



**VII
PRÊMIO SEAE
2012**

**ADVOCACIA DA CONCORRÊNCIA
E REGULAÇÃO ECONÔMICA**

MONOGRAFIAS PREMIADAS

Tema

Advocacia da Concorrência

3º Lugar

CARTÉIS EM LICITAÇÕES: ESTUDO TIPOLOGICO DAS PRÁTICAS COLUSIVAS ENTRE LICITANTES E MECANISMOS EXTRAJUDICIAIS DE COMBATE

MARCO AURÉLIO CECCATO

Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (USP) e Advogado em São Paulo



Resumo

Esta monografia jurídica tem como objetivo primário realizar um estudo tipológico das principais condutas anticoncorrenciais praticadas por competidores do mercado no âmbito das licitações públicas. Os cartéis em licitações visam a maximizar ilicitamente a margem de lucro dos respectivos cartelistas nos contratos celebrados com a administração pública, de forma que o sobrepreço praticado é suportado diretamente pelo erário e indiretamente por todos os contribuintes. Considerando-se a ilicitude e a gravidade de tais condutas, como objetivo secundário desta monografia serão analisados os principais mecanismos extrajudiciais de combate aos cartéis em licitações, notoriamente aqueles que são preventivos e que têm o condão de evitar a consumação do dano ao erário. Concluir-se-á que os mecanismos extrajudiciais de combate são mais eficientes no combate a esses cartéis, quer pela dificuldade de produção de provas contra os licitantes cartelistas, quer pelos custos envolvidos, notoriamente mais baixos que os custos de um processo judicial. Dessa forma, verifica-se que este trabalho se insere no contexto de difusão da chamada “advocacia da concorrência”, contribuindo para o avanço de uma cultura concorrencial no seio da administração pública. A metodologia empregada consistiu em pesquisa bibliográfica e de jurisprudência (inclusive administrativa), além de constatações empíricas nas comissões de licitação.

Palavras-chave: Cartéis; licitações; combate.

Sumário

1	Introdução	7
2	Tipologia das práticas colusivas entre concorrentes nas licitações públicas	10
2.1	Propostas fictícias ou de cobertura	11
2.1.1	Propostas fictícias, inversão de fases e “bloqueio” na modalidade pregão	12
2.2	Fixação de preços	17
2.2.1	Fixação de preços e o problema das propostas inexequíveis	18
2.2.2	Fixação de preços predatórios	19
2.3	Supressão de propostas	20
2.4	Propostas rotativas ou rodízio	21
2.5	Divisão do mercado	22
2.6	Subcontratação informal	22
2.7	Consórcios entre concorrentes	24
2.8	Constituição de empresas “fantasmas”	26
2.9	Participação de sindicatos e associações de classe na organização dos cartéis	28
3	Mecanismos extrajudiciais de combate aos cartéis em licitações	29
3.1	Pesquisa de preços criteriosa e fixação de preços máximos	31
3.2	Redução da publicidade e propostas apócrifas	32
3.3	Inversão de fases na licitação	34
3.4	Diminuição de barreiras à entrada e custos de participação no processo licitatório	36
3.5	Fomento do pregão na modalidade eletrônica	38
3.6	Declaração de independência de proposta	39
3.7	Vigilância de sindicatos e associações de classe	41
3.8	Difusão da advocacia da concorrência e treinamento de agentes públicos	42
3.9	Acordos de leniência	43
3.10	Compromissos de cessação de prática	46
3.11	Fomento de denúncias anônimas	47
4	Conclusões	48
	Referências	50

1 Introdução

Licitações e contratos administrativos são temas clássicos do direito público brasileiro, profundamente analisados por diversos autores de renome, o que nos confere ampla e enriquecedora sede doutrinária de estudos.

Contudo, a experiência cotidiana nos mostra que, a despeito de toda a produção doutrinária envolvendo essas matérias, muitos tópicos polêmicos, atualíssimos e de enorme relevância prática são ainda hoje muito pouco abordados. Dentre esses tópicos, inserimos aqui os cartéis em licitações, escolhidos como tema deste trabalho científico.

Cartéis podem ser entendidos como acordos expressos ou tácitos entre concorrentes do mercado com o objetivo de, principalmente, fixar preços de venda ou quotas de produção, dividir carteira de clientes ou mercados regionais de atuação. Por meio de tais acordos ilícitos, o objetivo maior dos cartelistas é apenas um: a maximização de suas margens de lucro.

Entretanto, ao aumentar o preço ou restringir a oferta de maneira colusiva, os bens e serviços postos no mercado se tornam desproporcionalmente e desarrazoadamente mais caros ao consumidor. É por isso que usualmente se afirma que os cartéis são a mais grave forma de lesão à concorrência.

No caso específico dos cartéis em licitações, o consumidor diretamente prejudicado é a própria administração pública, mas, indiretamente, toda a sociedade contribuinte, toda a coletividade é que suporta o dano, o que se mostra amplamente mais gravoso. A extensão do prejuízo, portanto, pode ser imensurável. Não por outra razão, a nova lei de defesa da concorrência prevê expressamente que acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrentes preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública configura infração autônoma à ordem econômica (art. 36, § 3º, I, “d”, Lei nº 12.529/2011), o que demonstra a magnitude do problema.

Afora isso, podemos afirmar ainda que a enorme importância que as licitações assumem no âmbito da atividade administrativa do Estado bastaria, por si só, para justificar a escolha do presente tema. Vale lembrar que toda contratação pública, a princípio, se encontra vinculada à obrigação de licitar, obrigação esta, inclusive, de natureza constitucional, conforme disposto no artigo 37, XXI, da Constituição Federal. Mesmo nas hipóteses taxativas de exceção, em que a licitação é dispensável ou inexigível, o órgão público deve motivar porque deixa de licitar, o que reforça o caráter obrigatório dos processos licitatórios.¹

1 Nosso legislador, fazendo jus aos ditames constitucionais, levou a sério a temática da obrigatoriedade das licitações e da necessidade de um procedimento específico que garantisse a transparência nas contratações públicas. Nesse contexto, podemos destacar como marco legislativo de relevância ímpar a publicação da Lei Federal no 8.666/93 (Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos), que, embora tenha sofrido diversas alterações ao longo dos anos e ainda seja passível de críticas, definitivamente consolidou uma cultura de observância ao processo licitatório e às normas de contratação administrativa, definindo, inclusive, crimes e sanções penais a que estarão sujeitos agentes públicos ou particulares no caso de sua inobservância. Outros dois diplo-

Ocorre que é justamente sob esse viés de obrigatoriedade que temos um fértil campo para o nascimento dos cartéis em licitações, e a razão disso é bastante simples: se para toda e qualquer contratação pública, com taxativas exceções, é obrigatória a realização de um procedimento licitatório que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, isto é, se não pode a administração pública contratar a seu bel-prazer uma determinada empresa, é intuitivo que os agentes do mercado, sob condições ideais, buscarão colaborar entre si em vez de concorrerem, uma vez que suas margens de lucro serão potencialmente maiores em um cenário premeditado para que não haja redução de preços.²

São exatamente essas condutas colaborativas a que chamamos de “práticas colusivas entre licitantes”, que, como se pode presumir, são ilícitas, ainda que no mais das vezes não sejam estritamente ilegais. Nesse sentido, justamente para minorar toda essa engenharia de conluio é que exporemos alguns mecanismos extrajudiciais de combate aos cartéis em licitações com o objetivo de possibilitar a redução do dano suportado pela administração pública e por todos os contribuintes.

Este trabalho coaduna ainda com uma questão de atualidade. Cada vez mais a mídia nacional vem reportando³ fraudes em licitações como uma das grandes pilstras da corrupção, e a conclusão deste trabalho mostrará o motivo para tanto: sob uma aparência de legalidade e de competitividade, recursos públicos podem facilmente ser direcionados a bolsos privados, o que, em época de grandes obras catalisadas por

mas que também merecem aqui destaque, em particular por marcarem a tutela da ordem econômica constitucional e dialogarem com a Lei no 8.666/93, são as Leis no 8.137/91 (crimes contra a ordem econômica) e no 8.884/94 (defesa da concorrência, recentemente revogada). De todo modo, a despeito dos esforços do nosso legislador para tentar coibir contratações fraudulentas e prejudiciais ao interesse público, crimes em procedimentos licitatórios ainda são extremamente comuns, o que nos revela mais uma vez a triste realidade de que o expediente legislativo não é, de veras, o melhor meio de prevenção a condutas criminosas se não acompanhado da devida fiscalização. Não fosse tal panorama preocupante o bastante, a fragilidade da administração pública em coibir práticas colusivas no âmbito das contratações públicas desmoraliza a própria atividade legiferante do Estado, tornando sem eficácia real diversas disposições legais, como tem sido a praxe no Brasil em se tratando de diplomas legais que trazem em seus bojos normas de cunho moralizante.

- 2 Apenas como menção pertinente, o comportamento dos concorrentes em um mercado licitatório pode ser analisado à luz da chamada Teoria dos Jogos, hoje muito em voga no meio acadêmico por conta de sua ampla gama de aplicabilidade. Em breves linhas, a referida teoria busca sistematizar matematicamente escolhas de comportamentos ótimos quando o *custo* e o *benefício* de cada uma das opções em jogo não são fixos, dependendo, sobretudo, das escolhas de cada um dos outros jogadores envolvidos. No caso dos cartéis em licitações, as opções envolvidas são a de se optar pela cartelização e majorar os lucros ilícitamente ou de competir idoneamente, sem o risco de infração à lei, mas com potencial menor de lucro. A depender das características do mercado e do poder econômico de cada um dos agentes envolvidos, é possível equacionar se o mercado em questão é suscetível ou não à cartelização, o que pode ser um instrumental válido a serviço dos órgãos de controle. A respeito das práticas de conluio nas licitações à luz da Teoria dos Jogos, ver Campos (2008).
- 3 Os cartéis em licitações há tempos têm recebido considerável destaque na mídia nacional, com matérias publicadas inclusive em manchetes de jornais do mais alto gabarito nacional. Embora no mais das vezes não se tenha tido notícias conclusivas sobre o resultado dos inquéritos, é inquietante a relação que se demonstrou existir entre grandes construtoras nacionais, resultado de licitações e financiamento de campanhas eleitorais. Ainda, há tempos a mídia vem noticiando também operações da Polícia Federal que tiveram por objetivo desarticular redes de cartelistas atuantes no mercado licitatório, como, por exemplo, as operações Guabiru (17/05/2004), Vampiro (19/05/2004), Sentinela (02/12/2004), Sanguessuga (04/05/2006), Carta Marcada (02/05/2006), Fox (18/07/2006), dentre outras. Todavia, a atuação midiática levada a cabo pela Polícia Federal muitas vezes acabou por violar direitos e garantias fundamentais na produção de provas, o que tornou nulo o procedimento judicial baseado em tais provas. Há de se perceber, portanto, que mais importante que uma atuação midiática no combate aos cartéis em licitações é a garantia de que os envolvidos serão, de fato, punidos, o que não ocorrerá se houver um procedimento em que se violem direitos individuais.

megaeventos esportivos mundiais (Copa do Mundo de 2014 e Jogos Olímpicos de 2016), se torna ainda mais preocupante.

Vale ressaltar que este trabalho, por força de delimitação temática, tem por objeto apenas os cartéis em licitações, desconsiderando-se eventuais ligações que tais cartéis possam ter com a corrupção de agentes públicos. São situações completamente distintas, mas comumente tratadas pela mídia como sinônimas. Faz-se necessário, pois, desde logo, enfrentarmos a questão com rigor terminológico.

Segundo a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), as ditas “fraudes em licitações” devem ser entendidas como gênero, do qual são espécies a corrupção e os cartéis. A corrupção pressupõe a participação de agentes públicos no desvio de recursos do erário, ao passo que os cartéis são articulações tão somente entre agentes de mercado com o propósito de maximizar, ilicitamente, suas margens de lucros. Como dito, estudaremos aqui apenas os cartéis, uma vez que a corrupção em licitações é tema demasiadamente amplo e que demandaria estudo específico, fugindo, pois, da temática geral da advocacia da concorrência, que ensejou a delimitação deste trabalho.

Outra justificativa para a escolha dos cartéis em licitações como objeto deste trabalho diz respeito ao atual momento de constante expansão da chamada *administração pública contratual*, contextualizada com a reforma do Estado, iniciada na década de 1990.

Em breves linhas, entenda-se tal regime administrativista como aquele em que o Estado deixa paulatinamente de lado sua face imperial (caracterizada pela atuação mediante atos administrativos e decretos executivos) e busca cada vez mais se aproximar do particular para a consecução dos seus objetivos, valendo-se, para tanto, dos mais diversos instrumentos contratuais.

Logo, sendo o procedimento licitatório o antecedente compulsório da contratação administrativa, fica claro que o desenvolvimento de uma política de combate a cartéis em licitações, além de se mostrar como importantíssimo meio de tutela do interesse público, acabará por criar, no limite, mais um mecanismo de controle da própria atuação estatal contratante.

Em tempos em que a moralidade administrativa parece ser um dos princípios menos eficazes dentre aqueles que regem a administração pública (a despeito da sede constitucional que lhe é conferida), pode-se afirmar que todo estudo que vise a fomentar o controle da atuação estatal não só é altamente válido como se faz necessário. Aliando-se tal premissa à atualidade do tema, à proteção do interesse público e à defesa da concorrência, temos aqui a mola-mestra que justifica a escolha do combate aos cartéis em licitações como nosso objeto de estudo científico.

Estruturamos este trabalho da seguinte forma. No capítulo 2, faremos um estudo tipológico das principais práticas colusivas entre licitantes. Ver-se-á que as prá-

ticas possíveis de serem adotadas, além de não serem excludentes entre si, raramente são praticadas isoladamente.

No capítulo 3, abordaremos o lado reverso do conluio, isto é, os mecanismos hábeis a combatê-lo. Estudaremos apenas medidas *extrajudiciais*, quer por delimitação temática, quer por entendermos que estas se mostram como meios mais adequados e eficazes de controle preventivo das contratações públicas e da própria atividade estatal.

Por fim, finalizaremos o estudo retomando os principais pontos abordados ao longo deste trabalho, relatando-se as conclusões encontradas. Passemos ao desenvolvimento do trabalho.

2 Tipologia das práticas colusivas entre concorrentes nas licitações públicas

As conspirações entre licitantes podem assumir diversas formas, em geral visando a aumentar os preços ou a baixar a qualidade de bens ou serviços objetos de contratação pública.⁴ De qualquer forma, em todos os casos há sempre apenas um objetivo comum: maximizar a margem de lucro dos envolvidos no conluio.

Como se verá, as práticas colusivas podem variar de simples acordos verbais e pontuais, celebrados pouco antes das sessões públicas de licitação, até a existência de complexos e duradouros mecanismos de partilha e distribuição dos lucros obtidos ilícitamente.

Em alguns casos, constata-se inclusive a existência de *softwares* gerenciadores da conspiração, demonstrando o quão preocupantes podem ser as práticas fraudulentas entre empresários. Além disso, no mais das vezes é comum a utilização de mais de uma das estratégias anticompetitivas, não sendo tais práticas, portanto, reciprocamente excludentes.

Aponte-se que o estudo deste capítulo se mostra como uma “tipologia” justamente por buscar expor quais são as formas mais comuns de cartelização (tipos de conluio), sem a pretensão de se esgotar toda a teoria do cartel entre licitantes, o que seria impossível ante a limitação imposta e os propósitos desta monografia.

Não só isso, em se tratando de um estudo tipológico, não se buscam aqui classificações estritamente fechadas, mas sim modelos, padrões de conduta que podem variar e congregar elementos diversos de acordo com a situação e as condições enfrentadas.

⁴ Conforme o Anexo I da Portaria no 51/2009 da SDE, “cartéis em licitações também podem atuar em certames em que o Poder Público visa alienar bens e direitos (como no caso de leilões para a outorga de concessões ou processos de privatização). Nesse caso, o objetivo dos conspiradores é diminuir o valor pelo qual o ativo ou direito será vendido. Todas as considerações aqui apresentadas para processos de aquisição de produtos se aplicam, *mutatis mutandis*, para os de alienação de bens e direitos” (2009, p. 6).

Expostas essas preliminares, passemos à análise das principais formas (tipos) de conluio no âmbito das licitações públicas.

2.1 Propostas fictícias ou de cobertura

Também denominadas propostas *pro forma*, complementares, de cortesia, figurativas ou simbólicas, são a forma mais comum de conluio, principalmente pelo fato de conferirem um caráter aparente de competitividade ao certame licitatório, o que, em tese, afastaria investigações pelas autoridades de controle.

As propostas fictícias ocorrem, a princípio, quando ao menos um dos concorrentes: a) consente em apresentar uma proposta de valor mais elevado do que a proposta do cartelista então designado para vencer a licitação; b) apresenta uma proposta que sabe antecipadamente ser demasiadamente alta para ser aceita pelo órgão promovente da licitação; c) apresenta uma proposta cujas condições específicas de habilitação são inaceitáveis pelo comprador. Reitere-se que essas condutas não são excludentes, podendo ocorrer tanto isoladamente quanto em conjunto, por um dos concorrentes apenas ou por vários.

Embora na maior parte dos casos o mais comum de ser verificado seja a manipulação de preços, é importante frisar que uma proposta fictícia não é apenas aquela que possua um falso preço ofertado, mas também aquela que propositalmente não atenda aos requisitos de habilitação constantes do edital.

