma abusiva de posição dominante. Assim, um acordo entre potenciais concorrentes que não traga nenhum prejuízo à concorrência ou que, mais genericamente, seja inábil a gerar qualquer um dos efeitos previstos nos incisos do art. 36 da Lei nº 12.529/2011, não se constitui em um cartel, uma vez que não acarreta nenhum efeito anticompetitivo relevante para a ordem econômica<sup>261</sup>.

Tal observação relaciona-se ao grau de presunção de nocividade dos efeitos causados pelo cartel. Como apontado anteriormente, em determinadas jurisdições, a exemplo dos Estados Unidos e Canadá, o acordo entre concorrentes sobre variáveis econômicas relevantes é considerado, por presunção absoluta, um ilícito *per se*, sendo que as autoridades antitruste não precisam comprovar os efetivos danos causados à sociedade, bastando demonstrar a existência do conluio<sup>262</sup>.

No direito antitruste brasileiro entende-se que nenhuma conduta deve ser tratada como um ilícito *per se*<sup>263</sup>, necessitando-se traçar uma correspondência entre a prática e a produção de algum efeito nocivo no mercado para a determinação da ilicitude do comportamento<sup>264</sup>. Como esclarece Calixto Salomão Filho, essa concepção encontra-se consagrada na Lei nº 12.529/2011, que correlaciona as condutas descritas no art. 36, § 3º, com os efeitos apontados no *caput* do art. 36<sup>265</sup>.

Assim, quanto aos cartéis, entre nós adotou-se tradicionalmente o que se poderia chamar de regra da razão modificada<sup>266</sup>, havendo apenas uma certa presunção relativa quanto à geração

<sup>261</sup> Nesse sentido, FORGIONI, Paula A. Op. cit. p. 341.

<sup>262</sup> MARTINEZ, Ana Paula. Op. cit. pp. 55-56.

<sup>263</sup> Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 564.

<sup>264</sup> No Direito da Concorrência, denomina-se de “regra da razão”, em oposição à referida ilicitude *per se*, tal necessidade de “análise dos efeitos no mercado para a determinação da ilicitude ou não da conduta (...)”. V. MARTINEZ, Ana Paula. Op. cit. p. 56.

<sup>265</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit. p. 564.

<sup>266</sup> Termo empregado por Ana Paula Martinez, em MARTINEZ, Ana Paula. Op. cit. p. 56.

de efetivos nocivos à concorrência, sendo certo, por outro lado, que podem as partes envolvidas demonstrarem a inexistência de consequências prejudiciais ao mercado<sup>267 268 269</sup>.

Diversos fatores de mercado são apontados como condições facilitadoras para a ocorrência de cartéis<sup>270</sup>. Por óbvio, a verificação na prática de uma ou mais dessas características não é suficiente como prova da existência da conduta anticoncorrencial<sup>271</sup>. Dentre as mais relevantes para o surgimento de conluís da espécie nas licitações encontram-se:

(1) Concentração de mercado – em um mercado composto por um grande número de fornecedores, a competição entre tais agentes econômicos naturalmente tende a ser maior do que o seria com uma menor quantidade de participantes. Além disso, torna-se também mais difícil entabular um eventual acordo em razão do custo de transação envolvido;

(2) Homogeneidade dos produtos – a grande semelhança entre os bens produzidos torna mais fácil a celebração de um acordo entre os potenciais concorrentes, além de facilitar a

<sup>267</sup> Ibid. pp. 55-56.

<sup>268</sup> Importante ressaltar que o tema é controvertido, havendo escritos na literatura e votos do Cade em defesa da adoção da regra *per se* quanto aos cartéis. Para Luis Fernando Schuartz, mesmo “o mais fanático defensor do dogma da inadmissibilidade da regra *per se* no direito antitruste brasileiro deveria, se minimamente informado, sentir um certo embaraço ao invocar supostos ‘ganhos de eficiência’ na defesa de um acordo explícito de fixação de preços.” (SCHUARTZ, Luis Fernando. Op. cit. p. 120). Para o autor, colocado o pressuposto de que os agentes econômicos envolvido são racionais e a “premissa teórico-econômica de acordo com a qual a lucratividade do acordo de preços está condicionada à detenção conjunta, pelos partícipes, de poder de mercado para o aumento dos preços e a redução das quantidades ofertadas, segue-se necessariamente que a prova do fato do acordo é suficiente para a conclusão no sentido da produção da perda de bem-estar. Em outras palavras, se os agentes são racionais e se os mesmos decidem participar de um acordo dessa natureza, pode-se afirmar que eles detêm – pelo menos em conjunto – o poder de mercado que está sendo de fato utilizado no sentido da produção da perda de bem-estar (um aumento de preços a um nível superior ao competitivo e uma redução da oferta a um nível inferior ao competitivo).” (Ibid. p. 121.) No voto do Conselheiro-Relator Márcio de Oliveira Júnior no processo administrativo nº 08012.001273/2010-24, relativo a cartel na licitação para aquisição de kits de aquecedores solares para habitações de baixa renda construídas pela Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo, também se defende que “cartel é uma conduta analisada sob a ótica da regra *per se*”. Na mesma toada, v. CADE. Nota Técnica nº 102/2015/CGAA8/SGA2/SG/CADE, p. 16. Disponível em: <[<sup>269</sup> Cumpre ressaltar, ainda, que na literatura sustenta-se que, em alguns cenários específicos, os cartéis poderiam ser justificáveis. A hipótese usualmente suscitada refere-se a períodos de aguda crise, em que, eventualmente, poder-se-ia tolerar a formação de cartéis, para a esterilização da concorrência entre os agentes econômicos, com o escopo de garantir a preservação das atividades. Nesse sentido, v. FORGIONI, Paula A. Op. cit. p. 343; e SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit. pp. 586-591. É difícil de se cogitar, por outro lado, de cartéis justificáveis em licitações públicas, haja vista que a frustração da concorrência tenderia a acarretar incremento de preços em prejuízo direto ao erário.](http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?4eIKWefTEDNjuW0Z7eeqmJameYvd4HOZP-iApsg-mWII8cL55UM65xvYSUQZtf1HcqX_KdIXtiNvtq6TCAdBlg,,>”. Acesso em: 02 nov. 2016.</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

<sup>270</sup> Na literatura identificam-se listas diversas de fatores que acarretam maior propensão à cartelização. Exemplificativamente, v. OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 55-56; MARTINEZ, Ana Paula. Op. cit. pp. 51-55; FORGIONI, Paula A. Op. cit. pp. 345-348. LONDON ECONOMICS. *The nature and impact of hardcore cartels: A report to the Danish Competition Authority*. Jan. 2011, p. 06. Disponível em: <<http://londonconomics.co.uk/wp-content/uploads/2011/09/7-The-nature-and-impact-of-hardcore-cartels.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2016.

<sup>271</sup> Cf. OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. Op. cit. p. 56.

justificativa sobre eventuais preços similares ou idênticos e de tornar mais óbvia a estrutura de custos dos parceiros do conluio, o que facilita o monitoramento do acordo<sup>272 273</sup>.

(3) Existência de barreiras à entrada – diversos fatores podem dificultar o ingresso de novos concorrentes do mercado, o que reduz o potencial de questionamento dos agentes econômicos já consolidados por outros que poderiam se sentir atraídos pelos elevados lucros presentes de um mercado cartelizado.

(4) Baixa elasticidade da demanda – diz-se que um produto possui baixa elasticidade da demanda quando a quantidade demandada sofre pouca variação em razão do aumento dos preços. Assim, os ofertantes se sentem confortáveis em elevar o preço dos bens, haja vista que tal estratégia não terá proporcional impacto na redução da quantidade adquirida.

(5) Frequência de interações no mercado – se os potenciais competidores constantemente travam relações de negociação com os demandantes, a probabilidade de manutenção de um conluio para frustrar a concorrência é maior, haja vista que eventual desvio acarretaria uma disputa concorrencial já em um horizonte temporal reduzido. Caso tais encontros no mercado sejam pouco frequentes, haverá maior probabilidade de desvio da conduta coordenada previamente acertada.

Passa-se agora a analisar as principais consequências econômicas negativas advindas da frustração concorrencial por meio da cartelização.

### 3.1.2 As consequências econômicas dos cartéis

Se a concorrência pode trazer benefícios para a sociedade, para os potenciais competidores a concorrência certamente acarreta perdas. Com bem sintetiza Paula Forgioni, a competição leva o empresário a “auferir lucros menores, força o cuidado com a qualidade do

<sup>272</sup> Cf. LONDON ECONOMICS. Op. cit. p. 06.

<sup>273</sup> A homogeneidade dos produtos é um dos fatores que foram citados como viabilizadores da organização de cartel em licitações promovidas pelo Ministério da Saúde para a aquisição de hemoderivados. A investigação do caso restou conhecida como “Operação Vampiro”. Segundo o Cade, “em grande parte das licitações, não há significativas diferenciações de qualidade e/ou tecnologia nos produtos e serviços licitados, o que afasta eventuais assimetrias entre as licitantes, permitindo que acordos colusivos girem em torno de uma variável de fácil controle e mensuração: o preço. Isso se aplica ao caso concreto, visto que o produto licitado era homogêneo, dado esse corroborado tanto pela modalidade da licitação – pregão, utilizado para ‘bens e serviços comuns’ – quanto pelo fato de o preço final ser o critério básico de seleção dos ofertantes”. V. CADE. Nota Técnica nº 102/2015/CGAA8/SGA2/SG/CADE, p. 23. Disponível em: <[http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento\\_consulta\\_externa.php?4eIKWefTEDNjuW0Z7eeqmJameYvd4HOZP-iApsg-mWII8cL55UM65xvYSUQZtf1HcqX\\_KdlXtiNvtq6TCAdBlg,,>](http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?4eIKWefTEDNjuW0Z7eeqmJameYvd4HOZP-iApsg-mWII8cL55UM65xvYSUQZtf1HcqX_KdlXtiNvtq6TCAdBlg,,>). Acesso em: 02 nov. 2016.

produto e gera a necessidade de investimentos para que o agente possa manter-se no mercado, competindo<sup>274</sup>.

Portanto, não é surpreendente que os agentes econômicos tentem neutralizar a concorrência, seja mediante a aquisição de poder de monopólio naquele mercado, eliminando definitivamente os concorrentes; seja entabulando acordos com os rivais para arrefecer ou extinguir a competição. Muito pelo contrário, o comportamento racional que a teoria econômica espera é justamente esse. Cabe ao Estado, nesse contexto, adotar as medidas necessárias para proteger o correto funcionamento do mercado e a livre concorrência como valor jurídico e econômico.

De acordo com a OCDE, os cartéis acarretam em média sobrepreço de 10% do valor envolvido e causam danos gerais no mercado que alcançam 20% do montante do comércio afetado<sup>275</sup>. Trata-se de uma estimativa conservadora. Sintetizando-se os resultados de diversos estudos empíricos realizados nas últimas décadas, já se identificou que a mediana<sup>276</sup> de sobrepreço identificado entre cartéis varia de 14% a 45%, sendo que a média de sobrepreço varia de 8% a 53%. Estudos mais recentes indicam a mediana entre 23% e 25% e a média entre 46% e 49%<sup>277</sup>. O fato de o valor da mediana ser consideravelmente menor do que o da média indica que alguns cartéis apresentam elevações de preço muito altas<sup>278</sup>.

Sublinhe-se, todavia, que o incremento nos preços dos bens, gerando prejuízo financeiro ao consumidor, é apenas a faceta mais aparente de todos os problemas acarretados pelos conluíus. Os danos econômicos e sociais vão além dos preços mais altos.

Com efeito, ao acarretarem restrições à concorrência em determinado mercado, os cartéis provocam ineficiências alocativas, produtivas e dinâmicas naquele segmento econômico<sup>279</sup>, nos termos definidos na seção 1.2.2, levando à diminuição do bem-estar da sociedade.

O método tradicional de representação do bem-estar social se dá por meio da tentativa de mensuração dos denominados “excedentes”, tanto dos consumidores como dos produtores. Na feliz síntese de Luis Fernando Schuartz, o excedente do consumidor “refere-se ao valor,

---

<sup>274</sup> FORGIONI, Paula A. Op. cit. p. 339.

<sup>275</sup> OCDE. *Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes*. 2002, p. 77. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf>>. Acesso: 06 de junho de 2015.

<sup>276</sup> Em brevíssima síntese, sem a pretensão de excessivo tecnicismo, a mediana é o valor que separa a metade inferior da metade superior de uma amostra. A mediana é considerada mais robusta do que a média, uma vez que, por ser um valor intermediário, não corre o risco de apresentar um resultado arbitrariamente grande em razão de eventos isolados da amostra.

<sup>277</sup> LONDON ECONOMICS. Op. cit. pp. 12-14.

<sup>278</sup> Ibid. p. 13.

<sup>279</sup> No mesmo sentido, MARTINEZ, Ana Paula. Op. cit. p. 37.



acima daquele efetivamente pago, que um consumidor estaria disposto a pagar por uma unidade de um determinado produto para viabilizar o seu consumo<sup>280</sup>. O valor total do excedente seria, assim, justamente a soma de tais diferenças concernentes a cada consumidor individualmente considerado. Igualmente, o excedente do produtor seria “a diferença entre o valor recebido pela venda de uma unidade de certo produto e o valor associado ao custo de produzi-la”<sup>281</sup>, sendo certo, portanto, que o excedente total seria a consolidação dessas diferenças.

Nesse passo, o cálculo do bem-estar social se dará pela soma dos excedentes totais de consumidores e produtores. Configura-se, desse modo, equivalência entre o denominado bem-estar social econômico e a eficiência alocativa<sup>282</sup>. Em um mercado plenamente competitivo, em que ocorresse absoluta eficiência, o excedente social seria maximizado. Por outro lado, na hipótese de cerceamento competitivo, como em um cenário de cartelização, do qual potencialmente decorreria um aumento de preços, existiriam perdas de bem-estar econômico advindas da ineficiência alocativa.

É de se ver que tal incremento nos preços somente é viável pelo fato de que o estabelecimento de um cartel propicia a conquista (e o eventual exercício) de poder de mercado, que se caracteriza pela capacidade de impor um consistente e lucrativo aumento de preços acima do patamar que seria esperado em um cenário competitivo, a acarretar redução na quantidade demandada e ofertada abaixo do nível eficiente<sup>283</sup>.

O prejuízo de eficiência alocativa provém do fato de que, em razão do acréscimo de preços, a oferta cai abaixo do nível competitivo, de modo que consumidores que anteriormente adquiriam o produto não mais terão acesso. Tal perda de bem-estar pode apresentar dimensão significativa, em especial se o aumento do preço for considerável e a demanda for elástica<sup>284</sup>.

Assim, regra geral, os cartéis não representam simples transferência do excedente econômico que deveria ser do consumidor para os produtores cartelizados. A ineficiência gerada pela limitação da concorrência leva ao que na análise gráfica microeconômica se denomina de “peso-morto”, com esvaimento de recursos da sociedade<sup>285</sup>.

No mais, assim como em qualquer cenário de restrição concorrencial, a cartelização reduzirá os estímulos à melhoria da produtividade e conduzirá a uma tendência de aumento de custos. Além disso, pela menor competição, desestimulará a inovação tecnológica, de qualidade

<sup>280</sup> SCHUARTZ, Luis Fernando. Op. cit. p. 100.

<sup>281</sup> Loc. cit.

<sup>282</sup> Ibid. p. 101.

<sup>283</sup> Ibid. p. 103.

<sup>284</sup> Nesse sentido, v. LONDON ECONOMICS. Op. cit. p. 17.

<sup>285</sup> Cf. MARTINEZ, Ana Paula. Op. cit. p. 37.

ou de variedade dos produtos, em prejuízo do melhor retorno pelo dinheiro empregado que os consumidores poderiam obter a partir daquela relação comercial<sup>286</sup>.

Ana Paula Martinez resume os prejuízos causados pelos cartéis:

Como procuramos demonstrar acima, os cartéis são práticas pelas quais os produtores extraem renda do consumidor de forma ilícita. Além disso, ao eliminar ou reduzir os benefícios da concorrência, os cartéis impõem prejuízos à sociedade: custos maiores, recursos alocados de forma ineficiente e empresas que não inovam, tornando a economia pouco produtiva – esses resultados tornam a prática colusiva a mais grave do direito antitruste e, de forma geral, uma das condutas mais lesivas à ordem econômica<sup>287</sup>.

Especificamente no que tange aos cartéis em licitações, os efeitos produzidos são um pouco diversos. Como regra, o ente público estabelece a quantidade de bens, de serviços ou as obras que pretende contratar/adquirir e, após, por meio da licitação, busca obter a contratação mais vantajosa. Não há, em geral, variação do montante contratado em função do preço que se obtenha. A quantidade é previamente estabelecida, de modo que, caso o ente licitante se depare com maiores preços por conta da cartelização, acabará despendendo um valor total maior.

Haverá, portanto, como consequência da colusão em licitações, inegável transferência de renda do ente licitante para os particulares. Não ocorrerá, por outro lado, como regra, o surgimento de “peso-morto”, perda social advinda da menor oferta de bens em virtude do aumento de preços e da redução da demanda, uma vez que não haverá redução da quantidade produzida e negociada<sup>288</sup>.

De todo modo, ainda que nos cartéis em licitações não haja perda de bem-estar especificamente por conta do denominado “peso-morto”, continua a existir evidente prejuízo social fruto dos conluíus. Primeiramente porque as ineficiências produtivas e dinâmicas também surgirão de um conluio em licitações. No mais, enfrentando custos maiores, o Poder Público exigirá da sociedade maior tributação para o seu sustento ou reduzirá a qualidade ou a extensão dos serviços administrativos prestados<sup>289</sup>. De fato, com maior dispêndio do ente licitante, menos recursos restarão para o atendimento de outras demandas dos entes licitantes, em provável prejuízo a todas as atividades estatais prestadas<sup>290</sup>.

Ironicamente, a despeito de o prejuízo agregado para a sociedade ser potencialmente significativo, é provável que o impacto, especialmente financeiro, para cada contribuinte ou

---

<sup>286</sup> Cf. LONDON ECONOMICS. Op. cit. p. 17.

<sup>287</sup> MARTINEZ, Ana Paula. Op. cit. p. 41.

<sup>288</sup> Ibid. pp. 47-48.

<sup>289</sup> Cf. LONDON ECONOMICS. Op. cit. p. 18.

<sup>290</sup> MARTINEZ, Ana Paula. Op. cit. pp. 47-48.

cidadão individualmente considerado seja de pequena monta, vez que estará difuso entre uma grande quantidade de pessoas. Assim, não só o fardo suportado diretamente em cada um termina por ser de impossível quantificação, como também o interesse despertado pelo tema para que a sociedade se organize e cobre da Administração providências para o enfrentamento das cartelizações em licitações acaba por ser pequeno, salvo durante as ondas de atenção social provocadas pela descoberta e divulgação pela mídia de escândalos concernentes ao tema.

### 3.1.3 Tipologia dos cartéis

Sem que se pretenda esgotar a análise de todos os tipos possíveis de organização em cartel, para o estudo que aqui se propõe convém destacar alguns apresentados pela literatura.

Em relação ao objeto do acordo, há cartéis de preço ou de quantidade (que, conforme a teoria microeconômica, acarretam os mesmos resultados, haja vista que preço e quantidade são variáveis inversamente correlacionadas<sup>291</sup>) e cartéis de alocação de mercado, em que os potenciais concorrentes dividem o mercado entre si, de modo que, naquele segmento que lhes couber, passam a atuar como se monopolistas fossem<sup>292</sup>. Os cartéis de preço, por sua importância e frequência, são expressamente citados na Lei nº 12.529/2011, no art. 36, § 3º, I, “a”.

Outra classificação rotineiramente adotada na literatura divide os cartéis entre explícitos e tácitos. Os cartéis explícitos seriam aqueles em que as partes entabulam um inequívoco acordo – oral ou escrito – acerca de alguma das variáveis concorrencialmente relevantes. Já os cartéis tácitos ocorrem sem que as partes envolvidas efetivamente entabulem um acordo. Há apenas eventuais sinalizações de comportamento ou mera acomodação na atuação daqueles potenciais concorrentes no mercado, sem que em momento algum hajam formalmente combinado uma cooperação<sup>293 294</sup>.

<sup>291</sup> Uma redução da quantidade produzida implica aumento de preços, enquanto que o aumento de preços leva, em regra, à redução da quantidade, mesmo porque a demanda pelo produto tende a cair. Tecendo a mesma observação referente à identidade de resultados entre cartéis de preços e de quantidade, v. MARTINEZ, Ana Paula. Op. cit. p. 42; e SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit. p. 563.

<sup>292</sup> MARTINEZ, Ana Paula. Op. cit. p. 42.

<sup>293</sup> Em semelhante sentido, MARTINEZ, Ana Paula. Op. cit. pp. 43-44.

<sup>294</sup> A análise das colusões tácitas, em especial quanto à pertinência ou não de seu sancionamento pelo ordenamento jurídico, é tema tormentoso no Direito da Concorrência, fugindo ao escopo do presente trabalho. Nem mesmo o conceito de acordo tácito é pacífico. Ivo Teixeira Gico Junior aponta a utilização na literatura e na jurisprudência de ao menos três diferentes significados, que denotam realidades fáticas distintas entre si. Assim, a expressão poderia englobar: “o acordo efetivamente celebrado (troca de garantias), mas cuja existência não foi comprovada diretamente”; “casos em que os agentes econômicos – apesar de não celebrarem um acordo no sentido clássico da palavra, e.g., não sentarem e discutirem os termos da conduta concertada ou não trocaram entre si garantias de comportamento futuro – utilizam meios mais sutis e indiretos para realizar a troca de informações e, tendo trocado

Nessa matéria, é de se ver, ainda, que a adoção de estratégias semelhantes, inclusive no que tange à fixação e preços, não necessariamente indica a existência de um acordo. Por vezes representa um comportamento racional e natural do processo normal de competição, especialmente em mercados oligopolizados e naqueles com elevadas barreiras à entrada, em que preços mais elevados do que o que se esperaria em um mercado competitivo não são o suficiente para atrair novos participantes<sup>295</sup>. Calixto Salomão Filho denomina tal prática de comportamento paralelo intencional<sup>296</sup>. Como consigna Paula Forgioni ao versar sobre o referido fenômeno de mercado, “não é possível a condenação dos agentes econômicos por terem agido de forma racional, respondendo a estímulos do mercado, sem que tenham se lançado na prática de qualquer ato ilícito”<sup>297</sup>.

Nas compras públicas, tanto podem ocorrer os cartéis explícitos quanto os tácitos. A possibilidade de limitações concorrenciais sem a formulação de explícitos acordos reforça a imperatividade de que o Estado incentive a concorrência na seara das contratações públicas, como defendido ao longo do capítulo 2. De fato, não se mostra suficiente apenas punir os cartéis explícitos identificados pelas autoridades antitruste. Cabe ao Poder Público verdadeiramente promover a competição na seara licitatória, para que os benefícios sociais e a redução de preços que poderiam advir da concorrência não se esvaíam por conta também de acomodações de mercado ou cartéis tácitos.

### 3.2 Práticas usuais de cartelização em licitações

Em regra, os cartéis são organizados a partir de acordos que têm por objeto uma das principais variáveis concorrenciais, quais sejam, preço, qualidade, quantidade produzida ou à repartição do mercado<sup>298</sup>.

---

tais informações, estabelecem com adequado grau de certeza o comprometimento com o comportamento futuro”; e, por fim, “a hipótese de as empresas ‘coordenarem’ suas ações simplesmente pela observação do mercado, antecipando-se a ele ou respondendo adequadamente às ações dos concorrentes” (GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Cartel: teoria unificada da colusão*. São Paulo: Lex Editora, 2006, p. 192).

<sup>295</sup> Cf. FORGIONI, Paula A. Op. cit. pp. 350-351.

<sup>296</sup> Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit. pp. 570-578. Aponta o autor que nem “toda prática de preços semelhantes é direcionada a restringir a concorrência. Ela pode ser, ao contrário, sobretudo em estruturas monopolistas, sintoma de intensa concorrência entre as partes. A lei brasileira confirma esse entendimento ao afirmar, logo em seguida, que a prática deve ser por acordo ente concorrentes. Essa afirmação não constitui uma contradição em termos, exigindo o retorno à noção de acordo expresso para caracterizar a ilicitude. Constitui – isto, sim – um adendo necessário para deixar claro que a mera semelhança de preços não é indício suficiente para a ilicitude”. Ibid. p. 573.

<sup>297</sup> FORGIONI, Paula A. Op. cit. p. 351.

<sup>298</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit. p. 563.

Algumas práticas são usuais em cartéis em licitações. A mais óbvia é a combinação de preços, em que um proponente é escolhido para apresentar uma oferta que se sagrará vencedora, enquanto que os demais membros do cartel oferecem propostas maiores. Para que tal esquema seja sustentável, precisa estar associado a um acordo de rotação de vencedores nas licitações seguintes no mesmo setor ou ao repasse de parte dos ganhos de monopólio pelo vencedor aos demais membros<sup>299</sup>.

Outra prática igualmente comum é a divisão do mercado, seja por objeto, seja por localidade geográfica, sendo que os potenciais competidores concordam em apresentar propostas mais altas naqueles mercados designados para os seus parceiros de conluio<sup>300</sup>. Na hipótese da demanda em cada mercado ser discrepante ou variável, tal prática de cartelização pode estar associada também à divisão de rendimentos entre os participantes<sup>301</sup>.

É de se notar que em históricos de condutas que acompanham acordo de leniência ou termo de compromisso de cessação já celebrados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade a partir de investigações ocorridas no âmbito da Operação Lava Jato, reiteradamente há registro de que as condutas anticompetitivas consistiram em acordos tanto de fixação de preços, condições e vantagens, como de divisão de mercado entre concorrentes para frustrar o caráter competitivo dos certames<sup>302</sup>.

---

<sup>299</sup> V. OCDE. *The role of competition authorities in promoting competition*. 2007, p. 35. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/39891049.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

<sup>300</sup> Como um exemplo de divisão de mercado identificada pelo Cade, cite-se o processo administrativo nº 08012.008184/201190, Conselheiro-Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, referente ao denominado Cartel dos Radares, concernente ao mercado de prestação de serviços de apoio, sinalização, monitoramento, manutenção e fiscalização do trânsito no Município de Jahu – SP, em que se afirma no voto do relator que “Analisando os elementos de prova carreados nos autos, restou comprovado que as empresas definiram previamente as vencedoras das referidas licitações, dividindo o mercado entre si, e, por consequência, que as demais Representadas ou não apresentariam propostas ou apenas ofertariam ‘propostas de cobertura’, com vistas a conferir uma aparência de competição ao certame”.

<sup>301</sup> OCDE. Op. cit. p. 35.

<sup>302</sup> Nesse sentido, v. CADE. *Versão pública do “Histórico da Conduta”* – acordo de leniência celebrado com a Setal Engenharia e Construções, a SOG Óleo e Gás e pessoas físicas funcionários e ex-funcionários das empresas do grupo. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordo-de-leniencia-no-ambito-da-201cooperacao-lava-jato201d/hc-versao\\_publica.pdf](http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordo-de-leniencia-no-ambito-da-201cooperacao-lava-jato201d/hc-versao_publica.pdf)>. Acesso em: 14 out. 2016. IDEM. *Versão pública do “Histórico da Conduta”* – acordo de leniência celebrado com a Construções e Comércio Camargo Correa S/A (CCCC) e pessoas físicas funcionários e ex-funcionários da empresa. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordo-de-leniencia-em-investigacao-de-cartel-em-licitacao-da-usina-angra-3/historico\\_da\\_conduta\\_publico.pdf](http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordo-de-leniencia-em-investigacao-de-cartel-em-licitacao-da-usina-angra-3/historico_da_conduta_publico.pdf)>. Acesso em: 14 out. 2016. IDEM. *Versão pública do “Histórico da Conduta”* que acompanha o Termo de Compromisso de Cessação – TCC assinado com a empresa Construções e Comércio Camargo Corrêa S/A – CCCC e dois ex-funcionários, em procedimento que apura a ocorrência de cartel no mercado de obras civis e de montagem industrial no setor de óleo e gás *onshore* no Brasil, em licitações da Petróleo Brasileiro S/A – Petrobras. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordo-com-construtora-camargo-correa-na-investigacao-de-cartel-em-licitacoes-da-petrobras/historico-da-conduta.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2016.

A OCDE, em documentos<sup>303</sup>, também faz referência às práticas de cobrança de valores pela apresentação de propostas, em que o cartel cobra de seus membros um determinado montante para autorizar a apresentação de uma oferta, que acaba sendo acrescido ao valor da proposta formulada, sendo que o fundo constituído pela arrecadação é, depois, devolvido aos membros do cartel por algum mecanismo por eles articulado<sup>304</sup>. Outra prática, denominada pela OCDE de “compartilhamento de espólios”, seria aquela em que o vencedor compensa todos os perdedores pelos custos que sofreram para a formulação de suas propostas, sendo que, paralelamente, organiza-se algum mecanismo de partilha dos lucros de monopólio obtidos pelo vencedor, como, por exemplo, a subcontratação dos perdedores<sup>305</sup>.

As práticas acima citadas se materializam concretamente por meio de alguns mecanismos identificados habitualmente, que não são mutualmente excludentes entre si. Sem que se pretenda exaurir a análise de todos os instrumentos passíveis de serem engendrados, destacam-se: as propostas fictícias ou de cobertura; a supressão de propostas; e o rodízio de propostas.

Como o nome já sugere, as propostas fictícias ou de cobertura, também conhecidas como *pro forma*, ocorrem quando os potenciais concorrentes combinam entre si para que aqueles que sabidamente não se sagrarão vencedores apresentem, apenas com o escopo de simular uma situação de aparente concorrência, lances mais elevados do que o do parceiro designado para vencer o leilão, com valores sabidamente excessivos ou com vícios ou condições que levarão à desclassificação<sup>306</sup>. Frise-se que propostas fictícias não envolvem tão somente a apresentação deliberada de valores que não se sagrarão vencedores. A falha dolosa na apresentação de documentos necessários para a habilitação, com o escopo de que a proposta não possa ser admitida pela Administração, também caracteriza uma proposta *pro forma*, existente tão somente para aparentar uma competição que, em verdade, nunca houve de fato<sup>307</sup>.

Veja-se que em acordo de leniência celebrado pelo Cade com a Setal Engenharia e Construções, a SOG Óleo e Gás e pessoas físicas funcionários e ex-funcionários das empresas do grupo, a partir de investigações promovidas no bojo da Operação Lava Jato, descreve-se a

<sup>303</sup> OCDE. *The role of competition authorities...*, p. 35. Também, OCDE. *Increasing competition by reducing bid rigging in Latin America*, p. 25. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/38960560.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2016.

<sup>304</sup> OCDE. *The role of competition authorities...*, p. 35.

<sup>305</sup> Loc. cit.

<sup>306</sup> OCDE. *Diretrizes para combater o conluio...*, p. 03.

<sup>307</sup> No mesmo sentido, v. CECCATO, Marco Aurélio. *Cartéis em Licitações: estudo tipológico das práticas colusivas entre licitantes e mecanismos extrajudiciais de combate*. VII Prêmio SEAE – Advocacia da Concorrência e Regulação Econômica, 2012, p. 11. Disponível em: <<http://www.seae.fazenda.gov.br/premio-seae/edicoes-antiores/edicao-2012/vii-premio-seae-2012/3o%20Lugar%20Tema%201%20-%20Marco%20Aurelio%20Ceccato.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2016.

forma de organização das propostas fictas. Ocorria, como relatado, troca de favores entre os membros do cartel, de modo que uma empresa que “foi coberta” em uma licitação apoiaria do mesmo modo a parceira em outro certame. Não existia, conforme narrado, um padrão fixo quanto ao acréscimo a ser inserido no lance. Assim, a empresa que fora designada para vencer a licitação negociava com as demais que faziam a cobertura a ordem de colocação e os valores a serem oferecidos, solicitando que fossem preparadas propostas com preços superiores, porém razoáveis, de modo a não suscitar suspeitas quanto à frustração da concorrência<sup>308</sup>.

Também na versão pública do histórico de conduta que acompanha o termo de compromisso de cessação firmado pelo Cade com a empresa Construções e Comércio Camargo Corrêa S/A – CCCC e dois de seus ex-funcionários, em procedimento que apura a ocorrência de cartel em licitações da Petrobras no mercado de obras civis e de montagem industrial no setor de óleo e gás *onshore* no Brasil, afirmou-se que a empresa designada para vencer o certame indicava às parceiras uma faixa de preço dentro da qual deveriam formular propostas de cobertura, sendo que, o combinado no conluio era haver usualmente quatro propostas para dar a impressão de efetiva concorrência na licitação<sup>309</sup>.

Na supressão de propostas, os concorrentes abstêm-se de apresentar lances ou retiram os oferecidos, com o objetivo de que a do parceiro designado seja a vencedora<sup>310 311 312</sup>. No

<sup>308</sup> CADE. *Versão pública do “Histórico da Conduta”* – acordo de leniência celebrado com a Setal Engenharia e Construções, a SOG Óleo e Gás e pessoas físicas funcionários e ex-funcionários das empresas do grupo, p. 26. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordo-de-leniencia-no-ambito-da-201coperacao-lava-jato201d/hc-versao\\_publica.pdf](http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordo-de-leniencia-no-ambito-da-201coperacao-lava-jato201d/hc-versao_publica.pdf)>. Acesso em: 14 out. 2016.

<sup>309</sup> CADE. *Versão pública do “Histórico da Conduta”* que acompanha o Termo de Compromisso de Cessação – TCC..., pp. 55-56.

<sup>310</sup> CECCATO, Marco Aurélio. Op. cit. p. 11.

<sup>311</sup> O Cade já identificou a prática de desistência de propostas como instrumento para organização de cartel. Cite-se o processo administrativo nº 08012.009885/200921, Conselheira-Relatora Ana Frazão, referente ao denominado Cartel do Saneamento Básico, concernente a procedimento de licitação destinada a contratar empresa para executar as obras do Lote 03 do Sistema Produtor de Água Mambu/Branco da Região Metropolitana da Baixada Santista, em que se afirma no voto da relatora que “As provas dos autos permitem concluir que os representados obtiveram êxito na formação de cartel para fraudar o procedimento de licitação. De fato, a celebração do contrato entre as empresas representadas levou à retirada da proposta pela CONCIC e vitória da SAENGE na licitação, com a consequente celebração do contrato com a SABESP”.

<sup>312</sup> Conforme noticiado na imprensa, na denominada “Operação Abismo”, concernente à 31ª fase da Operação Lava Jato, as investigações apontariam que a empresa WTorre teria recebido R\$ 18 milhões como retribuição por “abandonar a licitação da obra do Centro de Pesquisa da Petrobrás (Cenpes), no Rio de Janeiro”. Segundo o que restou publicado em notícia, o consórcio chamado Nova Cenpes teria feito “a oferta de tocar as obras por 897,9 milhões de reais. A WTorre entrou na disputa, oferecendo um preço menor, de 858,3 milhões de reais.”. Diante do cenário de concorrência entre os proponentes, ter-se-ia acertado o pagamento para que a empresa WTorre desistisse de continuar na licitação. Nesse sentido, v. GONÇALVES, Eduardo. WTorre recebeu R\$ 18 milhões para desistir de licitação. *Veja.com*, 04 jul. 2016. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/politica/wtorre-recebeu-r-18-milhoes-para-desistir-de-licitacao/>>. Acesso em: 13 out. 2016. Destaque-se que a WTorre nega a irregularidade, conforme destacado na reportagem citada, havendo expedido nota, transcrita na notícia, *in verbis*: “A empresa não teve participação na obra de expansão do Centro de Pesquisas da Petrobrás; que não recebeu ou pagou a agente público ou privado nenhum valor referente a esta ou a qualquer outra obra pública. O Grupo WTorre forneceu a documentação referente ao orçamento desta licitação que ainda se encontrava na empresa e segue à disposição das autoridades”.

caso da Lei nº 8.666/93, conforme art. 43, § 6º, até a fase da habilitação cabe desistência da proposta, que somente será permitida posteriormente por motivo justo decorrente de fato superveniente e aceito pela Comissão. Há evidente espaço, portanto, para supressões dolosas de proposta como parte do acordo de cartel.

No rodízio de propostas, as empresas que formam o cartel organizam um rodízio, em que a cada oportunidade de licitação uma delas é designada para apresentar a proposta vencedora. Naturalmente, a forma como se orquestrarão para a alocação das vitórias entre elas pode variar em infinitas formas, dependendo das características dos participantes e do mercado<sup>313</sup>.

No mesmo acordo de leniência já acima referido, há descrição da organização de rodízio de propostas vencedoras. Conforme narrado, durante reuniões presenciais, os representantes das empresas indicavam as preferências de cada uma delas, que eram compiladas em tabelas contendo as informações sobre as obras anteriores que já haviam conquistado, bem como os dados sobre as obras futuras previstas. Quem já havia vencido mais certames ficava no final da fila, concedendo a preferência às parceiras que ainda haviam recebido menos processos<sup>314</sup>.

Um mecanismo advindo da legislação brasileira trata-se do “bloqueio” em pregões presenciais, que já chamava a atenção da antiga SDE, como se observa da leitura do Guia de Análise de Denúncias sobre Possíveis Infrações Concorrenciais, publicado em anexo à Portaria SDE nº 51, de 03 de julho de 2009<sup>315</sup>. Como é cediço, conforme art.4º, VIII e IX, da Lei nº 10.520/2002, após a apresentação de propostas em envelopes fechados, o autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até 10% (dez por cento) superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor. É possível que três empresas em conluio, em ação concertada, apresentem propostas um pouco inferiores às esperadas para os demais concorrentes na fase inicial, de forma que sejam as únicas selecionadas para a etapa de lances do pregão. Em sendo bem sucedidas na estratégia, as empresas poderão, na fase de lances, alocar o contrato para uma delas com o maior preço possível, evitando a rivalidade da fase de lances. De acordo com a SDE, no guia em comento, a evidência mais forte acerca do possível curso de tal estratégia se dá pela ausência ou pouca frequência de novos lances na fase competitiva do pregão presencial, diversamente do que se esperaria se as empresas estivessem em efetiva disputa entre si<sup>316</sup>.

---

<sup>313</sup> CECCATO, Marco Aurélio. Op. cit. p. 11.

<sup>314</sup> CADE. *Versão pública do “Histórico da Conduta”* – acordo de leniência celebrado com a Setal..., p. 26.

<sup>315</sup> Disponível em: <<http://jacoby.pro.br/PortariaSDE51.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2016.

<sup>316</sup> O Cade faz menção ao comportamento típico dos bloqueios em pregões presenciais, por exemplo, na Nota Técnica nº 102/2015/CGAA8/SGA2/SG/CADE, relativa ao processo administrativo nº 08012.003321/2004-71,



Fazendo referência a publicação do Ministério da Justiça, Ana Paula Martinez bem sintetiza diversos indícios que, embora não sejam determinantes, sinalizam a ocorrência de cartéis nas licitações brasileiras. Em suas palavras:

A prática mostrou que alguns sinais podem indicar a ocorrência de cartéis em licitações: (i) desistência inesperada de fornecedores que eram esperados a participar da licitação; (ii) existência de empresas que, apesar de qualificadas para a licitação, não apresentam propostas para um determinado órgão, embora o façam para outro; (iii) no caso de pregões eletrônicos, propostas de diferentes empresas com a mesma terminação nas casas decimais; (iv) padrão de rodízio entre os vencedores das licitações; (v) existência de margem não racionalmente explicável entre proposta vencedora e demais propostas; (vi) apresentação de propostas com valores muito diferentes nas diversas licitações de que as empresas participam, no caso de as licitações terem objeto e escopo semelhantes; (vii) semelhança na redação das propostas, eventualmente com os mesmos erros ou rasuras; (viii) subcontratação de concorrentes que participaram da licitação pelo vencedor do certame; e (ix) o valor dos lances se reduz quando um novo agente entra no processo licitatório<sup>317</sup>.

Em passo semelhante, Ivo Teixeira Gico Junior também descreve alguns sinais que apontam para a existência de colusão na licitação, ressaltando, todavia, que não é possível confirmar a ocorrência do cartel apenas pelo padrão dos resultados, sendo importante a identificação de elementos probatórios adicionais:

Os indícios mais comuns da presença de cartel manipulando lances é a abstenção de um potencial concorrente costumeiramente participante de um dado tipo de projeto, a rotatividade não-usual de vencedores, a presença de preços acima da média de mercado (superfaturados) e a constância de inabilitações por questões meramente formais de fácil detecção. Contudo, não é possível se confirmar a existência do ilícito concorrencial pela mera sequência de resultados, via de regra, algum elemento probatório adicional é necessário. Essa proposição encontra respaldo na jurisprudência do Cade, segundo a qual mesmo na presença inequívoca de um aumento relativamente uniforme e simultâneo de preços em procedimentos de tomada de preços, ausentes elementos que permitam concluir, de maneira irrefutável, a presença de conluio para elevar preços, não se pode inferir a existência de infração à ordem econômica<sup>318</sup>.

---

que se refere à notória “Operação Vampiro”, concernente à formação de cartel em licitações promovidas pelo Ministério da Saúde para aquisição de hemoderivados. CADE. Nota Técnica nº 102/2015/CGAA8/SGA2/SG/CADE, pp. 23-24. Disponível em: <[<sup>317</sup> MARTINEZ, Ana Paula. Op. cit. p. 49.](http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?4eIKWefTEDNjuW0Z7eeqmJameYvd4HOZP-iApsg-mWII8cL55UM65xvYSUQZtf1HcqXKdIXtiNvtq6TCAdBlg,,>”. Acesso em: 02 nov. 2016. Como exemplos adicionais, cite-se a mesma conduta também foi identificada no processo administrativo nº 08012.006199/2009-07, Conselheiro-Relator Márcio de Oliveira Júnior, por meio do qual se apurou o denominado cartel das tintas, concernente à aquisição de materiais de construção no Município de Lages – SC; e também no processo administrativo nº 08012.001273/2010-24, Conselheiro-Relator Márcio de Oliveira Júnior, relativo a cartel na licitação para aquisição de kits de aquecedores solares para habitações de baixa renda construídas pela Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo.</p>
</div>
<div data-bbox=)

<sup>318</sup> GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Cartel: teoria unificada...*, p. 442.

A sofisticação e diversidade, como apontadas acima, das práticas adotadas pelos conluíus em licitações poderia transmitir a falsa impressão de que se tratam de acordos com tendência à perenidade. Ocorre que a sustentação de um acordo colusivo se pauta em um equilíbrio tênue, passível de ser quebrado a qualquer tempo. É o que se passa a demonstrar.

### 3.3 A instabilidade dos cartéis: um olhar da teoria dos jogos

Não há honra entre ladrões<sup>319</sup>. A frase do economista Robert H. Porter, inspirada em especial na probabilidade de que os próprios membros traíam o acordo celebrado, resume a propensão dos conluíus à instabilidade ao longo do tempo.

Com efeito, poder-se-ia pensar que os cartéis, como regra geral, constituem-se em sólidos acordos entabulados entre as partes envolvidas, com tendência à perenidade. Entretanto, ao menos desde a publicação, ainda no ano de 1964, do seminal artigo de autoria de George J. Stigler denominado “*A Theory of Oligopoly*”<sup>320</sup>, a teoria econômica considera que a realidade é diversa, havendo tendência de que, por suas características, o arranjo colusivo se revele pouco longo.

