MARCO AURÉLIO CECCATO

Cartéis em contratações públicas e o Direito Administrativo

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Associado Dr. Edmir Netto de Araújo

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2017

MARCO AURÉLIO CECCATO

Cartéis em contratações públicas e o Direito Administrativo

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob orientação do Professor Dr. Edmir Netto de Araújo.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2017

Catalogação da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Ceccato, Marco Aurélio

Cartéis em contratações públicas e o Direito Administrativo / Marco Aurélio Ceccato; orientador Edmir Netto de Araújo -- São Paulo, 2017. 223 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017.

1. Direito Administrativo. 2. Contratações públicas. 3. Cartéis. 4. Fraudes em licitações. 5. Sanções administrativas. I. Araújo, Edmir Netto de, orient. II. Título.

Nome: CECCATO, Marco Aurélio

Título: Cartéis em contratações públicas e o Direito Administrativo

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr._____Instituição:_____

Julgamento:_____Assinatura:_____

Prof. Dr._____Instituição:_____

Julgamento:_____Assinatura:_____

Prof. Dr._____Instituição:_____

Julgamento:_____Assinatura:_____

Para Dorival, Maria Inês, Paulo Henrique, Guilherme e Maria Fernanda. Todo o meu agradecimento ainda seria pouco.

RESUMO

CECCATO, M. A. **Cartéis em contratações públicas e o Direito Administrativo.** 2017. 223 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

A dissertação tem por objetivo analisar os cartéis em contratações públicas sob uma perspectiva do Direito Administrativo brasileiro. A pesquisa (doutrinária, normativa e empírica) e a exposição do tema seguiram três eixos de aprofundamento principais. O primeiro capítulo focou os fundamentos jurídicos inerentes aos cartéis em contratações públicas, analisando os principais prejuízos causados por tais fraudes colusivas, a identificação do instituto e o tratamento conferido pela legislação brasileira ao longo do tempo. O segundo capítulo focou a forma de atuação dos cartéis em contratações públicas, investigando as principais condições ou circunstâncias que favorecem o surgimento e a conservação desses conluios, bem como sistematizou os principais tipos de práticas colusivas verificadas nas contratações administrativas e os respectivos indícios de fraude. Por fim, o terceiro capítulo focou o sancionamento administrativo contra esses cartelistas, examinando as principais penalidades possíveis de serem aplicadas pela Administração Pública e as peculiaridades relacionadas aos processos administrativos sancionadores, apontando ainda possíveis contramedidas a serem adotadas, inclusive consensualmente. A pesquisa evidenciou que os cartéis em contratações públicas causam prejuízos ainda maiores que aqueles cartéis atuantes exclusivamente no mercado privado, possuindo elementos característicos e tratamento jurídico próprio ao longo do século XX. Verificou-se que determinadas condições relacionadas à própria dinâmica das contratações públicas favorecem o surgimento de cartéis nesse segmento, os quais usualmente adotam mais de um tipo de prática colusiva com o objetivo de fraudar e dissimular a competitividade entre os concorrentes. Constatou-se, ainda, a existência de uma pluralidade de sanções administrativas atualmente possíveis de serem cominadas contra esses infratores, muito embora haja grande dificuldade processual para se comprovar a existência dos acordos colusivos, o que justifica o crescente movimento de consensualização nesse campo sancionatório (principalmente por meio da celebração de acordos de leniência e de compromissos de cessação de prática), a fim de conferir uma resposta punitivo-preventiva minimamente satisfatória por parte da Administração Pública.

Palavras-chave: Cartéis. Contratações públicas. Fraudes em licitações. Sanções administrativas.

ABSTRACT

CECCATO, M. A. **Cartels in public procurement and Administrative Law**. 2017. 223 p. Dissertation (Master degree) – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2017.

The purpose of this dissertation is to analyze cartels in public procurement under a Brazilian Administrative Law perspective. The research (doctrinaire, normative and empirical) and the exposition of the subject were based on three main aspects of analysis. The first chapter focused on the legal bases regarding cartels in public procurement, analyzing the main damages caused by such collusive frauds, the identification of the institute and the treatment by Brazilian legislation over time. The second chapter focused on how cartels operate in public procurements, investigating the main conditions or circumstances that favor the emergence and establishment of these frauds, as well as systematizing the main types of collusive practices observed in administrative procurements and the respective signs of deception. Finally, the third chapter focused on the administrative sanctioning against these cartelists, examining the main penalties possible to be imposed by the Public Administration and the peculiarities related to administrative sanctioning procedures, pointing out possible countermeasures to be adopted, even consensually. The research showed that cartels in public procurement cause even greater losses than cartels that operate exclusively in the private market, having distinctive elements and a specific legal treatment throughout the twentieth century. It was verified that certain conditions related to the dynamic of public procurements favor, in this segment, the emergence of cartels, which usually adopt more than one type of collusive practice with the purpose of defrauding and dissimulating competition among business players. The existence of several administrative sanctions, currently possible to be imposed on these offenders, was also observed, although there is great procedural difficulty in proving the existence of the collusive agreements, which justifies the growth of a consensus movement in this area (mainly through leniency and settlement agreements), to provide a minimally satisfactory punitive-preventive response by the Public Administration.

Keywords: Cartels. Public procurement. Bid-rigging. Administrative sanctions.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CEIS	Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas
CGCP	Coordenação-Geral de Análises de Infrações no Setor de Compras Públicas
CGU	Controladoria Geral da União
CIBD	Certificate of Independent Bid Determination
EPP	Empresa de Pequeno Porte
FDD	Fundo de Defesa de Direitos Difusos
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
LDC	Lei de Defesa da Concorrência
ME	Microempresa
OCDE	Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
ODP	Observatório da Despesas Pública
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
PIB	Produto Interno Bruto
PLS	Projeto de Lei do Senado
PMI	Procedimento de Manifestação de Interesse
RDC	Regime Diferenciado de Contratações
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SDE	Secretaria de Direito Econômico
SEAE	Secretaria de Acompanhamento Econômico
SISG	Sistema de Serviços Gerais
SNDE	Secretaria Nacional de Direito Econômico
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCC	Termo de Compromisso de Cessação
TCU	Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 12

1. CARTÉIS EM CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: FUNDAMENTOS 18

1.1. Prejuízos causados pelos cartéis em contratações públicas 19

1.2. Identificação do instituto jurídico: conceito e características 23

1.2.1. Cartéis em licitações públicas 24

1.2.2. Cartéis em contratações públicas diretas 32

1.3. Tratamento conferido aos cartéis em contratações públicas na legislação brasileira: estudo comparativo 33

1.3.1. Legislação de licitações e contratos administrativos 36

1.3.1.1. Primeira fase 37

1.3.1.2. Segunda fase 39

1.3.1.3. Terceira fase 43

1.3.1.4. Quarta fase 49

1.3.2. Legislação administrativa geral 53

1.3.2.1. Lei 4.717/1965 (ação popular) 54

1.3.2.2. Lei 7.347/1985 (ação civil pública) 55

1.3.2.3. Lei 8.429/1992 (improbidade administrativa) 56

1.3.2.4. Lei 8.443/1992 (Tribunal de Contas da União) 59

1.3.2.5. Lei 12.846/2013 ("lei anticorrupção" ou "lei da empresa limpa") 61

1.3.3. Legislação concorrencial 63

1.3.4. Legislação criminal 69

1.3.5. Conclusão comparativa 73

2. CARTÉIS EM CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: ATUAÇÃO 77

2.1. Condições que favorecem a prática de cartéis nas contratações públicas 77

2.1.1. Estrutura e dinâmica do mercado 78

2.1.2. Barreiras à entrada. As condições de participação e os requisitos de habilitação nas licitações públicas 82

2.1.3. Homogeneidade dos produtos ou serviços 85

2.1.4. Modelagem e rigidez das licitações 87

2.1.5. Licitações pelo procedimento clássico (sem inversão de fases) 89

2.1.6. Contratações recorrentes 92
2.1.7. Participação de consórcios e possibilidade de subcontratação 94
2.1.8. Publicidade das contratações públicas 96
2.1.9. Contatos frequentes entre concorrentes 101
2.1.9.1. Modalidades licitatórias presenciais 102
2.1.9.2. Procedimentos de Manifestação de Interesse (PMI) e de pré-qualificação 104
2.1.9.3. Participação de sindicatos e associação de classe na organização dos cartéis 106
2.2. Tipologia das principais práticas colusivas nas contratações públicas 107
2.2.1. Fixação de preços 109
2.2.2. Propostas fictícias ou de cobertura ("cover bidding" ou "complementary bidding") 116
2.2.3. Supressão de propostas ("bid suppression") 121
2.2.4. Propostas rotativas ou rodízio ("bid rotation") 126
2.2.5. Divisão do mercado ("market allocation" ou "market division") 128
2.2.6. Práticas correlatas aos cartéis em contratações públicas 130
2.2.6.1. Consórcios e subcontratações entre concorrentes 130
2.2.6.2. Criação (fraudulenta) de pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo 132
2.3. Indícios que apontam para a existência de cartéis em contratações públicas 136

3. CARTÉIS EM CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: SANCIONAMENTO ADMINISTRATIVO 142
3.1. Tipologia das sanções administrativas aplicáveis aos cartelistas que atuam nas contratações públicas 143
3.1.1. Sanções pecuniárias 145
3.1.2. Sanções impeditivas (ou suspensivas) de direitos 148
3.1.2.1. Suspensão temporária, impedimento ou proibição de licitar e contratar 148
3.1.2.2. Declaração de inidoneidade 156
3.1.2.3. Vedação a benefícios fiscais e creditícios 162
3.1.2.4. Proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica 164
3.1.3. Sanções impositivas de deveres 165
3.1.3.1. Publicação de decisão condenatória 165
3.1.4. Outras sanções administrativas 167

3.1.5. Conclusões comparativas 169
3.2. Peculiaridades dos processos administrativos sancionadores: a dificuldade de produção de prova contra cartéis em contratações públicas 175
3.2.1. Contramedidas que podem facilitar a produção de provas contra cartéis em contratações públicas 179
3.2.1.1. Modificação da política legislativa interna e nacional 180
3.2.1.2. Capacitação de servidores 181
3.2.1.3. Declaração de Elaboração Independente de Proposta 182
3.2.1.4. Fortalecimento de mecanismos de controle interno e externo e auditorias 185
3.2.1.5. Ampliação e divulgação de canais de denúncias 186
3.3. Soluções consensuais: acordos no processo sancionador como forma alternativa de desmantelamento de cartéis em contratações públicas 191
3.3.1. Acordos de leniência 193
3.3.2. Compromissos de cessação de prática 196
3.3.3. Termos de ajustamento de conduta 198

CONCLUSÃO 202

REFERÊNCIAS 208
Documentos institucionais 217
Casos 219
Notícias 222

INTRODUÇÃO

Cartéis em contratações públicas podem ser entendidos, genericamente, como ajustes ilícitos entre concorrentes do mercado com o objetivo de fraudar a competitividade prévia aos contratos celebrados com a Administração Pública.

Como os cartéis em contratações públicas podem ser analisados sob diferentes perspectivas jurídicas, a fim de evitar o risco de uma ampliação demasiada do objeto de estudo a pesquisa foi centrada em uma análise a partir do Direito Administrativo (daí o título escolhido "*Cartéis em contratações públicas e o Direito Administrativo*").[1] Além disso, porque vigora em nosso ordenamento jurídico a obrigação constitucional de licitar, é natural que o desenvolvimento do trabalho seja focado no estudo dos cartéis em contratações públicas precedidas de licitação.

As chamadas contratações diretas (sem licitação prévia) são hipóteses de exceção em nosso ordenamento jurídico,[2] razão pela qual os cartéis atuantes nas contratações por dispensa, dispensabilidade ou inexigibilidade de licitação são abordados de maneira subsidiária ao longo do trabalho e apenas quando suas peculiaridades se mostrarem relevantes, até porque muitos dos aspectos a serem enfrentados para os cartéis em licitações públicas são também aplicáveis aos cartéis nas contratações públicas diretas.[3]

---

[1] Entretanto, sendo os cartéis em contratações públicas um tema multidisciplinar, sempre que imprescindível foram pesquisados e abordados conceitos e institutos próprios de outras disciplinas jurídicas, principalmente do Direito Concorrencial e do Direito Penal, os quais mantêm intrínseca relação com a prevenção e repressão a cartéis em geral. Em realidade, o fenômeno jurídico é uno, sendo uma questão meramente didática a análise dos cartéis em contratações públicas a partir de um enfoque administrativista. Como bem salienta Edmir Netto de Araújo, "o estudo sistematizado de certa disciplina jurídica deve ter sempre presente o entrelaçamento com as demais matérias do mesmo ou de outro ramo do Direito. Com efeito, o Direito é uno, é um só, e se bifurca em direito público e direito privado como ramos, mais para fins didáticos e de conceituação do que propriamente como manifestação natural da precisão científica" (ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**, 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 56). Em sentido análogo, cf. MARRARA, Thiago. **Sistema brasileiro de defesa da concorrência:** organização, processos e acordos administrativos. São Paulo: Atlas, 2015, p. 4).

[2] ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**, p. 583.

[3] Outra razão para a subsidiariedade do estudo dos cartéis nas contratações públicas diretas é o fato de que elas são, muitas vezes refratárias à própria ideia de competição, como, por exemplo, nos casos de fornecedores exclusivos, em que a competição é inviável e, por conseguinte, não se pode cogitar a existência de cartéis. Como os cartéis se desenvolvem, teoricamente, apenas em ambientes em que exista competição comercial, as licitações públicas (que somente ocorrem quando há competição viável) se mostram muito mais relevantes de serem focadas do que as hipóteses excepcionais de contratações diretas.

Ultrapassada essa delimitação *positiva* do tema, são imprescindíveis também algumas delimitações de ordem *negativa*.

Primeiramente, o trabalho *não* analisa em profundidade os cartéis como categoria jurídica geral, com seus requisitos e efeitos tipicamente concorrenciais e penais, ou mesmo puramente econômicos. Esta limitação afasta, de imediato, quaisquer aprofundamentos com relação aos cartéis atuantes no setor privado em geral (ainda que possam existir elementos comuns entre estes e os cartéis em contratações públicas).

Também *não* integra o núcleo do trabalho o estudo de fraudes licitatórias e contratuais em geral, como direcionamentos de editais de licitação, abuso de forma de pessoas jurídicas, utilização de pessoa jurídica interposta, corrupção ativa e passiva, superfaturamento, omissões dolosas no processo licitatório e na gestão do contrato, atos de improbidade etc. Embora essas condutas sejam também ilícitas e muitas vezes correlatas aos cartéis em contratações públicas, as formas de punição e as respectivas sanções são geralmente distintas. Tais fraudes somente são mencionadas e analisadas ao longo do trabalho se, paralelamente, mantiverem alguma relação com o tema central desenvolvido.

Por fim, o objeto de estudo também *não* se confunde com o fenômeno da corrupção nas contratações públicas, muito em voga nos tempos atuais em função do advento da Lei 12.846/2013 ("lei anticorrupção") e dos noticiários nacionais, que têm reportado constantes fraudes principalmente no âmbito das licitações promovidas por entidades da Administração Pública direta e indireta.

Enquanto a corrupção é uma fraude verticalizada, que pressupõe a participação de ao menos um *agente público* que busca vantagens pessoais no esquema, os cartéis em contratações públicas são fraudes horizontais, exclusivamente entre *agentes privados*, que buscam eliminar a competição prévia à celebração dos contratos administrativos.[4]

---

[4] OCDE. **Collusion and corruption in public procurement**, 2010, p. 9. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/46235884.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2015: "Collusion involves a horizontal relationship between bidders in a public procurement, who conspire to remove the element of competition from the process. […] Corruption constitutes a vertical relationship between the public official concerned, acting as buyer in the transaction, and one or more bidders, acting as sellers in this instance." Em livre tradução: "A colusão [cartel] envolve uma relação horizontal entre os proponentes em uma contratação

Embora seja bastante comum que os cartéis em contratações públicas e a corrupção ocorram conjuntamente e que seus efeitos muitas vezes sejam parecidos (ambos impactam na função alocativa e eficiência dos gastos públicos), isso não quer dizer que os fenômenos devam ser considerados iguais. Precisam, pois, ser devidamente individualizados e tratados com rigor científico ao longo do trabalho, razão pela qual a questão da corrupção também somente será enfrentada quando relevante para compreensão de alguma questão específica relacionada à cartelização nas contratações públicas.

Em linhas gerais, essas são as delimitações primárias do tema.

Para um adequado desenvolvimento do trabalho, foram adotadas três hipóteses ou questionamentos principais, a fim de delimitar ainda mais o objeto de estudo, orientar a pesquisa e possibilitar, ao fim, uma compreensão sistemática do tema pretendido. São estes os três grupos de questionamentos norteadores do trabalho:

1. Quais os fundamentos e elementos identificadores dos cartéis em contratações públicas? Quais suas peculiaridades em relação aos cartéis em geral, inclusive com relação ao seu tratamento legislativo?

2. Quais circunstâncias facilitam o surgimento dos cartéis em contratações públicas e como eles efetivamente atuam?

3. Como a Administração Pública pode responder punitivamente aos cartéis em contratações públicas? Quais as sanções administrativas aplicáveis a esses cartelistas e quais as peculiaridades processuais envolvidas?

A fim de manter um trabalho coeso, com sistemático enfrentamento desses questionamentos e evitando-se abordagens circulares, o trabalho foi estruturado em três capítulos principais, cada um deles destinado a tratar pormenorizadamente os questionamentos suscitados.

---

pública, que conspiram a fim de eliminar o elemento de competição do processo. [...] A corrupção constitui uma relação vertical entre o agente público, que atua como comprador na transação, e um ou mais licitantes, que atuam como vendedores na ocasião".

No primeiro capítulo, serão abordados os principais impactos e elementos identificadores dos cartéis em contratações públicas (principalmente os licitatórios), buscando seu conceito e características diferenciadoras em relação às demais espécies de cartel. Feita essa identificação preliminar, será realizado um estudo comparativo sobre como se deu o tratamento legislativo dos cartéis em contratações públicas, no Brasil, a partir do século XX.

No segundo capítulo, já em um plano mais concreto das contratações públicas, serão analisadas as principais condições ou circunstâncias que favorecem a prática de cartéis nesse segmento, organizando-se, na sequência, uma tipologia das principais práticas colusivas adotadas pelos concorrentes. Ao fim desse segundo capítulo, aproveitando-se a compreensão prévia das condições facilitadoras de cartelização e do comportamento colusivo entre concorrentes, serão sistematizados alguns dos principais indícios que apontam para a existência de cartéis nas contratações públicas.

No terceiro e último capítulo, a abordagem cuidará especificamente do sancionamento administrativo contra os integrantes de cartéis em contratações públicas. Serão sistematizadas as principais sanções administrativas aplicáveis a esses cartelistas e apontadas algumas peculiaridades relacionadas aos processos administrativos sancionadores. Ao término do capítulo, caberá ainda menção aos acordos no processo administrativo sancionador, ajustes cada vez mais comuns entre a Administração Pública e os membros de um cartel como forma de desmantelar tal prática.

Finalizando o trabalho, serão confrontados os objetivos e questionamentos iniciais com as conclusões parciais de cada capítulo, encerrando sistematicamente o estudo e permitindo uma adequada compreensão do fenômeno dos cartéis em contratações públicas, com as delimitações já expostas.

Cabem, por fim, algumas observações quanto à metodologia que permeou a pesquisa e o desenvolvimento da dissertação.

O estudo foi focado nos cartéis em contratações públicas e seu sancionamento no Direito Administrativo *brasileiro*, de modo que os trabalhos acadêmicos, normas e casos de outras jurisdições foram acessórios à compreensão do tema em âmbito nacional e

mencionados somente para efeitos comparativos, desde que relevantes para um determinado tópico estudado. As publicações da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), por exemplo, um dos principais repositórios do tema no plano internacional, foram largamente utilizadas, mas sempre destinadas à compreensão dos cartéis em contratações públicas no território nacional.

No mais, adotou-se uma metodologia essencialmente dogmática, com enfoques analítico, normativo e empírico.

O método analítico consistiu na desconstrução e reconstrução[5] do tema a partir da análise, primeiramente, da doutrina jurídica brasileira, investigando os fundamentos teóricos dos cartéis em contratações públicas e suas peculiaridades. Recorreu-se também, quando necessário, a análises econômicas da cartelização nesse segmento, o que foi amplamente encontrado no levantamento bibliográfico realizado.

Paralelamente ao exame de trabalhos doutrinários, a análise comparativa de diplomas normativos (Constituição Federal, leis formais e atos normativos infralegais) foi outro método aplicado ao longo da pesquisa. O levantamento e catalogação dos principais diplomas relacionados ao tema foram feitos sempre por meio de uma leitura *qualificada* e com o objetivo de identificar o tratamento normativo conferido aos cartéis em contratações públicas ao longo da história do Direito brasileiro.

Por fim, como na ciência jurídica sempre se busca uma relação entre o particular e o universal e um equilíbrio entre a teoria e a prática,[6] o enfoque empírico foi complementar aos enfoques doutrinário e normativo e trabalhou com casos da jurisprudência judicial e administrativa (principalmente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica e do Tribunal de Contas da União). Deve-se ressaltar, no entanto, que o exame empírico assumiu feição *acessória*, porque mesmo que fossem levantados e analisados todos os precedentes relacionados ao tema da dissertação, ainda assim não seria possível formular

---

[5] DEMO, Pedro. **Praticar ciência**: metodologias do conhecimento científico. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 31: "o primeiro gesto do conhecimento é desconstrutivo (questionador), para, depois, ser reconstrutivo (propositivo) e permanecer sempre aberto, discutível".

[6] FLORES, Alfredo de J. O estudo de casos na perspectiva da metodologia jurídico-filosófica. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 4, n. 3, 2009, p. 9. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5902/198136947036>. Acesso em: 4 maio 2015.

quaisquer conclusões peremptórias acerca do comportamento dos julgadores quando lidam com a questão, principalmente devido à alta especificidade dos fatos em casos de cartéis.[7]

Expostas todas as questões introdutórias necessárias para a adequada compreensão do objeto de estudo, passa-se ao desenvolvimento do tema.

[7] Vício metodológico bastante comum é acreditar que um espaço amostral selecionado (no caso, precedentes administrativos ou judiciais) seria suficiente para predizer que casos assemelhados, no futuro, acabariam tendo a mesma solução já verificada no passado. Entretanto, como bem observa Pedro Demo (**Praticar ciência**, p. 15), "a constatação empírica de fatos não permite extrair leis inamovíveis, porque esta constatação é sempre contingente; que as coisas pareçam empiricamente não garante que sejam ou devam ser assim".

1. CARTÉIS EM CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: FUNDAMENTOS

São ainda raras, no Brasil, obras que abordem os cartéis em contratações públicas de maneira específica, mesmo sendo o fenômeno conhecido de longa data entre os administrativistas.[8] De todo modo, ainda que lentamente, já se percebe um aumento da produção jurídica sobre o assunto, principalmente a partir do início do século XXI.[9]

Muito embora as licitações e contratos administrativos tenham o seu nicho natural no Direito Administrativo, o mais comum ainda é os cartéis em contratações públicas, quando muito, serem analisados superficialmente no âmbito do Direito Penal (em razão da tipificação de crimes de cartel na Lei 8.666/1993) ou do Direito Concorrencial (por ser a cartelização uma infração à legislação antitruste). É justificável, assim, a destinação de um capítulo próprio para tratar dos fundamentos por detrás dos cartéis em contratações públicas, sob um viés predominantemente *administrativista*.

Antes de se analisar os principais fundamentos jurídicos existentes por detrás dos cartéis em contratações públicas, é imprescindível contextualizar o fenômeno, para que se tenha uma adequada compreensão dos prejuízos causados por esse tipo de fraude contra a Administração Pública.

[8] Os cartéis em contratações públicas, ainda que apenas mais recentemente tenham recebido maior destaque na mídia e nos meios acadêmicos, é prática de longa data, embora pouco enfrentada pela doutrina administrativista brasileira. Breve menção sobre "conluios" nas "concorrências públicas" foi encontrada na obra de Themistocles Brandão Cavalcanti, de 1955 (**Tratado de direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, p. 369). Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (**Da licitação**. São Paulo: Bushatsky, 1978, p. 39) também citou brevemente a possibilidade de conluio nas licitações públicas, mas não se aprofundou sobre a questão. De maneira um pouco mais detida, em 1991, antes do advento da atual lei geral de licitações e contratos administrativos, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (**Boletim de Direito Administrativo (BDA)**, v. 7, n. 7, 1991, p. 386/387) elaborou artigo sobre o tema, denominado "Os cartéis e a licitação".

[9] O levantamento bibliográfico realizado aponta que, a partir dos anos 2000, houve um aumento significativo da produção científica relacionada direta ou indiretamente aos cartéis em contratações públicas.

1.1. Prejuízos causados pelos cartéis em contratações públicas

Segundo a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE),[10] a atuação de cartéis gera um sobrepreço médio de 10% a 20% do preço que seria praticado em um mercado sob concorrência idônea.[11]

Afora o prejuízo financeiro imediato causado ao comprador que, enganado, paga um preço acima do normal pelo produto ou serviço desejado, a atuação de cartéis pode causar também um aumento desproporcional de preços aos consumidores em geral (perda de bem-estar), além de restringir as possibilidades de escolha no mercado de consumo (redução da oferta), diminuir a qualidade dos produtos e serviços postos em circulação e desestimular inovações tecnológicas, em razão da mitigação dolosa da concorrência. Esses são alguns dos motivos pelos quais comumente se afirma que os cartéis são a mais grave infração à concorrência.[12]

No âmbito das contratações públicas, os prejuízos causados por cartéis são ainda maiores.

A OCDE estima que as compras governamentais respondem por cerca de 15% a 20% do Produto Interno Bruto (PIB) dos seus países membros,[13] podendo tais percentuais ser ainda maiores para outros países não integrantes da entidade, principalmente aqueles em desenvolvimento.[14] Para que se tenha noção da fatia representativa no orçamento

---

[10] Embora o nome oficial da entidade seja *Organisation for Economic Co-operation and Development* (abreviada pela sigla "OECD"), adotaremos ao longo do trabalho a sigla "OCDE", por ser a forma como a entidade é conhecida e referenciada no Brasil.

[11] A respeito dos sobrepreços praticados nas contratações públicas fraudadas por cartéis, v. principalmente as seguintes publicações da OCDE: **Collusion and corruption in public procurement**. 2010. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/46235884.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2015; **Fighting cartels in public procurement**. 2008. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/cartels/41505296.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2015; **Public procurement:** the role of competition authorities in promoting competition, 2007. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/cartels/39891049.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2015.

[12] MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis:** interface entre direito administrativo e direito penal. São Paulo: Singular, 2013, p. 25.

[13] O Brasil não é um país membro da OCDE, embora seja monitorado pela entidade, inclusive com publicações sobre aspectos da concorrência em nosso país. A esse respeito, cf. OCDE, **Competition law and policy in Brazil**: a peer review. 2010. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/45154362.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2015. A publicação também foi traduzida para o português, denominada **Lei e política de concorrência no Brasil**: uma revisão pelos pares. 2010. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/45154401.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2015.

[14] OCDE. **Collusion and corruption in public procurement**, p. 25.

público brasileiro, apenas nas aquisições de bens e serviços (desconsideradas as obras de engenharia), o governo federal, durante o ano de 2014, gastou R$ 62,1 bilhões. Desse valor, R$ 40,7 bilhões (65,5%) foram despendidos em contratos precedidos de licitações, as quais totalizaram 35,9 mil processos licitatórios.[15]

Em um contexto atual de ampliação da atividade contratual do Estado nos mais diversos setores,[16] os cartéis em contratações públicas provocam um desperdício expressivo de recursos, o que, além de causar um dano direto ao erário, indiretamente lesa todos os cidadãos contribuintes, dos quais advém a maior parte das receitas financeiras a serem despendidas nas contratações públicas. Sob outro ângulo, pode-se afirmar que a população brasileira é quem paga o lucro ilícito de alguns poucos favorecidos quando um cartel atua em contratações públicas.

O cenário é ainda mais preocupante quando cartéis operam nas contratações de grandes obras de infraestrutura pública, segmento que naturalmente demanda o dispêndio de cifras vultosas pelo Estado brasileiro. Em um modelo jurídico e econômico ideal, em vez de existirem sobrepreços artificiais incorporados pelos membros de um cartel, esses recursos públicos desviados deveriam ser aproveitados em avanços na (ainda precária) infraestrutura brasileira ou, então, em outras prestações administrativas. Possivelmente, esse é um dos principais motivos pelos quais se verifica uma crescente preocupação do nosso legislador em fortalecer a repressão aos cartéis em contratações públicas, como se verá adiante.

Além da questão estritamente financeira, a cartelização nas contratações públicas também pode implicar a seleção pela Administração Pública de propostas com aspectos técnicos menos satisfatórios do que aqueles que seriam esperados em um ambiente

---

[15] BRASIL. Ministério do Planejamento. **Informações gerenciais de contratações e compras públicas**. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.comprasgovernamentais.gov.br>. Acesso em: 22 abr. 2015. Importante observar que em comparação com os anos anteriores, o ano de 2014 foi um ano de redução de gastos (possivelmente em razão da necessidade de atingir as metas de superávit primário). No ano de 2010, por exemplo, os gastos do governo federal com compras públicas atingiram o valor de R$ 84 bilhões, cerca de 35% a mais do que em 2014. Esses dados, por si só, tanto em termos relativos como absolutos, demonstram o impacto que as contratações públicas (principalmente aquelas precedidas de licitação) possuem nos dias atuais, o que reforça a importância do tema.

[16] Não somente se verifica um notório crescimento da atividade contratual do Estado em setores diversos da atividade administrativa, como, também, se constata atualmente um significativo aumento da complexidade do próprio fenômeno convencional (a esse respeito, cf. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 236 e seguintes).

concorrencial hígido (ante a diminuição de estímulos para proceder a inovações tecnológicas), evidenciando que os prejuízos suportados não são apenas de ordem financeira.[17]

Não fossem bastantes tais prejuízos, a atuação de cartéis, principalmente nas licitações públicas, possui também um efeito desmoralizante da atividade administrativa, devido à diminuição da confiança da população no processo competitivo prévio à celebração dos contratos administrativos.[18] Como o fenômeno dos cartéis licitatórios (e também em contratações diretas) está muitas vezes atrelado ao fenômeno da corrupção, a população leiga tende a associar automaticamente tais fenômenos e a macular a imagem dos agentes públicos envolvidos nas contratações administrativas, mesmo que estes não tenham concorrido para o ato ilícito perpetrado exclusivamente por cartelistas.[19]

Ainda que os fenômenos (cartelização e corrupção) sejam juridicamente distintos, como tem sido cada vez mais comum a existência de cartéis em contratações públicas associados a crimes de corrupção e a atos de improbidade administrativa, a própria mídia encontrou nessa zona cinzenta uma pauta duradoura, que há tempos ganha espaço no noticiário nacional.[20]

---

[17] NUNES, Daniele de Oliveira. Cartéis em licitações: fronteiras entre a infração à ordem econômica e o ato de improbidade administrativa. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 4, n. 1, 2016, p. 192. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br>. Acesso em: 2 set. 2016.

[18] OCDE. **Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas**. 2009, p. 1. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/cartels/44162082.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2015.

[19] Segundo Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (**Boletim de Direito Administrativo (BDA)**, p. 387), a proliferação de notícias sobre fraude nos processos licitatórios macula a imagem e a seriedade da Administração, mas nem sempre há a devida advertência de que referidas fraudes podem ter se dado exclusivamente por prévio ajuste apenas entre os próprios licitantes.

[20] CAMPOS, Francisco. As práticas de conluio nas licitações públicas à luz da teoria dos jogos. **Revista Análise Econômica**, v. 50, n. 26, 2008, p. 186. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/AnaliseEconomica/article/view/10919>. Acesso em: 24 abr. 2015: "As evidências das práticas de cartéis nas compras públicas podem ser vistas na mídia, as quais constantemente são noticiadas em relatos de alguma operação policial, tais como as operações da Polícia Federal: Operação Guabiru (17/05/04), Operação Vampiro (19/05/04), Operação Sentinela (02/12/04), Operação Sanguessuga (04/05/2006), Operação Carta Marcada (02/05/2006), Operação Fox (18/07/2006) entre outras. São freqüentes, ainda, as notícias que os gerentes das áreas de prestação de serviços das empresas se reúnem, e os grandes dividem o mercado". Note-se que há pelo menos mais de dez anos os cartéis em contratações públicas já eram investigados pela Polícia Federal, mas apenas mais recentemente, principalmente com as notícias envolvendo os supostos cartéis dos trens do metrô em São Paulo e nos contratos públicos firmados pela Petrobras ("Operação Lava-Jato") é que o tema ganhou grande repercussão midiática.

Essa exploração midiática do assunto, para muito além da mera potencialização de vendas de notícias no país, gera ao menos dois outros grandes efeitos. O primeiro deles é a alavancagem do oportunismo político pelos partidos de oposição, que ganham elementos fáticos contundentes para a formulação de severas críticas ao governo que realizou a contratação pública.[21] O segundo grande efeito da exploração midiática do tema é a contribuição para o rebaixamento da classificação de risco do país e das empresas estatais, principalmente daquelas que são exploradoras de atividade econômica, majorando-se as chances de perda dos respectivos graus de investimento.[22]

Todos esses prejuízos denotam a importância do tema e justificam a necessidade de um estudo específico a respeito dos cartéis em contratações públicas, contribuindo para o desenvolvimento e fortalecimento de mecanismos jurídicos de controle da Administração Pública, o que se mostra ainda mais necessário no atual contexto de constante expansão do consensualismo e da contratualização da atuação administrativa.[23]

Tem-se, assim, uma contribuição não apenas para os operadores do Direito, mas, também, para todos os agentes públicos e indiretamente para toda a sociedade, já que estudos que possam auxiliar e otimizar a atividade administrativa, evitando-se desperdícios e melhorando a gestão dos gastos públicos, são sempre salutares.

Feita essa contextualização inicial, passa-se à identificação dos cartéis em contratações públicas enquanto instituto jurídico propriamente dito.

---

[21] Foi o que se verificou durante as campanhas para a eleição presidencial no ano de 2014, em que os candidatos oposicionistas ao governo exploraram politicamente os supostos esquemas de corrupção verificados na Petrobras. Posteriormente, com a deflagração de diversas fases da "Operação Lava Jato" pela Polícia Federal, descobriu-se que os esquemas de corrupção possuíam intrínseca relação com cartéis atuantes nas licitações da empresa estatal.

[22] "No primeiro trimestre [2015], a agência de classificação de risco rebaixou a nota de dez empresas brasileiras – nem todas, no entanto, perderam o grau de investimento. Entre elas estão a Petrobras, as construtoras Andrade Gutierrez e Mendes Júnior e a Mega Energia. 'Suspeitas de corrupção e a consequente redução de liquidez relacionadas à Operação Lava Jato foram diretamente ou indiretamente responsáveis por cinco rebaixamentos', diz a Moody's." (VALLONE, Giuliana. Brasil lidera ranking de empresas ameaçadas de rebaixamento pela Moody´s. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 22 abr. 2015. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br>. Acesso em: 25 abr. 2015).

[23] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, v. 27, p. 1. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com>. Acesso em: 19 mar. 2015. No mesmo sentido, cf. SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao direito. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, n. 24, 2011. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com>. Acesso em: 20 dez. 2016.

1.2. Identificação do instituto jurídico: conceito e características

Cartéis, enquanto categoria jurídica,[24] são acordos[25] entre concorrentes com o objetivo de alterar artificialmente as condições de mercado, mitigando parcial ou totalmente a concorrência.[26] Operam basicamente por meio da fixação de preços ou de condições de venda, limitação de quotas de produção e/ou divisão de mercados regionais de atuação ou de fontes de abastecimento.[27] Em geral, a finalidade última dos cartéis é o aumento arbitrário da margem de lucro e do poder de mercado de seus participantes.[28]

Já os cartéis em contratações públicas, enquanto instituto jurídico,[29] são aqueles que atuam no âmbito dos contratos celebrados com a Administração Pública, podendo ser subdivididos em (i) cartéis em contratações públicas *precedidas de licitação*

---

[24] Segundo José Cretella Júnior (As categorias jurídicas e o direito público. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 62, n. 2, 1966, p. 214. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66520>. Acesso em: 18 maio 2015), categorias jurídicas são "formulações genéricas, *in abstracto*, com suas conotações essenciais, ainda não comprometidas com nenhum dos dois ramos em que se divide a ciência jurídica. Trata-se das figuras, *in genere*, comuns ao direito público e ao privado". Identificar a categoria jurídica "cartel", portanto, é encontrar uma formulação suficientemente genérica que seja aplicável a todos os campos do Direito.

[25] O termo "acordo", aqui, deve ser entendido em sentido amplo, "que compreende as expressões 'decisão de associação de empresas', 'prática concertada', ou ainda 'prática orquestrada', podendo todas ser subsumidas à palavra 'atos', prevista na hipótese do *caput* do art. 36 da Lei 12.529, de 2011" (FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, P. 333).