Como é sabido, nos processos licitatórios existentes em nosso ordenamento, as propostas de preços e os documentos de habilitação são entregues em dois envelopes distintos, tal como preconizado no art. 43 da Lei nº 8.666/1993 e no art. 4º da Lei nº 10.520/2002. Assim, também existirá proposta *pro forma* quando, por exemplo, no envelope de habilitação de uma empresa dolosamente não exista uma certidão fiscal que nele deveria constar, ou, então, quando os atestados de capacidade técnica são sabidamente incompatíveis com o objeto licitado. Nesses casos, a prática do cartel possivelmente restará acobertada devido à falsa ideia de que houve, na licitação em questão, tão somente a inabilitação de um dos concorrentes, quando, na verdade, o que houve foi um bem-sucedido conluio.

De toda forma, a manipulação de preços ofertados é ainda a prática colusiva mais comum no âmbito das contratações governamentais, principalmente porque a difusão da modalidade pregão⁵ enfraqueceu a manipulação de documentos habilitatórios.

5 Embora a formulação de propostas fictícias seja prática hoje mais preocupante com relação à modalidade pregão, também a modalidade convite é bastante propícia ao desenvolvimento de conluios. Isso porque ao menos as três empresas convidadas (art. 22, § 3º, Lei nº 8.666/1993) podem se articular facilmente com o intuito de fixar preços e ofertar propostas falsas, estabelecendo entre si qual dos cartelistas sairá vencedor de uma dada licitação. Por conta disso, apesar de o convite somente poder ser consumado se houver um número mínimo de três convidados, tem prevalecido, no âmbito do Tribunal de Contas da União, interpretação de que não basta convidar três empresas, sendo necessário que sejam apresentadas três *propostas válidas* na licitação. A ideia é justamente evitar fraudes, uma vez que o convite abre grande possibilidade de cartéis, principalmente em municípios pequenos, nos quais há maior contato entre os fornecedores e os integrantes da administração pública.

Isso se justifica porque, na modalidade pregão, inicialmente se procede à abertura dos envelopes contendo as propostas de preços de todas as empresas, e somente aquela que ofertou o melhor lance final terá sua documentação de habilitação analisada. Assim, como, a princípio, apenas a empresa detentora da melhor proposta terá o envelope de habilitação aberto,⁶ o “jogo” de documentos habilitatórios, com o intuito de fraudar o resultado de uma licitação, deixou de ser um mecanismo eficiente para o conluio.

Aproveitando-se a oportunidade, vejamos algumas questões relacionadas à elaboração de propostas fictícias no pregão, haja vista a peculiaridade desse procedimento licitatório.

2.1.1 Propostas fictícias, inversão de fases e “bloqueio” na modalidade pregão

Devido ao grande sucesso da modalidade pregão, principalmente por conta da celeridade conferida às contratações governamentais, há bastante tempo entrou na pauta das discussões jurídicas administrativistas a chamada “inversão de fases” da licitação.

Em algumas unidades da Federação⁷ as modalidades licitatórias clássicas (concorrência, tomada de preços e convite) passaram a ter um procedimento análogo ao do pregão no que se refere à abertura das propostas de preços antes da fase de habilitação, restando esta última adstrita apenas à empresa mais bem colocada.

Além da inversão de fases conferir maior celeridade ao processo de contratação, a identificação de conluio torna-se facilitada pelo simples fato de que tanto as comissões de licitação quanto os órgãos de controle podem despender maior atenção e esforços quanto aos preços ofertados do que em perquirições envolvendo documentos habilitatórios. Em outras palavras, restringindo-se as fases em que seja possível o conluio, a investigação e a repressão tornam-se mais fáceis.

6 De todo modo, a articulação existente entre os agentes do cartel pode ser tamanha que nada impede que a empresa que sabidamente será inabilitada ainda assim seja a detentora do melhor lance no pregão, configurando-se mais um artifício em prol dos fraudadores, a fim de garantir a “aparência de competitividade” mencionada anteriormente. Do ponto de vista dos órgãos de controle, o fato de a adjudicação ter se dado a uma empresa originariamente não classificada em primeiro lugar afasta, aparentemente, a hipótese de existência de qualquer tipo de cartel.

7 É o caso, pelo menos, dos Estados de São Paulo, Pará e Bahia, bem como do município de São Paulo, que adotaram a inversão de fases após observância dos devidos processos legislativos. Diante disso, suscitou-se o seguinte questionamento: teriam os referidos entes usurpado a competência constitucional privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação (art. 22, XXVII, CF)? A questão, como era previsível, foi questionada no Supremo Tribunal Federal por meio da ADI nº 4116-9/2008, de relatoria do ministro Cezar Peluso. É um julgamento de inestimável importância, pois não há precedentes no Supremo que debatam a constitucionalidade das leis estaduais que prevejam inversão de fases nas licitações. Até a presente data, contudo, a referida ação não fora julgada, embora tenha a Procuradoria-Geral da República se manifestado pela constitucionalidade da lei estadual, fundamentando-se no fato de que a Lei nº 8.666/1993 não possuiria, em sua integralidade, incidência nacional, por conter dispositivos gerais e específicos, estes exclusivamente de incidência federal. Do contrário, a competência dos estados e dos municípios para legislar sobre licitações e contratações administrativas restaria mitigada. Quanto à tramitação da ADI, é possível que o trancamento da pauta tenha se dado por questões de política legislativa, visto que o Projeto de Lei do Senado nº 37/2007 traz a inversão de fases como regra a ser incorporada na Lei de Licitações, ou seja, possivelmente o Supremo Tribunal Federal não tenha ainda se manifestado como forma de evitar possível colidência com aquilo que venha a ser debatido no Congresso Nacional.

Todavia, ainda que os processos de contratação administrativa tenham se tornado mais ágeis com o advento do pregão e da inversão de fases, ambos não foram suficientes, por si só, para combater a prática de formulação de propostas de preços fictícias. Pelo contrário: a sistemática adotada na modalidade pregão facilitou, em grande medida, a prática de conluíus, não sendo rara a exclusão na etapa de lances de competidores idôneos, é o que se chama de “bloqueio” em pregões presenciais.

Podemos explicar essa constatação empírica a partir da análise da legislação do pregão e da ilustração de um caso prático. O art. 4º da Lei nº 10.520/2002, que regulamenta a fase externa do pregão, dispõe, em seus incisos VIII e IX, o seguinte procedimento, adotado antes da fase de lances de um pregão: a) abertura dos envelopes contendo as propostas de preços de todas as empresas; b) classificação das propostas em ordem crescente (classificação provisória); c) convocação à formulação de lances verbais de todas as empresas cujas propostas iniciais não excederam em 10% o valor ofertado pela primeira colocada, ou, caso não haja ao menos três empresas nessa condição, forma-se um grupo de até três concorrentes para ofertar lances, independentemente da diferença de valores iniciais entre eles, mas respeitando-se, obviamente, a classificação inicial das propostas.

Sobre a prática de “bloqueio” em pregões presenciais,⁸ valem os seguintes apontamentos, extraídos do Anexo I da Portaria n. 51/2009 da SDE (2009, p. 7-8):

A SDE vem recebendo denúncias de prática de “bloqueio” em pregões presenciais, caracterizada pela atuação concertada entre uma empresa que produz determinado bem ou serviço objeto da licitação, e pelo menos outras duas pessoas jurídicas, em geral atuantes como distribuidoras da primeira. O objetivo de tal prática é impedir que outras licitantes sejam classificadas para a fase de lances de um pregão presencial, e, com isso, restringir a concorrência naquele certame. Por exemplo, três supostos concorrentes podem combinar os preços das propostas em nível um pouco abaixo do esperado para as propostas iniciais de seus concorrentes, de forma a que somente os conspiradores sejam selecionados para a fase de lances do pregão presencial. Uma vez verificado que tal estratégia foi bem-sucedida, as empresas em conluio têm condições de impedir que o preço de contratação caia mais, e de direcionar o contrato para uma das integrantes do acordo. A principal evidência da implementação dessa estratégia é a ausência ou pouca frequência de lances na fase competitiva do pregão presencial, ao contrário do que se espera de empresas rivais disputando o contrato entre si.

Com o intuito de facilitar a compreensão do procedimento exposto, citemos dois exemplos práticos trazidos por Justen Filho (2005, p. 121):

8 A prática de bloqueio “não tem, a princípio, condições de ser implementada em pregões eletrônicos, já que, ao menos na esfera federal, todos os licitantes que apresentarem propostas válidas são classificados para a fase competitiva (Decreto nº 5.450/2005, art. 23)” (SDE, 2009, p. 8).

Dois exemplos permitem compreender a situação. Suponha-se que a menor proposta tenha sido de 100. Ademais disso, existiram propostas de 101, 105, 107, 110, 111 e 115. Passarão à segunda etapa as propostas de valor até 10% superior à de menor valor. Ou seja, serão desclassificados os proponentes que ofereceram 111 e 115. No exemplo, participarão da etapa de lances nada menos do que cinco licitantes (os que formularam as propostas de 100, 101, 105, 107 e 110). No caso, aplicou-se o disposto no inc. VII do art. 4º. Não se pense, portanto, que somente participam da fase de lances os três licitantes melhores classificados na etapa de propostas escritas. O número de três aplica-se em outra hipótese, adiante examinada.

[...]

Imagine-se que tivesse havido propostas no valor de 100, 110, 111 e 115. Como a fase de lances deve abranger no mínimo três licitantes, admitir-se-á a participação do licitante que ofereceu 111, ainda que sua proposta tivesse ultrapassado a diferença de 10%. Nesse caso, incide o inc. IX do art. 4º.

Valendo-nos do segundo exemplo do ilustre jurista, podemos com base nele conceber uma situação de cartel hipoteticamente capaz de desclassificar da fase de lances um concorrente idôneo, bastando, para isso, tão somente a entrega de propostas fictícias. Vejamos.

Chamemos de proponentes “A”, “B”, “C” e “D” aqueles que ofertaram, respectivamente, os valores de 100, 110, 111 e 115. Suponhamos ainda que apenas o proponente “D” não faça parte do cartel e que sua proposta de 115 seria um valor plausível de contratação, embora possível de ser reduzido até o valor de 95 na fase de lances do pregão. Vale apontar que, normalmente, as propostas iniciais possuem um sobrepreço agregado, justamente para que possa haver redução de valores na etapa de lances e, ainda assim, a empresa obter lucro caso se consagre vencedora.

Suponhamos ainda que o valor mínimo possível de ser ofertado durante a fase de lances por cada uma das empresas integrantes do cartel fosse de 105. Nesse cenário, a contratação ótima, isto é, a alocação mais eficiente de recursos pela administração seria a adjudicação do objeto da licitação à empresa “D” pelo valor de 95 após a fase de competição via lances verbais. Todavia, tendo os integrantes do cartel A-B-C conhecimento das suas próprias possibilidades empresariais e das de seu concorrente “D” (o possível adjudicatário), a articulação de propostas entre eles poderia não só excluir a empresa “D” da fase de lances do pregão como maximizar a margem de lucro do então designado (“A”, “B” ou “C”) para vencer a licitação em questão.

Como isso poderia ocorrer? Imaginemos que haja um rodízio (outra prática colusiva, que será exposta adiante) entre os membros do cartel, e, na licitação hipotética já mencionada, o escolhido para vencer o certame fosse a empresa “B”. A empresa “A”, que após acordo entre os cartelistas estaria impedida de vencer a licitação,

ofertaria um valor de “mergulho”, assim denominado aquele que se desnivela dos demais valores ofertados apenas para jogar a um patamar inferior as empresas classificadas dentro do limite legal de 10%. Com isso, a empresa “D” fica afastada da fase de lances, visto que sua proposta encontrar-se-ia 15% acima da menor nem estaria incluída na hipótese do art. 4º, IX, da Lei nº 10.520/2002 por conta da proposta da empresa “C”, então terceira colocada com a proposta inicial de 111.

Perceba-se: caso a empresa “A” ofertasse um valor real, compatível com sua capacidade empresarial, seria esse um valor de, no mínimo, 105, o que permitiria que a empresa “D” participasse da fase de lances do pregão (a proposta inicial desta, de 115, estaria aproximadamente 9,5% acima da proposta de “A”, remanescendo, pois, dentro da hipótese legal). No entanto, o valor de mergulho de 100, *fictício*, ofertado por “A”, nivela por baixo o limite legal, isto é, apenas as empresas cujas propostas iniciais fossem de até 110 (o que não se aplica à empresa idônea “D”) ou então apenas as três empresas mais bem classificadas (combinação dos inc. VIII e IX citados anteriormente) poderiam ofertar lances verbais e negociar com os membros da administração.

Na hipótese descrita no parágrafo anterior, portanto, apenas as empresas “A”, “B” e “C”, integrantes do cartel, passariam a integrar a fase de lances do pregão, afastando do certame a única empresa idônea.

Ainda que a empresa “B” não figurasse como a primeira classificada após a fase de lances, já que não lhe seria conveniente ofertar nenhum valor abaixo de 105 (seu limite para o lucro), bastaria que as empresas “A” e “C” não atendessem aos requisitos de habilitação previstos no edital, motivo pelo qual seriam imediatamente inabilitadas pela comissão de julgamento da licitação. Após isso, e estando a documentação em conformidade com o edital, não haveria óbices formais à adjudicação do objeto da licitação à empresa “B”. O conluio, portanto, teria sido bem-sucedido, sem levantar grandes evidências sobre a fraude.

Em síntese, temos o seguinte quadro ilustrativo da licitação hipotética mencionada:

Tabela 1. Simulação de bloqueio em pregão presencial

Valor reservado para contratação: 120							
Empresa	Valor limite para lucro	Competidores em concorrência legítima			Competidores “A”, “B” e “C” em conluio		
		Proposta inicial	Lance ofertado	Situação	Proposta inicial	Lance ofertado	Situação
A	105	110	105		100	100	Inabilitado
B	105	110	106		110	110	Adjudicatário
C	105	111	107		111	111	3º colocado
D	95	115	95	Adjudicatário	115	-	Não classificado
				Percentual (aprox.) de economia: 21%		Percentual (aprox.) de economia: 9%	

Fonte: elaboração do autor

Da tabela anterior, percebe-se que os dados mais relevantes são os percentuais de economia em relação ao valor reservado para contratação. No cenário em que as empresas competem de maneira legítima, pautadas tão somente nos valores usuais praticados no mercado, a empresa “D” consagrar-se-ia vencedora e permitiria à administração uma economia de 21% em relação ao valor cotado em pesquisa de mercado. No cenário em que as empresas “A”, “B” e “C” se reúnem em cartel, o percentual final de economia seria de apenas 9%.

Ainda que estejamos diante de uma situação hipotética, tais percentuais coincidem com as estimativas da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a qual aponta que os cartéis geram um sobrepreço estimado entre 10% e 20% se comparado ao preço em um mercado com concorrência legítima. Dependendo do objeto da licitação, essa diferença pode corresponder a milhões de reais, quantia essa suportada diretamente pela administração e indiretamente por toda a sociedade civil, em detrimento de alguns poucos favorecidos.

Compreendendo toda essa sistemática existente por detrás da formulação de propostas fictícias, podemos chegar a duas conclusões parciais.

Primeiramente, a de que os cartéis podem atingir elevado grau de complexidade, valendo-se, tão somente, da manipulação do próprio procedimento legal licitatório previsto em nosso ordenamento, como restou demonstrado por meio do exemplo ilustrativo do bloqueio em pregões ou em licitações que adotam procedimento análogo.⁹

Em segundo lugar, a aparência de competitividade camufla a existência dessa conduta ilícita, de forma que os cartéis, na maior parte das vezes, são imperceptíveis pelas comissões de licitação, ou, quando perceptíveis, não são passíveis de imediata punição, principalmente pela dificuldade de produção de provas contra os integrantes do cartel, sendo esse um dos maiores entraves para se combater efetivamente os cartéis em licitações.

De toda forma, esses e outros aspectos serão mais bem tratados em capítulo próprio. O que importa, desde logo, é ter-se em mente que a elaboração de propostas fictícias é prática nuclear dos cartéis em licitações, estando presente na maior parte dos conluios. Isso posto, passemos à análise da segunda prática colusiva mais comumente verificada.

⁹ Embora mais comumente em pregões presenciais, a mesma lógica de bloqueio pode se aplicar a concorrências para celebração de parcerias público-privadas, uma vez que o artigo 12, III, “b”, da Lei nº 11.079/2004 prevê expressamente que os editais de concorrência poderão antever que as propostas de preços escritas sejam seguidas de lances verbais. Ora, ainda que se trate de licitação na modalidade *concorrência*, é facilmente perceptível que esse é exatamente o mesmo procedimento adotado na modalidade *pregão*, motivo pelo qual a prática de bloqueio pode ocorrer também na contratação de parcerias público-privadas, as quais, inclusive, não podem ter valores inferiores a 20 milhões de reais. Vê-se aqui, em valores concretos, o quão prejudicial à administração pública e a toda a sociedade podem ser os cartéis em licitações.

2.2 Fixação de preços

A fixação de preços nada mais é que um acordo celebrado entre empresas concorrentes com o propósito de estabelecer um valor mínimo das propostas,¹⁰ ou seja, os concorrentes ficam impedidos de elaborar uma proposta abaixo de um “preço base”. É uma prática colusiva bastante comum, muitas vezes subjacente à elaboração das propostas fictícias anteriormente analisadas.

Devemos chamar a atenção para o fato de que a fixação de preços é uma conduta anticompetitiva que pode afetar a licitação mesmo durante sua fase interna, isto é, antes da publicação do aviso de abertura, mas com severas implicações ulteriores. E aqui, mais uma vez, vemos que a fixação de preços é também um artifício manejado com base nos dispositivos constantes da legislação. Analisemos.