De fato, conforme o tradicional entendimento econômico sobre o tema, as colusões não representam um arranjo estável. Muito pelo contrário, os cartéis se caracterizariam pela provável instabilidade<sup>321</sup>. Esse fato ocorre basicamente por duas razões:

(1) O cartel pratica preços de monopólio. Logo, tem lucros elevados. Sendo assim, os próprios participantes do cartel podem ficar tentados a trair o arranjo e desviar da estratégia combinada para assim açambarcarem sozinhos os lucros artificialmente elevados.

(2) Além disso, o lucro de monopólio atrai novos concorrentes para aquele mercado, que podem desafiar o cartel. Desse modo, para ser sustentável, o cartel precisa operar em um cenário com limitada entrada e participação.

Assim, para formar e manter o acordo colusivo, os potenciais concorrentes precisam, em primeiro lugar, identificar a existência um dos outros no mercado e se aproximar. Ato contínuo, necessitam coordenar as suas estratégias, seja tácita ou explicitamente. Isso implica

<sup>319</sup> Do original “There is no honor among thieves”. (PORTER, Robert H. *Detecting Collusion*. Disponível em: <<http://sites.northwestern.edu/csio/files/2015/08/2004-CSIO-WP-0051-1buozl7.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2016.)

<sup>320</sup> STIGLER, George J. *A Theory of Oligopoly*, *The Journal of Political Economy*, vol. 72, issue 1, p. 44-61, fev. 1964.

<sup>321</sup> Para uma sucinta explanação sobre a dificuldade de formação e sustentação de um cartel, v. ALBANO, Gian Luigi et al. Preventing collusion in procurement. In: DIMITRI, Nicola; PIGA, Gustavo; SPAGNOLO, Giancarlo (Ed.). *Handbook of Procurement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, pp. 347-350.

encontrar, em primeiro lugar, uma forma de “divisão do bolo” (seja repartir o mercado, seja dividir os lucros de monopólio), em comum acordo.

Após, enfrentam um outro problema fundamental, que é o *enforcement* do acordo colusivo. Embora os ganhos de longo prazo advindos da manutenção de um cartel sejam evidentes, alguma empresa participante pode se sentir tentada a burlar a estratégia para garantir um lucro maior em curto prazo. Pode-se imaginar, por exemplo, o desejo de uma empresa de arrematar para si um grande contrato que esteja em licitação mesmo não sendo a empresa designada para a vitória no acordo colusivo<sup>322</sup>.

Por óbvio, as empresas que entabulam um cartel não podem se socorrer do judiciário quando há descumprimento do acordo. Então, os membros do conluio precisam monitorar as estratégias dos participantes para verificarem se os demais estão cumprindo a combinação e, eventualmente, adotar algum mecanismo de punição quanto à traição do acordo, nem que seja o simples retorno da concorrência para que as empresas mais fortes se imponham sobre as mais fracas<sup>323</sup>.

A incompletude de informação acerca da estratégia que será, na prática, efetivamente adotada pelo parceiro do acordo colusivo e os elevados custos (quando não a simples impossibilidade fática) do monitoramento de tais condutas cria entre os membros do cartel um ambiente de desconfiança, que aumenta a propensão e os incentivos para o desvio da conduta combinada. É essa, para alguns, a principal dificuldade para a sustentação do cartel ao longo do tempo<sup>324 325</sup>.

---

<sup>322</sup> Em seu emblemático artigo, Stigler identificava que, após fixarem o acordo, as empresas tenderiam a tentar trair o cartel, o que acabaria por dar origem à guerra de preços. O autor examina que um dos mecanismos adotados pelos cartéis para tentar reduzir o problema de traição seria a fixação de participações do mercado, para retirar o incentivo de reduções secretas de preço para conquistar um distinto mercado. Ocorre que, por exigir por vezes a realização de pagamentos laterais entre os envolvidos, tal método também permitira mais provável detecção do cartel pelas autoridades antitruste. V. STIGLER, George J. Op. cit. p. 46.

<sup>323</sup> Textos mais recentes apontam que a considerável atratividade dos lucros de cartel cria incentivos para que os membros do conluio contornem as possíveis instabilidades, de modo que a primeira reação a distúrbios no arranjo não seria providenciar a punição do parceiro, mas sim criar novas regras, incluindo sistemas de compensação e aprimoramento das trocas de informações sobre o mercado e sobre os demais membros, permitindo, melhor interação para evitar traições e o colapso da colusão. Nesse contexto, os cartéis que perdurariam seriam justamente aqueles que melhor seriam capazes de contornar as instabilidades. V. LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. *Breaking Up is Hard to Do: Determinants of Cartel Duration*. Ross School of Business Paper n. 1150, p. 03. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1676968](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1676968)>. Acesso em: 05 out. 2016.

<sup>324</sup> Cf. MARTINEZ, Ana Paula. Op. cit. p. 54.

<sup>325</sup> Observe-se que essa visão se baseia no já referido trabalho de George Stigler, para quem a traição entre os membros do cartel seria o principal desafio enfrentado por tais organizações para a sua manutenção. Literatura mais moderna, no entanto, já aponta que possivelmente a maior dificuldade com a qual os conluios se deparam seja a tentativa de entrada de novos participantes e a necessidade de constante coordenação e ajuste no acordo em resposta a novos desafios econômicos. Tanto para o exame mais profundo dessa visão quanto para a observação crítica quanto ao entendimento de Stigler de que a traição seria o principal obstáculo a ser enfrentado, v. LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. *What Determines Cartel Success?*, *Journal of Economic Literature*, vol. XLIV, p. 43-95, mar. 2006.

É possível ilustrar a insegurança nos cartéis quanto à possibilidade de traição até mesmo por episódio relatado nas investigações da Operação Laja Jato. Ao narrar a forma por meio da qual se organizavam as propostas de cobertura em um determinado cartel, relatou-se no histórico de conduta que acompanha o termo de compromisso de cessação firmado entre Cade, a empresa Construções e Comércio Camargo Corrêa S/A – CCCC e dois ex-funcionários, que usualmente a concorrente designada para vencer o certame informava às parceiras que auxiliariam a simular uma competição inexistente apenas uma determinada faixa de preços, e não o preço exato que seria oferecido, justamente com o escopo de “evitar o conhecimento das outras companhias do valor que seria apresentado pela empresa acordada para vencer o certame, dado o receio sempre presente de descumprimento do "acordo de mercado"<sup>326</sup>.

Nessa toada, a transparência acerca das informações concernentes às estratégias adotadas pelos parceiros de conluio é um elemento chave para o sucesso dos cartéis<sup>327</sup>. Como se verá, esse ponto é bastante delicado quanto às contratações públicas, uma vez que a publicidade, que é um princípio constitucional da Administração, pode apresentar – a depender das informações divulgadas – uma faceta negativa, relativa a criar facilidades para a orquestração das colusões.

No mais, os membros do cartel possuem um natural receio de que o esquema seja descoberto pelas autoridades, ensejando punição, o que pode ocorrer inclusive em razão de delações premiadas ou acordos de leniência celebrados por um dos participantes, que, assim, em troca de benefícios legais, entregará elementos suficientes para a punição dos demais envolvidos.

A evolução da política antitruste não se trata de preocupação menor para um cartel. Já se observou que, nos Estados Unidos, após a reorganização e expansão do programa de leniência no começo da década de 1990, o número de processos que tinham colusões como objeto aumentou dramaticamente<sup>328</sup>. Em levantamento empírico recente, as autoras Margaret Levenstein e Valerie Suslow identificaram que quase 80% dos cartéis presentes na amostra analisada se encerraram por intervenção antitruste<sup>329</sup>.

Portanto, para evitar o seu colapso e perdurar, o cartel deverá, por óbvio, evitar ser identificado pelas autoridades antitruste. No mais, necessitará ser dotado de suficiente flexibilidade e capacidade de coordenação para se adaptarem às mudanças de condições

---

<sup>326</sup> CADE. *Versão pública do “Histórico da Conduta”* que acompanha o Termo de Compromisso de Cessação – TCC..., p. 55.

<sup>327</sup> Cf. LONDON ECONOMICS. Op. cit. p. 08.

<sup>328</sup> LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. *Breaking Up is Hard to Do...*, p. 13.

<sup>329</sup> Loc. cit.

econômicas que possa surgir<sup>330</sup>. Além disso, precisará buscar mecanismos para retirar incentivos à traição, o que pode exigir a criação de sistemas de compensação e aprimoramento das trocas de informações sobre o mercado e sobre os demais membros. Concluiu que careçam frequentemente de lançar mão de mecanismos punitivos provavelmente enfrentam severa discordância entre seus pares quanto à divisão do mercado ou em relação ao estabelecimento do preço, indicando tendência ao fracasso do acordo. Outrossim, o cartel deverá lidar com a ameaça de entrada de participantes do mercado, ou beneficiando-se de barreiras à entrada ou conseguindo cooptar os eventuais novos agentes econômicos<sup>331</sup>.

Por toda a explanação acima, nota-se que os cartéis representam arranjos passíveis de se desmantelarem a qualquer tempo, seja pela dificuldade de manutenção da coordenação, pelo rompimento por parte de um dos membros quando observada a possibilidade de obtenção de lucros maiores em curto prazo ou pela descoberta do conluio pelas autoridades públicas, com a colaboração ou não de um dos membros nas investigações.

Com o auxílio da teoria dos jogos<sup>332</sup> pode-se modelar, da forma abaixo, o dilema enfrentado por um membro de um cartel de apenas dois participantes para decidir, a cada evento, se deve ou não cooperar com o arranjo colusivo. Se o jogador decidir por desviar da estratégia cooperativa, comportar-se-á da forma como atuaria em concorrência com o seu rival, buscando conquistar a maior parcela possível do mercado.

		Jogador 2	
		Coopera	Concorre
Jogador 1	Coopera	(3 , 3)	(0 , 4)
	Concorre	(4 , 0)	(1 , 1)

Trata-se de um jogo simultâneo, em que, por definição, os jogadores ou decidem no mesmo momento quais estratégias adotarão ou, ao menos, desconhecem a ação adotada pelo outro quando de seu turno. Além disso, é um jogo de informação completa, em que todos os participantes conhecem os retornos possíveis, dadas as potenciais estratégias<sup>333</sup>.

<sup>330</sup> Cf. LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. *Cartels and Collusion...*, p. 14.

<sup>331</sup> Nesse sentido, v. LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. *Breaking Up is Hard to Do...*, pp. 31-32.

<sup>332</sup> Segundo Ronaldo Fiani, a “teoria dos jogos procura entender como os jogadores (sejam eles indivíduos, empresas, organizações, países etc.) tomam suas decisões em situações de interação estratégica. Em outras palavras, a teoria dos jogos visa a explicar como esses jogadores fazem as suas escolhas em situações de interação estratégica.” (FIANI, Ronaldo. *Teoria dos Jogos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, p. 23)

<sup>333</sup> O modelo de jogo que se verá representa uma simplificação da realidade do cartel, a permitir *insights* relevantes para a reflexão sobre o funcionamento de um conluio em licitações. Apresentar-se-á, aqui, um jogo simultâneo e de informação completa, com cada participante escolhendo a sua estratégia desconhecendo o que o outro fará. Na

Caso ambos os jogadores cooperem, dividirão entre si os lucros de monopólio angariados naquele mercado. No cenário acima, por hipótese, receberão um rendimento de 3 cada um. Se um deles atuar da forma combinada e o outro decidir desviar da estratégia, adotando comportamento de concorrência, acabará por açambarcar todo mercado, uma vez que ofertará a um preço inferior do que o preço de monopólio sustentado por seu rival, recebendo, assim, por hipótese, um rendimento de 4, enquanto que o seu rival, ao se comportar como se fosse cooperar com o concorrente, restará com um rendimento de zero, uma vez que o preço por ele praticado será demasiadamente elevado naquele mercado. Se ambos decidirem desviar da estratégia combinada e ingressarem em franca concorrência, a disputa acabará por diminuir o benefício de ambos, angariando cada um rendimento de 1.

Não é difícil perceber que, no jogo acima, a cooperação entre os participantes seria o equilíbrio pareto-eficiente<sup>334</sup>. Ou seja, na cooperação haveria o melhor retorno possível advindo das decisões conjuntas dos jogadores, em que nenhum deles poderia melhorar a sua situação sem prejuízo do outro. Nesse caso, ambos os jogadores teriam um rendimento de 3, não sendo possível a nenhum deles melhorar a sua condição sem prejuízo do seu adversário.

Ocorre que o equilíbrio de Nash<sup>335</sup> do jogo do cartel não é a cooperação<sup>336</sup>. Reiterando o argumento de que o cartel é um arranjo instável, a teoria dos jogos demonstra que, no jogo acima, o equilíbrio de Nash se dá quando os participantes optam por adotar o comportamento de concorrência. Isso porque ambos os jogadores acreditam que o outro tenderá a desviar da estratégia combinada para tentar, sozinho, açambarcar todo o mercado e, desse modo, obter

---

realidade, uma representação mais fidedigna de um cartel deveria se dar por um jogo consideravelmente mais complexo. Afinal, o cartel opera em um jogo de informação incompleta, simultâneo ou dinâmico (em que um jogador atua posteriormente ao outro), e repetitivo infinitamente. Se o jogo (ou a licitação) ocorresse uma única vez, sem que os participantes nunca mais se encontrassem naquele mercado, a probabilidade de sustentação do cartel seria ainda menor. Sendo repetitivo, como em geral é, o cartel será sustentável apenas se o acordo entabulado representar uma estratégia que seja um equilíbrio de Nash perfeito em subjogos. Ou seja, deve ser a estratégia ótima no jogo repetitivo. Se não for, cartel será instável. Considerando os objetivos da presente dissertação, a explanação de um cartel sob a forma de um jogo mais complexo do que o que será exposto seria desnecessária e demasiadamente complexa. Para melhor análise sobre jogos dinâmicos ou sequenciais, v. FIANI, Ronaldo. Op. cit. pp. 215-241.

<sup>334</sup> “Quando a situação de pelo menos um agente melhora, sem que a situação de nenhum dos outros agentes piore, diz-se que houve uma *melhoria paretiana*, ou uma *melhoria no sentido de Pareto*. Da mesma forma, se em uma dada situação não é mais possível melhorar a situação de um agente sem piorar a de outro, diz-se que essa situação é um *ótimo de Pareto*, o que significa que, dadas as circunstâncias, ganhos de eficiência não são mais possíveis.” (Ibid. p. 102.)

<sup>335</sup> Conforme Ronaldo Fiani, “diz-se que uma combinação de estratégias constitui um equilíbrio de Nash quando cada estratégia é a melhor resposta possível às estratégias dos demais jogadores, e isso é verdade para todos os jogadores”. Em outros termos, a definição exige que “*todas as estratégias adotadas por todos os jogadores sejam as melhores respostas às estratégias dos demais*”. (Ibid. pp. 93-94.)

<sup>336</sup> Recorre-se, mais uma vez, aos esclarecimentos de Ronaldo Fiani, que explica que “o equilíbrio de Nash nada tem a ver com a noção de ótimo de Pareto: o fato de que os jogadores estão adotando as melhores respostas às escolhas dos demais não significa, necessariamente, que suas decisões, quando tomadas em conjunto, resultam na melhor situação possível”. (Ibid. p. 103.)

lucros maiores. Como cada um deles acredita que o outro trairá o acordo de cartel e desviará da estratégia combinada, ambos acabam optando por desviar do conluio e adotar um comportamento competitivo. Assim, quando ambos optam por concorrer, cada jogador está dando a sua melhor resposta, dado a sua expectativa do que o outro fará. Nenhum participante tem, nesse caso, incentivo a unilateralmente desviar da estratégia adotada.

Vê-se, portanto, que a despeito de a cooperação ser a melhor estratégia possível a ser executada em conjunto, a tendência é a de que os jogadores adotem o comportamento que é equilíbrio de Nash, qual seja, a traição ao cartel e a concorrência entre si, haja vista que essa é a melhor resposta, dada a sua expectativa do que o outro também tenderá a desviar do arranjo de cartel.

A modelagem acima, no fim, confirma uma observação própria da teoria econômica dos cartéis, também destacada por Paula Forgioni: os “acordos de preço, celebrados em mercados sem empresas dominantes, seriam ‘naturalmente’ instáveis”<sup>337</sup>.

Considerando a adoção de estratégias econômicas racionais pelos membros do cartel, o conluio somente será atrativo se os seus participantes considerarem que o lucro a ser obtido por meio da manutenção do acordo será maior do que o lucro que poderia ser obtido pela estratégia concorrencial. Em outros termos, o cartel será uma estratégia econômica racional se:

$$\text{Lucro em Cartel (LC)} > \text{Lucro em concorrência (L)}$$

Nesse passo, qual seria o valor esperado do Lucro em Cartel? Pode-se calcular o valor esperado de um evento multiplicando-se o montante que se obterá caso se concretize tal cenário pela probabilidade de que ocorra. No caso do cartel, o valor esperado do lucro é a multiplicação do montante passível de ser obtido em conluio pela probabilidade de o cartel não ser descoberto pelas autoridades, somado à multiplicação da probabilidade de o cartel ser descoberto pelo lucro em concorrência, subtraído das possíveis sanções e indenizações por responsabilidade civil. Em termos matemáticos<sup>338</sup>:

$$\text{Valor Esperado do Lucro em Cartel: } E(LC)$$

---

<sup>337</sup> FORGIONI, Paula A. p. 346.

<sup>338</sup> A equação aqui exposta se pauta, com algumas modificações, em VISCUSI, W. Kip et al. *Economics of Regulation and Antitrust*. 4a ed. Cambridge: The MIT Press, 2005, p. 149.

$$E(LC) = (1-w)LC + w(L - RC - M), \text{ em que:}$$

w – probabilidade de o cartel ser descoberto e punido pelas autoridades;

(1-w) – probabilidade de o cartel não ser descoberto pelas autoridades;

RC – valores despendidos pela responsabilização civil em razão do cartel;

M – multas e outras eventuais sanções pecuniárias.

Assim, um cartel será sustentável para seus participantes apenas se o Valor Esperado do Lucro em Cartel for maior do que o lucro passível de ser obtido em concorrência (L). Ou, em outros termos:

$$(1-w)LC + w(L - RC - M) > L$$

Conforme a equação acima, contribuem para a formação e estabilidade do cartel quaisquer fatores que sirvam para diminuir a probabilidade de detecção do cartel (reduzindo “w”), aumentar o potencial de lucro em cartel, minorar a possibilidade de lucro em concorrência ou incrementar as sanções e obrigações de ressarcimento.

No mesmo sentido, pelo exposto quanto às dificuldades para a formação e sustentação dos cartéis, seja pela necessidade de se encontrar uma forma consensual de “divisão do bolo” entre os membros do cartel, seja pela dificuldade de *enforcement* do acordo colusivo entre os membros, seja pela necessidade de adaptação às novas condições de mercado ou pelo risco de detecção pelas autoridades, os fatores que criam incentivos ou facilidades para a organização do conluio estão associados a elementos do arranjo institucional ou normativo que de algum modo<sup>339</sup>:

- (a) Ajudem a resolver o problema de coordenação apresentando algum mecanismo fácil e prático para a repartição dos lucros;
- (b) Reduzam a perspectiva de obtenção de lucros de curto prazo pela traição ao cartel;
- (c) Facilitem o monitoramento da conduta adotada pelos membros do cartel;
- (d) Tornem punições pela traição entre os membros mais rápidas ou severas;
- (e) Diminuem a expectativa de sanções ou de pagamento de indenizações em razão da prática do cartel;

<sup>339</sup> Cf. ALBANO, Gian Luigi et al. Op. cit. p. 349.



- (f) Aumentem a perspectiva de lucros futuros pela manutenção do conluio.
- (g) Aprimorem os mecanismos de detecção, intervenção e punição antitruste;

No próximo capítulo serão expostos elementos do ordenamento licitatório brasileiro que justamente contribuem, de algum modo, para a formação e sustentação dos cartéis. São, portanto, fatores que, no que tange ao risco de cartelização, produzem um incorreto sistema de incentivos, haja vista que, em geral inadvertidamente, acabam por auxiliar os cartéis a resolverem seus problemas de coordenação e monitoramento. Não será difícil remeter qualquer um dos referidos elementos de incentivos perversos à equação matemática ou aos fatores de facilitação dos cartéis acima já referidos.

### **3.4 Evidências empíricas da instabilidade: a duração dos cartéis**

A tendência à instabilidade dos cartéis é corroborada por estudos estatísticos, que apontam para uma permanência pouco longeva de tais acordos. De fato, a consolidação de diversas análises empíricas sobre a constância dos cartéis demonstra que a média de duração de tais acordos varia de 4 a 10 anos, a depender do estudo realizado<sup>340</sup>.

Além disso, conforme análise de Margaret Levenstein e Valerie Suslow, observa-se uma distribuição bimodal, especialmente concentrada em dois segmentos de lapsos temporais: um montante significativo de cartéis dura apenas 1 ano, enquanto que aproximadamente o dobro da mesma quantidade subsiste de 4 a 6 anos<sup>341</sup>.

Há, portanto, um determinado padrão identificado pela literatura: a grande maioria dos cartéis perduram por poucos meses ou anos, enquanto que apenas alguns subsistem por largo período<sup>342</sup>.

Não parece haver – ao contrário do que se poderia esperar – comprovação de tendência a uma duração maior dos conluios em países de menor desenvolvimento econômico, como é o caso da América Latina. Em estudo sobre o controle de cartéis nos países da referida região, o economista John M. Connor aponta que a longevidade das colusões globais na América Latina é particularmente baixa<sup>343</sup>. Ressalte-se, contudo, que o próprio autor alerta que os resultados

<sup>340</sup> Para maiores detalhes sobre tal consolidação de análises empíricas, inclusive com a representação em tabela e gráfico dos resultados obtidos por diversos estudos, v. LONDON ECONOMICS. Op. cit. pp. 10-11.

<sup>341</sup> Cf. LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. What Determines..., p. 52.

<sup>342</sup> Ibid. p. 10.

<sup>343</sup> CONNOR, John M. *Latin America Cartel Control*, p. 38 e 73. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1156401](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1156401)>. Acesso em: 06 out. 2016.

podem estar influenciados pela dificuldade de se punir os cartéis na América Latina anteriormente à aprovação de legislações antitruste, o que em alguns países ocorreu apenas recentemente<sup>344</sup>.

De todo modo, em qualquer parte do globo, os cartéis tenderão a perdurar mais se no mercado de interesse se mostrarem mais presentes as condições facilitadoras para tanto, como exploradas na seção 3.1.1, e se conseguirem, habilmente, contornar as dificuldades de sustentação indicadas na seção anterior.

Com efeito, a partir de históricos de condutas que acompanham acordo de leniência ou termo de compromisso de cessação já celebrados pelo Cade em função de investigações ocorridas no âmbito da Operação Lava Jato, observa-se que alguns dos cartéis denunciados perduraram por razoável lapso temporal.

No histórico que acompanha o termo de compromisso de cessação assinado com a empresa Construções e Comércio Camargo Corrêa S/A – CCCC e dois ex-funcionários, em procedimento que apura a ocorrência de cartel em licitações da Petrobras no mercado de obras civis e de montagem industrial no setor de óleo e gás *onshore*, os compromissários apontam que os contatos e acordos se iniciaram pelo menos em 2006, podendo ter começado em 2003 ou 2004, e duraram até 2013<sup>345</sup>. Já no relato existente no histórico do acordo de leniência celebrado por Setal Engenharia e Construções, SOG Óleo e Gás e pessoas físicas funcionários e ex-funcionários das empresas do grupo sobre práticas anticompetitivas no mercado de obras de montagem industrial *onshore* em licitações da Petrobrás, afirma-se que os conluíus entre concorrentes se iniciaram de forma preliminar ainda no final dos anos de 1990 ou início dos anos 2000, tornando-se mais frequentes a partir de 2003 ou 2004 e durante, pelo menos, até o final de 2011 ou início de 2012, quando as dificuldades de coordenação impediram a continuidade do conluio<sup>346</sup>.

É natural que, ao longo do período, tais cartéis tenham se deparado com condições de mercado e de coordenação concorrencial favoráveis ao prolongamento da colusão. No histórico de condutas concernente ao último acordo acima citado, há um relato sobre os elementos que conduziram ao colapso do cartel. Segundo narrado, verificou-se a partir de um determinado momento grande dificuldade de se obter consenso entre as participantes, o que causou desestabilização do conluio. Além disso, por conta do aumento dos preços, a Petrobrás passou

---

<sup>344</sup> Ibid. p. 38.

<sup>345</sup> CADE. *Versão pública do “Histórico da Conduta”* que acompanha o Termo de Compromisso de Cessação – TCC..., p. 01.

<sup>346</sup> CADE. *Versão pública do “Histórico da Conduta”* – acordo de leniência celebrado com a Setal..., p. 01.

a convidar para participar dos certames um número maior de novas empresas, o que acarretou real competição nas licitações. Por fim, o cartel deixou de contar com a colaboração de diretores da empresa estatal, que se afastaram, perdendo-se, nesse passo, a colaboração advinda de ilícitos internos<sup>347</sup>. Tal episódio é um exemplo que confirma que mudanças na estrutura do mercado e dificuldades de coordenação podem levar um cartel à exaustão.

No mais, como referido anteriormente, uma das maiores causas de “morte” dos conluios para frustração da concorrência é a ativa repressão antitruste<sup>348</sup>. Já se defendeu na literatura até que, na ausência de um vigoroso sistema de defesa da concorrência, os cartéis se revelam até relativamente estáveis<sup>349</sup>. Portanto, em países em que as normas e as instituições relacionadas Direito da Concorrência ainda estejam em fase de amadurecimento – como ainda parece ser o caso do Brasil, a despeito dos evidentes aprimoramentos das últimas décadas – não seria surpreendente que se identificasse uma maior longevidade das práticas em exame<sup>350</sup>.

É de se ver, por fim, que a mensuração em pesquisas acadêmicas da duração de cartéis envolve duas dificuldades, que poderiam eventualmente levar a questionamentos dos resultados obtidos. Poder-se-ia argumentar que somente os cartéis já descobertos entram na amostra de dados, de modo que o resultado poderia se mostrar enviesado em direção à brevidade dos conluios. Ocorre que, em sentido oposto, seria pertinente argumentar que somente são identificados aqueles que perduraram durante algum tempo. Eventuais conluios que tenham colapsado brevemente talvez sequer tenham sido passíveis de identificação<sup>351</sup>.

De todo modo, a tendência de relativa pouca duração, em regra, dos cartéis identificada nos estudos empíricos corrobora a teoria econômica sobre o tema, de modo que, ressalvada a

---

<sup>347</sup> Ibid. pp. 53-54.

<sup>348</sup> Cf. LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. *Breaking Up is Hard to Do...*, p. 14.

<sup>349</sup> Ibid. 32.

<sup>350</sup> Como caso de estudo pode-se citar o denominado “cartel dos vergalhões de aço”, condenado pelo CADE ainda no ano de 2005, por suposta prática anticoncorrencial nos anos de 1999 a 2005. Segundo parecer dos economistas João Manoel Pinho de Mello e Vinicius Carrasco, haveria “evidências teóricas e empíricas de que comportamento colusivo no mercado de vergalhões no Brasil perdurou após a condenação”. Segundo eles, “as condições favoráveis para cartelização no mercado de aço longo continuaram presentes após a condenação”, dentre as quais “estrutura do mercado concentrada, homogeneidade do produto, barreiras à importação, altos custos afundados de entrada, estabilidade tecnológica, estabilidade da demanda, relativa simetria entre os participantes do mercado, alta frequência da concorrência e, finalmente, transparência das ações dos participantes do mercado.” Para os autores, “Além da continuação (ou mesmo aprofundamento) das condições facilitadoras”, “o comportamento dos preços do vergalhão no mercado interno e externo é prova da continuação do comportamento colusivo”. MELLO, João Manoel Pinho de; CARRASCO, Vinicius. *Detectando um cartel e computando o seu sobrepreço: o caso do cartel de vergalhão no Brasil*. Disponível em: < <https://www.yumpu.com/pt/document/view/14520002/mello-joao-manoel-pinho-de-iepe-cdg/3>>. Acesso em: 07 out. 2016. Em se relevando acertada a análise dos pesquisadores em tela, a hipótese representaria demonstração da permanência de um cartel e das condições que lhe eram propícias, mesmo após sanções pelo sistema brasileiro de defesa da concorrência.

<sup>351</sup> A crítica aqui exposta encontra-se em LONDON ECONOMICS. Op. cit. p. 10.

possibilidade de produção futura de análises que apontem em sentido oposto, acredita-se que a propensão à instabilidade dos cartéis se trata de um resultado sólido.

### 3.5 Formas de enfrentamento aos cartéis em licitações

Frente a todo o exposto acerca da estruturação típica de um cartel, cabe a reflexão sobre os possíveis mecanismos para o enfrentamento do problema.

O caminho mais óbvio é o punitivo, a ser realizado posteriormente à descoberta da prática anticoncorrencial. A repressão aos conluíus em licitações é inequivocamente uma parte relevante do combate à conduta em exame, mas não é a única.

Além da repressão e punição aos cartéis, a questão também pode ser enfrentada mediante atuação estatal preventiva, a ser adotada por meio da revisão e reorganização dos incentivos concedidos à formação e sustentação dos cartéis pelas decisões hermenêuticas ou de arranjo institucional e normativo.

Tal vertente, até o momento, recebeu pouca atenção do Direito brasileiro, que dedicou maior atenção apenas à luta contra os cartéis sob o viés repressivo. Ocorre que é igualmente importante e possível enfrentar o risco de cartelização por meio de uma atuação estatal preventiva, *ex ante* à caracterização da prática.

O presente estudo não tem por escopo abordar o regramento de repressão aos cartéis<sup>352</sup>. O recorte objetivo limita-se a identificar eventuais incentivos indevidos à cartelização e a pensar nos possíveis elementos de rearranjo institucional, normativo e interpretativo que melhor contribuam para a prevenção aos cartéis.

Todavia, há que se observar um ponto. Um eficiente sistema de investigação e repressão aos cartéis também auxilia, de modo mediato, a prevenir o seu surgimento na origem, vez que altera os incentivos à conduta.

A subseção 3.5.1, a seguir, tratará desse aspecto. Ato contínuo, na subseção 3.5.2, analisar-se-á a necessidade de reorganização do sistema de incentivos existente nas contratações públicas para, indo além da mera repressão às condutas, contribuir para a prevenção à formação dos cartéis ou para dificultar a sua sustentação.

---

<sup>352</sup> Para tal análise, remete-se à obra de Ana Paula Martinez, fruto de sua tese de doutorado. V. Ana Paula. *Repressão a cartéis: interface entre Direito Administrativo e Direito Penal*. São Paulo: Singular, 2013.

### 3.5.1 Desincentivos à cartelização advindos da repressão aos conluíus existentes

Em emblemático artigo, publicado ainda em 1968, Gary S. Becker delineou os principais elementos da análise econômica dos mecanismos de persecução e punição aos atos antijurídicos<sup>353 354</sup>.

Desconsiderando possíveis explicações relacionadas a fatores sociais ou de personalidade, o autor interpreta o comportamento de desvio ilícito como uma ponderação racional entre custos e benefícios. Assim, o agente ingressaria em uma conduta antijurídica *lato sensu* apenas se a sua utilidade esperada na adoção de tal prática superar a expectativa de benefícios em agir de maneira diversa<sup>355</sup>.

Evidentemente, a visão do autor em comento pauta-se em princípios da teoria econômica neoclássica, associados à análise jurídica pela já anteriormente mencionada Escola de Chicago.

Nesse contexto, qualquer fator que altere a relação de equilíbrio entre a possibilidade de proveito econômico privado advindo do ato ilícito e o cálculo de risco de sofrer punição altera a perspectiva de se incorrer em conduta vedada pelo direito.

A principal lição que se extrai da análise econômica do crime para o presente estudo é a de que as instituições e normas jurídicas repressivas devem ser moldadas com a preocupação de desincentivar o comportamento ilícito. Como bem resume Carlos Emmanuel Ragazzo:

As regras estabelecem os custos das ações humanas (o que fica mais claro quando há sanções explícitas, como multas, penas alternativas e aprisionamento). Assim, os indivíduos fazem suas escolhas sobre comportamentos lícitos ou ilícitos com base no binômio sanção (grau de penalidade) e fiscalização (probabilidade de ser capturado e punido)<sup>356</sup>.

Trata-se, assim, de utilizar o regime jurídico como um sistema de incentivos e desincentivos, também sob o aspecto sancionatório<sup>357</sup>. O fim de tal lógica, que por vezes não é percebido pelos operadores do Direito, não é tão somente o de punir, respeitados os devidos

<sup>353</sup> BECKER, Gary S. *Crime and Punishment: An Economic Approach*. Disponível em: <<http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

<sup>354</sup> Esclarece o autor que em sua análise pretende construir uma lógica geral capaz de açambarcar todos os tipos de desvios de conduta, e não apenas atos criminosos em sentido estrito (tipos, antijurídicos e culpáveis, segundo a doutrina adotada no Brasil). *Ibid.* pp. 02-03.

<sup>355</sup> *Ibid.* p. 09.

<sup>356</sup> RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação jurídica, racionalidade econômica...*, p. 102.

<sup>357</sup> No mesmo sentido, mas especificamente sobre atos de corrupção, v. BENEDETTO, Maria De. Corruption and Controls, *European Journal of Law Reform*, issue 4, p. 479-501, 2015, pp. 482-483.

princípios de justiça, aquele que incorreu em atos ilícitos. Pretende-se que, ao perceber a probabilidade de ser punido e quais as sanções ou outras responsabilizações que poderia suportar, o agente sequer incorra no desvio de comportamento. Tal decorrência de um sistema punitivo adequado é denominada pela análise econômica do crime de “efeito dissuasor”<sup>358</sup>.

Frise-se que para a discussão em exame importam não apenas as sanções administrativas e criminais previstas em lei e passíveis de serem aplicadas, mas todo e qualquer aspecto de prejuízo imposto em razão da conduta, como a possibilidade e a extensão de eventual responsabilização civil das empresas que incorreram no cartel<sup>359</sup>.

Reforçando a argumentação acima, Ivo Teixeira Gico Junior também observa que, quando da opção por adotar ou não determinada conduta restritiva da concorrência, os agentes econômicos realizam verdadeira ponderação entre custos e benefícios:

A manutenção de um equilíbrio supracompetitivo é o resultado de uma decisão absolutamente racional do agente econômico na intenção de maximizar o seu bem-estar. À medida que o seu interesse individual converge para o interesse coletivo, criam-se as condições necessárias para a sustentabilidade do referido equilíbrio (conduta cooperativa). Enfim, há uma ponderação de custos e benefícios no momento de adotar cada conduta. A existência do Direito Concorrencial e a possibilidade de imposição de multas, igualmente a possibilidade de uma condenação criminal, incrementam o custo de se adotar condutas colusivas expressas<sup>360</sup>.

Um dos instrumentos habitualmente empregados ao redor do mundo na busca de sanção aos conluios são os acordos de leniência, que servem como uma das principais medidas desestabilizadoras dos conluios<sup>361</sup>. No Brasil, a Lei nº 12.529/2011 prevê o programa de leniência para as condutas anticoncorrenciais nos arts. 86 e seguintes. A literatura debate com fervor qual deveria ser o desenho normativo correto para um acordo de leniência para fomentar a adesão por agentes econômicos em cartéis<sup>362</sup>. Tais acordos representam, destarte, um dos mais

<sup>358</sup> Cf. LONDON ECONOMICS. Op. cit. p. 22. Também MOREIRA, João. Cartelização em Contratação Pública – a exclusão de propostas susceptíveis de falsear a concorrência. In: GONÇALVES, Pedro Costa. *Estudos de Contratação Pública* – III. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 258.

<sup>359</sup> Para interessante discussão sobre a possibilidade de responsabilização civil das empresas que incorrem em cartel e a consequência para a adesão ou não a programas de leniência, v. MARTINEZ, Ana Paula. *Challenges Ahead of Leniency Programmes: The Brazilian Experience*, pp. 04-06. Disponível em: <[http://www.levysalomao.com.br/files/publicacao/anexo/20150203125804\\_challenges-ahead-of-leniency-programmes--the-brazilian-experience---journal-of-european-competition-law-e-practice---oxford-university-press---amp---fe.pdf](http://www.levysalomao.com.br/files/publicacao/anexo/20150203125804_challenges-ahead-of-leniency-programmes--the-brazilian-experience---journal-of-european-competition-law-e-practice---oxford-university-press---amp---fe.pdf)>. Acesso: 07 out. 2016.

<sup>360</sup> GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Cartel: teoria unificada...*, p. 442.

<sup>361</sup> Cf. ARQUÉ, Joan Ramon Borrell; González, Juan Luis Jiménez; Haro, José Manuel Ordóñez de. *Redefiniendo los incentivos a la colusión: el programa de clemencia*, p. 18. Disponível em: <[http://www.revistasice.com/CachePDF/ICE\\_876\\_17-36\\_\\_D02162CAFDC896C0AD2868D55E60D2B7.pdf](http://www.revistasice.com/CachePDF/ICE_876_17-36__D02162CAFDC896C0AD2868D55E60D2B7.pdf)> Acesso em: 07 out. 2016.

<sup>362</sup> Como exemplo, v. ARQUÉ, Joan Ramon Borrell; González, Juan Luis Jiménez; Haro, José Manuel Ordóñez de. Op. cit.; FERREIRA NETO, Amadeu de Souza. Programa de Leniência e a Lei 12.529/2011: Avanços e Desafios. *Revista do IBRAC*, ano 19, vol. 22, p. 145-162, jul-dez 2012.; MARTINEZ, Ana Paula. Op. cit.

claros exemplos de como as normas jurídicas, inclusive aquelas relacionadas à investigação e às sanções, devem ser trabalhadas como um sistema de incentivos que induza os agentes envolvidos ao comportamento desejado.

Em suma, ainda que fuja ao escopo do presente trabalho analisar aos aspectos relacionados à repressão aos cartéis, convém sublinhar que um bem estruturado e eficiente sistema de investigação e punição a tal infração concorrencial contribuiria para a prevenção a tais práticas, vez que os agentes econômicos poderiam, em algum momento, considerar que não seria estrategicamente pertinente incorrer no risco de sofrer sanções ou responsabilizações de qualquer ordem por conta da cartelização.

### 3.5.2 A relação de atos do Estado com a formação e sustentação dos cartéis em licitações: revisão dos existentes incentivos em busca da melhor prevenção aos conluíus

É de se observar que as características próprias da licitação fazem com que haja maior propensão à formação de cartéis naquele meio do que em outros mercados. A rigidez das regras licitatórias (que tornam previsíveis as fases da contratação pública e por vezes criam facilidades para a comunicação durante o procedimento por meio de “linguagem” criadas pelas parceiras da colusão<sup>363</sup>), a rotineira repetição das interações entre os participantes<sup>364</sup>, a previsibilidade sobre a periodicidade da licitação de determinados objetos em função do histórico da administração<sup>365</sup>, a necessidade de contratar para atendimento das demandas públicas – que leva a que a administração tenha pouca possibilidade de reagir a elevações significativas de preços e a deixar de contratar –<sup>366</sup>, as eventuais barreiras à participação de um maior número de potenciais concorrentes, além da transparência acerca de quem são os participantes<sup>367</sup> e dos

<sup>363</sup> KLEMPERER, Paul. Competition Policy in Auctions and “Bidding Markets”. In: BUCCIROSSI, Paolo (ed.). *Handbook of Antitrust Economics*. Cambridge: The MIT Press, 2008, p. 595.

<sup>364</sup> SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. *More competition-oriented public procurement...*, p. 07.

<sup>365</sup> Tal característica, que de fato ocorre frequentemente em licitações, é expressamente citada pelo CADE na Nota Técnica nº 102/2015/CGAA8/SGA2/SG/CADE, relativa ao processo administrativo nº 08012.003321/2004-71, que se refere à notória “Operação Vampiro”, concernente à formação de cartel em licitações promovidas pelo Ministério da Saúde para aquisição de homoderivados. V. CADE. Nota Técnica nº 102/2015/CGAA8/SGA2/SG/CADE, pp. 23. Disponível em: <[http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento\\_consulta\\_externa.php?4elKWefTEDNjuW0Z7eeqmJameYvd4HOZP-iApsg-mWII8cL55UM65xvYSUQZtf1HcqXKdIXtiNvtq6TCAdBlg,,](http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?4elKWefTEDNjuW0Z7eeqmJameYvd4HOZP-iApsg-mWII8cL55UM65xvYSUQZtf1HcqXKdIXtiNvtq6TCAdBlg,,)>. Acesso em: 02 nov. 2016.

<sup>366</sup> Loc. cit.

<sup>367</sup> Veja-se que uma das diretrizes da OCDE para reduzir o risco do conluio entre concorrentes é justamente a de elaborar o processo de contratação de forma a reduzir eficazmente a comunicação entre os concorrentes. Nesse sentido, v. OCDE. *Diretrizes para combater o conluio...*, pp. 09-11.

dados das propostas, aumentam a probabilidade de que particulares consigam celebrar conluíus<sup>368 369</sup>.

Alguns desafios nessa seara são de difícil resolução. Por exemplo, há evidências de que a certeza quanto à repetição das iterações cria maiores incentivos para que as empresas tentem manter por mais tempo o acordo colusivo<sup>370</sup>, vez que a eventual tentativa de desvio poderia já ser punida, mediante ferrenha concorrência, em um evento que ocorrerá em curto espaço de tempo. Assim, a perspectiva de lucros futuros em cartel garantidos pela frequência dos eventos licitatórios cria um desincentivo à traição<sup>371</sup>. A questão se mostra de difícil ajuste no Brasil, em especial pela absoluta descentralização das contratações públicas, acarretando que a repetição de encontros dos potenciais concorrentes no mercado seja muito frequente.

A OCDE manifesta a mesma preocupação em relação à maior propensão ao surgimento de cartéis nas licitações:

A principal preocupação com as licitações públicas é a de que, como as regras formais que regem os contratos públicos tornam a comunicação entre os rivais mais fácil, eles podem promover o conluio entre licitantes e, assim, reduzir a rivalidade, com efeitos negativos sobre a eficiência do processo de aquisição (Tradução livre a partir do original em inglês)<sup>372</sup>.

A despeito da constatação na literatura acerca da maior probabilidade de formação de cartéis em licitações, não parece ter havido especificamente no Brasil, até o momento, suficiente reação legislativa e administrativa para estruturar um sistema licitatório que conceda os corretos incentivos e desincentivos para prevenir a formação dos cartéis por particulares<sup>373</sup>.

É de se ver que o Estado, como se defende no presente trabalho, pode ter uma atuação preventiva à formação dos cartéis, e não apenas repressiva. Para tanto, a partir da constatação de que o cartel é um arranjo potencialmente instável, cabe ao Estado evitar criar circunstâncias, em seu sistema institucional e normativo, que contribuam para que o cartel solucione seus problemas de instabilidade. Além disso, cabe também ao Estado criar incentivos que colaborem ainda mais para a já natural propensão à traição entre os membros dos cartéis.

<sup>368</sup> Nesse sentido, v. SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. *Prevention and deterrence...*, p. 03.