[26] Os autores pesquisados, ao buscarem definir "cartéis", em maior ou menor medida acabam incorporando essa noção de mitigação da concorrência como elemento definidor. A título de exemplo, cf. FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**, p. 339; GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Cartel**: teoria unificada da colusão. São Paulo: Lex Editora, 2006, p. 215/216. Também autores estrangeiros (STOCKING, George W; WATKINS, Myron W. **Cartels in action:** case studies in international business diplomacy. New York: American Book-Stratford Press, 1946, p. 3. Disponível em: <http://heinonline.org>. Acesso em: 20 fev. 2015) reforçam a mitigação da concorrência como elemento central dos cartéis, assim definidos: "an arrangement among, or on behalf of, producers engaged in the same line of business designed to limit or eliminate competition among then" (em tradução livre: "um acordo entre, ou em nome de, produtores que atuam no mesmo ramo de negócios, destinado a limitar ou a eliminar a concorrência entre eles"). Como os cartéis em contratações públicas são uma das espécies de cartel, as definições apresentadas, ainda que não identifiquem especificamente o fenômeno ora estudado, permitem ao menos uma compreensão genérica de sua natureza e de seus efeitos lesivos.

[27] MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**, p. 36/37.

[28] FREITAS, Rafael Véras de. O combate aos cartéis nas licitações: visando à Copa do Mundo de 2014 e às Olimpíadas de 2016. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, v. 33, n. 9, 2011, p. 171. O poder de mercado, por sua vez, "é usualmente definido como a habilidade de impor preços acima do nível competitivo" (MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**, p. 56).

[29] "A cada feixe de normas disciplinadoras das relações de homem para homem, integrando-as na ordem jurídica, damos o nome de instituto jurídico [...]. Todo instituto jurídico tem, no respectivo direito, em que se insere, lugar próprio. Identificá-lo é determinar-lhe a natureza. Impõe-se a localização para melhor compreensão e exata aplicação das regras que o compõem" (CRETELLA JÚNIOR, José. O direito comparado no curso de pós-graduação. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 76, 1981, p. 89. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66915>. Acesso em: 11 maio 2015).

(ou simplesmente "cartéis em licitações públicas") e (ii) cartéis em contratações públicas *diretas* (sem licitação prévia).

Para fins didáticos, visando à compreensão adequada do instituto, cada uma dessas subcategorias será tratada individualmente na sequência, ainda que grande parte dos seus elementos sejam comuns.

1.2.1. Cartéis em licitações públicas

Tal como ressalvado na introdução deste trabalho, os cartéis em licitações públicas assumem maior relevância dentro do tema em exame, sobretudo porque a regra geral do nosso ordenamento é a obrigatoriedade de licitar e também porque muitas das hipóteses de contratação direta são refratárias à ideia de concorrência, o que, por conseguinte, inviabiliza a atuação (e o estudo) de cartéis nesses casos.[30]

Observe-se, de início, que a expressão genérica "cartéis em licitações" (conhecida internacionalmente como "*bid rigging*" ou "*bidding rings*") pode se referir tanto a licitações *públicas* quanto *privadas*.[31] Em qualquer um desses segmentos, os proponentes, em vez de competirem entre si (como seria de se esperar), conspiram sigilosamente para aumentar os preços ou reduzir a qualidade dos bens e serviços para compradores que pretendem adquiri-los por meio de processos competitivos prévios.[32]

Evidentemente, em um estudo centrado no Direito Administrativo, a compreensão da cartelização nas licitações privadas é irrelevante, interessando aqui apenas as licitações públicas,[33] assim entendidas aquelas que são promovidas pelo Estado sob um

---

[30] No entanto, ainda que menos comuns, não se pode excluir peremptoriamente a hipótese de cartéis atuantes em contratações públicas diretas, sem licitação. Embora não tenham sido encontradas informações a respeito, é plenamente possível conceber um cenário em que um grupo de prestadores de serviços técnicos profissionais especializados fixem um preço mínimo a ser cobrado por pareceres lavrados a pedido do poder público. Nesse caso, haverá um cartel que não opera em licitações, mas, sim, em contratações por inexigibilidade de licitação (com amparo nos artigos 13, II e 25, II, da Lei 8.666/1993), causando igualmente prejuízos ao erário e à coletividade.

[31] MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**, p. 47.

[32] OCDE. **Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas**, 2009, p. 1. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/cartels/44162082.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2015.

[33] As licitações podem ser públicas ou privadas, mas é menos usual a utilização do termo "licitação" para designar os processos competitivos realizados no âmbito privado. Por esse motivo, a expressão "cartéis em licitações", ainda que genérica, é adotada por muitos doutrinadores como sinônimo de cartéis em licitações

regime de direito público.[34] A fim de permitir uma correta identificação e operacionalização das normas jurídicas aplicáveis aos cartéis em licitações públicas, é necessário buscar os seus principais traços característicos.

Uma primeira importante característica distintiva dos cartéis em licitações públicas em comparação com os cartéis "comuns"[35] atuantes no mercado privado é que apenas aqueles causam prejuízo direto ao erário e indireto a todos os contribuintes.

Como mencionado, estima-se que países desenvolvidos desembolsam de 15% a 20% do seu Produto Interno Bruto (PIB) na aquisição de produtos e serviços,[36] percentual que é, em média, ainda maior em países em desenvolvimento, pois esses tendem a ter maiores gastos com ampliação de infraestrutura e programas sociais. Tomando-se por base um sobrepreço médio de 20% praticado pelos cartéis em licitações, calcula-se que o Estado desembolsa cerca de 3% a 4% a mais de seu PIB nas contratações públicas em que cartéis atuam.[37]

A transferência de renda acima do esperado dos cofres públicos para os cartelistas que atuam em licitações públicas implica diminuição de recursos disponíveis e, logicamente, uma diminuição quantitativa e qualitativa dos bens e serviços disponibilizados, o que prejudica principalmente a população de baixa renda, naturalmente mais dependente dos produtos e serviços públicos.[38] Os cartéis comuns que atuam no mercado privado, de outro lado, como regra lesam apenas o comprador imediato, não implicando uma socialização das perdas com toda a coletividade.

---

públicas. Esse sentido também deve ser levado em consideração ao longo deste trabalho sempre que a expressão "cartéis em licitações" surgir sem qualquer outra adjetivação.

[34] CRETELLA JÚNIOR, José. **Licitações e contratos do Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 7. O autor acrescenta, ainda, que "se o instituidor do procedimento licitatório é o particular, a licitação inclui-se no campo do Direito Privado, se o instituidor é o Estado, a licitação é pública. Assim, a *licitação* classifica-se em *licitação privada* e *licitação pública*, ambos procedimentos preliminares; o primeiro dependente da vontade do *dominus*, o segundo sujeito às leis do Estado, as quais disciplinam o instituto, colocando-o *fora* da *voluntas do administrador*, mas dentro do campo da competência deste. A *licitação privada*, por isso, pode ser dispensada ou não, tudo dependendo da vontade do *dominus*; a *licitação pública* é obrigatória e regulada por dispositivos exorbitantes do Direito comum. Se houver dispensa, dispensabilidade ou inexigibilidade é porque a lei previu tais hipóteses, ao dispor excepcionalmente".

[35] A terminologia "cartéis comuns" será utilizada neste trabalho para designar os cartéis que não atuam em contratações públicas.

[36] OCDE. **Collusion and corruption in public procurement**, p. 10.

[37] MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**, p. 47.

[38] MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**, p. 48.

Essa constatação socioeconômica, por si só, já é emblemática da maior gravidade dos cartéis em licitações públicas,[39] o que justifica sua classificação pela OCDE como uma espécie de cartel "hard-core" ou "clássico".[40] A maior gravidade dos cartéis em licitações, inclusive, é o que leva algumas jurisdições a criminalizar apenas essa forma específica de cartel, como Alemanha, Áustria, Bélgica, Colômbia, Polônia e Turquia.[41]

Em termos estritamente jurídicos, desconsiderando-se por ora os efeitos práticos danosos causados à população, uma segunda importante característica dos cartéis em licitações públicas é que estes podem *sempre* ser considerados atos ilícitos, o que não necessariamente ocorre com os cartéis comuns.

Há controvérsia no Direito Concorrencial se os cartéis (comuns) são atos ilícitos *per se*, isto é, censuráveis independentemente da produção de um efeito anticoncorrencial no mercado,[42] ou se são atos ilícitos apenas quando efetivamente produzam efeitos (previstos em lei) mitigadores da concorrência em um mercado específico.[43]

---

[39] OCDE. **Collusion and corruption in public procurement**, p. 11: "The effects of collusion and corruption in public procurement are arguably more problematic than in private procurement. Moneys lost because of subversion of the public procurement process represent wastage of public funds. The resulting loss to public infrastructure and services, whether in quality or range, typically has the heaviest detrimental impact on the most disadvantaged in society, who rely on public provision to the greatest extent. Distortion of the public procurement process is detrimental for democracy and for a sound public governance, and it inhibits investment and economic development. Thus, deficiencies in public procurement impact on the wider economy in a way that does not occur with private procurement."

[40] OCDE. **Recommendation of the council concerning effective action against hard core cartels**, 1998, p. 1. Disponível em: <http://acts.oecd.org>. Acesso em: 21 jun. 2015: "A 'hard core cartel' is an anticompetitive agreement, anticompetitive concerted practice, or anticompetitive arrangement by competitors to fix prices, make rigged bids (collusive tenders), establish output restrictions or quotas, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce." Ana Paula Martinez (**Repressão a cartéis**, p. 42) trata como sinônimos cartéis "hard-core" e cartéis "clássicos" e assim traduziu o excerto acima, da OCDE, que define os cartéis "hard-core": "um acordo anticompetitivo, uma prática anticompetitiva concertada ou um arranjo anticompetitivo entre concorrentes para fixar preços, fraudar licitações (propostas colusivas), estabelecer restrições na oferta ou quotas, ou dividir mercados por meio de alocação de clientes, fornecedores, área geográfica ou linhas de comércio".

[41] MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**, p. 341/343. À toda evidência, se os países mencionados criminalizaram apenas os cartéis em licitações, mas não outros tipos de cartéis atuantes no mercado privado, é porque as respectivas sociedades reputam como mais grave os conluios nas contratações públicas, muito provavelmente pela maior amplitude dos prejuízos causados e também pelo fato de o fenômeno estar muitas vezes atrelado à corrupção de agentes públicos.

[42] Atualmente, os efeitos anticoncorrenciais que podem ser causados por cartéis estão previstos nos incisos do artigo 36 da Lei 12.529/2011: "I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante".

[43] Esse debate é usualmente identificado pelo conflito entre a chamada "regra da razão" (que demanda uma análise dos efeitos danosos do cartel no mercado) e a "regra *per se*" (que considera os cartéis um ato ilícito

Entretanto, com relação aos cartéis em licitações, essa controvérsia aparentemente perdeu forças, pois a tendência do CADE nos últimos tempos é considerar os cartéis "hard-core" ou "clássicos" (como é o caso dos cartéis em licitações) atos ilícitos *per se*.[44] De fato, já houve posicionamento expresso da autoridade antitruste defendendo que a simples reunião de empresários para combinar preços e condições de mercado, por si só, já aduz prejuízo à concorrência e enseja a punição nos termos da lei, independentemente da prova dos danos causados.[45]

De todo modo, o que se mostra relevante é compreender que a ilicitude ínsita aos cartéis em licitações públicas não se dá apenas por uma questão concorrencial, mas, também, por uma questão tipicamente administrativista, a partir da compreensão da lógica por detrás dos processos licitatórios.

---

independentemente da produção de efeitos anticoncorrenciais no mercado, em uma típica presunção *iuris et iure*). Historicamente, o Brasil adota em seu sistema concorrencial a sistemática da regra da razão, que demanda a análise dos efeitos do cartel no mercado para considerá-lo um acordo ilícito. É o que leciona Paula Forgioni (**Os fundamentos do antitruste**, p. 340), recapitulando a jurisprudência administrativa do CADE: "O CADE, desde a vigência da Lei 4.137, de 1962, tem entendido que somente podem ser considerados cartéis (e, portanto, reprimidos pela Lei Antitruste) os acordos entre agentes econômicos que produzem os efeitos anticompetitivos capitulados no texto normativo". Sobre a questão, cf. FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo; FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Poder econômico:** exercício e abuso: direito antitruste brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 27. Todavia, com relação aos cartéis clássicos (nos quais se incluem os cartéis em licitações), Ana Paula Martinez (**Repressão a cartéis**, p. 56/57) defende que o Brasil parece ter adotado ao longo de sua história antitruste uma "regra da razão modificada", em que a autoridade concorrencial adota uma presunção *iuris tantum* (relativa) quanto à geração de efeitos anticompetitivos provocados no mercado pelo cartel. Essa posição da autora é embasada inclusive em análise da própria OCDE (**Lei e política de concorrência no Brasil**, p. 25): "Como mencionado anteriormente, a regra *per se* não é aplicável no Brasil. Assim, em todos os casos, algum grau de poder de mercado deve ser demonstrado, embora em casos de cartéis clássicos aparentemente apenas uma demonstração mínima é exigida".

[44] MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**, p. 57.

[45] É o que sustentou o Conselheiro-Relator Fernando de Magalhães Furlan no voto proferido no caso dos cartéis na indústria de gases medicinais e industriais (p. 7.129): "Quando competidores entram em contato para minimizar o nível de disputa entre si, já há aí um prejuízo à sociedade. Nesta situação, a atividade econômica passa a ser orientada não pelas demandas do cliente, e sim pelas demandas dos parceiros no acordo espúrio. Um fundamento básico do sistema capitalista é a confiança no setor privado para a produção de bens e serviços. E essa confiança sustenta-se, basicamente, na ideia de que qualquer tentativa de abuso por parte de um empresário implicaria perda de clientes e negócios para seu competidor. Quando empresários se unem para combinar preços e condições de mercado, tem-se a perda de mecanismo básico que assegura a eficácia do nosso sistema econômico. Nestas linhas, concluo que a realização de contatos com o intuito de arrefecer ou afastar a competição no mercado já aduz, em si, um prejuízo à concorrência punível nos termos da lei. Uma vez provada a existência de tais contatos ilícitos, não há como se alegar a ausência de efeitos danosos." (CADE. **Processo Administrativo n° 08012.009888/2003-70**. Representante: SDE "ex officio". Representadas: White Martins Gases Industriais Ltda. e outros. Conselheiro Relator: Fernando de Magalhães Furlan. Brasília, 01 de setembro de 2010. Disponível em: <http://www.cade.gov.br>. Acesso em: 13 jun. 2015). O excerto também é citado por Ana Paula Martinez (**Repressão a cartéis**, p. 57.)

Por essência, as licitações necessariamente pressupõem um elemento concorrencial,[46] estando umbilicalmente associadas à ideia de competição entre os interessados.[47] A competitividade é condição *sine qua non* (e, por isso, verdadeiro princípio)[48] para que um processo licitatório exista, se desenvolva de maneira satisfatória e atinja seu objetivo primário (seleção da proposta mais vantajosa),[49] de modo que sem competição *inexiste* o próprio instituto.

É o que leciona Toshio Mukai, embasado em magistério de Héctor Jorge Escola, ao salientar que o princípio da *oposição* ou da *competitividade* é tão essencial "que, se num procedimento licitatório, por obra de conluios, faltar a competição (ou oposição) entre os concorrentes, falecerá a própria licitação, inexistirá o instituto mesmo".[50]

Diferentemente do contratante particular, o contratante público, *como regra geral*, não tem a prerrogativa de abdicar do processo licitatório prévio e de contratar livremente no mercado, salvo em hipóteses legais taxativas de contratação direta.[51] A licitação, para o contratante público, é obrigatória, quer por uma razão de indisponibilidade

---

[46] Segundo José Cretella Júnior (**Licitações e contratos do Estado**, p. 6/7), "licitação", etimologicamente, advém do substantivo latino *licitatio*, que significa "venda por lances". Ainda segundo o mesmo autor, licitação, como categoria jurídica, é "o procedimento prévio concorrencial que uma das partes institui para selecionar seu futuro contratante". Essas duas noções primárias – etimológica e categorial – trazidas pelo célebre autor permitem concluir que a licitação, em sua essência, pressupõe necessariamente um elemento *concorrencial*, uma disputa entre mais de um ofertante, pois apenas em um cenário de pluralidade de possíveis contratados é que um negócio "por lances" (ou por outro procedimento competitivo) se mostra lógico.

[47] NÓBREGA, Marcos; LIRA, Bruno. O Estatuto do RDC é contrário aos cartéis em licitação? Uma breve análise baseada na teoria dos leilões. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, v. 35, 2011, p. 2. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/anexos/pdfs/RBDP-out-dez-2011.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2015.

[48] Para Celso Antônio Bandeira de Mello (**Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 553), a competitividade é um "princípio cardeal" da licitação, ao lado, por exemplo, dos princípios da isonomia e publicidade. Para uma análise mais aprofundada e questionamentos a respeito do princípio da concorrência nas contratações públicas, cf. SUNDFELD, Carlos Ari. Contratações públicas e o princípio da concorrência. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 15/41. Sobre o princípio da concorrência no âmbito internacional, cf. ZUBIAUR, Carlos A. El principio de concurrencia en la licitación pública. Restricciones y garantías. In: CASSAGNE, Juan Carlos (Org.). **Derecho administrativo**: obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998. p. 993/1009.

[49] Lei 8.666/1993, art. 3º, *caput*.

[50] MUKAI, Toshio. **Licitações e contratos públicos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 17/18.

[51] As exceções à obrigação de licitar são as hipóteses de dispensa, dispensabilidade e inexigibilidade de licitação. A respeito dessas exceções, cf. ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**, p. 582/616. É importante mencionar que a obrigatoriedade de licitar, para o contratante público, advém não apenas da legislação, mas da própria teoria das licitações e das contratações públicas, como se infere da lição de Toshio Mukai (**Licitações e contratos públicos**, p. 4): "Não só em face do direito positivo, mas também sob o aspecto teórico, não há como deixar de se considerar que a regra é o dever de licitar, sendo a exceção a livre eleição do co-contratante pela Administração".

do patrimônio público,[52] quer por uma necessidade de garantir igualdade de condições a todos os interessados que queiram contratar com a Administração.[53] Tais fundamentos justificam a escolha do legislador constituinte de inclusão da obrigação de licitar no texto constitucional,[54] de tal modo que, atualmente, a licitação, ela própria, é entendida por uma grande parcela da doutrina como um princípio constitucional.[55]

Em um momento da história jurídica em que se busca a máxima efetividade das normas constitucionais,[56] não se pode admitir que a obrigação imposta no texto magno seja meramente *pro forma*, ou, então, que licitações cuja competividade tenha sido fraudada ou simulada por agentes públicos ou privados possam ser convalidadas.[57] Admitir qualquer licitação que não tenha sido puramente um processo competitivo e isonômico, pautado em

---

[52] CRETELLA JÚNIOR, José. **Licitações e contratos do Estado**, p. 9: "[...] no âmbito do Direito Administrativo, em que predomina o *princípio da indisponibilidade*, o administrador está impedido de agir livremente, quando pretende celebrar contratos, com a finalidade de realizar obras, trabalhos, compras, serviços, ou proceder a alienações".

[53] ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**, p. 549.

[54] A Constituição Federal de 1988 trouxe pela primeira vez na história constitucional brasileira a obrigação de licitar, prevista em seu art. 37, inciso XXI: "ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações *serão contratados* mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes [...]" (destaque nosso).

[55] ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**, p. 556. Em sentido contrário, cf. SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. (Onde está o princípio universal da licitação? *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (Org.). **Contratos públicos e direito administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 37. Esse autores defendem que, a partir da interpretação do texto constitucional, não é possível inferir que a licitação foi elevada ao status de princípio constitucional: "A retomada do texto da Constituição não deixa margem para dúvidas: a Constituição não criou – nem sequer cogitou criar – o princípio universal da licitação. Suas normas revelam quão implausível é falar na existência de tal princípio. Interpretação em sentido contrário importaria, necessariamente, distorcer o texto constitucional, ignorar os comandos normativos existentes e pressupor a existência de outros que não existem. A afirmação de que a presunção da licitação estaria contida nos princípios constitucionais abstratos e de baixa densidade normativa é um equívoco. Fazê-lo também importaria substituição ao constituinte. O texto constitucional, quando quis, impôs de maneira expressa o dever de licitar, identificando com clareza seus objetivos e objetos. Não custa reafirmar: a Constituição deve ser interpretada a partir de suas *normas*, do *direito positivo*, sob pena de se distorcer seu conteúdo".

[56] BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. *In:* ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Org.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 42. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br>. Acesso em: 9 mar. 2015.

[57] Afora a interpretação constitucional, como o princípio da competitividade está previsto na Lei 4.717/65 (ação popular) e é inferido da Lei 8.666/1993 (normas gerais de licitações e contratos administrativos), a violação desse princípio pela atuação de cartéis implica, necessariamente, *vício de legalidade*, estando a autoridade competente obrigada a anular o processo licitatório, de ofício ou por provocação de terceiros, consoante o disposto na Lei 8.666/1993, art. 49: "A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, *devendo anulá-la por ilegalidade*, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado" (destaque nosso).

um *fair play*[58] perante a Administração e aos demais concorrentes, certamente é contrário ao interesse público[59] e ao regime jurídico administrativo-constitucional.

Com base nesse arcabouço teórico-jurídico, conclui-se que os cartéis em licitações públicas, por simplesmente alterarem artificialmente as condições concorrenciais nas contratações administrativas, violam a competitividade que deve existir no bojo dos processos licitatórios e, consequentemente, violam também a própria obrigação constitucional de licitar *adequada e idoneamente*.

Logo, ainda que os cartéis em licitações fracassem e não provoquem efetivamente um dano ao contratante público ou aos demais concorrentes no mercado, ainda assim o simples ajuste entre empresários para manipular ou ajustar preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública[60] será sempre, *no mínimo*, um ilícito administrativo perante o ente público contratante, por violar a competitividade ínsita à obrigação constitucional de licitar.

Há, portanto, elementos suficientes para demonstrar que a posição do CADE (de entender os cartéis em licitações como um ilícito *per se*) é plenamente defensável, donde se conclui que esta forma de conluio é, sempre, ilícita.

Uma terceira característica dos cartéis em licitações públicas que os diferencia dos cartéis atuantes no mercado privado diz respeito ao seu *modus operandi*.[61]

Cartéis, em geral, atuam por meio de simulação contra o contratante,[62] mas nos cartéis em licitações públicas essa simulação é ainda *qualificada*, pois não é suficiente

---

[58] A expressão *fair play*, no âmbito concorrencial, foi utilizada por Luiz Olavo Baptista (Origens do direito da concorrência. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo,** v. 91, p. 5, 1996. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67325>. Acesso em: 9 fev. 2015).

[59] Ainda que a expressão "interesse público" seja um conceito jurídico indeterminado e aberto (o que é motivo de substanciais críticas por parte da doutrina administrativista), licitações fraudadas (por cartel ou por qualquer outro meio) representam um elevadíssimo potencial de prejuízo ao erário, o que, certamente, lesa o interesse da coletividade contribuinte. Por esse motivo, a despeito das críticas terminológicas, o conceito aberto aqui utilizado se mostra justificável, pois traz consigo uma dimensão que bem traduz a gravidade do problema.

[60] Lei 12.529/2011, art. 36, §3º, I, "d".

[61] As formas específicas de atuação dos cartéis em licitações serão tratadas no capítulo segundo.

[62] FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Boletim de Direito Administrativo (BDA)**, p. 388.

apenas uma combinação de preços ou de qualquer outra variável comercial entre os cartelistas.

Para serem bem-sucedidos nas licitações públicas, os cartelistas devem necessariamente também vencer a rigidez do procedimento licitatório público e as regras vinculantes do edital,[63] sem deixar indícios de colusão que possam ser detectados pelos órgãos de controle. Igualmente, durante a execução e fiscalização do contrato administrativo devem acobertar o conluio com maior atenção para, somente então, poderem repartir os lucros obtidos ilicitamente.

De nada adianta, por exemplo, que em uma dada licitação os cartelistas ajustem entre si os preços que serão propostos e quem será o vencedor se este não possuir condições de ser habilitado e de ter o objeto adjudicado para si. Ou, então, em um raciocínio tipicamente utilitarista, de nada adianta aos cartelistas vencerem uma licitação quando sabem, de antemão, que a chance de os órgãos de controle identificarem a fraude é grande, o que é ainda mais desvantajoso em um cenário em que as possíveis sanções seriam mais gravosas que a própria lucratividade a ser obtida na contratação.[64]

O êxito dos cartéis em licitações, portanto, demanda uma organização *mais complexa* entre seus integrantes, pois além de fraudarem as variáveis concorrenciais é necessário que os cartelistas transpassem também as regras administrativistas estabelecidas na lei e no edital, combinando entre si o *modo* pelo qual a competição será simulada no ambiente licitatório, sem deixar indícios de conluio.[65] Possivelmente, esse é um dos motivos

---

[63] A vinculação ao instrumento convocatório é princípio contido expressamente na Lei 8.666/1993, art. 3º. Segundo Hely Lopes Meirelles (**Licitação e contrato administrativo**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 39), "a *vinculação ao edital* significa que a Administração e os licitantes ficam sempre adstritos aos termos do pedido ou do permitido no instrumento convocatório da licitação, quer quanto ao procedimento, quer quanto à documentação, às propostas, ao julgamento e ao contrato. Em outras palavras, estabelecidas as regras do certame, tornam-se obrigatórias para aquela licitação durante todo o procedimento e para todos os seus participantes, inclusive para o órgão ou entidade licitadora".

[64] Esse raciocínio é típico de uma análise econômica do Direito, a qual tem dois pressupostos lógicos fundamentais: primeiro, que os agentes são racionais (*homo economicus*); segundo, que os agentes racionais agem para maximizar sua utilidade, medida em termos de bem-estar. "Assim, sob a ótica de um agente racional, o efeito dissuasório para uma conduta é atingido quando a sanção prevista ponderada por sua probabilidade de detecção é maior do que o benefício esperado advindo da conduta ilícita" (MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**, p. 25/26).

[65] Note-se que para os cartelistas obterem sucesso em uma licitação, é necessário que eles violem dois bens jurídicos distintos: (i) tanto a concorrência, em si, (ii) quanto a própria organização da Administração Pública. Comparativamente, portanto, o grau de reprovabilidade dos cartéis em licitações deveria, em tese, ser maior que o dos cartéis comuns, já que nestes apenas a concorrência (um único bem jurídico) é fraudada. Essa

pelos quais os cartéis em licitações públicas estão intimamente ligados ao fenômeno da corrupção, já que o manejo das regras licitatórias e o acobertamento do conluio, muitas vezes, somente podem se concretizar mediante a participação de um agente público corrupto que atue como um facilitador de tais práticas.

No âmbito privado, diferentemente, não necessariamente existe a obrigatoriedade de licitar e de fiscalizar a contratação e, mesmo que exista um procedimento competitivo prévio, a rigidez de suas regras não é a mesma, uma vez que se está no campo da liberdade contratual. Logo, as chances de êxito dos cartelistas no mercado privado (incluindo-se as chances de não serem detectados) deveriam, em tese, ser maiores, pois o seu modo de atuação tende a ser menos complexo.

Após essa análise preliminar, conclui-se que os cartéis em contratações públicas *precedidas de licitação* são aqueles que atuam nos processos licitatórios instituídos pelo Estado e que, infringindo o caráter competitivo ínsito aos certames, buscam precipuamente uma indevida maximização de lucros por meio da transferência de recursos públicos para os cartelistas, prejudicando toda a coletividade, e não apenas o comprador imediato. São condutas necessariamente ilícitas, independentemente da produção de resultado, e que demandam dos cartelistas uma forma de atuação mais complexa do que aquela que se verificaria no mercado privado.

1.2.2. Cartéis em contratações públicas diretas

Os cartéis em contratações públicas *diretas*, por sua vez, assemelham-se aos cartéis em licitações públicas pelo fato de que também causam (quando exitosos) um

---

distinção com base nos bens jurídicos violados é o que também pode explicar o fato de que algumas jurisdições criminalizam apenas os cartéis em licitações, como já mencionado. Contudo, embora seja lógico, a maior reprovabilidade aos cartéis em licitações públicas não é o cenário que se verifica no nosso atual ordenamento jurídico, ao menos não sob o ponto de vista criminal. Basta comparar os tipos penais previstos na Lei 8.137/90, art. 4º, II, "a" e "b" (cartéis comuns) com os tipos penais previstos na Lei 8.666/1993, arts. 90, 95 e 96 (cartéis em licitações públicas). Os cartéis comuns são punidos com pena de *reclusão*, ao passo que os cartéis em licitações são punidos somente com pena de *detenção*, ou seja, com uma sanção criminal menos gravosa. Além disso, a sanção de detenção impede que durante as investigações criminais destinadas a apurar cartéis em licitações seja feito o uso de interceptações telefônicas, nos termos do que dispõe a Lei 9.296/96, art. 2º, III (cf. MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**, p. 196). Tais fatores configuram, na prática, estímulo para que cartelistas passem a atuar no mercado licitatório público e não apenas nos mercados privados. De todo modo, como contrapeso a esse desequilíbrio verificado no âmbito criminal, o legislador pátrio reforçou o combate aos cartéis em licitações nos âmbitos civil e administrativo a partir da publicação da Lei 12.846/2013, que passou a prever sanções não-penais mais severas para fraudes em licitações, inclusive cartéis.

prejuízo direto ao erário, são necessariamente ilícitos (ao menos do ponto de vista administrativo, pelas mesmas razões já expostas) e igualmente demandam uma atuação mais complexa dos membros do conluio, principalmente quanto ao manejo estratégico das regras de contratação administrativa.

No entanto, uma importante diferença é que se em todas as licitações públicas é possível vislumbrar a possibilidade de atuação de cartéis (devido à existência de uma pluralidade de concorrentes aptos a fornecer o objeto visado pela Administração), isso não necessariamente ocorre nas contratações diretas, pois em muitas delas a competição é inviável justamente por inexistirem concorrentes. Por conseguinte, não é possível vislumbrar a existência de cartéis nessas hipóteses de inexistência de competição.

Além disso, as regras de contratação pública a serem manejadas pelos cartelistas em cada um dos casos (licitações ou contratações diretas) também são distintas, implicando um *modus operandi* diverso em cada um desses cenários, o que será analisado ao longo deste trabalho, quando oportuno.

Reitere-se que essa divisão inicial entre (i) cartéis em licitações públicas e (ii) cartéis em contratações públicas diretas tem sua utilidade principalmente para fins didáticos, relacionados à adequada identificação do fenômeno e à operacionalização de normas jurídicas específicas. De todo modo, ao longo deste trabalho, será priorizado o uso da expressão genérica "cartéis em contratações públicas" para se referir a ambos os fenômenos, mas, sempre que necessário, far-se-á menção a cada uma dessas classes individualmente, desde que relevante para a compreensão de um tópico específico.

1.3. Tratamento conferido aos cartéis em contratações públicas na legislação brasileira: estudo comparativo

Segundo José Cretella Júnior, "direito comparado" é um *método* de estudo (e não um ramo) do Direito, baseado essencialmente no confronto entre fenômenos jurídicos que se passam entre coletividades diversas. Para o autor, a comparação pode se dar, por

exemplo, entre (a) institutos jurídicos, (b) ramos do Direito, (c) direitos e (d) sistemas jurídicos.[66]

Embora seja uma praxe metodológica usualmente verificada nos trabalhos acadêmicos (muitas vezes de maneira equivocada), o método comparativo não necessariamente exige que se passe pelo Direito estrangeiro.[67]

Obviamente, os cartéis em contratações públicas não são um fenômeno exclusivamente brasileiro, tanto que têm surgido cada vez mais publicações internacionais sobre o assunto, seja pela própria OCDE, seja por pesquisadores de países diversos.[68]

Contudo, como o trabalho foca nos cartéis em contratações públicas segundo o ordenamento jurídico *brasileiro* (de acordo com a delimitação proposta inicialmente), o método comparativo com o direito estrangeiro assumiu um caráter meramente acessório ao longo da pesquisa, merecendo destaque apenas quando relevante para a compreensão de um determinado assunto em âmbito nacional.

---

[66] CRETELLA JÚNIOR, José. O direito comparado no curso de pós-graduação. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, p. 88. No mesmo sentido também é a posição de Jean Rivero (**Curso de direito administrativo comparado**. Trad. José Cretella Júnior. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 34): "o direito comparado não é disciplina jurídica distinta, um 'direito', no sentido em que se fala de direito civil, de direito constitucional, isto é, no sentido de corpo de regras positivas. Não existem 'regras de direito comparado' [...]. Sob o nome de 'direito comparado' é preciso compreender apenas a ideia de método: método que consiste em estudar, paralelamente, as regras e os institutos jurídicos, para esclarecê-los mediante tal confronto" (destaques no original).

[67] MARRARA, Thiago. Método comparativo e Direito Administrativo. **Revista Jurídica UNIGRAN** v. 16, n. 32, 2014, p. 29. Disponível em: <hhttps://www.academia.edu/14081368/>. Acesso em: 27 out. 2016.

[68] Pelo levantamento bibliográfico realizado, foram identificados artigos científicos sobre cartéis em contrações públicas elaborados por pesquisadores de diversos países, como Colômbia, EUA, Inglaterra, Espanha, Itália, Hungria, Rússia e África do Sul. Além disso, foram catalogadas mais de 20 publicações da OCDE que tratam direta ou indiretamente dos cartéis em contratações públicas. A ampla relevância internacional do tema é comprovada também pelo fato de que uma das principais publicações orientativas da OCDE sobre o assunto foi traduzida para nada menos que 26 idiomas, inclusive o português (cf. **Guidelines for fighting bid rigging in public procurement**: helping governments to obtain best value for money. 2009. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/42851044.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2015). Para uma análise dos cartéis em contratações públicas e medidas de combate adotada por outras jurisdições, cf. OCDE. **Collusion and Corruption in Public Procurement**. 2010. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/46235884.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2015; WEISHAAR, Stefan E. **Cartels, competition and public procurement**: law and economics approaches to bid rigging. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2013. Para uma análise da experiência internacional a respeito dos diversos sistemas de licitações e seus aspectos concorrenciais, cf. STRINGHINI, Adriano Candido. **Disciplina antitruste e licitações públicas**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 208/257.

Além disso, como um estudo comparativo internacional cientificamente respeitável demanda uma profunda pesquisa e compreensão dos ordenamentos estrangeiros em todas as suas nuances (o que, reitere-se, não é o objetivo desta dissertação), seria inadequado destinar parte deste trabalho a um enfrentamento comparatista internacional meramente genérico, já que isso resultaria em mera demonstração de erudição e rebuscamento textual sem maior relevância, além de criar o risco de distorções científicas a respeito do instituto estudado.[69]

Assim, com o objetivo de contextualizar os cartéis em contratações públicas no *Brasil*, mostrou-se metodologicamente mais adequado delimitar o estudo comparativo ao modo pelo qual a legislação nacional enfrentou o tema ao longo do tempo, já que esse campo de pesquisa usualmente confere dados mais concretos a serem investigados.

Devidamente delimitado o foco do estudo comparativo ao cenário nacional, oportuno esclarecer ainda que a investigação quanto ao histórico dos cartéis em contratações públicas na legislação brasileira teve por objetivo confrontar a abordagem normativa do instituto (a) ao longo do tempo e (b) entre grandes ramos do Direito pátrio.

Por meio dessa análise, pretendeu-se identificar padrões normativos utilizados pelo legislador brasileiro e qual o real grau de atenção que foi conferido aos cartéis em contratações públicas no decorrer da história, permitindo aferir se houve omissões legislativas ao longo do tempo ou, então, se houve uma possível ineficiência (ou mesmo descaso) dos órgãos de controle na aplicação dos mecanismos legais disponíveis.

Com o objetivo de organizar a pesquisa e sistematizar a exposição dos resultados (à luz do enfoque administrativista que permeia este trabalho), a análise da evolução legislativa foi dividida, cartesianamente, em quatro grandes ramos que apresentam maior interface com o tema: 1) legislação de licitações e contratos; 2) legislação administrativa geral; 3) legislação concorrencial e 4) legislação criminal.

Em relação ao recorte temporal que serviu de norte à pesquisa, cabe observar que desde a época das Ordenações Filipinas (que vigoraram aqui e em Portugal até o século

[69] MARRARA, Thiago. **Revista Jurídica UNIGRAN**, p. 28.

XIX) já existiam algumas normas jurídicas a respeito de contratações públicas no Brasil (embora não com a terminologia utilizada atualmente). Todavia, essa normatização colonial e imperial sempre foi bastante esparsa, passando a ser sistematizada de maneira mais adequada apenas a partir do século XX.[70]

Por essa razão, o recorte temporal aqui definido, para fins de investigação quanto ao tratamento dos cartéis em contratações públicas pela legislação brasileira ao longo do tempo, limitou-se aos principais marcos normativos editados a partir do século passado, inclusive porque um amplo regresso histórico desde os primórdios do Brasil, além de fugir do escopo deste trabalho, muito provavelmente seria pouco frutífero.

Fixadas as premissas metodológicas que balizaram a investigação, ao término desta análise será realizada uma interpretação conjunta das questões mais relevantes, a fim de expor as principais conclusões obtidas a partir do estudo comparativo realizado.

1.3.1. Legislação de licitações e contratos administrativos

Como esse ramo da legislação nacional mantém intrínseca relação com o tema deste trabalho e com o Direito Administrativo em geral, é justificável, aqui, uma análise um pouco mais cuidadosa da evolução legislativa nesse segmento.

A legislação de licitações e contratos administrativos, como mencionado, foi efetivamente sistematizada no Brasil (ao menos na esfera federal como um todo) a partir do século XX.[71] Desde então, é possível identificar quatro grandes subperíodos legislativos, que mantêm entre si certa identidade quanto ao modelo regulatório (em sentido amplo) adotado

[70] ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**, p. 549/550.