A Lei nº 8.666/1993 aponta, em diversos momentos, uma série de procedimentos que são mais ou menos balizados pelos valores aferidos em pesquisa de mercado. Esta, por sua vez, promovida pelo próprio órgão licitante, é um procedimento indispensável na lógica de toda e qualquer contratação pública, vez que determinante para se aferir, por exemplo, se há hipótese de dispensa ou inexigibilidade de licitação; qual a modalidade licitatória compatível com o valor do objeto; qual o valor que deve ser reservado para fins orçamentários; qual o valor limite de adjudicação, dentre outras importâncias.

Aqui, importa-nos esta última decorrência – o valor limite para adjudicação. Em um mercado em que os concorrentes sejam idôneos, os valores orçados tendem a ser nivelados em patamares menores do que em um mercado cartelizado, uma vez que naquela situação os competidores objetivam desbancar uns aos outros.

Onde haja cartel, entretanto, os preços médios pesquisados serão obviamente mais elevados, tendo em vista que o objetivo é a maximização do lucro à custa da máquina pública. Se todos os integrantes de um cartel, em determinada região, decidem que o custo de um determinado serviço para um órgão público não poderá ser inferior a 100, nenhum dos membros do conluio estará autorizado a orçar em 90 o serviço ou produto na pesquisa de mercado, ainda que tal fosse o preço usualmente praticado entre particulares e que resguardasse considerável margem de lucro.¹¹

10 Há de se destacar que a Lei de Crimes contra a Ordem Tributária e Econômica (8.137/1990) prevê, em seu artigo 4º, I, “b”, que “constitui crime contra a ordem econômica abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando a concorrência mediante *fixação artificial de preços* ou quantidades vendidas ou produzidas”, sujeitando-se a pena de reclusão de dois a cinco anos, ou multa, a qual não se confunde com eventual multa administrativa a ser cominada.

11 A revista *Veja* publicou, em 8 de junho de 2011, na reportagem “Anatomia da corrupção”, matéria explicando a razão pela qual, a despeito de serem gritantes os indícios de fraudes, ainda assim os agentes da polícia, ao analisar os contratos firmados entre empresas e órgãos públicos, sempre chegavam à conclusão de que os preços ofertados estavam dentro dos limites legais. O motivo é análogo ao exemplo mencionado: denomina-se “superfaturamento oculto”. Segundo a revista, “desde 2003 a Lei de Diretrizes Orçamentárias passou a exigir que órgãos públicos, antes de fazer qualquer pagamento, observem as tabelas oficiais de referência de preços [Sinapi e Sicro]. Essas tabelas, formuladas em conjunto por diversos órgãos do governo, contêm os valores médios dos principais materiais de construção e insumos usados em obras de engenharia civil. [...] O que a PF descobriu, e que causa espanto, é que as duas tabelas oficiais já trazem preços muito superiores aos praticados pelo mercado. Uma rápida pesquisa

A fixação de preços base torna artificial a pesquisa de mercado promovida pela administração, pois os valores orçados não correspondem aos praticados em negociações que envolvam exclusivamente particulares. No exemplo anterior, portanto, o valor de adjudicação certamente será acima de 100, o que conferirá uma margem de lucro ainda maior à empresa vencedora do certame (isso, claro, na hipótese de que todos os licitantes da região integrassem um determinado cartel).

2.2.1 Fixação de preços e o problema das propostas inexequíveis

Além do aumento do valor de adjudicação, a fixação de preços na fase interna da licitação pode trazer outra grave consequência: a desindexação do que seria ou não um valor inexequível, a ser apurado pelas comissões de licitação nos termos do art. 48 da Lei nº 8.666/1993.

Como afirmado anteriormente, a pesquisa de preços é etapa preliminar essencial de um processo licitatório, assumindo em vários momentos a função de referencial para a administração. Da interpretação do art. 48 da Lei nº 8.666/1993 percebe-se que o valor orçado pela administração é o norte para a desclassificação de propostas “manifestamente inexequíveis”.

A pesquisa de preços mostra-se o principal norte da administração, até pelo fato de que, nos dizeres de Justen Filho (2009, p. 628), “existe uma grande dificuldade prática na identificação do patamar mínimo de inexequibilidade. A administração não dispõe de condições precisas e exatas sobre os custos do particular, o que torna a discussão sempre muito problemática”. É o que comumente se chama de “assimetria de informações”.¹²

Ora, se o cartel consegue manipular seus integrantes para que eles elaborem orçamentos fictícios a fim de tornar irreal o valor médio resultante da pesquisa de preços, certamente essa pesquisa perderá sua função de referencial, tendo em vista que os dados nela constantes não irão condizer com a realidade. Em decorrência disso, a aferição real do que seria ou não um preço inexequível torna-se prejudicada.

Não só isso, em um cenário hipotético extremo, os próprios membros do cartel poderiam alegar a inexequibilidade do preço de um concorrente idôneo, valendo-se para tanto da pesquisa de preços forjada por eles mesmos. Ainda que essa seja uma

realizada pelos peritos policiais no comércio revelou que os preços dos produtos mais usados em obras de engenharia estão, em média, 20% mais altos do que deveriam” (2011, p. 122). Vê-se, portanto, que não apenas no decorrer de uma licitação pública pode haver a fixação de preços, e o que é pior: superfaturando-se as tabelas oficiais, o sobrepreço auferido pelos cartelistas respalda-se por uma ampla aparência de legalidade, dificultando-se o combate ao conluio.

12 A Teoria da Informação Assimétrica ganhou enorme destaque com os trabalhos dos economistas norte-americanos George Akerlof, Michael Spence e Joseph E. Stiglitz, os quais demonstraram, empiricamente, que a imperfeição dos mercados decorre do fato de seus agentes não possuírem as mesmas condições de processar, interpretar e utilizar as informações, ainda que estas sejam de domínio coletivo e amplamente transparentes. Os modelos econômicos neoclássicos tradicionais, contudo, presumem que as informações são perfeitas para todos os integrantes do mercado, inclusive o Estado. Dessa forma, a grande contribuição da Teoria da Informação Assimétrica, vencedora do Nobel de economia do ano de 2001, foi demonstrar que essa premissa estava errada: bastam pequenas imperfeições na assimilação de informações para que um grande impacto no equilíbrio econômico ocorra.

conjectura extrema, tão somente a manipulação dos dispositivos da lei¹³ de licitações permitiria que o cenário imaginado ganhasse materialidade.

A fragilidade ante os cartéis pode ser mais um argumento a ser trazido por aqueles que condenam a desclassificação de propostas por conta dos preços ofertados (supostamente inexequíveis). Por detrás do art. 48 da Lei nº 8.666/1993 há uma discussão bastante complexa, tanto em sede doutrinária quanto jurisprudencial, no sentido da necessidade de revisão dos fatores que devem ensejar a desclassificação de uma proposta.¹⁴ Embora não seja esse o propósito de nosso trabalho, percebe-se que a discussão envolvendo práticas colusivas, aqui notadamente a fixação de preços, pode repercutir em outros importantes temas correlatos às licitações e às contratações públicas em geral.

2.2.2 Fixação de preços predatórios

Dialogando mais uma vez aqui com o direito concorrencial, outra questão a ser enfrentada é a possibilidade de fixação de preços predatórios pelos integrantes de um cartel atuante em licitações públicas. Sobre a prática da predação no mercado, Salomão Filho (2003, p. 159) discorre sobre sua acepção usual:

O termo “predação” é denominação generalizada para vários tipos de condutas de uma prática muito simples. Segundo a definição corrente, trata-se do ato pelo qual o agente econômico incorre em prejuízos na expectativa de eliminar o concorrente do mercado, esperando recuperar posteriormente, através de diversas formas, o montante perdido.

A partir da definição corrente, do ponto de vista teórico nada impede que os integrantes de um cartel incorram em prejuízo objetivando a exclusão do mercado de um agente que não faça ou se recuse a fazer parte do conluio.

As licitações públicas podem ser vistas muitas vezes como um “mercado dentro dos mercados”. Além do fato de ser um segmento altamente lucrativo em determinadas circunstâncias, muitas empresas possuem a maior parte de seu faturamento

13 Vê-se mais uma vez aqui, empiricamente, como o próprio princípio da legalidade pode ser um artifício a favorecer os agentes reunidos em cartel.

14 Justen Filho (2009, p. 629), contrário à desclassificação de propostas por conta dos valores ofertados, enfrenta a questão afirmando que “a eliminação de ofertas de valor reduzido pode configurar, por si só, uma ofensa aos princípios da competição leal. Num sistema capitalista, os agentes econômicos são livres para formular propostas e, ao longo da competição pela clientela, promover a redução contínua de seus preços. Logo, impedir uma prática essencial ao capitalismo caracteriza uma distorção do processo de competição, em que se pretende impedir a obtenção da contratação por aquele que formula a proposta de menor valor. Insista-se em que a prática de preços inferiores aos custos não configura ato ilícito em si mesmo. Se um particular se dispuser a atuar com prejuízo, isso não configura automaticamente infração à atividade econômica. A tutela jurídica à concorrência apenas será aplicável quando a redução de preços for instrumento de abuso do poder econômico, consistente na tentativa de destruir a competição para, em seguida, dominar o mercado. Se, no entanto, a estrutura do mercado for suficientemente resistente para evitar comprometimento em virtude da prática de preços reduzidos em uma licitação específica, não haverá qualquer obstáculo à formulação de propostas inferiores ao custo”.

atrelada a contratos mantidos com a administração pública. Logo, a predação em licitações públicas poderia, sim, provocar a eliminação de um determinado concorrente.

Contudo, do ponto de vista prático, sabemos que a intenção dos agentes, ao se reunirem em cartel, é a maximização dos lucros, o que, por si só, bastaria para que afastássemos a possibilidade de conluio visando à predação. Além do mais, suportar prejuízos financeiros e assumir um elevado grau de risco para sequer haver a certeza de extinção do concorrente não é um comportamento econômico racional, ainda que a eliminação do concorrente pudesse mostrar-se vantajosa para os integrantes do cartel. Dessa maneira, embora possível do ponto de vista teórico, não vislumbramos como uma hipótese factível a reunião em cartel com vistas à predação.

2.3 Supressão de propostas

Consiste em acordos visando ou à abstenção de ao menos um dos concorrentes de uma determinada licitação ou então à desistência, no intercurso da licitação, de proposta previamente apresentada. A supressão de proposta(s) geralmente está vinculada à prática de rodízio, que será analisada no próximo item.

Assim como ocorre com as demais práticas anticompetitivas, existe enorme dificuldade para se comprovar a prática de supressão de proposta, principalmente pelo fato de que muitas empresas, por razões diversas, sequer participam de licitações públicas. Ou seja, não se pode afirmar que a simples ausência de uma das empresas concorrentes seja indício de conluio no certame. A fraude só existirá, de fato, se restar comprovado que houve acordo prévio entre elas, estipulando os termos da supressão de propostas e do rodízio.

No que diz respeito à desistência de propostas no intercurso da licitação, devemos nos lembrar de que, tal como nos demais campos do direito, a proposta vincula o proponente. É dizer: o licitante que não honrar a proposta terá de sofrer as sanções legais pelo seu não cumprimento.

Todavia, as próprias características da licitação conduzem à dissociação temporal entre o momento da formulação da proposta e o momento da sua aceitação pela administração (JUSTEN FILHO, 2009, p. 585), e justamente com base nessa dissociação temporal é que deve ser compreendido o art. 43, § 3º, da Lei de Licitações, que preconiza não ser cabível a desistência de proposta após a fase de habilitação, salvo por justo motivo superveniente.

Da interpretação do referido dispositivo, temos que o licitante goza de um direito potestativo de desistência até o momento da habilitação. Após essa fase, a desistência de proposta será juridicamente ineficaz, salvo se por motivo justo decorrente de fato superveniente e aceito pela comissão.

Contudo, a desistência (potestativa) de proposta não pode ser vislumbrada nem no pregão nem em qualquer outra modalidade em que se adote a inversão de

fases, isso porque, nessas hipóteses, o procedimento licitatório se dá antes, com a abertura de propostas, e somente após se analisam os documentos de habilitação. Caso a desistência potestativa de proposta fosse aceitável nesses dois casos, teríamos o enorme risco de participações irresponsáveis na fase de lances de um pregão, ou então a desistência depois de conhecidos os preços dos competidores, o que iria de encontro a toda a lógica existente por detrás tanto do pregão quanto da inversão de fases.

Embora a lei do pregão não tenha enfrentado expressamente a questão da desistência de proposta,¹⁵ “o exame atento da lei indica a intenção de impor ao licitante o dever de honrar sua proposta, rejeitando-se qualquer atuação destituída de comprometimento com a confiança que o Estado depositou no particular” (JUSTEN FILHO, 2009, p. 587).

Caso ainda se busque algum respaldo legal expresso, vale aqui mencionar que o art. 11, X, do Decreto Federal nº 3.555/2000 (pregão comum), e o art. 21, § 4º, do Decreto Federal nº 5.450/2005 (pregão eletrônico), vedam a desistência (potestativa) de proposta. Ressalte-se que as desistências justas e motivadas por fatos supervenientes devem, sim, ser consideradas pelas comissões de licitação, até como homenagem à cláusula máxima contratual *rebus sic stantibus*.

Essas considerações são relevantes para que haja a compreensão de que nas licitações “clássicas” (concorrência, tomada de preços e convite) a desistência potestativa de proposta pode ser um mecanismo e um indício de conluio, mas tal indício dificilmente se aplicará à modalidade pregão ou às licitações com inversão de fases.

Pontue-se ainda que o Projeto de Lei nº 32/2007, que trata de alterações na lei de licitações, tem como um de seus principais pontos fazer com que a inversão de fases seja o procedimento padrão a ser adotado. Se referido projeto for aprovado pelo Congresso Nacional, ainda que a intenção da inversão de fases seja a celeridade do procedimento, indiretamente teremos que a desistência de proposta deixará de ser uma prática colusiva eficaz nas supracitadas licitações “clássicas”, o que será analisado em momento oportuno.

2.4 Propostas rotativas ou rodízio

A prática de rodízio consiste no acordo pelo qual as empresas cartelizadas combinam previamente qual será a proposta vencedora, revezando-se de licitação para licitação de acordo com uma ordem de alternância entre os integrantes do cartel, de forma que nenhum deles domine exclusivamente o mercado licitatório.

É uma prática que confere ampla aparência de competitividade à licitação, mas que pode suscitar fortes indícios de conluio caso mal executada. Por exemplo:

¹⁵ O fato de a Lei nº 10.520/2002 não abordar expressamente a questão da desistência de proposta não pode ser um argumento jurídico válido para que os licitantes ficassem impedidos de desistir. Isso porque, como se sabe, a Lei nº 8.666/1993 deve ser aplicada subsidiariamente à lei do pregão, o que bastaria para afastar esse argumento, uma vez que a lei geral permite a desistência.

suponha-se que a empresa “A”, quando designada para vencer uma licitação em um dado município, ofertou “x”. Contudo, em outra licitação de mesmo objeto, mas em município diverso, ofertou “2x”. Embora a variável tempo possa ser determinante na formulação de preços, principalmente quando o objeto envolve insumos dependentes de importação (susceptíveis à variação cambial), raramente os valores para um mesmo objeto sofrerão grandes oscilações em uma empresa. Caso essa discrepância de valores ocorra, a atenção deve ser redobrada para a possibilidade de conluio.

Apenas como apontamento lógico, frisemos que a prática de rodízio encontra-se estritamente vinculada à da elaboração de propostas fictícias, uma vez que o simples fato de os cartelistas combinarem previamente quem será o vencedor da licitação implica, necessariamente, que os demais integrantes do cartel formulem propostas que não condizem com suas reais possibilidades empresariais. Mais um motivo para termos destacado, anteriormente, serem as propostas fictícias a prática colusiva mais comum nas licitações públicas.

2.5 Divisão do mercado

Por meio de tal prática colusiva, os cartelistas estabelecem entre si os contornos do mercado e acordam em não concorrer ou em apresentar propostas fictícias para determinados órgãos públicos ou áreas geográficas específicas.

É uma prática colusiva desenhada para atender inclusive a interesses logísticos, uma vez que os membros do cartel provavelmente priorizarão o rateio do mercado de acordo com a localização das empresas. A título de exemplo, uma empresa cuja sede seja na Região Nordeste provavelmente será designada como vencedora das licitações ali iniciadas, deixando de competir em mercados localizados no Norte ou no Centro-Sul do país, o que minimiza os custos de participação da empresa em licitações públicas e barateia gastos com fretes e estadas de seus executivos, pois os contratos públicos serão celebrados na proximidade de sua sede.

A divisão do mercado eleva sobremaneira os lucros das empresas, tanto por reduzir os custos de participação e as expensas logísticas, citados anteriormente, quanto por diminuir o número de concorrentes, possibilitando a formulação de propostas mais arrojadas, que dificilmente se sagrariam vencedoras em uma licitação idônea.

Acrescente-se, por fim, que a divisão do mercado constitui ilícito anticoncorrencial autônomo, consignado no artigo 36, § 3º, “c”, da nova lei de defesa da concorrência.

2.6 Subcontratação informal

Dialogando com as classificações consagradas no direito privado, os contratos administrativos são firmados *intuitu personae*, isto é, concretizam-se em função da pessoa física ou jurídica, que, por meio do procedimento da licitação ou outro (dispensa, inexigibilidade ou registro de preço), demonstrou possuir idoneidade para

executar plenamente o objeto sob os aspectos jurídico, técnico e financeiro. Dessa forma, compete ao contratado executar pessoalmente o objeto, sem transferência de responsabilidades ou subcontratações não autorizadas pela administração (MEIRELLES, 2004, p. 224).