<sup>369</sup> Para uma coleção de fatores que contribuem para o surgimento de colusões em licitações, v. ALBANO, Gian Luigi et al. Preventing collusion in procurement. In: DIMITRI, Nicola; PIGA, Gustavo; SPAGNOLO, Giancarlo (Ed.). *Handbook of Procurement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

<sup>370</sup> LONDON ECONOMICS. Op. cit. p. 07.

<sup>371</sup> LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. What Determines..., p. 46.

<sup>372</sup> Do original em inglês: “The overarching concern with public procurement is that, because formal rules governing public procurement make communication among rivals easier, they can promote collusion among bidders and therefore reduce rivalry, with detrimental effects on the efficiency of the procurement process”. OCDE. *Increasing competition by reducing bid rigging...*, p. 05.

<sup>373</sup> Cf. SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. *Prevention and deterrence...*, p. 03.



Frise-se que o que se almeja é que os agentes econômicos, ao perceberem que os cartéis eventualmente formados tenderão a ser instáveis, desistam, *ex ante*, de incorrer na prática ilícita.

Em outros termos, compete ao Estado elaborar um regime licitatório que conceda os corretos desincentivos à formação e à sustentação de cartéis, de forma que a orquestração de condutas comuns tenda a não ser uma estratégia atrativa.

Ao longo do presente capítulo foram suscitados elementos que podem contribuir para tornar o cartel mais estável. São em tais incorreções que a regulação licitatória não deveria incorrer. Ocorre que o ordenamento brasileiro está repleto justamente de tais previsões.

Exemplificativamente, qualquer previsão legal que facilite a repartição de ganhos entre membros de um cartel, como são os casos, como se verá, da permissão indiscriminada para a formação de consórcios e de celebração de subcontratações; ou que torne o monitoramento, pelos membros do cartel, da conduta efetivamente adotada pelos seus parceiros, facilitando eventual retaliação no caso de traição, como acontece quando da excessiva divulgação de informações acerca das ofertas elaboradas no certame, revelam-se equívocos do sistema de incentivos produzido pelo Estado e que acabam por criar riscos ou indevidas facilidades à cartelização.

O próximo capítulo dedicar-se-á à análise específica de circunstâncias do regime jurídico licitatório que, em geral por conta da produção de consequências não previstas pelo desenho regulatório, criam incentivos perversos à cartelização. Outrossim, apontar-se-ão possíveis soluções para a correção de tais equívocos, que contribuiriam para a prevenção e para a instabilidade de cartéis nas licitações brasileiras.

### **3.6 Considerações finais**

Dentre as possíveis práticas restritivas à concorrência organizadas por agentes econômicos que atuam no mesmo mercado relevante e que, portanto, são potenciais concorrentes entre si, os cartéis parecem ser o exemplo mais característico e o que desperta maiores preocupações das autoridades antitruste ao redor do mundo.

Naturalmente, a seara licitatória não está imune a tais práticas. Muito pelo contrário, há evidências de que o regime jurídico licitatório, por algumas de suas peculiaridades, representa um campo fértil para a organização de conluíus entre aqueles que deveriam disputar entre si.

Não é surpreendente que os agentes econômicos se comportem dessa maneira. Afinal, se para a sociedade a concorrência pode trazer diversos benefícios, como demonstrado no

capítulo 1, para os competidores acarreta perdas. Nesse contexto, cabe ao Estado adotar as medidas necessárias para – no que possível – evitar a tendência à cartelização em licitações.

Quando da ocorrência de um cartel em licitação, haverá, em regra, por conta do esperado aumento de preços, transferência de renda do ente licitante para os particulares. Com tal desperdício de recursos públicos, menos sobrarão para o atendimento de pelo Estado das demandas sociais.

Ocorre que há formas para o Estado buscar enfrentar o risco de formação de colusões nas licitações, que vão além da também importante atuação repressiva, posterior à existência da conduta em comento.

Por todo o exposto ao longo do presente capítulo, observou-se que os cartéis apresentam tendência à instabilidade, seja pela dificuldade de manutenção da coordenação, seja pela traição por de um dos membros quando observada a possibilidade de obtenção de lucros maiores em curto prazo, seja pela descoberta do conluio pelas autoridades públicas, usualmente com a colaboração premiada de um dos membros nas investigações.

Assim, para prevenir a formação dos cartéis ou para os tornar mais estáveis, deve o Estado – no exercício de suas funções administrativas e legislativas relativas às contratações públicas – atentar-se para não criar circunstâncias que contribuam para que o cartel solucione seus problemas de instabilidade. Mais do que isso, deve o Estado também buscar elementos que colaborem ainda mais para a propensão à traição entre os membros dos cartéis. Almeja-se, assim, adequar o sistema de incentivos concedido pelo Estado, eliminando fatores que tornarem a conduta em exame uma opção racional para os agentes econômicos.

É importante compreender que se pretende a organização de um sistema de incentivos tal que os agentes econômicos, ao perceberem que os cartéis eventualmente formados tenderão a ser pouco estáveis e representem um considerável risco de descoberta e posterior sancionamento, desistam, *ex ante*, de incorrer na prática ilícita.

#### 4 FATORES DO REGIME JURÍDICO LICITATÓRIO QUE CONTRIBUEM PARA A CARTELIZAÇÃO E PROPOSTAS PARA OS CORRIGIR

É fundamental que existam dois campos distintos, porém complementares, de controle das possíveis condutas cerceadoras da competição cometidas pelos particulares nas contratações públicas. O que mais se encontra em evidência é aquele realizado pela autoridade antitruste de cada país, que possui em especial caráter tipicamente repressivo, posterior ao exercício dos atos<sup>374</sup>. Trata-se, todavia, não da única, mas sim da última arena de enfrentamento às condutas anticoncorrenciais.

O primeiro campo de controle deve ser realizado diretamente pelos entes próprios licitantes. Como anteriormente já defendido, cabe ao Poder Público prevenir, cautelarmente, *ex ante*, que os particulares possam pôr em prática condutas anticoncorrenciais ou que o Estado cometa atos facilitadores da adoção de práticas inibidoras de concorrência pelos particulares.

Ocorre que a tutela estatal da concorrência como valor jurídico e econômico ainda resta, em grande medida, concentrada apenas na seara do Direito Antitruste. A tendência, que ocorre não apenas no Brasil, de se conceder maior ênfase à persecução administrativa ou criminal de cartéis já em operação tem eclipsado a capacidade que o próprio Estado possui de adotar esforços legislativos ou administrativos para evitar, preventivamente, a formação de tais concertos entre concorrentes<sup>375</sup>.

Para que a Administração possa cumprir a função, que aqui se defende, de controle preventivo da ocorrência de condutas anticoncorrenciais, é preciso, como exposto no capítulo 2, permear o Direito Administrativo das licitações com as preocupações que hoje são próprias apenas do Direito Concorrencial, permitindo-se, assim, a identificação de eventuais consequências não previstas, danosas à competitividade, advindas da regulação licitatória.

É importante que se compreendam os elementos existentes no regramento licitatório que permitem aos particulares viabilizar a supressão da rivalidade e a organização de um cartel. Para tanto, mostra-se fundamental que se busquem todas as consequências pragmáticas

---

<sup>374</sup> Rememore-se que, como já suscitado em nota anterior, a função preventiva do Direito da Concorrência pode ser identificada em especial quando da análise de atos de concentração, tema que não é abordado pelo presente trabalho. No que se refere às condutas anticompetitivas, identifica-se preponderantemente uma atuação repressiva do Direito Antitruste. Tratando a análise dos atos de concentração como materialização da função preventiva do Direito da Concorrência, v. PEDRA, Douglas Pereira; ESTEVES, Heloisa Borges Bastos. *Comentários Relativos à Cessão de Direitos e Obrigações dos Contratos de Concessão à Luz da Nova Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011)*, pp. 03-04. Disponível em: <anp.gov.br/wwwanp/?dw=65942>. Acesso em: 16 nov. 2016.

<sup>375</sup> Para abordagem semelhante, v. KOVACIC, William E. et al. Bidding rings and the design of anti-collusive measures for auctions and procurements. In: DIMITRI, Nicola; PIGA, Gustavo; SPAGNOLO, Giancarlo (Ed.). *Handbook of Procurement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 382.

provenientes de disposições do regime jurídico licitatório que possam, indevidamente, contribuir para a cartelização nas licitações. O melhor entendimento dessas estruturas viabiliza que, quando da arquitetura das licitações, tanto pelos legisladores, como pela Administração, sejam adotadas as cautelas necessárias para prevenir a formação dos conluíus<sup>376</sup>.

No presente capítulo apresentar-se-ão fatores do desenho do regime licitatório brasileiro que contribuem para a cartelização. Dividir-se-ão tais elementos em três grandes campos: fatores estruturais, de viabilização de participação e fatores relativos à publicidade e à transparência.

Após o exame descritivo dos problemas, também se incorrerá em análise normativa, indicando-se possíveis propostas para o redesenho do sistema de incentivos licitatório, sempre com o escopo de contribuir para a prevenção à formação dos cartéis.

Frise-se que qualquer fator que colabore para evitar que os agentes econômicos estabeleçam um acordo ou que ajude a tornar eventual conluio menos estável auxiliam, de igual modo, a prevenção à formação dos cartéis. A razão é simples: espera-se que os agentes econômicos, ao perceberem a dificuldade de coordenação entre si ou de sustentação dos cartéis eventualmente formados, adotem um comportamento estratégico e desistam, *ex ante*, de incorrerem na prática ilícita.

## 4.1 Fatores estruturais

### 4.1.1 Formato das licitações

O instrumento mais relevante para a análise econômica das licitações é a denominada teoria dos leilões. Tal ferramenta utiliza técnicas matemáticas e de teoria dos jogos para avaliação das estratégias ótimas que deveriam ser adotadas pelo leiloeiro (no desenho do certame) ou pelos ofertantes em um leilão<sup>377</sup>.

Apona-se o trabalho de William Vickrey, ganhador do prêmio Nobel em economia no ano de 1996, no texto intitulado *Counterspeculation, Auctions, and Competitive Sealed Tenders*

---

<sup>376</sup> Ibid. p. 383.

<sup>377</sup> Cf. MATOSO, Flávia. *Teoria dos Leilões: uma abordagem para a promoção da defesa e da advocacia da concorrência*, V Prêmio SEAE – Defesa da Concorrência e Regulação Econômica, 2010, pp. 475-476. Disponível em: <[http://www.seae.fazenda.gov.br/premio-seae/edicoes-antiores/edicao-2010/v-premio-seae-2010/Estudantes\\_2\\_lugar\\_Flavia\\_Diagramado.pdf](http://www.seae.fazenda.gov.br/premio-seae/edicoes-antiores/edicao-2010/v-premio-seae-2010/Estudantes_2_lugar_Flavia_Diagramado.pdf)>. Acesso em: 20 maio 2016.

como a obra seminal que reconheceu aspectos de teoria dos jogos na dinâmica adotada em leilões<sup>378</sup>.

A teoria dos leilões apresenta importância não apenas teórica, como também prática. Conquanto não se tratem de uma ferramenta nova<sup>379</sup>, uma expressiva quantidade e variedade de bens, serviços e instrumentos financeiros são negociados por meio de leilões. Outrossim, nas últimas décadas tal ferramenta se propagou ainda mais, não só por seu uso no comércio eletrônico, como também pela sua inserção nas negociações de privatizações ou em novos mercados de energia, transporte, licenças para poluição ou telefonia<sup>380</sup>. Com efeito, os leilões para as concessões das licenças de exploração de internet 3G na Europa são algumas das mais importantes e estudadas do mundo<sup>381</sup>.

Tendo em vista a relevância assumida pelos leilões nas transações econômicas, a teoria em tela vem sendo, mais recentemente, objeto também de estudos empíricos, que servem para comprovar os seus resultados teóricos a partir da análise de dados concretos extraídos de setores importantes<sup>382</sup>.

Para a teoria econômica, um leilão pode ser interpretado como um jogo de informação incompleta, em que os jogadores (participantes do leilão) não conhecem com exatidão a avaliação que os demais fazem acerca do objeto leiloadado, não sabendo com precisão, portanto, quanto cada um está disposto a pagar (ou a receber) para se sagrar vencedor da disputa<sup>383</sup>.

Ainda de acordo com as ciências econômicas, uma licitação como usualmente concebida nada mais é do que um leilão reverso, ou seja, um procedimento em que a entidade pública estabelecerá qual o objeto que demanda e, após determinar as regras do leilão, receberá ofertas dos particulares para o fornecimento de tal objeto e deverá optar pela proposta mais vantajosa<sup>384</sup>. Diz-se que se trata de um leilão reverso porque, diferentemente do leilão

<sup>378</sup> Cf. KLEMPERER, Paul. *Auctions: Theory and Practice*. Princeton: Princeton University Press, 2004, p. 15.

<sup>379</sup> Há quem afirme que leilões já eram utilizados na Babilônia centenas de anos antes da era cristã. Na cultura popular são conhecidos os leilões de escravos e dos espólios de guerra realizados pelos Romanos no Império. Cf. KRISHNA, Vijay. *Auction Theory*. 2. ed. San Diego: Elsevier, 2010, p. 01.; e KLEMPERER, Paul. *Auctions: Theory and Practice*. Princeton: Princeton University Press, 2004, p. 01.

<sup>380</sup> Nesse sentido, v. KLEMPERER, Paul. *Auctions: Theory and Practice*. Princeton: Princeton University Press, 2004, pp. 09-10.

<sup>381</sup> Para exame, v. KLEMPERER, Paul. *The biggest auction ever: the sale of the British 3G Telecom Licences*. Disponível em: <<http://www.nuff.ox.ac.uk/economics/papers/2002/w4/biggest29nov.pdf>>. Acesso em: 11 maio 2016.

<sup>382</sup> A respeito do crescimento dos estudos empíricos, v. KLEMPERER, Paul. *Auctions: Theory and Practice*. Princeton: Princeton University Press, 2004, pp. 09-10. Como exemplo de trabalho da espécie, v. DE SILVA, Dakshina G. et al. The impact of public information on bidding in highway procurement auctions. *European Economic Review*, vol. 52, p. 150-181, 2008.

<sup>383</sup> FIANI, Ronaldo. *Teoria dos Jogos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, p. 296.

<sup>384</sup> FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio; MEDEIROS, Bernardo Abreu de. A agenda perdida das compras públicas: rumo a uma reforma abrangente da lei de licitações e do arcabouço institucional, p. 28. *Texto para discussão*.

convencional, o promotor do leilão (Administração) não oferece um bem ao mercado, mas sim recebe propostas do mercado para o fornecimento de um objeto por ela demandado.

Considerando o fato de que a licitação se trata de um leilão reverso, as conclusões típicas da teoria dos leilões devem ser interpretadas invertendo-se a métrica de preços<sup>385</sup>. Melhor esclarecendo: os resultados de maior receita (ou de maior preço) na teoria dos leilões correspondem a menor custo (ou menor preço) nas licitações.

Além da questão acima, inexistem outras diferenças entre um leilão tradicional, em que o leiloeiro vende produtos, e as licitações, em que o leiloeiro é o comprador e os fornecedores são os ofertantes, com suas estruturas de custo para proverem a administração com o objeto demandado. Desse modo, as conclusões mais relevantes da teoria dos leilões aplicam-se também às licitações, razão pela qual a análise econômica da contratação pública se faz utilizando-se o instrumental em exame.

Um resultado fundamental da ferramenta em exame é o denominado teorema da equivalência das receitas, que indica que, respeitadas determinadas condições ideais, o leiloeiro obterá o mesmo retorno utilizando distintos tipos de leilões. A partir do teorema, a teoria dos leilões se desenvolve em análises que relaxam as premissas ideais assumidas (como neutralidade de risco e simetria dos ofertantes, independência das propostas e das informações), e permitem verificar que, em determinadas circunstâncias, um modelo de leilão traz resultados melhores do que outros<sup>386</sup>.

A lição mais importante que a teoria dos leilões transmite – e que é significativamente ignorada por legisladores e administradores públicos no Brasil – é que o desenho de leilões ou de licitações não é um produto de prateleira<sup>387</sup>, em que um modelo único serve para qualquer situação. Um bom leilão ou uma boa licitação deveria ser arquitetada de acordo com as circunstâncias envolvidas em cada caso<sup>388</sup>.

---

Brasília: Ipea, 2014, p. 31. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=23120](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=23120)>. Acesso em: 30 abr. 2016.

<sup>385</sup> SILVA, Ângelo Henrique Lopes. *Preço de reserva sigiloso em licitações públicas*, p. 11. Disponível em: <[http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/Premio\\_TN/XVIPremio/politica/3pfceXVIPTN/Tema\\_3\\_3.pdf](http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/Premio_TN/XVIPremio/politica/3pfceXVIPTN/Tema_3_3.pdf)> Acesso em: 15 maio 2016.

<sup>386</sup> Sobre o ponto, v. WEISHAAR, Stefan E. *Cartels, Competition and Public Procurement – Law and Economics Approaches to Bid Rigging*. Cheltenham: Edward Elgar, 2013, p. 42.; e KLEMPERER, Paul. *Auctions: Theory and Practice*. Princeton: Princeton University Press, 2004, p. 02 e pp. 16-19.

<sup>387</sup> Para a mesma ideia, Paul Klemperer utiliza a expressão “one size fits all” (que, em tradução literal, significaria “um tamanho serve para todos”), afirmando que “Auction design is not ‘one size fits all’”. (KLEMPERER, Paul. *Auctions: Theory and Practice*. Princeton: Princeton University Press, 2004, p. 04).

<sup>388</sup> Loc. cit.

A teoria em tela tipicamente identifica a existência de quatro padrões usuais de formatos de leilões<sup>389</sup>, que podem, ainda, ser combinados entre si para dar origem a outras espécies. As variações decorrem das circunstâncias de os preços serem tomados de modo ascendente ou descendente, em ofertas fechadas ou abertas e em se considerando vencedor o primeiro ou o segundo preço.

Assim, os quatro formatos habituais são:

(1) Leilão inglês – é um leilão dinâmico, em que os preços são tomados abertamente (ou seja, cada participante faz a sua oferta, sucessivamente, com o conhecimento dos demais) e de modo ascendente, vencendo a maior oferta apresentada. É o exemplo clássico de leilões de obras de arte, por exemplo.

(2) Leilão holandês – outro caso de leilão dinâmico, em que os preços são tomados abertamente e de modo descendente. O leiloeiro inicia apontando um alto preço, que é gradativamente reduzido até que um candidato se dispõe a pagar o valor. Recebe esse nome por ser historicamente utilizado em comércio de flores na Holanda<sup>390</sup>.

(3) Leilão selado de primeiro preço – as ofertas são realizadas em envelopes fechados, sem que os participantes tenham o conhecimento das propostas dos demais, sendo vitorioso o melhor preço.

(4) Leilão de Vickrey – as ofertas são realizadas em envelopes fechados, sem que os participantes tenham o conhecimento das propostas dos demais, sendo que o vitorioso, que apresentar a melhor proposta, arcará com o segundo melhor preço.

Naturalmente, há diversas outras possíveis combinações a partir dos tipos básicos acima. Para os objetivos do presente trabalho importa também destacar o formato de leilão denominado anglo-holandês, proposto por Paul Klemperer. Em tal modelo, haveria, em primeiro lugar, uma etapa de lances sucessivos, após a qual ocorreria, entre os proponentes com as melhores ofertas, uma segunda etapa de apresentação de propostas em envelopes fechados, que devem ser melhores do que o preço já obtido na primeira etapa<sup>391</sup>.

Considerando os formatos de leilões identificados supra, é possível traçar um paralelo com tipos ou modalidades de licitações existentes no ordenamento jurídico brasileiro. O tipo menor preço equivale ao leilão selado de primeiro preço acima exposto. No pregão, a primeira

<sup>389</sup> Cf. WEISHAAR, Stefan E. *Cartels, Competition and Public Procurement – Law and Economics Approaches to Bid Rigging*. Cheltenham: Edward Elgar, 2013, pp. 37-38; e SILVA, Ângelo Henrique Lopes. *Preço de reserva sigiloso em licitações públicas*, p. 08. Disponível em: <[http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/Premio\\_TN/XVIPremio/politica/3pfceXVIPTN/Tema\\_3\\_3.pdf](http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/Premio_TN/XVIPremio/politica/3pfceXVIPTN/Tema_3_3.pdf)> Acesso em: 15 maio 2016.

<sup>390</sup> KLEMPERER, Paul. *Auctions: Theory and Practice*. Princeton: Princeton University Press, 2004, p. 11.

<sup>391</sup> *Ibid.*, pp. 116-117.

fase, relativa a envelopes contendo a indicação do objeto e do preço oferecidos (art. 4º, VII, Lei nº 10.520/02), também corresponde ao formato de leilão fechado de primeiro preço. Já a fase seguinte de lances verbais (art. 4º, VIII) aproxima-se ao leilão inglês. Assim, no pregão definiu-se um leilão anglo-holandês invertido, em que, ao contrário do que ocorre em sua definição clássica, a primeira fase é a de envelopes fechados e a segunda é a aberta. Já no RDC e no novo Estatuto das Estatais, permite-se que a licitação seja organizada em modo de disputa aberto, fechado ou combinado, nos termos dos arts. 15 a 24 do Decreto nº 7.581/01 e 52 da Lei nº 13.303/2016. Como restará claro, tal flexibilidade é um relevante avanço.

Eduardo Fiuza e Bernardo Abreu de Medeiros criticam o quadro de “mais absoluta pobreza de formatos de leilões nas licitações brasileiras”<sup>392</sup> se comparado com a variedade de modelos e estudos sobre o tema existentes na literatura estrangeira<sup>393</sup>. Observam que, anteriormente ao RDC, havia no país, para a utilização mais corrente, apenas três modalidades com leilões de envelopes fechados (concorrência, tomada de preço e convite), além de dois leilões híbridos (pregões presencial e eletrônico)<sup>394</sup>, não se fornecendo à Administração Pública, assim, a necessária flexibilidade para desenhar a licitação de acordo com os fins ou valores que persegue<sup>395</sup>.

Ao estabelecer a arquitetura da licitação, o Estado-legislador e o Estado-Administração podem ter objetivos diversos, dentre os quais se poderia cogitar, a título de exemplo, o favorecimento e pequenas e médias empresas, a promoção do desenvolvimento regional ou a obtenção do menor preço possível<sup>396</sup>. A depender do objetivo a ser alcançado, um desenho licitatório pode ser mais efetivo do que outro. Pelo escopo do presente trabalho, importa aqui verificar se um determinado formato melhor auxilia a prevenir a formação de conluíus ou se algum deles, por outro lado, facilita o concerto entre concorrentes.

---

<sup>392</sup> FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio; MEDEIROS, Bernardo Abreu de. A agenda perdida das compras públicas: rumo a uma reforma abrangente da lei de licitações e do arcabouço institucional, p. 28. *Texto para discussão*. Brasília: Ipea, 2014, p. 34.

<sup>393</sup> O estudo sobre as possibilidades de formatos licitatórios escapa do escopo do presente trabalho, que tem como foco apenas a facilitação das práticas de cartelização. Para um quadro sobre o esforço e a complexidade técnica demandadas para a modelagem de leilões em outros lugares do mundo, v. KLEMPERER, Paul. *Auctions: Theory and Practice*. Princeton: Princeton University Press, 2004.; e IDEM. *The biggest auction ever: the sale of the British 3G Telecom Licences*. Disponível em: <<http://www.nuff.ox.ac.uk/economics/papers/2002/w4/biggest29nov.pdf>>. Acesso em: 11 maio 2016. Para uma crítica ao cenário brasileiro, v. FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio; MEDEIROS, Bernardo Abreu de. Op. cit. pp. 34-42. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=23120](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=23120)>. Acesso em: 30 abr. 2016.

<sup>394</sup> FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio; MEDEIROS, Bernardo Abreu de. Op. cit. p. 34.

<sup>395</sup> Ibid. p. 39.

<sup>396</sup> Loc. cit.



Viu-se no capítulo anterior que uma das dificuldades para a formação e sustentação de um cartel está na necessidade de monitoramento, pelos seus membros, acerca do cumprimento do pacto colusivo pelos participantes. Em um cartel, é real e constante a possibilidade de que um membro traia os demais ao observar possibilidades de ganhos presentes maiores do que os lucros esperados lucros futuros pela manutenção do concerto. Portanto, qualquer mecanismo que permita o efetivo monitoramento pelos participantes da estratégia adotada pelos demais parceiros, bem como a retaliação firme e imediata a eventual traição, facilitará a manutenção da estabilidade do arranjo.

Pois bem. A teoria dos leilões aponta que leilões dinâmicos, de lances sequenciais, aumentam a probabilidade de colusão, justamente porque permitem a fiscalização do comportamento dos participantes do acordo ilícito e, na hipótese de traição, a imediata retaliação<sup>397</sup>.

No caso de um leilão fechado, se um participante decidir trair a estratégia combinada, os demais membros do cartel somente descobrirão o descumprimento do acordo quando as ofertas forem abertas, não havendo mais possibilidade de reação à estratégia adotada. Assim, se um participante desejar obter um lucro presente maior traindo o acordo, terá reais chances de vencer o certame, haja vista que os demais membros do conluio somente tomarão ciência de que foram traídos quando a situação já estiver consolidada. Não há risco de monitoramento dos comportamentos anteriormente à abertura das propostas.

Já o leilão dinâmico permite que os participantes fiscalizem em tempo real o cumprimento ou não da estratégia combinada, sendo que, no caso de traição, todos os membros poderão, no ato, retaliar e passar também a efetivamente competir pelo contrato. Sendo assim, em um leilão dinâmico, não existe nenhuma possibilidade de que o cartel seja traído por um membro menos eficiente, haja vista que o participante mais eficiente sempre poderá imediatamente retaliar e acompanhar a proposta do menos eficiente, vencendo a disputa.

Quanto mais transparente for o leilão aberto e dinâmico, com o fornecimento de mais informações sobre as propostas para os demais participantes, mais facilmente eventual desvio poderá ser detectado e imediatamente punido por meio da reação dos demais<sup>398</sup>.

---

<sup>397</sup> Cf. ALBANO, Gian Luigi et al. Preventing collusion in procurement. In: DIMITRI, Nicola; PIGA, Gustavo; SPAGNOLO, Giancarlo (Ed.). *Handbook of Procurement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 358.; Ver também KOVACIC, William E. et al. Bidding rings and the design of anti-collusive measures for auctions and procurements. In: DIMITRI, Nicola; PIGA, Gustavo; SPAGNOLO, Giancarlo (Ed.). *Handbook of Procurement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, pp. 387-388.

<sup>398</sup> ALBANO, Gian Luigi et al. Op. cit. p. 361.

Nesse passo, o leilão aberto e dinâmico, como é o caso, por exemplo, da segunda fase dos pregões, permite mais fácil monitoramento do cumprimento do acordo colusivo, bem como eventual retaliação imediata, aumentando, desse modo, a estabilidade do cartel<sup>399</sup>. Trata-se, portanto, um facilitador da formação e sustentação dos cartéis.

Não se trata apenas de argumento teórico. A licitação na modalidade pregão foi apontada pelo Cade como um dos fatores que viabilizaram a formação e monitoramento do acordo de cartel em licitações promovidas pelo Ministério da Saúde para a aquisição de hemoderivados. A investigação do caso restou conhecida como “Operação Vampiro”. Segundo o Cade:

por se tratar de licitações na modalidade pregão, em sua forma *presencial*, os participantes do conluio tiveram à disposição – dadas as regras desta modalidade licitatória – instrumento para verificar se as empresas integrantes do acordo cumpririam seus termos, vez que todas as etapas do certame – recebimento das propostas, habilitação, classificação das propostas e, principalmente, a fase competitiva de lances orais – dão-se com a presença física de representantes de todos os licitantes, sendo possível, portanto, aferir imediatamente eventuais desvios<sup>400</sup>.

Os leilões dinâmicos também apresentam outro aspecto negativo para a prevenção à formação de cartéis. O formato permite repetida interação entre os licitantes, viabilizando a adoção de estratégias sofisticadas de comunicação. Uma forma típica é a sinalização por códigos, geralmente utilizando os últimos dígitos do algarismo correspondente ao preço. Uma forma de reação da Administração a essa estratégia poderia ser publicar anonimamente apenas algumas das ofertas recebidas (por exemplo, as três ou cinco melhores ofertas dentre as dez recebidas) e limitar a liberdade de escolher os últimos dígitos (por exemplo, somente aceitar números redondos, excluindo-se casas decimais)<sup>401</sup>. Outro modo usual de comunicação é retirar propostas apresentadas ou dar um salto no lance, elevando-o mais do que o necessário para liderar a disputa com o objetivo de sinalizar uma alta valorização pelo contrato em disputa, sempre como parte de uma estratégia conjunta definida pelo cartel<sup>402</sup>.

---

<sup>399</sup> Como exemplo, vide processo administrativo 08012.000030/2011-50, Conselheiro-Relator Alexandre Cordeiro Macedo, por meio do qual se apurou cartel em licitação promovida pela antiga Secretaria Estadual de Saúde e Defesa Civil do Estado do Rio de Janeiro, tendo como objeto selecionar prestador de serviço de manutenção corretiva e preventiva de frota de automóveis. Embora não tenha havido suficientes provas para a comprovação das condutas colusivas apontadas em relação a todas as representadas, identificou-se, quanto às duas empresas condenadas, que na primeira fase do pregão ambas ofereceram propostas de idêntico valor. Já na fase de lances, os valores das propostas das duas empresas tiveram pequena redução, restando uma diferença de apenas cinco reais em relação aos valores finais ofertados. Além de tal indício de paralelismo, outros fatores probatórios levaram à condenação das envolvidas pela infração concorrencial.

<sup>400</sup> V. CADE. Nota Técnica nº 102/2015/CGAA8/SGA2/SG/CADE, p. 23. Disponível em: <[http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento\\_consulta\\_externa.php?4eIKWefTEDNjuW0Z7eeqmJameYvd4HOZP-iApsg-mWII8cL55UM65xvYSUQZif1HcqX\\_KdIXtiNvtq6TCAdBlg,,](http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?4eIKWefTEDNjuW0Z7eeqmJameYvd4HOZP-iApsg-mWII8cL55UM65xvYSUQZif1HcqX_KdIXtiNvtq6TCAdBlg,,)>. Acesso em: 02 nov. 2016.

<sup>401</sup> ALBANO, Gian Luigi et al. Op. cit. p. 361.

<sup>402</sup> Ibid. pp. 362-363.

Pela facilidade que os leilões dinâmicos concedem à formação de cartéis, a teoria dos leilões não recomenda a adoção da estrutura que se concedeu aos pregões no Brasil. Seria mais lógico, para prevenir conluios, que o certame fosse estruturado como um leilão anglo-holandês reverso<sup>403</sup> convencional, ou seja, que a primeira fase fosse composta por lances dinâmicos e a segunda por propostas em envelopes fechados<sup>404</sup>. Por esse formato, um eventual cartel sofreria de maior instabilidade, uma vez que a burla entre os participantes seria possível na segunda fase, sem possibilidade de monitoramento pelos demais participantes.

Nesse passo, andou bem o legislador ao permitir, no art. 16 da Lei do RDC e no art. 52 do Estatuto das Estatais, a combinação de disputas por meio de propostas fechadas e abertas (com lances públicos e sucessivos). No art. 24, II, do Decreto nº 7.581/2011, restou expressa, ainda, a possibilidade de se iniciar o procedimento por disputa aberta, seguida de propostas finais fechadas, apresentadas pelos três melhores licitantes. Tal modelo, ao se encerrar por uma fase de leilões fechados, dificulta a formação de cartéis, pelas razões já expostas.

Importante perceber, assim, que a modelagem dos pregões no Brasil apresenta uma faceta negativa à promoção da concorrência, por criar uma maior facilidade à cartelização. Por conseguinte, com as vênias de praxe, há que se relativizar a afirmação de Carlos Ari Sundfeld de que a lei dos pregões faz da licitação “uma guerra geral”, ressaltando elogiosamente, dentre outros aspectos, os lances sucessivos que encerram tal certame<sup>405</sup>. Como visto, esse desenho apresenta fragilidade quando se busca cercear justamente a prática inibidora da concorrência mais usual em licitações, que é a colusão entre participantes.

Por mais que não sejam comuns no Brasil, convém observar que os leilões de segundo preço (em que o vencedor do certame paga/recebe o valor apresentado pelo segundo colocado) também são mais propensos à existência de colusões do que os leilões de melhor preço. Não é difícil perceber o porquê. Um cartel formado em um leilão de segundo preço tipicamente teria como estratégia que a empresa que se pretende vencedora apresentasse uma proposta altíssima, enquanto que os concorrentes em conluio oferecessem valores muito baixos. A empresa escolhida se sagraria vencedora pagando uma proposta irrisória. Não há nenhum incentivo para que um participante do concerto traia o arranjo, uma vez que, para tanto, teria que apresentar uma proposta ainda maior do que a da empresa designada vencedora para, ao fim, pagar tanto quanto a designada vencedora ofertou. Já em um leilão de primeiro preço, a estratégia seria a

---

<sup>403</sup> Rememore-se que a licitação se trata de um leilão reverso, como acima já explicado.

<sup>404</sup> A crítica encontra-se em FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio; MEDEIROS, Bernardo Abreu de. Op. cit. p. 36.

<sup>405</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Contratações públicas e o princípio da concorrência. *Revista de Contratos Públicos* – RCP, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, mar./ago. 2012, pp. 04-05. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=80263>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

de que a participante escolhida para vencer apresentasse uma proposta baixa, enquanto que todas as demais do concerto ofertassem um valor ainda mais baixo. Ora, nesse cenário, o incentivo para a traição é grande, haja vista que bastaria que uma das participantes do cartel apresentasse valor marginalmente mais elevado do que a proposta daquela que fora designada como vitoriosa pelo arranjo para a superar e conquistar o objeto leiloadado. Portanto, o leilão de primeiro preço acarreta maior instabilidade nos possíveis cartéis<sup>406</sup>.

Novamente, o raciocínio acima se aplicaria também para licitações, bastando para tanto inverter a métrica de preços. Na licitação de menor preço, a estratégia de um cartel seria que o licitante que deveria vencer apresentasse para a Administração um preço consideravelmente alto, enquanto que todos as demais participantes do concerto apresentassem um valor ainda mais alto. O incentivo para a traição seria grande, haja vista que bastaria que uma das participantes do cartel apresentasse valor marginalmente mais baixo do que a proposta daquela que fora designada como vitoriosa pelo arranjo para a superar e conquistar o objeto leiloadado. Já um cartel formado em uma licitação de segundo preço usualmente teria como estratégia que a licitante que se pretende vencedora apresentasse um preço muito baixo para a Administração, enquanto que os concorrentes em conluio pedissem valores elevados. A empresa escolhida se sagraria vencedora recebendo um preço elevado, o segundo melhor preço. Não há nenhum incentivo para que um participante do concerto traia o arranjo, uma vez que, para tanto, teria que apresentar uma proposta ainda menor do que a da empresa designada vencedora para, ao fim, receber da Administração tão somente o preço que a designada vencedora ofertou. Assim, a mudança de um leilão típico para uma licitação em nada muda o resultado indicado pela teoria dos leilões.

A organização de uma licitação sequencialmente, ou seja, leiloando-se o contrato de um bem após o outro, também pode facilitar a colusão. A literatura aponta duas razões para tanto. A primeira também se dá pela possibilidade de retaliação contra aquele que traiu o cartel já a partir da disputa seguinte em que houve a traição. Logo, mais uma vez o sequenciamento da licitação cria facilidades para a reação contra aqueles que desviam o cartel. No mais, permite a acomodação de concorrentes externos, que estariam dispostos a enfrentar um cartel já estabelecido, por meio de uma estratégia de destinação de um contrato para tal concorrente, o que pode suavizar o seu ímpeto de enfrentamento do cartel quanto aos demais contratos<sup>407</sup>.

Destarte, considerando-se que existe uma facilidade maior à formação e sustentação dos cartéis em leilões dinâmicos e em licitações organizadas sequencialmente, se o objetivo maior

---

<sup>406</sup> KLEMPERER, Paul. *Auctions: Theory and Practice*. Princeton: Princeton University Press, 2004, p. 28.

<sup>407</sup> FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio; MEDEIROS, Bernardo Abreu de. Op. cit. pp. 359-360.

for a prevenção dos conluíus nos certames recomenda-se o uso de licitações fechadas e de menor preço, além da oferta dos itens licitados conjuntamente.

Como o escopo do presente trabalho é examinar as práticas que contribuem para a cartelização, ressaltaram-se os aspectos preocupantes dos leilões dinâmicos quanto a essa seara. Há, todavia, virtudes advindas desse modelo, dentre as quais destaca-se o fato de que os participantes conseguem, ao longo dos lances, melhor estudar a valorização que seus adversários fazem acerca do objeto em disputa, de modo que assim eles próprios conseguem reexaminar seus próprios lances e evitar sobre ou subavaliação, diminuindo-se o risco de ocorrência da “maldição do vencedor”, a que anteriormente já se referiu. Acredita-se que, com a menor propensão ao erro de avaliação, haverá maior interesse em participar do certame<sup>408</sup>. No mais, há quem suscite que os pregões, que são a modalidade brasileira típica organizada por meio de um leilão dinâmico, trazem vantagens de redução do tempo médio de duração do procedimento, de diminuição de custos e evidências empíricas quanto à redução de preços<sup>409</sup>.

Frente ao exposto, o melhor caminho a ser adotado pelo ordenamento licitatório brasileiro seria seguir a experiência da Lei do RDC e do Estatuto das Estatais, concedendo maior flexibilidade para que o administrador escolhesse o formato licitatório mais conveniente para cada mercado, haja vista ser importante – conforme lições da teoria dos leilões – que a licitação seja talhada de acordo com as circunstâncias envolvidas no caso específico.

É de se observar que, aparentemente, o legislador já começa a se sensibilizar acerca da importância de dotar a Administração de maior maleabilidade quanto ao desenho licitatório, tanto que o moderno Estatuto das Estatais, em seu art. 52, seguindo a mesma tendência anteriormente observada no RDC, igualmente atribuiu ao gestor a possibilidade de adoção dos modos de disputa aberto ou fechado ou de uma combinação de ambos.

Nesse contexto, seriam pertinentes também modificações na regulação licitatória geral para, assim como nas mais modernas legislações nacionais, dotar o administrador de maior maleabilidade na escolha do formato licitatório e para explicitar que, quando se optasse pelo

---

<sup>408</sup> Sobre as vantagens dos leilões dinâmicos, v. ALBANO, Gian Luigi et al. Information and competitive tendering. In: DIMITRI, Nicola; PIGA, Gustavo; SPAGNOLO, Giancarlo (Ed.). *Handbook of Procurement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, pp. 157-158.; e AUSUBEL, Lawrence M.; CRAMPTON, Peter. Dynamic auctions in procurement. In: DIMITRI, Nicola; PIGA, Gustavo; SPAGNOLO, Giancarlo (Ed.). *Handbook of Procurement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, pp. 220-223.

<sup>409</sup> Defendendo o sucesso empírico dos pregões quanto à economicidade e celeridade processual, v. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 336-337. Também SILVA, Antonio Araújo da. *A economia das compras governamentais em decorrência do pregão eletrônico – uma abordagem econométrica*. Disponível em: <[http://repositorio.ufc.br/ri/bitstream/riufc/6591/1/2007\\_dissert\\_aasilva.pdf](http://repositorio.ufc.br/ri/bitstream/riufc/6591/1/2007_dissert_aasilva.pdf)>. Acesso em: 02 nov. 2016.

um modelo híbrido, fosse preferencialmente utilizada a sequência de fases do modelo anglo-holandês convencional, com a última fase ocorrendo por meio de lances fechados.

#### 4.1.2 Entrada e participação de concorrentes

Encorajar a entrada de participantes no procedimento deve ser uma das preocupações fundamentais no desenho de qualquer certame licitatório. Como premissa geral, as lições da teoria econômica apontam que, quanto maior for o número de participantes no procedimento, menor tende a ser, em média, o preço obtido pelo Poder Público na contratação pública<sup>410 411</sup>.

Especificamente quanto aos cartéis, é de se observar que, para ser sustentável, o concerto precisa de um ambiente com limitada entrada e participação de potenciais concorrentes. Há duas razões teóricas para tal afirmação. A primeira é bastante óbvia. Quanto maior for o número de competidores, maiores serão os custos de transação necessários para um acordo<sup>412</sup> e, assim, mais difícil será entabular um ajuste para cerceamento da concorrência que seja do agrado de todos. Ademais, maior será a probabilidade de que ao menos um desses participantes do conluio, em algum momento, decida trair o cartel. Ou, sob outra vertente, maior será o número de competidores que não se associaram ao cartel rivalizando com as empresas em conluio e dificultando a elevação dos preços pelos agentes em concerto.

A segunda razão técnica se deve ao fato de que os próprios lucros exagerados obtidos pelo cartel por si só começam a atrair para o mercado novos participantes. Se houver facilidade de entrada no mercado, o conluio começará a ser questionado por agentes externos.

Em suma: todo desenho licitatório que fomentar a entrada e a participação de concorrentes servirá para prevenir a formação de cartéis. Afinal, quanto maior for o número de participantes na licitação, maior tende a ser a competição e mais difícil a coordenação para um eventual concerto colusivo.

Ao longo do presente capítulo, em diversos momentos serão apontados fatores que contribuem para a maior ou menor participação nas licitações. Ocorre que o mesmo fator poderá também apresentar outros efeitos igualmente passíveis de causar impactos diversos quanto aos incentivos para a cartelização. A título de exemplo pode-se citar a atribuição de preços máximos

---

<sup>410</sup> Cf. RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 10.

<sup>411</sup> Para melhor análise sobre os fatores que conduzem à redução de preços a partir do incremento da concorrência, remete-se ao capítulo 1.

<sup>412</sup> Cf. OGUS, Anthony. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Portland: Hart Publishing Ltd., 2004, p. 19.

(preços de reserva) que, como se examinará abaixo, naturalmente diminuem a participação, mas que, segundo a literatura econômica, fomentam a maior agressividade na apresentação das propostas. Portanto, mais uma vez, a lição que resta é: o desenho de licitações não deveria ser um produto de prateleira. A Administração deveria ser dotada de maior flexibilidade para escolher que efeitos e objetivos precisa buscar, dependendo das circunstâncias do mercado.

#### 4.1.2.1 Novamente o formato das licitações

Considera-se que um dos fatores a contribuir para a maior ou menor participação nas licitações relaciona-se ao formato adotado, na linha do que já restou exposto na subseção anterior. Se os potenciais concorrentes são heterogêneos entre si, ou seja, possuem estruturas de custo ou capacidade de acesso a informações distintas, a teoria dos leilões informa que um leilão aberto e dinâmico, com a oferta de preços sucessivos, tende a afastar a participação de alguns agentes econômicos<sup>413</sup>.

Isso porque, quando do leilão aberto e dinâmico (como é o caso, por exemplo, da segunda fase dos pregões), os participantes menos capacitados sabem que não terão nenhuma chance de êxito no enfrentamento dos concorrentes mais fortes, que acompanham em tempo real a estratégia dos concorrentes mais fracos e sempre poderão, em algum momento do leilão, igualar e superar a oferta apresentada pelos participantes menos competitivos. Em outros termos, os participantes menos capacitados têm ciência de que o concorrente mais forte, se realmente quiser se sagrar vencedor, conseguirá superá-lo no leilão aberto e dinâmico<sup>414</sup>.