[71] Para Irene Nohara (Licitação e contratos administrativos. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Tratado de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 6, p. 74), o primeiro texto sistematizado sobre licitações no Brasil foi o Decreto 2.926/1862, ainda no período pré-republican. De fato, o referido diploma já trazia uma organização sobre o processo de "*arrematações*", mas como isso se dava exclusivamente no âmbito do "*Ministerio da Agricultura, Commercio e Obras Publicas*", e não na esfera federal como um todo, preferiu-se iniciar a abordagem exclusivamente pelos diplomas normativos do século XX, de acordo com o recorte temporal realizado e com objeto de estudo do trabalho. Além disso, não foram encontradas no Decreto 2.926/1862 disposições sequer potencialmente relacionáveis a cartéis em contratações públicas, razão pela qual seria despropositada sua análise neste trabalho.

para as contratações públicas, ora tendente a um minimalismo legislativo, ora a um maximalismo.[72]

1.3.1.1. Primeira fase

Em uma primeira fase, no início do século XX, a disciplina normativa das contratações públicas no Brasil teve uma orientação legislativa *minimalista*, pautada mais em objetivos gerais a serem concretizados pelo administrador (com maior campo de discricionariedade) do que propriamente em regras minuciosas sobre como deveria se dar, passo a passo, a contratação pública.[73]

Nessa primeira fase, destaca-se como grande marco legislativo o Decreto 4.536/1922 ("Código de Contabilidade da União"), regulamentado pelo Decreto 15.783/1922 ("Regulamento Geral de Contabilidade Pública").

O Código de Contabilidade Pública não disciplinava de maneira detalhista as licitações públicas, cuidando apenas de princípios basilares, como a necessidade de se realizar "*concurrencia publica*" (nomenclatura até então utilizada para se referir às licitações) previamente ao empenho de despesa;[74] a necessidade de publicação das condições do certame em Diário Oficial;[75] as hipóteses em que a licitação seria dispensável[76] e a preferência aos concorrentes nacionais,[77] disposições essas que até hoje estão previstas, em sua essência, na atual legislação.

---

[72] A divisão da evolução da legislação de contratações públicas em quatro períodos e de sua orientação normativa minimalista ou maximalista foi proposta por André Janjácomo Rosilho (**Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013), que analisou de maneira aprofundada os grandes marcos legislativos das licitações públicas no Brasil, no século XX. O referido autor adotou como parâmetros de pesquisa e de categorização, principalmente, o (i) grau de abrangência do dever de licitar nesses períodos; (ii) o tratamento dado pela Administração aos interessados nas contratações; (iii) o controle realizado e (iv) como se davam as alterações contratuais. A classificação proposta por André Rosilho se mostra bastante útil para fins didáticos e de compreensão da evolução da legislação de licitações e contratos administrativos no Brasil do século XX, razão pela qual foi também adotada como parâmetro neste subcapítulo, a fim de sistematizar mais adequadamente o tema.

[73] ROSILHO, André Janjácomo. **Licitação no Brasil**, p. 30/31.

[74] Decreto 4.536/1922, art. 49.

[75] Decreto 4.536/1922, art. 50.

[76] Decreto 4.536/1922, art. 51.

[77] Decreto 4.536/1922, art. 53.

Como é de se imaginar, o Código de Contabilidade da União, por possuir disposições mais genéricas, não tratou especificamente de hipóteses patológicas de fraudes nas contratações administrativas, quanto menos de conluios entre concorrentes. De todo modo, chama a atenção o fato de que o referido diploma já previa a possibilidade de que os licitantes podiam requerer a exclusão de qualquer outro da "*lista de idoneidade*" (figura análoga, atualmente, à relação de concorrentes habilitados em uma licitação) mediante prova dos fatos alegados,[78] além do que o "*Governo*" (Administração Pública) se reservava o direito de anular qualquer licitação, por despacho motivado, desde que houvesse "*justa causa*".[79]

Em tese, portanto, já havia uma abertura no sistema legislativo daquela época para que a própria Administração Pública obstasse ou invalidasse a contratação de um licitante caso demonstrado que ele convergira (mediante conluio, por exemplo) para fraudar o caráter competitivo da contratação pública (pressuposto necessário de toda e qualquer licitação e inferido da própria legislação).[80]

Já o Regulamento Geral de Contabilidade Pública (que continha quase mil artigos, a maior parte deles referentes a normas de Direito Financeiro), também do ano de 1922, previa algumas disposições mais específicas sobre as contratações públicas, como é típico de diplomas regulamentares. [81]

Além de repetir as principais disposições do Código de Contabilidade da União e aprofundá-las em aspectos pormenorizados, o Regulamento Geral de Contabilidade Pública reforçou ao menos duas regras que podiam, em tese, ser manejadas de forma a coibir cartéis e outras fraudes em contratações públicas, ainda que esses fenômenos não fossem amplamente percebidos, discutidos e assim nomeados à época.

---

[78] Decreto 4.536/1922, art. 51, §2°.
[79] Decreto 4.536/1922, art. 51, §4°.
[80] Essa interpretação é reforçada pelo próprio advento, poucos anos mais tarde, do Código Penal de 1940, que criminalizou a prática de fraude nas contratações públicas em seu artigo 335, como se verá na sequência.
[81] Edmir Netto de Araújo (**Curso de direito administrativo**, p. 552) bem aponta que durante vários anos as licitações foram consideradas um instituto de Direito Financeiro (e não do Direito Administrativo), o que explica o fato dessa matéria ter sido incluída em um diploma de regulação tipicamente orçamentária. Com relação à organização do Regulamento Geral de Contabilidade Pública (Decreto 15.783/1922), havia um capítulo todo destinado às licitações ("*concurrencias*") públicas (arts. 736 a 763), e outro destinado aos contratos ("*contractos*") administrativos (arts. 764 a 802). Ambos os capítulos compunham o "Título VII" do Regulamento, denominado "*das normas administrativas que devem preceder o empenho das despesas*".

A primeira dessas regras é a que previa, após regular processo administrativo, a *declaração de inidoneidade* aos proponentes ou contratantes que agissem com dolo ou má-fé no curso do procedimento, publicando-se referida sanção e comunicando-a a todos os demais órgãos públicos ("*repartições*") que promovessem contratações e tivessem de habilitar ("*julgar a idoneidade de*") concorrentes.[82] Não há dúvidas de que os conluios em contratações públicas, independentemente do momento da história em que foram praticados, sempre são atos fraudulentos e, como regra, dolosos, de modo que podiam ser plenamente subsumidos a essa regra específica do Regulamento de 1922, cominando-se a pecha de inidoneidade a seus praticantes.

A outra regra do Regulamento Geral de Contabilidade Pública que podia ser destinada a mitigar cartéis em contratações públicas é a que impedia a adjudicação do objeto da licitação à proposta que excedesse em mais de 10% o valor médio de mercado ("*preços correntes da praça*"), sob pena de anulação da licitação.[83] Ainda que o ordenamento da época não dispusesse especificamente sobre a prática de cartel em contratações públicas, os *efeitos* dessa prática já possuíam um relevante anteparo legal, pois ainda que houvesse um conluio atuante nas contratações administrativas, a lucratividade ilícita não podia ser superior a 10% daquilo que seria obtido normalmente no mercado.

1.3.1.2. Segunda fase

Essa primeira fase da legislação de licitações e contratos administrativos perdurou até a segunda metade da década de 1960, quando foi aprovado o afamado Decreto-Lei 200/1967, o qual dispôs sobre a organização da Administração Federal e estabeleceu diretrizes para uma reforma administrativa.[84] É importante ressaltar que as normas relativas às licitações para compras, obras, serviços e alienações previstas no Decreto-Lei 200/1967, logo no ano seguinte ao de seu advento, foram estendidas aos Estados e Municípios por meio da Lei 5.456/1968.

---

[82] Decreto 4.536/1922, art. 51, §2º e Decreto 15.783/1922, art. 741.
[83] Decreto 4.536/1922, art. 51, §1º e Decreto 15.783/1922, art. 755.
[84] A respeito da reforma administrativa havida no ano de 1967, cf. DIAS, José de Nazaré Teixeira. **A reforma administrativa de 1967**. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1969. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/12415>. Acesso em: 7 nov. 2016.

A partir dessa segunda fase (que durou cerca de 20 anos, até a entrada em vigor do Decreto-Lei 2.300/1986), pode-se dizer que houve o início de uma densificação da regulação jurídica das contratações públicas e de um abandono gradual da orientação legislativa *minimalista* que até então vigorava (momento de transição), buscando-se unificar os procedimentos aplicáveis às licitações e contratos administrativos.[85]

Em termos gerais, o Decreto-Lei 200/1967 passou a adotar uma terminologia jurídica mais próxima da que hoje é verificada no cotidiano das contratações públicas. Como principal exemplo, foi a partir deste diploma que a expressão "licitação" se consolidou no ordenamento positivo brasileiro para designar os processos competitivos prévios às contratações administrativas, abdicando-se da antiga expressão "concorrência", a qual passou a designar apenas uma das *modalidades* de licitação, e não mais o gênero.[86]

Especificamente com relação aos conluios e outros desvirtuamentos das contratações públicas, algumas disposições (ou melhor, omissões) do Decreto-Lei 200/1967 chamam a atenção, especialmente se tomadas em comparação com os diplomas normativos de 1922.

Primeiramente, tal como o Código de Contabilidade da União e o seu Regulamento, o Decreto-Lei 200/1967 igualmente não trouxe qualquer disposição específica acerca de cartéis e outras fraudes licitatórias ou contratuais. Contudo, o que se mostra mais relevante é o fato de que se aqueles diplomas do início do século XX já previam (ainda que de maneira genérica) a possibilidade de sanção administrativa aos "*proponentes ou*

---

[85] ROSILHO, André Janjácomo. **Licitação no Brasil**, p. 31 e 48.

[86] É importante ressaltar que não foi o Decreto-Lei 200/1967 que trouxe, pela primeira vez, a palavra "licitação" no âmbito das contratações públicas. Antes, a Lei 4.401/1964 já havia empregado o termo ao dispor sobre o procedimento de contratação de serviços, obras e aquisições de materiais pela União. Também o Decreto-Lei 9.760/1946, que dispunha sobre os bens imóveis da União, mencionava o termo "licitação" ao tratar da alienação de referidos bens e direitos correlatos (arts. 111, §2º e 135, §1º). Fora da legislação administrativista, o Código de Processo Civil de 1939 igualmente empregava a palavra "licitação" para se referir a um procedimento competitivo entre dois ou mais interessados, como nos casos de disputa entre credores hipotecários (art. 396, §1º) e de partilha de bens quando não houvesse consenso (art. 503, p. único), assim como o Código Penal de 1940 menciona o termo "licitante" ao tratar do crime de "impedimento, perturbação ou fraude de concorrência" (art. 335). Portanto, embora tenha sido o Decreto-Lei 200/1967 que efetivamente consagrou a expressão "licitação" para designar os processos seletivos prévios à celebração dos contratos administrativos, o vocábulo já era conhecido no ordenamento positivo brasileiro. Sobre o histórico da palavra "licitação" no ordenamento brasileiro e a abdicação da expressão anterior "concorrência pública", cf. CRETELLA JÚNIOR, **Licitações e contratos do Estado**, p. 8/13.

contratantes" que agissem com dolo ou má-fé no curso do procedimento,[87] O Decreto-Lei 200/1967 dispôs que apenas "*fornecedores ou executantes de obras ou serviços*" estariam sujeitos às penalidades administrativas nele previstas.[88]

Perceba-se: o diploma normativo de 1967, produzido em época em que já se havia acumulado maior experiência administrativa e fiscalizatória nas contratações públicas, deixou de prever expressamente a possibilidade de sancionamento administrativo aos *proponentes* (licitantes), tal como fizera, antes, o Regulamento de 1922. Previu, apenas, sanções administrativas àqueles que já houvessem celebrado contratos com a Administração e fossem responsáveis pelo fornecimento ou execução de obras ou serviços.

Aqui, pode-se levantar o seguinte questionamento: por qual motivo o legislador de 1967, mesmo se aprofundando sobre a regulação das licitações e dos contratos administrativos, deixou de prever especificamente a possibilidade de aplicação de sanções administrativas aos *licitantes* (inclusive cartelistas), restringindo-as apenas aos *contratados* pela Administração, diferentemente do que já era positivado em 1922? Quis o legislador, propositalmente, relevar punições administrativas por faltas cometidas durante a fase licitatória (o que seria notoriamente paradoxal, já que um dos princípios fundamentais daquela reforma administrativa era o *controle* das atividades da Administração Pública)[89] ou houve mero equívoco no momento da produção legislativa?

A despeito de tais dúvidas, não é possível encontrar uma resposta oficial a esses questionamentos, dado que o Decreto-Lei 200/1967 não possui uma exposição de motivos (possivelmente pelo fato de que esse diploma legal não foi votado pelo Congresso Nacional).[90]

Uma das possíveis explicações para essa omissão do legislador, que pode ser inferida de outros estudos sobre a história das licitações no Brasil, é o fato de que o Decreto-

[87] Decreto 15.783/1922, art. 741, §2º.
[88] Decreto-Lei 200/1967, art. 136, *caput*.
[89] Decreto-Lei 200/1967, arts. 6° e 13.
[90] ROSILHO, André Janjácomo. **Licitação no Brasil**, p. 49 e nota 5. Observe-se que a Constituição Federal de 1967, em seu artigo 58, autorizava o Presidente da República a expedir decretos com força de lei sobre finança públicas, "em casos de urgência ou de interesse público relevante". O parágrafo único do referido dispositivo dispunha, ainda, que se o Congresso Nacional não aprovasse ou rejeitasse o decreto no prazo de 60 dias, o texto era automaticamente aprovado.

Lei 200/1967 teve uma preocupação centrada principalmente na *otimização da atividade administrativa*, de modo que os instrumentos puramente jurídicos (como sanções a licitantes inidôneos, por exemplo) assumiram um caráter notoriamente acessório naquele diploma, tanto que os juristas eram personagens minoritários na comissão que cuidou do processo de reforma administrativa.[91]

Outra possível explicação que se pode cogitar para a omissão verificada no Decreto-Lei 200/1967 quanto ao sancionamento administrativo de licitantes é o fato de que, como se verá adiante, desde o Código Penal de 1940 já existia em nosso ordenamento a previsão de sancionamento *criminal* por fraudes e perturbações cometidas no curso do processo licitatório,[92] o que pode ter influenciado o legislador a relegar ao campo penal a punibilidade desses agentes.[93]

Além disso, desde a Lei 4.137/1962 (tida como a primeira lei antitruste brasileira, promulgada cinco anos antes) também já havia a previsão de que a combinação prévia de preços ou ajuste de vantagens "na concorrência pública ou administrativa" configurava infração à ordem econômica passível de sancionamento administrativo pelo CADE,[94] embora não se tenha tido notícias da efetiva aplicabilidade de tal preceito.

De toda forma, não tendo sido encontrados estudos aprofundados sobre essa omissão específica verificada no Decreto-Lei 200/1967, a questão permanece em aberto.

Ainda em comparação com os marcos legislativos de 1922, outra omissão relevante do Decreto-Lei 200/1967 diz respeito à inexistência de regra impeditiva da adjudicação do objeto nos casos em que a melhor proposta ofertada nas licitações fosse superior ao preço médio de mercado. Como visto, tanto o Código de Contabilidade da União quanto o Regulamento Geral de Contabilidade Pública impediam a adjudicação do objeto da licitação à proposta que excedesse em mais de 10% o valor médio de mercado, sob pena de

---

[91] ROSILHO, André Janjácomo. **Licitação no Brasil**, p. 59.
[92] Código Penal (Decreto-Lei 2.848/1940), art. 335.
[93] Mesmo antes do advento do Decreto-Lei 200/1967, Themistocles Brandão Cavalcanti (**Tratado de direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, p. 369) já mencionava que "o conluio, o conchavo, a corrupção, encontram na lei penal o seu corretivo", o que pode indicar que o legislador de 1967 talvez tenha preferido relegar ao campo penal a punibilidade de licitantes que cometessem fraudes no curso da licitação.
[94] Lei 4.137/1962, art. 2º, V, "b" c/c art. 44, "c".

anulação da licitação.[95] Todavia, esse filtro (inclusive contra conluios) deixou de existir sob a égide do Decreto-Lei 200/1967.

Nem mesmo no Decreto 73.140/1973, que cuidou especificamente das licitações e contratos relativos a obras e serviços de engenharia na Administração Federal, houve a estipulação de um anteparo legal capaz de vedar a adjudicação de objetos quando os preços ofertados fossem incompatíveis com os praticados no mercado. Ou seja, sob a égide do Decreto-Lei 200/1967 havia uma considerável brecha legal para que agentes reunidos em conluio ofertassem valores desproporcionalmente superiores aos de mercado e, ainda assim, pudessem figurar como adjudicatários do objeto da licitação.

Evidentemente, à época, havia a possibilidade de controle *a posteriori* das contratações pelos Tribunais de Contas,[96] mas, ainda assim, esse controle não tinha o condão de suprir o evidente vazio *normativo* verificado. Mais uma vez, cabe aqui o mesmo questionamento: essa omissão verificada no Decreto-Lei 200/1967 (principalmente quando em comparação com os diplomas de 1922) foi proposital ou houve mero descuido do legislador? Igualmente, ante a inexistência de uma resposta oficial, a questão também fica em aberto.

1.3.1.3. Terceira fase

A densificação normativa do sistema de contratações públicas, no Brasil, se tornou emblemática a partir da terceira fase da história da legislação de licitações e contratos administrativos, iniciada com o Decreto-Lei 2.300/1986 e consolidada com a Lei 8.666/1993.

Tanto o Decreto-Lei 2.300/1986 quanto a Lei 8.666/1993 estão contextualizados com o restabelecimento da democracia no Brasil (principalmente o primeiro) e com o combate à corrupção nas contratações públicas (principalmente o

[95] Decreto 4.536/1922, art. 51, §1º e Decreto 15.783/1922, art. 755.
[96] Cf. SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas. **Revista de Direito Administrativo (RDA)**, v. 257, p. 111–144, 2011. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/8589/7325>. Acesso em: 16 nov. 2016.

segundo),[97] cenários esses que foram impulsionados pela Constituição Federal de 1988, a qual incluiu no texto magno a obrigação de licitar e impôs à Administração Pública a observância de princípios moralizantes.[98]

Nesse terceiro período (fim da década de 1980 e início da década de 1990), fortaleceu-se no Brasil a crença no papel transformador do Direito e de sua capacidade de conformar e de modificar a realidade, desde então se constatando em nosso país uma clara orientação legislativa maximalista.[99]

No âmbito da legislação primária de licitações e contratos administrativos, isso se comprova pelo claro abandono daquela orientação minimalista presente no Código de Contabilidade da União de 1922 (cerca de 10 artigos) e, em menor grau, no Decreto-Lei 200/1967 (cerca de 19 artigos), para uma migração radical ao maximalismo legal do Decreto-Lei 2.300/1986 (90 artigos) e da Lei 8.666/1993 (125 artigos), que trataram em minúcias diversos aspectos das contratações públicas,[100] configurando verdadeiros estatutos jurídicos sobre o tema.[101] Pode-se dizer que nessa terceira fase se concretizou um claro *dirigismo pela licitação*, marcado pelo estreitamento do espaço de deliberação dos gestores públicos, como bem salienta Carlos Ari Sundfeld.[102]

---

[97] Sobre o contexto de surgimento do Decreto-Lei 2.300/1986 e da Lei 8.666/1993, bem como dos principais aspectos marcantes dessa terceira fase da história das licitações no século XX, no Brasil, cf. ROSILHO, André Janjácomo. **Licitação no Brasil**, p. 63/139.

[98] Constituição Federal, art. 37, *caput* e inciso XXI.

[99] ROSILHO, André Janjácomo. **Licitação no Brasil**, p. 63/139.

[100] O fato de a Lei 8.666/1993 praticamente esgotar a matéria de licitações e contratos administrativos é o que leva alguns doutrinadores, como Toshio Mukai (**Licitações e contratos públicos**, p. 8), a sustentar a inconstitucionalidade desse diploma, já que, diferente do quanto previsto na Constituição Federal (art. 22, XXVII), esse nível de detalhamento não seria compatível com a competência privativa da União para legislar apenas sobre "normas gerais".

[101] ROSILHO, André Janjácomo. **Licitação no Brasil**, p. 69.

[102] SUNDFELD, Carlos Ari. Contratações públicas e o princípio da concorrência. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 29. Note-se que a redução do espaço de discricionariedade do administrador foi um claro objetivo a ser atingido nessa nova fase da história da legislação de licitações e contratos administrativos, o que pode ser comprovado a partir da própria exposição de motivos do Decreto-Lei 2.300/1986: "O projeto restringe, em função do interesse público, o discricionarismo do administrador e veda-lhe, atento à exigência de moralidade administrativa, que adote medidas cuja implementação desvie-se dos objetivos para os quais a administração pública foi instituída" (disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45345/43832>. Acesso em: 8 nov. 2016).

Apesar das severas críticas que muitos fazem ao dirigismo exacerbado dessa terceira fase da história das contratações administrativas no Brasil,[103] ao menos no que diz respeito aos instrumentos jurídicos de combate a cartéis e a outras fraudes em contratações públicas houve inequívoco avanço do ponto de vista *legislativo*, compensando-se, de certo modo, as omissões verificadas no Decreto-Lei 200/1967.

O Decreto-Lei 2.300/1986 positivou no ordenamento de licitações e contratos administrativos, pela primeira vez, os objetivos da licitação,[104] seus princípios norteadores[105] e a impossibilidade de adoção de cláusulas ou condições que pudessem mitigar o caráter competitivo dos procedimentos licitatórios.[106]

Embora o conteúdo de todas essas disposições já fosse inerente ao próprio instituto jurídico das licitações (de forma que não houve uma inovação substancial propriamente dita), a partir desse momento se tornou inequívoca a obrigação de os agentes públicos estruturarem licitações competitivas, o que, ao menos em tese, contribuiria para diminuir as chances de fraudes anticoncorrenciais nas contratações públicas.

Também o Decreto-Lei 2.300/1986 inovou no ordenamento brasileiro ao prever a possibilidade de contratação direta (por dispensa de licitação) nas hipóteses em que as propostas apresentadas pelos licitantes consignassem preços "manifestamente superiores" aos praticados no mercado ou fossem incompatíveis com os fixados pelos órgãos estatais incumbidos do controle oficial de preços.[107] Seguindo a mesma lógica, igualmente previu a possibilidade de desclassificação de propostas com "preços excessivos",[108] resgatando, de certa forma, aquela mesma filtragem de preços originariamente prevista nos diplomas de 1922.

---

[103] A respeito das principais críticas formuladas contra o sistema de licitações da Lei 8.666/1993, cf. NOHARA, Irene Patrícia. **Tratado de direito administrativo**, p. 285/299.
[104] Decreto-Lei 2.300/1986, art. 3º, primeira parte.
[105] Decreto-Lei 2.300/1986, art. 3º, segunda parte.
[106] Decreto-Lei 2.300/1986, art. 3º, §1º, I. É importante frisar que a Lei 4.717/65 (ação popular), em seu art. 4º, III, "b", já previa como sendo nulos os contratos celebrados com base em edital no qual houvessem sido incluídas cláusulas ou condições que comprometessem o seu caráter competitivo. Assim, embora o Decreto-Lei 2.300/1986 tenha trazido pela primeira vez essa disposição no âmbito da legislação de licitações e contratos administrativos, ela não era propriamente inédita, além do que podia ser inferida do próprio instituto da licitação pública.
[107] Decreto-Lei 2.300/1986, art. 22, IX.
[108] Decreto-Lei 2.300/1986, art. 38, II.

Perceba-se, novamente, que ainda que tais disposições não fossem exclusivamente destinadas a hipóteses de fraudes anticoncorrenciais, elas configuravam um importante anteparo à possível lucratividade abusiva visada por cartéis em contratações públicas.[109]

De todo modo, um dos pontos mais relevantes do Decreto-Lei 2.300/1986, em comparação com os diplomas anteriores, foi o resgate da possibilidade de cominação de sanções administrativas também aos *licitantes* que cometessem atos ilícitos (como já ocorria nos diplomas de 1922), e não apenas aos *contratados* (como fizera o Decreto-Lei 200/1967).

De maneira extremamente clara, foi destinado um dispositivo próprio permitindo a aplicação das sanções de (i) suspensão temporária para licitar ou contratar com a Administração e de (ii) declaração de inidoneidade àqueles que praticassem atos ilícitos "visando a frustrar os objetivos da licitação".[110]

Como os cartéis em contratações públicas são ajustes ilícitos que afetam a competitividade ínsita aos processos licitatórios e, por consequência, frustram a possibilidade de que a Administração Pública obtenha ao menos uma proposta potencialmente mais vantajosa (objetivo primário da licitação), é lógico concluir que os integrantes dos conluios podiam ser sancionados por meio do dispositivo legal em comento, mesmo que não fossem os vencedores do certame e se tornassem os contratados pela Administração.

Esse resgate da possibilidade de sancionamento administrativo aos licitantes se mostrou um grande avanço legislativo em relação àquela omissão do Decreto-Lei 200/1967, uma vez que matérias tipicamente sancionatórias dependem, obrigatoriamente, de

---

[109] É o que também conclui Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (**Boletim de Direito Administrativo (BDA)**, p. 389), ao interpretar a legislação então vigente no ano de 1991: "Assim, com mais razão, deve a Administração Pública, diante dos indícios de que a licitação está comprometida pelo cartel formado pelos proponentes, que ofertam preços manifestamente exorbitantes, desclassificar todas as propostas, dispensar a realização de nova licitação e contratar diretamente com outro fornecedor que assegure preço de mercado para o produto idêntico ao pretendido no edital".

[110] Decreto-Lei 2.300/1986, art. 74, II c/c art. 73, III e IV.

prévia disposição legal autorizativa (*lex certa*),[111] o que não se verificava no diploma da década de 1960.

Em um momento subsequente, mas ainda nessa terceira fase da história da legislação de licitações e contratos administrativos, a até hoje vigente Lei 8.666/1993 manteve a essência de todas as disposições do Decreto-Lei 2.300/1986 que tratavam de (i) objetivos da licitação,[112] (ii) seus princípios norteadores,[113] (iii) impossibilidade de adoção de cláusulas ou condições que pudessem mitigar o caráter competitivo dos procedimentos licitatórios,[114] (iv) filtragem de preços como anteparo à lucratividade abusiva[115] e (v) sanções administrativas aplicáveis aos agentes que cometessem atos ilícitos capazes de frustrar os objetivos da licitação.[116]

Todas essas disposições, como visto, se relacionam ao menos indiretamente com o fenômeno da cartelização em contratações públicas. Entretanto, reforçando a tendência de produção legislativa maximalista típica dessa terceira fase da legislação de licitações e contratos administrativos, essas disposições foram ainda mais contundentes e detalhistas no diploma da década de 1990 se em comparação com aquele editado na década de 1980.

Afora a manutenção da essência dessas normas que já existiam no Decreto-Lei 2.300/1986, a Lei 8.666/1993 trouxe uma grande inovação normativa quando em comparação com todos os demais diplomas anteriores: a previsão de *crimes* específicos relacionados à prática de fraudes licitatórias e contratuais, inclusive cartéis.[117]

Embora na legislação criminal já existisse a possibilidade de sancionamento penal aos cartéis em contratações públicas (como se verá adiante), a introdução de crimes

---

[111] MARRARA, Thiago; NOHARA, Irene Patrícia. **Processo administrativo: Lei n° 9.784/99 comentada**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 436.
[112] Lei 8.666/1993, art. 3°, primeira parte.
[113] Lei 8.666/1993, art. 3°, segunda parte.
[114] Lei 8.666/1993, art. 3°, §1°, I.
[115] Lei 8.666/1993, art. 24, VII e art. 48, II.
[116] Lei 8.666/1993, art. 88, II.
[117] Lei 8.666/1993, arts. 89 a 98. Os tipos penais que mantêm relação com os cartéis em contratações públicas são aqueles previstos nos artigos 90, 95 e 96, os quais serão mencionados no momento oportuno, ao se tratar da evolução do tema na legislação criminal.

específicos na própria Lei 8.666/1993, um estatuto tipicamente administrativista, pode ser justificada, principalmente, pelo grande clamor popular que se instaurava contra a corrupção no Brasil, dado que fraudes licitatórias e contratuais eram (e ainda são) um dos pilares da corrupção verificada na Administração Pública no início da década de 1990.[118]

Essa justificativa moralizante para mudança da lei geral de licitações e contratos administrativos resta clara, inclusive, da própria exposição de motivos ("parecer") do Projeto de Lei da Câmara n° 59/1992 (que originou a Lei 8.666/1993), da lavra do Senador Pedro Simon, que assim destacava:

> Trata-se, como se vê, de matéria do mais alto interesse do país, essencialmente nesta quadra da vida nacional, em que o emprego de recursos públicos tem sofrido a ação deletéria de pessoas e grupos que a Imprensa tem noticiado como causadores imensos prejuízos, não só do ponto de vista econômico, como no aspecto da moralidade pública.

Contudo, passados mais de 20 anos desde a sua promulgação, a Lei 8.666/1993 não obteve, na prática, grande êxito no combate a atos de corrupção, desvios de finalidade, superfaturamentos, má execução de contratos e, também, a cartéis em contratações públicas.[119]

A ineficácia no combate a esses problemas se deu, em grande medida (mas não exclusivamente), porque mesmo uma produção legislativa maximalista não é capaz de prever todas as peculiaridades dos processos de contração pública, além do que a criatividade humana também é perspicaz em encontrar brechas e lacunas nas leis, por mais detalhistas que elas sejam.[120]

Não fosse isso bastante, a Lei 8.666/1993 ainda tornou as contratações realizadas pela Administração Pública extremamente custosas e morosas, em razão principalmente da necessidade de capacitação específica de servidores (para enfrentamento

---

[118] Sobre esse contexto de reforma da lei geral de licitações e contratos administrativos no Brasil, motivada em grande medida pela pungente corrupção no país, cf. ROSILHO, André Janjácomo. **Licitação no Brasil**, p. 94/102.
[119] MARRARA, Thiago. **Em 20 anos, Lei de Licitações não foi capaz de coibir desvios.** 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em: 2 set. 2016.
[120] NOHARA, Irene Patrícia. **Tratado de direito administrativo**, p. 288.

das rígidas regras que foram positivadas) e de deslocamento de suas tarefas habituais para se dedicarem a processos de contratação excessivamente burocráticos.[121]

Essa impressão de que a Lei 8.666/1993 gerou um modelo de contratação pública ineficiente levou o legislador brasileiro, principalmente a partir do começo do século XXI, a promover uma série de reformas no ordenamento de licitações e contratos administrativos, que pode ser entendida como o início da atual fase desse ramo da legislação nacional, mesmo ainda estando vigente aquela lei geral.[122]

1.3.1.4. Quarta fase

Nesse período de reformas no ordenamento de licitações e contratos administrativos, dentre as principais inovações legislativas que, de alguma forma, afetaram o fenômeno da cartelização nas contratações públicas está o advento da Lei 10.520/2002, a qual introduziu no ordenamento brasileiro a modalidade pregão.[123]

Uma das grandes inovações trazidas por essa modalidade licitatória, além da disputa por lances, foi a chamada "inversão de fases", a qual, como se verá especificamente no capítulo segundo desta dissertação, ao prever a análise dos preços ofertados antes da etapa

---

[121] MARRARA, Thiago. **Em 20 anos, Lei de Licitações não foi capaz de coibir desvios.** 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em: 2 set. 2016.

[122] Apesar de ser possível identificar esse momento de crise da Lei 8.666/1993 e de reformas e inovações legislativas como o início da quarta fase da história da legislação de licitações e contratos no Brasil, André Rosilho (**Licitação no Brasil**, p. 144) bem observa que "não há elementos suficientes e seguros para se afirmar peremptoriamente que a terceira fase das licitações no Brasil, marcada pela edição do Decreto-lei 2.300/1986 e da Lei 8.666/1993, efetivamente tenha chegado ao fim – apesar de haver indícios importantes que apontem nesse sentido". De todo modo, ainda que possa existir dúvidas quanto ao marco inicial dessa denominada "quarta fase" da história da legislação de licitações e contratos, é certo que, ao menos a partir da Lei 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações), consolidou-se uma clara tendência no ordenamento brasileiro de "fuga" do regime clássico da Lei 8.666/1993, o que se comprova, também, pelas sucessivas leis que ampliaram as hipóteses de contratações públicas submetidas ao Regime Diferenciado de Contratações.

[123] A Lei 10.520/2002 é o ato normativo que consolidou a modalidade pregão no Brasil, mas antes dessa lei outros diplomas já haviam introduzido o pregão na esfera federal. Pode-se afirmar que a origem remota do pregão se deu no âmbito da ANATEL, por meio da Lei 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações). Posteriormente, sucessivas medidas provisórias foram editadas pelo governo federal, estendendo essa modalidade a outros órgãos da União. Contudo, apenas a partir da Lei 10.50/2002, quando a União de fato exerceu sua competência para legislar sobre normas gerais de licitação, é que o pregão passou a ser uma modalidade de caráter nacional aplicável também aos demais entes da federação. Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão**: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 18; ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**, p. 632, nota 305. Para um histórico mais aprofundado sobre a história do pregão no Brasil, cf. SCARPINELLA, Vera. **Licitação na modalidade pregão (Lei 10.520, de 17 de julho de 2002)**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 19/49.

de habilitação, trouxe um grande ganho em termos de competitividade nas licitações de bens e serviços comuns e, por conseguinte, uma diminuição das chances de cartelização nesses procedimentos licitatórios.[124]

A experiência com o pregão (principalmente em sua forma eletrônica)[125] tanto se mostrou bem-sucedida que diversas leis posteriores, como a Lei 11.079/2004 (parceiras público-privadas),[126] a Lei 11.196/2005 (que alterou a Lei 8.987/1995, de concessões e permissões de serviços públicos),[127] a Lei 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações)[128] e a Lei 13.303/2016 (estatuto jurídico das empresas estatais)[129] também passaram a prever a "inversão de fases" como sistemática de adoção da proposta licitatória mais vantajosa à Administração Pública, em detrimento da ordem clássica (e ineficiente) de fases procedimentais adotada pela Lei 8.666/1993.[130]

Em relação especificamente à Lei 12.462/2011, que instituiu o chamado "Regime Diferenciado de Contratações" (RDC),[131] cabe aqui observar que ela também trouxe outras importantes inovações que repercutem sobre o fenômeno dos cartéis em contratações públicas.

Como exemplos, destacam-se a possibilidade de a Administração manter sigiloso o orçamento estimado para a contratação até o encerramento da licitação[132] (medida bastante questionável por parte da doutrina, como se verá no capítulo segundo) e a maior margem de liberdade do administrador quanto à modelagem do procedimento licitatório, permitindo a escolha, pela Administração, de modos de disputa aberto, fechado ou misto.[133] Essas inovações trazidas pela lei do RDC permitem, em tese, que a Administração Pública

---

[124] Cabe observar que não se admite, como regra, a modalidade pregão para obras e serviços de engenharia. Embora a Lei 10.520/2002 não faça tal restrição de maneira expressa, o Decreto 3.555/2000, em seu artigo 5º, veda expressamente a modalidade pregão nas contratações federais de obras e serviços de engenharia.
[125] O pregão eletrônico, no âmbito federal, é regulado pelo Decreto 5.450/2005.
[126] Lei 11.079/2004, art. 13.
[127] Lei 11.196/2005, art. 120.
[128] Lei 12.462/2011, arts. 12 e 14.
[129] Lei 13.303/2016, art. 50.
[130] Observe-se que nas duas últimas leis mencionadas (Lei 12.462/2011 e Lei 13.303/2016), em realidade, a análise das propostas de preços antes da etapa de habilitação passou a ser a *regra geral*, de modo que se denomina "inversão de fases", no âmbito destas leis, justamente o procedimento clássico da Lei 8.666/1993.
[131] Segundo Edmir Netto de Araújo (**Curso de direito administrativo**, p. 641), o RDC é uma nova *modalidade* de licitação, e não simples flexibilização da Lei 8.666/1993.
[132] Lei 12.462/2011, art. 6º, *caput*.
[133] Lei 12.462/2011, arts. 16 e 17, regulamentados pelo Decreto 7.581/2011, arts. 15 a 24.

adote um comportamento estratégico mais adequado a determinadas situações, inclusive contra a possibilidade de atuação de cartéis (o que também será analisado no momento oportuno).

Mais recentemente, a Lei 13.303/2016, que dispõe sobre o "estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias", trouxe, em relação às licitações promovidas por essas entidades, algumas normas de conteúdo bastante semelhante às do Regime Diferenciado de Contratações (inclusive as que mantêm alguma relação com o fenômeno dos cartéis em contratações públicas), com algumas adaptações.[134]

Chama a atenção, na Lei 13.303/2016, o fato de o legislador ter mencionado de maneira expressa e inovadora o princípio da *competitividade* como um daqueles que devem ser observados pelas empresas estatais na realização de licitações e na celebração de contratos, configurando importante elemento normativo (ao menos simbolicamente) no combate a cartéis em contratações públicas. Também de maneira inédita, a lei em comento fez menção à necessidade de serem evitadas "operações em que se caracterize sobrepreço", fraude intrinsecamente ligada aos cartéis em contratações públicas.[135]

Por fim, cabe ainda uma breve menção sobre as principais disposições que mantêm relação com os cartéis em contratações públicas no Projeto de Lei do Senado (PLS) n° 559/2013, proposta atualmente mais significativa que visa a alterar estruturalmente a legislação geral de licitações e contratos administrativos no Brasil. Ressalve-se, todavia, que o próprio PLS já sofreu diversas alterações até o fim do ano de 2016,[136] de forma que os apontamentos mencionados adiante mostram-se apenas como *tendências* a serem verificadas na nova lei, podendo os dispositivos referenciados sofrer inclusive alterações numéricas em um futuro próximo.