Todavia, a natureza *intuitu personae* dos contratos administrativos não os torna, necessariamente, personalíssimos,¹⁶ isso porque a atividade administrativa do Estado é regida pelo princípio da impessoalidade, ou seja, as características pessoais do particular contratado não são fatores relevantes para a contratação.

Mesmo na fase de habilitação, os particulares são examinados sob critérios objetivos, previamente estipulados no instrumento convocatório, de modo que a execução da prestação pelo próprio contratado decorre logicamente do procedimento licitatório seletivo (JUSTEN FILHO, 2009, p. 790-791).

Assim, é possível visualizar que o que interessa à administração são o recebimento da prestação e a imputação de um polo juridicamente responsável, sendo este último o fator principal que limita a possibilidade de subcontratação, tal como contido no art. 72 da Lei n. 8.666/1993. Ora, se a possibilidade de subcontratação fosse irrestrita, as inúmeras exigências na fase de habilitação seriam despropositadas.

Por conta disso, a subcontratação deve ser entendida como exceção, sendo cabível, por exemplo, quando o objeto licitado é de grande complexidade. Nessa hipótese, a subcontratação faz-se até mesmo necessária como forma de ampliar a competitividade, uma vez que quanto mais complexo o objeto menos concorrentes são aptos a adimpli-los em sua integralidade. Permitir a subcontratação e o conseqüente rateio do objeto possibilita que mais agentes ingressem na licitação, desde que, por óbvio, seja mantido um centro de imputação de responsabilidade.

A subcontratação constante do art. 72 e discriminada no edital não enseja o cartel, obviamente. Pelo contrário, é mecanismo de ampliação do número de concorrentes interessados. Ocorrerá o cartel quando a subcontratação for *velada*, escondida, isto é, quando apenas uma empresa figurar formalmente como contratada do órgão público, mas outras, sem nenhum vínculo com a administração, colaborarem para o adimplemento da prestação. Os possíveis motivos para isso seriam tanto a impossibilidade de apenas uma das empresas, isoladamente, cumprir o contrato quanto pelas facilidades logísticas que podem resultar dessa subcontratação.

Note-se que a subcontratação velada pode ser mais comumente observada nos contratos de fornecimento de bens, uma vez que pouco importa a identidade da empresa, conquanto sejam as mercadorias fornecidas regularmente. Nos contratos de prestação de serviços, todavia, a fiscalização pela administração é mais incisiva, tendo

¹⁶ Embora Justen Filho (2009, p. 790) não admita a natureza personalíssima do contrato administrativo, não há como vislumbrarmos que os contratos decorrentes de inexigibilidade para a contratação de serviços técnicos de notória especialização ou de profissional de qualquer setor artístico, por exemplo, não possuam essa qualidade, ao menos sob a ótica do direito privado.

em vista que os recursos humanos empregados, decisivos para a correta execução do contrato, deverão necessariamente pertencer ao quadro de empregados da empresa contratada, o que dificulta a subcontratação.

A subcontratação velada também pode ser uma forma de permitir o reingresso, no mercado licitatório, de empresas suspensas de licitar ou declaradas inidôneas pela administração.¹⁷ Isso porque uma empresa “X” pode figurar formalmente como contratada, respondendo juridicamente pelo inadimplemento, mas uma empresa “Y”, suspensa de licitar ou declarada inidônea, pode ser a que de fato proceda ao adimplemento da prestação contratual.

Em verdade, a subcontratação velada é antes uma fraude à execução do contrato do que uma fraude ao caráter competitivo da licitação. De toda forma, ainda que indiretamente, a competição na licitação será prejudicada, considerando-se que o adjudicatário não possui de fato a mesma capacidade empresarial de seus concorrentes, aptos a executarem idoneamente o contrato. Disso também concluímos que a exigência de atestados de capacidade técnica precisos é a principal forma de combater esse tipo de prática, por exigir diretamente da contratada a comprovação de que esta pode adimplir na integralidade o objeto constante do edital.

2.7 Consórcios entre concorrentes

Apesar de ser prática formalmente distinta da subcontratação velada, a lógica por detrás dos consórcios entre concorrentes, bem como os efeitos práticos deles advindos, são muito semelhantes aos dos casos de subcontratação, inclusive no que diz respeito à necessidade de previsão expressa no edital que viabilize essas exceções (arts. 33 e 72 da Lei n. 8.666/1993).

17 Com relação às sanções de suspensão de licitar e de declaração de inidoneidade, consignadas, respectivamente, nos incisos III e IV, do art. 87 da Lei nº 8.666/1993, muito se questiona qual seria a real extensão dessas penalidades, isso porque, no caso do inciso III, suspende-se o licitante de licitar com a “Administração”, ao passo que no inciso IV a declaração de inidoneidade impediria que a empresa penalizada contratasse com a “Administração Pública”. Essa diferença de nomenclatura acarreta tratamento sancionatório distinto, ao menos se considerarmos as definições dadas pela própria lei em seu artigo 6º. “Administração” seria apenas o ente promovedor da licitação, enquanto “Administração Pública” seria o conjunto de todos os entes públicos no exercício de função administrativa. É dizer: estar impedido de licitar com a “Administração Pública” seria muito mais gravoso que estar impedido de licitar com a “Administração”. A questão, contudo, não é pacífica, havendo interpretações tanto restritivas quanto ampliativas dos termos dados. Para o STJ, por exemplo, “a punição prevista no inciso III do artigo 87 da Lei nº 8.666/1993 não produz efeitos somente em relação ao órgão ou ao ente federado que determinou a punição, mas a toda a Administração Pública, pois, caso contrário, permitir-se-ia que empresa suspensa contratasse novamente durante o período de suspensão, tirando desta a eficácia necessária” (REsp 174.247/SP, Rel. Min. Castro Meira). Em sentido contrário, todavia, Carlos Ari Sundfeld conclui que “o fato de uma empresa haver sido atingida pelas penas do art. 87, inciso III (suspensão) ou IV (declaração de inidoneidade), aplicada por órgão/entidade de certo âmbito federativo, não a impede de participar de licitação ou de contratar com órgão ou entidade de outro âmbito federativo (isto é, de outro município, de outro Estado, da União, conforme o caso)”, já que, diante da omissão da lei quanto à abrangência precisa da extensão das sanções, “adotar posição oposta seria obrigar alguém a deixar de fazer algo (isto é, deixar de participar de licitação, deixar de contratar) sem lei específica que o imponha, em confronto com o princípio da legalidade que, especialmente em matéria sancionatória, deve ser entendido como da estrita legalidade” (2008 apud JUSTEN FILHO, 2009, p. 856). De qualquer forma, cumpre ressaltar que essa divergência de interpretações parece-nos não se aplicar quando a proibição de contratar com o Poder Público for sanção jurídica àqueles que participaram de um cartel licitatório, isso porque o art. 38, II, da Lei nº 12.529/2011, estende a proibição de participar de licitação a todos os entes federativos, e não apenas àquele no qual se verificou a atuação do cartel.

Uma diferença diz respeito ao mercado licitatório em que mais incidem: ao passo que a subcontratação é mais comum nos contratos de prestação de serviços e de fornecimento, os consórcios usualmente tomam sede nas licitações que envolvam obras públicas e projetos de infraestrutura.

Na mesma lógica do que ocorre com a subcontratação, os consórcios podem ter efeitos tanto pró-competitivos, permitindo a participação de agentes que não seriam capazes de cumprir as exigências editalícias sozinhos, quanto efeitos anticompetitivos, mitigando a concorrência, ao fazer com que competidores se tornem consorciados com interesses comuns. É o que se depreende do relatório da SDE constante do Anexo I da Portaria n. 51/2009:

Por um lado, o consórcio pode permitir a participação de pequenas empresas em contratações que, se não fosse pela oferta em conjunto, não lhes seria possível participar, por não disporem de recursos financeiros, técnicos ou humanos suficientes se consideradas individualmente. Assim, esse tipo de consórcio permite que um maior número de propostas sejam apresentadas ao contratante público. Por outro lado, empresas com condições de participarem sozinhas da licitação podem formar consórcios com o objetivo de eliminarem a concorrência entre si, o que possui caráter nitidamente anticoncorrencial (2009, p. 8).

O problema em questão não é exclusivo de nosso país. A OCDE, por meio da publicação oficial *Public procurement: the role of competition authorities in promoting competition*, consolidou a opinião das autoridades de defesa da concorrência de diversos países. Em livre tradução da SDE, constante da mesma portaria mencionada anteriormente:

A apresentação de propostas em consórcio incrementa a competitividade se permitir que empresas que não têm condições de fornecer produtos complementares se juntem com outras empresas para então fornecer de forma conjunta tais produtos complementares. [...] Por outro lado, quando empresas concorrentes apresentam ofertas de maneira conjunta, isso geralmente diminui a concorrência, já que o consórcio diminui o número de participantes. Esse assim chamado efeito de diminuição de concorrência promove ofertas menos agressivas e conseqüentemente efeitos negativos na concorrência¹⁸ (2009, p. 9).

Também o Tribunal de Contas da União (TCU), em julgado do ano de 2004, ou seja, anteriormente às publicações da SDE e da OCDE, demonstrou o mesmo entendimento no que diz respeito aos aspectos anticoncorrenciais dos consórcios:

18 No original em inglês: "*Joint bidding is competition-enhancing if it allows firms that are not able to supply complementary products to join with other firms to jointly supply those complementary products. [...] However, when competing firms bid jointly, this usually reduces competition as joint bidding reduces the number of participants. This so-called reduced competition effect promotes less aggressive bidding and therefore has negative effects on competition.*" (OCDE, *Public procurement: the role of competition authorities in promoting competition*, 2007, p. 34 apud SDE, 2009, p. 9).

A nosso ver, a formação de consórcio tanto pode se prestar a fomentar a concorrência (consórcio de empresas menores que, de outra forma, não participariam do certame), quanto a cerceá-la (associação de empresas que, caso contrário, concorreriam entre si). (Acórdão n. 2.813/2004 – Primeira Câmara, Relatório do Ministro Relator Marcos Vinícios Vilaça, Sessão 09/11/2004).

Diante de tais constatações, a conclusão a que se chega é de que cabe aos órgãos que atuam direta ou indiretamente na defesa da concorrência verificar se as empresas consorciadas teriam condições de apresentar, isoladamente, proposta para a execução do projeto objeto da licitação.

Para tanto, deve-se atentar para projetos anteriores executados pelas empresas reunidas em consórcio, bem como para outros aspectos econômicos relevantes, como, por exemplo, balanços contábeis capazes de demonstrar as reais competências das empresas envolvidas. Após isso, quanto mais fortes forem as evidências de que as empresas consorciadas teriam condições de executar independentemente o projeto licitado, maiores devem ser as preocupações dos órgãos de controle para coibir essa prática.

2.8 Constituição de empresas “fantasmas”

De enorme relevo no contexto dos pregões presenciais, tendo em vista que pode ser uma das principais ferramentas de concretização do chamado “bloqueio” (exposto anteriormente), a constituição de empresas fantasmas é a prática colusiva que consiste na criação, por meio de registro nas juntas comerciais, de empresas que não atuam de fato no mercado (ou atuam se valendo da estrutura empresarial de outra), mas “participam” das licitações públicas com o intuito único de conferir ampla aparência de competitividade ao certame.

Com relação ao bloqueio, essas empresas podem até mesmo excluir da fase de lances de um pregão empresas idôneas, considerando-se que a participação de uma empresa fantasma em uma licitação implica necessariamente que esta formule também uma proposta fictícia. Logo, observar-se-ão aqui a mesma lógica e os exemplos expostos anteriormente, quando analisamos a prática colusiva de formulação de propostas fictícias.¹⁹

Não bastando a constituição de empresas fantasmas, verificamos ainda que na maior parte dos casos elas assumem a natureza de microempresas (ME) ou de empresas de pequeno porte (EPP), gozando de prerrogativas de desempate e de preferência de contratação nas licitações públicas, conforme dispõe o art. 44 da Lei Complementar nº 123/2006. Ou seja, não bastasse a competitividade de fachada e a possibilidade

¹⁹ *Vide* o exemplo prático anterior, no qual as empresas reunidas em conluio foram nomeadas de “A”, “B” e “C”. O teor do problema seria exatamente o mesmo se as empresas “B” e “C” fossem fantasmas, constituídas por “A” para participar de licitações, o que teria a dupla serventia ilícita de conferir aparência de competitividade ao certame e de excluir, no caso, a empresa idônea “D” da fase de lances do pregão.

de exclusão de licitantes idôneos, a constituição de microempresas ou empresas de pequeno porte fantasmas pode ainda levar à preferência de contratação destas em detrimento das demais.

Na prática, sagrando-se vencedora uma ME ou EPP fantasma, aquela que adimplirá de fato a prestação contratual será ou uma empresa derrotada no certame ou uma que sequer participou da licitação, mas que detém a estrutura operacional necessária (empregados, maquinário, veículos, etc.). Ademais, tal como na subcontratação velada, a constituição de empresas fantasmas pode ser um expediente utilizado por empresas suspensas de licitar ou declaradas inidôneas, cujos dirigentes continuarão a auferir lucro com a máquina pública.

O problema das empresas fantasmas assume grandes proporções na economia nacional por conta da facilidade de constituição de pessoas jurídicas no Brasil e por não ser, a princípio, uma infração concorrencial.²⁰

Conforme a legislação vigente, basta a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro para que a pessoa jurídica possa ter existência legal (art. 45 do Código Civil de 2002). Dessa forma, torna-se muito difícil a comprovação de que uma empresa foi constituída tão somente com o intuito de fraudar a competição licitatória, ou mesmo com o intuito de fraudar a legislação trabalhista ou tributária, problemas também correlatos à constituição de empresas fantasmas.

No caso das licitações, um dos indícios de constituição de empresas fantasmas é a existência de contratos sociais cujos objetos sociais são demasiadamente amplos, isto é, empresas que supostamente atuam em diversos ramos da economia. É certo que existem exceções, como grandes grupos que operam em diversas áreas comerciais. No entanto, na maior parte dos casos, a atividade empresária é setORIZADA, adstrita a um determinado segmento.

Não raro, contudo, empresas fantasmas apresentam como objeto social atividades diversas e incompatíveis, como, por exemplo, fornecimento de alimentos, produção de mobiliário de escritórios e venda de equipamentos de informática. Ora, tais objetos demandam especialização das empresas, sendo muito difícil que uma mesma empresa possa de fato atuar em todos esses ramos. Nesses casos, cabe às comissões de licitação redobrar a atenção e fiscalizar incisivamente o comportamento, a proposta e os documentos de habilitação de empresas que apresentem essas características.

20 Conforme relatório da SDE constante do Anexo I da Portaria nº 51/2009, "a fim de se acessar benefícios reservados pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, a licitantes que sejam micro e pequenas empresas (MPEs), algumas empresas que já são fornecedoras do Poder Público constituem novas pessoas jurídicas qualificáveis como MPEs para participar de licitações. Muitas vezes, tanto o fornecedor original quanto sua nova controlada ou coligada MPE participam da mesma licitação. Embora tal situação possa em tese configurar fraude à referida lei – devendo ser investigada pelos órgãos de controle interno ou externo –, ela não pode ser caracterizada, em princípio, como uma infração concorrencial" (2009, p. 11).

2.9 Participação de sindicatos e associações de classe na organização dos cartéis

Os sindicatos e associações de classe desempenham papel fundamental na nossa sociedade, representando interesses e defendendo direitos sociais, políticos e comerciais de trabalhadores e empresas. A importância é tanta que, inclusive, encontra guarida constitucional, havendo uma série de normas relativas a tais entidades no capítulo “Dos Direitos Sociais” de nossa Constituição Federal.

Não é raro, todavia, que referidas entidades extrapolem suas funções institucionais e passem a se valer de suas reuniões ordinárias como palco para coordenar ou influenciar o desenvolvimento de práticas contrárias à concorrência e ao livre mercado por meio da troca de informações a respeito de preços praticados, carteira de clientes, áreas de atuação, formas de venda, planos de negócios e, no nosso caso, participação em licitações.

No entanto, a intermediação de sindicatos e associações de classe, antes de ser uma típica prática colusiva, é muito mais uma prática facilitadora²¹ do conluio. Segundo a SDE, com base na publicação da OCDE *Facilitating practices in oligopolies*:

Uma prática é caracterizada como *facilitadora* porque tem por efeito diminuir as dificuldades para a obtenção de conluio tácito ou explícito ou ação concertada entre empresas no que se refere à concorrência por preço ou, em menor grau, em outros fatores de concorrência (quantidade, qualidade). A adoção de práticas facilitadoras é uma das formas mais comuns de prática anticoncorrencial por associações de classe e sindicatos. São exemplos desse tipo de prática: regras excessivamente restritivas para afiliação à entidade; divulgação de tabelas de preços não obrigatórias; implementação de padrões industriais que excluem concorrentes; e adoção de códigos de ética regulando o preço ou outras práticas comerciais que possam limitar a capacidade das empresas de competir livremente (2009, p. 10).

Em verdade, a maior parte das práticas colusivas apontadas ao longo deste capítulo pode ter origem em reuniões de sindicatos ou associações de classe. Com exceção da constituição de empresas fantasmas, que é ato unilateral, todas as demais práticas colusivas mencionadas encontram nesse tipo de reunião um excelente fórum de articulação de mecanismos aptos a fraudar o caráter competitivo de uma licitação.