Em contrapartida, os leilões fechados concedem aos potenciais participantes uma incerteza sobre o valor que será oferecido pelos concorrentes e sobre quem será o vencedor, que somente será conhecido quando da abertura das propostas. Com efeito, quando da confecção da sua proposta, o concorrente mais forte tenderá a incluir um sobrepeço, para um

---

<sup>413</sup> A presente subseção, inclusive sua conclusão, pauta-se na argumentação deduzida em ALBANO, Gian Luigi et al. *Fostering participation*. In: DIMITRI, Nicola; PIGA, Gustavo; SPAGNOLO, Giancarlo (Ed.). *Handbook of Procurement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, pp. 270-271.

<sup>414</sup> Esse parece ser também o entendimento de Marçal Justen Filho, que, embora sem desenvolver o argumento, critica o modelo de pregão por favorecer as grandes empresas, naturalmente mais fortes na disputa em lances dinâmicos, em detrimento dos pequenos e médios negócios. Em suas palavras: “Mas o problema principal é que não adianta esquecer a Lei 8.666. As outras leis de licitação são quase tão ruins quanto ela. Seguem a mesma sistemática, com alguns aperfeiçoamentos pontuais. Vejam o pregão, cantado em prosa e verso por ter permitido grande economia para os cofres públicos. Ninguém fala que o pregão beneficia enormemente as grandes empresas, que têm condições de praticar preços muito mais reduzidos. O pregão destruiu as pequenas e médias empresas – a ponto de o governo ter sido obrigado a criar benefícios diferenciados para as micro e pequenas empresas.” (JUSTEN FILHO, Marçal. Mas temos muito ainda a falar sobre licitação. *Gazeta do Povo*. Curitiba, 06 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/marcal-justen-filho/mas-temos-muito-ainda-a-falar-sobre-licitacao-0k320vk5ryh9zn8tdrguqlrzm>>. Acesso em: 28 ago. 2016.)

obtenção de seu lucro, que deixará espaço para que algum rival, se não estive rem conluio, apresente uma proposta melhor para vencer a disputa. Logo, em um formato licitatório de envelopes fechados há maiores incentivos à participação de distintos concorrentes, uma vez que passa a existir chance de vitória mesmo dos mais fracos.

Portanto, em um mercado em que haja concorrentes com diferentes estruturas de custos ou de informações entre si, a escolha por um modelo de envelopes fechados favorece maior participação.

#### 4.1.2.2 Barreiras à entrada

Barreiras à entrada podem ser definidas, grosso modo, como restrições de acesso de novas empresas a um determinado mercado<sup>415</sup>. Em licitações, as barreiras à entrada são as dificuldades, de qualquer natureza, para que potenciais concorrentes participem do certame e disputem a adjudicação contratual.

O tema é vasto e, por si só, poderia ensejar a elaboração de uma monografia ou dissertação de mestrado<sup>416</sup>. Desse modo, a abordagem que aqui se pretende é a de apenas fornecer intuições acerca da relação das diversas espécies de possíveis barreiras à entrada com a formação de cartéis.

A relevância do assunto em comento para o escopo do presente trabalho pode ser resumida em apenas uma frase: indevidas barreiras à entrada criam impróprias restrições de acesso de novos concorrentes à licitação, facilitando a estabilidade de eventuais cartéis formados entre os concorrentes já presentes no mercado.

Em linhas gerais, se as barreiras à entrada fossem reduzidas ou inexistentes, dificilmente uma colusão conseguiria se manter, vez que os lucros de monopólio atrairiam novos concorrentes. Em oposição, havendo elevadas barreiras ao ingresso, inexistirá pressão competitiva de potenciais novos entrantes, o que torna mais provável que os atuais participantes

---

<sup>415</sup> Cf. VARIAN. Hal R. *Microeconomia*: princípios básicos. Tradução da 6. ed. Rio de Janeiro, Elsevier: 2003, p. 429.

<sup>416</sup> Com efeito, na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília defendeu-se dissertação de mestrado que abordava, sob a ótica do Direito Administrativo e do Direito da Concorrência, os requisitos de habilitação em licitações como possíveis barreiras à entrada. V. CARNEIRO, Breno Zaban. *Barreiras à entrada e habilitação em licitação*: o artigo 37, XXI, da Constituição Federal visto sob as perspectivas do Direito Administrativo e do Direito Antitruste. 2008. 148 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. Disponível em: <[http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/2608/1/2008\\_BrenoZabanCarneiro.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/2608/1/2008_BrenoZabanCarneiro.pdf)>. Acesso em: 31 maio 2016.



de um mercado, se assim desejarem, alcancem um concerto para eliminar a concorrência e consigam mantê-lo estável ao longo do tempo<sup>417 418</sup>.

Cumprir anotar, ainda, que as barreiras à entrada representam um campo de interseção entre a temática desse trabalho – atinente ao cerceamento da concorrência em licitações pela formação de cartéis entre os particulares – e outra modalidade de restrição concorrencial na contratação pública, que foge ao escopo do presente estudo, relativa às limitações da competição por práticas adotadas pela própria Administração, nos termos da subseção 1.1.2. De fato, impertinentes barreiras à entrada representam indevidos cerceamentos competitivos adotados pelo Estado, mas que acabam facilitando a colusão entre os participantes que restam no mercado.

Carlos Ari Sundfeld indica que a Lei nº 8.666/93 estabeleceu alguns mecanismos que dificultam o acesso de novos concorrentes. São exemplos a exigência de demonstração de experiência anterior como requisito para habilitação (art. 30, II e § 3º); a previsão apenas de procedimentos presenciais, favorecendo a regionalização da disputa por conta da dificuldade de empresas sediadas em locais distantes comparecerem aos atos; a limitação da presença de empresas estrangeiras, que somente poderão participar de licitações nacionais se estiverem instaladas no país (art. 28, V)<sup>419</sup>. Floriano de Azevedo Marques Neto menciona, em adição, a exigência do art. 30, I, da Lei nº 8.666/93 de inscrição prévia no órgão de classe, que também acaba por criar empecilho de acesso ao mercado aos novos entrantes<sup>420</sup>. Todas as referidas exigências podem ser encaradas como barreiras à entrada, a limitar a participação.

Em verdade, qualquer imposição excessiva nos requisitos de habilitação para participação do certame representa a ereção de uma indevida barreira à entrada. Não por outra razão o art. 37, XXI, CRFB/88 determina que o procedimento de licitação somente exija os requisitos de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Em semelhante toada, Floriano de Azevedo Marques Neto assevera que as exigências de habilitação no regime jurídico licitatório brasileiro encontram-se, conforme previsão

---

<sup>417</sup> Cf. OCDE. *Increasing competition by reducing bid rigging...*, p. 06.

<sup>418</sup> No mesmo sentido, Floriano de Azevedo Marques Neto já anotou que com “o objetivo de proteger a Administração de contratações aventureiras, a lei autoriza a imposição de barreiras de acesso ao mercado de compras governamentais e induz seu fechamento. Independentemente da concertação dos agentes econômicos, tem-se o incentivo à colusão”. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito da concorrência nas compras governamentais – regime restritivo e formalista da lei de licitações traz prejuízos para o Estado. O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 05 jun. 2004, p. B2.)

<sup>419</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Contratações públicas e o princípio da concorrência. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, mar./ago. 2012, pp. 04-05. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=80263>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

<sup>420</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Op. cit.*

constitucional, cerceadas pelo próprio princípio da proporcionalidade, haja vista que somente se devem admitir os requisitos de qualificação técnica e econômica estritamente indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Veja-se:

Já por disposição constitucional, temos nas licitações um regime de exigências habilitatórias absolutamente cingido pelo princípio da proporcionalidade (nas suas três dimensões: necessidade, adequação e sopesamento). O texto da Constituição de 1988 (art. 37, XXI) não deixa dúvidas: só se admite as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Sendo possível à Administração garantir-se de que as prestações contratadas serão bem executadas, deve ela buscar ampliar o universo dos potenciais interessados, homenageando a isonomia (que interdita discriminações desnecessárias ao estrito cumprimento do interesse público e da finalidade legal) e a economicidade (traduzida na busca da melhor proposta facilitada pela maior concorrência entre interessados)<sup>421</sup>.

A questão apresenta grande relevância no Brasil, em especial se considerado que, em pesquisa realizada pela economista Laura Carpineti e outros verificou-se que, dentre os países analisados, Brasil e a Turquia possuíam o maior número de requisitos para participação nos certames<sup>422</sup>. Contudo, a exploração minuciosa das possibilidades de excesso de demandas para habilitação foge ao escopo desse trabalho, haja vista que representam maneiras de cerceamento da concorrência praticadas pelo próprio Estado.

É de se ver, ainda, que interpretações excessivamente formalistas<sup>423</sup>, que podem levar até mesmo à desclassificação de concorrentes por não cumprirem rigorosamente exigências burocráticas quando da formulação da proposta ou apresentação da documentação também podem ser interpretadas como barreiras à entrada, a restringir a competitividade nos certames<sup>424</sup>.

<sup>421</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A admissão de atestados de subcontratada nomeada nas licitações para concessão de serviços públicos, *Revista Trimestral de Direito Público – RTDP*, Belo Horizonte, n. 53, 2011, p. 02. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=120730>>. Acesso em: 25 out. 2016.

<sup>422</sup> CARPINETI, Laura et al. The variety of procurement practice: evidence from public procurement. In: DIMITRI, Nicola; PIGA, Gustavo; SPAGNOLO, Giancarlo (Ed.). *Handbook of Procurement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, pp. 18-19.

<sup>423</sup> Leonardo Coelho Ribeiro, ao defender que o Direito Administrativo deveria ser entendido como uma “caixa de ferramentas”, hábil a “resolver os problemas da vida”, cita como exemplo de conduta ineficiente a de um pregoeiro que, diante de um erro formal da melhor proposta, capaz de ser retificado com uma simples consulta ao licitante proponente, prefere desclassificá-la em vez de baixar o processo em diligência para correção. Tal conduta formalista, se adotada reiteradamente, pode ser encarada como uma dificuldade (ou barreira) à entrada no mercado. RIBEIRO, Leonardo Coelho. "Na dúvida, dorme tranquilo quem indefere", e o Direito Administrativo como caixa de ferramentas. *Direito do Estado*, 20 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colonistas/leonardo-coelho-ribeiro/na-duvida-dorme-tranquilo-quem-indefere-e-o-direito-administrativo-como-caixa-de-ferramentas>>. Acesso em: 21 maio 2016.

<sup>424</sup> Sobre o ponto, v. FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio. Desenho institucional em compras públicas. In: SALGADO, Lucia Helena. FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio (Org.). *Marcos regulatórios no Brasil: aperfeiçoando a qualidade regulatória*. Rio de Janeiro: IPEA, 2015, p. 176.

Outras condutas arbitrárias por parte da Administração também criam incorretas barreiras à entrada, como a exigência de elevadas garantias para a proposta ou exigências exageradamente minuciosas de cumprimento do termo de referência<sup>425</sup>.

No contexto europeu, Albert Sánchez Graells revela particular preocupação com a venda da documentação necessária para a apresentação das propostas, tema que não foi regulado pela Diretiva 2014/24/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos na União Europeia, restando, portanto, para ser tratada pela legislação doméstica de cada Estado-Membro. A cobrança de valores para acesso à documentação relativa ao certame pode representar uma indevida barreira à entrada, eliminando a participação de empresas com custos de produção mais elevados, que podem acabar se desinteressando de vez por competir. Se tal cobrança eventualmente traz benefícios de curto prazo para a Administração – cobrindo custos da organização da licitação – em longo prazo pode significar relevante redução competitiva, de modo que a licitação não atinja seus objetivos primários<sup>426</sup>.

Tratando a possibilidade de colusão em certames de contratação pública, a OCDE também suscita que um desenho equivocado da regulação licitatória, inadvertida ou deliberadamente, pode criar injustificáveis barreiras à entrada por introduzir requisitos de ingresso desnecessários<sup>427</sup>. Recomenda a organização que as barreiras sejam diminuídas pelo estabelecimento de critérios de participação que não sejam excessivamente restritivos e pela redução de custos de preparação das propostas<sup>428</sup>, tudo com o escopo de contribuir para a prevenção da formação dos cartéis.

#### 4.1.2.3 Inversão de fases

---

<sup>425</sup> Cf. CECCATO, Marco Aurélio. *Cartéis em Licitações: estudo tipológico das práticas colusivas entre licitantes e mecanismos extrajudiciais de combate*. VII Prêmio SEAE – Advocacia da Concorrência e Regulação Econômica, 2012, p. 37. Disponível em: <<http://www.seae.fazenda.gov.br/premio-seae/edicoes-antiores/edicao-2012/vii-premio-seae-2012/3o%20Lugar%20Tema%201%20-%20Marco%20Aurelio%20Ceccato.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2016.

<sup>426</sup> SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. *Public Procurement and the EU Competition Law*. 2. ed. Oxford: Hart Publishing Ltd., 2015, p. 280.

<sup>427</sup> OCDE. *Collusion and Corruption in Public Procurement*, p. 94. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/46235884.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

<sup>428</sup> IDEM. *The role of competition authorities in promoting competition*. 2007, p. 08. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/39891049.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2016; e IDEM. *Fighting Cartels in Public Procurement*. OECD Observer. Out. 2008, p. 04. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/41505296.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2015.

Desde a vigência da lei dos pregões, que estabeleceu que apenas o licitante vencedor submete-se à fase de habilitação, passou a ser tema recorrente no debate jurídico brasileiro sobre contratações públicas a discussão acerca de quais são os benefícios advindos da classificação das propostas em momento anterior à habilitação, invertendo-se a ordem usual prevista na Lei Geral de Licitações.

A denominada inversão de fases licitatórias é hoje tendência no Brasil, como revelam a Lei do RDC e o recente Estatuto das Estatais, que respectivamente em seus arts. 12 e 51 estabelecem como regra geral que a habilitação ocorra somente após o julgamento das propostas e lances apresentados, havendo a possibilidade, todavia, como autorizado em parágrafos dos referidos artigos, de que a Administração, por expressa previsão no instrumento convocatório, determine que a habilitação anteceda a fase de apresentação de ofertas e classificação<sup>429</sup>.

Carlos Ari Sundfeld observa que a previsão da Lei nº 8.666/93 de que a habilitação anteceda a análise das propostas, com a exclusão de quem em tese não poderiam contratar, representa um mecanismo de arrefecimento da concorrência. Para o autor, o procedimento não apenas “limita o número de propostas de preço que serão conhecidas, como, em virtude da rigidez formal e da extensão do procedimento no tempo, abre-se oportunidade para recursos que eliminem mais participantes e também para negociações ocultas entre os remanescentes”<sup>430</sup>.

De fato, há dois aspectos concorrenciais relevantes acerca da antecedência da fase de habilitação em relação à classificação das propostas. Primeiramente, abre espaço para que concorrentes se utilizem do exame documental relativo à habilitação para perpetrarem condutas restritivas da concorrência, atuando para tentar inabilitar potenciais rivais<sup>431</sup>. Além disso, a fase de habilitação torna a identidade dos licitantes conhecida por todos os demais, o que lhes facilita, na forma vista no capítulo 03, a aproximação entre os concorrentes, que é o primeiro passo para que eventualmente se entabule um concerto anticompetitivo. Com efeito, o lapso

---

<sup>429</sup> As únicas diferenças redacionais relevantes entre o parágrafo único do art. 12 da Lei nº 12.462/2011 e do § 1º do art. 51 da Lei nº 13.303/2016 são as de que na Lei do RDC exige-se expressamente que a inversão de fases ocorra após ato motivado da Administração, enquanto que no Estatuto das Estatais salienta-se que tal alteração do procedimento ocorra em caráter excepcional. Acredita-se, todavia, que as diferenças redacionais não devam acarretar diferentes interpretações dos dispositivos. Considerando a pertinência da denominada inversão de fases para a melhor tutela da concorrência nas licitações, é importante que a alocação da fase de habilitação anteriormente ao julgamento dos lances somente ocorra excepcionalmente. No mais, não seria admissível que um ato decisório que altere o rito legal ocorresse por ato sem a devida fundamentação, por conta do próprio da motivação, que é um princípio constitucional da Administração Pública.

<sup>430</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Contratações públicas e o princípio da concorrência. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, mar./ago. 2012, p. 05. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=80263>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

<sup>431</sup> *Ibid.* pp. 07-08.

temporal existente entre a habilitação, julgamento e posterior adjudicação permite a eventual celebração de acordos para combinação do resultado, valendo-se, para tanto, do uso oportunista de recursos e de desistências<sup>432</sup>.

A inversão das fases reduz, ainda, os custos de participação. Afinal, poupam-se também custos advocatícios, uma vez que é comum que empresas que tentem ingressar em um novo mercado se vejam obrigadas a despender recursos em defesas contra tentativas de impugnação de sua habilitação elaboradas por concorrentes já consolidadas naquele mercado<sup>433</sup>.

Todos os elementos acima, quais sejam, redução da possibilidade de impugnação das propostas dos adversários, desconhecimento sobre a identidade dos concorrentes e diminuição dos custos de participação contribuem para o incremento da participação no certame e, esperadamente, maior competição e redução dos preços<sup>434</sup>.

Por fim, há quem ressalte um ganho de eficiência administrativa pelo fato de que a inversão permite que as comissões de licitação e os órgãos de controle concentrem esforços no exame das propostas, em vez de dedicar tempo a análise de documentos de licitantes que, ao fim, restarão derrotadas de todo modo, o que por si só aumenta a possibilidade de melhor fiscalização em relação a eventuais práticas nocivas à concorrência<sup>435</sup>.

Desta feita, deixar a fase de habilitação para o final do procedimento favorece maior entrada e participação de competidores, o que tende a provocar incremento na concorrência,

---

<sup>432</sup> Nesse sentido, CECCATO, Marco Aurélio. *Cartéis em Licitações: estudo tipológico das práticas colusivas entre licitantes e mecanismos extrajudiciais de combate*. VII Prêmio SEAE – Advocacia da Concorrência e Regulação Econômica, 2012, p. 34. Disponível em: <<http://www.seae.fazenda.gov.br/premio-seae/edicoes-antiores/edicao-2012/vii-premio-seae-2012/3o%20Lugar%20Tema%201%20-%20Marco%20Aurelio%20Ceccato.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2016.

<sup>433</sup> CECCATO, Marco Aurélio. p. 35.

<sup>434</sup> Cabe registrar, contudo, que estudo empírico elaborado por pesquisadores do Banco Mundial não foi capaz de corroborar todos os resultados teóricos esperados. Com efeito, Luis Blancas e outros, comparando dados atinentes a licitações promovidas nos anos de 2007 a 2009 pela Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo, em que se utilizava a inversão de fases, e da Companhia de Saneamento de Minas Gerais, em que se manteve a ordem geral da Lei Geral de Licitações, concluíram que a inversão levou à redução na média de duração dos procedimentos, embora com um resultado que não se mostrou estatisticamente significativo, e à diminuição dos litígios em juízo. Por outro lado, não se verificou mudança relevante nos preços pagos pelos vencedores dos contratos. Nesse sentido, v. BLANCAS, Luis et al. *Do Procurement Rules Impact Infrastructure Investment Efficiency? – An Empirical Analysis of Inversão das Fases in São Paulo State*. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1747431](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1747431)> Acesso em: 23 maio 2016. Há que se ressaltar, de todo modo, que se trata de um único trabalho, limitado a dados concernentes a apenas dois estados da federação, sendo certo que outros estudos apresentam resultados mais otimistas quanto ao potencial de redução de preços advindo da utilização, no caso, do pregão, modalidade licitatória que se vale da inversão de fases. Apontando diversos benefícios para o pregão, ver, exemplificativamente, SILVA, Antonio Araújo da. *A economia das compras governamentais em decorrência do pregão eletrônico – uma abordagem econométrica*. Disponível em: <[http://repositorio.ufc.br/ri/bitstream/riufc/6591/1/2007\\_dissert\\_aasilva.pdf](http://repositorio.ufc.br/ri/bitstream/riufc/6591/1/2007_dissert_aasilva.pdf)>. Acesso em: 02 nov. 2016; TORMEM, Dirceu Silveio; METZNER, Claudio Marcos; BRAUM, Loreni Maria dos Santos. *Pregão eletrônico como ferramenta de redução dos custos: um estudo de caso na prefeitura de Capitão Leônidas Marques – PR*. Disponível em: <<https://anaiscbc.emnuvens.com.br/anais/article/download/1507/1507>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

<sup>435</sup> Loc. cit.

bem como racionalização dos recursos administrativos na condução da licitação, devendo essa opção ser expandida como uma regra geral para todas as espécies licitatórias, admitindo-se apenas, na mesma linha adotada no art. 12, p. ún, da Lei nº 12.462/11, que em hipóteses excepcionais, devidamente motivada, a Administração prefira a ordem usual da Lei nº 8.666/93<sup>436</sup>.

#### 4.1.3 Frequência das licitações

A sustentação de um cartel depende tanto da obtenção de uma forma de repartição dos lucros entre os participantes, como da possibilidade de monitoramento do cumprimento da estratégia combinada e da capacidade de pronta reação contra aqueles que eventualmente tentem trair o conluio.

A oportunidade de retaliação por parte dos demais membros do cartel contra um integrante que haja ocorrido em desvio ou de tentativa de desvio do acordo está estritamente relacionada com a frequência com que ocorrem as interações no mercado.

Se o grupo interage no mercado frequentemente, mais agilmente poderá ocorrer a reação à violação ao acordo, o que diminui os incentivos à traição e torna o cartel, conseqüentemente, mais estável. Por outro giro, se a competição por contratos acontecer menos frequentemente, eventual traição somente seria passível de ser punida pelos demais competidores em um futuro mais distante, o que aumenta a propensão a desvios e à falta de sustentação do conluio<sup>437</sup>.

Em licitações, a frequência das interações está associada à duração dos contratos. Pela teoria econômica aplicada às licitações, é possível observar uma relação inversa entre a frequência das interações e a duração dos contratos: quanto mais longos, menos frequente será a disputa entre os potenciais concorrentes. Assim, contratos curtos não induzem as empresas a desviarem do comportamento colusivo, uma vez que a punição pelos demais participantes poderá vir em futuro próximo. Já contratos mais longos deixam o desvio mais atrativo e lucrativo, vez que a reação dos concorrentes não poderá ocorrer rapidamente<sup>438</sup>.

---

<sup>436</sup> Essa também parece ser a sugestão de Eduardo Fiuza e Bernardo Medeiros em FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio; MEDEIROS, Bernardo Abreu de. A agenda perdida das compras públicas: rumo a uma reforma abrangente da lei de licitações e do arcabouço institucional. *Texto para discussão*. Brasília: Ipea, 2014, pp. 25-26. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=23120](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=23120)>. Acesso em: 30 abr. 2016.

<sup>437</sup> Cf. ALBANO, Gian Luigi et al. Preventing collusion in procurement. In: DIMITRI, Nicola; PIGA, Gustavo; SPAGNOLO, Giancarlo (Ed.). *Handbook of Procurement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 351. Também OCDE. *Increasing competition by reducing bid rigging...*, p. 22.

<sup>438</sup> Ibid. p. 352.

No mais, a maior frequência das licitações também auxilia na repartição dos lucros em cartel. Se os agentes em concerto têm ciência de que frequente e regularmente há certames dos quais podem participar, resta mais fácil implementar um esquema de repartição dos contratos entre si<sup>439</sup>. A certeza quanto ao momento em que ocorrerá o leilão, bem como em relação às quantidades demandadas pela Administração, criam o cenário de previsibilidade na relação comercial que facilita a organização de um acordo cooperativo<sup>440</sup>.

A OCDE igualmente aponta a redução da frequência em que ocorrem as licitações como mecanismo para combater a formação de acordos de cerceamento da competição. Sugere aquela organização que o Poder Público deveria promover poucos certames, porém de maior vulto, como, por exemplo, licitar o “direito de fornecer certos serviços pelos próximos cinco ou dez anos, em vez de organizar uma licitação a cada ano. Se o período é longo o suficiente, as firmas não precisam temer a retaliação no futuro por burlarem o preço do cartel hoje”<sup>441</sup>.

Assim, como diretriz geral, quando o risco de colusão for alto deve-se preferir a realização de um menor número de licitações, tornando-as menos frequentes, além de favorecer contratos administrativos de mais longa duração<sup>442</sup>.

Exemplificando, cabe observar que no histórico de conduta que acompanha o acordo de leniência firmado junto ao Cade por Setal Engenharia e Construções, SOG Óleo e Gás e pessoas físicas funcionários e ex-funcionários das empresas do grupo sobre práticas anticompetitivas no mercado de obras de montagem industrial *onshore* em licitações da Petrobrás, aponta-se como um dos fatores que levaram ao final do cartel denominado “Clube das 16” justamente a quantidade cada vez menor de licitações abertas pela Petrobras, o que contribuiu para tornar mais difícil a obtenção de consenso entre as empresas parceiras<sup>443</sup>.

No Brasil, como bem destacado pela própria OCDE, a questão ora suscitada é particularmente relevante. Em razão da completa descentralização existente no país para as compras públicas (afinal, cada órgão ou ente pode realizar o seu próprio certame), a frequência da interação entre os concorrentes é muito grande, o que inevitavelmente incrementa as oportunidades de orquestração de um acordo colusivo<sup>444</sup>.

---

<sup>439</sup> KOVACIC, William E. et al. Bidding rings and the design of anti-collusive measures for auctions and procurements. In: DIMITRI, Nicola; PIGA, Gustavo; SPAGNOLO, Giancarlo (Ed.). *Handbook of Procurement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 405.

<sup>440</sup> OCDE. *Increasing competition by reducing bid rigging...*, p. 22.

<sup>441</sup> Loc. cit.

<sup>442</sup> ALBANO, Gian Luigi et al. Op. cit. p. 352; e KOVACIC, William E. et al. Op. cit. p. 406.

<sup>443</sup> CADE. *Versão pública do “Histórico da Conduta”* – acordo de leniência celebrado com a Setal..., p. 53.

<sup>444</sup> Cf. OCDE. *Collusion and Corruption in Public Procurement*, p. 72. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/46235884.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

É de se ver, ainda, que a Lei Geral de Licitações concede pouca flexibilidade para o administrador manejar a duração do contrato, haja vista que o art. 57 determina que os contratos tenham a sua duração adstrita à vigência dos créditos orçamentários de cada exercício financeiro. No caso dos serviços continuados, a lei excepciona a regra geral acima, autorizando que a sua duração seja prorrogada por iguais e sucessivos períodos, limitada, no entanto, a apenas sessenta meses.

Identifica-se relevante inovação quanto ao tema no recente Estatuto das Estatais. O art. 71 da Lei nº 13.303/2016 assenta que a duração dos contratos poderá ser de no máximo cinco anos, contados da sua celebração, exceto quando relativos a projetos contemplados no plano de negócios e investimentos da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou nas hipóteses em que a pactuação por prazo superior seja prática rotineira de mercado, de modo que a limitação em tal período temporal inviabilize ou onere excessivamente a realização do negócio. Desse modo, a nova legislação ao menos atribui ao gestor a possibilidade de celebração de um contrato que dure por até cinco anos (ou por prazo menor, mas suficiente, se assim entender pertinente), sendo que, em determinadas hipóteses excepcionais, poderá já ser firmado por período ainda maior.

A Lei nº 13.303/2016, portanto, adotou um caminho, que deveria se tornar tendência a ser abraçada também pela Lei Geral de Licitações, no sentido de prever a possibilidade de contratos de mais longa duração, especialmente quanto ao fornecimento de bens e serviços de demanda continuada.

Novamente suscita-se aqui a importância de se conceder ao administrador público mais ferramentas para modelar a licitação de acordo com a possível necessidade de prevenir ou combater cartéis em determinado mercado.

## **4.2 Fatores de viabilização de participação**

### 4.2.1 O consórcio e seus aspectos concorrenciais

#### 4.2.1.1 Previsão dos consórcios no ordenamento jurídico



O regramento licitatório brasileiro prevê, em alguns dispositivos, a participação em certames licitatórios por meio da formação de um consórcio. Disciplinado nos arts. 278 e 279 da Lei nº 6.404/76, o consórcio consiste em um transitório<sup>445</sup> agrupamento de empresas, sem personalidade jurídica própria, constituído com o escopo de permitir que as sociedades consorciadas executem determinado empreendimento por meio da conjugação de seus esforços.

Na literatura de Direito Societário, o jurista Modesto Carvalhosa define o consórcio como “uma comunhão de interesses e de atividades, que se originam nas sociedades consorciadas e delas se destacam. Estas procuram um fim comum específico, que é retirado dos fins gerais de cada uma delas”<sup>446</sup>. Continua o autor, ainda, afirmando que se forma com o escopo de “agregar meios para a consecução de um fim próprio (consórcio operacional) ou para habilitar as consorciadas – com a soma de seus recursos e aptidões – a contratarem com terceiros serviços e obras (consórcio instrumental)”<sup>447</sup>.

Para o presente trabalho interessam apenas os denominados consórcios instrumentais<sup>448</sup>, que são aqueles formados justamente para contratar com terceiros (no caso aqui examinado, com o Poder Público) a execução de um determinado serviço ou obra. Tais consórcios constituem-se, portanto, em meios para a adjudicação do objeto licitatório.<sup>449</sup>

Ressalta Marçal Justen Filho que a principal distinção que o Direito Administrativo traz para o regime jurídico dos consórcios consiste na previsão de responsabilidade solidária das consorciadas pelos atos praticados durante a execução do contrato<sup>450</sup>. No regramento ordinário dos consórcios segundo o Direito Empresarial, as consorciadas somente se vinculam às condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade, conforme se verifica na leitura do art. 278, § 1º, Lei nº 6.404/93.

O objetivo do legislador ao admitir a possibilidade de lances em consórcio é o de tentar fomentar maior competitividade no certame. O consórcio pode ser instrumento hábil a

---

<sup>445</sup> Segundo Modesto Carvalhosa, os grupos de sociedades se diferenciam dos consórcios justamente quanto ao objetivo duradouro e de favorecimento ao grupo como um todo dos primeiros frente ao objetivo transitório e visando benefícios individuais para os segundos. Nas palavras do autor, “Nos grupos convencionais (art. 265), o objeto é permanente e, necessariamente, duradouro, com o aproveitamento de recursos e de atividades empresariais visando a favorecer o grupo de sociedades como um todo. Já no consórcio, o objetivo não será permanente, e visará sempre a benefícios individuais para as sociedades consorciadas. Estas, por sua vez, mantêm total autonomia quanto à administração de seus negócios, obrigando-se nos estritos limites previstos no respectivo contrato consorcial”. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 5a ed. São Paulo, Saraiva, 2014, v. 4, tomo II, p. 458.

<sup>446</sup> CARVALHOSA, Modesto. Op. cit. p. 459.

<sup>447</sup> Loc. cit.

<sup>448</sup> Para uma mais detalhada definição de consórcios operacionais e instrumentais, bem como mais detida distinção entre as suas características, v. CARVALHOSA, Modesto. Op. cit. p. 465.

<sup>449</sup> Ibid. pp. 465-466.

<sup>450</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15a ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 565.

incrementar o leque de possíveis concorrentes em cenários em que a complexidade do objetivo licitado ou as circunstâncias do mercado acarretem que apenas um número reduzido de empresas tenha condições ou interesse de, isoladamente, concorrer pelo contrato<sup>451</sup>.

Afinal, a possível associação de duas empresas para a apresentação de proposta em conjunto por meio de um consórcio permite que tais entidades participem da licitação como se fossem um agente econômico de maior porte. Com isso, empresas que eventualmente não teriam experiência, capacidade técnica ou financeira para cumprir o contrato por seus próprios meios, ou que não seriam competitivas no certame ainda que dele participassem, poderão concorrer na licitação em melhor panorama de competição<sup>452</sup>.

Tal possibilidade pode ser particularmente proveitosa para as pequenas e médias empresas, que conseguiriam, assim, consorciadas entre si ou com sociedades empresariais mais robustas, competir por contratos de maior vulto. No mais, em consórcio, fornecedores eventualmente pequenos, porém especializados em alguma atividade específica, podem passar a colaborar em projetos maiores<sup>453</sup>.

Não obstante, o Direito há muito observa que a junção de potenciais concorrentes em consórcio pode trazer resultados perniciosos para a concorrência. Com efeito, o instituto da consorciação em licitações é passível de ser deturpado para, em vez de aumentar a concorrência, reduzir a competição pelo contrato. Como observa Marçal Justen Filho, o consórcio pode ser o instrumento para “retratar uma composição entre eventuais interessados: em vez de estabelecerem disputa entre si, formalizariam acordo para eliminar a competição”<sup>454</sup>.

A previsão abstrata de participação em certames licitatórios por meio da constituição de consórcios está presente em diversos dispositivos legais. Em princípio, o ordenamento jurídico pátrio apresenta-se neutro quanto à possibilidade de eventual consorciamento, nem o autorizando ou o vedando de plano, mas sim deixando à Administração a decisão de permitir ou não a participação na licitação de empresas em consórcio. A exceção, como se demonstrará, é o RDC, em que a lei dispõe assertivamente que será admitido o instituto em comento.

Com efeito, a Lei Geral de Licitações, em seu art. 33, dispõe que se poderá permitir a participação de empresas em consórcio, respeitadas determinadas normas, destacando-se: a necessidade de comprovação do compromisso público ou particular de constituição de

---

<sup>451</sup> Loc. cit.

<sup>452</sup> Em semelhante sentido, v. TREPTE, Peter. *Public Procurement in the EU: A practitioner's Guide*. 2a ed. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 51.

<sup>453</sup> Nesse sentido, v. CARPINETI, Laura et al. The variety of procurement practice: evidence from public procurement. In: DIMITRI, Nicola; PIGA, Gustavo; SPAGNOLO, Giancarlo (Ed.). *Handbook of Procurement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 32.

<sup>454</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 565.

consórcio, além da de indicação da empresa líder, responsável pelo consórcio; o impedimento de participação de empresa consorciada, na mesma licitação, por meio de mais de um consórcio ou isoladamente; a admissão, para efeito de qualificação técnica, do somatório dos quantitativos de cada consorciado e, para efeito de qualificação econômico-financeira, do somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação; a responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato; a obrigatória liderança de uma empresa brasileira no caso de o consórcio também incluir empresas estrangeiras; a necessidade de constituição e o registro do consórcio vencedor, antes da assinatura do contrato.

Em redações com semelhantes conteúdos, os arts. 19 da Lei nº 8.987/95 e 16 do Decreto nº 5.450/2005 (que regulamenta o pregão eletrônico), igualmente assentam que poderá ser permitida a participação de consórcios de empresas, observados requisitos análogos aos especificados pela Lei nº 8.666/93.

Do mesmo modo, no Regime Diferenciado de Contratações – RDC existe previsão legal quanto à formação de consórcios, subsistindo, contudo, controvérsia acerca da possibilidade ou não de vedação integral à atuação conjunta em determinado procedimento licitatório por decisão da Administração. Isso porque a Lei nº 12.462/2011, em seu art. 14, p. ún, inciso I, limita-se a asseverar categoricamente que nas licitações disciplinadas pelo RDC será admitida a participação de licitantes sob a forma de consórcio, nos termos estabelecidos no regulamento. Inequivocamente, a redação do dispositivo em exame leva a crer que a permissão de organização em consórcios já haveria sido concedida pelo legislador, não dependendo de autorização da Administração no ato convocatório.

Todavia, o art. 51, *caput*, do Decreto nº 7.581/2011, que regulamenta o RDC, em aparente contradição, dispõe que deverão ser observadas determinadas condições “quando permitida” a participação de pessoas jurídicas em consórcio. Em outros termos, o texto do regulamento sugere implicitamente que se poderia vedar tal forma de atuação conjunta.

Na mesma linha advogada por Marçal Justen Filho, entende-se que no caso deve prevalecer a expressa vontade da lei, que parece clara no sentido de autorizar o consórcio nos certames realizados com base no RDC. De fato, “por mais que se repute que existiriam hipóteses que não aconselhariam admitir-se a participação de consórcios”<sup>455</sup>, com será melhor analisado adiante, certo é que a opção legislativa foi a de permitir o consorciamento em todas as licitações realizadas por meio do RDC.

---

<sup>455</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários ao RDC: Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11*. São Paulo: Dialética, 2013, p. 290.

A questão acima possui relevância pela seguinte razão. Como restará explícito, há cenários em que a proteção da concorrência na contratação pública não recomendaria a admissão de consorciamento na licitação. Nos demais regramentos licitatórios – a exceção do RDC – a Administração pode, por ato discricionário exteriorizado no instrumento convocatório, deixar de permitir a participação no certame de empresas em consórcio. A simples leitura do *caput* do art. 33 da Lei nº 8.666/93, bem como dos arts. 19 da Lei nº 8.987/95 e 16 do Decreto nº 5.450/2005, permite inferir que a Administração pode optar por admitir a participação de empresas em consórcio<sup>456</sup>. Por óbvio, tais dispositivos não respaldam decisões caprichosas ou imotivadas do Poder Público, exigindo-se, naturalmente, a avaliação da realidade do mercado e do eventual risco de cerceamento da concorrência advindo do consorciamento<sup>457</sup>. É de se observar, contudo, que nas licitações realizadas por meio do RDC, a previsão do art. 14, p. ún, inciso I, Lei nº 12.462/2011 impede que a Administração vede, *ex ante*, abstratamente, a associação das empresas em consórcio em um certame regido pelo RDC.

A solução adotada no RDC se assemelha à incorporada na Diretiva 2014/24/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos na União Europeia, que assenta em seu art. 19 (2)<sup>458</sup> que os agrupamentos de operadores econômicos, incluindo agrupamentos temporários, podem participar nos procedimentos de contratação, não sendo possível às autoridades adjudicantes exigir-lhes que tenham determinada forma jurídica para apresentarem proposta ou pedido de participação. O fato de a

---

<sup>456</sup> Frise-se, na linha exposta por Egon Bockmann Moreira, que a participação das empresas na forma de um consórcio em verdade somente será possível se houver expressa permissão da Administração no edital para a organização de consórcios com a finalidade de concorrer pelo objeto licitado. A respeito da possibilidade de o edital restar omissivo, defende o autor que “Na medida em que é imprescindível que a participação de empresas em consórcio seja literalmente prevista no edital, não é preciso que a negativa venha expressa no ato convocatório. Basta que o edital silencie a respeito dessa hipótese e omita-se no que diz respeito à exigência do inc. II do art. 33 (indicação da empresa líder e condições de liderança fixadas no edital). Mesmo porque o edital deve, obrigatoriamente, discriminar as condições de liderança dos consórcios: caso não o faça, é nula a previsão”. (MOREIRA, Egon Bockmann. Os consórcios empresariais e as licitações públicas (considerações em torno do art. 33 da Lei 8.666/93). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 833, 2005, p. 3) Naturalmente, não se está a tratar aqui da possibilidade de consórcio no RDC, em que, ainda que o edital não trate da matéria, a disposição do art. 14, p. ún, inciso I, mostra-se suficiente para por si só autorizar, ao menos em tese, a organização dos consórcios.

<sup>457</sup> Nesse sentido, JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações...*, p. 568.

<sup>458</sup> Art. 19 (2) Os agrupamentos de operadores econômicos, incluindo agrupamentos temporários, podem participar nos procedimentos de contratação, não podendo as autoridades adjudicantes exigir-lhes que tenham uma determinada forma jurídica para apresentarem uma proposta ou um pedido de participação.

Se necessário, as autoridades adjudicantes podem especificar nos documentos do procedimento de contratação os requisitos a que os agrupamentos de operadores econômicos devem satisfazer em termos de capacidade econômica e financeira ou de capacidade técnica e profissional a que se refere o artigo 58.o, desde que tal se justifique por razões objetivas e proporcionadas. Os Estados-Membros podem estabelecer termos normalizados a fim de indicar como os agrupamentos de operadores econômicos podem satisfazer esses requisitos.

As condições de execução de um contrato por esses agrupamentos de operadores econômicos que sejam diferentes das impostas aos participantes individuais devem ser igualmente justificadas por razões objetivas e proporcionadas.

Diretiva expressamente permitir a proposta conjunta exige que os Estados Membros incluam em suas legislações domésticas sobre licitações a regulação de tal instituto, garantindo que seja viável a consórcios efetivamente participarem de certames licitatórios<sup>459</sup>.

#### 4.2.1.2 Os aspectos concorrenciais dos consórcios

Como previamente anunciado, a permissão de apresentação de propostas em consórcio pode ter efeitos tanto em favor da concorrência como anticompetitivos, dependendo das circunstâncias concretas do certame<sup>460</sup>.

Por um lado, os consórcios podem incrementar a competição, seja por eventualmente permitirem a participação de empresas que de outro modo restariam excluídas (como pode ser o caso de pequenas e médias empresas limitadas técnica e financeiramente para concorrerem sozinhas por grandes contratos), seja por potencialmente viabilizarem propostas mais competitivas pelas consorciadas.

Quanto a esse último aspecto, as sinergias advindas da junção de diferentes empresas em um consórcio poderiam, teoricamente, até mesmo levar ao aumento da competição na licitação, a despeito da redução do número de diferentes propostas<sup>461</sup>. Com efeito, a atuação em conjunto é hábil a viabilizar maior troca de informações<sup>462</sup> entre diferentes agentes econômicos, o que acarretará a melhor avaliação do valor do contrato, além de permitir a repartição de custos

---

<sup>459</sup> É o entendimento esposado por SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. *Public Procurement and the EU Competition Law*. 2. ed. Oxford: Hart Publishing Ltd., 2015, p. 337. Naturalmente, as regras licitatórias sobre consórcios nos países da União Europeia devem estar em consonância com o art. 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Ou seja, deve ser instância de colaboração entre as empresas e, conseqüentemente, deve ser proibido se tem como objetivo restringir ou distorcer a competição. Nesse sentido, v. SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. Op. cit. p. 338.

<sup>460</sup> A própria OCDE destaca que consórcios em licitações podem ter efeitos concorrenciais em direções opostas. Nesse sentido v. OCDE. *The role of competition authorities in promoting competition*. 2007, p. 34. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/39891049.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2016. Ver também: ALBANO, Gian Luigi et al. Op. cit. pp. 364-365; IIMI, Atsushi. (Anti-)Competitive effect of joint bidding: evidence from ODA procurement auctions. *Journal of the Japanese and International Economies*, vol. 18, issue 3, p. 416-439, 2004, pp. 417-419; GARCIAL, Flávio Amaral. *Licitações e Contratos Administrativos: Casos e Polêmicas*. 4a ed. São Paulo: Malheiros, 2016, pp. 184-185.

<sup>461</sup> É o que observa ALBANO, Gian Luigi et al. Regulating Joint Bidding in Public Procurement. *Journal of Competition Law & Economics*, Oxford, 5(2), 2009, p. 335-360, p. 350. Disponível em: <<http://jcle.oxfordjournals.org/content/5/2/335.full.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2016. Em semelhante sentido, TRÉPTE, Peter. *Public Procurement in the EU: A practitioner's Guide*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 50-51.