---

[134] Cf. NOHARA, Irene Patrícia. **Mudanças promovidas pela nova lei das estatais**: pontos fortes e fracos. 2016. Disponível em: <http://direitoadm.com.br>. Acesso em: 27 out. 2016; NIEBUHR, Joel de Menezes. **Aspectos destacados do novo regime de licitações e contratações das estatais**. 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 9 set. 2016.

[135] Lei 13.303/2016, art. 31.

[136] A última versão do PLS 559/2013 consultada é datada de novembro de 2016, já com base em novo Substitutivo apresentado pelo Senador Fernando Bezerra Coelho, relator do Projeto.

Em termos finalísticos, tal como verificado na recente Lei 13.303/2016, o PLS 559/2013 também pretende alçar a competitividade como um princípio norteador de todas as contratações públicas,[137] além de tornar expresso que um dos objetivos do processo licitatório é o de assegurar a "justa competição" entre os licitantes,[138] disposição essa inédita na história da legislação de licitações e contratos administrativos no Brasil.

Em termos mais concretos, mesmo sendo uma substituição à Lei 8.666/1993 (lei geral de licitações e contratos administrativos), à Lei 10.520/2002 (pregão) e à Lei 12.462/2011 (RDC), o PLS 559/2013 pretende manter conquistas importantes dos diplomas reformistas anteriores, como a "inversão de fases" procedimentais (análise das propostas de preços e lances, quando o caso, antes da etapa de habilitação),[139] a possibilidade de disputa por lances, com maior liberdade do administrador quanto à escolha do modo de disputa licitatória[140] e a preferência por modalidades eletrônicas,[141] regras essas que dificultam a atuação de conluios, como se verá no capítulo segundo.

Há também uma tentativa de mitigação da polêmica do sigilo dos orçamentos trazida pela Lei 12.462/2011, já que no PLS 559/2013 o caráter sigiloso dos orçamentos somente poderá ser adotado quando houver motivos relevantes devidamente justificados, invertendo a regra geral de sigilo (sem prévia motivação) prevista na lei do RDC.[142]

Finalmente, verifica-se no PLS 559/2013 um reforço no combate a fraudes,[143] como, por exemplo, por meio da possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica quando utilizada abusivamente[144] e a possibilidade de responsabilização solidária do

---

[137] PLS 559/2013, art. 4°.
[138] PLS 559/2013, art. 9º, II.
[139] PLS 559/2013, art. 15. Tal como já vinha ocorrendo com os diplomas mais recentes (RDC e estatuto das empresas estatais), a análise das propostas de preços antes da etapa de habilitação passará a ser a *regra geral*, mas o Projeto também prevê excepcionalmente a possibilidade de a etapa de habilitação ocorrer em primeiro lugar, desde que mediante ato motivado com explicitação dos benefícios, conforme previsão no §1º do referido artigo 15.
[140] PLS 559/2013, art. 49.
[141] PLS 559/2013, art. 15, §2º.
[142] PLS 559/2013, art. 21.
[143] MARRARA, Thiago. **Em 20 anos, Lei de Licitações não foi capaz de coibir desvios.** 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em: 2 set. 2016.
[144] PLS 559/2013, art. 113, §15.

contratado por danos ao erário decorrentes de contratação direta (por dispensa ou inexigibilidade) em violação à legislação.[145]

Entretanto, é prudente observar que não se pode afirmar peremptoriamente que as modificações pretendidas pelo PLS 559/2013 trarão, invariavelmente, um ganho de eficiência e de moralização no cotidiano da Administração Pública e suplantarão os defeitos (inclusive no combate a cartéis) da Lei 8.666/1993. Para aferir o real grau de sucesso das inovações legislativas experimentadas no século XXI e também daquelas ainda em discussão no Congresso Nacional, são necessários estudos empíricos que permitam comparar a realidade administrativa antes, durante e depois da Lei 8.666/1993, a fim de avaliar de maneira mais adequada os efeitos das mudanças verificadas.[146]

Esses são os principais pontos relacionados aos cartéis em contratações públicas ao longo da história da legislação de licitações e contratos administrativos no Brasil, a partir do século XX.

Nos três tópicos seguintes, relacionados à abordagem legislativa dos cartéis em contratações públicas no âmbito da legislação administrativa geral, concorrencial e criminal, serão analisados de maneira mais direta os principais diplomas que apresentam alguma relação com o tema, por não serem ramos intrinsecamente relacionados com o objeto desta dissertação, mas que ainda assim são relevantes para compreensão do contexto legislativo nacional dos cartéis em contratações públicas.

1.3.2. Legislação administrativa geral

Após serem analisados no tópico anterior alguns diplomas tipicamente de licitações e contratos administrativos, o ordenamento jurídico brasileiro também alberga algumas outras leis administrativistas "gerais", ainda vigentes, que podem ser articuladas de maneira a enfrentar a cartelização nas contratações públicas.

---

[145] PLS 559/2013, art. 62.

[146] MARRARA, Thiago. **Em 20 anos, Lei de Licitações não foi capaz de coibir desvios.** 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em: 2 set. 2016.

1.3.2.1. Lei 4.717/1965 (ação popular)

Mantendo-se o padrão de análise cronológica até aqui verificado, o primeiro desses diplomas que merece destaque é a Lei 4.717/1965, que regula a ação popular, um dos instrumentos de controle judicial da Administração Pública. Por meio dessa ação, qualquer cidadão munido de título eleitoral é parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público.

Dentre os atos lesivos ao patrimônio público tutelados pela ação popular, o legislador brasileiro incluiu expressamente (i) os contratos decorrentes de editais nos quais houvessem sido incluídas cláusulas ou condições que comprometessem o seu caráter competitivo[147] e também (ii) as licitações processadas em condições limitadoras das possibilidades normais de competição.[148]

Note-se que principalmente essa segunda espécie de ato lesivo pode ser relacionada, ainda que indiretamente, às contratações públicas fraudadas por cartéis, pois estes necessariamente implicam uma limitação das condições normais de competição nos certames. Dessa maneira, desde meados da década de 1960, qualquer cidadão brasileiro que tenha conhecimento de licitações fraudadas por conluios pode acionar o Poder Judiciário para buscar a nulidade da contratação e fazer cessar a lesividade contra o patrimônio público.[149]

---

[147] Lei 4.717/1965, art. 4º, III, "b".

[148] Lei 4.717/1965, art. 4º, III, "c". O termo utilizado na Lei 4.717/1965, na realidade, é "concorrência administrativa" (e não "licitações"), uma das modalidades licitatórias previstas no antigo Regulamento Geral de Contabilidade Pública (Decreto 15.783/1922). Contudo, como desde o advento do Decreto-Lei 200/1967 a chamada "concorrência administrativa" deixou de ser uma modalidade de contratação pública no Brasil, é razoável que a interpretação mais adequada e atual do art. 4º, III, "c" da referida lei seja a de que qualquer licitação processada em injustificada limitação competitiva possa ser invalidada, o que atende em maior grau a proteção ao patrimônio público, finalidade última da ação popular.

[149] Hely Lopes Meirelles (**Licitação e contrato administrativo**, p. 30/31), em 1990 (antes da atual lei geral de licitações e contratos, em obra ainda redigida integralmente por ele próprio), esclarecia que o "caráter competitivo" da licitação estava (e ainda está) expressamente previsto na Lei de Ação Popular (Lei 4.717/65, art. 4º, III, "b" e "c") e no "Estatuto das Licitações" (à época, o Decreto-Lei 2.300/1986, art. 3º, §1º, I, atualmente também replicado na Lei 8.666/1993). O autor ainda afirmava que "não apenas a Administração, através do instrumento convocatório e de atos procedimentais, que pode comprometer, restringir ou frustrar o "caráter competitivo" da licitação", pois "o particular também pode fazê-lo, quase sempre com maior possibilidade de êxito, razão pela qual o nosso Código Penal, em defesa do *princípio da competitividade* ou da *concorrência*, segundo Caio Tácito, pune a fraude a determinadas modalidades de licitação [...]". Pode-se inferir da lição de Hely Lopes Meirelles, portanto, que fraudes anticompetitivas nas licitações públicas podem ser reprimidas pela lei da ação popular, a qual também ampara o princípio da competitividade nas contratações públicas.

1.3.2.2. Lei 7.347/1985 (ação civil pública)

Embora a ação popular seja um mecanismo de controle disponibilizado a qualquer cidadão brasileiro, a praxe forense demonstra que esse expediente é pouco utilizado, possivelmente porque os cidadãos em geral tendem a preferir as denúncias aos órgãos de controle a atuarem, por si próprios, no combate a cartéis em contratações públicas, principalmente devido à falta de recursos e estrutura adequada para condução do processo judicial.

Por essa razão, é bastante salutar que a tutela ao patrimônio público tenha sido consideravelmente reforçada a partir do advento da Lei 7.347/1985, que disciplina a ação civil pública, instrumento de controle judicial da Administração Pública por meio da qual se busca a prevenção e responsabilização por danos causados à coletividade em geral.[150]

Uma importante peculiaridade da ação civil pública em comparação com a ação popular diz respeito à sua legitimidade ativa *ad causam*, podendo ser proposta concorrente e autonomamente pelo Ministério Público, Defensoria Pública, entidades integrantes da Administração direta e indireta e associações privadas com mais de um ano de existência e preordenadas à defesa de interesses coletivos.[151]

Apesar de essa lei ter sofrido diversas alterações ao longo do tempo, o que importa aqui destacar é que, principalmente após o advento da Lei 8.884/1994, a ação civil pública também se presta à responsabilização por danos morais e patrimoniais causados em decorrência de infrações à ordem econômica.[152]

---

[150] Nos termos do art. 1º da Lei 4.717/1965, a ação civil pública atualmente se presta à responsabilização por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, por infrações à ordem econômica, à ordem urbanística, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, ao patrimônio público e social e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. Repare-se que o rol é extenso e aberto, permitindo uma atuação bastante abrangente por parte das entidades e órgãos legitimados.

[151] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Controle da administração pública e responsabilidade do Estado. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Tratado de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 7, p. 114.

[152] A Lei 8.884/1994 incluiu os danos decorrentes de infração à ordem econômica como um dos bens tutelados pela ação civil pública ao inserir o inciso V no art. 1º da Lei 7.347/1985.

Dentre essas infrações à ordem econômica tuteladas pela ação civil pública, inequivocamente podem ser inseridos os danos decorrentes de cartéis em contratações públicas (como se verá no tópico relacionado à legislação concorrencial). Portanto, a Lei 7.347/1985 também confere um importante instrumental no combate à cartelização contra a Administração Pública, com a vantagem de que pode ser ajuizada diretamente em face dos integrantes do cartel, isoladamente, o que não ocorre com a ação popular.[153]

1.3.2.3. Lei 8.429/1992 (improbidade administrativa)

Outro grande passo dado pelo legislador quanto à proteção do patrimônio público e, principalmente, da moralidade na Administração Pública se deu com a promulgação da Lei 8.429/1992, que trata dos atos e da ação de improbidade administrativa, atendendo a uma clara preocupação do constituinte originário.[154]

De acordo com a sistemática dessa lei, os atos de improbidade administrativa podem ser categorizados em (i) atos que importam enriquecimento ilícito,[155] (ii) atos que causam prejuízo ao erário,[156] (iii) atos decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário[157] e (iv) atos que atentam contra os princípios da Administração Pública.[158]

É de extrema relevância enfatizar que os atos de improbidade administrativa podem ser praticados não apenas por agentes públicos, mas também por particulares *terceiros* que induzam ou concorram para a prática do ato ou dele se beneficiem sob qualquer forma direta ou indireta.[159] Porém, para que os terceiros possam ser submetidos às disposições da lei de improbidade administrativa, é imprescindível que suas condutas estejam ligadas à de algum agente público, razão pela qual o particular nunca poderá

---

[153] Essa é outra peculiaridade da ação civil pública em comparação com a ação popular, a qual demanda uma legitimidade passiva plúrima (nos termos do art. 6º da Lei 4.717/1965), impondo a citação obrigatória (i) dos agentes que participaram do ato lesivo, (ii) da pessoa jurídica a que pertencem e (iii) de eventuais terceiros beneficiários (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Tratado de direito administrativo**, p. 99).
[154] A repressão aos atos de improbidade administrativa tem amparo na Constituição Federal, artigo 37, §4º.
[155] Lei 8.429/1992, art. 9º.
[156] Lei 8.429/1992, art. 10.
[157] Lei 8.429/1992, art. 10-A, introduzido recentemente pela Lei Complementar 157/2016.
[158] Lei 8.429/1992, art. 11.
[159] Lei 8.429/1992, art. 3°.

responder, sozinho, por improbidade administrativa (ainda que possa ser responsabilizado individualmente por outros ilícitos).[160]

Na segunda categoria de atos apontada anteriormente, a única a admitir responsabilização por conduta culposa,[161] o legislador incluiu "frustrar a licitude de processo licitatório"[162] como um dos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário, mas desde que haja prova inequívoca do prejuízo.[163]

Como a expressão "frustrar a licitude de processo licitatório" é bastante ampla (denotando a tipicidade aberta que permeia a lei de improbidade administrativa), não parece haver óbices para que a atuação de cartéis em contratações públicas seja inserida nessa espécie de ato de improbidade que causa prejuízo ao erário.[164]

Portanto, com base na articulação e interpretação dos dispositivos que regem a responsabilização por improbidade administrativa, é plenamente possível admitir que em

---

[160] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Tratado de direito administrativo**, p. 123. Também o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou nesse sentido: "A conduta dos agentes públicos, que constitui o foco da LIA, pauta-se especificamente pelos seus deveres funcionais e independe da responsabilização da empresa que se beneficiou com a improbidade. Convém registrar que a recíproca não é verdadeira, tendo em vista que os particulares não podem ser responsabilizados com base na LIA sem que figure no polo passivo um agente público responsável pelo ato questionado" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Especial n° 896.044**. Ministro Relator: Herman Benjamin. Segunda Turma. Brasília, 16 de setembro de 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 nov. 2016).

[161] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Tratado de direito administrativo**, p. 127.

[162] Lei 8.429/1992, art. 10, VIII.

[163] Segundo o Superior Tribunal de Justiça, somente pode haver condenação por ato de improbidade administrativa, com fundamento no artigo 10 da Lei 8.429/1992, mediante prova inequívoca do prejuízo ao erário. Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Especial n° 842.428**. Ministra Relatora: Eliana Calmon. Segunda Turma. Brasília, 24 de abril de 2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 16 mai. 2016. Assim, diferentemente do que ocorre no âmbito do CADE, do TCU e da Administração Pública em geral (em que se admitem os cartéis em licitações como um ilícito "per se"), é imprescindível, para fins de responsabilização por improbidade administrativa com base no ar. 10 da Lei 9.429/1992, a prova do prejuízo ao erário, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. De qualquer forma, dadas as dificuldades de produção de provas do efetivo prejuízo financeiro gerado pela atuação de cartéis, parece ser razoável que a demonstração dos danos se dê por meio de técnicas econométricas, como, aliás, foi recentemente reconhecido em enunciado do Tribunal de Contas da União (ainda que não para fins de improbidade administrativa): "Quando caracterizada a atuação de *cartel* em processos de contratação pública, o prejuízo causado à Administração poderá ser avaliado pela diferença entre o preço praticado no ambiente cartelizado e o preço que seria praticado em ambiente competitivo, estimada mediante utilização de técnicas de econometria e de análise de regressão consagradas internacionalmente. O parâmetro assim obtido pode servir de base para avaliação da legalidade e da legitimidade de acordos de leniência que venham a ser pactuados com base na Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção)" (BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Acórdão n° 3.089/2015**. Ministro Relator: Benjamin Zymler. Brasília, 02 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br>. Acesso em: 11 nov. 2016).

[164] A respeito dos cartéis em contratações públicas como modalidade de ato de improbidade administrativa, cf. NUNES, Daniele de Oliveira. **Revista de Defesa da Concorrência**, p. 185/210).

tendo havido um cartel atuante em uma dada contratação pública e que um de seus membros tenha obtido êxito no certame (causando danos ao erário) por meio de conduta concorrente e fraudulenta[165] de um agente público envolvido no processo de contratação, é plenamente possível admitir que os integrantes do cartel sejam responsabilizados por prática de ato de improbidade administrativa.

Cabe aqui, ainda, uma importante ressalva: em se comprovando apenas a atuação de um cartel em um dado processo de contratação mediante conduta concorrente de agente público, mas não se tendo provas de efetivo prejuízo ao erário, nada impede que os cartelistas respondam subsidiariamente por ato de improbidade administrativa que atente contra os princípios da Administração Pública, cuja imputação tem caráter residual.[166]

Isso porque a cartelização implica, no mínimo, violação aos deveres de honestidade e lealdade às instituições (previstos expressamente no *caput* do artigo 11 da Lei 8.429/1992), além de violação aos princípios da moralidade administrativa e da competitividade, os quais também se relacionam de maneira íntima com os demais princípios que regem os processos de contratação pública.[167]

De outro lado, mas aqui apenas com relação aos agentes públicos, em havendo provas de que os atos por eles praticados em concorrência com os integrantes do cartel implicaram seus respectivos enriquecimentos ilícitos (como, por exemplo, por meio de recebimento de propina para facilitar a contratação de um cartelista), estarão tais agentes públicos sujeitos à responsabilização por atos de improbidade administrativa previstos no

---

[165] Embora os atos previstos no art. 10 da Lei 8.429/1992 admitam a modalidade culposa, para Marcelo Figueiredo (**Probidade administrativa**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 107/108), "frustrar a licitude de processo licitatório" deve ser entendida como uma modalidade de desvio de poder (em que o agente público substitui a vontade da lei pela sua, com o propósito de obter alguma vantagem), de forma que somente diante de evidências de fraude é que o tipo deve ser utilizado.

[166] Segundo José dos Santos Carvalho Filho (**Tratado de direito administrativo**, p. 128/129), os atos de improbidade que implicam violação aos princípios da Administração Pública têm caráter *residual* porque são, em regra, absorvidos pelos tipos previstos nas demais categorias de atos de improbidade (enriquecimento ilícito e prejuízo ao erário).

[167] Como bem salientado por Daniele Nunes de Oliveira (**Revista de Defesa da Concorrência**, p. 195), "a preservação e a promoção da concorrência em uma licitação são fundamentais, relacionando-se de maneira íntima com os demais princípios reitores do procedimento e da Administração Pública. Desse modo, como também se disse, a formação de cartéis em certames públicos concretiza violação a esses princípios, podendo, ou não, gerar prejuízos financeiros ao erário".

artigo 9º da Lei 8.429/1992, cujas sanções são mais gravosas que aquelas previstas para as demais categorias de ilícitos de improbidade.[168]

1.3.2.4. Lei 8.443/1992 (Tribunal de Contas da União)

A Constituição Federal atribuiu aos Tribunais de Contas a competência para apreciar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da Administração direta e indireta (inclusive entidades instituídas e mantidas pelo poder público), bem como as contas daqueles que causarem irregular prejuízo ao erário.[169] Também atribuiu aos Tribunais de Contas a competência para aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções "previstas em lei".[170]

No âmbito federal, com base na autorização constitucional mencionada e pouco mais de um mês após o advento da lei de improbidade administrativa, foi promulgada a Lei 8.443/1992, que dispõe sobre a organização do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Referida lei atribuiu ao TCU a competência específica para acompanhar os editais de licitação, contratos (inclusive administrativos), convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres celebrados pela União.[171]

No caso específico das licitações, em sendo comprovada a ocorrência de fraude (nas quais se pode incluir plenamente a atuação de cartéis, ante a vagueza da redação legal e a ausência de ressalvas pelo legislador), a Lei 8.443/1992 determinou que o Tribunal

[168] As sanções por atos de improbidade administrativa estão previstas no art. 12 da Lei 8.429/1992 e são graduadas proporcionalmente de acordo com a gravidade dos atos praticados. As sanções para os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito estão previstas no inciso I (mais graves); para os atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário (inclusive quando decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário) estão previstas nos incisos II e IV (intermediárias) e para atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública estão previstas no inciso III (mais brandas, em tese). De acordo com o parágrafo único do referido artigo 12, na fixação das penalidades previstas na Lei 8.429/1992 o juiz deverá levar em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

[169] Constituição Federal, art. 71, II. Observe-se que embora o art. 71 da Constituição Federal se refira apenas ao Tribunal de Contas da União, a norma em comento é plenamente aplicável também aos Tribunais de Contas dos Estados, Distrito Federal e Municípios por força da regra extensiva prevista no art. 75 do texto magno.

[170] Constituição Federal, art. 71, VIII.

[171] Lei 8.443/1992, art. 41, I, "b".

de Contas declarará a *inidoneidade* do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.[172]

Embora mais de uma vez se tenha questionado a constitucionalidade da norma que autoriza o TCU declarar a inidoneidade de licitantes fraudadores (pelo fato de esta atribuição não estar expressamente abrangida no texto constitucional e conflitar com a Lei 8.666/1993), no ano de 2015 o Supremo Tribunal Federal reafirmou a possibilidade de o TCU aplicar esse tipo de sanção por "fraude comprovada à licitação".[173] Cabe aqui observar que a jurisprudência administrativa do TCU conta com diversos precedentes nos quais licitantes que formaram conluio para participar de contratações públicas foram sancionados com a declaração de inidoneidade pelo órgão de controle externo da União.[174]

Aliás, segundo entendimento predominante no TCU (que resultou, inclusive, em enunciado), para a aplicação da sanção de inidoneidade prevista no artigo 46 da Lei 8.443/1992 é desnecessária a efetiva ocorrência de dano ao erário ou frustração da licitação, bastando estar caracterizada a conduta legalmente reprovada de fraude a licitação.[175] Nesse ponto, nota-se uma clara aproximação entre o CADE e o TCU acerca da compreensão da ilicitude *per se* existente por detrás dos cartéis licitatórios.

Por fim, importa também destacar que a Lei 8.443/1992 confere legitimidade a qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato para denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.[176] Dessa maneira, em sendo constatada atuação colusiva em um dado processo de contratação pública federal, quaisquer

---

[172] Lei 8.443/1992, art. 46. Cabe destacar que os diplomas anteriores que cuidavam especificamente da organização do Tribunal de Contas da União (Lei 830/1949 e Decreto-Lei 199/1967) não previam a declaração de inidoneidade como uma das possíveis sanções a serem aplicadas por esse órgão.

[173] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Mandado de Segurança n° 30.788**. Ministro Relator: Marco Aurélio Mello. Ministro Relator para acórdão: Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Brasília, 21 de maio de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 nov. 2016). Em posição contrária à fixada pelo Supremo Tribunal Federal, isto é, defendendo a impossibilidade de imposição da sanção de declaração de inidoneidade pelo TCU aos licitantes fraudadores, cf. ROSILHO, André Janjácomo. **Controle da administração pública pelo Tribunal de Contas da União**. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 187.

[174] A título de exemplo, confira-se recente precedente: BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Acórdão 1.829/2016**. Ministro Relator: André de Carvalho. Brasília, 13 de julho de 2016. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br>. Acesso em: 04 out. 2016.

[175] BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Acórdão n° 3.617/2013**. Ministro Relator: José Jorge. Brasília, 10 de dezembro de 2013. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br>. Acesso em: 04 out. 2016.

[176] Lei 8.443/1992, art. 53.

dos sujeitos acima indicados pode igualmente se valer desse instrumento legal para denunciar um cenário de cartelização, configurando mais um mecanismo de controle à disposição dos administrados.

1.3.2.5. Lei 12.846/2013 ("lei anticorrupção" ou "lei da empresa limpa")

Embora todos os diplomas expostos anteriormente já trouxessem diversos mecanismos de controle contra fraudes em contratações públicas, mesmo assim ainda prevalecia a impressão de que esse conjunto de leis não era suficiente para combater adequadamente a corrupção no cenário nacional e reparar os danos causados, principalmente quando praticada por meio de pessoas jurídicas.[177]

Nesse cenário, mais uma vez impulsionado pela sensação de impunidade perenemente verificada no Brasil e, também, em razão de compromissos assumidos internacionalmente, foi promulgada a Lei 12.846/2013, popularmente conhecida como "lei anticorrupção" (ou "lei da empresa limpa", segundo a terminologia adotada pela Controladoria-Geral da União).[178] Esse novo diploma trouxe, de maneira muito mais incisiva do que fizeram os diplomas administrativistas anteriormente analisados, um conjunto de disposições diretamente relacionadas com a prática de cartel nas contratações públicas.

De acordo com a Lei 12.846/2013, dentre os atos lesivos à Administração Pública relacionados a licitações e contratos, existe a previsão, em ao menos cinco dispositivos, de condutas que são corriqueiramente praticadas por pessoas jurídicas integrantes de esquemas colusivos, a saber: (a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; (b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; (c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou

---

[177] HAGE SOBRINHO, Jorge. Lei 12.846/2013: lei da empresa limpa. **Revista dos Tribunais**, n. 947, set. 2014, p. 37.

[178] HAGE SOBRINHO, Jorge. **Revista dos Tribunais**, p. 41/42. Segundo o autor, a Lei 12.846/2013 tem, essencialmente, os objetivos de (i) sancionar diretamente o agente corruptor pessoa jurídica; (ii) viabilizar sanções eficazes que atinjam o patrimônio das empresas corruptas; (iii) garantir o sancionamento dessas empresas tanto pela via administrativa quanto judicial; (iv) responsabilizar objetivamente (independentemente de culpa ou dolo) as empresas corruptoras; (v) fomentar a adoção de mecanismos de prevenção à corrupção; (vi) facilitar e agilizar a fiscalização, inclusive por meio da celebração de acordos de leniência e (vii) prever regras aplicáveis também à corrupção transnacional.

oferecimento de vantagem de qualquer tipo; (d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente e (e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo.[179]

Para esses atos lesivos praticados por empresas cartelistas contra a Administração Pública, a Lei 12.846/2013 previu a possibilidade tanto de uma responsabilização na esfera *administrativa*, conduzida pela autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário,[180] quanto de responsabilização na esfera *judicial*, para a qual se adota o rito da Lei 7.347/1985.[181]

Referentemente às sanções administrativas cabíveis, as pessoas jurídicas integrantes de cartéis em contratações públicas (assim como todas aquelas que cometerem quaisquer outras fraudes contra a Administração Pública tipificadas na Lei 12.846/2013) podem ser penalizadas com multa em percentual sobre o seu faturamento bruto, além de publicação extraordinária da decisão condenatória.[182]

Já as sanções judiciais previstas na Lei 12.846/2013 correspondem ao perdimento dos bens, direitos ou valores obtidos direta ou indiretamente por meio da infração; suspensão ou interdição parcial das atividades da empresa; dissolução compulsória da pessoa jurídica e proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público.[183]

Não se adentrando no mérito, neste momento, a respeito da cumulatividade das sanções previstas na Lei 12.846/2013 com outras sanções previstas nos demais diplomas analisados, o fato é que a chamada lei anticorrupção traduz mais um momento de recrudescimento punitivo contra fraudes praticadas em face da Administração Pública, incluindo-se a prática de cartéis em contratações públicas.

---

[179] Lei 12.846/2013, art. 5º, IV, alíneas "a" a "e".
[180] Lei 12.846/2013, art. 8º.
[181] Lei 12.846/2013, arts. 18 a 21.
[182] Lei 12.846/2013, art. 6º.
[183] Lei 12.846/2013, art. 19.

Ao tornar explícitos os diversos *tipos* de condutas fraudulentas e anticompetitivas passíveis de serem cometidas no âmbito de licitações e contratos administrativos e prever, paralelamente, severas sanções administrativas e judiciais, o legislador evidenciou a intenção de não mais serem tolerados quaisquer manejos colusivos por parte de pessoas jurídicas interessadas em contratar com o poder público.

Finalizando este tópico, em uma análise global de toda a legislação tipicamente administrativista existente no Brasil, conclui-se que a lei da empresa limpa soma-se às leis de licitações e contratos, da ação popular, da ação civil pública, de improbidade administrativa e à lei orgânica do Tribunal de Contas da União para formar um grande sistema de proteção da Administração e do patrimônio públicos no Brasil.

A existência dessa vasta gama de mecanismos de controle (à disposição dos mais diversos agentes interessados) pode ser vista como salutar por parte dos administrados, mas deve haver cautela quanto à possibilidade de excesso punitivo decorrente do manejo concomitante desses diversos diplomas, como será visto no momento oportuno.

1.3.3. Legislação concorrencial

Somando-se a esse sistema de proteção da Administração Pública, do erário e dos princípios administrativistas, a legislação concorrencial ou antitruste também traz, paralelamente, um importante sistema repressor à cartelização nas contratações públicas, ainda que não seja esse o seu foco caracterizador. [184]

Os cartéis em contratações públicas são, a um só tempo, uma violação tanto aos valores e bens jurídicos que permeiam a Administração Pública quanto à livre concorrência e à ordem econômica em si, o que explica o fato de ao longo da história

[184] Cabe observar que os conceitos jurídicos de "conluio" e "cartel" encontram na legislação e doutrina antitruste e empresarial o seu nicho natural, sendo esse talvez um dos possíveis fatores pelo qual o tema específico da cartelização nas contratações públicas não foi suficientemente abordado ao longo da história pela legislação e doutrina administrativistas. Em toda a legislação pesquisada para fins de desenvolvimento do estudo comparativo, apenas no âmbito da legislação concorrencial ou antitruste é que os termos "conluio" ou "cartel" foram expressamente utilizados pelo legislador. O termo "cartéis" foi empregado pela primeira vez no art. 5º do Decreto-Lei 7.666/1945. Em um segundo momento, o termo "conluio" foi utilizado em duas oportunidades no art. 3º da Lei 8.158/1991, para designar determinados comportamentos que configuram infração à ordem econômica. Por fim, mais recentemente, o art. 87 da Lei 12.529/2011 se valeu do termo "cartel" para referenciar os crimes previstos na Lei 8.666/1993 (o que reforça o entendimento de que este último diploma de fato enfrenta o fenômeno da cartelização, como asseverado em oportunidade anterior).

legislativa brasileira haver leis tipicamente administrativistas, de um lado, e leis tipicamente antitruste, de outro, enfrentando ao mesmo tempo o fenômeno.

Tal como ocorre com a história da legislação de licitações e contratos administrativos, também poderia ser feito um amplo regresso histórico acerca da proteção da concorrência no Brasil, remontando ao período colonial e passando pelas sucessivas ordens constitucionais instauradas que cuidaram da repressão aos abusos de poder econômico. No entanto, longe está de ser esse o objeto de estudo, além do que há doutrinadores do mais alto renome que já desenvolveram substanciosa pesquisa histórica nesse campo.[185]

De maneira geral, tomando-se como referencial a existência ou não de disposições legais específicas relacionadas aos cartéis em contratações públicas, é possível divisar dois grandes momentos na história da legislação concorrencial: o primeiro deles marcado pela inexistência de uma tipificação autônoma do fenômeno (até o ano de 1962) e o segundo (de 1962 em diante) marcado pela predisposição da legislação antitruste em reprovar expressamente condutas colusivas praticadas no âmbito das contratações públicas.[186]

No primeiro momento divisado, embora ainda não houvesse a identificação legislativa acerca dos cartéis em contratações públicas, desde o Esboço do Código Civil elaborado por Teixeira de Freitas (publicado entre os anos de 1860 e 1865, anterior até mesmo ao *Sherman Act* norte-americano, de 1890) já se visualizava ao menos uma proibição genérica a práticas hoje definidas como de cartel.[187]

---

[185] Cf. BAPTISTA, Luiz Olavo. Origens do direito da concorrência. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 91, 1996, p. 3/26. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67325>. Acesso em: 9 fev. 2015; SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial:** as estruturas. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 67/89; FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 85/126

[186] A divisão temporal proposta tem o objetivo apenas de facilitar a identificação do momento inicial pelo qual os cartéis em contratações públicas passaram a ser vistos como uma infração específica pela legislação antitruste. De qualquer forma, sendo os cartéis em contratações públicas uma espécie de cartéis (gênero), sempre que inexistirem disposições específicas é possível seu enquadramento em quaisquer normas genéricas que tratem de acordos colusivos.

[187] FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**, p. 95 e 336. De fato, o artigo 3047 do Esboço previa como ilícita a constituição de "sociedades ou convênios entre comerciantes para venderem suas mercadorias ou entre fabricantes para venderem seus produtos, por um preço taxado" e de "sociedades ou conluios para

Como o Esboço de Teixeira de Freitas não resultou na publicação de qualquer ato dotado de eficácia normativa, foi apenas sob a égide da Constituição de 1937, em um contexto de tutela da *economia popular*, que foram editados os primeiros diplomas contendo normas de caráter antitruste e potencialmente coibidoras da cartelização, a saber, o Decreto-Lei 869/1938 e o Decreto-Lei 7.666/1945 (embora ambos tenham tido uma eficácia prática diminuta).[188]

Somente a partir da Lei 4.137/1962 é que a repressão ao abuso de poder econômico passou a ser tratada de maneira mais coesa, razão pela qual ela é tida como a primeira lei antitruste brasileira (ao menos na esfera administrativa).[189] Por meio desse diploma é que se buscou concretizar a norma extraída do artigo 148 da Constituição de 1946, segundo a qual toda e qualquer forma de abuso destinada a "dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros" deveria ser coibida.[190]

Foi também a Lei 4.137/1962 que inicializou aquele segundo momento divisado da história da legislação concorrencial, pois nela foi prevista, pela primeira vez, que a combinação prévia de preços ou ajuste de vantagens "na concorrência pública ou administrativa" (terminologia adotada pelos diplomas licitatórios de 1922) configurava

---

impedir a concorrência de compradores nas vendas públicas" (disponível em: <http://direitocivildigital.com/>. Acesso em: 15/11/2016).

[188] A Constituição de 1937 previa em seu art. 122, alínea 17, que a economia popular era um bem jurídico digno de tutela criminal. Nesse contexto é que foi editado o Decreto 869/1938, o qual, apesar de ser um diploma tipicamente criminal, previa em seu artigo 5º a possibilidade de sancionamento também à pessoa jurídica pelo Poder Executivo, situação essa que se amolda a um ilícito concorrencial, e não criminal propriamente dito. Especificamente quanto à prática de cartel, o Decreto-Lei 869/1938 proibia "promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio" (art. 2º, III), bem como vedava "celebrar ajuste para impor determinado preço de revenda" (art. 3º, I). Já o Decreto-Lei 7.666/1945 ("Lei Malaia", em alusão a Agamemnon Magalhães, o seu principal idealizador), este sim destinado a coibir administrativamente infrações à ordem econômica, proibia "os entendimentos, ajustes ou acordos entre empresas comerciais, industriais ou agrícolas, ou entre pessoas ou grupo de pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de seus negócios, que tenham por efeito: a) elevar o preço de venda dos respectivos produtos; b) restringir, cercear ou suprimir a liberdade econômica de outras empresas; c) influenciar no mercado de modo favorável ao estabelecimento de um monopólio, ainda que regional" (art. 1º, I), ressaltando que tais atos seriam considerados nocivos ao interesse público quando resultassem "da ação de empresas nacionais ou estrangeiras, notoriamente vinculadas a coalizões, 'trusts' ou cartéis, ajustados no estrangeiro" (art. 5º, "c"). O Decreto-Lei 7.666/1945, no entanto, vigorou por apenas três meses, até a queda do Estado Novo de Getúlio Vargas, por ser visto como um instrumento promotor de um nacionalismo econômico que já não mais encontrava respaldo sócio-político à época (cf. MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**, p. 114/115 e FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**, p. 106/107).

[189] MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**, p. 117.

[190] Constituição de 1946, art. 148: "A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros".

concorrência desleal e, por conseguinte, abuso de poder econômico suscetível de repressão administrativa.[191] Frise-se que foi esse o primeiro momento em que a legislação comum (não criminal) trouxe um dispositivo reconhecendo textualmente e de maneira inequívoca a possibilidade de ocorrência de ajustes colusivos no âmbito das contratações públicas.

Todavia, como bem assevera Paula Forgioni, a Lei 4.137/1962 foi marcada por "vinte e nove anos de vigência desprovida de eficácia material", com apenas alguns "surtos" de aplicabilidade.[192]

Após o advento da Constituição Federal de 1988, que elevou a livre concorrência ao status de princípio constitucional,[193] essa situação de ineficácia da lei antitruste parecia que seria minimizada, principalmente após a promulgação da Lei 8.158/1991, a qual buscou conferir incremento de qualidade técnica às decisões emanadas do CADE por meio da criação da Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE), órgão ligado ao Ministério da Justiça.