Veja-se o caso, por exemplo, das propostas rotativas e da divisão do mercado. Dificilmente haverá palco mais propício à propagação dessas articulações que não o das entidades aqui em questão, cujas reuniões possuem o condão de tornarem supos-

21 “The concept of ‘facilitating practices’ refers to conduct by firms, typically in an oligopolistic market, which does not constitute an explicit, ‘hardcore’ cartel agreement, and helps competitors to eliminate strategic uncertainty and coordinate their conduct more effectively. Information exchanges are the most common facilitating practice, but competition authorities have investigated a wide range of other practices as well” (OCDE, 2008, p. 10).

tamente legítimos (aos olhos de terceiros) encontros entre concorrentes que, usualmente, jamais travariam relações amistosas no mercado.

O teor das informações trocadas entre concorrentes pode caracterizar ato ilícito tanto para a lei de defesa da concorrência quanto para a lei de crimes contra a ordem econômica. Diante disso, sindicatos e associações devem se valer de extrema cautela para evitar que seus associados aproveitem os encontros institucionais como fórum de discussão e propagação de práticas anticoncorrenciais.

3 Mecanismos extrajudiciais de combate aos cartéis em licitações

Após termos analisado as principais práticas colusivas possíveis de fraudar o caráter competitivo de uma licitação, cumpre agora buscarmos uma sistematização do outro lado da moeda: o do combate a tais práticas.

Perceba-se que o título desta seção se refere apenas a “mecanismos extrajudiciais” de combate aos cartéis em licitações. A delimitação se justifica pelo fato de que o combate judicial se pauta pela lógica própria das investigações e dos processos criminais, ou mesmo dos processos cíveis, quando se tenha por objetivo pleitear reparações a danos concorrenciais. Entretanto, o estudo de processos e procedimentos judiciais específicos implicaria enfoque totalmente diverso do nosso tema, conduzindo o estudo a uma análise, por exemplo, dos tipos penais e da responsabilidade civil concorrencial, o que não se justifica aqui por razões óbvias de delimitação temática.

Tal como exposto em nossa introdução, o escopo deste trabalho é outro. Temos por objetivo analisar os cartéis em licitações sob a lógica da administração pública, o que direciona nossa exposição à compreensão de como os agentes públicos podem eventualmente se deparar com esse problema e quais os possíveis meios extrajudiciais, preventivos ou repressivos, de coibir os conluios.

Ao limitarmos o campo de combate a formas extrajudiciais preventivas ou repressivas, uma primeira questão pode vir à tona de imediato. Por que deixar a cargo também da administração tal combate se sanções plenamente coercitivas ocorrerão apenas após o devido processo judicial? Não seria isso um dispêndio desnecessário de recursos públicos, sendo talvez mais vantajosa a concentração de gastos em órgãos de investigação, por exemplo?

A resposta é negativa. As melhores doutrinas e práticas administrativistas e concorrenciais apontam que não só é recomendável o combate extrajudicial a cartéis em licitações como deve este ser continuamente fomentado, quer por promover uma redução comprovada de valores contratados, quer por uma questão própria de moralidade administrativa, uma vez que se deve coibir aquele sentimento de impunidade que move agentes privados a atentar cada vez mais contra a administração pública. Para Niebuhr (2004, p. 203), o combate a fraudes em licitações é, inclusive, uma obrigação da Administração, e não mera faculdade:

É muito frequente que a Administração seja prejudicada em razão do comportamento de licitantes e contratados que agem em relação a ela com flagrante má-fé, buscando ampliar os seus benefícios privados em detrimento do interesse público. Ocorre que, em muitos casos, a Administração não toma as providências devidas para coibir tais comportamentos, não instaurando os devidos processos administrativos. Essa postura da Administração produz efeitos nefastos, haja vista que propaga sentimento de impunidade, que acaba por incentivar novos atentados ao interesse público. Dessa sorte, a Administração tem a obrigação de coibir tais práticas, realizando todas as medidas previstas em Lei para punir os licitantes ou contratantes faltosos, de uma vez por todas, exigir ser tratada com o devido respeito e com seriedade. Se ela não o fizer, ninguém o fará.

Todavia, a estruturação de um aparato estatal e o desenvolvimento de uma cultura de combate a cartéis não é tarefa simples, demandando tempo, qualificação de agentes públicos e vontade política. Não só isso, sabendo-se que os recursos financeiros e humanos são escassos, prioridades devem ser estabelecidas, pois só assim será possível garantir resultados concretos e evitar que mais recursos sejam utilizados em vão.

Para tanto, valem aqui, como norte dessa estrutura e dinâmica de combate aos cartéis em licitações, os apontamentos de Migrom (2004 apud MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2008a), uma das maiores autoridades acadêmicas na análise econômica de licitações:

Novos desenhos inteligentes dificilmente são determinantes para o sucesso de uma licitação. Com muito mais frequência, as chaves para o sucesso são: manter baixos os custos para participação nos leilões, incentivar a participação dos licitantes apropriados, garantir a integridade do processo e cuidar para que o licitante vencedor seja alguém que vá pagar ou entregar o prometido.

Veremos que os mecanismos de combate adiante expostos em grande medida coincidirão com este magistério de Paul Migrom, uma vez que atendem a essa busca de diminuição dos custos de participação em uma licitação, de ampliação da concorrência idônea e de um processo licitatório íntegro.

Perceber-se-á, também, que dos 11 mecanismos a serem expostos, oito deles são formas preventivas de combate aos cartéis em licitações, isto é, condutas ou estratégias adotadas pela administração que visam a minorar as chances de entrada de um cartel em uma licitação pública ou de impedir que um dos cartelistas se consagre facilmente vencedor do certame.

Apenas dois dos mecanismos (acordos de leniência e compromissos de cessação de prática) são formas extrajudiciais repressivas, ou seja, que só podem ser adotadas após uma atuação concreta do cartel. O fomento de denúncias anônimas,

último dos mecanismos a ser abordado, congrega tanto um caráter preventivo quanto repressivo, a depender do caso concreto.

Esse mapeamento inicial (oito formas preventivas, duas repressivas e uma mista) nos mostra, principalmente, que a administração pública possui um amplo rol de mecanismos capazes de coibir a entrada (ou ao menos o sucesso) de cartéis no mercado licitatório.

No longo prazo, o combate preventivo mostra-se mais favorável à dinâmica da administração pública, principalmente por tornar desnecessárias tanto a anulação de contratos administrativos eivados de ilegalidade quanto a celebração de novos processos licitatórios, o que demandaria dispêndio repetido de recursos financeiros e humanos.

Ademais, considerando-se a dificuldade em se provar a atuação ilícita de agentes do mercado, mecanismos de prevenção são mais adequados ao fim de se evitar a concretização de danos ao erário. Além disso, adotar uma filosofia preventiva de combate aos cartéis em licitações atende inclusive ao princípio da economicidade, tão caro à administração pública.

Feitas essas primeiras considerações, passemos, então, à análise dos mecanismos extrajudiciais de combate aos cartéis em licitações.

3.1 Pesquisa de preços criteriosa e fixação de preços máximos

Durante a chamada fase interna da licitação, voltada principalmente à instrução do processo administrativo licitatório e à elaboração do edital da licitação, um ato de extrema importância para a administração pública é a pesquisa de preços.

Dentre as diversas finalidades que este ato assume,²² interessa-nos aqui o fato de que a pesquisa de preços é o principal parâmetro de julgamento da aceitabilidade das propostas. Tratamos desse ponto anteriormente, quando analisamos a prática colusiva de fixação de preços, e afirmamos, na ocasião, que da interpretação do art. 48 da Lei n. 8.666/1993 inferia-se que o valor orçado pela administração era o principal norte para a desclassificação de propostas “manifestamente inexequíveis”.

Embora a questão da inexequibilidade de propostas seja bastante problemática, o que aqui nos importa é o fato de que uma cotação de preços bem elaborada

22 Segundo Mônaco (2007, p. 2), a pesquisa de preços tem “uma importância capital, por servir a seis finalidades básicas: (i) definição da modalidade de licitação a ser adotada (convite, tomada de preços ou concorrência), na forma do art. 23 da Lei nº 8.666/1993; (ii) definir o prévio empenho da despesa, ou seja, determinar, ainda que por estimativa, o vulto financeiro da despesa pública a ser suportada pelos créditos orçamentários respectivos; (iii) servir de parâmetro para a definição das exigências atinentes à qualificação econômico-financeira a ser exigida para comprovação da boa situação financeira da empresa (ex. capital social ou patrimônio líquido); (iv) verificar se a licitação se enquadra no conceito de ‘grande vulto’, para efeito de análise da necessidade de que a licitação seja precedida de audiência pública; (v) verificação do enquadramento da licitação como sendo de ‘grande vulto’, para efeito de elevação das garantias exigíveis; e (vi) servir de parâmetro de julgamento da aceitabilidade das propostas”.

(isto é, que tenha consultado o maior número possível de agentes idôneos do mercado) é importante obstáculo ao desenvolvimento de práticas anticoncorrenciais em licitações, uma vez que impede a contratação acima do valor previamente pesquisado.

Ainda que os cartelistas fixem um preço mínimo de contratação, isso de nada adiantará caso esteja consignado no processo administrativo que os valores ofertados se encontram acima do estabelecido em pesquisa de mercado (valor de referência), o que, por si só, impede a adjudicação do objeto da licitação. Ou seja, havendo uma média de preços condizente com os valores reais praticados no mercado, as propostas fictícias ofertadas pelos cartelistas serão inócuas ao objetivo maior do conluio, qual seja, a maximização ilícita dos lucros.

Além disso, uma vez que o objeto não é adjudicado ao vencedor, por conta dos preços ofertados terem sido manifestamente superiores aos dos praticados no mercado nacional, abre-se a possibilidade de contratação direta de empresa idônea (e estranha ao cartel) por meio de dispensa de licitação, conforme dispõe o art. 24, VII, da Lei n. 8.666/1993.

Uma proposta de preços eficiente, acompanhada da estipulação de um valor máximo de contratação e do manejo do dispositivo legal supramencionado, é, portanto, importante instrumento da administração, tanto para coibir a atuação de cartéis quanto para proceder à celebração dos melhores contratos possíveis.

Entretanto, cumpre salientar que o valor limite de contratação não deve ser amplamente divulgado, isto é, não deve ser referenciado no edital, isso porque tal publicidade fomentaria a reunião dos agentes em cartel, tendo em vista que a probabilidade de todas as propostas orbitarem em torno do valor limite orçado pela administração aumentaria. Se é sabido que o propósito da licitação na maior parte dos casos é o menor preço, a ampla publicidade do valor máximo possível de contratação seria medida contraproducente aos objetivos da licitação, pois muito provavelmente os licitantes não ofertariam valores abaixo do teto estipulado pelo órgão contratante. A redução da publicidade, pois, é muitas vezes necessária para que a licitação atinja seus propósitos, é do que trataremos em sequência.

3.2 Redução da publicidade e propostas apócrifas

A publicidade, expressamente consignada no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, é o princípio que exige da administração pública a ampla divulgação dos seus atos praticados como forma de efetivar a transparência e coibir abusos autoritários secretos e atos de corrupção. A transparência estatal é uma condição primária para a garantia dos direitos do cidadão em face do Estado.

Nas licitações, a publicidade é fator decisivo para evitar o direcionamento dos certames, impedindo que os agentes públicos facilitem a vitória de determinada empresa motivados por interesses pessoais. Disso decorre a obrigatoriedade de ampla

divulgação das licitações a serem realizadas, com a indicação de que as sessões públicas serão sempre abertas à participação de qualquer interessado.

Para além do problema anteriormente abordado da divulgação de valores limites de contratação, a ampla publicidade nos certames também confere identidade aos licitantes e permite a identificação de suas propostas, o que, segundo relatório da Coordenação-Geral de Análise de Infrações no Setor de Compras Públicas (CGCP), ligada à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ), “pode criar condições propícias para que licitantes definam estratégia comum, monitorem o cumprimento de tal estratégia e identifiquem a entrada de novo competidor que possa desestabilizar o cartel” (2008, p. 3).

Dependendo do procedimento da licitação, principalmente naquelas em que não ocorre a inversão de fases, os licitantes podem ter condição de se comunicar e chegar a acordos, como, por exemplo, o de não ingressar com recursos administrativos ainda que a proposta e/ou documentos de habilitação da empresa vencedora contenham irregularidades. Diante de tais possibilidades, a CGCP chega à conclusão de que é necessário reduzir²³ o grau de publicidade nas licitações como forma de dificultar a atuação de cartéis.

O conhecimento da identidade dos potenciais licitantes *antes* da licitação deve ser restringido ao máximo, pois isso facilita o conluio entre eles. O mesmo raciocínio se aplica a tal publicidade *durante* o procedimento licitatório, já que, dependendo da estrutura da licitação, os participantes podem ter condição de se comunicarem e chegarem a um acordo. Quanto à publicação da identidade do licitante vencedor e de todas as propostas apresentadas *depois* do término da licitação, embora possa facilitar o monitoramento de um cartel, é importante instrumento para fiscalização da regularidade (não direcionamento) da licitação (2008, p. 4).

Uma forma de combate a essas possíveis interações entre licitantes, que acabam por fomentar a ampliação e o controle do cartel, é a exigência de propostas apócrifas, isto é, propostas sem identificações nominais dos licitantes. Por meio de tal mecanismo, as comissões de licitação procedem à análise dos preços ofertados sem ter conhecimento do nome da empresa avaliada, conhecimento esse que, por óbvio, também não possuirão os concorrentes. Para tanto, no decorrer dos trabalhos em sessão pública, as comissões de licitação valem-se tão somente de códigos alfanuméricos que possam distinguir as empresas participantes.²⁴

23 Devemos apontar que a conclusão da CGCP é pró-concorrencial, não expressando necessariamente aquilo que se entende como a melhor prática administrativista. O enfoque do órgão se dá no campo de fomento à livre concorrência, mas a redução da publicidade é um entrave à promoção do controle da atividade estatal, além do que os cartelistas, independentemente de uma publicidade ampla ou mais restrita, de uma forma ou outra sempre conseguirão elaborar mecanismos de infração ao caráter competitivo de uma licitação.

24 Em tempo, vale apontar que a adoção de propostas apócrifas é antes uma forma de evitar a captação de novos integrantes para o cartel do que uma forma efetiva de combate a este. Como é sabido, a organização do conluio, em regra, se dá muito antes das sessões públicas de licitação, quando já estão articuladas as propostas fictícias e o rodízio entre os cartelistas.

Quer pelo risco de desindexação dos valores limites de contratação, quer pela possibilidade de captação de novos agentes para o cartel, chega-se à conclusão de que, a despeito da publicidade ser condição *sine qua non* para garantir a idoneidade das licitações, evitando o direcionamento dos certames, sua restrição²⁵ faz-se muitas vezes necessária em determinadas circunstâncias, sem que com isso o propósito da licitação seja comprometido.

Pelo contrário, com a restrição (e não “extinção”) da publicidade, estar-se-á a tutelar o interesse da coletividade contra eventuais abusos de agentes de mercado que buscam tão somente fraudar o caráter competitivo de uma licitação.²⁶

3.3 Inversão de fases na licitação

O procedimento clássico da Lei de Licitações, aplicável às modalidades concorrência, tomada de preços e convite, prevê, de modo geral, a seguinte sequência de atos: 1) apreciação dos documentos de habilitação; 2) recursos contra habilitações ou inhabilitações; 3) julgamento e classificação das propostas; 4) recursos ao julgamento das propostas; 5) homologação e adjudicação.

Essa sequência, além de extremamente burocrática e contraproducente, por possibilitar uma série de interrupções protelatórias, pode facilitar sobremaneira a prática de conluio entre os licitantes, isso porque, retomando o item anterior, o grau de publicidade quanto à identidade dos licitantes é excessivamente alto, de modo que o interregno entre os momentos 1 (habilitação) e 5 (homologação e adjudicação) é demasiadamente amplo e permite facilmente aos concorrentes firmar acordos quanto ao resultado da licitação, valendo-se para tanto, por exemplo, do uso oportunista de recursos e desistências.

25 Deve-se notar que **restrição** da publicidade não se confunde com sua **extinção**, anulação ou qualquer outro entendimento que se dê no sentido de total inaplicabilidade da publicidade às licitações públicas. Como dito, o referido princípio da administração pública é condição básica para se garantir a idoneidade dos certames, mas que, nem por isso, deve se tornar um “mantra” capaz de comprometer a competitividade nas contratações públicas. O fomento de um valor ou um princípio nunca pode se dar de maneira a anular outro (é o que se depreende da teoria dos **mandamentos de otimização**, de Robert Alexy).

26 A restrição da publicidade em processos licitatórios é tema dos mais atuais e talvez também um dos menos compreendidos pela grande mídia nacional. A questão entrou na pauta jornalística recente por conta do nítido atraso que já assola nosso país quanto à realização da Copa do Mundo de 2014 e dos Jogos Olímpicos de 2016, os dois maiores eventos esportivos mundiais. Ante a morosidade típica e a cultura brasileira da falta de planejamento, aprovou-se recentemente, em regime de urgência, no Congresso Nacional, a Lei n. 12.462/2011, que institui o chamado “Regime Diferenciado de Contratação”, ou simplesmente “RDC”, objetivando conferir maior celeridade às contratações públicas. Dentre as diversas mudanças (como, p. ex., a adoção do sistema de inversão de fases para as obras de engenharia, que já possui notórios benefícios concorrenciais e que será analisada adiante), propôs-se a restrição da publicidade dos valores reservados de contratação, que só seriam divulgados após a etapa de preços da licitação. A imprensa explorou tal restrição como sendo um mecanismo do governo que daria ainda mais margem à corrupção, passando as contratações a serem um “jogo às escuras”. Todavia, pouco se falou do caráter pró-concorrencial subjacente a tal medida. O raciocínio é bastante simples: sabendo-se os valores máximos que a administração está disposta a contratar, dificilmente o particular formulará proposta de preços com valores consideravelmente abaixo do teto (e sequer estamos aqui a cogitar, ainda, a possibilidade de existência de cartel). É um comportamento de mercado bastante previsível, sendo intuitivo que a melhor prática concorrenciais seria não divulgar amplamente o teto da reserva orçamentária, possibilitando uma maior margem de ofertas distintas e reais. Esse pensamento, no entanto, pouco foi explorado pelos veículos de comunicação, quer por desconhecerem a existência de cartéis em licitações, quer pelo fato de que matérias jornalísticas sensacionalistas sugerindo apenas brechas à corrupção são mais lucrativas.