<sup>462</sup> A teoria econômica dos leilões valoriza a obtenção adicional de informações, vez que com mais dados os ofertantes conseguem melhor mensurar o real valor do objetivo licitado, escapando, assim, da denominada “maldição do vencedor” (ou *winner's curse*, no original em inglês). O tema foge ao escopo do presente trabalho, razão pela qual deixará de ser mais detidamente enfrentado. Para uma visão mais profunda, v. ALBANO, Gian Luigi et al. Op. cit. pp. 350-351; MATTOS, Cesar. Licitações da ANP, Petrobrás e a “maldição do vencedor”. In: SALGADO, Lucia Helena; MOTTA, Ronaldo Seroa da (Ed.) *Marcos regulatórios no Brasil: incentivos ao investimento e governança regulatória*. Rio de Janeiro: IPEA, 2008.

fixos, a partilha de riscos quanto a possíveis choques nos custos de produção<sup>463</sup> e a combinação das estruturas de produção e dos recursos humanos, técnicos e financeiros necessários para o projeto<sup>464</sup>. Como resultado, os consórcios são capazes, em tese, de trazer ganhos de eficiência aos participantes e os tornar mais competitivos, gerando potencial benefício à sociedade.

Por outro, porém, além de reduzirem o número de propostas independentes caso não sirvam para encorajar maior entrada no certame, podem servir como instrumento para a coordenação entre empresas que deveriam concorrer em si, facilitando a distribuição dos lucros em um cartel e a eliminação da competição<sup>465</sup>.

Em suma, é possível que ocorra um desvirtuamento do espírito da lei por meio da utilização dos consórcios não para incrementar a participação ou a concorrência, mas sim como uma camuflagem para a colusão<sup>466</sup>.

De fato, reforçando que a regulação dos consórcios deve ser motivo de preocupação por parte dos operadores do Direito, há estudos empíricos que indicam que seus efeitos anticompetitivos por vezes superam o potencial de incremento à participação que a permissão de atuação conjunta poderia em tese trazer<sup>467</sup>.

Tal possibilidade de desvios não é apenas hipotética<sup>468</sup>. Tampouco representa uma prática inovadora. Não por outra razão, a Lei nº 1.521, sobre crimes contra a economia popular, do ano de 1951, já caracterizava como infração, em seu art. 3º, III, dentre outras condutas,

<sup>463</sup> Os consórcios também trazem como ponto positivo permitirem que os participantes compartilhem seus riscos relacionados a toda sorte de eventos imprevisíveis, acarretando que seja mais provável que o contrato seja executado sem sobressaltos para o Poder Público. Sobre o tema, v. ALBANO, Gian Luigi et al. Regulating Joint Bidding in Public Procurement. *Journal of Competition Law & Economics*, Oxford, 5(2), 2009, p. 335-360, p. 353. Disponível em: <<http://jcle.oxfordjournals.org/content/5/2/335.full.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

<sup>464</sup> V. ALBANO, Gian Luigi et al. Op. cit. p. 350; IIMI, Atsushi. Op. cit. p. 417.

<sup>465</sup> Para a mesma ideia, v. ALBANO, Gian Luigi et al. Preventing collusion in procurement. In: DIMITRI, Nicola; PIGA, Gustavo; SPAGNOLO, Giancarlo (Ed.). *Handbook of Procurement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 365; ALBANO, Gian Luigi et al. Regulating Joint Bidding in Public Procurement. *Journal of Competition Law & Economics*, Oxford, 5(2), 2009, p. 335-360, p. 336. Disponível em: <<http://jcle.oxfordjournals.org/content/5/2/335.full.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

<sup>466</sup> Ver também IIMI, Atsushi. Op. cit. p. 417.

<sup>467</sup> V. ESTACHE, Antonio; IIMI, Atsushi. *Joint Bidding in Infrastructure Procurement*. Disponível em: <<http://elibrary.worldbank.org/doi/abs/10.1596/1813-9450-4664>>. Acesso em: 28 abr. 2014.; IIMI, Atsushi. Op. cit. p. 416-439.

<sup>468</sup> Com efeito, na literatura internacional há exemplos históricos de identificação de práticas anticompetitivas por meio dos consórcios. Por exemplo, no final de 1976, o Departamento de Interior dos Estados Unidos houve por bem proibir que as oito maiores produtoras do mundo de óleo cru apresentassem propostas conjuntas em leilões para a plataforma continental estendida. Em outro caso, ocorrido já na década de 1990, a Municipalidade de Milão identificou um acordo de colusão entre companhias seguradoras convidadas a submeter propostas para um contrato público. Para melhor exame, v. ALBANO, Gian Luigi et al. Regulating Joint Bidding in Public Procurement. *Journal of Competition Law & Economics*, Oxford, 5(2), 2009, p. 335-360, p. 336. Disponível em: <<http://jcle.oxfordjournals.org/content/5/2/335.full.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2016; HENDRICKS, Kenneth; PORTER, Robert H. Joint Bidding in Federal OCS Auctions. *The American Economic Review*, vol. 82, n. 2, p. 506-511, maio 1992, p. 506.

promover ou participar de consórcio com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transportes ou comércio.

No mais, a utilização de consórcios para fins anticompetitivos também já foi identificada no âmbito de investigações da notória Operação Lava Jato. Na versão pública do histórico de conduta que acompanha o termo de compromisso de cessação assinado entre Cade e a empresa Construções e Comércio Camargo Corrêa S/A – CCCC, além de dois ex-funcionários, em procedimento que apura a ocorrência de cartel em licitações da Petrobras no mercado de obras civis e de montagem industrial no setor de óleo e gás *onshore* no Brasil, relatou-se que, no bojo do cartel no qual os signatários tomaram parte, as empresas envolvidas utilizavam-se, para frustrar a concorrência, justamente da formação de consórcios, da supressão de propostas a pacotes de licitações e da apresentação de propostas de cobertura<sup>469</sup>.

Especificamente no que tange à formação de consórcios em caráter anticoncorrencial, relatou-se que, a partir dos planos de investimentos divulgados pela estatal, as empresas cartelizadas indicavam seus empreendimentos de preferência. Caso mais de uma empresa suscitasse interesse em determinada obra, formavam-se consórcios ou criavam-se subgrupos para discussões específicas sobre o tema. Assim, como narrado ao Cade, era usual a coordenação de empresas do cartel em consórcios para participarem de uma mesma obra, com o objetivo de equilibrar o retorno de cada uma no mercado<sup>470</sup>.

Nesse contexto, o desafio para o mais eficiente desenho licitatório é justamente o de identificar os casos de certames em que os consórcios devem ser permitidos e aqueles em que devem ser vedados. Uma má regulação na matéria pode ter significativas consequências negativas no comportamento concorrencial dos ofertantes, gerando incentivos ou facilidades para comportamento de conluio<sup>471</sup>.

Ocorre que, no Brasil, até o momento pouca atenção foi concedida pelo Direito Administrativo à regulação dos consórcios sob o aspecto concorrencial<sup>472</sup>. A única norma focada em concorrência, que se repete nas legislações pátrias do gênero, refere-se ao impedimento de participação de empresa consorciada, na mesma licitação, por meio de mais de

---

<sup>469</sup> CADE. *Versão pública do “Histórico da Conduta”* que acompanha o Termo de Compromisso de Cessação – TCC..., p. 55.

<sup>470</sup> Loc. cit.

<sup>471</sup> No mesmo sentido, v. CARPINETI, Laura et al. Op. cit. p. 33.

<sup>472</sup> No resto do mundo, por outro lado, a regulação da participação de consórcios em licitações recebe maior atenção. Conquanto seja frequente a permissão de consorciamento, como anotado em CARPINETI, Laura et al. Op. cit. p. 32, as formas de regulação do tema variam consideravelmente entre os países, conforme analisado por ALBANO, Gian Luigi et al. Op. cit. pp. 337-348.

um consórcio ou consorciada e também isoladamente<sup>473 474</sup>. Tal vedação é relevante, uma vez que a permissão para que uma empresa concorresse consigo mesma para obtenção de um contrato poderia dar azo a violações à competitividade por meio da simulação de uma disputa em verdade inexistente<sup>475</sup>. No entanto, essa singela proibição por si só é absolutamente insuficiente para o resguardo da concorrência frente à complexidade das questões relevantes atinentes ao consorciamento.

Aparentemente, confiou-se apenas ao Direito da Concorrência a fiscalização, em caráter punitivo, de eventuais condutas anticompetitivas praticadas por meio de consórcios. Sob a égide da Lei nº 8.884/94, prevalecia o entendimento, consolidado na Súmula nº 3 do Cade<sup>476</sup>, de que os consórcios formados com o propósito específico de participação em licitações deveriam ser submetidos ao controle do Cade no caso de vitória na licitação. Já na vigência da Lei nº 12.529/2011, o art. 90, p. ún, estabeleceu que o consórcio não será considerado ato de concentração para efeito de submissão ao Cade quando destinado às licitações promovidas pela Administração Pública e aos contratos delas decorrentes, de modo que, com a nova lei do

---

<sup>473</sup> V. Art. 33, IV, Lei nº 8.666/93, art. 19, IV, Lei nº 8.987/95, art. 16, p. ún, Decreto nº 5.450/2005 e art. 51, V, Decreto nº 7.581/2011.

<sup>474</sup> Floriano de Azevedo Marques Neto e Carlos Eduardo Bergamini Cunha entendem que a regra prevista no art. 33, IV, Lei nº 8.666/93, concernente ao impedimento de participação de empresa consorciada, na mesma licitação, através de mais de um consórcio ou isoladamente, não pode ser interpretada extensivamente para também vedar a participação individual de empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico. Em síntese, apontam os autores que “não há respaldo na Lei nº 8.666/93 nem em qualquer outro documento normativo para se pretender inviabilizar que empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico participem individualmente de licitações promovidas pelo Poder Público. Assim proceder implicaria em (i) ignorar a inconfundibilidade da empresas com seus sócios, (ii) fazer analogias com regras restritivas de direitos, o que, como se sabe, é vedado em direito, bem como (iii) negar o dever administrativo de ampliar ao máximo a competitividade nas licitações públicas”. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CUNHA, Carlos Eduardo Bergamini. *Licitação pública e competitividade: sobre a viabilidade de participação de empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico*, *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 78, mar./abr. 2013, p. 14. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=92556>>. Acesso em: 25 out. 2016). De fato, a atual redação legal não parece respaldar vedação semelhante para hipóteses distintas das dos consórcios. Entretanto, importante ver que especialmente quando há relação de controle entre as empresas do mesmo grupo econômico que pretendem individualmente participar do certame, torna-se preocupante tal permissão, uma vez que a independência concorrencial entre tais agentes econômicos certamente será passível de questionamentos.

<sup>475</sup> Como bem ressaltam Egon Bockann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães, se uma determinada concorrente possui interesse e capacidade de formular proposta para concorrer sozinha e isoladamente, possivelmente o seu intento é somente o de frustrar e neutralizar a concorrência. Afinal, os custos de transação para a formulação de mais de uma proposta e/ou constituição de mais de um consórcio dificilmente permitiriam que a apresentação de duas propostas (para, ao fim, concorrer-se consigo mesma) fosse financeiramente pertinente. Nesse sentido v. MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação Pública – A lei Geral de Licitações - LGL e o Regime Diferenciado de Contratações - RDC*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 271.

<sup>476</sup> Súmula nº 3. Nos atos de concentração realizados com o propósito específico de participação em determinada licitação pública, o termo inicial do prazo do art. 54 § 4º, da Lei 8.884/94 é a data da celebração do contrato de concessão.



Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, mesmo o Cade deixou de necessariamente analisar o consorciamento vencedor de licitações<sup>477</sup>.

Contudo, por meio de um Direito Administrativo das licitações melhor permeado por preocupações concorrenciais, a Administração também pode atuar para evitar, cautelarmente, que os consórcios sejam utilizados como prática inibidora de concorrência. Para tanto, é preciso que a Administração busque conhecer a estrutura do mercado em que ocorrem as licitações e, assim, tome decisões embasadas sobre a permissão ou não nos editais de atuação conjunta de determinadas empresas em certames.

Os economistas Gian Luigi Albano, Paolo Buccirosi, Giancarlo Spagnolo e Matteo Zanza, em trabalho sobre o tema, apontam que uma regra simples, porém insuficiente, para lidar com o problema seria somente admitir ofertas em conjunto se o consórcio formado fosse integrado por empresas que individualmente não teriam capacidade econômica de cumprir com o objeto contratado<sup>478</sup>.

Na literatura há referência à utilização do faturamento como critério de mensuração da capacidade econômica da empresa para participar individualmente da licitação, devendo-se, assim, comparar o faturamento de cada consorciada ao tamanho do lote em disputa<sup>479</sup>.

Todavia, como ressaltado pelos próprios autores, a referida regra desconsidera que, em alguns casos, o consórcio pode também servir para tornar determinados concorrentes mais competitivos. Imagine-se, por exemplo, a hipótese de uma licitação em que quatro potenciais ofertantes teriam capacidade econômica para executar individualmente o contrato. Entretanto, caso um deles seja consideravelmente mais eficiente que os demais, seus concorrentes não teriam reais chances de verdadeiramente disputar o contrato. Nesse contexto, um eventual consórcio entre alguns desses concorrentes poderia, hipoteticamente, permitir os ganhos de eficiência necessários para que houvesse efetiva disputa com a empresa dominante do mercado.

---

<sup>477</sup> No mesmo sentido, apontando a exceção legal de submissão ao Cade de atos destinados às licitações, v. PEDRA, Douglas Pereira; ESTEVES, Heloisa Borges Bastos. *Comentários Relativos à Cessão de Direitos e Obrigações dos Contratos de Concessão à Luz da Nova Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011)*, p. 05. Disponível em: <[anp.gov.br/wwwanp/?dw=65942](http://anp.gov.br/wwwanp/?dw=65942)>. Acesso em: 16 nov. 2016.

<sup>478</sup> ALBANO, Gian Luigi et al. Preventing collusion in procurement. In: DIMITRI, Nicola; PIGA, Gustavo; SPAGNOLO, Giancarlo (Ed.). *Handbook of Procurement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 365.

<sup>479</sup> Nesse sentido v. ALBANO, Gian Luigi et al. Regulating Joint Bidding in Public Procurement. *Journal of Competition Law & Economics*, Oxford, 5(2), 2009, p. 335-360, p. 356. Disponível em: <<http://jcle.oxfordjournals.org/content/5/2/335.full.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2016. Os autores apontam que uma possível regra para limitar os consórcios poderia ser, no original, em inglês: “Whenever two or more firms realize a yearly turnover greater than or equal to the value of a subset of lots, those same firms cannot form a bidding consortium”. Posteriormente, no mesmo artigo, os autores refinam a sugestão de acordo com possíveis cenários de quantidades e valores dos lotes em uma licitação.

Portanto, uma norma que ignorasse os possíveis ganhos de eficiência produtiva advindos do consórcio não estaria lidando com a questão em toda a sua complexidade<sup>480</sup>.

Conjugando-se as questões acima suscitadas, conclui-se que se deve considerar as seguintes premissas para a decisão administrativa sobre a aceitação ou não de consorciamento em uma licitação:

a) os eventuais consórcios somente poderiam ser admitidos se as empresas envolvidas não tivessem capacidade econômica de cumprir o contrato isoladamente; e/ou

b) o consórcio conduzisse a ganhos de eficiência pelos participantes do mercado menos eficientes, intensificando, assim, a competição na licitação, em benefício do Poder Público<sup>481</sup>.

Há, todavia, uma dificuldade quanto aos nortes decisórios supracitados: para tomar a decisão, o Poder Público teria não só que conhecer profundamente o funcionamento do mercado no qual ocorrerá a licitação, como também examinar e medir a possibilidade de incrementos de eficiência por parte das empresas.

Nesse passo, os mencionados economistas sugerem a adoção de regras mais singelas, que poderiam substituir uma análise mais refinada, no caso de sua inviabilidade. A primeira seria que o Poder Público não permitisse a entrada em um consórcio das empresas líderes em participação no mercado (com maior *market share*). A segunda seria a vedação da participação em consórcio de empresas que já houvessem vencido, isoladamente, licitações anteriores envolvendo objetos de tipo e tamanho semelhantes formação. E, por fim, a proibição, no caso de renovação de uma contratação, que a atual fornecedora participasse da licitação em consórcio<sup>482</sup>.

No cenário brasileiro, acredita-se que se deveria encampar a sugestão de Eduardo Sampaio Fiuza e Bernardo Abreu de Medeiros para que se submetessem à análise do Cade os consórcios formados em licitações que atingissem um determinado valor previamente estabelecido, para que aquela autarquia examinasse os potenciais riscos à concorrência da atuação conjunta<sup>483</sup>.

---

<sup>480</sup> ALBANO, Gian Luigi et al. Preventing collusion in procurement. In: DIMITRI, Nicola; PIGA, Gustavo; SPAGNOLO, Giancarlo (Ed.). *Handbook of Procurement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, pp. 365-366.

<sup>481</sup> As conclusões são de ALBANO, Gian Luigi et al. Op. cit. p. 366. No mesmo sentido, v. SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. Op. cit. pp. 338-339.

<sup>482</sup> ALBANO, Gian Luigi et al. Op. cit. p. 366.

<sup>483</sup> Nessa toada, os autores sugerem que o art. 33 da Lei nº 8.666/93 seja alterado para que conste a seguinte redação:

Artigo 33:

(...)

Outrossim, adotando-se posicionamento de Albert Sánchez Graells<sup>484</sup>, parece que seria profícua uma alteração legislativa que determinasse que caberia aos consorciados demonstrarem perante a Administração que a associação seria fundamental para viabilizar que aqueles agentes econômicos tomem parte na licitação e/ou que acarretaria ganhos específicos e mensuráveis de eficiência que permitirão a formulação de uma proposta mais competitiva, a trazer benefícios para o Poder Público.

Frise-se que tal entendimento se justifica por duas razões. Em primeiro lugar, as autoridades públicas estão em situação muito pior, se comparadas aos particulares em atuação no mercado, para avaliarem se o consórcio representa de fato um mecanismo viabilizador da presença no mercado das consorciadas e/ou de incremento de sinergias e de eficiência, razão pela qual se justifica que as empresas suportem tal ônus. Caso contrário, possivelmente o exame restaria inviabilizado.

No mais, a medida não representa qualquer inovação no ordenamento. Afinal, quando do controle de atos de concentração<sup>485</sup>, nos termos exigidos no Brasil pelo art. 88 da Lei nº 12.529/2011, em especial quando as partes pretendem defender, conforme § 6º do mesmo dispositivo, que o ato gera aumento de produtividade ou competitividade, melhoria na qualidade ou que propicia ganhos de eficiência e de desenvolvimento, o ônus de provar a existência de benefícios advindos da concentração, além da ausência de aniquilamento da concorrência, recai sobre os agentes econômicos envolvidos.

Mesmo no RDC, em que, como visto, admite-se expressamente o consorciamento no art. 14, p. ún, inciso I, podem ocorrer casos concretos em que a atuação de determinadas

---

VI – anuência do Cade na forma dos Artigos 53 a 57 da Lei no 12.529, de 30 de novembro de 2011, se a licitação se enquadrar nos critérios definidos em regulamento como suficientes para a exigência da submissão do Ato de Concentração ao Cade.

(...)

§ 3o O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo, e a aprovação do Cade nos termos do inciso VI deste artigo.

§ 4o Na definição dos critérios mencionados no inciso VI deste artigo, o regulamento deverá observar os prazos da Lei no 12.529, acrescidos de 30 dias, como prazos mínimos entre a data da publicação do edital e a data da submissão das propostas

(FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio; MEDEIROS, Bernardo Abreu de. A agenda perdida das compras públicas: rumo a uma reforma abrangente da lei de licitações e do arcabouço institucional. *Texto para discussão*. Brasília: Ipea, 2014, p. 120 e 49 (apêndice). Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=23120](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=23120)>. Acesso em: 30 abr. 2016.)

<sup>484</sup> V. SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. Op. cit. p. 339.

<sup>485</sup> Em termos gerais, Gian Luigi Albano, Paolo Buccirossi, Giancarlo Spagnolo e Matteo Zanza destacam a semelhança entre a análise de concentrações horizontais e a formação de consórcios em licitações, uma vez que em ambos tipicamente há redução do número de participantes sob a expectativa ou alegação de que a atuação conjunta levaria a sinergias, redução de custos e ganhos de eficiência. ALBANO, Gian Luigi et al. Regulating Joint Bidding in Public Procurement. *Journal of Competition Law & Economics*, Oxford, 5(2), 2009, p. 335-360, pp. 348-350. Disponível em: <<http://jcle.oxfordjournals.org/content/5/2/335.full.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

empresas em consórcio seja perniciosa para a competição. Nessa hipótese não se poderia afastar a disciplina concorrencial específica, nem impedir, se fosse o caso, a atuação do competente órgão de defesa da concorrência<sup>486</sup>. Parece-nos, ainda, que a própria Administração poderia e deveria, se verificada tal circunstância, fundamentadamente vedar, preventivamente, o caso concreto de consorciamento potencialmente danoso à concorrência, embora não possa impedir abstratamente a formação de consórcios no certame.

Aliás, que reste claro: não apenas no RDC, mas em qualquer certame licitatório, a Administração poderia, independentemente de qualquer alteração legislativa acima sugerida, excluir por decisão fundamentada, após a devida instrução administrativa, a participação de qualquer consórcio, caso tivesse evidências concretas de que o instrumento estava sendo utilizado em desvirtuamento dos propósitos legais. E poderia fazê-lo para controlar a juridicidade na contratação pública, além de tutelar os princípios basilares do regime jurídico licitatório, como isonomia, moralidade, probidade administrativa e competitividade, preservando, assim, o objetivo maior da licitação, que é a seleção da proposta mais vantajosa.

Por todo o exposto, nota-se que a regulação da presença dos consórcios na Administração Pública brasileira parece ainda pouco desenvolvida, não sendo suficiente para prevenir possíveis condutas de restrição à concorrência nos certames.

Nesse cenário, parece pertinente adotar as propostas acima, quais sejam, submeter à análise do Cade os consórcios formados que atingissem um determinado valor previamente estabelecido, além da exigência de demonstração perante a Administração de que o consórcio seria necessário no caso concreto. Assim, tanto o Cade como a Administração contratante poderiam verificar se a associação buscava ou não incremento da concorrência ou ganhos de eficiência competitiva na proposta.

Por fim, é relevante sublinhar que o desafio do Estado é o de regular a presença dos consórcios em sua justa medida, sempre tendo como norte o maior fomento à concorrência. Excessivas restrições podem ser contraproduativas, eliminando potenciais ofertas ou impedindo que ofertantes se beneficiem das sinergias advindas da atuação conjunta e organizem de maneira mais competitiva<sup>487</sup>. Por outro lado, é fundamental que não se desconsidere a potencial restrição à concorrência que pode advir da perversa utilização do consórcio como meio de eliminar a disputa, servindo como uma capa para esconder um acordo de colusão.

---

<sup>486</sup> Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações...*, pp. 290-291.

<sup>487</sup> No mesmo sentido, ALBANO, Gian Luigi et al. Op. cit. p. 359; IIMI, Atsushi. Op. cit. p. 437.

#### 4.2.2 A subcontratação e seus aspectos concorrenciais

Em seu art. 72, a Lei Geral de Licitações permite que o contratado, na execução do objeto, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, subcontrate partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração. Também no Estatuto das Estatais, com alguns condicionantes em seus parágrafos, permite-se a subcontratação de segmentos da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido pela contratante principal, conforme previsto no edital do certame. Já no Decreto nº 7.581/2011, que regulamenta o RDC, dispõe-se no art. 10, *caput*, que a possibilidade de subcontratação de parte da obra ou dos serviços de engenharia deverá estar prevista no instrumento convocatório.

A eventual subcontratação de parte da execução do objeto licitado não desperta riscos para a Administração apenas quanto à qualidade da prestação, que passará a ser parcialmente executada por um terceiro que não foi diretamente contratado pelo Poder Público, ou quanto à possível burla ao procedimento licitatório, uma vez que não serão avaliados pela Administração requisitos de habilitação para o subcontratado<sup>488</sup>. Existe também a real possibilidade de criação de distorções concorrenciais por meio de arranjos de subcontratação<sup>489</sup>.

É evidente que a subcontratação pode ter um aspecto benéfico para o interesse público. Em primeiro lugar, viabiliza que, em determinados casos, partes de uma obra sejam executadas por terceiros que eventualmente sejam mais especializadas em determinada atividade<sup>490</sup>. Outrossim, em objetos complexos, há algumas fases ou etapas de grande simplicidade, que podem ser executadas por terceiros sem prejuízos para o Poder Público<sup>491</sup>. Além disso, pode contribuir para o desenvolvimento de pequenos e médios negócios, que não teriam condições técnicas e financeiras de assumir autonomamente um grande contrato com a Administração, mas que, em sendo subcontratadas, limitar-se-ão a executar parcelas do objeto<sup>492</sup>.

Em relação a esse último aspecto, registre-se que na Europa há muito se utiliza a subcontratação como verdadeira função extraeconômica da licitação para estímulo de desenvolvimento de pequenas e médias empresas. De fato, a Diretiva 2014/24/EU, em seu art.

---

<sup>488</sup> Quanto a tais riscos de prestação inadequada ou de inutilização relativa da licitação, v. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações...*, p. 944; IDEM. *Comentários ao RDC...*, p. 258.

<sup>489</sup> Análise interessante sobre um exemplo de distorção concorrencial a partir de um arranjo de subcontratação está em SHOCKRO, Michael J. An antitrust analysis of the relationship between prime contractors and their subcontractors under a government contract. *Antitrust Law Journal*, vol. 51, n. 4, p. 725-738, 1982.

<sup>490</sup> V. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários ao RDC...*, p. 259.

<sup>491</sup> IDEM. *Comentários à lei de licitações...*, pp. 944-945.

<sup>492</sup> CARPINETI, Laura et al. Op. cit. p. 33.

71 (2)<sup>493</sup> dispõe que a autoridade adjudicante pode solicitar ou ser obrigada por um Estado-Membro a solicitar ao proponente que indique a parte do contrato que tenciona subcontratar a terceiros, bem como os subcontratantes propostos. Segundo a literatura, tal previsão tem como escopo justamente permitir que o Estado-Membro lance mão da subcontratação com o objetivo político secundário ou colateral acima referido<sup>494</sup>.

No Brasil, a Lei Complementar nº 123/2006, em sua redação atual, traz em seu art. 48, II, que a Administração poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte. No âmbito federal, o Decreto 8.538/2015 igualmente dispõe em seu art. 7º que nas licitações para contratação de serviços e obras, os órgãos e as entidades contratantes poderão estabelecer, nos instrumentos convocatórios, a exigência de subcontratação de microempresas ou empresas de pequeno porte, sob pena de rescisão contratual, sem prejuízo das sanções legais. Note-se, portanto, que entre nós também se optou por utilizar a função extraeconômica das licitações, por meio da subcontratação, para tentar favorecer empresas menores.

Todavia, assim como os consórcios, a subcontratação também é passível de ser desvirtuada para servir como instrumento de estabilização e repartição de lucros em um acordo de colusão. Como é óbvio, esquemas de conluio, como o cartel, necessitam, para sua sustentação, de mecanismos de partilha dos lucros entre os envolvidos<sup>495</sup>. Ocorre que, se realizados repasses financeiros laterais para divisão de ganhos, as empresas envolvidas incorrerão em maior risco de serem descobertas, vez que as transferências de quantias possivelmente deixarão rastros que podem ser seguidos em uma investigação. Já por meio de uma subcontratação, as empresas em conluio eventualmente conseguem, após definir entre elas qual seria a mais eficiente no cumprimento do contrato, escamotear o repasse dos lucros de monopólio por meio de capa de legalidade jurídica, despertando menos atenção das autoridades fiscalizadoras<sup>496</sup>.

---

<sup>493</sup> Art. 71 (2) Nos documentos do concurso, a autoridade adjudicante pode solicitar ou ser obrigada por um Estado-Membro a solicitar ao proponente que indique, na sua proposta, a parte do contrato que tenciona subcontratar a terceiros, bem como os subcontratantes propostos.

<sup>494</sup> Considerando que o tema foge ao objetivo do presente trabalho, para melhor exame remete-se a SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. *Public Procurement and the EU...*, pp. 353-354; BOVIS, Christopher H. *EU Public Procurement Law*. 2. ed. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2012, p. 53; IDEM. *Public Procurement in the European Union: Lessons from the past and insights to the future*. *Columbia Journal of European Law*, vol. 12, issue 1, p. 53-123, 2005-2006, pp. 97-98.

<sup>495</sup> Em semelhante toada, OCDE. *Recommendation of the OECD Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement*, p. 05. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/RecommendationOnFightingBidRigging2012.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

<sup>496</sup> Sobre o tema, v. MOREIRA, João. *Cartelização em Contratação Pública – a exclusão de propostas susceptíveis de falsear a concorrência*. In: GONÇALVES, Pedro Costa. *Estudos de Contratação Pública – III*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 246.

Nesse cenário, a possibilidade de subcontratação teria potenciais efeitos perversos para a competição no certame, vez que acabaria por se tornar elemento facilitador de um acordo colusivo entre potenciais concorrentes, sendo certo que, quanto mais fácil for aos potenciais concorrentes alcançar um acordo de cooperação, menores serão os incentivos para cada um deles participar de maneira independente da licitação<sup>497</sup>.

Não é surpreendente, portanto, que a subcontratação seja deturpada para tal fim antijurídico. A OCDE, em diversos documentos<sup>498</sup>, além da antiga Secretaria de Direito Econômico – SDE<sup>499</sup>, já apontavam a subcontratação como uma das técnicas usualmente adotadas pelos potenciais concorrentes para colusão em licitações<sup>500</sup>.

Frise-se, assim, que aqui também não se discute uma possibilidade meramente teórica ou acadêmica de acordos de cooperação em licitações instrumentalizados por subcontratações.

---

<sup>497</sup> No mesmo sentido v. OFFICE OF FAIR TRADING. *Assessing the impact of public sector procurement on competition*. Vol. 1, Set. 2014, pp. 126-127. Disponível em: <[http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.offt.gov.uk/shared\\_offt/reports/comp\\_policy/oft742a.pdf](http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.offt.gov.uk/shared_offt/reports/comp_policy/oft742a.pdf)>. Acesso em: 29 abr. 2016.

<sup>498</sup> A OCDE suscita reiteradamente em seus documentos a necessidade de preocupação com as subcontratações em licitações. Exemplificativamente, v. OCDE. *The role of competition authorities in promoting competition*. 2007. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/39891049.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2016; OCDE. *Collusion and Corruption in Public Procurement*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/46235884.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2016; OCDE. *Recommendation of the OECD Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/RecommendationOnFightingBidRigging2012.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2016. OCDE. *Increasing competition by reducing bid rigging in Latin America*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/38960560.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2016.

<sup>499</sup> SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO. *Combate a cartéis em licitações – Guia prático para pregoeiros e membros de comissões de licitação*, p. 10. Disponível em: <[http://www.comprasnet.gov.br/banner/seguro/cartilha\\_licitacao.pdf](http://www.comprasnet.gov.br/banner/seguro/cartilha_licitacao.pdf)>. Acesso em: 29 abr. 2016.

<sup>500</sup> V. OCDE. *The role of competition authorities in promoting competition*. 2007, p. 36. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/39891049.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

Trata-se de um problema real, havendo registros concretos, tanto no Brasil<sup>501</sup> <sup>502</sup> como internacionais<sup>503</sup>, acerca da prática em comento.

De tão comum a questão – e não apenas no Brasil –, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos, em documento, já apontou duas condutas atinentes às subcontratações como típicos padrões de comportamento a sinalizar a possível existência de arranjo de conluio entre os ofertantes: vencedores da licitação que subcontratam para competidores derrotados no mesmo certame e empresas que desistem de proposta que poderia ser a ganhadora, sendo, posteriormente, subcontratadas pelo vencedor do certame<sup>504</sup>.

Do mesmo modo como suscitado em relação ao risco de cerceamento da concorrência por meio de consórcios, uma regra singela para lidar com o possível efeito anticoncorrencial

---

<sup>501</sup> Cite-se, no Brasil, o caso analisado pelo Cade no processo administrativo nº 08012.010362/2007-66, Conselheiro-Relator Ricardo Machado Ruiz, por meio do qual se apurou o denominado cartel do transporte postal aéreo, em que empresas celebraram termo de compromisso de subcontratação antes mesmo do certame. Também no processo administrativo nº 08012.001273/2010-24, Conselheiro-Relator Márcio de Oliveira Júnior, relativo a cartel na licitação para aquisição de kits de aquecedores solares para habitações de baixa renda construídas pela Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo, afirmou-se no voto do relator que a “subcontratação de empresa concorrente em licitação configura incontestável evidência de conluio, hipótese que, inclusive, já foi punida pelo CADE no julgamento da Licitação de Plataformas de Petróleo (Processo Administrativo 08012.009118/1998-26). A lógica dessa modalidade é a de que potenciais concorrentes firmem acordo que garanta a futura subcontratação de determinada empresa ou grupo de empresas, exigindo como contrapartida que estas apresentem propostas que não seriam passíveis de aceitação pelo órgão licitante”. Na mesma linha, o processo administrativo nº 08012.008821/2008-22, Conselheiro-Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, em que se identificou que os membros do cartel combinavam previamente os ganhadores das licitações, os valores pelos quais deveriam ser vencidas, as estratégias de apresentação de propostas de cobertura ou de omissões e de remuneração dos integrantes do cartel, que envolviam divisão de mercado e subcontratações.

<sup>502</sup> Ainda como ilustração, rememore-se que, conforme noticiado recentemente pela imprensa, alegadamente a partir da delação de executivos da empresa Andrade Gutierrez no bojo das investigações da Operação Lava Jato, teria havido a utilização de subcontratação como mecanismo para viabilizar a frustração concorrencial na licitação para a construção da Usina de Belo Monte, com a subcontratação, por parte do consórcio vencedor, de um “consórcio construtor”, que construiria de fato a hidrelétrica. Nos termos publicados: “O consórcio vencedor, criado pelo governo, tinha oito empresas sem experiência alguma na construção de hidrelétricas. Azevedo foi procurado, então, por Antonio Palocci. Segundo Azevedo, Palocci disse que a Andrade Gutierrez era a preferida do consórcio vencedor para ser a subcontratada que construiria de fato a hidrelétrica. Para isso, Azevedo devia convidar as outras duas empreiteiras que ficaram de fora, Odebrecht e Camargo, para que as três formassem um ‘consórcio construtor’”. Nesse sentido e para maiores detalhes, v. HAIDAR, Daniel; GORCZESKI, Vinicius. Delação da Andrade Gutierrez mostra um belo monte de propinas. *Revista Época*. Rio de Janeiro: 08 abr. 2016. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/tempo/noticia/2016/04/delacao-da-andrade-gutierrez-mostra-um-belo-monte-de-propinas.html>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

<sup>503</sup> William Kovacic e outros citam casos analisados pelo *U.S. Department of Justice* em que empresas vencedoras de licitações posteriormente subcontrataram outras empresas como compensação por haverem deixado de participar do certame ou por terem apresentados propostas artificialmente altas. No caso *US vs. Metropolitan Enterprises, Inc.*, a empresa *Broce Construction Company* acertou com um grupo de empresas concorrentes para que não apresentassem propostas em contratos para repavimentação de estradas em Oklahoma, sendo que, em troca, uma delas foi subcontratada. No caso *US vs. Inryco, Inc.*, empresa de concreto de construção subcontratou a concorrente que apresentou propostas artificialmente inflada no certame. Para mais detalhada descrição, v. KOVACIC, William E. et al. Bidding rings and the design of anti-collusive measures for auctions and procurements. In: DIMITRI, Nicola; PIGA, Gustavo; SPAGNOLO, Giancarlo (Ed.). *Handbook of Procurement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 396.

<sup>504</sup> DEPARTMENT OF JUSTICE. Price fixing, Bid Rigging, and Market Allocation Schemes: what they are and what do look for, pp. 03-04. Disponível em: <<https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2007/10/24/211578.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2016.



das subcontratações seria admiti-la apenas se envolvesse empresas que não poderiam isoladamente participar do certame<sup>505</sup>.

O Estatuto das Estatais em alguma medida caminhou nesse sentido ao vedar, em seu art. 78, § 2º, a subcontratação de empresa ou consórcio que tenha participado do procedimento licitatório do qual se originou a contratação.

Embora seja louvável tal previsão no ordenamento, uma vez que representa uma novidade no Brasil, parece ser ainda insuficiente. Afinal, a Lei nº 13.303/2016 foi silente em também proibir a subcontratação de empresas que, ainda que não tenham efetivamente disputado o contrato, estivessem aptas a fazê-lo e tenham deixado de concorrer por alguma razão. Com efeito, há registros na experiência internacional de recomendação de autoridade antitruste que, por cautela, vedava de plano a possibilidade de subcontratação tanto de empresas que haviam concorrido e sido derrotadas, como daquelas que estariam elegíveis a disputar o contrato na licitação<sup>506</sup>.

Concordando com Albert Sánchez Graells, parece que em um cenário como o brasileiro, em que há propensão de que a permissão de subcontratação seja utilizada para consolidar acordos de conluio em contratação pública, a proibição geral de subcontratação poderia até mesmo ser preferível como regra padrão, em comparação à ampla permissão ou à vedação omissa, como ocorreu na Lei nº 13.303/2016. Naturalmente, caso se optasse pela absoluta proibição, a subcontratação poderia ser autorizada pela Administração no instrumento convocatório, como exceção à vedação geral, sempre que o objeto do contrato ou da indústria assim o exigissem<sup>507</sup>.

Uma alternativa menos restritiva seria incorporar à legislação pátria disposição semelhante à existente no Código dos Contratos Públicos português – CCP, que aponta como um limite à subcontratação, permitindo a sua eventual vedação pela Administração quando da existência de fortes indícios de que a cessão da posição contratual ou a subcontratação resultem

---

<sup>505</sup> Os economistas Gian Luigi Albano, Paolo Buccirossi, Giancarlo Spagnolo e Matteo Zanza suscitam regra semelhante tanto para os consórcios, como já visto, como para as subcontratações. V. ALBANO, Gian Luigi et al. ALBANO, Gian Luigi et al. Preventing collusion in procurement. In: DIMITRI, Nicola; PIGA, Gustavo; SPAGNOLO, Giancarlo (Ed.). *Handbook of Procurement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 365.

<sup>506</sup> Laura Carpineti e outros relatam que na Itália a Autoridade Antitruste do país recomendou proibição de subcontratação de grandes empresas que poderiam ter concorrido no certame, mas não o fizeram, assim como daquelas que participaram e foram derrotadas. Ainda segundo os autores, na Suécia as empresas que participam do procedimento licitatório, mas não se sagram vencedoras, não podem ser subcontratadas. V. CARPINETI, Laura et al. Op. cit. p. 34.

<sup>507</sup> Nesse sentido, GRAELLS, Albert. *Public Procurement and the EU...*, p. 355.

de atos, acordos, práticas ou informações susceptíveis de falsear as regras de concorrência<sup>508</sup>  
509

Ainda assim, parece certo que ao menos a proibição de subcontratação em favor de potenciais concorrentes que preenchiam os requisitos para terem participado do certame, mas que não o fizeram, bem como daquelas que participaram e não se sagram vencedoras, deveria ser incorporada de modo geral no regime jurídico licitatório brasileiro.

#### 4.2.3 Fracionamento do objeto

Outro mecanismo cuja intenção regulatória é a de incrementar a participação consiste no fracionamento do objeto<sup>510</sup> licitado em lotes. A OCDE, em diversas manifestações, ressalta o aspecto de promoção da participação pela divisão do objeto, em especial nos contratos de maior dimensão<sup>511</sup>. Pelo tamanho definido do lote, determina-se quais ofertantes terão capacidade ou não de participar do certame<sup>512</sup>.

<sup>508</sup> Artigo 317º Limites à cessão e à subcontratação pelo co-contratante

1 – A cessão da posição contratual e a subcontratação são sempre vedadas:

- a) Quando a escolha do co-contratante tenha sido determinada por ajuste directo, nos casos em que só possa ser convidada uma entidade;
- b) Às entidades abrangidas pelas causas de impedimento previstas no artigo 55o;
- c) Quando existam fortes indícios de que a cessão da posição contratual ou a subcontratação resultem de actos, acordos, práticas ou informações susceptíveis de falsear as regras de concorrência.

2 – Sempre que se trate de subcontratação, o limite constante da alínea a) do número anterior restringe-se às prestações objecto do contrato que tiverem sido determinantes para a escolha do ajuste directo.

3 – Nos casos previstos na alínea c) do no 1, deve o contraente público, de imediato, comunicar, à Autoridade da Concorrência e, no caso de empreitadas ou de concessões de obras públicas, igualmente ao Instituto da Construção e do Imobiliário, I. P., os indícios dos actos, acordos, práticas ou informações susceptíveis de falsear as regras de concorrência.

<sup>509</sup> V. MOREIRA, João. Op. cit. p. 246.

<sup>510</sup> Registre-se que não se confunde o fracionamento do objeto com a programação de execução parcial, vedada pelo art. 8º da Lei nº 8.666/93. Como dispõe Marçal Justen Filho, “Alude-se a fracionamento para indicar a repartição da execução de um certo objeto em diversos contratos. Nos casos de fracionamento, a Administração opta por uma pluralidade de contratos de valor mais reduzido. Ao invés de realizar uma única contratação, de valor e extensão maiores, produzem-se diversos contratos, cujo somatório corresponde ao objeto necessário à satisfação das necessidades estatais. Já a programação de execução parcial corresponde à redução da dimensão do objeto a ser executado em face da Administração Pública, com a perspectiva de que a complementação ocorra no futuro.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15a ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 184).

<sup>511</sup> Nesse sentido, v. OCDE. *Competition in bidding markets*, p. 34. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/38773965.pdf>>. Acesso em: 09 maio 2016; Idem. *Increasing competition by reducing bid rigging in Latin America*, p. 21. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/38960560.pdf>> Acesso em: 09 maio 2016; Idem. *Competition Policy and Procurement Markets*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/regreform/sectors/1920223.pdf>>. Acesso em: 09 maio 2016; Idem. *The role of competition authorities in promoting competition*. 2007, p. 32. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/39891049.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

<sup>512</sup> Cf. GRIMM, Veronika et al. Division into lots and competition in procurement. In: DIMITRI, Nicola; PIGA, Gustavo; SPAGNOLO, Giancarlo (Ed.). *Handbook of Procurement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 168.

Também Marçal Justen Filho defende que o fracionamento conduz ao aumento do número de agentes econômicos em condições de disputar o contrato, inclusive pela redução dos requisitos de habilitação, que serão tomados em função da dimensão do lote<sup>513</sup>. O autor ressalta, contudo, que a maior participação não é um fim em si mesmo, mas um instrumento à mão da Administração para tentar obter uma melhor relação custo-benefício na contratação pública.

Como se extrai, o fundamento jurídico do fracionamento consiste na ampliação das vantagens econômicas para a Administração. Adota-se o fracionamento como instrumento de redução das despesas administrativas. A possibilidade de participação de maior número de interessados não é o objetivo imediato e primordial, mas via instrumental para obter melhores ofertas (em virtude do aumento da competitividade). Logo, a Administração não pode justificar um fracionamento que acarretar elevação de custos através do argumento de benefício a um número maior de particulares<sup>514</sup>.