Ocorreu que, diferentemente do quanto se poderia imaginar, a coexistência das Leis 4.137/1962 e 8.158/1991, com suas respectivas regulamentações, não resultou em uma grande melhoria do ambiente de defesa da concorrência no Brasil, existindo por vezes previsões até mesmo contraditórias.[194] Além disso, a imagem dessa nova organização antitruste restou também maculada, em parte, por seus mecanismos terem sido utilizados em momentos de conveniência política.[195]

Contudo, catalisado por um momento de abertura do mercado brasileiro e de liberalização da economia no país, esse cenário de letargia institucional antitruste foi completamente modificado por meio da promulgação da Lei 8.884/1994, que instituiu o chamado "Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência" (SBDC) e propiciou uma verdadeira revolução antitruste no Brasil, passando o CADE (então elevado ao *status* de

---

[191] Lei 4.137/1962, art. 2º, V, "b".
[192] FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**, p. 109 e 120/121.
[193] Constituição Federal, arts. 170, IV.
[194] MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**, p. 123.
[195] FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**, p. 122.

autarquia) a gozar de uma crescente reputação, ante a sua cada vez mais contundente e técnica atuação.[196]

Tal como sua predecessora, a Lei 8.884/1994 também previu em dispositivo individualizado que a combinação prévia de preços ou o ajuste de vantagens "na concorrência pública ou administrativa" (terminologia defasada) configurava infração à ordem econômica, suscetível de sanções administrativas aplicadas pelo CADE.[197]

De todo modo, foi apenas a partir do início do século XXI que o combate a cartéis (mais precisamente a partir do ano de 2003), inclusive aqueles em contratações públicas (estes principalmente a partir do ano de 2007), passou a ser política *prioritária* do SBDC, resultando em efetivas investigações administrativas conduzidas pela Secretaria de Direito Econômico (SDE) e em condenações impostas pelo CADE.[198] Até então, era rara a consciência da ilicitude em relação aos cartéis por parte dos agentes econômicos, dado que grande parte deles não entendia que ajustes com seus concorrentes poderiam ser tidos como atos ilícitos.[199]

A efetivação de uma política de combate a cartéis foi possível, em grande medida, graças às alterações legislativas promovidas pela Lei 10.149/2000, que introduziu na Lei 8.884/1994 a possibilidade de realização de diligências de busca e apreensão (a

---

[196] MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**, p. 127.

[197] Lei 8.884/1994, art. 21, VIII. Anote-se que a terminologia administrativista utilizada pelo legislador ("concorrência pública ou administrativa"), ao seguir a mesma terminologia da Lei 4.137/62, se mostrou totalmente inadequada. Isso porque a Lei 4.137/1962 foi editada quando ainda estavam vigentes o Código de Contabilidade da União e o Regulamento Geral de Contabilidade Públicas (ambos de 1922), época em que ainda se empregavam as expressões "concorrência pública" e "concorrência administrativa" para designar as licitações então realizadas. A Lei 8.884/1994, todavia, foi promulgada após a vigência do Decreto-Lei 200/1967 (que consolidou o uso da expressão "licitação") e até mesmo da Lei 8.666/1993. Assim, a terminologia empregada pela Lei 8.884/94 ("concorrência pública ou administrativa") se mostrou completamente defasada, denotando falha de atualização, sistematização e revisão por parte do legislador.

[198] "O SBDC não dispunha de recursos suficientes para promover um vigoroso programa de combate a cartéis, e, além disso, não possuía a experiência necessária para utilizar suas novas ferramentas investigativas de forma efetiva. A situação começou a mudar em 2003. O SBDC adotou novos procedimentos que tornaram as análises de atos de concentração mais eficientes, liberando recursos para a atividade de combate a cartéis. Nesse mesmo ano, a SDE realizou as primeiras buscas e apreensões e o primeiro acordo de leniência foi assinado. A SDE foi reconfigurada para se tornar essencialmente uma unidade de combate a cartéis. Em 2007, a SDE criou uma coordenação específica para concentrar-se no combate a cartéis em licitações e em promover a concorrência em compras públicas" (OCDE. **Lei e política de concorrência no Brasil**, p. 15). No mesmo sentido, cf. BRASIL. **Declaração de Brasília**. Brasília, 2009. Disponível em: <http://conaci.org.br/>. Acesso em: 15 nov. 2016; MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**, p. 130.

[199] FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**, p. 123.

requerimento da SDE) para instrução de processos administrativos sancionadores[200] e regras sobre o acordo de leniência perante o SBDC.[201] Observe-se que foi em um caso envolvendo cartéis em contratações públicas que foi celebrado o primeiro acordo desse tipo no Brasil.[202]

Por fim, devido a uma necessidade de alinhamento com as melhores práticas internacionais, a Lei 8.884/1994 foi revogada pela atual Lei 12.529/2011, a qual promoveu uma reestruturação do SBDC e consolidou as funções de persecução e de julgamento em uma mesma entidade (no âmbito repressivo), além de ter introduzido um sistema de controle prévio de concentrações econômicas (no âmbito preventivo).[203]

Do ponto de vista do direito material, a Lei 12.529/2011 manteve como infração à ordem econômica a prática de acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente preços, condições, vantagens ou abstenção em "licitação pública"[204] (corrigindo-se o erro terminológico verificado na Lei 8.884/1994).[205]

Poder-se-ia questionar, nesse ponto, se a infração em questão prevista na Lei 12.529/2011 também abrangeria os cartéis em contratações públicas *diretas* ou, ante a literalidade da lei, apenas os cartéis licitatórios propriamente ditos. Todavia, tal questionamento se mostra irrelevante, pois o próprio dispositivo que trata das condutas tidas como infrações à ordem econômica, "além de outras",[206] possui uma tipicidade aberta e é claramente exemplificativo,[207] sendo inexorável a conclusão quanto à sua plena aplicabilidade também aos cartéis em contratações públicas diretas.

---

[200] Lei 8.884/1994, art. 35-A, incluído pela Lei 10.149/2000.
[201] Lei 8.884/1994, art. 35-B, incluído pela Lei 10.149/2000.
[202] BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Direito Econômico (SDE). Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE). **Combate a cartéis em licitações**. Brasília, 2008, p. 18/19. Disponível em: <http://www.comprasnet.gov.br>. Acesso em: 21 abr. 2015. O caso em questão ficou popularmente conhecido como "cartel dos vigilantes" (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Processo Administrativo n° 08012.001826/2003-10.** Representante: SDE "ex officio". Representados: Asservigs - Associação das Empresas de Vigilância do Rio Grande do Sul e outros. Conselheiro Relator: Abraham Sicsú. Brasília, 19 de setembro de 2007. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/>. Acesso em: 02 abr. 2016).
[203] MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**, p. 128.
[204] Lei 12.529/2011, art. 36, §3º, I, "d".
[205] A atual lei de defesa da concorrência corrigiu o problema terminológico verificado na Lei 8.884/1994, passando a empregar corretamente o termo "licitações públicas" em vez de "concorrências públicas ou administrativas", utilizado pela lei anterior.
[206] Lei 12.529/2011, art. 36, §3º.
[207] FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**, p. 134.

De um modo geral, esse é o histórico da legislação concorrencial que permite uma compreensão suficiente de sua relação com o tema deste trabalho.

1.3.4. Legislação criminal

Como último ramo da legislação pertinente a ser analisado, cabe assinalar como a legislação criminal abordou a cartelização nas contratações públicas ao longo do tempo, sem adentrarmos nos requisitos, na operacionalização e nas controvérsias tipicamente de natureza penal que permeiam os dispositivos.

O já citado Decreto-Lei 869/1938, que tipificou de maneira inédita os crimes contra a economia popular no Direito brasileiro, foi um dos primeiros diplomas a trazer normas potencialmente coibidoras da cartelização, já que em seu bojo havia a proibição de "promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio".[208] Tal disposição, por ser genérica, podia abranger quaisquer espécies de conluio entre concorrentes, independentemente se voltados para o mercado comum ou para as contratações públicas.

De toda forma, foi o Código Penal (Decreto-Lei 2.848/1940) que trouxe a primeira disposição criminal relacionada especificamente com a possibilidade de colusão nos processos de contratação pública, ao tipificar, em seu artigo 335, o crime de "impedimento, perturbação ou fraude de concorrência".

Segundo tal tipo penal, configurava[209] crime sujeito à pena de *detenção* "impedir, perturbar ou fraudar concorrência pública ou venda em hasta pública, promovida pela administração federal, estadual ou municipal, ou por entidade paraestatal" (primeira parte), assim como "afastar ou procurar afastar concorrente ou licitante, por meio de

[208] Decreto-Lei 869/1938, art. 2º, III.

[209] Embora não tenha havido revogação expressa, o entendimento predominante é o de que os crimes previstos no art. 335 do Código Penal, quando praticados no âmbito de licitações públicas, foram revogados pelos tipos penais trazidos pela Lei 8.666/1993 (principalmente por aqueles previstos nos arts. 93 e 95). O artigo 335 do Código Penal, quando muito, somente seria ainda admitido para colusões verificadas nas vendas em hasta pública, as quais em nada se confundem com o instituto das licitações públicas. Sobre as posições existentes a respeito do tema, cf. FRANCO, Alberto Silva *et al.* **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 4068/4069.

violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem" (segunda parte). O parágrafo único do referido dispositivo ainda determinava a imposição da mesma pena a quem se abstivesse de "concorrer ou licitar, em razão da vantagem oferecida".[210]

Embora a modalidade prevista na primeira parte do artigo 335 do Código Penal albergasse um tipo penal mais genérico, podendo incluir quaisquer formas de fraudes ou perturbações licitatórias, as modalidades previstas na segunda parte e no parágrafo único também criminalizavam taxativamente uma das práticas ainda corriqueiramente adotadas pelos cartéis em contratações públicas, qual seja, a supressão de propostas mediante vantagem (como se verá no capítulo segundo).

A conclusão de que o artigo 335 do Código Penal tinha por objetivo criminalizar, dentre outras fraudes, também os ajustes colusivos firmados previamente à celebração dos contratos públicos é confirmada também pelo exame da doutrina criminalista da época. Antônio Bento de Faria, ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, ao comentar os dispositivos do Código Penal brasileiro (em obra publicada no ano de 1943), já fazia alusão à *colusão* como fraude praticada nas então denominadas "concorrências públicas":[211]

> Entre os meios fraudulentos se compreende a denominada – *colusão* – que é o conluio, a inteligência oculta ou a fraude ajustada entre duas ou mais pessoas, possivelmente interessadas na concorrência, para prejudicar terceiro. [...] É comum, por ocasião de grandes obras ou demolições por motivo de desapropriação, a formação de sociedades para concorrerem a esses serviços ou adquirirem os materiais, como atualmente sucede, nesta cidade. São lícitas tais organizações nada podendo ser objetado contra o legítimo propósito de lucro. Mas, se a essa finalidade se alia o objetivo de afastar os concurrentes, para se apresentarem como únicos e conseguirem melhor preço, então haverá – colusão, e tem aplicação a sanção penal aqui prevista, provado que fique, devidamente, o intuito fraudulento. Concorrendo com a colusão outra prática criminosa, v.g., a corrupção, haverá concurso material de delitos.

[210] Confira-se, na íntegra, a redação do dispositivo do Código Penal: "Art. 335 - Impedir, perturbar ou fraudar concorrência pública ou venda em hasta pública, promovida pela administração federal, estadual ou municipal, ou por entidade paraestatal; afastar ou procurar afastar concorrente ou licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único - Incorre na mesma pena quem se abstém de concorrer ou licitar, em razão da vantagem oferecida".

[211] FARIA, Antônio Bento de. **Código Penal Brasileiro (Decreto n° 2.848 de 7 dezembro de 1940)**. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto Editora, 1943, p. 574.

Assim, ao menos desde a década de 1940 o ordenamento jurídico brasileiro já previa um mecanismo penal específico de sancionamento àqueles que integrassem cartéis atuantes em contratações públicas.

Posteriormente, a Lei 1.521/1951, que também tratou dos crimes contra a economia popular, manteve exatamente a mesma disposição já mencionada do Decreto-Lei 869/1938 a respeito de condutas tidas como prática de cartel,[212] nada inovando nesse ponto e nem trazendo qualquer disposição específica a respeito de conluios em contratações públicas, como fizera, antes, o Código Penal de 1940.

Décadas mais tarde, a Lei 8.137/1990, que definiu crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, renovou e atualizou[213] a repressão criminal a cartéis (mediante sanção de *reclusão*) ao vedar (i) o ajuste ou acordo de empresas que implicassem eliminação total ou parcial da concorrência,[214] bem como (ii) os acordos, convênios, ajustes ou alianças entre ofertantes visando (ii.1) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas, (ii.2) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas ou (ii.3) de rede de distribuição ou de fornecedores.[215] A Lei 8.137/1990 não trouxe quaisquer disposições específicas acerca de cartéis em contratações públicas, mas nada impedia sua aplicação também às fraudes colusivas praticadas nesse segmento, uma vez que plenamente subsumíveis aos tipos penais então estabelecidos.

De qualquer forma, foi a partir da Lei 8.666/1993 que o ordenamento jurídico brasileiro passou a prever em legislação específica, de maneira mais clara e contundente, diversas condutas entendidas como crimes no âmbito das licitações e contratos administrativos. Dos diferentes tipos penais previstos na Lei 8.666/1993, aqueles contidos nos artigos 90, 95 e 96 podem ser entendidos como traduções diversas da prática de cartel, ainda que possam abarcar também outras condutas que não apenas os acordos colusivos.[216]

---

[212] Lei 1.521/1951, art. 3º, III: "São crimes desta natureza [contra a economia popular] [...] III – promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transportes ou comércio".
[213] Segundo Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (**Boletim de Direito Administrativo (BDA)**, p. 385), "as Leis 8.137/90 e 8.158/91 estão inseridas em um contexto de renovação e atualização dos atos legislativos que têm por objetivo motivar a resistência aos cartéis".
[214] Lei 8.137/1990, art. 4º, I, "a" (redação original, antes das alterações promovidas pela Lei 12.529/2011).
[215] Lei 8.137/1990, art. 4º, II, "a", "b" e "c".
[216] MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**, p. 191.

O artigo 90 da Lei 8.666/1993, notoriamente valorizando o respeito ao princípio da competitividade nas licitações públicas, prevê como crime "frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação". É considerado o tipo penal mais geral em matéria de licitações, aplicável a qualquer modalidade.[217]

Já o artigo 95 da Lei 8.666/1993 veda a prática de "afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo", repetindo a disposição que já existia no artigo 335 do Código Penal e aplicável, principalmente, àquelas hipóteses em que os acordos colusivos implicam supressão de propostas licitatórias por parte dos concorrentes.

Por fim, o artigo 96 da Lei 8.666/1993 tipificou como crime "fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente", amoldando-se à prática de cartel principalmente quando a fraude em questão implicar elevação arbitrária de preços (inciso I) ou tornar injustamente mais onerosa a proposta ou a execução do contrato (inciso V).[218] A peculiaridade aqui existente é a de que, por haver a necessidade de prejuízo contra a Fazenda Pública para sua tipificação, o crime do artigo 96 da Lei 8.666/1993 possui sanção mais gravosa que os tipos dos artigos 90 e 95, variando de três a seis anos de detenção e multa.

Aliás, note-se que a Lei 8.666/1993 atualmente prevê que todos os crimes praticados no âmbito das licitações e contratos administrativos são punidos somente com pena de *detenção* (em vez de *reclusão*, como o fez a Lei 8.137/1990), o que traz importantes

---

[217] MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**, p. 192.

[218] Atente-se que, de acordo com a redação do art. 96 da Lei 8.666/1993, o tipo penal em questão se aplica apenas para as hipóteses de aquisição ou venda de *bens ou mercadorias*, mas não para as hipóteses de prestação de serviços, de acordo com a literalidade da lei. Esse é o entendimento atualmente albergado pelo STJ (**Recurso Especial n° 1.571.527**. Ministro Relator: Sebastião Reis Júnior. Sexta Turma. Brasília, 06 de outubro de 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 09 jan. 2017): "1. O art. 96 da Lei n. 8.666/1993 apresenta hipóteses estreitas de penalidade, entre as quais não se encontra a fraude na licitação para fins de contratação de serviços. 2. O tipo penal deveria prever expressamente a conduta de contratação de serviços fraudulentos para que fosse possível a condenação do réu, uma vez que o Direito Penal deve obediência ao princípio da taxatividade, não podendo haver interpretação extensiva em prejuízo do réu". No entanto, sob a ótica da proteção ao patrimônio público, não existe qualquer razão para que sejam excluídos do tipo penal em questão os serviços cujos preços foram arbitrariamente elevados, tornando mais onerosa a execução do contrato, razão pela qual se mostra necessária e desejável alteração legislativa nesse ponto (como pretende fazer o PLS 559/2013, em seu art. 116, de acordo com o substitutivo datado de novembro de 2016).

prejuízos no que diz respeito à produção de provas contra esses ilícitos criminais, como se verá no momento oportuno.

1.3.5. Conclusão comparativa

Encerrando-se este subcapítulo, destinado ao estudo do histórico da legislação nacional relacionado aos cartéis em contratações públicas, cabe uma breve recapitulação dos principais pontos abordados para, então, serem tecidos alguns comentários comparativos, a partir de uma interpretação conjunta dos dados obtidos.

Ao longo da evolução da legislação específica de licitações e contratos administrativos no Brasil, o legislador brasileiro nunca fez expressa menção a "cartéis" ou a "conluios" no corpo desses textos legais. Essa terminologia, a rigor, sempre ficou a cargo da legislação e doutrina antitrustes, tendo a legislação de licitações e contratos administrativos se valido de expressões mais genéricas capazes de abranger diversos tipos de condutas ilícitas nas contratações públicas, como "irregularidades", "má-fé dos proponentes", "fraudes" e "atos ilícitos".

Entretanto, apesar de historicamente não mencionar expressamente "cartéis" ou "conluios" em contratações públicas, a legislação de licitações e contratos administrativos no Brasil, desde a sua sistematização inicial (em 1922), sempre albergou certos dispositivos que mantinham relação ao menos indireta com a cartelização e seus efeitos (à exceção do período de vigência do Decreto-Lei 200/1967, mais voltado para o formalismo procedimental). A título de exemplo, puderam ser identificados dispositivos destinados a mitigar a majoração artificial de preços (um dos expedientes utilizados por integrantes de cartel) e a sancionar condutas ilícitas daqueles que atentassem contra a competitividade e aos objetivos da licitação.

Já com relação à legislação administrativa "geral" (isto é, aquela que não abrange especificamente os diplomas relacionados a licitações e contratos administrativos), o seu traço marcante diz respeito à disponibilização, ao longo do tempo, de diversos mecanismos de controle administrativo e judicial da Administração Pública, os quais podem ser manejados pelos mais diversos agentes quando deparados com a prática de cartéis em processos de contratação administrativa.

Quanto ao histórico da legislação concorrencial no Brasil, nota-se que desde o ano de 1962 o legislador brasileiro já identificava a possibilidade de articulação de ajustes colusivos no âmbito das contratações públicas e previa a possibilidade de seu sancionamento administrativo pela autoridade antitruste nacional. No entanto, o combate efetivo aos cartéis (inclusive aqueles em contratações públicas) somente se deu décadas mais tarde, a partir dos anos 2000, quando o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência definiu a repressão a esse tipo de infração à ordem econômica como uma política antitruste prioritária.

Por fim, a análise da legislação criminal evidencia que desde a publicação do Código Penal, no ano de 1940, já havia a tipificação de crime específico contra a colusão praticada nos processos licitatórios, o que foi posteriormente reforçado por meio da Lei 8.666/1993, a qual previu uma série de crimes de cartel no âmbito das contratações públicas.

Analisando-se conjuntamente todos os pontos levantados ao longo da pesquisa, conclui-se facilmente que, ao longo do século XX, praticamente sempre houve na legislação brasileira, em diversos ramos, mecanismos jurídicos de combate à cartelização nas contratações públicas.

Desde a década de 1920, a legislação que primeiro sistematizou os procedimentos de contratação administrativa já possuía mecanismos contra a atuação de proponentes "inidôneos". Na década de 1940, a conduta fraudulenta daqueles que pretendessem contratar com a Administração passou a ser especificamente criminalizada e, na década de 1960, a colusão no âmbito das contratações públicas também foi expressamente vedada pela legislação antitruste.

Não fosse bastante, houve ainda na primeira metade da década de 1990 um claro reforço legislativo quanto à repressão a cartéis (por meio das Leis 8.137/1990, 8.158/1991, 8.666/1993 e 8.884/1994, principalmente), de tal forma que não se pode afirmar que o fenômeno foi negligenciado pelo legislador brasileiro, em qualquer um dos ramos do ordenamento analisados.

Se os cartéis em contratações públicas (bem como os cartéis em geral) não foram suficientemente repreendidos ao longo do século XX,[219] pode-se concluir que tal situação não se deu pela ausência de amparo legal no ordenamento brasileiro, mas, sim, pela baixa efetividade dos órgãos de controle na investigação e punição a esses ilícitos anticompetitivos.

A repressão a cartéis (inclusive nas contratações públicas) somente ganhou forças a partir do início do século XXI, quando se estabeleceu uma política prioritária de combate a tais ilícitos pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (em colaboração com outros órgãos e entidades administrativas, com o Ministério Público e com as autoridades policiais), valendo-se, para tanto, de mecanismos mais modernos e efetivos de investigação.

Portanto, a partir da experiência legislativa vivenciada no Brasil do século XX em diante, também se conclui que a existência de uma legislação combativa aos cartéis em contrações públicas, ainda que fosse condição *necessária* para repressão ao fenômeno, não foi, por si só, condição *suficiente*. Assim, para muito além da mera aprovação e modificação de leis, mostrou-se (e ainda se mostra) imprescindível um processo de conscientização por parte principalmente dos agentes públicos acerca da importância da efetiva competitividade no âmbito das contratações administrativas e da necessidade de conjugação de esforços para se colocar em prática a repressão a cartéis nesse segmento.[220]

Por fim, a última conclusão a que se chega a partir da análise comparativa da legislação brasileira atinente aos cartéis em contratações públicas é a de que, principalmente a partir da década de 1990, passou a existir uma miscelânea de mecanismos de controle

---

[219] Tomando-se como exemplo apenas o âmbito antitruste, veja-se que a repressão a cartéis no Brasil, mesmo após o advento da Lei 8.884/1994, somente se tornou contundente a partir do ano de 2003: "Entre 1994/2002, 80% das condenações do CADE referiam-se à prática de uniformização de preços de honorários médicos ("tabelas") ou de imposição aos cooperados de cláusula de unimilitância por cooperativas médicas. No mesmo período, apenas dois casos de cartéis *hard core* haviam sido condenados pelo CADE: cartel do aço (1999) e cartel de postos de combustíveis de Florianópolis (2002). Em contrapartida, entre 2003 e 2009, vários cartéis foram desbaratados em setores estratégicos da economia nacional, sendo que 27 deles já foram condenados pelo CADE" (BRASIL. **Declaração de Brasília**. Brasília, 2009. Disponível em: <http://conaci.org.br/>. Acesso em: 15 nov. 2016).

[220] MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**, p. 34/35. Paula Forgioni (**Os fundamentos do antitruste**, p. 125/126) destaca, ainda, a necessidade de que a estrutura de combate a cartéis seja mais distribuída, com maior participação do Ministério Público e do Poder Judiciário, já que não é possível esperar que o CADE, a partir de seus gabinetes em Brasília, tenha condições de, sozinho, coibir as práticas anticompetitivas em todo o território nacional.

disponíveis aos mais diversos agentes e uma sobreposição de instâncias administrativas sancionadoras, o que pode, em tese, gerar o risco de excessos punitivos e aumento de insegurança jurídica, como se verá no momento oportuno.

Encerra-se, aqui, este primeiro capítulo destinado à abordagem dos principais fundamentos relacionados aos cartéis em contratações públicas. Tendo-se, agora, elementos suficientes para compreensão do substrato existente por detrás do fenômeno, passa-se, no capítulo seguinte, à análise do modo de atuação desses cartéis no cotidiano das contratações administrativas.

2. CARTÉIS EM CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: ATUAÇÃO

Para que se possa compreender o modo de atuação dos cartéis em contratações públicas, serão analisadas neste capítulo, primeiramente, as principais condições que favorecem o surgimento e a manutenção de cartéis nesse segmento. Na sequência, será organizada uma tipologia das principais práticas colusivas adotadas pelos concorrentes com o intuito de fraudar a competitividade prévias aos contratos celebrados pela Administração Pública. Ao final, serão ainda sistematizados alguns dos principais indícios de cartelização decorrentes da atuação colusiva nas contratações públicas.

Observe-se, desde logo, que o objetivo deste capítulo não é necessariamente enquadrar a atuação dos cartéis em contratações públicas nos termos da legislação vigente. A preocupação precípua deve ser a de encontrar a *essência* dessa atuação, independentemente do quadro normativo vigente, principalmente porque os diplomas legais constantemente sofrem mudanças ao longo do tempo e seria de pouca relevância científica apenas tecer comentários interpretativos acerca de dispositivos de lei.

De todo modo, sempre que necessário, serão também enfrentadas algumas questões específicas relacionadas à atual legislação brasileira, a fim de permitir uma adequada compreensão do tema.

2.1. Condições que favorecem a prática de cartéis nas contratações públicas

Diversos fatores podem tornar as contratações e licitações públicas mais ou menos favoráveis à cartelização. Alguns deles são tipicamente comerciais e concorrenciais, ligados à dinâmica dos mercados, mas outros fatores decorrem da própria estrutura e funcionamento das contratações públicas. A compreensão dessas condições é essencial para se entender como surgem e se estabilizam os cartéis atuantes contra a Administração Pública, razão pela qual este subcapítulo assume importância ímpar no trabalho.

Serão expostas, na sequência, as condições ou circunstâncias mais relevantes que favorecem ou facilitam a cartelização nas contratações públicas, mas isso não implica necessariamente um juízo valorativo negativo a respeito delas, principalmente porque muitas

dessas condições estão intrinsecamente ligadas à lógica das licitações e é impossível afastá-las completamente ou mesmo mitigá-las no cotidiano das contratações públicas, sob pena de se desvirtuar o modo de funcionamento da Administração Pública.

O objetivo deste subcapítulo é apenas realizar uma constatação científica das principais condições que favorecem a cartelização nas contratações públicas, a fim de permitir uma visualização mais adequada do fenômeno e conferir um instrumental válido para que os operadores do Direito ao menos redobrem a atenção para a chance de existência de conluios quando verificadas essas condições.

Ressalve-se que as condições que serão apresentadas não necessariamente ocorrem isoladamente, havendo claras intersecções entre elas, além do que a presença de uma ou mais dessas condições, por si só, não implica constatação automática de que cartéis estariam operando em uma dada contratação pública. Tais condições devem ser entendidas, apenas, como fatores que aumentam as chances de conluio.

2.1.1. Estrutura e dinâmica do mercado

Um dos fatores mais elementares ao se estudar o fenômeno da cartelização a partir da estrutura e dinâmica dos mercados é o de que quanto *menor* o número de fornecedores existentes em um dado setor (isto é, quanto mais concentrado este for), *maior* é a chance de concertação de propostas (acordos colusivos) entre os potenciais concorrentes.[221]

Tal constatação pode ser explicada por lógica reversa: quanto maior o número de empresas em determinado mercado, maiores são os custos de coordenação colusiva (inclusive monitoramento do comportamento dos cartelistas) e a probabilidade de algum

[221] OCDE. **Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas**, p. 4. No mesmo sentido: USA. Department of Justice. Antitrust Division. **Price fixing, bid rigging, and market allocation schemes:** what they are and what to look for, p. 5. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/211578.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2015; NÓBREGA, Marcos; LIRA, Bruno. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, p. 4.

deles quebrar o cartel (devido à maior instabilidade e desconfiança entre os seus membros), o que, por consequência, diminui as chances de cartelização bem-sucedida.[222-223]

De fato, é simples perceber que é mais fácil intercambiar informações comerciais e garantir a estabilidade do acordo colusivo entre duas ou três empresas do que entre dez ou vinte delas, embora não se possa concluir, automaticamente, que todos os mercados oligopolizados sejam cartelizados, ou, então, que mercados em que existam diversos concorrentes não existam chances de ocorrência de cartéis.[224]

No caso das licitações públicas, o número de competidores pode ser baixo a depender do bem ou serviço a ser contratado ou do próprio local onde se realiza o certame. Ainda que os editais de licitações não sejam direcionados ou restritivos, muitas vezes poucas empresas são capazes de atender a todas as exigências procedimentais ou do próprio objeto a ser contratado. Isto implica uma redução do número de participantes e, por conseguinte, uma maior segurança para o cartel, já que os membros do acordo colusivo, como mencionado, terão menos custos para o monitoramento do cumprimento do referido acordo, garantindo-lhes maior estabilidade.[225] Essa questão dialoga intimamente com as barreiras à entrada nas licitações públicas, que serão expostas adiante.

A situação dos *compradores* de produtos ou serviços também é fator que interfere na estrutura e dinâmica do mercado e que também pode favorecer a cartelização.

---

[222] FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**, p. 344.

[223] Ana Paula Martinez (**Repressão a cartéis**, p. 54/55) ainda acrescenta que os "cartéis são arranjos naturalmente instáveis, que envolvem, em muitos casos, desvios temporários de conduta", e que "o maior desafio para a duração do cartel – partindo da premissa de que a conduta seja ilícita na jurisdição em que cause efeitos – é o fato de os custos de monitoramento serem altos e a informação disponível no mercado ser imperfeita, o que gera um ambiente de desconfiança entre os membros do arranjo colusivo e incentivos para desvio da conduta, como já apontou STIEGLER em seu conhecido trabalho sobre assimetrias de informação". Também autores estrangeiros apontam obstáculos que fazem dos cartéis arranjos bastante instáveis: "A successful cartel must overcome at least four obstacles. First, the conspirators must devise some mechanism for dividing the spoils. Each cartel member has an incentive to argue for a bigger share. Second, an agreement is worthless without some way of enforcing it. Since contracts to fix prices can not usually be written, any collusive agreement must be designed to be self-enforcing. Third, collusion contains the seeds of its own destruction. The high profits earned in a successfully colluding industry attract new firms into the industry; the competition from those new entrants then tends to destroy the collusive arrangements. Fourth, the victims of the cartel, on the other side of the market, may take actions to destabilize it" (MCAFEE, Preston R.; MCMILLAN, John. Bidding Rings. **The American Economic Review**, v. 82, n. 3, 1992, p. 579. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2117323>. Acesso em: 20 fev. 2016).

[224] MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**, p. 52.

[225] NÓBREGA, Marcos; LIRA, Bruno. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, p. 4/5.

Em havendo poucos compradores, possíveis quebras do cartel são mais facilmente detectáveis e monitoráveis, o que também confere maior estabilidade ao acordo colusivo. Com isso, seguindo a mesma lógica exposta anteriormente, quanto menos compradores de um determinado bem ou serviço, maiores as possibilidades de um cartel obter sucesso.[226]

Nesse ponto, apenas como exemplo, a Administração Pública (em sentido amplo)[227] é o comprador monopsônico (único)[228] de grandes obras de infraestrutura pública no Brasil. Ainda que sejam diversos os entes públicos licitantes de tais obras, a detecção de eventuais quebras e traições dentro do cartel é consideravelmente mais fácil neste segmento se comparada a um mercado qualquer privado em que exista uma pluralidade de compradores atomizados e não organizados. Além disso, no mercado licitatório público há um imperativo de publicidade dos atos administrativos, o que favorece a fiscalização do acordo colusivo pelos próprios cartelistas. Em tese, portanto, as licitações de grandes obras de infraestrutura pública, ao menos quanto à questão do seu comprador, possuem uma peculiar condição favorável à cartelização.

Outra caraterística dos mercados que favorece a cartelização ocorre quando os competidores possuem *porte* e *matriz de custos* similares, pois nessas circunstâncias possuem os mesmos incentivos para ingressar em um cartel, em vez de concorrerem entre si.[229]

Sob a lógica do *homo economicus*, que age para maximizar a utilidade de sua conduta, é intuitivo que se dois ou mais concorrentes de mesmo porte pretendam efetivamente competir entre si, em uma licitação, o preço de adjudicação para o vencedor será mais baixo do que aquele que seria possível em um cenário de não-concorrência. Esse é o maior incentivo para que os licitantes ajustem, reciprocamente, condições não competitivas, o que se mostra mais fácil ainda quando os concorrentes possuem porte e

---

[226] FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**, p. 345.
[227] No mesmo sentido tratado na Lei 8.666/1993, art. 6º, XI: "Administração Pública – a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas".
[228] "Monopsônio" é o termo da economia sinônimo de comprador único. De acordo com Calixto Salomão Filho (**Direito concorrencial: as estruturas**, p. 157), "pode-se dizer que o monopsônio representa para o lado da demanda o mesmo que o monopólio representa para a oferta".
[229] MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**, p. 52.

estrutura de custos similares, já que nenhum deles, individualmente considerado, possui grande vantagem competitiva em relação ao outro.[230]

Note-se que as licitações públicas são um ambiente altamente propício para o encontro de concorrentes de porte similar, já que a própria especificação do objeto licitado e as condições impostas pelo edital induzem à participação de concorrentes com poderio econômico assemelhado, enquanto competidores de menor porte ou de capacidade insuficiente à consecução do objeto licitado tendem a sequer participar da licitação.[231]

Por fim, uma última dinâmica dos mercados que favorece a ocorrência de cartéis ocorre em períodos de crise e incertezas econômicas, geralmente com mercados em retração.[232] Nessas circunstâncias, os incentivos para a formação de acordos colusivos são maiores, já que as empresas podem buscar repor, com lucratividade fraudulenta, os negócios perdidos pela crise.[233]

Os momentos de tensão econômica tendem a afetar em maiores proporções o mercado privado, de modo que as contratações (licitações) públicas podem se tornar uma grande alternativa para empresas afetadas pela crise, principalmente para aquelas que fornecem bens e serviços que são de necessidade contínua da Administração Pública, encontrando nesse nicho um terreno fértil para a cartelização.

---

[230] Ressalve-se, contudo, que "a presença de uma grande empresa cercada por empresas menores também pode propiciar um ambiente para a formação de cartéis, com a empresa de maior porte ameaçando as menores com práticas predatórias caso não ingressem no cartel. Estudo com base em 43 cartéis condenados pela Comissão Europeia de 2002 a 2007 indica que em 38% dos casos os líderes do cartel eram ao menos 50% maiores do que a segunda empresa integrante do cartel em porte econômico" (MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**, p. 52).

[231] Por esse raciocínio, aliás, a participação de uma empresa de porte incompatível com o objeto licitado pode ser um *indício* de cartelização, principalmente caso essa participação esteja aliada à oferta de mera proposta de cobertura pelo agente de menor porte, com objetivo apenas de conferir aparência de competitividade ao certame.

[232] FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**, p. 345.

[233] OCDE. **Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas**, p. 4.

2.1.2. Barreiras à entrada. As condições de participação e os requisitos de habilitação nas licitações públicas

Barreiras à entrada são entraves diversos, naturais ou artificiais, capazes de dificultar o acesso de novos competidores a um determinado mercado, facilitando a prática de condutas anticompetitivas por aqueles que já se encontram nele inseridos.[234]

A existência de barreiras à entrada no mercado favorece o surgimento de cartéis pelo fato de que, com poucos concorrentes, há menos interesses colidentes dos participantes e uma maior flexibilidade para a celebração de acordos colusivos.[235] Se a entrada no mercado é dispendiosa, difícil ou morosa, dificultando o ingresso de novos concorrentes, as empresas que já atuam no mercado estão resguardadas de novas pressões competitivas.[236] Barreiras à entrada, portanto, garantem maior estabilidade aos cartéis.

Os editais de licitação podem criar barreiras injustificadas à entrada de novos participantes nos processos de contratação pública. Evidentemente, todo edital contém alguma medida de restrição à participação na licitação, pois apenas aqueles interessados que preencham determinados requisitos legais pré-estipulados (condições gerais de participação) é que poderão contratar com a Administração Pública.[237]

---

[234] CECCATO, Marco Aurélio. **Cartéis em licitações: estudo tipológico das práticas colusivas entre licitantes e mecanismos extrajudiciais de combate.** 2012, p. 36. Disponível em: <http://www.esaf.fazenda.gov.br/>. Acesso em: 14 abr. 2015). Uma definição mais complexa de barreiras à entrada, em território brasileiro, foi conferida por Portaria conjunta da SEAE e da SDE (BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE); Secretaria de Direito Econômico (SDE). **Portaria conjunta SEAE/SDE n° 50, de 1° de agosto de 2001**. Brasília, 2001, p. 13/14. Disponível em: <http://www.cade.gov.br>. Acesso em: 5 jul. 2015): "Barreiras à entrada podem ser definidas como qualquer fator em um mercado que ponha um potencial competidor eficiente em desvantagem com relação aos agentes econômicos estabelecidos. Os seguintes fatores constituem importantes barreiras à entrada: (a) custos irrecuperáveis; (b) barreiras legais ou regulatórias; (c) recursos de propriedade exclusiva das empresas instaladas; (d) economias de escala e/ou de escopo; (e) o grau de integração da cadeia produtiva; (f) a fidelidade dos consumidores às marcas estabelecidas; e (g) a ameaça de reação dos competidores instalados". Sobre as dificuldades conceituais que envolvem as barreiras à entrada, cf. CARNEIRO, Breno Zaban. **Barreiras à entrada e habilitação em licitação**: o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal visto sob as perspectivas do direito administrativo e do direito antitruste. Universidade de Brasília, 2008, p. 18/23. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/2608>. Acesso em: 23 mar. 2015. Sobre as diferenças entre barreiras à entrada naturais e artificiais, cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**, p. 184/192.

[235] NÓBREGA, Marcos; LIRA, Bruno. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, p. 4.

[236] OCDE. **Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas**, p. 9.

[237] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 382.

Ainda que essas condições gerais de participação possam, em alguma medida, representar barreiras à entrada, as exigências editalícias que se mostram potencialmente lesivas à concorrência são (i) as condições *específicas* de participação e (ii) os requisitos de habilitação excessivamente restritivos ou meramente formalistas, estipulados durante a fase interna[238] da licitação e que podem reduzir o número de participantes e a ampla concorrência durante a fase externa[239] dos certames.