Essa constatação empírica não foi preconcebida quando da publicação da Lei de Licitações no ano de 1993. Diante disso, para suprir parcialmente essa enorme falha procedimental, a Lei do Pregão, do ano de 2002, determinou a inversão de fases da licitação nessa modalidade, procedendo-se antes à classificação e ao julgamento das propostas para, só então, ato contínuo, analisar a documentação de habilitação da empresa detentora da melhor proposta. Com essa sistemática, é facilmente perceptível que a Lei do Pregão reduziu sobremaneira a possibilidade de que licitantes atinjam um acordo durante a licitação, pois um procedimento célere, que no mais das vezes encerra sua fase externa em um mesmo dia, praticamente nulifica a captação de agentes no decorrer do certame.

A inversão de fases, introduzida com a Lei n. 10.520/2002, também diminuiu os chamados custos de participação no processo licitatório (figura que será tratada adiante). Um exemplo trazido pela Coordenação-Geral de Análise de Infrações no Setor de Compras Públicas (CGCP-MJ) é o da redução de custos advocatícios, bastante comuns nas modalidades clássicas e que não raro acabam por afastar das licitações concorrentes de menor potencial econômico.

Uma empresa que queira atuar perante um novo órgão ou em uma nova região, na qual sabe haver um conjunto de fornecedores já estabelecidos, pode, sob a modalidade pregão, preparar os documentos de habilitação e submeter uma oferta agressiva sabendo que, caso ganhe, não terá que despende tempo e dinheiro com a defesa dos recursos, os quais certamente seriam interpostos contra sua habilitação (sem nem mesmo ter sua proposta avaliada) caso a licitação ocorresse sob o regime da Lei n. 8.666/1993 (2008, p. 5).

Por fim, quando analisamos a prática de formulação de propostas fictícias, apontamos que a inversão de fases confere maior celeridade ao processo de contratação e facilita a identificação de conluios, pelo simples fato de que tanto as comissões de licitação quanto os órgãos de controle podem despende maior atenção e esforços com relação aos preços ofertados do que em longas perquirições envolvendo documentos habilitatórios.

Não obstante, apontamos também, na ocasião, que ainda que os processos de contratação administrativa se tenham tornado mais ágeis com o advento do pregão e da inversão de fases, ambos não foram suficientes, por si só, para combater a prática de formulação de propostas fictícias, tendo em vista que muitas vezes, como observado, a sistemática adotada na modalidade pregão acaba por favorecer a prática de conluios, não sendo rara a exclusão na etapa de lances de competidores idôneos, ao que chamamos de “bloqueio” em pregões presenciais.

De todo modo, ainda que não seja medida plenamente capaz de coibir os cartéis em licitações, certamente a inversão de fases é instrumental válido ao menos para minorá-los, além de ser expediente procedimental da maior importância no que

diz respeito a uma busca constante de celeridade e desburocratização progressiva da administração pública.

3.4 Diminuição de barreiras à entrada e custos de participação no processo licitatório

Dentre as diversas condições do mercado licitatório que facilitam a prática de conluíus, existem as chamadas barreiras à entrada, que podem ser entendidas como os entraves diversos (naturais ou artificiais) capazes de dificultar o ingresso de novos competidores em um determinado mercado. O efeito prático das barreiras à entrada é que elas criam um mercado cativo para aqueles agentes já inseridos, que podem, com isso, proceder a um aumento arbitrário dos preços.

Os custos de participação no processo licitatório, isto é, dispêndios financeiros, de recursos humanos e de tempo, são variáveis consideradas pelo empresariado antes de participarem de uma licitação, motivo pelo qual podem ser considerados uma das espécies do gênero barreiras à entrada. A administração deve buscar, dessa maneira, reduzir esses custos de participação, que, em uma visão econômica, recebem a denominação de “custos marginais”.²⁷

A par dessas básicas noções, é facilmente perceptível, do ponto de vista lógico, que ao diminuir as barreiras à entrada o número de concorrentes participantes de uma licitação aumentará. Conseqüentemente, as chances de captação de agentes e de manutenção do conluio diminuirão.

Cabe lembrar que mais do que um acordo para fixação artificial de preços, os cartéis buscam primordialmente sua sustentação ao longo do tempo, sendo condição indispensável para o sucesso do conluio a possibilidade de vigiar e punir os integrantes que desobedeçam aos acordos pactuados. Diminuir as barreiras à entrada e os custos de participação no processo é, portanto, uma forma de combater os cartéis não em sua origem, mas em seu meio de sustentação.

Minorar as barreiras à entrada, do ponto de vista teórico, pode parecer uma prática bastante simples de ser introjetada e aplicada aos nossos processos de contratação. Todavia, o problema reside justamente em saber como proceder à redução dessas barreiras à luz de um procedimento licitatório rígido, formalista e burocrático como o nosso.

A licitação, como processo inteiramente vinculado à lei, é manifestamente subordinada ao princípio da legalidade,²⁸ estando todas as suas fases rigorosamente

27 Segundo Mankiw (2001, p. 278), custo marginal é o “aumento dos custos totais decorrente da produção de uma unidade adicional”. Transpondo esse conceito econômico para uma lógica jurídica aplicável às licitações, podemos entender que o aumento dos custos de participação é o mesmo que um aumento do custo marginal, majoração esta que configura um desestímulo à entrada de novos competidores no mercado.

28 O princípio da legalidade determina que a administração pública só pode fazer o que a lei permite, ou seja, o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, deles não podendo se afastar sob pena de

disciplinadas, principalmente na Lei nº 8.666/1993. A disciplina jurídica dessas fases determina a observância de amplas exigências que, despropositadas ou não, são muitas vezes nada mais que barreiras à entrada de competidores na licitação.

Não por acaso muitos sustentam que a estrita legalidade, ainda que seja um princípio em garantia dos próprios particulares, engessa sobremaneira a atividade da administração pública. De fato, em inúmeras circunstâncias os rigores da lei fazem com que os processos administrativos demandem tempo e recursos além do plausível, afastando muitas vezes o interesse do particular em contratar com a administração. Entretanto, não se admite confundir legalidade ou formalidade com o formalismo, depreciativo da coisa pública e que mitiga a eficiência da administração.²⁹

Conforme apontado no capítulo das práticas colusivas, temos ainda o paradoxo de que o próprio princípio da legalidade pode ser uma ferramenta a favorecer o conluio em determinadas circunstâncias. Tal como visto, a simples articulação dos dispositivos legais, aos quais a administração se encontra plenamente vinculada, permite que empresas pratiquem o conluio sem que estejam necessariamente infringindo a letra da lei. Pelo contrário, estarão tão somente se beneficiando de barreiras legais à entrada. É esse um dos principais motivos que fazem do mercado licitatório um dos mais propícios à existência de cartéis.

De toda forma, voltando à nossa problemática, como diminuir, então, essas barreiras à entrada presentes no procedimento licitatório? Primeiramente, cabe às comissões de licitação escoimar dos editais exigências anticompetitivas, como, por exemplo, elevadas garantias de proposta, necessidade de entrega de diversos atestados de capacidade técnica e exigência de cumprimento de especificações altamente minuciosas nos termos de referência, que apenas poucos licitantes (quando não apenas um) são capazes de adimplir.

Sempre que possível, também, deve-se priorizar a inversão de fases e o prego na modalidade eletrônica, o qual, além de aumentar sobremaneira o número de concorrentes e dificultar a interação entre eles, tem gerado economias substanciais aos cofres públicos, motivo pelo qual se tornou a modalidade preferencial de compras da União.³⁰ Trataremos especificamente dessa modalidade no próximo item.

praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso (MEIRELLES, 2004, p. 87). Entre particulares vigora o princípio da autonomia da vontade, de modo que tudo aquilo que a lei não proíbe está permitido. No seio da administração, contudo, tal prerrogativa não existe, motivo pelo qual usualmente se fala em "estrita legalidade". No âmbito das licitações públicas, não raro se verifica que a observância ortodoxa da lei e o apego excessivo ao formalismo fazem com que todo um custoso e demorado processo de contratação seja prejudicado. E pior: o administrador, muitas vezes, ainda que não queira, não possui outra saída que não seguir os estritos ditames legais e declarar fracassada toda uma licitação, principalmente em função da obrigatoriedade da fiel observância do procedimento (disposta no art. 4º da Lei de Licitações) e das responsabilidades (administrativa, civil e criminal) envolvidas.

29 A jurisprudência pátria tem consagrado a ideia de que os editais e as comissões de licitação não podem ser tão formais a ponto de abandonar ou tornar menos importante o princípio da competitividade. Na verdade, temos aqui uma clara manifestação do princípio da razoabilidade, cuja principal função é flexibilizar os rigores da lei e permitir a persecução de outros valores caros ao direito (no caso, a própria concorrência).

30 Decreto n. 5.450/2005, art. 4º, e Decreto n. 5.504/2005. Embora sejam diplomas aplicáveis apenas à União, o cotidiano adminis-

Note-se que a reestruturação dos editais, por meio da concentração de esforços das comissões de licitação na chamada fase interna³¹ do procedimento, com vistas a escoimar dos instrumentos convocatórios barreiras à entrada, é importante medida para combater os cartéis em licitações, mas ainda assim remanescerão entraves de ordem legal, aos quais essas mesmas comissões se encontram obrigatoriamente vinculadas.

Uma maior redução de barreiras à entrada dependerá, então, necessariamente, de alterações legislativas no rito hoje estabelecido pela lei de licitações. Isso, no entanto, esbarrará no jogo político existente no Congresso Nacional e nas inúmeras negociações de pautas do processo legislativo,³² empecilhos além das forças de qualquer administrador que busque fomentar a concorrência.

3.5 Fomento do pregão na modalidade eletrônica

Do ponto de vista da economicidade, não há dúvidas quanto aos benefícios trazidos pelo pregão eletrônico. A maior vantagem advinda dessa modalidade é justamente a ampliação da concorrência, pois empresas interessadas em determinada licitação não têm de arcar com custos, por exemplo, referentes ao deslocamento de seus representantes, como é comum no pregão presencial. Assim, a licitação realizada em ambiente virtual permite a empresas de todo o país participarem de certames sem grandes dispêndios, aumentando-se o número de concorrentes com a consequente redução dos lances ofertados e menor dispêndio de recursos públicos.

A título ilustrativo, dados da Controladoria-Geral da União apontam que só no ano de 2008 a utilização do pregão eletrônico possibilitou uma economia de R\$ 3,8 bilhões ao governo federal, valor esse que corresponde a uma redução de 24% entre o valor de referência (valor máximo que o governo está disposto a pagar na aquisição de um bem ou na contratação de um serviço) e o que efetivamente foi pago pelos órgãos públicos.

O pregão eletrônico, por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, diminui os custos (marginais) de participação na licitação e, em consequência disso, aumenta o número de concorrentes interessados na licitação, minorando as

trativista mostra que é bastante comum a repetição das disposições contidas nesses dois decretos em regulamentos publicados por outras unidades da Federação. A União assume muitas vezes o papel pioneiro na regulamentação legislativa, cujo conteúdo é repetido pelas demais unidades federadas, quer pela conveniência destas em se apoiar em um trabalho legislativo já pronto, quer pela nossa cultura federalista ter se dado de forma *centrípeta*, isto é, historicamente concentrando na União a maior parte das competências legislativas. Por esse motivo, as leis federais usualmente são o norte a ser seguido pelos demais entes da Federação, ainda que seja o caso de competência concorrente, tal como o previsto no art. 22, XXVII da Constituição Federal de 1988.

31 Acerca da fase interna, Justen Filho (2009, p. 497) afirma que “sob um certo ângulo, é uma etapa ‘gestacional’. Durante seu decurso, são estabelecidas as condições que nortearão e regerão todo o desenvolvimento subsequente do procedimento administrativo. As exigências a que estarão sujeitos os participantes da licitação e as cláusulas do contrato serão delineadas nessa etapa. O desenvolvimento regular dessa etapa preliminar é condição para o êxito da atividade posterior da administração. Todos os demais atos praticados pela administração, no curso da licitação, são reflexo das decisões e dos atos praticados na fase interna”. Tem-se aqui bem delineada pelo ilustre autor a importância da fase interna nas licitações, que, no caso do combate aos cartéis, é determinante para escoimar barreiras à entrada que favorecem a formação de conluios.

32 Com o advento do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), foram propostas diversas alterações procedimentais na lei de licitações, dentre elas a inversão de fases como regra procedimental a ser seguida. Referidas alterações foram consolidadas no Projeto de Lei da Câmara n. 32, de 2007, mas as discussões acerca do tema não foram frutíferas até este momento.

chances de o cartel cooptar agentes de mercado. Tornando-se bastante dificultosa a sustentação do cartel, a tendência é que ele se desconstitua, fazendo com que seus integrantes voltem a atuar no mercado como concorrentes idôneos, tal como deveria sempre ocorrer em um mercado ideal (JUSTEN FILHO, 2005, p. 220-242).

Outra grande vantagem do pregão eletrônico é justamente coibir a prática de bloqueio, comum nos pregões presenciais já explorados anteriormente quando da análise da prática colusiva de formulação de propostas fictícias. A princípio, não há condições de ocorrer o bloqueio em pregões eletrônicos, pois, ao menos na esfera federal, todos os licitantes que apresentam propostas válidas são classificados para a fase competitiva (Decreto n. 5.450/2005, art. 23).

Não vigora no pregão eletrônico a disposição contida no art. 4º da Lei n. 10.520/2002, segundo a qual são convocadas à formulação de lances verbais todas as empresas cujas propostas iniciais não excedem em 10% o valor ofertado pela primeira colocada. Classificando-se todas as propostas válidas para a fase competitiva, não há o risco de concorrentes idôneos permanecerem fora da fase de lances por conta da articulação de propostas entre os cartelistas.

Para clarear a exposição, remetemos o leitor ao exemplo prático de bloqueio desenvolvido no capítulo dos tipos de práticas colusivas, donde se verá que a ampliação de concorrentes na fase de lances do pregão eletrônico impede a ocorrência desse tipo de fraude.

3.6 Declaração de independência de proposta

A experiência internacional, em estudo realizado pela OCDE (*Public procurement: the role of competition authorities in promoting competition*), mostra que desde o ano de 1985 o governo dos Estados Unidos da América, em procedimento pioneiro, passou a exigir em licitações federais um documento denominado *Certificate of Independent Price Determination*, traduzido para a língua portuguesa como “declaração de independência de proposta”.

Basicamente, o referido documento tem o objetivo de exigir de licitantes uma declaração formal informando que a proposta apresentada em uma licitação não foi precedida ou influenciada por qualquer tipo de contato entre concorrentes atuais ou potenciais, quer com relação aos preços, quer com relação à intenção de participar de uma licitação.

A lógica por detrás dessa exigência é bastante simples. Segundo consta do relatório da Coordenação-Geral de Análise de Infrações no Setor de Compras Públicas (CGCP), ligada ao Departamento de Direito Econômico do Ministério da Justiça (2008, p. 12):

É mais fácil provar que concorrentes discutiram o resultado de uma licitação do que de que eles chegaram a um acordo sobre o mesmo. A prática

de cartel em licitações é extremamente grave, e é apenada pelo art. 90 da Lei de Licitações com prisão de 2 a 4 anos e multa, além de representar infração à ordem econômica nos termos do art. 21, inciso VIII da Lei n. 8.884/1994. Desse modo, as empresas que praticam cartel buscam acobertar tal prática de todas as maneiras, o que causa grandes dificuldades para que o Poder Público descubra esse ilícito. Todavia, caso uma declaração de independência da proposta seja assinada por licitantes, o Poder Público pode mais facilmente provar irregularidades caso consiga demonstrar que os participantes da licitação discutiram o conteúdo das propostas, sem necessariamente terem chegado a um acordo, e, por meio do Ministério Público, denunciar os partícipes por *falsidade ideológica*.

É dizer: se a prova da existência de um cartel, isto é, de que houve, de fato, um acordo visando ao estabelecimento de preços com finalidade anticompetitiva, é muito difícil, quando não impossível,³³ por meio desta “declaração de independência de proposta”, aos órgãos de controle combater não diretamente o cartel em si mesmo, mas indiretamente os agentes que o integram.

Explica-se: o crime de falsidade ideológica, consubstanciado no art. 299 do Código Penal, coíbe a elaboração de declarações falsas. Assim, uma vez que os licitantes declaram que não houve qualquer contato com outros concorrentes antes da elaboração da proposta, pouco importa se houve de fato ou não um ajuste de preços visando a fraudar o caráter competitivo da licitação.

Tendo ocorrido qualquer tipo de contato, ainda que infrutífero, isso por si só já seria suficiente para ensejar a persecução criminal consubstanciada no artigo mencionado, ou seja, deixa-se de combater um crime de dano, o cartel, para se combater um crime de mera conduta, a falsidade ideológica, que independe de resultados naturalísticos (no caso, o acordo efetivo de preços).

A exigência dessa declaração é bastante salutar, pois além de facilitar o combate a práticas anticompetitivas não impõe nenhum ônus a licitantes idôneos, provocando, em verdade, um efeito psicológico desestimulante bastante incisivo sobre potenciais cartelistas.