Com efeito, a exigência de que o ofertante tenha condições de arcar com o contrato integralmente reduz a quantidade de possíveis interessados, o que acarretará, como consequência, uma menor disputa e uma tendência ao aumento de preços, por todas as razões econômicas vistas na seção 1.2.3 da dissertação<sup>515</sup>.

Espera-se, ainda, que o fracionamento do contrato sirva para a redução dos custos de transporte quando da presença de potenciais ofertantes geograficamente dispersos<sup>516</sup> e que seja particularmente proveitoso para a participação das micro e pequenas empresas, incapazes de assumir o contrato como um todo, mas que poderiam suprir parcelas da contratação<sup>517</sup>. A efetiva concorrência entre uma empresa de menor porte com agentes econômicos de maior vulto, que seria impensável em relação a grandes objetos, pode ser perfeitamente viável se a disputa tiver como alvo apenas um lote específico.

Na Lei nº 8.666/93, o art. 23, § 1º, dispõe que as obras, serviços e compras serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, com

<sup>513</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 307.

<sup>514</sup> Ibid. p. 308.

<sup>515</sup> Especificamente sobre o aumento da competição pela divisão do objeto contratado acarretando a diminuição do preço total pago pelo Governo quanto ao projeto inteiro, v. MCAFEE, R. PRESTON; MCMILLAN, JOHN. *Incentives in Government Contracting*. Toronto: University of Toronto Press, 1988, pp. 57-58.

<sup>516</sup> Observando que diversos países europeus apontam justamente a otimização dos custos de transporte para a adoção do fracionamento dos objetos, v. CARPINETI, Laura et al. The variety of procurement practice: evidence from public procurement. In: DIMITRI, Nicola; PIGA, Gustavo; SPAGNOLO, Giancarlo (Ed.). *Handbook of Procurement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 24.

<sup>517</sup> Destacando a importância do fracionamento do objeto para a participação de pequenas e médias empresas, v. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Competition policy and public procurement*. Note by the UNCTAD secretariat, p. 10. Disponível em: <[http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpd14\\_en.pdf](http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpd14_en.pdf)>. Acesso em: 18 out. 2015; e SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. *Prevention and deterrence of bid rigging: a look from the new EU directive on public procurement*, p. 13. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2053414](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2053414)>. Acesso em: 20 set. 2015.

vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade, sem perda da economia de escala. Os arts. 4º, VI, da Lei nº 12.462/2011, e 32, III, da Lei nº 13.303/2016, ao disporem textualmente uma das diretrizes a serem observadas nas licitações é o parcelamento do objeto, visando à ampla participação de licitantes, desde que não haja perdas de economia de escala, deixam ainda mais evidente o escopo de ampliar a competição por meio do fracionamento.

A legislação brasileira abraça a premissa de que a divisão em lotes ampliará a participação<sup>518</sup> e, conseqüentemente, a competição, trazendo potencialmente benefícios para a sociedade. Não por outra razão impõe o fracionamento, como visto nos dispositivos supracitados, desde que seja técnica e economicamente viável.

A questão é também objeto de súmula do Tribunal de Contas da União:

Súmula nº 247

É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade.

A única preocupação suscitada pela legislação e pela súmula do TCU refere-se à potencial perda de economia de escala<sup>519</sup> pela divisão do objeto ente diferentes ofertantes, firmando o entendimento de que, em tal hipótese, o fracionamento não seria imperativo. Afinal, o custo total de produção do projeto ou contrato repartido em subunidades pode ser maior do que o custo de produção de executá-lo como um todo, indicando, assim, que a perda de eficiência em escala não justificaria a subdivisão<sup>520</sup>.

---

<sup>518</sup> O entendimento de que o fracionamento do objeto conduzirá a uma maior participação é verdadeiro como regra. No entanto, excepcionalmente, circunstâncias específicas podem acarretar que o incremento do número de lotes não tenha impacto na participação. Seria o caso de objetos contratuais cujos custos de produção – comuns a todos os possíveis ofertantes – sejam desconhecidos por alguns deles. A incerteza pode acarretar que os concorrentes que não conhecem os riscos de custos não sejam atraídos para a licitação, ainda que as frações tenham tamanhos que, em tese, permitiriam uma maior participação. Há também a hipótese de setores em que o número de possíveis ofertantes é absolutamente limitado, de modo que aumentar a quantidade de lotes acima de um determinado teto passará a ser inócuo para atrair uma suposta maior participação. Quanto à última possibilidade, pode-se pensar, exemplificativamente, no setor farmacêutico. De todo modo, é importante observar que reflexões mais apuradas, como as aqui referidas, são estranhas ao regramento legislativo brasileiro, que se limita a presumir os efeitos benéficos do fracionamento. Para detalhes adicionais, v. ALBANO, Gian Luigi et al. *Fostering participation*. In: DIMITRI, Nicola; PIGA, Gustavo; SPAGNOLO, Giancarlo (Ed.). *Handbook of Procurement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 277.

<sup>519</sup> Por economia de escala pode-se entender a organização do processo produtivo de modo que o aumento da quantidade produzida não leva a um aumento proporcional do custo de produção.

<sup>520</sup> Nesse sentido, v. MCAFEE, R. PRESTON; MCMILLAN, JOHN. Op. cit. p. 59.

Ocorre que não há tão somente esse possível efeito negativo advindo do parcelamento. Para alguns, a divisão do objeto, dentre outras eventuais decorrências perniciosas<sup>521</sup>, pode também aumentar a propensão à colusão entre os potenciais participantes ao permitir uma mais fácil coordenação entre os interessados para repartição do mercado, uma vez que haverá distintas frações do objeto, que poderão ser alocadas, em acordo mútuo, para cada um dos participantes<sup>522</sup>.

O argumento acima merece mais detida atenção. Como analisado no capítulo anterior, um acordo de colusão exige que os participantes, implícita ou explicitamente, encontrem uma forma de se coordenarem para repartir a receita<sup>523</sup>, seja realizando repasses financeiros entre si, seja alocando de comum acordo as vitórias pelos diferentes contratos licitatórios entre cada um dos participantes.

Por semelhante raciocínio, é intuitivo concluir que, quanto maior seja o número de lotes, mais simples será encontrar um arranjo em que cada participante do conluio receba o seu quinhão<sup>524</sup>. A partilha dos lotes (e dos contratos resultantes) traz a vantagem, ainda, de diminuir a necessidade de repasses financeiros laterais para divisão de ganhos, o que reduz o risco do conluio ser descoberto pelos rastros deixados pela movimentação financeira.

Considerando as questões acima, apontam-se na literatura dois *standards* para a regulação do fracionamento do objeto contratual em licitações<sup>525</sup>:

- (1) O número de lotes deve ser menor do que o número esperado de participantes;
- (2) Deve haver ao menos um lote adicional ao número de fornecedores já consolidados no mercado, destinado a possíveis novos entrantes.

---

<sup>521</sup> Há outros possíveis efeitos negativos, citados pela literatura, para o fracionamento do objeto. Uma seria o aumento dos custos de administração, pela dificuldade de coordenação do trabalho de diversos fornecedores distintos para um objeto único. Sobre o assunto, v. MCAFEE, R. PRESTON; MCMILLAN, JOHN. Op. cit. pp. 59-60. Há, ainda, o denominado problema de exposição, advindo do fato de eventualmente haver lotes complementares entre si, sendo que o concorrente poderia ter que fazer ofertas em um sem saber se venceria a disputa pelo outro (que é complementar ao primeiro), o que pode resultar, ao fim, em custos mais elevados do que os pretendidos. Nesse sentido, v. GRIMM, Veronika et al. Op. cit. p. 180. Considerando o tema do presente trabalho, ater-se-á à análise do potencial risco de facilitação da formação e cartéis.

<sup>522</sup> Há na literatura quem também observe, inclusive matematicamente, que com um número fixo de ofertantes, em que haja conhecimento da estrutura de custos de cada concorrente, o fracionamento pode acabar por reduzir a competição, gerando perdas para a Administração, por permitir uma acomodação entre os concorrentes. Sobre o ponto, MILGROM, Paul. *Putting Auction Theory to Work*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2004, p. 238. Para uma abordagem matemática por meio da teoria de leilões, v. ANTON, James J; YAO, Dennis A. Coordination in Split Award Auction. *The Quarterly Journal of Economics*, n. 107, p. 681-707, maio 1992, pp. 691-694.

<sup>523</sup> Cf. GRIMM, Veronika et al. Op. cit. p. 181.

<sup>524</sup> Op. cit. p. 182.

<sup>525</sup> Cf. GRIMM, Veronika et al. Op. cit. p. 168-169; e SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. *Prevention and deterrence of bid rigging: a look from the new EU directive on public procurement*, p. 13. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2053414](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2053414)>. Acesso em: 20 set. 2015.

A primeira orientação tem como objetivo fomentar a instabilidade de eventual tentativa de cartelização, haja vista que, inexistindo a possibilidade de alocação de ao menos um lote para cada um dos participantes da disputa, mais difícil será chegar a um acordo de repartição de proveitos.

Naturalmente, a regra em tela apresenta limitações, considerando o fato de que os acordos colusivos podem ser sustentados por meio de outros instrumentos, como a já mencionada possibilidade de simples repasses financeiros, mas também por métodos de divisão do mercado, rotação entre vencedores ou subcontratações<sup>526</sup>.

Outrossim, é possível que o número de lotes inevitavelmente seja maior do que o número de participantes esperados, não sendo viável técnica ou financeiramente diminuí-lo como orientado pela lógica acima<sup>527</sup>.

Em relação ao segundo *standard*, o objetivo é promover a participação no certame de novos concorrentes, que poderão disputar a presença no mercado com aqueles fornecedores já consolidados. Não se trata de argumento apenas teórico, mas também comprovado empiricamente, que inclusive orientou o desenho dos leilões para serviços de internet 3G para telefonia móvel nos países europeus, conforme narrado por Paul Klemperer, que auxiliou no desenho para a licitação do serviço no Reino Unido, a primeira do tipo no mundo<sup>528</sup>.

Como destaca Albert Sánchez Graells, o art. 46<sup>529</sup> da Diretiva 2014/24/EU incorpora reflexões sobre o fracionamento dos objetos licitatórios, sendo certo, no entanto, que a redação

---

<sup>526</sup> Cf. GRIMM, Veronika et al. Op. cit. p. 169.

<sup>527</sup> Nesse caso, é relevante que se tenha em mente que um acréscimo no número de lotes, majorando-o ainda mais em relação à quantidade de participantes, tornaria a coordenação de colusão mais difícil, haja vista que a quantidade de possíveis combinações de divisão cresceria, fazendo com que o custo de transação entre as empresas em conluio crescesse. Em semelhante sentido, Ibid. p. 182.

<sup>528</sup> O autor comenta que no Reino Unido havia quatro operadoras já estabelecidas. Em determinado momento, verificou-se que seriam ofertadas cinco diferentes licenças. Optou-se, então, por um leilão de preço ascendente. Como nenhum ofertante poderia adquirir mais de uma licença, inevitavelmente um novo agente no mercado conseguiria arrematar uma delas. Como as licenças também não poderiam ser divididas, os ofertantes não tinham incentivos a entrar em colusão para após dividir o proveito econômico, a não ser que recorressem a sempre arriscados pagamentos laterais. Então, com a entrada de novos ofertantes garantida e com baixo risco de conluio, o leilão se revelou um sucesso. Já na Holanda, onde havia cinco empresas já estabelecidas e a possibilidade de se licitar igualmente cinco licenças, optou-se por copiar idênticamente o modelo inglês. A política antitruste do país não foi capaz de evitar que potenciais entrantes fizessem acordos comerciais com as empresas já estabelecidas. Por fim, apenas um novo agente econômico participou do leilão, sem qualquer êxito, confirmando-se o fiasco da operação holandesa, que alcançou apenas uma fração do valor da inglesa. V. KLEMPERER, Paul. *Auctions: Theory and Practice*. Princeton: Princeton University Press, 2004, pp. 119-121. Também IDEM. *The biggest auction ever: the sale of the British 3G Telecom Licences*. Disponível em: <<http://www.nuff.ox.ac.uk/economics/papers/2002/w4/biggest29nov.pdf>>. Acesso em: 11 maio 2016.

<sup>529</sup>Artigo 46.º

Divisão dos contratos em lotes

1. As autoridades adjudicantes podem decidir adjudicar um contrato sob a forma de lotes separados e podem determinar a dimensão e o objeto desses lotes.

final do dispositivo é menos incisiva quanto à determinação de divisão em lotes do que a proposta originalmente apresentada, que adotava a regra de que necessariamente fracionar ou, quando não fosse possível ou pertinente, explicar as razões. O texto aprovado, mais sutil, apenas afirma que as autoridades “podem decidir adjudicar um contrato sob a forma de lotes separados e podem determinar a dimensão e o objeto desses lotes”, sendo que, quando optarem por não fracionar, devem indicar “as principais razões para a sua decisão de não subdividir o contrato em lotes”.

No Brasil, o texto normativo e a interpretação sumulada do TCU sobre o tema limitam-se a tornar o fracionamento obrigatório sempre que técnica e economicamente viável, sem, contudo, minudenciarem outros aspectos relacionados, como o faz a Diretiva 2014/24/EU.

Observe-se, todavia, que a legislação brasileira já é suficiente para, em sintonia com a teoria econômica, estimular o parcelamento do objeto, com o escopo de buscar aumento da participação e da competitividade. Concede, ainda, a flexibilidade necessária para que a autoridade contratante decida o tamanho e quantidade de lotes de acordo com as características do certame<sup>530</sup>.

Portanto, no caso brasileiro, mais importante do que promover eventual alteração legislativa para aprimorar as normas em comento seria dedicar maior atenção às práticas da Administração Pública para a tomada de decisão sobre como parcelar o objeto contratual em licitações.

---

Com exceção dos contratos cuja divisão seja obrigatória por força do n.º 4 do presente artigo, as autoridades adjudicantes indicam as principais razões para a sua decisão de não subdividir o contrato em lotes; tal deve constar dos documentos do concurso ou do relatório individual a que se refere o artigo 84.º.

2. As autoridades adjudicantes indicam, no anúncio de concurso ou no convite à confirmação de interesse, se podem ser apresentadas propostas para um lote, para vários lotes ou para todos eles.

Mesmo que possam ser apresentadas propostas para vários lotes ou para todos os lotes, as autoridades adjudicantes podem limitar o número de lotes que podem ser adjudicados a um proponente, desde que o número máximo de lotes por proponente esteja indicado no anúncio de concurso ou no convite à confirmação de interesse. As autoridades adjudicantes devem indicar nos documentos do concurso as regras ou os critérios objetivos e não discriminatórios que tencionam aplicar para determinar a adjudicação dos lotes, nos casos em que a aplicação dos critérios de adjudicação resulte na adjudicação a um proponente de um número de lotes superior ao número máximo fixado.

3. Os Estados-Membros podem prever que, se puder ser adjudicado mais do que um lote ao mesmo proponente, as autoridades adjudicantes possam adjudicar contratos que combinem vários lotes ou a totalidade dos lotes se, no anúncio de concurso ou no convite à confirmação de interesse, tiverem especificado que se reservam a possibilidade de o fazer e indicado a forma como os lotes ou grupos de lotes podem ser combinados.

4. Os Estados-Membros podem aplicar o n.º 1, segundo parágrafo, tornando obrigatória a adjudicação de contratos sob a forma de lotes separados, em condições a especificar em conformidade com o respetivo direito nacional e tendo em conta o direito da União. Nessas circunstâncias, aplicam-se igualmente o n.º 2, primeiro parágrafo, bem como, se for caso disso, o n.º 3.

<sup>530</sup> A importância de dotar a Administração de suficiente flexibilidade para adequar a estrutura de lotes de acordo com cada certame é destacada por SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. *Prevention and deterrence of bid rigging: a look from the new EU directive on public procurement*, p. 14. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2053414](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2053414)>. Acesso em: 20 set. 2015.

Assumindo a existência de risco de cartelização em determinado mercado, deve a Administração orientar-se pelos dois *standards* acima suscitados, quais sejam, buscar que o número de lotes seja menor do que o número esperado de participantes e que haja ao menos um lote adicional ao número de fornecedores já consolidados no mercado, destinado a possíveis novos entrantes, de modo a adequadamente tutelar a concorrência nos certames.

### **4.3 Fatores relativos à publicidade e à transparência**

#### 4.3.1 Informações divulgadas

Considerada um elemento essencial para o combate à corrupção, a transparência acerca das informações atinentes às licitações pode, por outro lado, apresentar uma perversa externalidade negativa de incrementar o risco de formação de cartéis entre os licitantes a partir do uso dos mesmos dados.

Como abordado no capítulo 3, dois elementos que afetam formação e sustentação de um cartel referem-se à necessidade de aproximação entre os potenciais concorrentes para a negociação de um acordo e ao monitoramento recíproco quanto ao cumprimento ou desvio do comportamento alinhado<sup>531</sup>. A publicidade em relação a determinadas informações pode justamente facilitar que os agentes em conluio solucionem tais dificuldades, seja por ensejar o conhecimento de quem são os usuais competidores do mercado e permitir assim a eventual fixação de um preço conjunto após o entabulamento de um acordo, seja ao viabilizar que os particulares em conluio fiscalizem o comportamento adotado pelos parceiros no certame com o escopo de verificar se algum está tentando desviar da estratégia combinada.

Nessa linha, uma das críticas sob o aspecto concorrencial à ordem de fases usual na Lei nº 8.666/93, em que a habilitação ocorre antes do recebimento e julgamento das propostas, reside justamente no fato de que tal arranjo permite que os participantes saibam a identidade de seus concorrentes, o que certamente facilita eventual aproximação caso haja o interesse de formação de um pacto colusivo.

Relevante notar que no histórico da conduta que acompanha o acordo de leniência celebrado pelo Cade com a Construções e Comércio Camargo Correa S/A (CCCC) e pessoas

---

<sup>531</sup> No mesmo sentido v. ANDERSON, Robert D; MÜLLER, ANNA CAROLINE; KOVACIC, William E. Ensuring integrity and competition in public procurement markets: a dual challenge for good governance. In: ARROWSMITH, Sue; ANDERSON, Robert D. (Ed.). *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and reform*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 693.



físicas funcionários e ex-funcionários da empresa, concernente a alegadas condutas anticompetitivas no mercado de obras de montagem eletromecânica na “Usina Angra 3”, narra-se que, segundo os signatários, as bases para a organização do cartel foram estabelecidas justamente durante uma fase de pré-qualificação existente no certame<sup>532</sup>.

Tal processo de pré-qualificação consistia na mera entrega de documentos que assegurariam à contratante a existência dos requisitos necessários à execução da obra. Aparentemente, segundo o narrado, a fase de pré-qualificação acabou por permitir os contatos iniciais entre os concorrentes, havendo um acordo desde então entre dois consórcios para trabalharem no sentido de que ambos fossem qualificados para, após, dividirem os pacotes da licitação entre si<sup>533</sup>.

Defendendo a necessidade de maior aproximação do direito administrativo das licitações com preocupações concorrenciais próprias do Direito Antitruste, Floriano de Azevedo Marques Neto já defendeu que a lei deveria expressamente vedar a realização de eventos prévios à entrega das propostas e restringir procedimentos de pré-qualificação. Em seus termos:

No mesmo sentido, a lei deveria, expressamente, vedar a exigência de realização de eventos prévios à entrega das propostas (visitas técnicas, caução antecipada, exigência de aquisição de edital, etc.). Tais eventos acabam por favorecer práticas anticoncorrenciais. Igualmente deveriam ser vedadas exigências de registro prévio de consórcios perante conselhos de Classe, como recentemente foi estabelecido em norma regulatória do Confea.

Necessária seria também a restrição da adoção do procedimento de pré-qualificação (pelo qual a definição dos proponentes se dá em momento anterior à apresentação das ofertas econômicas) apenas aos programas de financiamento internacionais que exijam tal procedimento. A adoção indiscriminada da pré-qualificação é um forte indutor de práticas censuráveis<sup>534</sup>.

No mais, se o Poder Público imediatamente revela o valor das propostas recebidas, então o monitoramento do comportamento dos parceiros torna-se consideravelmente mais fácil. Como regra, quanto menos informações as empresas em cartel tiverem acerca do ocorrido na licitação e da estratégia na prática adotada pelos participantes, mais difícil será a sustentação do conluio<sup>535</sup>.

<sup>532</sup> CADE. *Versão pública do “Histórico da Conduta”* – acordo de leniência celebrado com a Construções e Comércio Camargo Correa S/A (CCCC) ..., p. 04.

<sup>533</sup> *Ibid.* p. 37.

<sup>534</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Direito da concorrência nas compras governamentais – regime restritivo e formalista da lei de licitações traz prejuízos para o Estado. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 05 jun. 2004, p. B2.

<sup>535</sup> Cf. KOVACIC, William E. et al. Bidding rings and the design of anti-collusive measures for auctions and procurements. In: DIMITRI, Nicola; PIGA, Gustavo; SPAGNOLO, Giancarlo (Ed.). *Handbook of Procurement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, pp. 402.

Uma contratação pública opaca, que não divulgasse dados atinentes ao procedimento, tornaria eventuais cartéis possivelmente insustentáveis, em razão da impossibilidade de se monitorar se os participantes estão ou não seguindo a estratégia<sup>536 537</sup>. No entanto, certo é que um procedimento com baixa transparência, além de não ser aceitável por violação ao princípio constitucional da publicidade (art. 37, *caput*, CRFB/88), também possivelmente acarretaria um aumento das oportunidades de corrupção na Administração.

Também a OCDE demonstra preocupação quanto ao equilíbrio entre a necessária transparência para o combate à corrupção e o receio de facilitar o conluio com a disseminação de informações para além dos requisitos legais. A título de exemplo, no documento “Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações Públicas”, a mencionada organização observa:

Os requisitos de transparência são indispensáveis para um processo correto, que contribua no combate a corrupção. Estes requisitos devem ser respeitados de uma forma equilibrada, a fim de não facilitar o conluio com a disseminação de informações para além dos requisitos legais. Infelizmente, não existe uma regra única sobre a concepção de um leilão, concurso ou licitação. As propostas têm de ser concebidas em função da situação existente e, sempre que possível, devem ser consideradas as seguintes questões:

(...)

Considerar cuidadosamente que tipo de informação deve ser disponibilizado aos concorrentes no momento do ato ou sessão pública de abertura das propostas.

Ao publicar os resultados da contratação, deve ser ponderado o tipo de informação que deve ser publicado, evitando expor informações que são sensíveis para efeitos de concorrência, o que pode facilitar a formação de esquemas de conluio no futuro<sup>538</sup>.

Entre nós, Eduardo Fiuza e Bernardo Medeiros, utilizando o jargão econômico, enxergam a existência de um verdadeiro *trade-off*<sup>539</sup> entre os objetivos de evitar o conluio de fornecedores e o de incrementar a publicidade e a transparência nas licitações, a fim de prevenir a corrupção. Alertam até que os ganhos sociais com a redução da corrupção potencialmente

<sup>536</sup> Afinal, como já se viu, a colusão se torna mais facilmente sustentável se é possível observar o valor das ofertas efetivamente apresentadas por aqueles que estão em conluio. Nesse sentido, ALBANO, Gian Luigi et al. Op. cit. 352.

<sup>537</sup> O argumento, além de intuitivo, também foi demonstrado matematicamente em MARSHAL, Robert C; MARX, Leslie M. *Bidder Collusion*. Disponível em: <<http://capcp.psu.edu/papers/biddercollusion.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2016.

<sup>538</sup> OCDE. *Diretrizes para combater o conluio...*, pp. 09-10.

<sup>539</sup> *Trade-off* é uma usual expressão econômica que indica que os agentes enfrentam dilemas entre escolhas, sendo que a opção por uma das alternativas acarretará prejuízos de outra ordem e vice-versa. Em outros termos, as opções adotadas trazem consequências. No caso, há um *trade-off* a escolha por maior transparência, com o escopo de combater a corrupção mas que pode facilitar arranjos colusivos, ou menor divulgação de informações, que dificultam a sustentação dos cartéis, mas propiciam espaços maiores para corrupção. Para mais detalhada explicação e exemplificação sobre *trade-offs* usuais do dia-a-dia, v. MANKIWI, N. Gregory. *Introdução à Economia: princípios de micro e macroeconomia*. Tradução da 2a ed. Rio de Janeiro: Campus, 2001, pp. 04-05.

advindos da maior publicidade podem até se esvaír com a redução da competição. Em suas palavras:

(...)a necessidade de prevenir a corrupção costuma ser buscada pela máxima publicidade e transparência dos atos do comprador, o que favorece a vigilância da sociedade. Ocorre, no entanto, que muitas informações públicas – como, por exemplo, a identidade dos licitantes e de seus lances – favorecem a coordenação destes, ainda que tácita (isto é, sem uma combinação formal), de modo que a economia obtida com a eliminação de propinas pode acabar sendo jogada fora por causa da redução da concorrência entre os licitantes<sup>540</sup>.

Uma alternativa para buscar melhor equilíbrio entre a publicidade quanto às informações atinentes ao certame e o cuidado para não facilitar a colusão seria, como sugerido por Frédéric Jenny, disponibilizar todos os detalhes a respeito das propostas e dos proponentes aos órgãos de controle, restringindo, no entanto, o acesso aos concorrentes<sup>541</sup>.

De acordo com a proposta acima, embora os órgãos de controle naturalmente pudessem ter acesso imediato a qualquer dado necessário, a publicidade para os concorrentes dos dados relativos às propostas perdedoras seria postergada em alguns meses. Com isso, adiar-se-ia, por um período maior, a ciência entre os parceiros acerca dos possíveis desvios da estratégia combinada pelo cartel, o que aumentaria a instabilidade do conluio e tornaria mais difícil e custoso a chegada a um acordo de cooperação entre concorrentes<sup>542</sup>.

Veja-se que tal proposta de desenho procedimental parece gozar de certo consenso entre economistas que se dedicam ao tema<sup>543</sup>. Em idêntica linha, William E. Kovacic et al. defendem que, sempre que possível, todos os dados relevantes relacionados à licitação deveriam ser documentados e armazenados por um longo período, permitindo-se acesso às autoridades competentes no caso de suspeita de cartelização, sendo que, por outro lado, as informações quanto às ofertas perdedoras não deveriam ser reveladas aos competidores. Desse modo buscar-

<sup>540</sup> FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio; MEDEIROS, Bernardo Abreu de. A agenda perdida das compras públicas: rumo a uma reforma abrangente da lei de licitações e do arcabouço institucional. *Texto para discussão*. Brasília: Ipea, 2014, p. 31. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=23120](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=23120)>. Acesso em: 30 abr. 2016.

<sup>541</sup> JENNY, Frédéric. Competition and Anti-Corruption Considerations in Public Procurement. In: *Fighting Corruption and Promoting Integrity in Public Procurement*. Paris: OCDE, 2005, p. 35.

<sup>542</sup> Nesse sentido, v. ALBANO, Gian Luigi et al. Preventing collusion... p. 353.

<sup>543</sup> Com preocupações bastante similares, v. ANDERSON, Robert D; MÜLLER, ANNA CAROLINE; KOVACIC, William E. Ensuring integrity and competition in public procurement markets: a dual challenge for good governance. In: ARROWSMITH, Sue; ANDERSON, Robert D. (Ed.). *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and reform*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, 712-713; e ANDERSON, Robert D.; KOVACIC, William. *Competition Policy and International Trade Liberalisation: Essential Complements to Ensure Good Performance in Public Procurement Markets*, pp. 89-90. Disponível em: <[https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public\\_statements/competition-policy-and-international-trade-liberalisation-essential-complements-ensure-good.anderson/2009procurementmkt.pdf](https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/competition-policy-and-international-trade-liberalisation-essential-complements-ensure-good.anderson/2009procurementmkt.pdf)>. Acesso em: 12 maio 2016.

se-ia evitar que os agentes em conluio conseguissem fiscalizar o comportamento dos parceiros, objetivando-se, nessa toada, criar instabilidade e insegurança na organização do cartel<sup>544</sup>.

No Brasil, em razão do receio de corrupção e da constitucionalização do princípio da publicidade, o ordenamento jurídico se estrutura com base na divulgação das propostas recebidas, por vezes em sessões públicas para tal fim, como se nota pelos arts. 3º, § 3º, 43, § 1º, Lei nº 8.666/93, 18 e 22, Decreto nº 7.581/2011 e 4º, VI, Lei nº 10.520/02, exemplificativamente. O art. 3º, § 3º, expressamente registra que as licitações não serão sigilosas, sendo que o conteúdo das propostas pode ter acesso restringido tão somente até a sua abertura.

Desse modo, no país parece que o tema merece maior amadurecimento por parte da Administração e dos legisladores, em busca de um melhor equilíbrio entre os incentivos em jogo, a partir da consciência de que a publicidade e transparência nos certames, conquanto de fato sejam fundamentais para, por um lado, garantir a integridade das licitações quanto à corrupção, também apresentam, por outro, uma faceta negativa, de eventual facilitação à colusão, devendo haver limites para o tipo de informação a ser partilhada<sup>545</sup>.

#### 4.3.2 Preço de reserva

Uma questão relevante quanto ao tipo de informação a ser divulgada refere-se à fixação e à publicidade do que tecnicamente em economia se denomina de “preço de reserva”, que é o preço máximo que a Administração, quando adquirente, está disposta a pagar pela obra, bem ou serviço contratado.

O preço máximo de aceitabilidade da proposta é um elemento que pode figurar no edital licitatório, conforme art. 40, X, Lei nº 8.666/93. A fixação de preço máximo pela Administração é uma faculdade, não uma imposição<sup>546</sup>. Serve, ainda, como parâmetro para desclassificação das propostas, nos termos do art. 48, II, da mesma Lei. Ambos os dispositivos se aplicam também aos pregões, por força do art. 9º da Lei nº 10.520/02.

Conquanto se tratem de conceitos distintos, o preço máximo está associado ao orçamento estimado para a contratação, uma vez que é a partir de tal custo orçado que a Administração poderá fixar o seu teto de pagamento. Se não houvesse a elaboração de uma

---

<sup>544</sup> KOVACIC, William E. et al. Op. cit. pp. 402-403.

<sup>545</sup> Cf. ANDERSON, Robert D.; KOVACIC, William. Op. cit. p. 90.

<sup>546</sup> No mesmo sentido, Marçal Justen Filho, que, ao comentar tal inciso, fala em “faculdade de fixação de preços máximos”. V. JUSTEN FILHO, Marçal. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações...*, p. 639.

estimativa real de preços, a Administração não teria qualquer parâmetro concreto para o estabelecimento de critérios de aceitabilidade das propostas.

Pela Lei nº 8.666/93, as obras e os serviços somente poderão ser licitados quando existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários, conforme art. 7º, § 2º, II. De acordo com o art. 40, § 2º, II, o referido orçamento é previsto como anexo e parte integrante do edital<sup>547</sup>, devendo ser público, a teor do art. 44, § 1º.

Já no RDC, também é obrigatória a elaboração de um orçamento estimado, conforme art. 6º, *caput*, Lei nº 12.462/11, embora possa, se não constar do instrumento convocatório, ser mantido em sigilo, por autorização do § 3º do mesmo dispositivo, como será melhor explorado na próxima seção. Também no Estatuto das Estatais infere-se a obrigatoriedade de elaboração de estimativa do contrato a ser celebrado, conquanto, como se verá, tal informação seja em regra sigilosa.

Para Marçal Justen Filho, quanto aplicada a Lei nº 8.666/93, não pode a Administração manter segredo sobre o valor do orçamento ou sobre o preço máximo. O autor demonstra preocupação quanto ao fato de que o sigilo sobre tais dados possa dar azo a corrupção, haja vista que se um licitante obtivesse acesso a essas informações por meios espúrios, teria enorme vantagem concorrencial no certame.

Deve insistir-se acerca do descabimento de a Administração manter em segredo o valor de orçamentos ou preço máximo. Lembre-se que um Estado Democrático de Direito envolve o princípio da transparência da atividade administrativa, somente se admitindo o sigilo em situações que ponham em risco interesses relevantes, transcendentais. No caso, o próprio art. 44, § 1º, explicitamente proíbe que algum critério relevante para julgamento (inclusive classificação ou desclassificação de propostas) seja mantido em segredo.

Depois e como já apontou anteriormente, a manutenção do segredo acerca do orçamento ou preço máximo produz o enorme risco de reintrodução de práticas extremamente nocivas, adotadas antes da Lei nº 8.666. É que, se algum dos licitantes obtiver (ainda que indevidamente) informações acerca do referido valor, poderá manipular o certame, formulando proposta próxima ao mínimo admissível. O sigilo acerca de informação relevante, tal como o orçamento ou preço máximo, é um incentivo a condutas reprováveis. Esse simples risco bastaria para afastar qualquer justificativa para adotar essa praxe<sup>548</sup>.

O jurista em tela não chancela a ideia de que a divulgação do preço máximo criaria um incentivo para que os concorrentes buscassem apresentar propostas em montante semelhante a tal teto fixado pela Administração. Considera o autor que, havendo efetiva competição, a

---

<sup>547</sup> Anota Marçal Justen Filho que a jurisprudência do TCU tem permitido que o valor do orçamento não conste do edital, figurando apenas nos autos do procedimento administrativo. No caso, a Administração deverá assegurar acesso a tal documento por qualquer interessado que o requerer. V. JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 642.

<sup>548</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 642.

própria disputa entre os ofertantes já conduziria à redução do preço para aquém do teto<sup>549</sup>. Defende, ainda, que a possibilidade de elevação deliberada de preços em tendência a igualar o preço de reserva “apenas ocorreria se os licitantes atuassem em concerto” e que, nessa hipótese, “será indiferente a divulgação ou não do orçamento”<sup>550</sup>.

Indubitavelmente o referido jurista está correto quando afirma que, se houvesse efetiva competição, o preço obtido pela Administração acabaria sendo menor do que o preço de reserva, considerando-se, claro, a fixação de um teto de acordo com a realidade do mercado. Por outro giro, a compreensão de que, em cenário de possível concerto, seria indiferente a fixação e divulgação de um preço máximo, não leva em conta todos os elementos que orbitam a questão.

Diversamente do que parece entender Marçal Justen Filho, há espaço para que a Administração utilize estrategicamente o preço de reserva com o escopo de prevenir a existência de comportamento colusivo<sup>551</sup>. Para tanto, é fundamental que, com o auxílio da teoria dos leilões, compreendam-se os incentivos econômicos surgidos pelo estabelecimento de um preço máximo.

Ao fixar o preço de reserva, a Administração define qual o valor-limite que está disposta a pagar pelo objeto que pretende adquirir ou contratar e sinaliza para os particulares que propostas acima de tal teto serão desclassificadas.

Por conseguinte, os ofertantes que tenham custos de produção acima do preço de reserva fixado pela entidade licitante não terão interesse de ingressar na disputa, uma vez que, se o fizerem, sofrerão prejuízos, haja vista que receberiam pelo contrato um valor menor do que o necessário para lhes conceder algum lucro<sup>552</sup>.

Naturalmente, se publicizado o preço de reserva, a limitação quanto às propostas aceitáveis, adotada *ex ante* e tornada pública, levará à redução numérica dos possíveis participantes, haja vista que todos aqueles com estrutura de custos incompatível com o preço de reserva já saberão de plano que não poderão participar com chance de êxito.

Por outro lado, uma das máximas da teoria dos leilões indica que as ofertas elaboradas por aqueles que ingressarem na competição, a despeito do estabelecimento de um preço de

---

<sup>549</sup> Ibid. p. 642

<sup>550</sup> Loc. cit.

<sup>551</sup> Com efeito, a teoria econômica dos leilões se esforça na busca de mecanismos para que o comprador ou vendedor em um sistema de leilão reaja quando observar um cenário de cartelização, sendo que o manejo estratégico do preço de reserva é uma das formas de reação. Em texto seminal sobre lances concertados em leilões, Preston McAfee e John McMillan indicam três formas de reações: aumentar o preço de reserva, manter o preço de reserva em sigilo e tentar afetar os mecanismos de *enforcement* criados pelo cartel para preservar o conluio. V. MCAFEE, Preston R; MCMILLAN, John. Bidding Rings. *The American Economic Review*, vol. 82, issue 3, p. 579-599, jun. 1992, pp. 590-592.

<sup>552</sup> Cf. ALBANO, Gian Luigi et al. Fostering participation. In: DIMITRI, Nicola; PIGA, Gustavo; SPAGNOLO, Giancarlo (Ed.). *Handbook of Procurement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 272.

reserva, serão mais agressivas do que seriam na ausência de um preço máximo, aumentando o retorno esperado no certame<sup>553</sup>. Isso porque, havendo a divulgação do teto que a Administração está disposta a pagar, os ofertantes sabem que estarão concorrendo apenas entre aqueles com capacidade de disputar o contrato considerando o limite máximo de preços.

Em outras palavras, a sinalização que a entidade adjudicante faz nesses casos para os concorrentes é a de que a disputa se dará apenas entre pessoas que, na média, são mais eficientes do que as demais do mercado, haja vista que são capazes de superar o limite de custos de produção imposto pelo preço de reserva.

A teoria dos leilões observa uma tendência de que, em tal cenário, os concorrentes reajam à percepção de que a disputa será mais intensa apresentando ofertas menores e mais competitivas. Com disputa mais acirrada, haveria uma expectativa de redução dos preços obtidos pelo ente licitante<sup>554</sup>.

Enfim, é possível sumarizar a primeira consequência da fixação do preço de reserva, segundo a teoria dos leilões, da seguinte maneira: por mais que possa acarretar uma redução do número de participantes, vez que diversos concorrentes em potencial podem não apresentar uma estrutura de custos capaz de apresentar preços inferiores ao teto fixado pela Administração, espera-se que, em compensação, a disputa entre aqueles que efetivamente ingressarem no leilão seja mais agressiva, acarretando redução do preço contratado.

Porém, o estabelecimento estratégico do preço de reserva ótimo, considerando-se o risco de cartelização, envolve outras sutilezas.

Caso exista um concerto entre todos os concorrentes em um certame do tipo menor preço, espera-se que a melhor proposta recebida pela Administração seja igual ou muito semelhante ao preço máximo divulgado qual tal preço de reserva for de conhecimento comum<sup>555</sup>. Afinal, na ausência de disputa, não haveria qualquer razão para um cartel ofertar à Administração um preço menor do que o teto que o ente licitante estaria disposto a gastar.

Pois bem. Se o Poder Público, por sua experiência, acredita que em determinado mercado há risco considerável de formação de conluios para frustrar a concorrência, a teoria

---

<sup>553</sup> Genericamente, aponta-se que um resultado fundamental da teoria dos leilões seria o de que a publicidade de informações acerca do real valor do objeto em disputa conduz a ofertas mais agressivas. Nesse sentido, DE SILVA, Dakshina G. et al. The impact of public information on bidding in highway procurement auctions. *European Economic Review*, vol. 52, p. 150-181, 2008, p. 151. Para a comprovação empírica e matemática de tal resultado, ver também, além do texto anteriormente citado, MILGROM, Paul R.; WEBER, Robert J. A Theory of auctions and competitive bidding. *Econometrica*, vol. 50, n. 5, p. 1089-1112, set. 1982.

<sup>554</sup> ALBANO, Gian Luigi et al. Op. cit. pp. 272-273.

<sup>555</sup> V. MCAFEE, Preston R; MCMILLAN, John. Bidding Rings. *The American Economic Review*, vol. 82, issue 3, p. 579-599, jun. 1992, p. 590.

dos leilões indica que se deve buscar estabelecer um preço máximo menor do que o que seria indicado na ausência de tal suspeita<sup>556</sup>.

A medida, por si só, já serviria para mitigar e compensar os efeitos da colusão, haja vista que, no mínimo, exigiria que o concerto ajustasse a oferta de acordo com o preço de reserva fixado pela Administração<sup>557</sup>. Outrossim, a redução do preço máximo diminuiria o lucro de monopólio possível para aquele cartel, haja vista que a entidade licitante baixaria o limite do valor possível a ser pago<sup>558</sup>.

Por outro lado, é de se ter em mente que, quanto mais reduzido for o preço de reserva, menor será a participação. Logo, para escolher estrategicamente o preço de reserva, a Administração precisa estudar o mercado para decidir se prefere fomentar a participação de um maior número de empresas ou se, mediante a ciência de que naquele mercado o risco de colusão é muito alto, fixar um preço de reserva mais agressivo para diminuir os possíveis ganhos do cartel.

A OCDE, reiteradamente, ressalta a viabilidade de fixação de um preço de reserva mais agressivo como ferramenta para reduzir a colusão. Veja-se:

Impor um preço de reserva agressivo porém crível, isto é, um preço máximo acima do qual não haverá adjudicação na licitação, pode reduzir a colusão. Um preço de reserva agressivo reduz os ganhos da colusão. (Tradução livre a partir do original em inglês)<sup>559</sup>

O estabelecimento estratégico de um preço de reserva menor em um cenário de ameaça de formação de conluio é compatível com o ordenamento jurídico pátrio. Não se deve confundir

<sup>556</sup> Cf. KOVACIC, William E. et al. Bidding rings and the design of anti-collusive measures for auctions and procurements. In: DIMITRI, Nicola; PIGA, Gustavo; SPAGNOLO, Giancarlo (Ed.). *Handbook of Procurement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 401.

<sup>557</sup> Cf. ALBANO, Gian Luigi et al. Fostering participation. In: DIMITRI, Nicola; PIGA, Gustavo; SPAGNOLO, Giancarlo (Ed.). *Handbook of Procurement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 282.

<sup>558</sup> R. Preston McAfee e John McMillan chegam a defender que, em um mercado com poucos ofertantes, é possível que determinado grau de redução do preço de reserva provoque que o lucro a ser obtido em conluio seja menor do que aquele que poderia ser obtido por um dos participantes em estratégia não cooperativa. Nesse passo, se a diminuição viável do preço de reserva for significativa, é possível que em algumas indústrias os incentivos à cartelização desapareçam por força do manejo estratégico do preço de reserva. V. MCAFEE, Preston R; MCMILLAN, John. Bidding Rings. *The American Economic Review*, vol. 82, issue 3, p. 579-599, jun. 1992, p. 591.

<sup>559</sup> Do original: “Imposing an *aggressive but credible reserve price*, i.e. a maximum price above which the procurement tender is not awarded may reduce collusion. An aggressive reserve price reduces the gains from collusion.” OCDE. *Increasing competition by reducing bid rigging in Latin America*, p. 24. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/38960560.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2016. No mesmo sentido, ver também IDEM. *The role of competition authorities in promoting competition*. 2007, p. 09. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/39891049.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2016.; IDEM. *Competition in bidding markets*, p. 11. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/38773965.pdf>>. Acesso em: 09 maio 2016; IDEM. *Fighting Cartels in Public Procurement*. OECD Observer. Out. 2008, p. 05. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/41505296.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2015.



tal situação, contudo, com a fixação de um preço máximo inviável. Observa Marçal Justen Filho que o preço máximo estabelecido pode ser objeto de questionamento por parte dos fornecedores se considerarem que é inexequível. Sustenta que, se a Administração apurar determinado valor como sendo o máximo possível, mas reduzi-lo deliberadamente a ponto de inviabilizar a execução, restará caracterizado desvio de poder<sup>560</sup>.