As condições específicas de participação são requisitos formais ou substanciais para o sujeito participar da licitação relacionados às características da contratação visada. Portanto, a discricionariedade na escolha das condições específicas deve ser delimitada pela natureza e extensão do objeto a ser contratado.[240]

Um exemplo de altíssima relevância de condição específica é a possibilidade ou não de participação de consórcios em uma licitação.[241] Essa decisão cabe à comissão responsável pela elaboração do edital e, como se verá adiante, pode ter impacto direto na competitividade do certame. A depender do objeto e do mercado envolvido, a participação de consórcios pode tanto incrementar quanto restringir a concorrência.[242] Neste último caso, a possibilidade de cartelização na licitação é maior.

Já os requisitos de habilitação são exigências relacionadas à idoneidade do licitante, de caráter *indiciário*, isto é, quando presentes levam à presunção de que o sujeito é capaz de executar satisfatoriamente o objeto contratado.[243] Os requisitos de habilitação

---

[238] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**, p. 496/497: "Na etapa interna, são praticados os atos necessários à definição da licitação e do contrato que se seguirão. É dita interna porque essa etapa se desenvolve no âmbito exclusivo da Administração, não se exteriorizando perante terceiros [...]. 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".

[239] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**, p. 497: "Na fase externa, realizam-se os atos destinados diretamente a selecionar contratante e proposta mais vantajosa". Em regra, a fase externa da licitação se inicia com a divulgação do instrumento convocatório, momento a partir do qual terceiros interessados em contratar com a Administração passam efetivamente a integrar o processo licitatório.

[240] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**, p. 382/383.

[241] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**, p. 383.

[242] MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**, p. 49.

[243] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**, p. 383.

devem obedecer ao elenco máximo previsto na legislação[244] e devem ser restritos ao mínimo necessário para garantir uma prestação adequadamente executada.[245]

A depender das características do objeto licitado, as exigências de habilitação podem ser mais ou menos severas, desde que mantenham relação de proporcionalidade com a complexidade do objeto. É impossível avaliar, em abstrato, se determinado requisito de habilitação é excessivo ou inadequado (salvo se fora das balizas legais), sendo imprescindível o exame do caso concreto.[246-247]

O objetivo, aqui, não é analisar condições de participação e requisitos de habilitação específicos que podem funcionar como barreira à entrada de licitantes em um certame, até porque, como mencionado, esse exame é casuístico, sujeito a uma pluralidade de fatores.[248] Chama-se a atenção, apenas, para o fato de que os editais de licitação assumem

---

[244] Lei 8.666/1993, arts. 27 a 31.

[245] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**, p. 386/387. Essa é a interpretação que parece atender de maneira mais adequada ao quanto disposto na parte final do artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988: "ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, *o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações*" (destaque nosso).

[246] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**, p. 387.

[247] Um exemplo concreto de barreiras à entrada em processos licitatórios foi constatado pela Superintendência-Geral do CADE no inquérito administrativo do suposto cartel no mercado de projetos (licitações) de metrô e trens: "No presente caso, é possível observar consideráveis barreiras à entrada no mercado de projetos de metrô e/ou trens e sistema auxiliares. Elaborar um projeto de uma linha de metrô envolve definições técnicas complexas, vinculadas tanto a exigências específicas do sistema metroviário como ao conhecimento sobre características geológicas, topográficas e geotécnicas da área, a especificações do material rodante e das características do sistema viário. Ademais, as linhas de metrô costumam ser extensas, atravessando áreas com características diversas, o que demanda diferentes opções construtivas ao longo de um mesmo traçado, utilizando-se estruturas em superfície, elevadas e subterrâneas. Devido à complexidade da obra a ser realizada e os altos valores do projeto, a Administração costuma estabelecer maiores exigências quanto a Capacidade Técnico-Operacional da empresa licitante e sua Qualificação Econômico-Financeira. Assim, além de ser necessário conhecimento técnico especializado para participar das licitações, há exigências quanto ao capital mínimo e patrimônio líquido da empresa. Apesar de necessário estabelecer certos pré-requisitos para a execução da obra, tais exigências podem limitar a participação de empresas entrantes em uma licitação, dando maior estabilidade aos acordos de fixação de preço, propostas de coberturas, rodízios de licitação e divisão geográfica que foram acordados pelas empresas atuantes no mercado" (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Inquérito Administrativo n° 08700.004617/2013-41**. Representante: CADE "ex officio". Representados: Alstom Brasil Energia e Transporte Ltda. e outros. Brasília, 19 de março de 2014, p. 156. Disponível em: <http://www.cade.gov.br>. Acesso em: 21 jul. 2015).

[248] Sobre condições específicas de participação em licitações, cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**, p. 382/393. Sobre barreiras à entrada e requisitos de habilitação, cf. CARNEIRO, Breno Zaban. **Barreiras à entrada e habilitação em licitação**: o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal visto sob as perspectivas do direito administrativo e do direito antitruste. Universidade de Brasília, 2008. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/2608>. Acesso em: 23 mar. 2015; SCHUARTZ, Luís Fernando; POSSAS, Mario Luiz. Habilitação em licitações públicas e defesa da

um papel central na determinação da competitividade dos processos licitatórios, devendo as comissões de licitação, durante a fase interna de elaboração do edital, não apenas reproduzir textos de lei neste documento (como é a praxe em muitos órgãos administrativos), mas atentar cuidadosamente para as características do objeto licitado e do mercado envolvido, a fim de evitar a criação, ainda que de maneira involuntária, de barreiras à entrada que possam facilitar a formação de cartéis.[249]

2.1.3. Homogeneidade dos produtos ou serviços

O grau de semelhança de produtos e serviços também é um fator que reflete na formação e estabilidade de cartéis. Quanto mais uniformes forem os produtos ou serviços comercializados, menores serão as chances de quebra do cartel pela introdução de diferenciações inovadoras.[250]

A homogeneidade facilita o entendimento dos agentes quanto aos termos do acordo colusivo, já que dispensa a discussão de questões relacionadas às diferenças existentes nos produtos e serviços,[251] além de facilitar a adoção de uma estrutura de preços comum.[252] Visto de outra forma, a diferenciação de produtos e serviços é um complicador para a formação de cartéis, já que a construção de estratégias mútuas de dominação do mercado se torna menos óbvia.[253]

Da mesma forma, quando o nível de alternativas ou de inovações tecnológicas em um dado segmento é reduzido ou nulo, os agentes reunidos em conluio ficam mais seguros por saberem que o contratante tem pouca ou nenhuma outra opção e, dessa maneira,

---

concorrência. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, v. 5, p. 33, jan. 1998.

[249] Sobre formas de estruturar a contratação pública de maneira a maximizar a participação potencial de candidatos que genuinamente concorram entre si, cf. OCDE. **Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas**, p. 6/7.

[250] FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**, p. 344.

[251] MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**, p. 52.

[252] OCDE. **Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas**, p. 6/7.

[253] NÓBREGA, Marcos; LIRA, Bruno. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, p. 5.

o intento dos cartelistas de majoração dos preços tem maior probabilidade de ser bem-sucedido.[254-255]

No caso das licitações públicas, a homogeneidade é garantida pela própria descrição do objeto a ser licitado, trazida no bojo dos editais. Esta uniformidade *obrigatória* conferida pelos editais de licitação, pela lógica exposta, decisivamente facilita que os fornecedores alcancem um acordo (colusivo) sobre uma estrutura de preços comum.[256] Todavia, ainda que essa condição possa favorecer a formação e a estabilidade de cartéis, a homogeneidade conferida pelos editais de licitação é imprescindível, já que determinante para assegurar a isonomia entre os competidores e garantir que todos elaborem propostas a partir de um mesmo objeto a ser contratado.

Apesar do potencial efeito anticoncorrencial, ao longo do tempo o legislador brasileiro parece ter priorizado a homogeneidade de produtos e serviços e de condições acessórias do objeto (manutenção, assistência técnica e garantia) no âmbito das licitações públicas. Prova disso é que a Lei 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), em diversas passagens menciona a "padronização"[257] como uma das diretrizes dessa nova modalidade de licitação, inclusive com a possibilidade de formação de um "catálogo eletrônico de padronização".[258]

---

[254] OCDE. **Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas**, p. 5.

[255] Mercados que se encontram na vanguarda da tecnologia se mostram menos propensos à formação de cartéis, já que constantemente inovações são introduzidas e a pressão competitiva é reforçada (MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**, p. 52). Nota-se, aqui, a formação de uma cadeia salutar: quanto maior a concorrência entre os agentes, maior é a busca por novas tecnologias e maior a quantidade de inovações incorporadas aos produtos e serviços, diminuindo a homogeneidade das utilidades postas no mercado e, consequentemente, diminuindo as chances de formação e manutenção de cartéis. Por via reversa, no entanto, também é facilmente perceptível que se um dado produto ou serviço não permite grandes inovações tecnológicas, a pressão competitiva diminui e as chances de cartelização aumentam.

[256] NÓBREGA, Marcos; LIRA, Bruno. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, p. 5.

[257] A "padronização" é mencionada expressamente na Lei do RDC em cinco dispositivos: art. 4º, I e II; art. 7º, I, "a"; art. 29, IV e art. 33. Cabe mencionar que a Lei 13.303/2016 também previu a possibilidade de padronização dos itens a serem adquiridos pela empresa pública ou sociedade de economia mista (art. 67).

[258] Sobre a padronização na Lei do RDC, mais especificamente aquela contida no artigo 4º, I, Marcos Nóbrega e Bruno Lira (**Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, p. 11) sustentam que "tal diretriz pode servir como um elemento catalizador para a atuação dos cartéis. Isto se deve ao fato de que, conforme visto anteriormente, uma das características que propicia a atuação dos cartéis em licitação é a uniformidade/padronização dos produtos e serviços a serem adquiridos. Ao se padronizar as especificações técnicas dos bens e as condições acessórias do objeto (manutenção, assistência técnica, garantia), facilita-se o trabalho dos cartelistas em estabelecerem uma estrutura uniforme de preços a serem oferecidos no certame. Afinal, restará poucos fatores para a diferenciação das propostas. Outro ponto que deve ser considerado é a provável reiteração de certames para a aquisição de um mesmo produto/serviço. Tal fato, aliado com a diretriz da padronização, será mais um fator que facilitará a atuação dos cartéis, já que a divisão dos lucros poderá ser obtida mais facilmente através da alocação dos certames entre os membros do cartel".

Embora essa busca por homogeneidade já pudesse ser verificada na própria Lei 8.666/1993,[259] é no RDC que a questão se mostra pungente, possivelmente com o propósito de ampliar a eficiência nas contratações públicas, objetivo primário taxado na própria lei.[260]

Constata-se, aqui, uma grande dificuldade na modelagem das licitações: priorizar a padronização e homogeneidade nas licitações públicas pode representar um ganho de eficiência, mas, por outro lado, facilita o surgimento de acordos colusivos, que podem trazer resultados altamente prejudiciais à coletividade. Encontrar o ponto ótimo para essa situação de *trade-off* não é simples, cabendo à Administração ponderar as maiores necessidades em jogo e analisar também as características do próprio mercado e dos fornecedores que atuarão no processo licitatório. É o que se passa a analisar no próximo tópico.

2.1.4. Modelagem e rigidez das licitações

Na teoria econômica, é sabido que as regras e o tipo de leilão (em sentido amplo) adotado possuem grande impacto na predisposição para formação de cartéis.[261] De todo modo, não cabe aqui realizar uma análise da teoria dos leilões e de fatores estritamente econômicos que favorecem a cartelização.[262] O que importa neste tópico é a compreensão de que a modelagem da licitação escolhida pela Administração contratante, caso não precedida de estudos adequados, pode fomentar o surgimento de cartéis na contratação pública.

---

[259] Lei 8.666/1993, art. 15: "As compras, sempre que possível, deverão: I - atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantia oferecidas".

[260] Lei 12.462/2011, art. 1º, §1º, I .

[261] MATTOS, César. **Modalidades de licitação e cartéis no Brasil**. 2014, p. 4. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br>. Acesso em: 1 mar. 2015.

[262] Sobre a teoria econômica dos leilões e a predisposição para surgimentos dos cartéis, cf. MATTOS, César. **Modalidades de licitação e cartéis no Brasil**. 2014; NÓBREGA, Marcos. Novos marcos teóricos em licitação no Brasil: olhar para além do sistema jurídico. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, v. 30, 2012. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 20 fev. 2015; LIRA, Bruno de Oliveira. **Cartéis em licitação:** utilizando a teoria dos leilões para avaliar a legislação licitatória nacional. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife. Disponível em: <http://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/10123>. Acesso em: 27 jun. 2015; MARSHALL, Robert C.; MARX, Leslie M. The vulnerability of auctions to bidder collusion. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 124, n. 2, p. 883–910, 2009. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/40506246>. Acesso em: 20 fev. 2015.

Como exemplos, a opção por uma modalidade de licitação que permita a inversão de fases é fator que dificulta a formação de cartéis na licitação, sendo uma escolha no mais das vezes salutar pelas comissões de elaboração de edital, como se verá na sequência. Já a possibilidade de participação de consórcios, como mencionado previamente, é medida que pode se mostrar tanto favorável como refratária à concorrência, a depender das características do mercado que irá fornecer o objeto pretendido. Por fim, medidas como a pré-qualificação de fornecedores ou a adoção de barreiras injustificadas à entrada facilitam em grande medida o surgimento de conluios nas licitações públicas. Todas essas e outras questões estão ligadas à modelagem das licitações realizada pelos agentes públicos responsáveis pela elaboração de editais, os quais têm o dever de estruturar contratações competitivas e diminuir as chances de formação de cartéis.

A responsabilidade da Administração Pública pela modelagem das licitações se mostra ainda maior pelo fato de que, uma vez publicado o edital, é vedada a contratação de um produto ou serviço diferente do especificado ou de maneira diferente da regulada. Esse fato confere maior segurança aos cartelistas, pois sabem que o contratante se vincula ao edital e possui pouca ou nenhuma alternativa, aumentando as margens de sucesso do acordo colusivo firmado anteriormente aos certames.[263]

Ao lado dessa estabilidade conferida pela publicação do edital, a própria rigidez das licitações pode se mostrar como um incentivador da formação de cartéis. A falta de flexibilidade do procedimento licitatório impede a adoção de um comportamento estratégico *imediato* da Administração Pública quando deparada com uma conduta colusiva dos licitantes, o que também aumenta as chances de sucesso dos cartéis.[264-265] As licitações públicas não são legalmente moldadas para permitir a descoberta e a denúncia de cartéis,[266]

---

[263] NÓBREGA, Marcos; LIRA, Bruno. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, p. 5.
[264] NÓBREGA, Marcos; LIRA, Bruno. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, p. 6.
[265] Essa dificuldade é verificada também em outras jurisdições, e não apenas no Brasil. Segundo a OCDE (**Public procurement**, p. 18): "The peculiarity of a public purchaser as compared to a private purchaser is that the government has more limited strategic options. Whereas a private purchaser can choose his strategic actions within a wider set of options, the public sector is subject to transparency requirements and generally is constrained by legislation and detailed administrative regulations and procedures on public procurement. While these rules are set as an attempt to avoid any abuse of discretion by the public sector, the resulting lack of flexibility limits the opportunities for the public purchaser to react strategically when confronted with cooperation among potential contractors seeking to increase profits".
[266] HEIMLER, Alberto. Cartels in public procurement. **Journal of Competition Law & Economics**, 2012, p. 4. Disponível em: <http://jcle.oxfordjournals.org>. Acesso em: 20 fev. 2015.

razão pela qual se tornaram um campo fértil para a prática de fraudes contra a Administração Pública, como bem observa Adilson de Abreu Dallari.[267]

Perceba-se que a rigidez e dificuldade de modelagem das licitações tem seu problema de fundo naquilo que Floriano de Azevedo Marques Neto denomina como "maldição do regime único". Segundo o autor, constitui uma grande mazela do Direito Administrativo brasileiro a pretensão de aplicação de um regime jurídico uniforme para variados tópicos do Direito Administrativo.[268] No caso das licitações públicas, diante do fato de que as compras governamentais são extremamente diversificadas, a unicidade e a invariabilidade de regime jurídico são fatores complicadores da modelagem das contratações públicas, podendo favorecer o surgimento de cartéis.

Como contraponto a essa cultura administrativista de unicidade de regimes jurídicos, são salutares iniciativas do legislador tendentes a conferir à Administração Pública alguma margem de liberdade na modelagem das licitações e contratações públicas em geral (desde que não haja um relaxamento em termos de controle fiscalizatório). A Lei do RDC trouxe um importante avanço nesse ponto, ao permitir, por exemplo, que a Administração opte pelo modo de disputa aberto, fechado ou por uma combinação de ambos nas licitações,[269] o que configura uma importante ferramenta no combate aos cartéis, já que autoriza o contratante público adotar um comportamento estratégico mais adequado às características do mercado fornecedor e do objeto a ser contratado.[270]

2.1.5. Licitações pelo procedimento clássico (sem inversão de fases)

A Lei 8.666/1993 prevê, como regra geral, o seguinte procedimento a ser seguido para as modalidades licitatórias clássicas: 1) apreciação dos documentos de

---

[267] O autor bem afirma que as licitações são um campo fértil para a prática de fraudes contra a Administração Pública: "a licitação tornou-se a maneira mais segura de fraudar a Administração, porque é perfeitamente possível manipular qualquer licitação, mediante requisitos de participação, características do produto ou critérios de julgamento injustificados e injustificáveis. [...] A licitação tem-se transformado, sim, numa ritualística inconsequente, numa maneira de acobertar a fraude, de dar segurança àqueles que se aproveitam do dinheiro público" (DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**, 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 88 e 188).

[268] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. **Revista do Advogado: Contratos com o Poder Público**, n. 107, 2009, p. 77/78.

[269] Lei 12.462/2011, arts. 16 e 17, regulamentados pelo Decreto 7.581/2011, arts. 15 a 24. A Lei 13.303/2016 também trouxe disposição análoga aplicável às licitações das empresas estatais, em seu art. 52.

[270] NÓBREGA, Marcos; LIRA, Bruno. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, p. 15.

habilitação; 2) recursos contra decisões de habilitação ou inabilitação; 3) classificação e julgamento das propostas; 4) recursos contra o julgamento das propostas; 5) homologação e adjudicação.[271]

A prática das contratações públicas mostrou, contudo, que essa sequência tradicional de fases é contraproducente e custosa, principalmente por obrigar as comissões de licitação a analisar os documentos de habilitação de todos os licitantes e oportunizar recursos também a todos eles para, somente então, julgar a proposta vencedora.[272] Observe-se que em havendo margens para recursos logo após a análise dos documentos de habilitação, todos os licitantes possuem ao menos o potencial interesse de retirar seus concorrentes do certame por meio de impugnações diversas, abrindo a possibilidade de um desgastante embate de todos contra todos, com multiplicação de recursos contra a habilitação de cada um dos licitantes.[273]

Afora a evidente disfunção burocrática causada por esse procedimento, essa sequência clássica de fases favorece o surgimento e a atuação de cartéis nas contratações públicas porque, desde a apresentação dos documentos de habilitação até a efetiva adjudicação do objeto, há um amplo espaço de tempo (por vezes até meses) no qual os licitantes podem chegar a um acordo colusivo sobre o resultado da licitação, valendo-se, para tanto, de recursos e desistências oportunistas, por exemplo.[274]

Além disso, como todos os licitantes habilitados estarão sujeitos a recursos contra os seus próprios documentos, a possibilidade de aumento de custos relacionados a defesas técnico-jurídicas e a deslocamentos de representantes para acompanhar as deliberações das comissões também tornam os processos licitatórios clássicos mais caros e, por conseguinte, menos atrativos para empreses de menor porte. Assim sendo, a sequência clássica de fases também cria *barreiras à entrada* e torna esse segmento do mercado mais

---

[271] As etapas principais do procedimento licitatório clássico estão previstas no artigo 43 da Lei 8.666/1993.
[272] BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Direito Econômico (SDE). Coordenação-Geral de Análises de Infrações no Setor de Compras Públicas (CGCP). **Análise dos aspectos concorrenciais do PLC 32/2007**. Brasília: 2008, p. 4.
[273] REZENDE, Renato Monteiro de. **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas**: comentários à Lei no 12.462, de 2011. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado, 2011. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br>. Acesso em: 28 fev. 2015. p. 28.
[274] BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Direito Econômico (SDE). Coordenação-Geral de Análises de Infrações no Setor de Compras Públicas (CGCP). **Análise dos aspectos concorrenciais do PLC 32/2007**, p. 4.

concentrado, favorecendo o surgimento e a estabilidade de cartéis nas contratações públicas, segundo a lógica exposta anteriormente.

Entretanto, esses riscos e prejuízos decorrentes do procedimento licitatório clássico foram significativamente reduzidos a partir da introdução, em nosso ordenamento, da modalidade pregão, a qual passou a prever aquilo que usualmente se denomina "inversão de fases". De acordo com esse procedimento, são primeiramente analisadas e classificadas as propostas de preços dos licitantes e somente o detentor da melhor oferta é que se submeterá, na sequência, ao escrutínio da Administração Pública quanto aos documentos de habilitação, rompendo-se, assim, com a lógica anterior da Lei 8.666/1993.[275]

Ao determinar a análise das propostas previamente à fase de habilitação e restringir esta última apenas ao detentor da melhor proposta (limitando, assim, o universo de interessados na interposição de recursos), a modalidade pregão reduziu consideravelmente a possibilidade de que os licitantes cheguem a um acordo colusivo *durante* a fase externa da licitação, já que a maior celeridade do procedimento (que praticamente encerra sua etapa competitiva em um mesmo dia) reduz sobremaneira as chances de cooptação de agentes no curso do certame.[276]

Ao mesmo tempo, a inversão de fases também reduz os custos de participação no processo licitatório, pois um concorrente (especialmente de menor porte) pode submeter uma proposta ao contratante público com a garantia de que não terá de despender tempo e dinheiro para se defender de recursos que, muito provavelmente, seriam interpostos contra sua habilitação antes mesmo da avaliação de sua proposta (caso a licitação ocorresse sob o procedimento clássico da Lei 8.666/1993).[277]

Pode-se extrair, assim, o seguinte raciocínio lógico (e reverso): pela sistemática de inversão de fases, se o licitante vier a se classificar em primeiro lugar na etapa de análise das propostas, ainda que tenha de interpor ou de se defender de recursos contra a

---

[275] ROSILHO, André Janjácomo. **Licitação no Brasil**, p. 191.
[276] CECCATO, Marco Aurélio. **Cartéis em licitações: estudo tipológico das práticas colusivas entre licitantes e mecanismos extrajudiciais de combate**, p. 35.
[277] BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Direito Econômico (SDE). Coordenação-Geral de Análises de Infrações no Setor de Compras Públicas (CGCP). **Análise dos aspectos concorrenciais do PLC 32/2007**, p. 5.

decisão proferida na subsequente etapa de habilitação, o custo que deverá suportar para tanto *não* é, a princípio, uma barreira desestimulante, porque caso bem sucedido na respectiva defesa, o licitante em questão tem a garantia de que será o adjudicatário do objeto licitado, por ser o detentor da melhor proposta.

A experiência brasileira com a inversão de fases, trazida originariamente pela modalidade pregão, tanto se mostrou bem-sucedida em termos de eficiência administrativa e de incremento de competividade que leis posteriores que dispuseram sobre procedimentos licitatórios também passaram a prever a possibilidade de adoção dessa sistemática. É o caso, por exemplo, da lei de parcerias público-privadas[278] e da lei que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações,[279] que prestigiaram a inversão de fases em detrimento do procedimento clássico da Lei 8.666/1993.

Verifica-se, portanto, uma clara tendência do legislador nacional em priorizar a inversão de fases nos procedimentos licitatórios,[280] o que se mostra salutar em termos de redução das chances de cartelização nas contratações públicas.

2.1.6. Contratações recorrentes

Quando a Administração Pública contrata um dado produto ou serviço de forma recorrente (contínua ou periódica), as chances de cartelização são maiores. Isso ocorre principalmente pelo fato de que o fluxo constante de procura do setor público aumenta a previsibilidade das contratações e, com isso, os membros do cartel possuem melhores condições de planejar entre si a distribuição dos contratos públicos, além de poderem punir, em uma contratação subsequente, os cartelistas que eventualmente desrespeitarem o acordo colusivo.[281]

---

[278] Lei 11.079/2004, art. 13.

[279] Lei 12.462/2011, arts. 12 e 14. Observe-se que, pela lei do RDC, a análise das propostas previamente à habilitação passou a ser justamente a regra geral do procedimento dessa modalidade, denominando-se "inversão de fases", na Lei 12.462/2011 (art. 14, II e III), justamente o regime clássico da Lei 8.666/1993. Nota-se, aqui, a clara tendência do legislador nacional em tornar cada vez mais excepcional o uso do moroso e ineficiente procedimento da Lei 8.666/1993.

[280] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; FREITAS, Rafael Véras de. O regime diferenciado de contratações públicas (RDC) e a administração de resultados. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, v. 27, 2011, p. 14. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com>. Acesso em: 20 fev. 2015.

[281] OCDE. **Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas**, p. 3/4.

A recorrência das contratações públicas torna-se ainda mais alarmante quando aliada à diretriz de padronização de produtos e serviços, já que ambas favorecem a alocação de certames e a divisão de lucros, conferindo maior estabilidade aos cartéis.[282] Some-se ainda o fato de que, diferentemente das contratações privadas, em que os compradores têm maior flexibilidade em suspender uma licitação sob qualquer sinal de colusão, nas contratações públicas a Administração Pública não goza de mecanismos efetivos de resposta imediata aos cartelistas, principalmente devido ao regime jurídico licitatório rígido.[283]

Observe-se que as contratações recorrentes deveriam, *em tese*, ser menos suscetíveis aos efeitos da cartelização devido à experiência dos agentes públicos em contratações pretéritas e à existência de registros dos licitantes e padrão de preços por eles adotados em oportunidades anteriores. Contudo, a combinação de todos os fatores expostos acima (além do despreparo de muitas comissões de licitação e da falta de interação entre os órgãos de controle) torna as contratações recorrentes e cíclicas, paradoxalmente, mais propensas à atuação de cartéis.

Assim sendo, as contratações frequentes de determinados bens e serviços demandam mecanismos e atenção especiais por parte dos agentes públicos envolvidos em tais processos.[284] A constante interação e compartilhamento de informações com os órgãos de controle responsáveis pela apuração de cartéis em contratações públicas, nas diferentes esferas administrativas, é medida altamente salutar, a fim de tornar mais eficientes a prevenção e o combate a propostas colusivas recorrentes.[285]

---

[282] NÓBREGA, Marcos; LIRA, Bruno. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, p. 11.
[283] OCDE. **Collusion and corruption in public procurement**, p. 72: "Additionally, in Brazil, where there is a great decentralisation of bids (each public agency or unit shall promote its own bids), the frequency of contacts between competitors can be quite significant and, as a consequence, it may increase the opportunity for collusion schemes. In private contracts, buyers have more flexibility to respond or suspend a tender if they observe any sign of collusion between suppliers. However, due to the legal framework applicable to public tenders in Brazil, in general, the government is not able to timely react in such cases. Finally, the high number of bidding processes is a challenge that requires constant interaction among the agencies responsible for fighting collusion, frauds and corruption in public tenders."
[284] OCDE. **Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas**, p. 4.
[285] OCDE. **Collusion and corruption in public procurement**, p. 72.

2.1.7. Participação de consórcios e possibilidade de subcontratação

Consórcios e subcontratações são formas colaborativas de atuação de empresas em contratações públicas, admitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro.[286] Contudo, ambos dependem de previsão expressa no edital da licitação,[287] uma vez que a regra geral sempre será a participação individual de licitantes.[288]

Os consórcios e as subcontratações podem ter efeitos tanto pró-competitivos quanto anticompetitivos. Em contratações públicas complexas, que demandam recursos financeiros, técnicos e/ou humanos amplos, os consórcios e as subcontratações permitem a participação de empresas menores que, individualmente, não teriam condições de executar o objeto do contrato. Nesses casos, o efeito dos consórcios e subcontratações é inegavelmente pró-concorrencial. Contudo, quando empresas que possuem condições de participarem sozinhas da licitação formam consórcios ou subcontratam entre si o objeto visando à eliminação da concorrência, também é nítido o caráter anticoncorrencial de tais ajustes.[289]

Justamente por poderem ser manejados de forma a mitigar a concorrência é que a participação de consórcios e a permissão de subcontratações podem ser consideradas

---

[286] Os consórcios nas licitações públicas têm sua previsão legal no artigo 33 da Lei 8.666/1993, ao passo que as subcontratações estão previstas principalmente no artigo 72 do mesmo diploma. Quanto aos principais aspectos práticos relativos aos consórcios e às subcontratações em licitações públicas, bem como os principais entendimentos do Tribunal de Contas da União a respeito do tema, cf. MENDES, Renato Geraldo (Org.). **Lei de licitações e contratos anotada:** notas e comentários à Lei n° 8.666/1993. 9. ed. Curitiba: Zênite, 2013, p. 747/764 e 1.239/1.243.

[287] MENDES, Renato Geraldo (Org.). **Lei de licitações e contratos anotada**, p. 748.

[288] "A regra, no procedimento licitatório, é a participação de empresas individualmente em disputa umas com as outras, permitindo-se a união de esforços quando questões de alta complexidade e de relevante vulto impeçam a participação isolada de empresas com condições de, sozinhas, atenderem todos os requisitos de habilitação exigidos no edital, casos em que a participação em consórcio ampliaria o leque de concorrentes" (BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Acórdão n° 1.417/2008. Ministro Relator: Augusto Sherman. Brasília, 23 de julho de 2008. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br>. Acesso em: 23 nov. 2015).

[289] BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Direito Econômico (SDE). **Portaria SDE n° 51, de 03 de julho de 2009**. Brasília, 2009. No mesmo sentido é a conclusão da OCDE (**Public procurement**, p. 34), em plano internacional: "Allowing firms to participate jointly to the tender, so-called *joint bidding* or *bidding consortia*, may have a number of effects on the outcome of the procurement activity, some of which go in opposite directions. 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. There is also a so-called information effect of joint bidding which is pro-competitive as it promotes more aggressive bidding due to the information pooling. 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".

como uma circunstância que favorece a cartelização nas contratações públicas. Todavia, não é possível afirmar aprioristicamente e em abstrato, apenas com base no objeto licitado, que uma dada contratação será necessariamente prejudicada (do ponto de vista concorrencial) pela participação de consórcios ou pela possibilidade de subcontratações.

Para tornar possível essa identificação dos efeitos concorrenciais, as comissões de licitação e os órgãos de controle, tanto em sede preventiva quanto repressiva, devem analisar, *concretamente*, se as empresas consorciadas ou subcontratadas teriam condições, sozinhas, de apresentar proposta para a execução do objeto pretendido pela Administração.

Para tanto, é recomendável a efetiva compreensão do mercado alvo a partir da análise de projetos pretéritos executados pelas empresas envolvidas e de seus aspectos econômicos mais relevantes,[290] bem como se elas já foram condenadas ou multadas pelas autoridades da concorrência devido à prática de conluio.[291] O órgão público contratante também deve considerar o comportamento das empresas nas fases interna e externa dos certames, o histórico de licitações com objeto semelhante e o conjunto de contratos administrativos anteriores, elementos que permitem compreender o funcionamento e a racionalidade econômica por detrás do mercado investigado e dos consórcios e subcontratações realizadas.[292]

Toda essa complexidade concorrencial e possibilidade de atuação de conluios impõem que a Administração Pública motive adequadamente as razões que levaram à aceitação ou à vedação de consórcios e subcontratações em uma dada licitação pública (inclusive quanto aos riscos de cartelização), a fim de conferir maior credibilidade ao processo licitatório e evitar questionamentos por parte dos órgãos de controle.[293]

---

[290] BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Direito Econômico (SDE). **Portaria SDE n° 51, de 03 de julho de 2009**, p. 9.

[291] OCDE. **Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas**, p. 10. Nota-se aqui a necessidade de se reforçar a interação entre os órgãos administrativos contratantes e as autoridades concorrenciais, bem como de treinamento dos agentes públicos envolvidos nas contratações públicas, como formas de minorar as chances de êxito de cartéis nesse segmento.

[292] BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Inquérito Administrativo n° 08700.004617/2013-41**, p. 12, nota 20.

[293] A jurisprudência do Tribunal de Contas da União aponta para a necessidade de motivação da decisão administrativa que autorize ou vede a participação de consórcios, ainda que seja uma decisão discricionária. "Embora discricionária, nos termos do caput do art. 33 da Lei nº 8.666/1993, quando houver a opção da

2.1.8. Publicidade das contratações públicas

A publicidade dos atos da contratação pública, principalmente dos atos do procedimento e do processo licitatórios,[294] representa uma garantia de lisura e de observância aos princípios norteadores da licitação e da Administração Pública. Possibilita o amplo conhecimento e igualdade de informações aos interessados acerca da existência de uma licitação, do conteúdo do instrumento convocatório, das decisões da comissão de licitação e do resumo do contrato, dentre outros atos.[295] Além disso, para além dos interesses exclusivos dos licitantes, é a publicidade que garante o controle da legalidade dos atos da Administração por toda a população. Por todas essas razões, sempre que inexistir disposição legal específica, a regra geral deve, sempre, ser a publicação dos atos da contratação pública.

Contudo, paradoxalmente, a transparência das contratações públicas, tão demandada nos dias atuais, pode aumentar as chances de cartelização pelo fato de que reduz os custos de monitoramento dos cartéis já existentes, permitindo a identificação daquele que infringe o acordo colusivo e garantindo uma maior credibilidade para a sua ameaça de punição pelos demais cartelistas.[296-297] Em outras palavras, a transparência das contratações desestimula os membros do cartel a violar o acordo colusivo, garantindo maior estabilidade ao conluio.

Além de facilitar o monitoramento do cartel, a ampla publicidade também permite a formação de *novos* acordos colusivos quando são disponibilizadas informações de quem participa,[298] pretende participar do certame ou simplesmente foi consultado pela Administração.

Administração pela restrição à participação de consórcios na licitação, tal escolha deve ser precedida das devidas justificativas no respectivo processo administrativo, especialmente quando a vedação representar risco à competitividade do certame" (BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Acórdão n° 1.636/2007. Ministro Relator: Ubiratan Aguiar. Brasília, 15 de agosto de 2007. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br>. Acesso em: 24 nov. 2015).

[294] Acerca da licitação como "procedimento" ou como "processo", cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**, p. 97/98. Segundo o autor, "pode-se afirmar que toda a atividade administrativa desenvolvida no âmbito pré-contratual é caracterizada pela procedimentalização (mesmo nas hipóteses de contratação direta, sem licitação). Por outro lado, poderá aludir-se a processo sempre que existir contraposição de interesses. Essa contraposição de interesses poderá configurar-se entre a Administração e um particular ou, mesmo, entre diversos particulares" (p. 97).

[295] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**, p. 95.

[296] NÓBREGA, Marcos; LIRA, Bruno. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, p. 6.

[297] MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**, p. 50.

[298] MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**, p. 50.

É o que acontece, por exemplo, quando o órgão contratante mantém registros públicos (ainda que apenas nos autos do processo administrativo) das empresas que foram consultadas por meio de pesquisa de mercado; convidadas a participar do certame;[299] apresentaram garantias de proposta; retiraram o edital da licitação; acessaram banco de dados de um projeto ou realizaram vistoria em um dado local antes de apresentarem suas propostas para o certame. Todos esses registros disponibilizados pela Administração permitem que os potenciais licitantes se conheçam antes da apresentação de propostas na licitação e articulem, entre si, um novo esquema colusivo.

Ciente dos riscos concorrenciais que a publicidade excessiva pode causar no âmbito das contratações públicas, a OCDE, em plano internacional, recomenda que mesmo após concluída a contratação seja evitada a exposição de informações concorrencialmente sensíveis, as quais podem facilitar a formação de esquemas colusivos no futuro. Igualmente, a entidade sugere que os preços máximos reservados para a contratação, quando adotados, não sejam publicados amplamente, mas, em vez disso, que sejam mantidos confidenciais durante o processo de contratação ou, então, depositados em outra autoridade pública.[300]

No Brasil, uma tentativa de incorporação dessas diretrizes concorrenciais da OCDE se deu pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), criado pela Lei 12.462/2011, a qual prevê em um de seus dispositivos que "o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação".[301] Mais recentemente, também a Lei 13.303/2016 previu norma análoga para as contratações realizadas por empresas estatais.[302]

Do ponto de vista teórico, quando a Administração Pública mantém sigiloso o orçamento e o preço de reserva da contratação, os cartéis perdem a referência para a

---

[299] O art. 38, II, da Lei 8.666/1993, expressamente determina que sejam juntados aos autos do processo administrativo comprovantes das entregas dos convites. Assim, basta a uma das empresas que recebeu o convite acessar os autos do processo licitatório, verificar quais as demais empresas que foram convidadas e, na sequência, contatá-las para planejar, conjuntamente, uma forma de fraudar a competitividade do certame, caso assim queiram. A publicidade dos convites, portanto, é um fator facilitador de conluios nas contratações públicas, sendo um argumento altamente válido para que a Administração Pública prefira outras modalidades licitatórias ao convite.

[300] OCDE. **Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas**, p. 9.

[301] Lei 12.462/2011, art. 6º, *caput*.

[302] Lei 13.303/2016, art. 34.

parametrização do lucro a ser obtido por meio de sua atuação coordenada, o que acirraria o nível de competitividade, já que para compensar a menor probabilidade de ganhar a licitação (de maneira colusiva) os cartelistas acabariam apresentando propostas mais realistas.[303]

Entretanto, não são poucos os argumentos contrários ao sigilo do orçamento e do preço de reserva no âmbito das contratações públicas.