³³ A prova da existência de cartel é questão das mais árduas. Isso porque a configuração de cartel depende de um resultado naturalístico específico: a fixação de preços ou de uma determinada conduta econômica concertada. Todavia, os cartelistas, sabendo que esse tipo de conduta é reprimível penal, civil e administrativamente, tendem a ocultar de todas as maneiras esse tipo de ilícito. Ademais, não há de se confundir *indícios* de existência do cartel com *prova* de que ele existe. Veja-se o caso, por exemplo, da recente licitação da linha 5 (“Lilás”) do metrô de São Paulo. O jornal *Folha de S. Paulo* soube seis meses antes da divulgação do resultado quem seriam os vencedores da licitação para concorrência dos lotes de 3 a 8 da obra, registrando o nome dos ganhadores (por sinal, construtoras que possuem vasto histórico de fraudes em licitações) em vídeo e em cartório, divulgando-os apenas após o resultado oficial. Embora investigação encabeçada pela corregedoria do próprio Estado de São Paulo tenha concluído pela existência de indícios de conluio, a conclusão do presidente do Metrô foi que “os indícios de conluio não se transformaram em provas”. Ou seja, ainda que saltem aos olhos a existência de fraude em uma licitação, os órgãos de controle dependem da chamada “prova cabal” para incriminar os cartelistas. Sabendo-se que esse é um problema análogo à *probatio diabolica* do direito romano, a declaração de independência de proposta é um importante mecanismo capaz de minorar esse desvirtuamento do sistema, ao menos do ponto de vista moral.

3.7 Vigilância de sindicatos e associações de classe

A despeito do importante papel social e econômico desempenhado pelos sindicatos e pelas associações de classe, já mencionamos que referidas entidades muitas vezes extrapolam suas funções institucionais e passam a se valer de suas reuniões ordinárias como palco para coordenar ou influenciar o desenvolvimento de práticas anticoncorrenciais, quer por meio da troca de informações a respeito de preços praticados e carteira de clientes, quer planejando formas de venda, planos de negócios ou, no nosso caso, participações fraudulentas em licitações.

Sabendo-se que o teor das informações trocadas entre sindicalizados ou associados pode caracterizar ilícitos concorrenciais e criminais, a vigilância de tais entidades, inclusive pelos próprios integrantes, pode se mostrar um meio eficaz de combate aos cartéis em licitações.

Para tanto, os órgãos de defesa da concorrência³⁴ sugerem que os sindicatos e as associações tenham agendas públicas de reuniões, com temas claros e bem definidos previamente à reunião. Além disso, as atas de reuniões devem abordar a totalidade das discussões e serem arquivadas como forma de demonstrar eventualmente a licitude das discussões.

Não só isso, também se recomenda que os representantes de cada empresa, nas reuniões, não sejam funcionários de departamentos comerciais ou de vendas e que os dirigentes do sindicato ou associação sejam independentes, isto é, não sejam ao mesmo tempo também dirigentes de empresas.

Por fim, uma última cautela que deve ser tomada é que sejam adotados critérios claros de adesão e exclusão de membros em referidas entidades, de modo que sejam afastadas suspeitas sobre a licitude e a legitimidade da associação. Todas essas são formas de se evitar que, além dos agentes reunidos em cartel, também os sindicatos ou associações de classe sejam penalizados,³⁵ o que, no limite, afeta toda uma coletividade.

34 Muitos dos trabalhos foram realizados pelo antigo Departamento de Proteção e Defesa Econômica do Ministério da Justiça, cuja estrutura foi transferida para o Cade após a edição da Lei n. 12.529/2011.

35 Alguns casos do Cade são bastante conhecidos pela aplicação de penalidades a entidades sindicais. Um deles é o do Minaspetro (Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Estado de Minas Gerais) e o cartel na revenda de combustíveis, setor propenso à cartelização por ter produto homogêneo, estrutura de custos semelhante e existência de barreiras regulatórias. No caso, diversos postos de Belo Horizonte aumentaram seus preços de forma combinada poucos dias após uma reunião no Minaspetro. Após as devidas apurações, o Cade aplicou, em 2003, multa ao Minaspetro em valor que superou R\$ 240 mil. Outro caso de grande relevo para nosso trabalho é o do cartel dos vigilantes, que atuava em licitações para contratação de serviços de vigilância no Estado do Rio Grande do Sul e contava com a participação dos sindicatos Sindesp-RS e Sindivigilantes. Ao término das apurações, afora as penalidades aplicadas às empresas envolvidas, o Cade aplicou multas em um total de aproximadamente R\$ 480 mil aos sindicatos e associações envolvidos. Vê-se, pois, que as preocupações concernentes às reuniões e às trocas de informações sediadas em sindicatos e associações de classe são plenamente justificáveis.

3.8 Difusão da advocacia da concorrência e treinamento de agentes públicos

A advocacia da concorrência consiste em um conjunto de ações visando à divulgação da filosofia concorrencial, geralmente propagadas por órgãos atuantes na defesa da concorrência. É uma atividade de natureza persuasiva, isto é, não repressiva ou cogente, não dotada da imperatividade dos atos estatais, motivo pelo qual se equipara à advocacia habitual e não ao jurisdicionado.

Segundo Jordão (2009, p. 4), que analisou a advocacia da concorrência como estratégia para redução do impacto anticompetitivo na atividade de regulação estatal, dois são os objetivos dessa atividade: em primeiro lugar, difundir na sociedade civil os valores relacionados à competitividade; em segundo lugar, mas não menos importante, persuadir entidades governamentais a atuarem de modo amigável aos princípios da concorrência e evitarem medidas que lhes sejam desnecessariamente lesivas.

Embora não seja prática amplamente conhecida nos bastidores jurídicos do Brasil, o nascimento da advocacia da concorrência remonta ao longínquo ano de 1974, quando Lewis Engman, então presidente da Federal Trade Commission (órgão norte-americano promotor de estudos e relatórios para a defesa dos consumidores e da concorrência nos Estados Unidos), realizou discurso para analistas financeiros vinculando os problemas macroeconômicos vividos à época pelo país à política concorrencial até então adotada. O discurso recebeu amplo destaque pela mídia e marcou o entendimento de que argumentações pró-concorrenciais podem levar a resultados extremamente favoráveis, inclusive macroeconômicos.

Não só isso, a promoção da concorrência pode potencializar o ambiente de competição econômica de forma mais eficiente³⁶ e menos custosa, o que atenderia, inclusive, ao princípio da economicidade, intrínseco ao nosso sistema.

Por não se pautar em poderes de autoridade, a realização de atividades próprias da advocacia da concorrência não depende de atribuição legislativa de competência correspondente. Não se está aqui a falar em ato administrativo, não havendo quaisquer empecilhos para que uma entidade do terceiro setor, por exemplo, ou mesmo um particular, atue nessa atividade.

No entanto, a *expertise* necessária ao bom desempenho da atividade e a dificuldade para obtenção de informações estratégicas fazem com que a advocacia da concorrência, habitualmente, se concentre nos mesmos órgãos responsáveis pela aplicação repressiva do direito concorrencial, até como forma de minorar eventuais divergências.

³⁶ A eficiência de mecanismos não coercitivos pode ser verificada, por exemplo, naquilo que se chama de *softlaw* no direito internacional. Não havendo, em geral, normas cogentes nessa seara, o sistema integrado pelos países no âmbito da Organização Mundial do Comércio, por exemplo, pauta-se antes na credibilidade dos agentes econômicos do que em medidas coercitivas. É a prova de que medidas persuasivas podem muitas vezes alcançar resultados práticos independentemente da coercitividade de jurisdicionados estatais.

Há de se notar que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência tem sido particularmente ativo no desempenho da advocacia da concorrência, principalmente por conta da ampla divulgação ao público de seu programa de combate a cartéis e dos acordos de leniência. Entre os anos de 2008 e 2009, a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça publicou cartilhas como *Combate a cartéis em licitações* e *Combate a cartéis em sindicatos e associações*, que têm o mérito de introduzir a muitos um problema que sequer poderiam imaginar fosse existente.

Na seara das licitações públicas, a advocacia da concorrência não só pode como deve ser fomentada, porque a introspecção de uma filosofia concorrencial pelos membros de comissões de licitação permite o aumento de denúncias aos órgãos de controle, pois são eles os primeiros agentes públicos a terem contato imediato com o conluio em contratações administrativas.

Nesse sentido, há de ser reconhecida também a ocorrência, em julho de 2009, do programa denominado Oficinas de Combate a Cartéis em Licitações, organizado pela SDE, em parceria com a OCDE, em cinco capitais brasileiras. Houve, na ocasião, treinamento a pregoeiros, membros de comissões de licitação e agentes relacionados aos setores de compras públicas, bem como a investigadores criminais. Ao todo, mais de seiscentos agentes públicos foram treinados, número considerável para cinco cidades (mas não tão expressivo considerando-se o cenário nacional). Fomentar oficinas como essas, sem dúvida, favorece o combate aos conluios nas contratações públicas.

Maiores investimentos não ocorrem talvez pelo fato de que índices estatísticos aferidores da efetividade da advocacia da concorrência são difíceis de serem obtidos. Dados mais concretos fazem-se necessários, apesar da quase unânime aceitação da advocacia da concorrência no ambiente acadêmico e institucional. De toda forma, os poucos recursos destinados até o momento ao desenvolvimento de uma advocacia da concorrência produziram resultados bastante louváveis, motivo pelo qual a atividade merece ser intensificada.

3.9 Acordos de leniência

O programa de leniência, hoje previsto no Capítulo VII da Lei n. 12.529/2011, consiste na celebração de acordos entre o Cade (por meio de sua Superintendência-Geral) e membros de cartéis que buscam desvincular-se dos conluios. Tais acordos, se efetivamente cumpridos, têm por objetivo extinguir a punibilidade administrativa e criminal do beneficiário do programa, desde que haja efetiva cooperação nas investigações contra determinado cartel. É uma vertente do que é conhecido no âmbito penal como “delação premiada”.

No Brasil, os acordos de leniência foram introduzidos em nosso sistema de defesa da concorrência por meio da Lei Federal n. 10.149/2000, que acrescentou o art. 35-B à Lei n. 8.884/1994. O referido dispositivo autorizava a Secretaria de Direito Econômico (então responsável pelo programa de leniência) a celebrar acordos com pessoas físicas e jurídicas visando à colaboração na investigação da prática denuncia-

da em troca da extinção total ou parcial das sanções administrativas e criminais que seriam originalmente aplicáveis ao infrator.³⁷

Em diversas ocasiões, o Cade já reconheceu que o programa de leniência é o instrumento mais efetivo para se prevenir e punir cartéis, tendo em vista que, sem a participação dos envolvidos no crime, é enorme a dificuldade para se produzir provas contra esse tipo de ilícito, quando não impossível, haja vista que as condutas adotadas no mais das vezes são formalmente legais, conforme salientado anteriormente.

O primeiro acordo de leniência celebrado ocorreu no conhecido caso do cartel dos vigilantes (2007), no qual empresas prestadoras de serviços de vigilância no Estado do Rio Grande do Sul se reuniam secretamente para organizar práticas anticompetitivas, principalmente fraudes a licitações públicas. Este caso se tornou paradigma para o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, tanto no que diz respeito às investigações realizadas quanto às sanções aplicadas, além do fato de ter imunizado o beneficiário da leniência em função de sua vasta cooperação para o deslinde do caso.

No entanto, o acordo de leniência não é um benefício que pode ser concedido amplamente a todo e qualquer cartelista que pretenda se desvincular do conluio. A atual lei de defesa da concorrência (seguindo o disposto na legislação anterior) estipula vários requisitos a serem observados, como, por exemplo, o de que o proponente da leniência deve ser o primeiro a se apresentar à Superintendência-Geral e a confessar sua participação na prática denunciada, o que se concretiza por meio de um sistema de senhas (*marker system*).³⁸

Também se exige que o proponente da leniência cesse seu envolvimento na prática denunciada e concorde em cooperar plenamente com as investigações, devendo tal cooperação resultar, necessariamente, na identificação dos outros membros do cartel e na obtenção de provas que demonstrem a prática denunciada.³⁹

Uma importante inovação trazida pela nova lei de defesa da concorrência é não mais ser proibida a celebração de acordo de leniência com o líder de um cartel.

37 Todavia, um acordo de leniência não protege seu beneficiário contra indenizações civis pleiteadas por quaisquer pessoas que se considerem patrimonialmente lesadas em função das condutas anticompetitivas praticadas.

38 Segundo publicação oficial do Ministério da Justiça (2008, p. 8), “a SDE [leia-se hoje “Superintendência-Geral”] pode conceder uma senha para proteger a posição de um candidato na “fila” para o Acordo de Leniência por um período de não mais de 30 dias, de modo a lhe permitir que obtenha as informações e provas necessárias sobre a conduta denunciada. Para se habilitar para a senha, o candidato deve fornecer à SDE informações a respeito de seu nome e endereço, os co-participes do cartel (“quem”), os bens e locais afetados (“o quê” e “onde”) e, se possível, a duração estimada do cartel (“quando”). O candidato deve informar também sobre outras propostas de acordo de leniência sobre a mesma prática apresentadas ou a serem apresentadas a outras jurisdições”.

39 “O desenvolvimento do Programa de Leniência e o amadurecimento da política de combate a cartéis desencadeou uma crescente judicialização dos processos que tramitam na SDE [Superintendência-Geral]. As empresas que são alvos de investigação de cartéis, especialmente aquelas que sofrem busca e apreensão em suas sedes – diligência utilizada pela SDE para procurar provas de combinação entre as empresas – recorrem ao Judiciário para impedir que a Secretaria tenha acesso aos documentos apreendidos e os utilize nos processos administrativos. Nesse contexto, a SDE mobilizou uma equipe para o enfrentamento desse fenômeno, que passou a acompanhar de perto o desdobramento das ações judiciais e a incrementar a parceria com a Advocacia-Geral da União (AGU)” (disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/>>).

Sob a égide da Lei n. 8.884/1994, proibia-se⁴⁰ o benefício ao líder do conluio por se entender que haveria grande probabilidade de ocorrer concentração de mercado após o perdão, visto que o líder do cartel (naturalmente o detentor do maior poder de mercado e de influência entre os cartelistas) passaria a deter ainda mais poder econômico caso fossem aplicadas penalidades apenas a seus ex-liderados. Todavia, considerando-se que nem sempre era facilmente identificável quem assumia a posição de líder do cartel, a Lei n. 12.529/2011 excluiu tal proibição do programa, possivelmente com vistas a evitar que eventuais nulidades fossem futuramente alegadas.

Aponte-se que leniência também não será concedida caso a Superintendência-Geral já possua, no momento da propositura do acordo, acervo probatório suficiente para ensejar a condenação do proponente. Isso porque a razão de ser do acordo é justamente conceder o perdão administrativo (e possivelmente o criminal) em casos em que *não* seria possível consolidar um acervo probatório apto a ensejar a condenação do proponente.

Há, portanto, uma noção de *transação* intrínseca ao acordo de leniência. Se a Superintendência-Geral dispuser de provas suficientes (e não apenas indícios) de que o proponente incidiu na prática de cartel, a concessão da leniência seria uma forma de apenas beneficiar o infrator e impossibilitar uma atuação estatal que, frise-se, deve se dar de ofício, como de regra.

Caso celebrado o acordo de leniência, a identidade do beneficiário é mantida confidencial em relação ao público em geral durante todo o curso da investigação até o julgamento do caso pelo Tribunal do Cade. É importante ressaltar que caso o acordo não seja celebrado a não assinatura não implica confissão quanto à matéria de fato nem reconhecimento da ilicitude da infração relatada.

Para que não haja prejuízo ao proponente, apenas o Superintendente-Geral e seu Gabinete participam da fase de negociação do acordo de leniência. Se nenhum acordo for celebrado, todos os documentos referentes à negociação são devolvidos à parte, pois, do contrário, restaria configurada infração ao devido processo administrativo, o que seria capaz de ensejar judicialmente a anulação das eventuais penalidades aplicadas.

Percebe-se, portanto, que a bem-sucedida experiência internacional fez dos acordos de leniência um importante e bastante teorizado mecanismo de combate aos cartéis, possível de ser aplicado sem nenhum impedimento à seara das licitações pú-

40 Segundo a mesma publicação oficial do Ministério da Justiça (2008, p. 14), “o Programa de Leniência veda a concessão dos benefícios àquele que tenha estado à frente da conduta relatada, i.e., for reconhecido como o “líder” do cartel. Ao determinar se um participante do cartel é ou não o “líder” da prática, a SDE considerará devidamente os papéis exercidos por cada um dos membros do cartel. A SDE reconhece que em muitos cartéis não é possível identificar facilmente seu líder. O mero fato de uma empresa ter agendado uma reunião ou mantido arquivos do cartel não necessariamente a desabilita como potencial beneficiária do Acordo de Leniência. Além disso, não haverá um líder do cartel se duas ou mais partes desempenharam papéis equivalentes no funcionamento da prática, nenhuma tendo se sobressaído em sua organização. Por fim, o fato de uma empresa ser a líder de mercado não significa, necessariamente, que seja a líder do cartel”.

blicas, como, aliás, já vem acontecendo de forma bastante incisiva. Em verdade, tal mecanismo de combate deve ser fomentado em todo o cenário concorrencial brasileiro, haja vista a dificuldade de produção de provas e de condenação dos agentes de mercado reunidos em cartel, tal como apontado anteriormente.

3.10 Compromissos de cessação de prática

Assim como os acordos de leniência, os compromissos de cessação de prática também são ajustes celebrados entre o Cade e o particular que comete ilícitos concorrenciais. Ambos têm por finalidade última a defesa da concorrência por meio da concessão de benefícios a agentes infratores, mas cada um deles apresenta peculiaridades que os tornam modalidades autônomas de combate aos cartéis.