Esse último cenário diferencia-se, contudo, do uso estratégico do preço de reserva para o combate à cartelização. O estabelecimento de um preço máximo não significa que a Administração deva necessariamente pagar tal valor. Ora, se uma empresa em concerto apresenta proposta tendente a se igualar ao preço máximo, certamente considera que tal montante é suficiente para lhe garantir o lucro esperado. Se não fosse pela expectativa de obtenção de considerável lucro, não haveria incentivo à cartelização. Entendendo a Administração que, se houvesse concorrência naquele mercado, o valor da contratação seria menor, a fixação de um preço de reserva mais baixo do que estabeleceria para um cenário de livre disputa não pode ser confundida com imposição de preço inexequível. Não havendo cabal demonstração de inviabilização da execução do contrato, é lícita e legítima a redução do preço de reserva, ainda mais se respaldada pela busca de desestabilização do cartel.

Registre-se, por fim, que a escolha do preço de reserva ótimo ou seu uso estratégico são temas estudados por meio de instrumentos matemáticos complexos associados à teoria dos leilões. Não se trata de ferramenta passível de ser trabalhado por um jurista típico, que não é treinado para uso de técnicas matemáticas mais sofisticadas. Portanto, os conceitos versados nessa seção são simplificações de resultados respaldados em recursos econômicos e matemáticos mais robustos

Por óbvio, a profundidade do debate na literatura econômica é muito maior do que a que aqui apresentada e sintetizada. Para o Direito, cabe ter ciência de que o desenho licitatório pode ser utilizado para elidir a formação de concertos anticoncorrenciais, inclusive pelo uso estratégico do preço de reserva. Entretanto, para efetivamente concretizar tal atuação estratégica, inevitavelmente o Direito precisará se socorrer da teoria econômica e de sua caixa de ferramentas.

#### 4.3.3 Orçamento sigiloso

---

<sup>560</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15a ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 642.

Como visto acima, as consequências para a licitação da divulgação do preço de reserva são controvertidas na teoria dos leilões. Tal discussão técnica relaciona-se umbilicalmente a outra, que ganhou fôlego no Brasil após o surgimento do RDC, atinente à manutenção de sigilo sobre o orçamento estimado.

Por uma interpretação conjugada dos arts. 3º, § 3º, 40, X e § 2º, II, e 44, § 1º, da Lei nº 8.666/93, não se poderia manter em sigilo nem o preço de reserva, nem o orçamento estimado produzido para um leilão conduzido nos termos da referida lei, embora a jurisprudência do TCU permita que o valor orçado não conste do edital, figurando apenas nos autos do procedimento administrativo<sup>561</sup>. De todo modo, no Regime Geral de Licitações, a regra é a publicidade prévia do valor orçado pela Administração.

No pregão, o art. 3º, III, da Lei nº 10.520/02 dispõe que nos autos do procedimento constará o orçamento dos bens ou serviços a serem licitados, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação. Como no art. 4º, III, da mesma lei, que define quais elementos deverão constar no edital, não há qualquer menção ao orçamento, entende-se majoritariamente<sup>562</sup> que a citada legislação teria dispensado a publicidade obrigatória do valor orçado e do preço máximo, sendo meramente facultativa, salvo se utilizados como critério de aceitabilidade de preços, uma vez que qualquer regra para desclassificação de licitante deve estar explicitada no instrumento convocatório, conforme disposto no artigo 40, X, da Lei nº 8.666/93, aplicável ao pregão em razão do art. 9º da Lei nº 10.520/02.

Com a vigência do RDC, a questão ganhou novos contornos, por força do disposto no *caput* do art. 6º da Lei nº 12.462/11, e também em seu § 3º. O novo regime inova em relação à tradição do direito brasileiro de ampla divulgação do montante orçado<sup>563</sup>, o que levou a incompreensões e críticas não apenas no mundo jurídico, mas também no debate político e na imprensa<sup>564</sup>.

Com efeito, o orçamento estimado para a contratação será publicizado como regra apenas e imediatamente após a adjudicação do objeto (art. 9º, Decreto nº 7.581/2011), salvo nas hipóteses em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto, quando o valor orçado deverá constar do instrumento convocatório (art. 6º, § 1º). Ocorre que, por conta do

---

<sup>561</sup> Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15a ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 642.

<sup>562</sup> Nesse sentido, ver exemplificativamente os acórdãos nº 10051/2015 e 2080/2012, do TCU.

<sup>563</sup> No mesmo sentido, MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação Pública – A Lei Geral de Licitação - LGL e o Regime Diferenciado de Contratações - RDC*. 2. ed. rev. aument. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 194.

<sup>564</sup> Por todos, ALVARENGA, Darlan. Sigilo de orçamento de obra para Copa foi mal interpretado, diz Dilma. *G1*, Ribeirão Preto, 17 jun. 2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2011/06/sigilo-de-orcamento-de-obra-para-copa-foi-mal-interpretado-diz-dilma.html>>. Acesso em: 16 maio 2016.

referido § 3º, se não constar do instrumento convocatório, o orçamento prévio assumirá caráter sigiloso e será disponibilizado estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno.

Não se deve confundir a manutenção de sigilo no orçamento com a sua inexistência. Modo geral, o orçamento prévio deve ser obrigatoriamente elaborado, sendo requisito de validade para a instauração da fase externa de licitação, inclusive no RDC<sup>565</sup>. Segundo Marçal Justen Filho, o fundamento lógico-jurídico para a exigência de um orçamento reside no fato de que a Administração precisa dispor de estimativas quanto ao valor da contratação necessária para atender suas necessidades, só podendo instaurar o procedimento havendo previsão de recursos para tanto<sup>566</sup>. No mais, no RDC o orçamento ainda possui função normativa adicional de desclassificar propostas que estejam acima do valor estimado, conforme disposto no art. 24, III, o que denota a ampliação de sua relevância jurídica no caso de certames que seguem o regime em exame<sup>567</sup>.

Seguindo a mesma toada anteriormente adotada pelo RDC, a Lei nº 13.303/2016, ao regular a licitação das estatais, previu em seu art. 34 que o valor estimado do contrato seria como regra sigiloso. Apenas excepcionalmente, mediante justificção, conferir-se-ia publicidade ao orçamento estipulado, sem prejuízo, em qualquer caso, da divulgação do detalhamento quantitativo e de outras informações pertinentes para a elaboração das propostas. O § 3º do mesmo dispositivo salienta, outrossim, que ainda que tenha caráter sigiloso, o orçamento estimado será disponibilizado aos órgãos de controle externo e interno.

Indo além da preocupação sobre cartelização e considerando todos os efeitos econômicos em geral advindos da divulgação ou da manutenção de sigilo sobre o orçamento, frise-se que os incentivos acarretados são objeto de teorias econômicas, por vezes com resultados controvertidos entre si<sup>568</sup>. A carência de estudos empíricos pautados em dados confiáveis sobre o tema também contribui para a indefinição acadêmica na matéria<sup>569</sup>.

---

<sup>565</sup> Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários ao RDC: Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11*. São Paulo: Dialética, 2013, p. 106.

<sup>566</sup> Loc. cit.

<sup>567</sup> *Ibid.* pp. 108-109.

<sup>568</sup> Para uma excelente coletânea sobre estudos estrangeiros acerca do tema e seus resultados, v. SILVA, Ângelo Henrique Lopes. *Preço de reserva sigiloso em licitações públicas*, pp. 13-16. Disponível em: <[http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/Premio\\_TN/XVIPremio/politica/3pfceXVIPTN/Tema\\_3\\_3.pdf](http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/Premio_TN/XVIPremio/politica/3pfceXVIPTN/Tema_3_3.pdf)> Acesso em: 15 maio 2016.

<sup>569</sup> No Brasil, a carência de estudos empíricos no Direito é fato notório, razão pela qual nem seria pertinente esperar que justamente em tema tão específico houvesse pesquisa aprofundada. Entretanto, mesmo no resto do mundo são limitadas as evidências científicas quanto aos efeitos da divulgação de informações nos leilões, vindo majoritariamente de meros experimentos. Nesse sentido, v. DE SILVA, Dakshina G. et al. The impact of public information on bidding in highway procurement auctions. *European Economic Review*, vol. 52, p. 150-181, 2008, p. 151.

Portanto, não parece haver, abstratamente, uma conduta certa ou errada a ser adotada pelo ordenamento jurídico na matéria. As circunstâncias do mercado em que ocorrem as compras públicas, bem como os objetivos buscados pela entidade adjudicante, podem fazer diferença para a definição do melhor desenho normativo na seara<sup>570</sup>.

A divergência teórica acaba por se materializar na existência de diferentes arranjos legislativos e institucionais quanto à publicização ou não de preços de reserva ou de orçamentos ao redor do mundo<sup>571 572</sup>.

Como examinado na seção anterior, há evidências na teoria dos leilões de que a divulgação pela Administração de informações relativas à avaliação dos itens licitados cria incentivos para que os particulares apresentem ofertas mais agressivas (ou seja, menores), o que traria benefícios para o erário<sup>573</sup>. Nesse passo, anunciar o valor estimado aumentaria a disputa e o retorno esperado pela Administração<sup>574</sup>. É o que parece estar por traz da opção usualmente adotada de tornar públicas tais informações.

No entanto, caso a Administração tenha como objetivo central impedir a formação de cartéis em um cenário em que identifique significativo risco de colusão, deve atentar-se também a outros possíveis incentivos gerados pela publicização das informações em comento.

Com a divulgação do patamar de preços que a Administração entende como o máximo adequado, o cartel apresentará, em teoria, uma proposta tendente a igualar tal preço de teto,

---

<sup>570</sup> Veja-se que o próprio Tribunal de Contas da União já teve a oportunidade de discutir se a manutenção de sigilo quanto ao orçamento estimado é, de fato, a melhor estratégia em todos os cenários. Em voto, já se consignou que, quando a melhor proposta for superior ao valor máximo admitido, uma solução possível seria, na fase de negociação, o licitante abaixar o seu preço até atingir o patamar permitido, momento em que se saberia exatamente o valor do orçamento sigiloso. Assim, a manutenção do sigilo somente tornaria o processo ainda mais moroso, acarretando ineficiência. Ressalta-se no presente trabalho o benefício para o combate ao risco de cartelização advindo da manutenção de sigilo. Para melhor análise, v. Acórdão nº 306/2013 – TCU – Plenário, Processo T-039.089/2012-6, Relator Ministro Valmir Campelo, Data da sessão 27 fev. 2013.

<sup>571</sup> Com efeito, nos Estados Unidos, a política sobre a divulgação das estimativas de custo varia consideravelmente entre cada unidade da federação. Em trabalho motivado pela mudança de política do estado de Oklahoma, que passou a divulgar as estimativas internas sobre os custos de construção de estradas naquela localidade, Dakshina De Silva e outros destacavam que, à época da elaboração de seu artigo, apenas oito estados americanos divulgavam as exatas estimativas que elaboravam, enquanto vinte e três não disponibilizavam tais dados antes do leilão, sendo que, desses, oito não publicizavam os dados mesmo após a abertura das propostas. Outros estados apresentavam, ainda, políticas mistas, divulgando dados parciais ou com a inclusão de outros custos que não apenas os que deveriam ser considerados para a oferta. Nesse sentido, v. DE SILVA, Dakshina G. et al. Op. cit. pp. 155-156.

<sup>572</sup> Especificamente quanto ao risco de formação de cartéis, verificou-se que em alguns países europeus a justificativa para a manutenção em sigilo do preço de reserva seria a de que a sua divulgação poderia facilitar o comportamento colusivo. Antagonicamente, em outras localidades o preço máximo é fixado e tornado público justamente na esperança de que tal prática dificulte a formação de cartéis. A pesquisa sobre a utilização de preços de reserva na Europa é comentada em CARPINETI, Laura et al. The variety of procurement practice: evidence from public procurement. In: DIMITRI, Nicola; PIGA, Gustavo; SPAGNOLO, Giancarlo (Ed.). *Handbook of Procurement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 26.

<sup>573</sup> DE SILVA, Dakshina G. et al. Op. cit. p. 151. No referido trabalho, há ratificação empírica do resultado.

<sup>574</sup> Cf. MILGROM, Paul R.; WEBER, Robert J. A Theory of auctions and competitive bidding. *Econometrica*, vol. 50, n. 5, p. 1089-1112, set. 1982, pp. 1112-1113.

uma vez que, na ausência de concorrência, não há nenhum incentivo a que o concerto de empresas apresente proposta mais favorável à Administração do que a que esteja no limite do aceitável.

Por outro lado, com o sigilo quanto a tais valores, o cartel perde a referência para a fixação do seu preço de monopólio<sup>575</sup>, deixando de ter um valor certo a servir como balizamento das propostas. Assim, aumentam-se os custos de transação para que o concerto estabeleça um valor considerado ótimo pelos participantes.

No mais, pensando-se especificamente no RDC, aquele orçamento secreto serve, ainda, como parâmetro para desclassificação de propostas (art. 24, III), de modo que os membros do cartel, sem a referência de preço da própria Administração, precisam optar por uma proposta vencedora que esteja abaixo daquele montante. Dessa forma, espera-se uma maior instabilidade no conluio, a conduzir à sua inviabilidade ou à apresentação de propostas mais próximas ao preço competitivo<sup>576</sup>. No mesmo passo, também no Estatuto das Estatais, o art. 56, IV, prevê a desclassificação de propostas que se encontrem acima do orçamento estimado para a contratação.

Por tais razões, há vozes na literatura que sustentam que, se a Administração souber que muito provavelmente enfrentará um mercado com considerável risco de formação de conluios, uma possível reação estratégica seria justamente a de manter em sigilo os valores por ela estimados<sup>577</sup>.

Tal sugestão foi encampada pela OCDE, que no documento intitulado “Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações Públicas” após como indicação o seguinte, que, embora literalmente verse sobre preços de reserva, também é aplicável ao debate sobre sigilo do orçamento:

Recorrer à utilização de preços máximos de aquisição apenas quando estes se baseiam numa cuidadosa pesquisa de mercado e se as entidades adjudicantes estiverem convencidas de que se tratam de preços muito competitivos. Esses preços máximos

---

<sup>575</sup> Em semelhante sentido, v. LIRA, Bruno; NÓBREGA, Marcos. O Estatuto do RDC é contrário aos cartéis em licitação? Uma breve análise baseada na Teoria dos Leilões. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, out./dez. 2011, p. 13. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDIexibepdf.aspx?tipoConteudo=Normal&vw=S&pdiCntd=76299&idPublicacao=6>>. Acesso em: 20 set. 2015.

<sup>576</sup> Mesmo no estudo empírico de Dakshina De Silva e outros, citado em nota anterior, que indicou que a divulgação das informações em comento pela Administração levaria à melhoria das ofertas recebidas na licitação, ressaltou-se que tais resultados foram obtidos considerando-se a manutenção de um ambiente competitivo. Com a introdução de colusão, a interpretação dos resultados poderia mudar, como ressaltado pelos próprios autores. Nesse sentido v. DE SILVA, Dakshina G. et al. Op. cit. p. 176.

<sup>577</sup> V. MCAFEE, Preston R; MCMILLAN, John. Bidding Rings. *The American Economic Review*, vol. 82, issue 3, p. 579-599, jun. 1992, pp. 591-592; Também WEISHAAR, Stefan E. *Cartels, Competition and Public Procurement – Law and Economics Approaches to Bid Rigging*. Cheltenham: Edward Elgar, 2013, p. 53.

não devem ser publicados, antes devem ser mantidos confidenciais durante o processo ou depositados noutra autoridade pública.<sup>578</sup>

Note-se que, a despeito de o tema haver sido debatido no Brasil com ares de novidade quando da aprovação do RDC, a discussão aqui analisada já se fazia presente na literatura há algumas décadas. Tanto que a recomendação supracitada da OCDE, que data de 2009, tampouco representou uma inovação nos países desenvolvidos. Como exemplo, veja-se que já na década de 1980 os Departamentos de Justiça e de Transporte dos Estados Unidos já sugeriam que:

Algumas agências estatais incluem suas estimativas de custo de engenharia para um projeto entre os materiais fornecidos para potenciais ofertantes. A agência pode fornecer tanto uma estimativa para cada linha de item no formulário de licitação ou uma estimativa de montante fixo para o projeto inteiro.

Sugerimos que as agências estatais mantenham todas tais estimativas como confidenciais até após os lances serem recebidos e o contrato ser adjudicado. Liberar essas informações mais cedo incentiva e facilita a oferta em conluio por permitir que os potenciais licitantes avaliem o que a agência estatal consideraria ser um preço razoável para o projeto e para decidir o quão longe um lance manipulado pode exceder a estimativa sem pôr em risco a adjudicação de um contrato. (Tradução livre a partir do original em inglês)<sup>579</sup>

Esclarecedora a justificativa suscitada pelos Departamentos americanos para a recomendação acima:

Não temos conhecimento de qualquer razão de negócios convincente para tornar a estimativa estatal dos custos de engenharia disponíveis para potenciais ofertantes. Não é necessário ajudá-los a estimar o custo dos materiais, vez que os licitantes estão intimamente familiarizados com esses custos. Baseando-se na experiência passada, os licitantes podem facilmente determinar os seus próprios custos de mobilização e de trabalho. Temos ciência de que os engenheiros do Estado em alguns casos obtêm os dados em que as suas estimativas são baseadas a partir dos mesmos empreiteiros que mais tarde fazem lances pelo projeto. Estamos convencidos, portanto, que o processo de licitação não seria prejudicado se as estimativas de engenharia estatais fossem retiradas de potenciais licitantes antes da celebração dos contratos de construção<sup>580</sup>. (Tradução livre a partir do original em inglês)

<sup>578</sup> OCDE. *Diretrizes para combater o conluio...*, p. 10.

<sup>579</sup> Do original: “Some state agencies include their engineer's cost estimate for a project among the materials furnished to prospective bidders. The agency may provide either an estimate for each line item on the bidding form or a lump sum estimate for the entire project.

We suggest that state agencies maintain all such estimates as confidential until after the bids are received and a contract is awarded. Releasing this information earlier encourages and facilitates bid rigging by permitting prospective bidders to gauge what the state agency would consider to be a reasonable price for the project and to decide how far a rigged bid may exceed the estimate without jeopardizing the award of a contract.”

DEPARTMENT OF TRANSPORTATION; DEPARTMENT OF JUSTICE. *Suggestions for the detection and prevention of construction contract bid rigging*, p. 07. Disponível em: <<https://www.fhwa.dot.gov/programadmin/contracts/dotjbid.pdf>> Acesso em: 15 maio 2016.

<sup>580</sup> Loc. cit. Do original: “We are not aware of any compelling business reason for making the state engineer's estimate available to prospective bidders. It is not necessary to help them estimate the cost of materials, sine bidders are intimately familiar with these costs. Relying on past experience, bidders can readily determine their own mobilization and labor costs. We are advised that state engineers in some cases obtain the data on which their

Pode-se considerar, dessa maneira, que o legislador brasileiro, ao encampar a possibilidade de manutenção de sigilo sobre o valor orçado, considerou que havia relevante risco de que a Administração lidasse com a ameaça de concertos para eliminação da concorrência nos projetos atinentes ao RDC e nas licitações das estatais e, assim, optou pela estratégia que parece mais profícua especificamente para a finalidade de prevenir a formação de conluíus naqueles procedimentos.

De todo modo, frise-se que a manutenção de sigilo, na forma comentada, ainda é objeto de acirrada controvérsia na literatura jurídica brasileira. Alguns autores, a exemplo de Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha, além de Rafael Carvalho Rezende Oliveira<sup>581</sup>, reconhecem que a restrição à publicidade de determinadas informações é prática corrente ao redor do mundo, objetivando “evitar a prática do alinhamento das ofertas com o valor orçado pela Administração”<sup>582</sup>.

Por outro lado, Marçal Justen Filho critica a opção do legislador em permitir o sigilo no orçamento. Sustenta o autor que a lei “consagrou uma solução fundada em pressuposto questionável e de comprovação empírica problemática”<sup>583</sup>. Afirma que a tese de que a divulgação do orçamento criaria incentivos à apresentação de propostas em valor tendente ou superior ao montante orçado seria “incompatível com a natureza competitiva do mercado”<sup>584</sup>. Comenta, ainda, que o orçamento estimado somente apresentaria efeito nas propostas apresentadas “na medida em que existisse um acordo antijurídico entre os licitantes”<sup>585</sup>.

Com as vênias de praxe, as colocações do autor merecem ponderação. De fato, não se conhece estudo empírico que comprove especificamente que um conluio de empresas toma o orçamento estimado como parâmetro para a fixação do preço de cartel, mesmo porque, tratando-se de uma atividade ilícita, um estudo empírico dessa natureza seria de difícil concretização, se não impossível. Em contrapartida, há trabalhos econômicos já referidos ao longo da presente seção, baseados em robusto instrumental matemático, que indicam que uma

---

estimates are based from the same contractors who later bid on the job. We are persuaded, therefore, that the bidding process would not be impaired if the state engineer's estimates were withheld from prospective bidders prior to the letting of construction contracts.”

<sup>581</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e Contratos Administrativos – Teoria e Prática*. 5. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 204-205.

<sup>582</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação Pública – A Lei Geral de Licitação - LGL e o Regime Diferenciado de Contratações - RDC*. 2. ed. rev. aument. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, pp. 195-196.

<sup>583</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários ao RDC: Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11*. São Paulo: Dialética, 2013, p. 114.

<sup>584</sup> Loc. cit.

<sup>585</sup> Ibid. p. 115.

estratégia pertinente a ser adotada pela Administração para a defesa de um conluio seria tornar os dados de estimativa sigilosos.

Além disso, a opção legislativa parte da premissa da existência de risco de formação de cartéis no mercado. Por conseguinte, acredita o legislador que a Administração poderá se defrontar com mercados em que a esperada natureza competitiva já foi esfacelada pela existência de um cartel explícito ou tácito. Em tal cenário, o instrumento permitido pelo legislador não se mostra incoerente, tampouco irracional.

Não há que se acolher, ainda, o argumento quanto à suposta inconstitucionalidade da previsão de sigilo sobre o valor orçado. Nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADIs nº 4645 e 4655, ainda não julgadas pelo STF, ajuizadas, respectivamente, por partidos políticos e pelo Ministério Público Federal, suscita-se, dentre diversos outros argumentos jurídicos de ataque à Lei do RDC, suposta violação aos princípios da publicidade, moralidade, impessoalidade e isonomia por conta da manutenção em sigilo do orçamento.

Em primeiro lugar, não há que se cogitar de máculas à impessoalidade ou a isonomia, uma vez que a norma em exame aplica-se a todos os licitantes que participem do certame. A possibilidade – hipotética – de que, por corrupção, algum concorrente reste favorecido, não é suficiente para caracterizar ofensa a tais princípios constitucionais.

Outrossim, não se vislumbra inconstitucionalidade por violação aos princípios da moralidade. Não há que se falar em tal agressão, uma vez que a norma possui objetivo de combate ao cerceamento indevido à concorrência. A sua finalidade não é espúria, muito pelo contrário: é a de auxiliar no combate a um ato ilícito.

Igualmente improcedente a alegada ofensa à publicidade. A discordância da regra não significa a sua inconstitucionalidade. No caso, o legislador realizou uma ponderação entre o referido princípio e os da eficiência e da livre concorrência, de idêntica índole constitucional, sendo certo que o dispositivo em exame representa apenas moderada e razoável restrição à publicidade, calibrada para permitir a melhor promoção de outros valores<sup>586</sup>. É de se ver, nesse passo, que mesmo quando adotado o orçamento sigiloso, as instâncias de controle continuarão a ter pleno acesso.

Como dito, o legislador, em busca da maior eficiência nas contratações públicas, ao ponderar tais princípios em conflito, optou pela prática que considerava mais hábil a tutelar a concorrência em um potencial cenário de cartelização. Portanto, a interpretação da norma em

---

<sup>586</sup> Em argumentação semelhante, MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação Pública – A Lei Geral de Licitação - LGL e o Regime Diferenciado de Contratações - RDC*. 2. ed. rev. aument. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, pp. 199.



tela à luz da necessária tutela de outros princípios constitucionais garante a sua compatibilização com o ordenamento jurídico.

Por toda a discussão acima exposta, verifica-se que o sigilo pode ser um instrumento hábil a contribuir para a prevenção à formação de cartéis em um mercado em que a Administração observe propensão a tal acontecimento. Por outro lado, como também visto, há produções acadêmicas que indicam que a divulgação pela Administração dos valores por ela orçados pode contribuir para a formulação de propostas mais agressivas.

Conclui-se, dessa forma, que o melhor arranjo normativo é o de conceder à Administração flexibilidade para a adoção ou não do sigilo, de acordo com as características observadas em cada mercado. Nesse sentido andou bem o legislador ao inserir tal experiência normativa no RDC e no Estatuto das Estatais, devendo tal instrumento ser estendido para as demais legislações licitatórias.

#### **4.4 Outras contribuições para a prevenção aos cartéis**

##### 4.4.1 Exclusão de propostas suscetíveis de falsear a concorrência

Mencionou-se na seção 2.5.2 que a integração de preocupações concorrenciais no Direito Administrativo, em sua faceta de Direito da Contratação Pública, pode também contribuir para o combate aos cartéis nas licitações por meio da adoção de soluções de punição ou censura às evidências de violação à concorrência<sup>587</sup>.

Lembre-se que eficazes medidas punitivas também auxiliam, ao fim, na prevenção à cartelização, haja vista que se espera que induzam agentes econômicos racionais a sequer incorrerem nas condutas indevidas ao observarem a probabilidade de suportarem sanções por conta de suas práticas.

Nesse contexto, a Diretiva 2014/24/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos na União Europeia, em seu art. 57<sup>588</sup>, prevê

---

<sup>587</sup> Cf. GONÇALVES, Pedro Costa. Op. cit. p. 424.

<sup>588</sup> Artigo 57.º Motivos de exclusão

(...)

4. As autoridades adjudicantes podem excluir ou podem ser solicitadas pelos Estados-Membros a excluir um operador económico da participação num procedimento de contratação, numa das seguintes situações:

que um dos motivos para que as autoridades adjudicantes possam excluir ou ser solicitadas pelos Estados-Membros a excluir um operador económico da participação num procedimento de contratação é a existência de indícios suficientemente plausíveis para concluir que o licitante celebrou acordos com outros operadores económicos com o objetivo de distorcer a concorrência.

No art. 70 do Código dos Contratos Públicos português – CCP<sup>589</sup>, dispositivo que regulamenta a análise das propostas recebidas, igualmente há previsão de exclusão da proposta quando existirem fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras concorrenciais. Naquela hipótese, a exclusão deve ser também imediatamente comunicada à autoridade concorrencial.

Tal medida é considerada o principal instrumento à disposição das entidades adjudicantes portuguesas para auxiliar no controle de comportamentos anticompetitivos antes mesmo do encerramento do procedimento de adjudicação<sup>590</sup>. Permite-se, por esse instrumento, que não haja apenas uma persecução administrativa ou penal *a posteriori* das empresas envolvidas nos atos ilícitos de afronta à concorrência, mas sim a exclusão, de plano, ainda durante o procedimento de contratação, daquelas propostas em que se verificassem evidências de desvios competitivos.

---

(...)

d) Se a autoridade adjudicante tiver indícios suficientemente plausíveis para concluir que o operador económico celebrou acordos com outros operadores económicos com o objetivo de distorcer a concorrência;

<sup>589</sup> Artigo 70.º Análise das propostas

1 - As propostas são analisadas em todos os seus atributos, representados pelos factores e subfactores que densificam o critério de adjudicação, e termos ou condições.

2 - São excluídas as propostas cuja análise revele:

a) Que não apresentam algum dos atributos, nos termos do disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 57.º;

b) Que apresentam atributos que violem os parâmetros base fixados no caderno de encargos ou que apresentem quaisquer termos ou condições que violem aspectos da execução do contrato a celebrar por aquele não submetidos à concorrência, sem prejuízo do disposto nos n.os 4 a 6 e 8 a 11 do artigo 49.º;

c) A impossibilidade de avaliação das mesmas em virtude da forma de apresentação de algum dos respectivos atributos;

d) Que o preço contratual seria superior ao preço base;

e) Um preço total anormalmente baixo, cujos esclarecimentos justificativos não tenham sido apresentados ou não tenham sido considerados nos termos do disposto no artigo seguinte;

f) Que o contrato a celebrar implicaria a violação de quaisquer vinculações legais ou regulamentares aplicáveis;

g) A existência de fortes indícios de actos, acordos, práticas ou informações susceptíveis de falsear as regras de concorrência.

3 - A exclusão de quaisquer propostas com fundamento no disposto nas alíneas e) e g) do número anterior deve ser imediatamente comunicada à Autoridade da Concorrência e, no caso de empreitadas ou de concessões de obras públicas, igualmente ao Instituto da Construção e do Imobiliário, I. P.

4 - A exclusão de quaisquer propostas com fundamento no disposto na alínea e) do n.º 2 deve ser comunicada à Comissão Europeia, desde que o anúncio do respectivo procedimento tenha sido publicado no Jornal Oficial da União Europeia.

<sup>590</sup> Cf. MOREIRA, João. Cartelização em Contratação Pública – a exclusão de propostas susceptíveis de falsear a concorrência. In: GONÇALVES, Pedro Costa. Estudos de Contratação Pública – III. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 202-203.

Frise-se que não é qualquer mero sinal de risco à concorrência que enseja a exclusão da proposta, devendo ser verificado pela autoridade adjudicante um forte indício, suficientemente robusto, que aponte razoável grau de certeza quanto à existência de uma prática anticoncorrencial<sup>591</sup>.

Desta feita, pertinente a ponderação do jurista João Moreira acerca da necessidade de se encontrar um justo equilíbrio entre a necessidade de proteção ao interesse público de preservação da concorrência e a cautela para que os ofertantes não sejam injustiçados em razão da falta de esmero na análise dos supostos indícios:

Não deve, porém, estabelecer-se aqui uma definição demasiado rigorosa desta condição, visto ser este o único momento em que uma entidade adjudicante pode controlar a existência de tais acordos. No exercício da sua liberdade avaliativa, terá o júri do concurso que equilibrar, por um lado, a prossecução do interesse público, garantindo que os fundos estatais não serão desperdiçados comprando bens e serviços acima do seu valor de mercado e, por outro lado, garantir que os proponentes não vejam injustamente afectados os seus interesses de carácter patrimonial<sup>592</sup>.

Os elementos a ensejarem a desconfiança da entidade adjudicante podem vir tanto dos preços propostos, como também de uma análise de padrões de contratação em procedimentos anteriores ou do comportamento adotado na adjudicação em análise. A apresentação de preços idênticos durante um determinado período de tempo, sem que eventuais variações de custo impliquem mudanças nos preços, a verificação de um aparente padrão para a vitória de uma determinada empresa por vez, a formulação de propostas de acordo com um mesmo padrão gráfico ou com erros de cálculos idênticos são alguns exemplos suscitados pela literatura de indícios de cerceamento indevido da concorrência<sup>593</sup>.

Por óbvio, a Administração precisaria recolher elementos mais robustos para decidir pela sanção de exclusão das propostas, haja vista que a prática de alguma das condutas acima não significa que necessariamente exista um concerto para violação da competitividade no certame<sup>594</sup>.

Além disso, é de se ressaltar que a norma portuguesa, em redação que se utiliza de conceitos jurídicos indeterminados, permite a exclusão da proposta por qualquer ato, acordo, prática ou informação suscetível de prejudicar a concorrência. Trata-se, portanto, de um

---

<sup>591</sup> Ibid. pp. 208-209.

<sup>592</sup> Ibid. p. 209.

<sup>593</sup> Ibid. pp. 210-211.

<sup>594</sup> Ibid. p. 212.

dispositivo que habilita o amplo controle de distintos comportamentos capazes de ensejar máculas ao procedimento licitatório, e não apenas de práticas tendentes à formação de cartéis<sup>595</sup>.

Como bem nota Pedro Costa Gonçalves ao comentar o dispositivo do CCP em exame, a “entidade adjudicante aparece aqui, não rigorosamente no exercício da função de adjudicação, mas no cumprimento de um dever jurídico de verificação de violações das regras da concorrência e de aplicação de sanções”<sup>596</sup>.

Por fim, cabe suscitar uma questão acerca da eventual incorporação no Brasil da prática de exclusão de propostas suscetíveis de falsear a concorrência. Não parece ser imprescindível que exista uma expressa norma habilitadora para que a Administração possa excluir propostas, por decisão fundamentada e após a devida apuração administrativa, em razão de robustas provas a indicarem a existência de comportamentos anticoncorrenciais. Afinal, o concerto entre concorrentes para eliminar ou arrefecer a competitividade macula os princípios básicos da contratação pública atinentes à isonomia, eficiência, moralidade, probidade administrativa, competitividade, além de impedir o objetivo primário de seleção da proposta mais vantajosa. Portanto, a simples tutela da juridicidade administrativa já permitiria a eliminação da proposta contaminada, por decisão administrativa, quando existentes elementos comprobatórios da prática de cerceamento da concorrência.

Todavia, para o incremento da segurança jurídica e para que o efeito dissuasório seja mais intenso, sustenta-se que, em sintonia com a experiência europeia, poder-se-ia promover no Brasil alteração legislativa a expressamente determinar a exclusão, pela Administração, de propostas quando existirem fortes elementos de que tenham ocorrido atos, acordos, práticas ou informações susceptíveis de falsear as regras de concorrência, devendo-se nesses casos, ato contínuo, imediatamente encaminhar cópias das evidências ao Cade.

#### 4.4.2 Declaração de elaboração independente de propostas

Outra medida passível de ser incorporada em todo o território nacional seria a exigência de assinatura, pelos participantes do certame, de uma declaração de independência da proposta, em que se manifestaria expressamente que a oferta é genuína, formulada com o efetivo intento

---

<sup>595</sup> Ibid. pp. 214-215.

<sup>596</sup> GONÇALVES, Pedro Costa. Op. cit. p. 425.

de se obter a adjudicação do contrato e que se chegou àquele preço de maneira independente dos demais proponentes<sup>597</sup>.

Nos Estados Unidos, onde a prática é adotada desde 1985 para licitações federais, exige-se a assinatura do documento por todos os licitantes que apresentem proposta, atestando-se, em apertada síntese, que não se participou de combinação com os demais competidores para a formulação daquela oferta e que tampouco a revelou aos demais licitantes ou tentou convencê-los a combinar preços<sup>598</sup>.

A OCDE, que recomenda a referida prática<sup>599</sup>, afirma que a declaração em exame busca desencorajar a formulação de propostas fraudulentas ou concertadas<sup>600</sup>, servindo tanto como um lembrete às administradores acerca de todas as normas punitivas referente à celebração de conluíus restritivos da concorrência nas licitações, bem como de uma afirmação de que as regras de proteção da concorrência foram respeitadas, podendo servir por si só, no caso de falsidade da informação declarada, como materialização do crime tipificado no art. 299 do Código Penal, qual seja, falsidade ideológica.

Considerando-se que produzir provas acerca da efetiva existência do cartel é bastante difícil, caso existam comprovações de contatos entre concorrentes tendentes à combinação de preços, ainda que não concretamente da formação do cartel, os envolvidos já poderiam ser apenados pelo crime previsto no art. 299 do Código Penal. Por conseguinte, a assinatura do documento permite que as autoridades, no caso de comprovação da falsidade das declarações, já possam punir um crime de mera conduta (a falsidade ideológica), não sendo necessária a comprovação da existência do cartel para iniciar a persecução pelo crime de dano<sup>601</sup>.

A exigência de apresentação da declaração em comento já é atualmente adotada em diversos entes federativos. A antiga SDE, na Portaria SDE nº 51, de 03 de julho de 2009, encampando orientações da OCDE, recomendou que órgãos licitantes exigissem uma declaração de elaboração independente de propostas, expedindo até uma sugestão de modelo

<sup>597</sup> OCDE. *Recommendation of the OECD Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement*, p. 03. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/RecommendationOnFightingBidRigging2012.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2015.

<sup>598</sup> IDEM. *The role of competition authorities in promoting competition*, p. 158. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/39891049.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

<sup>599</sup> A OCDE denomina tal documento de *Certificates of Independent Bid Determination (CIBD)*. IDEM. *Collusion and Corruption in Public Procurement*, p. 12. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/46235884.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2015.

<sup>600</sup> Cf. *Diretrizes para combater o conluio...*, p. 10.

<sup>601</sup> Cf. CECCATO, Marco Aurélio. *Cartéis em Licitações: estudo tipológico das práticas colusivas entre licitantes e mecanismos extrajudiciais de combate*. VII Prêmio SEAE – Advocacia da Concorrência e Regulação Econômica, 2012, p. 40. Disponível em: <<http://www.seae.fazenda.gov.br/premio-seae/edicoes-antiores/edicao-2012/vii-premio-seae-2012/3o%20Lugar%20Tema%201%20-%20Marco%20Aurelio%20Ceccato.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2016.

para tal documento. Alegou a SDE que a declaração seria uma medida para auxiliar a incrementar a competitividade.

Poucos meses depois, a Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação, do à época Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, expediu a Instrução Normativa nº 02, de 16 de setembro de 2009, tornando obrigatória nas modalidades licitatórias tradicionais e no pregão presencial a apresentação da declaração de independência da proposta no âmbito dos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais – SISG.

No Estado do Rio de Janeiro acompanhou-se a tendência por meio do Decreto nº 43.687, de 23 de junho de 2012, em que passou a se exigir que a declaração em comento fosse apresentada como anexo à proposta comercial nas modalidades concorrência, tomada de preços, convite e pregão em sua forma presencial.

Sustenta-se, aqui, que a exigência de apresentação da declaração em tela deveria figurar como norma legal geral, a ser cumprida por todos os entes licitantes. Como não se trata de um requisito de habilitação, o mencionado documento deveria ser entregue por todos os participantes da disputa, e não apenas pelo vencedor, mesmo nos casos em que a fase de habilitação aconteça posteriormente ao julgamento das propostas.

#### **4.5 Diretriz hermenêutica do sistema de contratação pública: interpretações para a melhor prevenção aos cartéis**

Ao longo do presente capítulo apresentaram-se propostas para a redefinição do sistema de incentivos advindo da seara licitatória, sempre com o escopo de buscar a melhor prevenção pelo Estado aos cartéis em licitações. Sugeriram-se, assim, eventuais modificações normativas que poderiam corrigir os incentivos indevidos atualmente produzidos.

Naturalmente, alterações legislativas, se concretizadas, trariam maior segurança aos operadores do sistema. Todavia, por vezes, uma nova diretriz hermenêutica, pautada em uma interpretação evolutiva de todo o sistema de contratações públicas a partir dos valores carreados pelos novos subordenamentos recentemente surgidos<sup>602</sup>, como são os casos do RDC e do Estatuto das Estatais, já poderia contribuir para a melhor prevenção aos cartéis.

---

<sup>602</sup> Defendendo interpretação evolutiva da Lei nº 8.666/93 em conformidade com as tendências que inspiram a criação de novos subordenamentos de contratações públicas, v. ARAGÃO, Alexandre Santos. Possibilidade de faturamento direto entre sociedade de economia mista e empresa subcontratada sem alteração da responsabilidade da empreiteira principal, *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Edição especial: Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica, p. 201-245, 2014, pp. 221-222.

Nessa esteira, Alexandre Aragão defende que a aplicação de uma determinada previsão de um dos subordenamentos de contratação pública pode eventualmente não se restringir “apenas para o seu âmbito de incidência específico, constituindo a positivação de uma evolução do direito contratual público brasileiro, bem como o reconhecimento de sua compatibilidade com o princípio da moralidade e com a regra constitucional da licitação”<sup>603</sup>.

Igualmente, se um dado dispositivo de um novo subordenamento, como do RDC ou do Estatuto das Estatais, melhor proteger a concorrência, estando ainda em sintonia com demais princípios constitucionais, a exemplo de economicidade e eficiência, poder-se-ia cogitar de sua aplicação mesmo para outros subordenamentos ou, inclusive, para o regime geral. Para Alexandre Aragão, tais disposições, que melhor tutelassem um relevante princípio constitucional, seriam “exemplos de infiltração de novos valores no sistema de contratações públicas”<sup>604</sup>, “levando à reinterpretação da Lei n. 8.666/93”<sup>605</sup>.

Por óbvio, a literalidade do texto legal deve ser vista como limite interpretativo. Por outro lado, o denominado princípio da legalidade, que hoje, em conotação ampliada e englobante, passa a ser interpretado, em verdade, como uma vinculação da Administração à juridicidade administrativa<sup>606</sup>, “não exige que todos os detalhes e minúcias da atuação administrativa sejam previstos expressa e profundamente pela lei, podendo a atuação administrativa se fundar nos valores e no conjunto do ordenamento jurídico”<sup>607</sup>.

Assim, nas hipóteses em que o regime geral ou um subordenamento restarem omissos, a solução jurídica para a melhor tutela da concorrência poderia se inspirar em dispositivos trazidos pelos mais modernos regramentos.

Por exemplo, o RDC, em seu art. 16, e o Estatuto das Estatais, em seu art. 52, permitem a combinação de disputas por meio de propostas fechadas e abertas. Além disso, assim como na lei dos pregões, estabelecem como regra geral, respectivamente em seus arts. 12 e 51, que a habilitação ocorra somente após o julgamento das propostas apresentadas. Ora, considerando o caráter maximalista da Lei nº 8.666/93, com expressa previsão do procedimento a ser adotado, não seria pertinente aplicar tais disposições do RDC e do Estatuto das Estatais ao regime geral.

---

<sup>603</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 330.

<sup>604</sup> Loc. cit.

<sup>605</sup> Loc. cit.

<sup>606</sup> Sobre a evolução do princípio da legalidade para o princípio da juridicidade administrativa, v. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, pp. 131-205.

<sup>607</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos. Possibilidade de faturamento direto..., p. 220.

Todavia, em sentido oposto, a vedação, prevista no art. 78, § 2º, da Lei nº 13.303/2016, da subcontratação de empresa ou de consórcio que tenha participado do procedimento licitatório do qual se originou a contratação ou da elaboração de projeto básico ou executivo, por ser disposição que, como visto, auxilia na melhor proteção da concorrência, poderia inspirar, como diretriz hermenêutica, soluções jurídicas aplicáveis a casos que não são regidos pelo Estatuto das Estatais.

A mesma luz interpretativa poderia ser empregada, quando não haja expressa solução no texto legal, também para outros temas, a partir dos novos valores infiltrados no sistema de contratação pública pelas inovações carreadas pelos modernos subordenamentos. Novamente nas palavras de Alexandre Aragão:

No caso concreto, o necessário diálogo entre a Lei nº. 8.666/93 e o restante da legislação sobre licitações e contratos administrativos é promovido quando as regras previstas pela primeira são interpretadas e concretizadas à luz dos novos ares trazidos pela legislação mais recente e mais consentânea com a noção de legitimação da Administração Pública pelos resultados<sup>608</sup>.

O tratamento aqui proposto, embora insuficiente para corrigir todos os incentivos indevidos à cartelização suscitados no presente capítulo, permite, independentemente de modificações legislativas, a revisão de alguns entendimentos jurídicos, em busca da melhor tutela da concorrência como valor fundamental para a higidez das contratações públicas.

#### **4.6 Considerações finais**

A presença no regime jurídico licitatório de elementos, de diversas ordens, que criam incentivos à cartelização nas licitações demonstra que, de fato, o Direito Administrativo das licitações falha em prevenir que os particulares tenham espaço para pôr em marcha condutas anticoncorrenciais.