Um argumento bastante realista e favorável à ampla publicidade é o de que os cartéis poderão se formar com ou sem a divulgação do orçamento pela Administração promotora do certame,[304] variando, apenas, as chances de *êxito* da estratégia adotada pelos cartelistas.[305] De fato, os cartéis podem se valer da divisão do mercado, da combinação prévia de preços, das propostas de cobertura e da escolha do licitante vencedor (principais práticas colusivas) independentemente da divulgação do orçamento pela Administração Pública, o que apenas repercute nas chances de sucesso do cartel, mas não na sua existência.

Além disso, ainda que exista um orçamento sigiloso, nada impede que os membros do cartel continuem a oferecer propostas com preços superiores aos orçados pela Administração. Nessa hipótese, ou a Administração deve renovar o processo licitatório até que algum dos interessados ofereça uma proposta de valor inferior ao orçado, ou, então, deve proceder à negociação direta dos preços com o autor da melhor proposta, nas modalidades em que isso for possível,[306] até que seja alcançado o valor pretendido pela Administração. Repare-se que, em qualquer um desses cenários (renovação do processo licitatório ou negociação com o detentor da melhor proposta), indiretamente os cartelistas acabarão descobrindo o valor do orçamento e preço máximo estipulado pela Administração, de tal forma que a restrição da publicidade do orçamento terá sido inócua.[307]

Outro argumento contrário bastante convincente é o de que a restrição da publicidade dos orçamentos poderia funcionar apenas em um mundo *ideal*, em que não

---

[303] NÓBREGA, Marcos; LIRA, Bruno. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, p. 13.
[304] ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**, p. 646.
[305] REZENDE, Renato Monteiro de. **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas**, p. 40.
[306] O Regime Diferenciado de Contratações Públicas permite a negociação de condições mais vantajosas com o primeiro colocado, consoante autorização prevista no art. 26 da Lei 12.462/2011. Também a modalidade pregão permite que a Administração negocie diretamente com o detentor da melhor proposta para obtenção de preço mais favorável, conforme dispõe o art. 4º, XVII, da Lei 10.520/2002.
[307] REZENDE, Renato Monteiro de. **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas**, p. 41.

houvesse a possibilidade de corrupção de agentes públicos que tenham acesso às informações sigilosas.[308] Contudo, em um mundo *real*, em que a possibilidade de corrupção é concreta e corriqueira, a diminuição da publicidade não só seria *ineficaz* ao combate aos cartéis como, também, estimularia o crescimento da corrupção de agentes públicos que, munidos de informações administrativas sigilosas, teriam grande poder de barganha junto aos cartelistas. Para Marçal Justen Filho, o simples risco de incentivo a práticas reprováveis é bastante para coibir a redução da publicidade de informações relevantes.[309]

Note-se, pois, que a restrição à publicidade do orçamento poderia ter um efeito completamente adverso ao vislumbrado idealmente: além de não reduzir efetivamente a cartelização, poderia também estimular a corrupção, a qual é igualmente lesiva ao erário e à credibilidade da Administração Pública perante a população.

Com base em todos os argumentos expostos até aqui, é facilmente perceptível que a redução ou não da publicidade de determinados atos da contratação pública gera mais uma clara situação de *trade-off*.[310]

A redução da publicidade de algumas informações estratégicas,[311] principalmente do orçamento e dos preços de reserva, é justificável do ponto de vista *concorrencial*, pois, em tese, funciona como um fator de desestabilidade dos cartéis, estimulando a apresentação de propostas de preços mais realistas e a economia de recursos públicos. De outro lado, a manutenção da ampla publicidade é amparada na lógica *administrativista* da transparência como mecanismo de controle da Administração Pública e de diminuição da corrupção.

---

[308] REZENDE, Renato Monteiro de. **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas**, p. 40/41.
[309] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**, p. 528.
[310] OCDE. **Collusion and corruption in public procurement**, p. 11: "This may lead to tensions between the sometimes competing approaches to prevention of collusion and corruption within public procurement and require trade-offs in terms of how to achieve these objectives. While transparency of the process is indispensible to limit corruption, excessive or unnecessary transparency should be avoided in order not to foster collusion".
[311] A anulação total da publicidade (licitações completamente sigilosas), como forma de combate a cartéis, jamais poderá ocorrer, quer porque a publicidade consta do rol de princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública, quer porque a divulgação de determinados atos do processo licitatório aumenta a probabilidade de detecção do conluio. É o que ocorre, por exemplo, com a publicidade dos preços que foram ofertados pelos licitantes em uma dada licitação, cuja transparência facilita a detecção de padrões de condutas suspeitos adotados pelos concorrentes e pode levar à identificação de um cartel. Assim, a redução total da publicidade, além de inconstitucional, não seria medida eficiente ao combate dos cartéis atuantes nas contratações públicas.

A opção por uma ou outra forma implicará a redução da outra, não sendo tarefa simples encontrar o ponto ótimo que atenda às necessidades da Administração Pública e aos anseios da população e do empresariado, tanto que a questão também não se mostra pacífica no plano internacional.[312]

De todo modo, o que se mostra relevante, no atual estágio dos debates acadêmicos, é a compreensão de que a publicidade das contratações públicas é, de fato, uma circunstância que de alguma forma favorece a atuação de cartéis, mas reduzi-la implica uma clara situação de *trade-off*, inexistindo uma escolha absoluta que se mostre inequivocamente mais correta que a outra.

A nosso ver, já ultrapassadas as problemáticas teóricas que envolvem o tema, e aproveitando-se a abertura proporcionada pelo sistema do RDC, são necessários estudos *estatísticos* sobre a real eficácia da redução da publicidade nas contratações públicas e seu potencial de combate aos cartéis, para, somente, assim, haver um instrumental mais completo que permita ao poder público definir a melhor estratégia a ser adotada no futuro.[313]

---

[312] A experiência internacional demonstra que mesmo os países membros da OCDE, a despeito da forte influência exercida por essa organização internacional, historicamente não mantêm um posicionamento uniforme acerca da redução da publicidade nas contratações públicas, o que apenas reafirma a polêmica por detrás do assunto. Segundo Renato Monteiro de Rezende (**O Regime Diferenciado de Contratações Públicas**, p. 43/45), até o ano de 2011, ainda sob a égide da antiga Diretiva n° 2004/18/CE, "relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços", países como Portugal e Espanha determinavam a divulgação dos preços estimados pela Administração Pública no edital da licitação, o que não era praticado pela França, devido a uma resistência interna. Diferentemente, à mesma época, nos Estados Unidos, país de forte tradição concorrencial, o sigilo dos orçamentos era efetivamente estimulado pelo *Federal Acquisition Regulation* (FAR), a fim de se obter "um preço justo e razoável". Note-se que ainda hoje os Estados Unidos mantêm como regra geral, nos contratos de obras públicas, o *sigilo* do orçamento e de outras informações estratégicas, somente podendo ser divulgadas aos interessados quando justificável para se atingir o preço justo e razoável. Conforme dispõe atualmente o *Federal Acquisition Regulation*, Seção 36.203, "(c)": "Access to information concerning the Government estimate shall be limited to Government personnel whose official duties require knowledge of the estimate. An exception to this rule may be made during contract negotiations to allow the contracting officer to identify a specialized task and disclose the associated cost breakdown figures in the Government estimate, but only to the extent deemed necessary to arrive at a fair and reasonable price. The overall amount of the Government's estimate shall not be disclosed except as permitted by agency regulations". Ao passo que no Brasil e em alguns países europeus a redução da publicidade nas contratações públicas é um grande tabu, nos Estados Unidos a questão é vista com naturalidade, sendo usualmente justificada para a obtenção do melhor preço possível para a Administração Pública. Essa divergência ideológica apenas reforça que mais debates e dados estatísticos concretos sobre o assunto são necessários.

[313] Não foram encontrados estudos estatísticos sobre a real eficácia da redução da publicidade nas contratações públicas e seu potencial de combate aos cartéis, bem como a economia de recursos gerada. A própria OCDE (**Collusion and corruption in public procurement**, p. 11) também reconhece que ainda há incertezas quanto ao assunto, sendo necessários mais estudos: "There is some uncertainty, however, as to what information can facilitate collusion, and so further research on this is desirable".

2.1.9. Contatos frequentes entre concorrentes

Por fim, uma última (mas não menos relevante) condição que favorece a cartelização nas contratações públicas é a existência de contatos frequentes entre concorrentes, principalmente em ambientes que proporcionam a interação entre licitantes ou potenciais licitantes.

Os contatos frequentes entre concorrentes, além de serem o berço para a combinação de preços, divisão de mercado e outras estratégias comuns lesivas ao erário, diminuem o incentivo para que uma empresa viole o acordo colusivo, principalmente pelo receio de retaliação em momento posterior (por meio de propostas agressivas pelos outros cartelistas, por exemplo).[314] Não obstante, os contatos frequentes também aumentam a chance de produção de provas contra os cartelistas caso exista alguma investigação em curso.

O ordenamento brasileiro proporciona alguns ambientes de interação entre concorrentes (licitantes) que, apesar de serem juridicamente válidos, são muitas vezes utilizados como plataforma para celebração de acordos colusivos, desviando de suas finalidades.

Dentre esses principais ambientes, podemos destacar: (i) as modalidades licitatórias presenciais; (ii) os procedimentos de manifestação de interesse (PMI) e de pré-qualificação à licitação e (iii) os sindicatos e associações de classe. Para fins didáticos, cada um deles será tratado individualmente, na sequência.

---

[314] BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Inquérito Administrativo n° 08700.004617/2013-41**, p. 156: "Com efeito, a frequente interação entre concorrentes diminui o incentivo para que uma empresa se desvie do acordo colusivo, por receio de retaliação em momento posterior. De fato, na maioria das licitações investigadas, observa-se grande coincidência entre as empresas licitantes nas fases de pré-qualificação e de apresentação de propostas comerciais. Essa frequente interação diminui o incentivo para um desvio ao cartel, apresentando proposta competitiva. Isso porque as demais empresas 'traídas' poderão punir os potenciais licitantes no certame seguinte, fazendo guerras de preço ou dificultando a participação de concorrentes no momento da pré-qualificação. Além disso, a participação em licitações comuns pode auxiliar acordos de divisão de escopo entre concorrentes: o consórcio A combina quais licitações irá vencer e quais deixará para o consórcio B".

2.1.9.1. Modalidades licitatórias presenciais

As modalidades de licitação que demandam a apresentação *pessoal* de propostas pelos licitantes (notoriamente as modalidades "clássicas" da Lei 8.666/1993, principalmente concorrência, tomada de preços e convite) permitem que os licitantes troquem informações entre si no decorrer das sessões públicas e concluam acordos colusivos de última hora,[315] valendo-se, por exemplo, do uso de recursos e desistências de propostas destinados a favorecer os cartelistas.[316]

A cartelização originada das modalidades presenciais pode ser evitada eficazmente por meio da adoção de licitações virtuais, como, por exemplo, o pregão eletrônico para a aquisições de bens e serviços comuns, que se mostrou altamente salutar para a Administração Pública em termos de economia de recursos e de redução de tempo (mesmo em relação ao pregão presencial, o qual também já se mostrava um avanço em relação às demais modalidades).[317-318]

---

[315] OCDE. **Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas**, p. 8/9.

[316] BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Direito Econômico (SDE). Coordenação-Geral de Análises de Infrações no Setor de Compras Públicas (CGCP). **Análise dos aspectos concorrenciais do PLC 32/2007**, p. 4.

[317] Sobre a eficiência gerada pelo pregão eletrônico e também pelo pregão presencial em relação às modalidades licitatórias clássicas, cf. FARIA, Evandro Rodrigues de *et al*. **Estudo comparativo de redução de custos e tempo nas modalidades de licitação por pregão eletrônico e presencial.** 8° Congresso USP de Controladoria e Contabilidade, 2008. Disponível em: <http://www.congressousp.fipecafi.org>. Acesso em: 21 jan. 2016.

[318] A experiência bem-sucedida do pregão eletrônico é comprovada inclusive por estatísticas do governo federal. Segundo o Ministério do Planejamento (**Informações gerenciais de contratações e compras públicas**, p. 4), "em 2014, o pregão eletrônico respondeu por 59,7% das compras governamentais, com um gasto de R$ 37,08 bilhões, sendo empregado em 33,8 mil processos (17,1%). Se comparado apenas às modalidades licitatórias, essa forma de contratação foi responsável por 91,1% dos gastos em aquisições, resultando numa economia para os cofres públicos da ordem de R$ 7,9 bilhões (18%). Em relação ao número de certames licitatórios, o pregão eletrônico respondeu por 94%". De todo modo, em sentido contrário, há quem sustente que a modalidade pregão, por ser uma espécie de leilão oral aberto, é mais suscetível à cartelização do que os leilões fechados de primeiro preço (como é o caso das modalidades clássicas), além de questionar a validade dos dados estatísticos lançados pelo governo para fins de análise da predisposição a cartéis. Segundo César Mattos (**Modalidades de licitação e cartéis no Brasil**, p. 4 e 16): "O mecanismo de leilão mais vulnerável a cartéis é o oral aberto. No caso de compras do governo, os players vão dando lances descendentes até chegarem a um valor em que apenas um player está disposto a continuar no certame. A razão para esta maior vulnerabilidade é que todos os players são capazes de observar simultaneamente os lances uns dos outros ainda em tempo de cobrirem propostas que estejam fora dos valores combinados em um eventual cartel. Qualquer tentativa de desvio do comportamento cartelizado pode ser detectada e "punida" imediatamente dentro do mesmo certame: basta os concorrentes que não "deveriam" ganhar fazerem lances fora do combinado que o concorrente que "deveria" ganhar pode imediatamente responder com lances ainda menores. Como todos antecipam que se tentarem desviar do combinado serão imediatamente retaliados, isso implica maior incentivo a cooperar no cartel. [...] Faltam estudos quantitativos de como tais mudanças impactaram, liquidamente, a predisposição a cartéis em licitações no Brasil. A evidência mais usada pelo governo é a comparação entre preços cotados (ou pesquisados) anteriormente à licitação e o preço resultado da

O meio virtual permite a existência de um número consideravelmente maior de concorrentes nas licitações devido à redução dos custos de participação,[319] dificultando a articulação entre os licitantes. Além disso, no caso do pregão eletrônico, o próprio procedimento dessa modalidade veda que os concorrentes saibam, no curso da fase competitiva, de quem são os lances sequenciais que estão sendo disponibilizados, sendo a eles informado, apenas, o valor da última oferta apresentada, e ainda assim mantendo-se o anonimato do licitante proponente.[320] Por essa razão, o pregão eletrônico proporciona um "jogo de informação incompleta", em que a estratégia compensatória dominante é reduzir o valor até o máximo possível, o que também reduz consideravelmente a probabilidade de ocorrência de um conluio bem-sucedido.[321]

A experiência do pregão eletrônico tanto se mostrou exitosa que o posterior Regime Diferenciado de Contratações (RDC) determinou que as suas licitações se deem, preferencialmente, sob a forma eletrônica,[322] disposição essa que, mais recentemente, também foi incorporada pelo estatuto das empresas estatais.[323] Frise-se que o uso da tecnologia da informação torna desnecessário o envio de representantes comerciais para a realização dos atos do processo licitatório, inviabilizando, em alguma medida, a identificação e a comunicação entre os licitantes e, consequentemente, diminuindo as chances de cartelização.[324]

---

licitação no pregão, o que nos parece totalmente inapropriado dado que os preços cotados tendem a ser superestimados".

[319] As modalidades presenciais implicam um aumento dos custos de participação na licitação, já que demandam o deslocamento de prepostos e dispêndio de recursos para possibilitar o efetivo ingresso no certame. Note-se, portanto, que as modalidades presenciais também assumem a função de barreira à entrada de novos fornecedores. O uso da tecnologia da informação é uma importante forma de redução dos custos de participação decorrentes de modalidades presenciais: "A participação em procedimentos licitatórios não pode ser excessivamente custosa, já que isso pode diminuir o universo de fornecedores, o que facilita o conluio. A facilidade para conhecimento da existência e das condições do certame, o emprego de tecnologia da informação para suportar o processo e a possibilidade de comprovação da habilitação após o processo de licitação são todas medidas que tornam a participação em licitações mais barata" (BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Direito Econômico (SDE). Coordenação-Geral de Análises de Infrações no Setor de Compras Públicas (CGCP). **Análise dos aspectos concorrenciais do PLC 32/2007**, p. 4).

[320] Decreto 5.450/2005, art. 24, §5º. Observe-se que o dispositivo possui intrínseca relação com a redução da publicidade como forma de minorar as chances de cartelização. Essa experiência de redução da possibilidade de identificação dos proponentes no curso do certame tanto se mostrou exitosa que a Lei 12.232/2010, que dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda, passou a adotar também a sistemática de apresentação de propostas técnicas apócrifas (sem identificação dos licitantes) como forma de reduzir as chances de conluio. Nesse sentido, cf. Lei 12.232/2010, arts. 6º, IV e XII; 9º e 11, §2º.

[321] CAMPOS, Francisco. **As práticas de conluio nas licitações públicas à luz da teoria dos jogos**, p. 203.

[322] Lei 12.462/2011, art. 13.

[323] Lei 13.303/2016, art. 51, §2º.

[324] NÓBREGA, Marcos; LIRA, Bruno. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, p. 14.

A partir das modalidades presenciais clássicas da Lei 8.666/1993, passando-se pelos pregões presencial e eletrônico e culminando no RDC, a evolução legislativa mostra uma clara tendência do legislador brasileiro em fazer das modalidades eletrônicas a *regra* do ordenamento licitatório. Essa tendência de informatização, como visto, traz inequívocas vantagens à redução da cartelização nas contratações públicas (além de outras vantagens puramente administrativas).

2.1.9.2. Procedimentos de Manifestação de Interesse (PMI) e de pré-qualificação

Há procedimentos administrativos auxiliares, prévios e facultativos, dos quais a Administração Pública pode se valer com o objetivo de tornar a licitação e o contrato administrativo mais eficientes e atrativos à iniciativa privada. Dentre esses procedimentos atualmente existentes, ao menos dois deles podem favorecer a cartelização nas contratações públicas: o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) e os procedimentos de pré-qualificação.[325]

O Procedimento de Manifestação de Interesse é um instrumento por meio do qual a Administração abre aos particulares a possibilidade de apresentar projetos ou outros estudos, anteriores à licitação, com a finalidade de subsidiar a modelagem de empreendimentos públicos (geralmente de grande vulto).[326]

---

[325] Cabe observar que o Projeto de Lei do Senado 559/2013, em uma de suas últimas modificações, passou a prever também a modalidade "diálogo competitivo" (originada na União Europeia) como uma "modalidade de licitação em que a administração pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento do diálogo" (art. 5º, XL). Embora o PLS 559/2013 não traga maiores elementos sobre como se dará o rito procedimental dessa modalidade, caso os diálogos em questão se deem em um ambiente em que os potenciais interessados possam se conhecer previamente, essa nova modalidade também poderá facilitar o surgimento ou a consolidação de cartéis que atuarão no futuro processo de contratação pública, devendo a Administração contratante se atentar para esse risco. De todo modo, a válida justificativa para a existência de um "diálogo competitivo" (ou "concorrencial") pode ser extraída atualmente da própria Diretiva 2014/24/UE, que assim esclarece em seu considerando n° 42: "[O diálogo concorrencial] revelou-se útil nos casos em que as autoridades adjudicantes não conseguem definir as formas de satisfazer as suas necessidades ou avaliar o que o mercado pode oferecer em termos de soluções técnicas, financeiras ou jurídicas. Tal pode, nomeadamente, verificar-se quando se trata de projetos inovadores, da execução de projetos de infraestruturas de transportes integrados em larga escala, de grandes redes informáticas ou de projetos que obriguem a financiamentos complexos e estruturados". Para uma análise mais aprofundada acerca do instituto do diálogo concorrencial na Europa e sua potencial utilidade para o Direito brasileiro, cf. MARRARA, Thiago. **O "diálogo competitivo" como modalidade licitatória e seus impactos**. 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em: 6 jan. 2017; BOGOSSIAN, Andre Martins. O diálogo concorrencial. **Boletim de Direito Administrativo (BDA)**, v. 4, n. 26, p. 432–448, 2010.

[326] O Procedimento de Manifestação de Interesse atualmente é regulamentado pelo Decreto n° 8.428/2015. Também está previsto no artigo 31, §4º, da Lei 13.303/2016, aplicável às empresas estatais.

Já os procedimentos de pré-qualificação são uma *dissociação* da fase de habilitação do restante do procedimento licitatório, de modo que os licitantes que preencherem antecipadamente os requisitos estipulados serão considerados pré-habilitados para o certame.[327-328]

Embora os Procedimentos de Manifestação de Interesse e os procedimentos de pré-qualificação possuam finalidades distintas, ambos permitem que os particulares envolvidos conheçam de *antemão* (isto é, antes da fase externa da licitação) o universo de potenciais licitantes e dialoguem no curso desses procedimentos, facilitando o surgimento ou a consolidação de cartéis que atuarão na futura contratação pública.[329] Por essa razão, sob a ótica exclusivamente de combate a cartéis, a OCDE recomenda que sejam evitados procedimentos prévios que permitam identificar antecipadamente os potenciais licitantes.[330]

Dessa forma, caso a Administração Pública se valha do PMI ou dos procedimentos de pré-qualificação (com vistas a obter uma contratação pública mais eficiente do ponto de vista administrativista), deverá se atentar ainda mais para o risco de cartelização, reduzindo as barreiras à entrada e estruturando o projeto da maneira mais competitiva possível, a fim de permitir o ingresso na futura licitação de outros concorrentes que não participaram desses procedimentos prévios.[331-332]

---

[327] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**, p. 905.

[328] Observe-se, apenas, que o procedimento geral de pré-qualificação previsto na Lei 8.666/1993 (art. 114) é *transitório*, destinado apenas a concorrências específicas cujo objeto recomende análise mais detida da qualificação técnica dos interessados. Já o procedimento de pré-qualificação previsto no Regime Diferenciado de Contratações (art. 30) é *permanente*, podendo a Administração, inclusive, realizar licitação restrita aos pré-qualificados, nos termos de regulamento específico para esse fim (cf. REZENDE, Renato Monteiro de. **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas**, p. 36).

[329] Sobre a chance de cartelização nos Procedimentos de Manifestação de Interesse, cf. SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 196/197. Quanto à chance de cartelização nos procedimentos de pré-qualificação, cf. REZENDE, Renato Monteiro de. **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas**, p. 36/37.

[330] OCDE. **Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas**, p. 6.

[331]SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)**, p. 197.

[332] Por essa razão, anote-se que, mesmo sendo possível a realização de licitações do RDC apenas entre os interessados pré-qualificados, o legislador, acertadamente, manteve o procedimento de pré-qualificação nessa modalidade *permanentemente aberto* a novos interessados (Lei 12.462/2011, art. 30, §1°), a fim de evitar a possibilidade de estabilização de um cartel apenas entre aqueles que já se encontrarem pré-qualificados (NÓBREGA, Marcos; LIRA, Bruno. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, p. 16/17).

2.1.9.3. Participação de sindicatos e associação de classe na organização dos cartéis

Os sindicatos e as associações de classe resultam da união de pessoas para defender seus interesses comerciais em comum. A atuação de tais entidades em prol de seus membros, principalmente dos de menor poder econômico, é inquestionavelmente legítima (tanto que são protegidas constitucionalmente),[333] contribuindo para o aumento da eficiência do mercado ao promover a qualidade, inovação e concorrência.[334]

Entretanto, os sindicatos e as associações de classe podem favorecer a formação de cartéis nas contratações públicas quando servem de fórum para encontros frequentes e troca de informações comercialmente sensíveis entre seus membros, como, por exemplo, a participação em licitações. [335] Além disso, os sindicatos e as associações de classe também podem promover mecanismos de auditoria e de monitoramento do acordo colusivo, conferindo maior estabilidade ao cartel.[336]

A jurisprudência administrativa do CADE igualmente demostra que sindicatos e associações comerciais já tiveram papel central na operacionalização de cartéis atuantes em contratações públicas diversas, como nos mercados de pedra britada[337] e serviços de vigilância,[338] por exemplo.

---

[333] Constituição Federal, art. 8º.

[334] BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Direito Econômico (SDE). **Portaria SDE n° 51, de 03 de julho de 2009**, p. 9. No mesmo sentido: OCDE. **Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas**, p. 4.

[335] BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Direito Econômico (SDE). Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE). **Combate a cartéis em sindicatos e associações**. Brasília, 2009, p. 13/14. Disponível em: <http://abpa-br.com.br>. Acesso em: 1 jun. 2015. Sobre troca de informações comercialmente sensíveis e adoção de comportamentos paralelos pelos associados, inclusive nas licitações públicas, cf. MARTINS, Amanda Athayde Linhares. Prova indireta de cartel no âmbito das associações: comportamento paralelo e *plus factors*. **Economic Analysis of Law Review**, v. 2, n. 1, 2011. Disponível em: <http://portalrevistas.ucb.br>. Acesso em: 30 mar. 2016.

[336] MARTINS, Amanda Athayde Linhares. **Economic Analysis of Law Review**, p. 13.

[337] BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Processo Administrativo n° 08012.002127/2002-14.** Representante: SDE "ex officio". Representados: Sindicato da Indústria de Mineração de Pedra Britada do Estado de São Paulo e outros. Conselheiro Relator: Luiz Carlos Delorme Prado. Brasília, 13 de julho de 2005. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br>. Acesso em: 25 mar. 2016.

[338] BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Processo Administrativo n° 08012.001826/2003-10.** Representante: SDE "ex officio". Representados: Asservigs - Associação das Empresas de Vigilância do Rio Grande do Sul e outros. Conselheiro Relator: Abraham Sicsú. Brasília, 19 de setembro de 2007. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/>. Acesso em: 02 abr. 2016.

A fim de que os sindicatos e associações (além de seus membros) não sejam punidos administrativamente pelo CADE por práticas anticoncorrenciais, algumas medidas preventivas são recomendadas pelos órgãos de controle, tais como: (i) adoção de programas de *compliance* pelas entidades; (ii) rigidez na coleta e consolidação de dados de mercado (preferencialmente por meio de empresas independentes); (iii) publicação das agendas e atas de reuniões realizadas; (iv) transparência quanto aos critérios de adesão e exclusão de membros e (v) independência dos dirigentes dos sindicatos e associações, com isolamento da gestão empresarial.[339]

Esses mecanismos, ainda que não tenham o condão de evitar plenamente o surgimento de cartéis em contratações públicas, ao menos diminuem as chances de que as entidades sindicais e associativas atuem como um ambiente facilitador ao surgimento dos conluios, razão pela qual devem ser fomentados.

Aqui, encerra-se a análise das principais condições que favorecem a prática de cartéis nas contratações públicas. Este subcapítulo, como mencionado, assume importância ímpar no trabalho, porque a compreensão dessas condições é essencial para se entender como surgem e se estabilizam os cartéis atuantes contra a Administração Pública. A conclusão principal alcançada neste tópico (que inclusive converge com a de outros estudos estrangeiros) é a de que as contratações públicas são um mercado altamente propenso à cartelização,[340] havendo diversos elementos que colaboram para a estabilidade desses cartéis.[341]

2.2. Tipologia das principais práticas colusivas nas contratações públicas

A análise das principais condições ou circunstâncias que favorecem a prática de cartéis nas contratações públicas demonstrou que esse segmento do mercado é altamente suscetível e vulnerável à cartelização. De todo modo, a presença e a atuação *efetiva* de cartéis

[339] BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Direito Econômico (SDE). Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE). **Combate a cartéis em sindicatos e associações**, p. 22.
[340] OCDE. **Collusion and corruption in public procurement**, p. 73: "However, it is widely known that public procurement is a propitious scenario for cartels activities and other fraud schemes. Many factors contribute for it, such as that the government spends great amounts of resources to purchase goods and services required for its activities in a great variety of relevant areas, such as health services, education, public safety and infrastructure".
[341] HEIMLER, Alberto. **Journal of Competition Law & Economics**, p. 10.

nas contratações públicas demandam, ao lado dessas condições facilitadoras, comportamentos colusivos[342] por parte dos ofertantes.

Por mais modelos econométricos antitruste ou sistemas de fiscalização que possam existir, os cartéis em contratações públicas são um fenômeno complexo, não linear, existindo uma elevada gama de variáveis que impedem plena previsibilidade e taxatividade de comportamentos colusivos.

As condutas anticoncorrenciais adotadas pelos cartelistas nas contratações públicas podem se manifestar de diversas formas e ocorrer em diferentes fases do *iter* procedimental,[343] variando desde simples acordos pontuais e verbais, ajustados momentos antes da realização das sessões públicas das licitações, até complexos e duradouros sistemas de divisão de contratos e de repartição dos lucros obtidos ilicitamente, em alguns casos com a presença, até mesmo, de *softwares* facilitadores do gerenciamento do conluio.[344-345]

Afora a complexidade, em si, das práticas colusivas adotadas nas contratações públicas, em muitos cartéis é comum a combinação de mais de uma dessas práticas.[346] A fixação de preços, as propostas de cobertura, o direcionamento da contratação por meio de supressão de propostas, o rodízio, a divisão do mercado e a compensação por meio de subcontratações são práticas colusivas que, no mais das vezes, se complementam, sempre

---

[342] Segundo Oscar José de Plácido e Silva (**Vocabulário jurídico**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 350), o conceito de "colusão", na linguagem jurídica, possui o mesmo sentido de "conluio", trazendo em si a noção de arranjo, conchavo, combinação maliciosa entre duas ou mais pessoas com o objetivo de fraudarem ou iludirem terceiros, ou de se furtarem ao cumprimento da lei. Por essa razão, pode-se falar em práticas ou comportamento "colusivos" no âmbito das contratações públicas para identificar determinados tipos de ajustes anticompetitivos celebrados entre concorrentes com o objetivo de fraudar a competitividade prévia aos contratos celebrados com a Administração Pública.

[343] FREITAS, Rafael Véras de. O combate aos cartéis nas licitações: visando à Copa do Mundo de 2014 e às Olimpíadas de 2016. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, p. 176/179.

[344] CECCATO, Marco Aurélio. **Cartéis em licitações: estudo tipológico das práticas colusivas entre licitantes e mecanismos extrajudiciais de combate**, p. 10.

[345] Na jurisprudência do CADE, um exemplo de caso em que houve a utilização de softwares facilitadores de cartéis é o do "cartel das pedras britadas" (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Processo Administrativo n° 08012.002127/2002-14**).

[346] Cf. NUNES, Daniele de Oliveira. **Revista de Defesa da Concorrência**, p. 200.

para atingir um mesmo resultado: transferência ilegítima de recursos para os membros do conluio e consequente prejuízo suportado pela Administração Pública.[347-348]

Em razão de todo esse enredamento de condutas colusivas, somado à constante modificação das regras legais e editalícias relacionadas às contratações públicas, quaisquer classificações estanques das práticas adotadas pelos cartelistas seriam meramente artificiais. Por esse motivo, este subcapítulo buscará, antes, apontar e analisar *tipos* de práticas colusivas comumente verificadas nas contratações públicas, constituídos a partir de um exercício de apreensão e simplificação da realidade, com vistas a permitir um melhor entendimento do fenômeno.

Em se tratando de um estudo tipológico, não se tem aqui a pretensão de formular uma identificação fechada das práticas colusivas verificadas nas contratações públicas, mas, sim, apresentar *padrões de condutas abertos*, que podem variar e incorporar caracteres diversos conforme a situação e as condições enfrentadas em um determinado processo de contratação.[349] É o que se passa a analisar.

2.2.1. Fixação de preços

A fixação de preços é um termo genericamente empregado a uma variedade de acordos colusivos que influenciam os valores praticados pelos concorrentes em um dado mercado. A forma mais comum, como o próprio nome sugere, é um acordo sobre os preços

---

[347] BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Direito Econômico (SDE). Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE). **Combate a cartéis em licitações**. Brasília, 2008, p. 10. Disponível em: <http://www.comprasnet.gov.br>. Acesso em: 21 abr. 2015.

[348] Apenas como exemplo comparativo, nos EUA, sob o *Sherman Act*, todas as condutas mencionadas são consideradas ilícitos *per se*, que não podem ser justificadas economicamente: "under the law, price-fixing and bid-rigging schemes are per se violations of the Sherman Act. This means that where such a collusive scheme has been established, it cannot be justified under the law by arguments or evidence that, for example, the agreed-upon prices were reasonable, the agreement was necessary to prevent or eliminate price cutting or ruinous competition, or the conspirators were merely trying to make sure that each got a fair share of the market" (USA. Department of Justice. Antitrust Division. **Price fixing, bid rigging, and market allocation schemes**, p. 2).

[349] CECCATO, Marco Aurélio. **Cartéis em licitações: estudo tipológico das práticas colusivas entre licitantes e mecanismos extrajudiciais de combate**, p. 10. Registre-se que um primeiro estudo tipológico das práticas colusivas já foi objeto de análise no trabalho citado. De todo modo, nesta dissertação, houve um aprofundamento e adequação de alguns pontos enfrentados naquela oportunidade, demonstrando que o tema é abrangente e ainda necessita maiores incursões acadêmicas.

a serem cobrados de alguns ou de todos os clientes dos cartelistas (“*full agreement on price”*).[350]

Dado que as condições de mercado e custos mudam com frequência, a fixação de preços requer contatos frequentes entre concorrentes, seja pessoalmente ou por meio de alguma forma de comunicação digital.[351] Em muitos casos, os participantes de um conluio sobre preços também estabelecem algum tipo de mecanismo de monitoramento para se certificarem do cumprimento do acordo.[352]

De todo modo, para que se configure a restrição à competição por meio dessa prática colusiva, não é estritamente necessário que os concorrentes concordem em cobrar exatamente o mesmo preço de seus clientes. Podem existir outras formas parcialmente restritivas à política de preços (“*partial agreement on price”*),[353] como, por exemplo, eliminação ou redução de descontos; manutenção rígida de preços já praticados; adoção de uma fórmula padrão para o cálculo dos preços; manutenção de um padrão de preços entre diferentes tipos, tamanhos ou quantidades de produtos; adesão a tabela de preços; restrição das condições de crédito e vedação a anúncios de valores praticados.[354]

Embora esses acordos *parciais* não eliminem completamente a concorrência, certamente diminuem o nível de competição entre os agentes do mercado, tendo como maior vantagem o fato de não requererem contatos tão frequentes entre os membros do cartel e nem uma formalização e fiscalização mais constantes do conluio. Portanto, com acordos apenas parciais sobre preços a serem praticados, a produção de provas contra esses cartelistas se torna ainda mais difícil.[355]

É possível inferir, até aqui, que a fixação de preços (total ou parcial) é uma prática trivial de cartéis atuantes em quaisquer segmentos, e não apenas no setor de contratações públicas. Contudo, ainda que não seja uma prática exclusiva dos cartéis em

---

[350] HEIMLER, Alberto. **Journal of Competition Law & Economics**, p. 3.
[351] HEIMLER, Alberto. **Journal of Competition Law & Economics**, p. 3.
[352] USA. Department of Justice. Antitrust Division. **Price fixing, bid rigging, and market allocation schemes**, p. 2.
[353] HEIMLER, Alberto. **Journal of Competition Law & Economics**, p. 3.
[354] USA. Department of Justice. Antitrust Division. **Price fixing, bid rigging, and market allocation schemes**, p. 2.
[355] HEIMLER, Alberto. **Journal of Competition Law & Economics**, p. 3.

contratações públicas, é certo que a fixação de preços também afeta em grande medida esse segmento.

Tanto em licitações públicas como em contratações públicas diretas, agentes de mercado podem igualmente combinar entre si os preços que serão ofertados ao contratante público, com o objetivo de reduzir a possível competitividade entre eles e a agressividade das propostas. A política adotada pelos cartelistas, geralmente, é o aumento arbitrário de preços, sua estipulação em patamares mínimos ("preço base") ou a vedação de descontos.[356]

É importante frisar que não apenas em contratações precedidas de licitação é que a fixação de preços pelos concorrentes pode se materializar. É possível, por exemplo, que os membros do conluio ofertem à Administração preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional para forçar a contratação direta de um deles, por dispensa de licitação.[357] Também nos casos de contratação de serviços técnicos especializados com profissionais ou empresas de notória especialização, por inexigibilidade,[358] é possível visualizar um acordo entre esses profissionais de notória especialização quanto ao preço a ser cobrado do contratante público, a fim de evitar uma disputa por preços.

No entanto, deve-se frisar que o simples fato de os preços ofertados nas contratações públicas serem maiores que os preços praticados no mercado privado não pode, necessariamente, ser tido como uma *prova* de conluio. Mesmo nas contratações públicas em que cartéis não atuam, os preços praticados no segmento público são comumente maiores que os preços do mercado privado, porque os contratos administrativos, em geral, impõem encargos burocráticos maiores e uma alocação de riscos diversa da que se verificaria exclusivamente entre contratantes privados, inclusive em função da existência de cláusulas exorbitantes.

Tais riscos, em maior ou menor grau, podem legitimamente repercutir nos preços praticados. O que não se pode admitir são preços previamente e desarrazoadamente

---

[356] USA. Department of Justice. Antitrust Division. **Preventing and detecting bid rigging, price-fixing, and market allocation in post-disaster rebuilding projects**, p. 4. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/disaster_primer.pdf>. Acesso em: 4 jul. 2015.
[357] Lei 8.666/1993, art. 24, VII.
[358] Lei 8.666/1993, arts. 13 e 25, II.

fixados pelos concorrentes com o objetivo de fraudar o caráter competitivo das contratações públicas e garantir uma lucratividade ilícita.

Outra peculiaridade da fixação de preços no âmbito das contratações públicas é que ela pode afetar os processos licitatórios mesmo durante a sua *fase interna*, com custosas consequências ulteriores.