A primeira diferença é a entidade ou órgão da administração pública responsável pela celebração do ajuste. Ao passo que os acordos de leniência são promovidos apenas pela Superintendência-Geral, os compromissos de cessação de prática podem ser propostos tanto pela Superintendência-Geral quanto pelos Conselheiros do Tribunal Administrativo. Aponte-se que compete ao Plenário do Tribunal Administrativo a aprovação do termo de compromisso de cessação de prática.

A segunda importante diferença entre as duas figuras diz respeito ao momento em que o ajuste pode ser celebrado. Se os acordos de leniência podem ser propostos a qualquer momento, mesmo antes das averiguações preliminares promovidas pela Superintendência-Geral, os compromissos de cessação de prática só podem ser propostos quando haja processo administrativo instaurado e até o limite do início da sessão de julgamento da prática investigada.

Por fim, a terceira e mais importante diferença diz respeito aos efeitos práticos de cada um dos ajustes. Quando bem-sucedidos, os acordos de leniência extinguem a punibilidade administrativa e criminal do proponente, ao passo que os compromissos de cessação de prática celebrados, a princípio, apenas suspendem o processo administrativo que apura as práticas anticoncorrenciais. O compromisso de cessação de prática, pois, não gera efeitos em relação à responsabilidade criminal do agente.

Caso as obrigações constantes do compromisso sejam cumpridas, o processo é arquivado, passando a valer as regras gerais de prescrição punitiva contidas na Lei n. 9.873/1999, que estabelece os prazos de prescrição para o exercício de ação punitiva pela administração pública federal direta e indireta.

Quanto aos elementos que deverão constar do termo do compromisso de cessação de prática, a lei de defesa da concorrência estabelece ser imprescindível o registro das obrigações que caberão ao representado e o respectivo valor de multa na hipótese de descumprimento dessas obrigações. Nos casos de cartel, especificamente, a lei ainda determina como obrigatória a fixação do valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, que, dentre outros, tem também por objetivo a reparação dos danos causados à ordem econômica.

Os primeiros compromissos de cessação de prática foram celebrados pelo Cade no ano de 2007, notadamente após a edição da Resolução n. 46/2007, que regulamentou a matéria. A experiência mostrou-se bastante eficaz para se promover a defesa da concorrência, havendo hoje mais de sessenta compromissos aperfeiçoados e outros ainda em andamento. Os compromissos de cessação de prática são, pois, mais um importante mecanismo a serviço do combate aos cartéis em licitações.

3.11 Fomento de denúncias anônimas

Um dos resultados concretos da advocacia da concorrência no Brasil foi a criação pela Secretaria de Direito Econômico, em 2008, de uma ferramenta denominada Clique Denúncia, que permite aos cidadãos fornecer, anonimamente, informações confidenciais sobre quaisquer atividades suspeitas de cartel, inclusive nas licitações públicas. Hoje, por força da reorganização administrativa ocorrida com a vigência da Lei n. 12.529/2011, tal ferramenta foi deslocada para a estrutura do Cade.

Dados constantes do relatório *Competition law and policy in Brazil: a peer review*, da OCDE (2010, p. 23), apontam que de março de 2008 a setembro de 2009 mais de trezentas denúncias foram recebidas, sendo 70% delas relacionadas a cartéis. Tem-se aqui, pois, um importante mecanismo a favor dos órgãos de defesa da concorrência, que terão em mãos ao menos a notícia de um possível mercado em que há indícios de cartelização, economizando-se possíveis recursos despendidos em investigações desfocalizadas.

Embora essa possa ser uma medida consideravelmente eficiente de combate a cartéis, há vezes respeitáveis (principalmente na seara penal) contra procedimentos administrativos ou penais pautados em denúncias anônimas.

Delmanto Junior (2011, p. A3), por exemplo, aponta que a despeito do fato das denúncias anônimas serem importante instrumento de combate ao crime no Brasil, a Constituição Federal veda expressamente o anonimato (art. 5º, IV). Defende ainda que essa mesma denúncia anônima também não é suficiente, por si só, para que um juiz determine a interceptação telefônica de pessoas nela referidas, sob pena de se configurar outra violação à Constituição, bem como à Lei n. 9.296/1996.

A razão subjacente a tais críticas é que o anonimato gera a mais absoluta irresponsabilidade de quem denuncia, abrindo espaço para acusações levianas. Foi esse, aliás, o fundamento utilizado por ministros do Superior Tribunal de Justiça nos *Habeas Corpus* n. 137.349-SP e n. 159.159-SP, que anularam grande parte da midiática operação “Castelo de Areia”.⁴¹ Aliás, é grande magistério o seguinte trecho da ementa do HC n. 137.349-SP, de relatoria da ministra Maria Thereza de Assis Moura:

41 Curiosamente, a referida operação investigou a prática de crimes financeiros e de financiamento de campanhas envolvendo uma das maiores construtoras do Brasil, cujos diretores denunciados incidiram na prática do crime de corrupção ativa (art. 333, CP) para que a empresa saísse vencedora no processo de licitação de três obras públicas, a saber: a construção de 23 embarcações petrolíferas para a renovação das frotas da Petrobras Transporte S/A. (Transpetro) no Rio de Janeiro; a construção de hospitais no Pará; e a aquisição de um terreno para realizar uma obra para a prefeitura de Caieiras (SP). Vê-se, aqui, que grandes e recentes operações midiáticas tiveram por pano de fundo as fraudes em licitações, ainda que não sob a forma de cartéis.

A denúncia anônima, como bem definida pelo pensamento desta Corte, pode originar procedimentos de apuração de crime, desde que empreendidas investigações preliminares e respeitados os limites impostos pelos direitos fundamentais do cidadão, o que leva a considerar imprópria a realização de medidas coercitivas absolutamente genéricas e invasivas à intimidade tendo por fundamento somente este elemento de indicação da prática delituosa.

Ainda que tais noções sejam aplicáveis principalmente a processos judiciais criminais, a lógica de não aceitação irrestrita de denúncias anônimas pode ser transposta aos processos administrativos que investigam ilícitos anticoncorrenciais, até pelo fato de que os resultados dessas investigações deverão ensejar a propositura das respectivas ações penais.

Dessa forma, conclui-se aqui que caso o Cade busque tornar a ferramenta Clique Denúncia realmente efetiva, deve atentar para as peculiaridades envolvidas no processo penal quanto à concessão de medidas judiciais pautadas em denúncias anônimas. Do contrário, correr-se-á na esfera administrativa o mesmo risco de anulação das investigações realizadas, o que se traduzirá em desperdício de recursos públicos e em descrédito dos órgãos de controle.

4 Conclusões

Ao término deste trabalho, recapitulemos alguns pontos relevantes da pesquisa a fim de que possam ser tecidas considerações finais coerentes.

Primeiramente, ante a pouca abordagem doutrinária sobre os cartéis em licitações, tivemos por propósito expor e sistematizar, em um estudo tipológico, as principais práticas colusivas (ou colaborativas) entre licitantes, pontuando-se que os cartelistas que atuam nesse mercado buscam fraudar as contratações públicas com o objetivo precípua de maximização ilícita de suas margens de lucro.

Considerando-se que é de pouca relevância um estudo meramente expositivo sobre um problema eminentemente prático, buscamos apontar algumas soluções igualmente práticas. Por força de delimitação temática, optamos por analisar apenas os principais mecanismos extrajudiciais de combate aos cartéis em licitações, os quais entendemos ser mais adequados a um controle preventivo da administração pública como sujeito contratante.

Em sede introdutória, tecemos algumas considerações iniciais acerca dos cartéis em licitações, focando-nos, principalmente, nos principais fundamentos jurídicos que legitimam e fomentam o combate aos cartéis nas contratações públicas.

Após nossas considerações iniciais na Introdução, adentramos especificamente no tema do nosso trabalho, abordando, no segundo capítulo, as principais condutas colusivas levadas a cabo por licitantes e, em um terceiro capítulo, os mecanismos

extrajudiciais de combate, tal como já apontado. Esta foi a estrutura metodológica escolhida para nosso trabalho. Passemos às conclusões obtidas.

De início, quanto às práticas colusivas, é facilmente perceptível que duas delas configuram o núcleo dos cartéis em licitações, uma vez que praticadas em quase a totalidade de casos de cartelização nas contratações públicas. São também, no mais das vezes, mutuamente dependentes. Referimo-nos às práticas de elaboração de propostas fictícias (ou de cobertura) e de rodízio entre licitantes.

A primeira delas (elaboração de propostas de cobertura) consiste, de forma sucinta, em apresentar propostas de preços não condizentes com a realidade do mercado e altamente improváveis de vencerem uma licitação. É um meio de conferir aparência de competitividade aos certames e “blindar” o licitante escolhido para vencer a licitação.

Aliás, é justamente essa escolha de concorrente para vencer a licitação, feita pelos próprios concorrentes, que configura a chamada prática de rodízio. Em um sistema de alternância, os cartelistas promovem uma escala dos que participarão ou se lograrão vencedores de uma licitação, ao passo que os demais membros do cartel devem “cobrir” os então escolhidos por meio de propostas fictas, a fim de que não se levantem suspeitas pelas comissões de licitação ou pelos órgãos de controle. Eis aqui o motivo pelo qual afirmamos serem as práticas de formulação de propostas de cobertura e de rodízio mutuamente dependentes.

A segunda conclusão a que chegamos, decorrente da primeira, é que justamente pelo fato de esse sistema combinado de propostas de cobertura e rodízio conferir ampla aparência de competitividade às licitações, bem como de legalidade, que se torna bastante dificultoso angariar provas contra o cartel.

Não se pode afirmar que há ilegalidade manifesta no fato de um agente do mercado não participar de uma licitação, ainda mais se considerarmos que o rígido regime jurídico das contratações administrativas vigente em nosso ordenamento é muitas vezes pouco atrativo às empresas. Também não se pode afirmar que há ilegalidade em uma proposta formulada acima dos padrões de mercado, visto que, vigorando em nosso país o sistema da livre iniciativa, nenhum agente privado pode, a princípio, ter preços de produtos e serviços indexados, sendo livres para ofertarem os preços que bem entenderem.

Conclui-se, pois, que é de extrema dificuldade provar que uma determinada licitação foi fraudada por um cartel. Ainda que haja indícios para tanto, a prova inequívoca dos fatos é, no mais das vezes, impossível, ainda mais se sabendo que os membros do conluio são na maior parte dos casos extremamente cautelosos em suas reuniões, pois sabem (ao menos potencialmente) a ilicitude que estão cometendo.

Em decorrência dessa segunda conclusão, por sua vez, é que chegamos à terceira. Justamente pelo fato de ser no mais das vezes impossível provar, inequivocamente,

a fraude de uma licitação por um cartel é que devemos nos focar em mecanismos extrajudiciais preventivos, antecipando-nos à formação ou ao sucesso dos cartéis. E a lógica disso é bastante simples: se é extremamente dificultoso provar-se a ilicitude das condutas praticadas no contexto de uma licitação, que se busquem, então, *a priori*, meios de coibir o sucesso dos cartelistas.

Ademais, tal como afirmado anteriormente, no longo prazo o combate preventivo mostra-se mais favorável à dinâmica da administração pública, principalmente por tornar desnecessárias tanto a anulação dos contratos administrativos celebrados com cartelistas quanto a promoção de novos processos licitatórios, o que demandaria dispêndio repetido de recursos financeiros e humanos.

Em síntese, temos o seguinte raciocínio: (1) práticas colusivas geralmente conferem aparência de competitividade e legalidade aos certames; (2) essa aparência dificulta imensamente a produção de provas contra o cartel; (3) sendo dificultosa a produção de provas, devem ser buscados meios extrajudiciais preventivos capazes de minorar as chances de sucesso de um cartel.

Todo esse raciocínio deve nortear tanto as comissões de licitação quanto os órgãos estatais de controle. Só com o desenvolvimento de uma cultura de combate aos cartéis em licitações, fortalecida pela advocacia da concorrência, é que a administração pública contratual poderá mostrar-se inequivocamente vantajosa ao interesse público. Do contrário, isto é, caso não lemos a cabo uma séria política de combate aos conluíus nas contratações públicas, estaremos sendo coniventes com o enriquecimento ilícito e constante de criminosos que vestem colarinho branco, e o que é pior: à custa de todos os cidadãos contribuintes.

Referências

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Contratos administrativos. In: JABUR, Gilberto Haddad; PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge (Org.). **Direito dos contratos II**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

AMARAL, Antonio Carlos Cintra. **Ato administrativo, licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. O princípio da publicidade no direito administrativo brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, n. 23, 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 02/03/2011.

AZEVEDO MARQUES NETO, Floriano de. Do contrato administrativo à administração contratual. **Revista do Advogado**: Contratos com o Poder Público. São Paulo: AASP, 2009.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CAMPOS, Francisco. **As práticas de conluio nas licitações à luz da Teoria dos Jogos**. 2008. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br>>. Acesso em: 18/09/2011.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). **Guia prático do Cade**: a defesa da concorrência no Brasil. 3. ed. São Paulo: CIEE, 2007.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. A ilusão do imediatismo penal. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 23 maio 2011. Editorial, p. A3.

DE PALMA, Juliana Bonacorsi. **Os processos licitatórios e a inversão de fases**. Disponível em: <<http://www.airesadv.com.br/>>. Acesso em: 11/03/2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Temas polêmicos sobre licitações e contratos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GASPARINI, Diogenes. **Crimes na licitação**. 3. ed. São Paulo: NDJ, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Licitação e contrato administrativo (estudos sobre a interpretação da lei)**. São Paulo: Malheiros, 1995.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. A advocacia da concorrência como estratégia para redução do impacto anticompetitivo da regulação estatal. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, n. 17, 2009. Disponível em: <[HTTP://www.direitodoestado.com.br/redae.asp](http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp)>. Acesso em: 22/03/2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

_____. **Pregão (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico)**. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

MANKIW, Nicholas Gregory. **Introdução à economia**: princípios de micro e macroeconomia. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2001.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Análise dos aspectos concorrenciais do PLC 32/2007, 2008a. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/>>. Acesso em: 01/01/2011.

_____. **Combate a cartéis em licitações**. Brasília: Publicação Oficial, 2008b. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/>>. Acesso em: 04/01/2011.

_____. **Combate aos cartéis em sindicatos e associações**. Brasília: Publicação Oficial, 2009. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/>>. Acesso em: 27/05/2011.

_____. **Defesa da concorrência no Judiciário**. Brasília: Publicação Oficial, 2010. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/>>. Acesso em: 04/01/2011.

_____. **Diretrizes para combater o conluio em licitações**. 2009. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/>>. Acesso em: 04/01/2011.

_____. Portaria SDE n. 51, de 3 de julho de 2009. Diário Oficial da União, seção 1, p. 35, 6 set. 2009.

_____. **Programa de Leniência**. Brasília: Publicação Oficial, 2008c. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/>>. Acesso em: 20/05/2011.

MÔNACO, Gabriel Santana. Mecanismos da Lei n. 8.666/1993 para combater a prática de cartéis e preços excessivos em procedimentos licitatórios. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1558, 7 out. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10505>>. Acesso em: 09/03/2011.

MURIS, Timothy J. **Creating a culture of competition**: the essential role of competition advocacy. 2002. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/speeches>>. Acesso em: 28/06/2011.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão presencial e eletrônico**. Curitiba: Zênite Editora, 2004.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Bribery in public procurement**. 2007. Disponível em: <www.oecd.org>. Acesso em: 15/02/2011.

_____. **Cartel sanctions against individuals**. 2003. Disponível em: <www.oecd.org>. Acesso em: 15/02/2011.

_____. *Competition in Bidding Markets*. 2006. Disponível em: <www.oecd.org>. Acesso em: 15/02/2011.

_____. **Competition law and policy in Brazil**: a peer review. 2010. Disponível em: <www.oecd.org>. Acesso em: 28/06/2011.

_____. **Detecting bid rigging in public procurement**. 2006. Disponível em: <www.oecd.org>. Acesso em: 15/02/2011.

_____. **Facilitating practices in oligopolies**. 2007. Disponível em: <www.oecd.org>. Acesso em: 15/02/2011.

_____. **Public procurement**: the role of competition authorities in promoting competition. 2007. Disponível em: <www.oecd.org>. Acesso em: 15/02/2011.

PINTO, Henrique Motta; ROSILHO, André Janjácomo. **Mudanças nas licitações: a inversão de fases e o saneamento de falhas no STF.** Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/>. Acesso em: 11/03/2011.

PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração empresarial e o direito da concorrência.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Modificação da legislação sobre compromisso de cessação em processo administrativo junto ao Cade:** a recente alteração do art. 53 da Lei n. 8.884/1994. Disponível em: <<http://jusvi.com>>. Acesso em: 23/05/2011.

RAMIM, Áurea Regina de Queiroz. O cartel. Por que combater? **Revista do Ministério Público do Distrito Federal**, Brasília, ano 6, n. 11, 2009.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Atuação estatal e ilícito antitruste. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 106, 1997.

_____. **Direito concorrencial:** as condutas. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Direito concorrencial:** as estruturas. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

STRINGHINI, Adriano Candido. **Disciplina antitruste e licitações públicas.** Dissertação (mestrado em Direito) – Departamento de Direito do Estado da Fadusp, 2006.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico.** São Paulo: Editora Método, 2003.

PATROCÍNIO



FUNDAÇÃO
GETULIO VARGAS

REALIZAÇÃO



IDEALIZAÇÃO



Ministério da
Fazenda