Com efeito, alguns fatores estruturais do desenho licitatório, de viabilização de participação ou relativos à publicidade e à transparência, ainda que eventualmente almejando alcançar outras finalidades públicas, acabam por produzir, também, consequências por vezes não previstas no sentido de gerar facilidades para que os particulares solucionem problemas de coordenação ou monitoramento próprios da atuação em cartel.

---

<sup>608</sup> Ibid. p. 226.



Corrigir tais falhas – o que seria fundamental para que o Estado adequadamente cumpra o devido papel de evitar, preventivamente, a formação de cartéis –, seja por modificações normativas, seja por revisões hermenêuticas, passa por compreender todos os incentivos e todas as consequências geradas pelas disposições relativas ao regime jurídico das licitações, o que inevitavelmente exige a releitura do Direito sob um viés de maior preocupação concorrencial.

## CONCLUSÃO

A relevância da concorrência para a contratação pública exige que tal valor – jurídico e econômico – seja melhor protegido e promovido pelo Direito. Um regime jurídico licitatório embebido por preocupações concorrenciais pode contribuir, nesse sentido, para uma contratação pública hígida, com menor risco de contaminação por corrupção ou por atos de restrição concorrencial.

Como se destacou ao longo do texto, os cartéis representam a mais emblemática forma de restrição concorrencial, inclusive na seara das compras e contratações promovidas pelo Poder Público. Com efeito, características intrínsecas ao regime jurídico das licitações fazem com que haja maior propensão à formação de cartéis naquele meio do que em outros mercados. A rigidez das regras licitatórias, a repetição das interações, a periodicidade previsível dos eventos de disputa, as eventuais barreiras à entrada, além da transparência acerca dos participantes e dos dados das propostas, aumentam a probabilidade de organização de conluios pelos particulares.

O Estado pode ter uma atuação preventiva à formação dos cartéis, e não apenas repressiva. A partir da constatação de que o cartel é um arranjo potencialmente instável, cabe ao Estado evitar criar circunstâncias, em seu sistema institucional e normativo, que contribuam para que o cartel solucione seus problemas de coordenação e instabilidade. Além disso, cabe também ao Estado criar incentivos que colaborem ainda mais para a já natural propensão à traição entre os membros dos conluios. Naturalmente, o Direito Administrativo das licitações tem um importante papel a desempenhar nesse caminho.

É de se ver que, ao evitar a geração ou a corrigir os indevidos incentivos à formação dos cartéis, seja eliminando facilidades para que os particulares resolvam seus problemas de coordenação ou de repartição de lucros, seja contribuindo para a instabilidade dos eventuais acordos, o Estado estará, sob um prisma econômico, contribuindo para a prevenção à cartelização. Afinal, considerando a racionalidade dos agentes econômicos, acredita-se que, na hipótese de as empresas perceberem que uma eventual colusão não seria sustentável, sequer incorram em tais práticas, pelo receio de restarem punidas.

No capítulo 4 apresentaram-se alguns fatores do regime jurídico licitatório que contribuem para a cartelização, bem como bases para os superar. Tais elementos foram divididos em três grupos: estruturais, de viabilização de participação e relativos à publicidade e à transparência.

Quanto aos fatores estruturais, concluiu-se, em apertadíssima síntese, que, ante a complexidade dos possíveis arranjos, o melhor caminho a ser adotado pelo ordenamento licitatório brasileiro parece ser o de ampliar a experiência do RDC e do Estatuto das Estatais, concedendo maior flexibilidade, em todo o regime licitatório, para que o administrador escolha o formato licitatório mais conveniente em cada oportunidade, vez que é importante que os certames sejam talhados de acordo com as circunstâncias envolvidas no caso específico.

No que tange a consórcios e subcontratações, o complexo desafio estatal é o de regular o manejo de tais instrumentos em sua justa medida, para que sejam mecanismos de incremento da competitividade, e não máscaras a restrições indevidas à concorrência. Acerca dos consórcios, pareceria pertinente submeter à análise do Cade aqueles que atingissem um determinado valor previamente estabelecido, além de exigir demonstração perante a Administração de que o consórcio seria necessário no caso concreto. Já quanto às subcontratações, no mínimo a proibição em favor de potenciais concorrentes que preenchiam os requisitos para terem participado do certame, mas que não o fizeram, bem como daqueles que participaram e não se sagram vencedores, deveria ser incorporada de modo geral no regime jurídico licitatório brasileiro.

Em relação ao fracionamento do objeto, parece que no caso brasileiro o mais importante seria dedicar maior atenção às práticas decisórias da Administração Pública acerca de como parcelar o objeto contratual em licitações. Nesse sentido, considerando o risco de cartelização em determinado mercado, deve a Administração orientar-se por dois *standards*, quais sejam, buscar que o número de lotes seja menor do que o número esperado de participantes e que haja ao menos um lote adicional ao número de fornecedores já consolidados no mercado, destinado a possíveis novos entrantes.

Já no que se refere às informações a serem divulgadas durante o procedimento de contratação, à fixação de preço de reserva ou à manutenção de sigilo no orçamento, o tema merece maior amadurecimento por parte da Administração e dos legisladores, em busca de um melhor equilíbrio entre todos os incentivos em jogo, por vezes contraditórios entre si. Se o Poder Público, pelo histórico enfrentado, acredita que em determinado mercado há risco considerável de formação de conluíus, pode-se estabelecer um preço máximo menor do que o que seria indicado na ausência de tal suspeita, como forma de comportamento estratégico da Administração. Já o sigilo do orçamento, embora desperte diferentes sinalizações ao mercado, parece que pode ser um instrumento hábil a contribuir para a prevenção à formação de cartéis quando já se observar propensão a tal acontecimento.

É de se ver que a solução para as questões suscitadas ao longo do trabalho não exige, em todos os casos, modificação legislativa. Por vezes, uma nova diretriz hermenêutica, pautada em uma interpretação evolutiva de todo o sistema de contratações públicas a partir dos valores carreados pelos recentes subordenamentos, já se mostraria hábil para a melhor prevenção aos cartéis. Com efeito, algumas novidades trazidas por legislações mais recentes podem ser encaradas como positivamente de uma evolução do Direito Administrativo das licitações para a melhor tutela da concorrência como valor fundamental nessa seara.

Naturalmente, os elementos supracitados não são os únicos que poderiam ser manejados para a redução dos riscos de cartelização e para a melhor prevenção pelo Estado da prática em tela, cabendo aos legisladores, administradores e juristas constante reflexão, sempre por meio de um olhar embebido por preocupações concorrenciais, para a identificação de outras fragilidades ou para a elaboração de propostas adicionais que contribuam para um melhor desenho de sistema de incentivos em contratações públicas.

## REFERÊNCIAS

ALBANO, Gian Luigi et al. Fostering participation. In: DIMITRI, Nicola; PIGA, Gustavo; SPAGNOLO, Giancarlo (Ed.). *Handbook of Procurement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

\_\_\_\_\_. Information and competitive tendering. In: DIMITRI, Nicola; PIGA, Gustavo; SPAGNOLO, Giancarlo (Ed.). *Handbook of Procurement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

\_\_\_\_\_. Preventing collusion in procurement. In: DIMITRI, Nicola; PIGA, Gustavo; SPAGNOLO, Giancarlo (Ed.). *Handbook of Procurement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

\_\_\_\_\_. Regulating Joint Bidding in Public Procurement. *Journal of Competition Law & Economics*, Oxford, 5(2), 2009, p. 335-360. Disponível em: <<http://jcle.oxfordjournals.org/content/5/2/335.full.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

ALVARENGA, Darlan. Sigilo de orçamento de obra para Copa foi mal interpretado, diz Dilma. *G1*, Ribeirão Preto, 17 jun. 2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2011/06/sigilo-de-orcamento-de-obra-para-copa-foi-mal-interpretado-diz-dilma.html>>. Acesso em: 16 maio 2016.

ANDERSON, Robert D.; KOVACIC, William. *Competition Policy and International Trade Liberalisation: Essential Complements to Ensure Good Performance in Public Procurement Markets*, pp. 89-90. Disponível em: <[https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public\\_statements/competition-policy-and-international-trade-liberalisation-essential-complements-ensure-good.anderson/2009procurementmks.pdf](https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/competition-policy-and-international-trade-liberalisation-essential-complements-ensure-good.anderson/2009procurementmks.pdf)>. Acesso em: 12 maio 2016.

ANDERSON, Robert D; MÜLLER, ANNA CAROLINE; KOVACIC, William E. Ensuring integrity and competition in public procurement markets: a dual challenge for good governance. In: ARROWSMITH, Sue; ANDERSON, Robert D. (Ed.). *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and reform*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

ANTON, James J; YAO, Dennis A. Coordination in Split Award Auction. *The Quarterly Journal of Economics*, n. 107, p. 681-707, maio 1992.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

\_\_\_\_\_. Possibilidade de faturamento direto entre sociedade de economia mista e empresa subcontratada sem alteração da responsabilidade da empreiteira principal, *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Edição especial: Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica, p. 201-245, 2014.

\_\_\_\_\_. Serviços Públicos e Concorrência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fev. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-1-FEVEREIRO-2005-ALEXANDRE-ARAGAO.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2015.

ARQUÉ, Joan Ramon Borrell; González, Juan Luis Jiménez; Haro, José Manuel Ordóñez de. *Redefiniendo los incentivos a la colusión: el programa de clemencia*, p. 18. Disponível em: <[http://www.revistasice.com/CachePDF/ICE\\_876\\_17-36\\_\\_D02162CAFDC896C0AD2868D55E60D2B7.pdf](http://www.revistasice.com/CachePDF/ICE_876_17-36__D02162CAFDC896C0AD2868D55E60D2B7.pdf)> Acesso em: 07 out. 2016.

ARROWSMITH, Sue. *Horizontal Policies in Public Procurement: a taxonomy*. Disponível em: <<https://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/fulltextarticles/suetaxonomyofhorizontalpolicies.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2015.

AUSUBEL, Lawrence M.; CRAMPTON, Peter. Dynamic auctions in procurement. In: DIMITRI, Nicola; PIGA, Gustavo; SPAGNOLO, Giancarlo (Ed.). *Handbook of Procurement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

BAPTISTA, Patricia. A evolução do Estado regulador no Brasil – Desenvolvimento, globalização, paternalismo e judicialização. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 15, n. 175, p. 59-65, set. 2015.

\_\_\_\_\_. Transformações do Direito Administrativo: 15 anos depois – reflexões críticas e desafios para os próximos quinze anos. In: BRANDÃO, Rodrigo. BAPTISTA, Patrícia (Org.) *Direito Público*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5a ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à Saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude\\_-\\_judicializacao\\_-\\_Luis\\_Roberto\\_Barroso.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf)>. Acesso: 28 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

\_\_\_\_\_. A ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº 14, junho/agosto, 2002. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_14/DIALOGO-JURIDICO-14-JUNHO-AGOSTO-2002-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_14/DIALOGO-JURIDICO-14-JUNHO-AGOSTO-2002-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf)>. Acesso em: 02 abr. 2016.

BASTOS, Celso Ribeiro. O princípio da livre concorrência na Constituição Federal. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luis Roberto (Orgs.). *Direito Constitucional: constituição financeira, econômica e social*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BECKER, Gary S. *Crime and Punishment: An Economic Approach*. Disponível em: <<http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

BELL, John S. Comparative Administrative Law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (Org.) *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

BENEDETTO, Maria De. Corruption and Controls, *European Journal of Law Reform*, issue 4, p. 479-501, 2015.

BIGNAMI, Francesca. *Comparative Administrative Law*. Public Law and Legal Theory Paper n. 2012-115. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2171307](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2171307)>. Acesso em: 12 out. 2015.

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

\_\_\_\_\_. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BLACK, Julia. *Critical reflections on regulation*. CARR Discussion Papers, DP 4. Centre for Analysis of Risk and Regulation, London School of Economics and Political Science, London, UK. Disponível em: <<http://eprints.lse.ac.uk/35985/1/Disspaper4-1.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2016.

BLANCAS, Luis et al. *Do Procurement Rules Impact Infrastructure Investment Efficiency? – An Empirical Analysis of Inversão das Fases in São Paulo State*. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1747431](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1747431)> Acesso em: 23 maio 2016.

BOVIS, Christopher H. *EU Public Procurement Law*. 2. ed. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2012.

\_\_\_\_\_. Public Procurement in the European Union: Lessons from the past and insights to the future. *Columbia Journal of European Law*, vol. 12, issue 1, p. 53-123, 2005-2006.

CADE. Nota Técnica nº 102/2015/CGAA8/SGA2/SG/CADE. Disponível em: <[http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento\\_consulta\\_externa.php?4elKWefTEDNjuW0Z7eeqmJameYvd4HOZP-iApsg-mWII8cL55UM65xvYSUQZtf1HcqXKdIXtiNvtq6TCAdBlg,,>](http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?4elKWefTEDNjuW0Z7eeqmJameYvd4HOZP-iApsg-mWII8cL55UM65xvYSUQZtf1HcqXKdIXtiNvtq6TCAdBlg,,>). Acesso em: 02 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. *Versão pública do “Histórico da Conduta”* – acordo de leniência celebrado com a Andrade Gutierrez Engenharia S/A e com executivos e ex-executivos da empresa acerca de suposto cartel na licitação para a concessão de exploração da Usina Hidrelétrica de Belo Monte (“UHE Belo Monte”) – Leilão nº 06/2009 – e na contratação para a construção da UHE Belo Monte na modalidade EPC – Concorrência Privada da Norte Energia S/A. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordo-de-leniencia-em-investigacao-de-cartel-na-licitacao-da-usina-de-belo-monte/historico-da-conduta-bm.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. *Versão pública do “Histórico da Conduta”* – acordo de leniência celebrado com a Construções e Comércio Camargo Correa S/A (CCCC) e pessoas físicas funcionários e ex-funcionários da empresa. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordo-de-leniencia-em-investigacao-de-cartel-em-licitacao-da-usina-angra-3/historico\\_da\\_conduta\\_publico.pdf](http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordo-de-leniencia-em-investigacao-de-cartel-em-licitacao-da-usina-angra-3/historico_da_conduta_publico.pdf)>. Acesso em: 14 out. 2016.

\_\_\_\_\_. *Versão pública do “Histórico da Conduta”* – acordo de leniência celebrado com a Setal Engenharia e Construções, a SOG Óleo e Gás e pessoas físicas funcionários e ex-funcionários das empresas do grupo. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordo-de-leniencia-no-ambito-da-201coperacao-lava-jato201d/hc-versao\\_publica.pdf](http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordo-de-leniencia-no-ambito-da-201coperacao-lava-jato201d/hc-versao_publica.pdf)>. Acesso em: 14 out. 2016.

\_\_\_\_\_. *Versão pública do “Histórico da Conduta”* que acompanha o Termo de Compromisso de Cessação – TCC assinado com a empresa Construções e Comércio Camargo Corrêa S/A – CCCC e dois ex-funcionários, em procedimento que apura a ocorrência de cartel no mercado de obras civis e de montagem industrial no setor de óleo e gás *onshore* no Brasil, em licitações da Petróleo Brasileiro S/A – Petrobras. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordo-com-construtora-camargo-correa-na-investigacao-de-cartel-em-licitacoes-da-petrobras/historico-da-conduta.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2016.



CARNEIRO, Breno Zaban. *Barreiras à entrada e habilitação em licitação: o artigo 37, XXI, da Constituição Federal visto sob as perspectivas do Direito Administrativo e do Direito Antitruste*. 2008. 148 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. Disponível em: <[http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/2608/1/2008\\_BrenoZabanCarneiro.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/2608/1/2008_BrenoZabanCarneiro.pdf)>. Acesso em: 31 maio 2016.

CARPINETI, Laura et al. The variety of procurement practice: evidence from public procurement. In: DIMITRI, Nicola; PIGA, Gustavo; SPAGNOLO, Giancarlo (Ed.). *Handbook of Procurement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 5a. ed. São Paulo, Saraiva, 2014, v. 4, tomo II.

CASSESE, Sabino. New paths for administrative law: a manifesto. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, n. 3, pp. 603-613, 2012.

CAUPERS, João. Contratação Pública e Concorrência. In: TRABUCO, Cláudia; EIRÓ, Vera (Org.) *Contratação Pública e Concorrência*. Coimbra: Almedina, 2013.

CECCATO, Marco Aurélio. *Cartéis em Licitações: estudo tipológico das práticas colusivas entre licitantes e mecanismos extrajudiciais de combate*. VII Prêmio SEAE – Advocacia da Concorrência e Regulação Econômica, 2012. Disponível em: <<http://www.seae.fazenda.gov.br/premio-seae/edicoes-antiores/edicao-2012/vii-premio-seae-2012/3o%20Lugar%20Tema%201%20-%20Marco%20Aurelio%20Ceccato.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2016.

CHEVALLIER, Jacques. Estado e ordem concorrencial. Tradução de Thales Morais da Costa. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 133-151, out./dez. 2007, p. 03. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=49829>>. Acesso em: 19 ago. 2015.

CLARK, John Maurice. Toward a concept of workable competition. *The American Economic Review*, vol. 30, n. 2, part. 1, pp. 241-256, jun. 1940.

COLLINS, Hugh. *Regulating Contracts*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1995.

CONNOR, John M. *Latin America Cartel Control*. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1156401](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1156401)>. Acesso em: 06 out. 2016.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5a ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

D'ALBERTI, Marco. Administrative law and the public regulation of markets in a global age. In: ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L. (Org.) *Comparative Administrative Law*. Northampton: Edward Elgar, 2010.

DANTAS, Iuri. Máfia dos Vampiros: SG isenta 20 e pede condenação de 3 laboratórios. *JOTA*, 19 out. 2015. Disponível em: <<http://jota.info/operacao-vampiro-sg-recomenda-condenacao-de-tres-laboratorios>>. Acesso em: 26 out. 2016.

DE SILVA, Dakshina G. et al. The impact of public information on bidding in highway procurement auctions. *European Economic Review*, vol. 52, p. 150-181, 2008.

DEPARTMENT OF JUSTICE. *Price fixing, Bid Rigging, and Market Allocation Schemes: what they are and what do look for*. Disponível em: <<https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2007/10/24/211578.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2016.

DEPARTMENT OF TRANSPORTATION; DEPARTMENT OF JUSTICE. *Suggestions for the detection and prevention of construction contract bid rigging*. Disponível em: <<https://www.fhwa.dot.gov/programadmin/contracts/dotjbid.pdf>> Acesso em: 15 maio 2016.

ESTACHE, Antonio; IIMI, Atsushi. *Benefits from competition for infrastructure procurements and financial needs reassessed*. Disponível em: <<http://eares.ulb.ac.be/earesdocuments/ws/bvo2/iimi-paper.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. *Joint Bidding in Infrastructure Procurement*. Disponível em: <<http://elibrary.worldbank.org/doi/abs/10.1596/1813-9450-4664>>. Acesso em: 28 abr. 2014.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Concorrência como tema constitucional: política de estado e de governo e o Estado como agente normativo e regulador. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, vol. 16, jan. 2009.

\_\_\_\_\_. A economia e o controle do Estado. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 04 jun. 1989, apud GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 17a ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

FERREIRA NETO, Amadeu de Souza. Programa de Leniência e a Lei 12.529/2011: Avanços e Desafios. *Revista do IBRAC*, ano 19, vol. 22, p. 145-162, jul-dez 2012.

FIANI, Ronaldo. *Teoria dos Jogos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio. Desenho institucional em compras públicas. In: SALGADO, Lucia Helena. FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio (Org.). *Marcos regulatórios no Brasil: aperfeiçoando a qualidade regulatória*. Rio de Janeiro: IPEA, 2015.

FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio; MEDEIROS, Bernardo Abreu de. A agenda perdida das compras públicas: rumo a uma reforma abrangente da lei de licitações e do arcabouço institucional. *Texto para discussão*. Brasília: Ipea, 2014. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=23120](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=23120)>. Acesso em: 30 abr. 2016.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FREITAS, Rafael Vêras de. O combate aos cartéis nas licitações (visando à Copa do Mundo de 2014 e às Olimpíadas de 2016). *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 33, jan./mar. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=72136>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

FURQUIM DE AZEVEDO, Paulo. Análise Econômica da Defesa da Concorrência. In TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliano Oliveira. *Direito Antitruste*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

GARCIA, Flávio Amaral; RIBEIRO, Leonardo Coelho. Licitações públicas sustentáveis. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, v. 260, maio/ago. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=81547>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

GIAMBIAGI, Fabio. *Capitalismo: modo de usar – porque o Brasil precisa aprender a lidar com a melhor forma de organização econômica que o ser humano já inventou*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Cartel: teoria unificada da colusão*. São Paulo: Lex Editora, 2006.

\_\_\_\_\_. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012.

GINSBURG, Tom. Written constitutions and the administrative state: on the constitutional character of administrative law. In: ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L. (Org.) *Comparative Administrative Law*. Northampton: Edward Elgar, 2010.

GONÇALVES, Eduardo. WTorre recebeu R\$ 18 milhões para desistir de licitação. *Veja.com*, 04 jul. 2016. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/politica/wtorre-recebeu-r-18-milhoes-para-desistir-de-licitacao/>>. Acesso em: 13 out. 2016.

GONÇALVES, Pedro Costa. A regulação do mercado da contratação pública. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, mar./ago. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=97112>> Acesso em: 26 set. 2016.

\_\_\_\_\_. *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

\_\_\_\_\_. *Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito*. 5. ed, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRIMM, Veronika et al. Division into lots and competition in procurement. In: DIMITRI, Nicola; PIGA, Gustavo; SPAGNOLO, Giancarlo (Ed.). *Handbook of Procurement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

H AidAR, Daniel; GORCZESKI, Vinicius. Delação da Andrade Gutierrez mostra um belo monte de propinas. *Revista Época*. Rio de Janeiro: 08 abr. 2016. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/tempo/noticia/2016/04/delacao-da-andrade-gutierrez-mostra-um-belo-monte-de-propinas.html>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

HENDRICKS, Kenneth; PORTER, Robert H. Joint Bidding in Federal OCS Auctions. *The American Economic Review*, vol. 82, n. 2, p. 506-511, maio 1992.

IIMI, Atsushi. (Anti-)Competitive effect of joint bidding: evidence from ODA procurement auctions. *Journal of the Japanese and International Economies*, vol. 18, issue 3, p. 416-439, 2004.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. *Building blocks for effective anti-carel regimes*. Defining Hard Core Cartel Conduct — Effective Institutions — Effectives Penalties. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2005, p. 01. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2016.

JENNY, Frédéric. Competition and Anti-Corruption Considerations in Public Procurement. In: *Fighting Corruption and Promoting Integrity in Public Procurement*. Paris: OCDE, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15a ed. São Paulo: Dialética, 2012.

\_\_\_\_\_. Corrupção e contratação administrativa: a necessidade de reformulação do modelo jurídico brasileiro. *Gazeta do Povo*. Curitiba, 05 jun. 2015. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/marcal-justen-filho/corruptao-e-contratacao-administrativa-a-necessidade-de-reformulacao-do-modelo-juridico-brasileiro-0plrukcg5ficcjqzrcnfcbbu>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. Mas temos muito ainda a falar sobre licitação. *Gazeta do Povo*. Curitiba, 06 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/marcal-justen-filho/mas-temos-muito-ainda-a-falar-sobre-licitacao-0k320vk5ryh9zn8tdrguqlrzm>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

KENNEDY-LOEST, Ciara; THOMAS, Christopher; FARLEY, Martin. EU Public Procurement and Competition Law: The Yin and Yang of the Legal World?. *Competition Law International*, pp. 77-82, nov. 2011.

KLEMPERER, Paul. Competition Policy in Auctions and “Bidding Markets”. In: BUCCIROSSI, Paolo (ed.). *Handbook of Antitrust Economics*. Cambridge: The MIT Press, 2008.

\_\_\_\_\_. *The biggest auction ever: the sale of the British 3G Telecom Licences*. Disponível em: <<http://www.nuff.ox.ac.uk/economics/papers/2002/w4/biggest29nov.pdf>>. Acesso em: 11 maio 2016.

\_\_\_\_\_. *Auctions: Theory and Practice*. Princeton: Princeton University Press, 2004.

KOVACIC, William E. et al. Bidding rings and the design of anti-collusive measures for auctions and procurements. In: DIMITRI, Nicola; PIGA, Gustavo; SPAGNOLO, Giancarlo (Ed.). *Handbook of Procurement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

KRISHNA, Vijay. *Auction Theory*. 2. ed. San Diego: Elsevier, 2010.

LEITÃO, Miriam. Cápsula do Tempo. *O Globo*. Rio de Janeiro: 10 abr. 2016. Disponível em: <<http://blogs.oglobo.globo.com/miriam-leitao/post/capsula-do-tempo.html>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. *Breaking Up is Hard to Do: Determinants of Cartel Duration*. Ross School of Business Paper n. 1150. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1676968](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1676968)>. Acesso em: 05 out. 2016.

\_\_\_\_\_. *Cartels and Collusion – Empirical Evidence*. Ross School of Business Working Paper n. 1182, nov. 2012. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2182565](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2182565)>. Acesso em: 05 out. 2016.

\_\_\_\_\_. What Determines Cartel Success?, *Journal of Economic Literature*, vol. XLIV, p. 43-95, mar. 2006.

LIRA, Bruno; NÓBREGA, Marcos. O Estatuto do RDC é contrário aos cartéis em licitação? Uma breve análise baseada na Teoria dos Leilões. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, out./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDIexibepdf.aspx?tipoConteudo=Normal&vw=S&pdiCntd=76299&idPublicacao=6>>. Acesso em: 20 set. 2015.

LONDON ECONOMICS. *The nature and impact of hardcore cartels: A report to the Danish Competition Authority*. Jan. 2011. Disponível em: <<http://londoneconomics.co.uk/wp-content/uploads/2011/09/7-The-nature-and-impact-of-hardcore-cartels.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2016.

MANKIW, N. Gregory. *Introdução à Economia: princípios de micro e macroeconomia*. Tradução da 2a ed. Rio de Janeiro: Campus, 2001.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A admissão de atestados de subcontratada nomeada nas licitações para concessão de serviços públicos, *Revista Trimestral de Direito Público – RTDP*, Belo Horizonte, n. 53, 2011. Disponível em:

<<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=120730>>. Acesso em: 25 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Direito da concorrência nas compras governamentais – regime restritivo e formalista da lei de licitações traz prejuízos para o Estado. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 05 jun. 2004, p. B2.

\_\_\_\_\_. Regulação setorial e autoridade antitruste: a importância da independência do regulador. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; LESSA, Paulo Todescan (Coord.). *Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CUNHA, Carlos Eduardo Bergamini. Licitação pública e competitividade: sobre a viabilidade de participação de empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico, *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 78, mar./abr. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=92556>>. Acesso em: 25 out. 2016.

MARSHAL, Robert C; MARX, Leslie M. *Bidder Collusion*. Disponível em: <<http://capcp.psu.edu/papers/biddercollusion.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2016.

MARTINEZ, Ana Paula. *Challenges Ahead of Leniency Programmes: The Brazilian Experience*, p. 01. Disponível em: <[http://www.levysalomao.com.br/files/publicacao/anexo/20150203125804\\_challenges-ahead-of-leniency-programmes--the-brazilian-experience---journal-of-european-competition-law-e-practice---oxford-university-press---amp---fe.pdf](http://www.levysalomao.com.br/files/publicacao/anexo/20150203125804_challenges-ahead-of-leniency-programmes--the-brazilian-experience---journal-of-european-competition-law-e-practice---oxford-university-press---amp---fe.pdf)>. Acesso: 07 out. 2016.

\_\_\_\_\_. *Repressão a cartéis: interface entre Direito Administrativo e Direito Penal*. São Paulo: Singular, 2013.

MATTOS, Cesar. Licitações da ANP, Petrobrás e a “maldição do vencedor”. In: SALGADO, Lucia Helena; MOTTA, Ronaldo Seroa da (Ed.) *Marcos regulatórios no Brasil: incentivos ao investimento e governança regulatória*. Rio de Janeiro: IPEA, 2008.

MATOSO, Flávia. *Teoria dos Leilões: uma abordagem para a promoção da defesa e da advocacia da concorrência*. V Prêmio SEAE – Defesa da Concorrência e Regulação Econômica, 2010. Disponível em: <[http://www.seae.fazenda.gov.br/premio-seae/edicoes-anteriores/edicao-2010/v-premio-seae-2010/Estudantes\\_2\\_lugar\\_Flavia\\_Diagramado.pdf](http://www.seae.fazenda.gov.br/premio-seae/edicoes-anteriores/edicao-2010/v-premio-seae-2010/Estudantes_2_lugar_Flavia_Diagramado.pdf)>. Acesso em: 20 maio 2016.

MCAFEE, Preston R; MCMILLAN, John. Bidding Rings. *The American Economic Review*, vol. 82, issue 3, p. 579-599, jun. 1992.

\_\_\_\_\_. *Incentives in Government Contracting*. Toronto: University of Toronto Press, 1988.

MCCRUIDEN, Christopher. *Using public procurement to achieve social outcomes*. Disponível em: <<http://edf.org.uk/news/ChrisMcCruddenPaper.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2015.

MELLO, João Manoel Pinho de; CARRASCO, Vinicius. *Detectando um cartel e computando o seu sobrepreço: o caso do cartel de vergalhão no Brasil*. Disponível em: <<https://www.yumpu.com/pt/document/view/14520002/mello-joao-manoel-pinho-de-iepe-cdg/3>>. Acesso em: 07 out. 2016.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Uma teoria do fomento público: critérios em prol de um fomento público democrático, eficiente e não-paternalista. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 65, 2010.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law: from Posner to Postmodernism and beyond*. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2006.

MCCLUSKEY, Martha T. How the “Unintended Consequences” Story Promotes Unjust Intent and Impact, *Berkeley La Raza Law Journal*, vol. 22, p. 21-50, 2015, p. 27. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1236&context=blrlj>> Acesso em: 28 set. 2016.

MILGROM, Paul. *Putting Auction Theory to Work*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2004.

MILGROM, Paul R.; WEBER, Robert J. A Theory of auctions and competitive bidding. *Econometrica*, vol. 50, n. 5, p. 1089-1112, set. 1982.

MORAIS, Luis D. S; RODRIGUES, Nuno Cunha. Contratação pública e práticas anti-concorrenciais no Direito Internacional Económico e no Direito da União Europeia, em especial acordos entre empresas. In: TRABUCO, Cláudia; EIRÓ, Vera (Org.) *Contratação Pública e Concorrência*. Coimbra: Almedina, 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Novo Papel do Estado na Economia. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*. Belo Horizonte, n. 11, ano 3, Julho / Setembro 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=31154>>. Acesso em: 23 ago. 2015.



\_\_\_\_\_. Transadministrativismo: uma apresentação. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 267, p. 67-83, set./dez. 2014.

MOREIRA, Egon Bockmann. Os consórcios empresariais e as licitações públicas (considerações em torno do art. 33 da Lei 8.666/93) *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 833, p. 11-25, 2005.

MOREIRA, João. Cartelização em Contratação Pública – a exclusão de propostas susceptíveis de falsear a concorrência. In: GONÇALVES, Pedro Costa. *Estudos de Contratação Pública – III*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação Pública – A Lei Geral de Licitação - LGL e o Regime Diferenciado de Contratações - RDC*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 2. ed. rev. aument. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

\_\_\_\_\_. Regime Diferenciado de Contratações: alguns apontamentos. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, mar./ago. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=80264>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

MOTTA, Massimo; SALGADO, Lucia Helena. *Política de Concorrência: teoria e prática e sua aplicação no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

MP-SP denuncia seis executivos por formação de cartel do Metrô. *Revista Consultor Jurídico*, 23 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-23/mp-sp-denuncia-seis-executivos-formacao-cartel-metro>>. Acesso em: 16 out. 2015.

MUKAI, Toshio. *Licitações e contratos públicos: comentários à lei n. 8.666/93, com as alterações da lei n. 9.648/98 e análise das licitações e contratos na E.C. n. 19/98 (reforma administrativa)*. 5. ed. atual., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.

NÓBREGA, Marcos. O Regime Diferenciado de Contratação (RDC), *Negotiauction* e o Orçamento Sigiloso. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 11, n. 42, jul./set. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=97458>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

NORTE ENERGIA. *Opção pela mentira* – Nota em resposta à coluna de Miriam Leitão. Brasília: 13 abr. 2016. Disponível em: <<http://norteenergiasa.com.br/site/2016/04/13/opcao-pela-mentira-nota-em-resposta-a-coluna-de-miriam-leitao/>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

OCDE. *Collusion and Corruption in Public Procurement*. 2010. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/46235884.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. *Competition in bidding markets*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/38773965.pdf>>. Acesso em: 09 maio 2016.

\_\_\_\_\_. *Competition Policy and Procurement Markets*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/regreform/sectors/1920223.pdf>>. Acesso em: 09 maio 2016.

\_\_\_\_\_. *Detecting Bid Rigging in Public Procurement*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/42594486.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2015.

\_\_\_\_\_. *Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/44162082.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2015.

\_\_\_\_\_. *Fighting Cartels in Public Procurement*. OECD Observer. Out. 2008. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/41505296.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2015.

\_\_\_\_\_. *Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes*. 2002. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2015.

\_\_\_\_\_. *Government at a Glance 2015*. Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em: <[http://dx.doi.org/10.1787/gov\\_glance-2015-en](http://dx.doi.org/10.1787/gov_glance-2015-en)>. Acesso em: 12 set. 2015.

\_\_\_\_\_. *Implementing the OECD Principles for Integrity in Public Procurement: Progress since 2008*, p. 21. Disponível em: <[http://www.oecd-ilibrary.org/governance/implementing-the-oecd-principles-for-integrity-in-public-procurement\\_9789264201385-e](http://www.oecd-ilibrary.org/governance/implementing-the-oecd-principles-for-integrity-in-public-procurement_9789264201385-e)>. Acesso em: 24 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. *Increasing competition by reducing bid rigging in Latin America*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/38960560.pdf>>. Acesso em: 09 maio 2016.

\_\_\_\_\_. *OECD Principles for Integrity in Public Procurement*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/gov/ethics/48994520.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2015.

\_\_\_\_\_. *Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels*, 1998. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/2350130.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2016.

\_\_\_\_\_. *Recommendation of the OECD Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/RecommendationOnFightingBidRigging2012.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2015.

\_\_\_\_\_. *The role of competition authorities in promoting competition*. 2007. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/39891049.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

OFFICE OF FAIR TRADING. *Assessing the impact of public sector procurement on competition*. Vol. 1, Set. 2014, pp. 126-127. Disponível em: <[http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.oft.gov.uk/shared\\_of\\_treports/comp\\_policy/oft742a.pdf](http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.oft.gov.uk/shared_of_treports/comp_policy/oft742a.pdf)>. Acesso em: 29 abr. 2016.

OGUS, Anthony. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Portland: Hart Publishing Ltd., 2004.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e Contratos Administrativos – Teoria e Prática*. 5. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Competition policy and public procurement*. Note by the UNCTAD secretariat. Disponível em: <[http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpd14\\_en.pdf](http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpd14_en.pdf)>. Acesso em: 18 out. 2015.

PEDRA, Douglas Pereira; ESTEVES, Heloisa Borges Bastos. *Comentários Relativos à Cessão de Direitos e Obrigações dos Contratos de Concessão à Luz da Nova Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011)*. Disponível em: <[anp.gov.br/wwwanp/?dw=65942](http://anp.gov.br/wwwanp/?dw=65942)>. Acesso em: 16 nov. 2016.

PINHEIRO, Armando Castelar; SAADI, Jairo. PINHEIRO, Armando Castelar; SAADI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PORTER, Robert H. *Detecting Collusion*. Disponível em: <<http://sites.northwestern.edu/csio/files/2015/08/2004-CSIO-WP-0051-1buozl7.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2016.

POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 4. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1992.

\_\_\_\_\_. Teorias da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo (coord.); PRADO, Mariana Mota et al (org.). *Regulação Econômica e Democracia: o Debate Norte-Americano*. São Paulo: Ed. 34, 2004.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. A regulação da concorrência. In: GUERRA, Sérgio. *Regulação no Brasil – Uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

\_\_\_\_\_. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial – vol. 1*. 34. ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. "Na dúvida, dorme tranquilo quem indefere", e o Direito Administrativo como caixa de ferramentas. *Direito do Estado*, 20 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/leonardo-coelho-ribeiro/na-duvida-dorme-tranquilo-quem-indefere-e-o-direito-administrativo-como-caixa-de-ferramentas>>. Acesso em: 21 maio 2016.

RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.

RODRIGUES, Lorena. Cade investiga 30 cartéis formados por empresas envolvidas na Lava jato. *O Estado de S. Paulo*, Brasília, 18 nov. 2016. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,cade-investiga-30-carteis-formados-por-empresas-envolvidas-na-lava-jato,10000089064>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

ROSILHO, André. *Licitação no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e Concorrência – A atuação do CADE em setores de infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. *Competition Law and Public Procurement*. Draft submitted to the Intersections of Antitrust Workshop, Joint Newcastle University/LSE Event. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2643763](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2643763)>. Acesso em: 20 set. 2015.

\_\_\_\_\_. More competition-oriented public procurement to foster social welfare. In: THAI, K. V. (Ed.) *Towards new horizons in public procurement*. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1576698](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1576698)>. Acesso em: 18 out. 2015.

\_\_\_\_\_. *Prevention and deterrence of bid rigging: a look from the new EU directive on public procurement*, p. 13. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2053414](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2053414)>. Acesso em: 20 set. 2015.

\_\_\_\_\_. *Public Procurement and the EU Competition Law*. 2<sup>nd</sup> ed. Oxford: Hart Publishing Ltd., 2015.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. Art. 170, IV – livre concorrência. In CANOTILHO, J.J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em: <[http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel\\_sarmiento\\_o\\_neoconstitucionalismo\\_no\\_brasil1.pdf](http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel_sarmiento_o_neoconstitucionalismo_no_brasil1.pdf)>. Acesso em: 28 mar. 2016.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Ilícito antitruste e acordos entre concorrentes. In: POSSAS, Mario Luiz (Coord.) *Ensaio sobre Economia e Direito da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2002.

SCHWARTZ, Joshua I. *Regulation and Deregulation in Public Procurement Law Reform in the United States*. Disponível em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.554.586&rep=rep1&type=pdf>>. Acesso em: 24 set. 2016.

SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO. Combate a cartéis em licitações – Guia prático para pregoeiros e membros de comissões de licitação. Disponível em: <[http://www.comprasnet.gov.br/banner/seguro/cartilha\\_licitacao.pdf](http://www.comprasnet.gov.br/banner/seguro/cartilha_licitacao.pdf)>. Acesso em: 29 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. *Relatório de Gestão*. Disponível em: <[https://www.justica.gov.br/Acesso/auditorias/arquivos\\_auditoria/secretaria-de-direito-economico-sde/relatorio-de-gestao-de-2008.pdf](https://www.justica.gov.br/Acesso/auditorias/arquivos_auditoria/secretaria-de-direito-economico-sde/relatorio-de-gestao-de-2008.pdf)>. Acesso em: 07 maio 2016.

SHOCKRO, Michael J. An antitrust analysis of the relationship between prime contractors and their subcontractors under a government contract. *Antitrust Law Journal*, vol. 51, n. 4, p. 725-738, 1982.

SILVA, Ângelo Henrique Lopes. *Preço de reserva sigiloso em licitações públicas*, pp. 13-16 Disponível em: <[http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/Premio\\_TN/XVIPremio/politica/3pfceXVIPTN/Tema\\_3\\_3.pdf](http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/Premio_TN/XVIPremio/politica/3pfceXVIPTN/Tema_3_3.pdf)> Acesso em: 15 maio 2016.

SILVA, Antonio Araújo da. *A economia das compras governamentais em decorrência do pregão eletrônico – uma abordagem econométrica*. Disponível em: <[http://repositorio.ufc.br/ri/bitstream/riufc/6591/1/2007\\_dissert\\_aasilva.pdf](http://repositorio.ufc.br/ri/bitstream/riufc/6591/1/2007_dissert_aasilva.pdf)>. Acesso em: 02 nov. 2016.

SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações – investigação sobre sua natureza e suas causas*. São Paulo: Nova Cultura, 1996.

SØREIDE, Tina; ROSE-ACKERMAN, Susan. Corruption in State Administration. *Yale Law & Economics Research Paper n. 529*, p. 04. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2639141](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2639141)>. Acesso em: 23 jun. 2016.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo das Parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo Regulatório*. 2a. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. VIII, p. 623-666, 2008.

STIGLER, George J. A teoria da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo (coord.); PRADO, Mariana Mota et al (org.). *Regulação Econômica e Democracia: o Debate Norte-Americano*. São Paulo: Ed. 34, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. Contratações públicas e o princípio da concorrência. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, mar./ago. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=80263>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

STIGLER, George J. A Theory of Oligopoly, *The Journal of Political Economy*, vol. 72, issue 1, p. 44-61, fev. 1964.

SUNSTEIN, Cass. R. *After the rights revolution: reconceiving the regulatory state*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

\_\_\_\_\_. Political equality and unintended consequences, *Columbia Law Review*, vol. 94, n. 4, p. 1390-1414, mai. 1994.

TORMEM, Dirceu Silvio; METZNER, Claudio Marcos; BRAUM, Loreni Maria dos Santos. *Pregão eletrônico como ferramenta de redução dos custos: um estudo de caso na prefeitura de Capitão Leônidas Marques – PR*. Disponível em: <<https://anaiscbc.emnuvens.com.br/anais/article/download/1507/1507>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Curbing corruption in public procurement – a practical guide*, p. 04. Disponível em: <[http://www.transparency.org/whatwedo/publication/curbing\\_corruption\\_in\\_public\\_procurement\\_a\\_practical\\_guide](http://www.transparency.org/whatwedo/publication/curbing_corruption_in_public_procurement_a_practical_guide)>. Acesso em: 24 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. *Public Procurement*. Disponível em: <[http://www.transparency.org/topic/detail/public\\_procurement](http://www.transparency.org/topic/detail/public_procurement)>. Acesso em: 24 jun. 2016.

TREPTE, Peter. *Public Procurement in the EU: A practitioner's Guide*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2007.

\_\_\_\_\_. *Regulating Procurement: understanding the ends and means of public procurement regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

\_\_\_\_\_. *Transparency and accountability as tools for promoting integrity and preventing corruption in procurement: possibilities and limitations*. Paris: OCDE, 2005.

VARIAN. Hal R. *Microeconomia: princípios básicos*. Tradução da 6. ed. Rio de Janeiro, Elsevier: 2003.

VISCUSI, W. Kip et al. *Economics of Regulation and Antitrust*. 4a ed. Cambridge: The MIT Press, 2005.

WEISHAAR, Stefan E. *Cartels, Competition and Public Procurement – Law and Economics Approaches to Bid Rigging*. Cheltenham: Edward Elgar, 2013.

WRIGHT, Joshua D., GINSBURG, Douglas H. Behavioral Law and Economics: Its Origins, Fatal Flaws, and Implications for Liberty. *Northwestern University Law Review*, vol. 106, n. 3, set. 2012. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2147940](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2147940)>. Acesso em: 23 jun. 2016.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Análise Econômica do Direito e das Organizações. In ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.) *Direito e Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.