A lei geral de licitações prevê uma série de atos formalmente balizados, em maior ou menor medida, pela pesquisa prévia de preços realizada pela Administração, que apura o chamado "preço de referência". Dentre os atos balizados pela pesquisa de mercado e pelo preço de referência, destacam-se a aferição da possibilidade de dispensa[359] ou de inexigibilidade[360] de licitação; a escolha da modalidade licitatória compatível;[361] o valor orçamentário que deve ser reservado,[362] a aceitabilidade das propostas[363] e o preço máximo para adjudicação do objeto.[364]

Nos cenários em que exista um cartel atuante na fase interna dos processos de contratação pública, fixando preços artificialmente acima do valor de mercado, evidentemente que a pesquisa de preços realizada pela Administração resultará em um preço de referência mais elevado do que o esperado, o que pode repercutir em todos os atos acima indicados.

---

[359] Conforme arts. 23, I e II, e 24, I e II, da Lei 8.666/1993, com redação dada pela Lei 9.648/98, como regra geral (excetuadas as empresas estatais, consórcios públicos e agências executivas) podem ser contratadas diretamente, por dispensa de licitação, obras e serviços de engenharia de até R$ 15.000,00 e outros serviços e compras de até R$ 8.000,00, desde que não se refiram a parcelas que possam ser contratadas de uma só vez (vedação ao fracionamento de despesas).

[360] Se a pesquisa de mercado concluir que existe apenas um único fornecedor para suprir uma dada necessidade da Administração, a competição é *inviável*, não havendo que se cogitar a realização de processo licitatório, pois a licitação existe como valor jurídico somente se for possível garantir uma seleção isonômica em um universo com mais de um possível fornecedor. A contratação por inexigibilidade não é uma opção a cargo do administrador, mas, sim, uma obrigação legal sempre que a competição for inviável, inclusive como decorrência do princípio constitucional da eficiência (MENDES, Renato Geraldo. **O processo de contratação pública**, p. 340 e 367). Não é dado ao administrador público realizar uma licitação meramente *pro forma* quando sabe, de antemão, que a competição é inviável, pois tal configuraria ineficiência administrativa, por gasto indevido de tempo e de recursos públicos.

[361] Com relação às modalidades "clássicas" (convite, tomada de preços e concorrência), os limites de valores estimados da contratação são dados pela Lei 8.666/1993, art. 23, I e II.

[362] Lei 8.666/1993, art. 14.

[363] Lei 8.666/1993, art. 48, II.

[364] Lei 8.666/1993, art. 40, X.

De fato, se um cartel já existe e está consolidado em um dado segmento comercial ou em uma dada localidade, é muito provável que, durante a pesquisa de preços promovida pelo ente público, os cartelistas informarão ao pesquisador preços superestimados praticados naquele mercado. Essa conduta fraudulenta permitirá a incorporação do sobrepreço informado pelos cartelistas ao próprio preço de referência da Administração, o qual, posteriormente, servirá de parâmetro para a reserva orçamentária e para o valor máximo de contratação.

Portanto, a maior gravidade desse preço de referência manipulado pelos cartéis, durante a fase interna das contratações públicas, é a *desindexação* entre a realidade de mercado e o valor de adjudicação do objeto. Perceba-se: em havendo um preço de referência inflacionado, os integrantes do cartel podem, na fase externa da licitação, apresentar propostas com o sobrepreço incorporado, com a falsa aparência de se tratar de um preço competitivo.

Essa desindexação entre o preço de referência orçado pela Administração e a realidade de mercado, causada por pesquisas e sistemas oficiais de preços deficientes, é uma das principais razões pelas quais os órgãos policiais e de controle possuem uma grande dificuldade em identificar e punir os cartéis em contratações públicas. Em grande parte dos casos, os preços ofertados pelos cartelistas estão *formalmente* dentro do valor de referência apurado pela Administração Pública, mas ainda assim bastante acima daquele que seria possível em uma contratação ótima na qual não houvesse fraudes.[365]

Nota-se, então, que uma pesquisa de preços deficiente, por repercutir diretamente no preço de referência e indiretamente no valor de adjudicação do objeto, pode ser instrumento legal manejado pelos cartelistas para garantir uma posterior lucratividade ilícita.[366]

---

[365] SILVA FILHO, Laércio de Oliveira e; LIMA, Marcos Cavalcanti; MACIEL, Rafael Gonçalves. Efeito barganha e cotação: fenômenos que permitem a ocorrência de superfaturamento com preços inferiores às referências oficiais. **Revista do TCU**, v. 42, n. 119, 2010, p. 29. Disponível em: <http://revista.tcu.gov.br>. Acesso em: 8 fev. 2016.

[366] CECCATO, Marco Aurélio. **Cartéis em licitações: estudo tipológico das práticas colusivas entre licitantes e mecanismos extrajudiciais de combate**, p. 17/18. Sobre as pesquisas de preços deficientes e suas implicações (que possuem intrínseca relação com o *modus operandi* dos cartéis em contratações públicas), confira-se a seguinte observação de Carlos Pinto Coelho Motta (Consistência e aceitabilidade dos preços nas licitações públicas: disfunções do comportamento administrativo. **Boletim de Licitações e Contratos (BLC)**,

Há ainda um agravante: como mencionado anteriormente, devido à rigidez do processo licitatório, ainda que a Administração passe a suspeitar dos preços ofertados pelos licitantes no curso da fase externa da licitação, sem elementos concretos ela não poderá adotar nenhuma contramedida estratégica imediata caso os preços apresentados pelos cartelistas estejam dentro dos valores orçados durante a fase interna da licitação. Em outras palavras, ainda que haja suspeitas quanto à idoneidade das propostas apresentadas, a Administração ficará refém do próprio preço de referência artificialmente obtido, o que muito provavelmente será explorado oportunistamente pelos integrantes do cartel.

O risco de existência de pesquisas de preços deficientes, muitas vezes capturadas por cartelistas, é o que o leva a OCDE a recomendar que somente sejam adotados preços máximos de contratação quando estes forem obtidos a partir de uma criteriosa pesquisa de mercado e desde que os agentes públicos da entidade contratante estejam convencidos de que se tratam de preços *efetivamente competitivos*.[367] No entanto, essa recomendação da OCDE parece ser de difícil aplicação no Brasil, pois em nosso ordenamento jurídico a regra geral ainda é a estipulação de preços máximos nas contratações públicas, haja vista a necessidade de previsão orçamentária prévia.[368]

Por fim, a fixação de preços pelos cartelistas ainda na fase interna da licitação, com a consequente artificialização do preço de referência orçado pela Administração,

---

2010, p. 438): "Efetivamente, a Administração, em razão de crônicas deficiências em seu sistema de custos e em suas pesquisas de mercado – e ao arrepio da Lei de Responsabilidade Fiscal –, muitas vezes se omite ou se engana em seus cálculos de viabilidade técnica e econômico-financeira do objeto, seja ele obra, serviço, compra, concessão ou parceria; e acaba por fornecer, no edital, um esboço impreciso do valor estimado do objeto e, de forma ainda mais vaga e tênue, dos fatores determinantes da aceitabilidade dos preços".

[367] OCDE. **Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas**, p. 9.

[368] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**, p. 528: "A ideia de fixação de preço máximo é perfeitamente adequada. Se a Administração apenas pode realizar a licitação se houver previsão de recursos orçamentários, é inevitável a fixação de preços máximos. É o único meio de evitar o risco de contratações destituídas de cobertura orçamentária". Vale apontar que o preço máximo de adjudicação não necessariamente coincide com o preço de referência ou valor orçado, como se infere de precedente do Tribunal de Contas da União: "'orçamento' ou 'valor orçado' ou 'valor de referência' ou simplesmente 'valor estimado' não se confunde com 'preço máximo'. O 'valor orçado', a depender de previsão editalícia, pode eventualmente ser definido como o 'preço máximo' a ser praticado em determinada licitação, mas não necessariamente. Num dado certame, por exemplo, o preço máximo poderia ser definido como o valor orçado acrescido de determinado percentual. São conceitos, portanto, absolutamente distintos, que não se confundem" (BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Acórdão n° 392/2011**, p. 14. Ministro Relator: José Jorge. Brasília, 16 de fevereiro de 2011. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br>. Acesso em: 02 abr. 2016.). No mesmo sentido, v. MENDES, Renato Geraldo. **O processo de contratação pública**, p. 328.

também embaraça a análise da real aceitabilidade e exequibilidade das propostas apresentadas pelos demais concorrentes durante a fase externa da licitação.[369]

O preço de referência, como mencionado anteriormente, assume no âmbito do procedimento licitatório também a função de critério de aceitabilidade das propostas, permitindo a desclassificação daquelas propostas "com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexequíveis".[370] Além disso, os "preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional" permitem também, como visto, a contratação direta de um fornecedor por dispensa de licitação.[371]

Nesse contexto, se os membros do cartel oferecem orçamentos fictícios à Administração e, com isso, manipulam o preço de referência por ela adotado, há aqui outro claro prejuízo: a aferição *real* do que seria ou não um preço "manifestamente superior" ou "manifestamente inexequível" torna-se prejudicada (o que, mesmo em condições ideais, já seria dificultoso).[372] Ou seja, se a análise da aceitabilidade ou exequibilidade das propostas for feita a partir de um preço de referência artificial, o resultado dela não corresponderá à realidade do mercado, em notório prejuízo à Administração Pública.

A situação mencionada também é potencialmente danosa aos licitantes idôneos, não-cartelizados. Imagine-se um cenário em que o valor de mercado de um determinado produto ou serviço seja "x". Durante a etapa de pesquisa de preços, se os membros do conluio concordam em orçar referido produto ou serviço com um sobrepreço de 30% ("1,3x"), majorando-se, assim, o preço de referência da Administração, é possível que, posteriormente, na fase externa de análise das propostas de preços, os próprios cartelistas aleguem, com base na lei geral de licitações, a inexequibilidade da proposta de um licitante idôneo (ou traidor do conluio) que ofereceu um valor de "0,9x" por aquele produto ou serviço, já que esse preço estaria 70% abaixo do valor orçado (artificialmente) pela Administração.[373] Em um cenário sem a atuação de cartéis, a proposta "agressiva" desse

---

[369] CECCATO, Marco Aurélio. **Cartéis em licitações: estudo tipológico das práticas colusivas entre licitantes e mecanismos extrajudiciais de combate**, p. 18/19.
[370] Lei 8.666/1993, art. 48, II.
[371] Lei 8.666/1993, art. 24, VII.
[372] Sobre as dificuldades que envolvem o chamado "preço de mercado" nas contratações públicas, cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**, p. 303/304 e 626.
[373] Lei 8.666/1993, art. 48, §1º, "b".

competidor (denominado "*maverick*" no jargão concorrencial)[374] não poderia ser desclassificada sob esse argumento.

Evidentemente, o exemplo ilustrado acima configura um cenário extremo, mas ainda assim crível, já que para sua concretização basta a compreensão e manejo dos dispositivos da própria lei geral de licitações que tratam da inexequibilidade de propostas.[375] Aliás, a fragilidade ante os cartéis e a possibilidade real de desclassificação de um concorrente idôneo podem ser mais um argumento a favor daqueles que defendem a revisão dos dispositivos da lei de licitações que cuidam da desclassificação de propostas por preços supostamente inexequíveis.[376]

Expostas todas essas implicações práticas, conclui-se que embora a fixação de preços não seja uma prática exclusiva dos cartéis atuantes em contratações públicas, ela assume uma feição própria nesse segmento, devendo ser adequadamente compreendida pelas autoridades de controle para que possa ser identificada e sancionada.

2.2.2. Propostas fictícias ou de cobertura ("cover bidding" **ou** *"complementary bidding")*

As propostas fictícias ou de cobertura são comumente adotadas pelos concorrentes reunidos em conluio nas contratações públicas. Também podem ser denominadas de propostas "*pro forma*", "complementares", "de cortesia", "figurativas" ou "simbólicas".[377]

---

[374] "The viability of cartels is often limited by the presence of so called "mavericks", i.e. firms that are difficult to discipline as have more to gain from undercutting a cartel (or less to gain from being part of it)" (ALBANO, G. L. *et al*. Preventing collusion in procurement: a primer. **Handbook of Procurement – Cambridge University Press**, 2006, p. 14. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=896723>. Acesso em: 18 mar. 2015).

[375] Em cenário análogo sobre a manipulação das regras sobre inexequibilidade de propostas, os pesquisadores do IPEA Eduardo Fiuza e Bernardo Medeiros (**A agenda perdida das compras públicas**: rumo a uma reforma abrangente da lei de licitações e do arcabouço institucional, 2014, p. 87. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br>. Acesso em: 20 fev. 2015) também chegaram a essa mesma conclusão: "A regra de rejeição automática brasileira também é vulnerável a manipulações de licitantes em conluio para desclassificar concorrentes. Conforme aponta Justen Filho (2005), alguns dos licitantes em conluio podem fazer lances bem altos (*shill bids*), jogando para cima a média, de modo que o licitante mais agressivo (*maverick*, no jargão da defesa da concorrência) caia na cauda inferior da distribuição, abaixo do limiar de 70% e seja desclassificado. O membro designado pelo *bidding ring* (cartel de licitação) dá um lance um pouco mais baixo que os seus cúmplices e arremata o contrato".

[376] CECCATO, Marco Aurélio. **Cartéis em licitações: estudo tipológico das práticas colusivas entre licitantes e mecanismos extrajudiciais de combate**, p. 19.

[377] OCDE. **Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas**, p. 2.

Segundo a OCDE, essa prática colusiva se materializa quando um dos concorrentes apresenta: (i) uma proposta mais alta do que aquela do cartelista designado para ser contratado; (ii) uma proposta deliberada e demasiadamente elevada, sabendo de antemão que ela não poderá ser aceita pelo contratante público; ou (iii) uma proposta que contém condições específicas ou outros elementos que, igualmente, também se sabe de antemão que não poderão ser aceitos pelo comprador. Em todas essas condutas, a intenção dos membros do conluio é conferir uma aparência de competitividade nos certames, o que dificulta a descoberta da fraude pelo contratante.[378]

Nos casos de contratações pautadas no menor preço, há plena compatibilidade dessas práticas apontadas pela OCDE com a lei geral de licitações brasileira, porque uma proposta mais alta que a de outro concorrente simplesmente não pode ser declarada vencedora, em razão do julgamento objetivo e da necessidade de adjudicar o objeto ao detentor da melhor proposta.[379] Já as propostas excessivamente elevadas são sumariamente desclassificadas,[380] o mesmo ocorrendo com relação àquelas que possuem condições específicas ou outros elementos não previstos no edital.[381-382]

Repare-se que, sob a ótica da Administração Pública, declarar vencedora uma empresa que ofereceu o menor preço entre seus concorrentes, ainda que as demais propostas sejam meramente de cobertura, confere ao administrador a aparência e a sensação de que o

---

[378] OCDE. **Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas**, p. 2. No mesmo sentido, v. HEIMLER, Alberto. **Journal of Competition Law & Economics**, p. 4.
[379] Lei 8.666/1993, arts. 3º; 43, V e VI e 45, dentre outros.
[380] Lei 8.666/1993, art. 48, II, primeira parte.
[381] Lei 8.666/1993, art. 43. IV.
[382] CECCATO, Marco Aurélio. **Cartéis em licitações: estudo tipológico das práticas colusivas entre licitantes e mecanismos extrajudiciais de combate**, p. 11: "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 n° 8.666/1993 e no art. 4º da Lei n° 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". No mesmo sentido também sustenta Ana Paula Martinez (**Repressão a cartéis**, p. 48): "Na apresentação de propostas pró-forma, o membro do cartel apresenta proposta que, contudo, contém erros que provocam a desqualificação do agente econômico do certame – o agente deixa de apresentar documentos obrigatórios exigidos no edital, por exemplo (o efeito é o mesmo causado pelo mecanismo de supressão de propostas, em que um determinado membro do cartel deixa de apresentar lance que, ausente o acordo, teria submetido ao agente público)".

processo de contratação se deu de modo regular e atingiu o seu objetivo: a obtenção da melhor proposta. Contudo, em realidade, a proposta declarada vencedora pela Administração, nesse cenário, não é efetivamente a melhor possível, já que as demais propostas concorrentes foram meramente *pro forma*. É desse panorama que advém a conclusão de que os cartéis geralmente atuam de modo dissimulado, conferindo apenas uma aparência de competitividade nas contratações públicas.

Mesmo na modalidade pregão, que fugiu da lógica das modalidades licitatórias clássicas e inovou o ordenamento licitatório brasileiro ao prever a inversão de fases e a possibilidade de lances sucessivos, as propostas fictícias também podem ser adotadas como expediente fraudulento, mas sob uma lógica peculiar, ao que se denominou "bloqueio" em pregões presenciais.[383] Para a compreensão dessa fraude, é necessário, antes, uma breve explanação sobre o procedimento dessa modalidade.

A Lei 10.520/02 instituiu no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios o pregão presencial, sendo essa modalidade caracterizada por um leilão em dois estágios. Em um primeiro momento, ocorre a apresentação de propostas fechadas pelos licitantes, as quais, após abertas, são classificadas em ordem crescente de valores, tal como ocorre nas modalidades clássicas ("leilão fechado de primeiro preço"). Em um segundo momento, promove-se uma etapa competitiva em que os licitantes oferecem lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor ("leilão oral aberto descendente").[384]

Deve-se enfatizar, contudo, que pelo procedimento do pregão presencial apenas o licitante que apresentou a proposta de menor valor e os demais licitantes que apresentaram ofertas até 10% (dez por cento) superior àquela é que poderão participar da etapa de lances orais abertos.[385] Inexistindo ao menos três propostas dentro desse intervalo,

---

[383] Na jurisprudência administrativa do CADE, um caso de "bloqueio" em pregões presenciais ocorreu no chamado "cartel dos aquecedores solares" (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Processo Administrativo n° 08012.001273/2010-24.** Representante: Grupo Especial de Delitos econômicos - GEDEC/MP/SP. Representados: Tuma Instalações Térmicas Ltda. e outras. Conselheiro Relator: Márcio de Oliveira Júnior. Brasília, 05 de agosto de 2015. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br>. Acesso em: 02 abr. 2016).

[384] MATTOS, César. **Modalidades de licitação e cartéis no Brasil**, p. 6/7.

[385] Lei 10.520/2002, art. 4º, VIII.

poderão os autores das melhores propostas, até o máximo de três, participar da etapa de lances verbais e sucessivos, quaisquer que sejam os preços oferecidos.[386]

Existe, portanto, uma restrição do número de concorrentes no segundo momento competitivo do pregão presencial. É justamente no contexto dessa *filtragem* de participantes entre as duas fases que os cartéis buscarão praticar o mencionado "bloqueio", já que, inexistindo uma garantia de participação no segundo estágio, há aí um fator de instabilidade e de riscos para o cartel.[387]

O bloqueio em pregões presenciais consiste, basicamente, na atuação concertada entre a empresa principal designada para vencer a licitação e pelo menos outros dois agentes, os quais, em geral, mantêm alguma relação comercial com a principal (distribuidoras, por exemplo), não descartada também a possibilidade de as demais serem apenas empresas fantasmas.[388] A finalidade desse bloqueio é impedir que licitantes não integrantes do cartel sejam escolhidos para a (segunda) fase de lances verbais do pregão presencial, restringindo, assim, a disputa por preços e a competitividade naquele certame.[389]

As empresas reunidas em conluio e que visam ao bloqueio dos demais licitantes podem, por exemplo, fixar os preços das suas propostas em patamares inferiores àqueles esperados para as propostas iniciais de seus concorrentes, de forma que apenas os cartelistas sejam selecionados para participar da fase de lances verbais sucessivos (etapa na qual efetivamente ocorreria a disputa por preços e a economia para a Administração Pública).[390]

---

[386] Lei 10.520/2002, art. 4º, IX.
[387] MATTOS, César. **Modalidades de licitação e cartéis no Brasil**, p. 7.
[388] A criação fraudulenta de pessoas jurídicas para participar de contratações públicas será analisada, mais adiante, como sendo uma prática acessória aos cartéis em contratações públicas.
[389] BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Direito Econômico (SDE). **Portaria SDE n° 51, de 03 de julho de 2009**, p. 7/8.
[390] Marçal Justen Filho (**Pregão**, p. 124) bem aponta duas práticas colusivas que podem ser utilizadas pelos concorrentes na modalidade pregão: "Um expediente reprovável que tem sido utilizado na prática é conhecido como 'escadinha'. Trata-se da conjugação de empresas diversas para formulação de propostas de modo articulado e preordenado. Todas formulam lances de valor próximo, com a perspectiva de monopolização da etapa de lances. Desse modo, excluirão a participação de outros licitantes na disputa efetiva, impondo à Administração a frustração da competição. Em muitos casos, a 'escadinha' é acompanhada do chamado 'mergulho', em que um dos licitantes formula proposta absolutamente inexequível – destinada apenas a produzir a ausência de uma pluralidade de sujeitos classificados para a fase subsequente. Daí, a 'disputa' se faria entre o autor da proposta inexequível e outros licitantes a ele vinculados".

Uma vez que tal estratégia de filtragem tenha sido bem-sucedida, os membros do conluio possuem condições de impedir que o preço de adjudicação seja reduzido ainda mais, direcionando o contrato para uma das empresas integrantes do acordo colusivo. Naturalmente, para evitar essa redução de valores (que estaria presente em um cenário de competição legítima), os cartelistas tenderão a apresentar nenhum ou poucos lances verbais redutores na segunda fase do pregão presencial, o que pode ser levado em consideração pelas autoridades de controle como um indício de colusão.[391-392]

Deve-se atentar para o fato de que o bloqueio em pregões presenciais se dá essencialmente por meio de uma combinação entre a fixação de preços e a apresentação de propostas de cobertura. A fixação de preços ocorre a partir do momento em que os cartelistas ajustam entre si os valores a serem apresentados na primeira etapa do pregão presencial, com o objetivo de impedir a participação de outros licitantes na segunda etapa de lances. De outro lado, as propostas dos agentes que não foram designados para vencer a licitação serão claramente propostas de cobertura, já que o único objetivo delas é conferir uma aparência de competitividade na segunda etapa do pregão presencial e, com isso, impedir a real concorrência no certame.

Nota-se que o bloqueio em pregões presenciais somente é possível pelo fato de o procedimento dessa modalidade ser fragmentado em duas etapas, com uma metodologia de filtragem de participantes entre elas. Essa vulnerabilidade no procedimento do pregão presencial, no entanto, não foi transposta para o pregão eletrônico (ao menos não no âmbito da União), já que, de acordo com o Decreto Federal 5.450/2005, todos os licitantes que

---

[391] BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Direito Econômico (SDE). **Portaria SDE n° 51, de 03 de julho de 2009**, p. 8.

[392] Um exemplo simbólico de bloqueio em pregão presencial foi elaborado por César Mattos (**Modalidades de licitação e cartéis no Brasil**, p. 7/8), culminando com importante proposta de alteração legislativa: "Três empresas (incluindo empresas fantasmas criadas apenas para a função de se fingir de licitante e fazer propostas fictícias) podem hipoteticamente entrar em conluio para inviabilizar a passagem de um quarto licitante com potencial de ganhar a licitação para a segunda fase, o que resultaria em um preço maior para a administração. Por exemplo, se os três players em conluio fizerem propostas de $100, $105 e $109, enquanto a quarta empresa independente faz uma proposta de $111, esta última está fora do segundo estágio. Suponha que as três não façam lances na segunda fase. Se as duas empresas que fizeram os lances de $100 e $105 estiverem com documentos insuficientes para a habilitação, conseguiu-se afastar a quarta empresa que não integrava o cartel e a empresa que fez o lance de $ 109 ganha o certame sem disputa no segundo estágio. A atuação das duas primeiras empresas se destinava apenas a desclassificar a quarta independente. Se esta última entrasse na segunda fase haveria alguma probabilidade de disputa. Naturalmente a solução deste problema seria determinar a repetição do segundo estágio do leilão toda vez que houvesse desclassificação do vencedor do certame, o que poderia ser uma importante mudança legal".

apresentarem propostas válidas nos pregões eletrônicos poderão participar da fase de lances, sem qualquer filtragem entre etapas.[393]

Essa salutar adequação promovida no procedimento do pregão eletrônico federal nulifica a possibilidade de bloqueio pelos cartelistas e aumenta o número de participantes na fase de lances, gerando ainda mais instabilidade para o cartel. Além disso, os licitantes podem oferecer lances simultâneos e de maneira anônima[394] no pregão eletrônico, o que também diminui as margens de sucesso de um acordo colusivo, já que a previsibilidade e controle do comportamento dos concorrentes é eficazmente reduzida.[395]

As inovações trazidas pelo pregão presencial (inversão de fases e lances abertos sucessivos) e também pelo pregão eletrônico (retirada do processo de filtragem e permissão de lances simultâneos e anônimos) foram e ainda são essenciais para se questionar o procedimento licitatório clássico estipulado pela Lei 8.666/1993 e sua eficácia contra a atuação de cartéis, notoriamente contra a apresentação de propostas fictícias ou de cobertura.

Tanto foram importantes essas inovações introduzidas pela modalidade pregão que, em períodos mais recentes, as Leis 12.462/2011 (RDC) e 13.303/2016 (empresas estatais) conferiram maior liberdade à Administração para optar por um modo de disputa aberto, fechado ou por uma combinação entre ambos (preferencialmente sob a forma eletrônica), permitindo ao contratante público otimizar o processo de contratação e também diminuir as chances de êxito de cartéis.

2.2.3. Supressão de propostas ("bid suppression")

A supressão de propostas consiste em um acordo colusivo pelo qual um ou mais concorrentes propositalmente se abstêm de participar de um processo de contratação pública ou, então, desistem de uma proposta apresentada previamente, de modo a facilitar a seleção, pela Administração Pública, de um cartelista previamente escolhido pelos seus

[393] Decreto 5.450/2005, arts. 23 e 24.
[394] Decreto 5.450/2005, art. 23, §5º.
[395] MATTOS, César. **Modalidades de licitação e cartéis no Brasil**, p. 11.

pares. Essencialmente, por meio desta prática há uma redução do número de ofertas levadas à apreciação final do contratante público.[396-397]

Ainda que a supressão de propostas dê a preferência a um dos membros do cartel de participar em uma dada contratação pública, diminuindo o número de concorrentes que eram esperados e direcionando a seleção do vencedor, evidentemente ela não é suficiente, por si só, para impedir que outros concorrentes idôneos deixem de apresentar suas propostas à Administração.

Por esse motivo, em havendo a participação no certame de concorrentes não integrantes do acordo colusivo, os membros do cartel, visando à manutenção de sua posição privilegiada, podem unir esforços para questionar administrativa e/ou judicialmente as propostas desses concorrentes idôneos ou, então, forçar suas desistências por métodos coercitivos indiretos, como, por exemplo, deixando de fornecer insumos necessários à execução do contrato ou negando subcontratações de que aqueles dependam.[398]

Sendo bem-sucedida a estratégia colusiva por meio da supressão de propostas, o cartel deve proceder à compensação financeira daqueles membros do conluio que deixaram de concorrer no processo de contratação pública. Essa compensação pode se dar pelo estabelecimento de um rodízio em uma próxima contratação pública (como se verá na sequência), pelo rateio direto do lucro obtido ou, ainda, por subcontratações daqueles que se abstiveram de participar do processo competitivo.[399]

Especialmente na modalidade licitatória *leilão*, em que o vencedor é aquele que oferece o *maior lance* à Administração Pública,[400] é possível existir ainda um mecanismo peculiar de compensação denominado internacionalmente de reunião de "knock-

---

[396] OCDE. **Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas**, p. 2.
[397] Reitere-se que a Lei 8.666/1993, em seu art. 95, p. único, prevê um crime específico para "quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida", disposição essa que já era prevista desde o Código Penal de 1940 (art. 335, p. único).
[398] HEIMLER, Alberto. **Journal of Competition Law & Economics**, p. 4.
[399] OCDE. **Public procurement**, p. 35/36.
[400] O leilão é a modalidade destinada (i) à venda de bens móveis inservíveis para a Administração, (ii) de produtos legalmente apreendidos ou penhorados e (iii) de bens imóveis derivados de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento, conforme dispõe a Lei 8.666/1993, arts. 19 e 22, §5º. Na modalidade leilão, de maneira reversa à lógica até aqui estudada, o objetivo dos cartelistas é que entre eles seja oferecido o *menor* valor possível à Administração pelo objeto visado.

out".[401] Nessa reunião, os cartelistas promovem apenas entre eles um segundo leilão oculto, para atribuir o objeto leiloado àquele que efetivamente oferecer o maior valor, repartindo-se entre os demais membros do conluio a diferença entre o preço final da licitação pública e o lance ganhador no leilão privado oculto ("pool split").[402]

Nos leilões, portanto, há uma forma de atuação específica do cartel. Em um primeiro momento, os cartelistas se abstêm de ofertar lances maiores e competitivos perante a Administração Pública, para que o valor de adjudicação do objeto leiloado seja o menor possível. Em um segundo momento, em um leilão privado oculto ("knock-out"), os cartelistas competem apenas entre si, repartindo-se a diferença existente entre o lance público oficial registrado (mais baixo) e o lance vencedor oculto (mais alto). Nesse cenário, todos os membros do cartel ganham, alocando-se o prejuízo (ou ao menos o menor ganho possível) para a Administração Pública.

Também pode restar configurada a supressão de propostas quando os concorrentes desistem, *no curso do processo competitivo*, de uma proposta apresentada previamente. Neste caso específico, a prática recebe o nome, internacionalmente, de *"bid withdrawal"*.[403]

No Brasil, a regra jurídica geral é a de que as propostas de contrato obrigam os proponentes.[404] Contudo, o processo licitatório público promove uma *dissociação temporal* entre o momento de apresentação da proposta e o de sua aceitação pela Administração (com uma série de atos intermediários), havendo o risco de que o licitante desista de sua proposta antes do consentimento por parte do contratante público.[405]

---

[401] OCDE. **Competition in bidding markets**. 2006, p. 24. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/abuse/38773965.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2015: "Bid suppression schemes may be complemented with a system for payments to compensate members. Alternatively, the complementary system could involve knock-out auctions, that is, private auctions in which the cartel member with the highest value "wins" the object (becomes the cartel's designated winner) and compensates the other members. If side payments, knockout auctions or pre-auction meetings are infeasible, a bidding ring could operate a bid rotation scheme, where each member is the designated winner at certain auctions." A prática de knock-out também é informada por NÓBREGA, Marcos; LIRA, Bruno. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, p. 8/9.

[402] KOVACIC, William E *et al*. **Bidding rings and the design of anti-collusive measures for auctions and procurements**. 2006, p. 9. Disponível em: <https://faculty.fuqua.duke.edu>. Acesso em: 6 abr. 2015.

[403] OCDE. **Guidelines for fighting bid rigging in public procurement**, p. 11.

[404] Lei 10.406/2002 (Código Civil), art. 427.

[405] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**, p. 585.

Por essa razão, a lei geral de licitações acertadamente determinou que, após a fase de habilitação, os licitantes não podem desistir da proposta apresentada, salvo por motivo justo decorrente de fato superveniente e aceito pela comissão.[406] Assim, até a conclusão da fase de habilitação (que se dá com a decisão proferida pela comissão julgadora),[407] o licitante possui um *direito potestativo* à desistência da proposta apresentada. Após essa fase, a desistência somente pode ser aceita desde que presentes, cumulativamente, (i) um justo motivo, (ii) decorrente de fato superveniente e (iii) mediante aceitação pela comissão julgadora, sob pena de ser considerada inválida e ineficaz.[408]

De todo modo, ainda que essas disposições da lei geral de licitações restrinjam o momento de desistência de propostas pelos licitantes, diminuindo a chance de formação e de atuação de cartéis no curso do procedimento, ainda há intervalo de tempo suficiente para que os licitantes reunidos em cartel articulem a supressão de propostas *enquanto* a comissão julgadora analisa os documentos de habilitação (etapa que, em contratações complexas, tende a levar tempo considerável).[409]

Por essa razão, diferentemente dos procedimentos clássicos da Lei 8.666/1993, as modalidades que preveem a inversão de fases (notoriamente o pregão e o Regime Diferenciado de Contratações) são menos suscetíveis à supressão de propostas e à cartelização no curso do procedimento, porque, iniciando-se a etapa competitiva do procedimento com a abertura e análise das propostas de preços, não se pode admitir o direito potestativo de desistência dos licitantes, já que isso incentivaria a participação irresponsável

---

[406] Lei 8.666/1993, art. 43, §6º.

[407] Marçal Justen Filho (**Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**, p. 586) esclarece a abrangência da expressão "após a fase de habilitação" que condiciona a desistência de propostas. Segundo o autor: "Uma questão problemática envolve a fórmula legal '*Após a fase de habilitação*'. A lei se refere ao início da fase de habilitação ou ao término? Rigorosamente, a única interpretação cabível é após o término da fase de habilitação. Assim se passa porque não existe um momento exato que indique o '*início'* da fase de habilitação. Se fosse entendido que a desistência incondicionada poderia ocorrer até a abertura do envelope de habilitação, ter-se-ia uma disciplina próxima da irrelevância. Afinal, os envelopes são recebidos e, logo em seguida, abertos. Portanto, a desistência pode ser admitida até a divulgação da decisão da Comissão sobre a habilitação. Ainda que essa decisão esteja sujeita a recurso, a fase de habilitação encerra-se com a decisão – tal como o processo judicial se encerra pela sentença, independentemente de sujeitar-se essa a recurso".

[408] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**, p. 585/586.

[409] BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Direito Econômico (SDE). Coordenação-Geral de Análises de Infrações no Setor de Compras Públicas (CGCP). **Análise dos aspectos concorrenciais do PLC 32/2007**, p. 4.

nas licitações e a retirada de propostas apenas depois de conhecidos os preços dos demais competidores.[410]

Assim, nas modalidades que preveem inversão de fases, após o início das sessões públicas o direito de desistência de propostas não é potestativo e existe apenas nas hipóteses excepcionais devidamente justificadas, o que restringe de maneira eficiente a retirada colusiva de propostas e as chances de êxito dos cartéis formados no curso dos procedimentos licitatórios.[411]

Até aqui, foi analisada a supressão de propostas em hipóteses de contratações públicas precedidas de licitação. Todavia, cabe ainda destacar que caso em uma dada localidade ou segmento comercial o cartel congregue a totalidade dos concorrentes, isto é, não existam empresas que estejam fora do conluio ou que tenham interesse em participar de licitações públicas, a supressão de propostas pode ser um expediente utilizado pelos cartelistas para forçar até mesmo a *contratação direta* de um deles pela Administração Pública, por dispensa de licitação.

Isso porque a lei geral de licitações prevê que quando não acudirem interessados à licitação anterior e, justificadamente, uma nova licitação não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, é possível a contratação direta de um particular.[412] A norma em comento permite que os cartelistas ajustem entre si que nenhum deles deverá participar da licitação, abrindo, assim, na sequência, a possibilidade de contratação direta de qualquer um deles.[413]

---

[410] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**, p. 586/587.

[411] Deve-se enfatizar que essa restrição quanto à desistência potestativa das propostas, no curso dos procedimentos que preveem a inversão de fases, não impede a supressão *ab initio* de propostas para os cartéis formados em momento anterior à licitação. Neste último caso, o acordo colusivo será para que os concorrentes sequer apresentem propostas ao contratante público, o que torna irrelevante a possibilidade de desistência.

[412] Lei 8.666/1993, art. 24, V. Cabe destacar que desde o Código de Contabilidade da União (1922) já se admitia a possibilidade de dispensa de licitação quando nenhum proponente comparecesse à licitação anterior (Decreto 4.536/22, art. 51, "e").

[413] Nesse caso, a contratação direta, no entanto, deve se dar exatamente nas mesmas condições da licitação anterior, inclusive como forma de minorar os impactos de um eventual cartel. Segundo Marçal Justen Filho, "a contratação [fundamentada no art. 24, V, da Lei 8.666/1993] tem de ser efetivada em condições idênticas àquelas da licitação anterior. A contratação direta é autorizada no pressuposto de inexistirem outros interessados em realizar a contratação *nas condições estabelecidas no ato convocatório anterior*. Portanto, a alteração das condições importaria ofensa ao princípio da isonomia [...]. Nesse ponto, evidencia-se a relevância da fixação de valores máximos a que a Administração se dispõe a desembolsar. Não teria cabimento estabelecer condições draconianas na primeira licitação e promover contratação direta sob regras mais benéficas. A fixação do valor máximo funciona como evidência objetiva da manutenção da identidade das condições" (JUSTEN

Entretanto, perceba-se que essa forma de atuação (abstenção geral) somente se mostra racional se o cartel for relativamente estável e os seus integrantes estiverem convencidos de que não há a chance de uma empresa estranha ao conluio participar da licitação, cuja vitória, nesse cenário, seria facilitada ante a ausência de concorrentes. Também por essa razão, conclui-se que a supressão de propostas é uma prática colusiva que tem maiores chances de eficácia em mercados com poucos fornecedores, nos quais o monitoramento dos interessados em participar de licitações é facilitado.

2.2.4. Propostas rotativas ou rodízio ("bid rotation")

Por meio de propostas rotativas, ou simplesmente "rodízio", os licitantes conspiradores aparentam concorrer entre si, mas combinam previamente apresentar, de maneira alternada, a proposta vencedora perante a Administração Pública.[414]

Por exemplo, as empresas A, B e C, concorrentes em um determinado segmento comercial, ajustam antecipadamente que a primeira licitação será vencida pela empresa A, a segunda pela empresa B e a terceira pela empresa C, e assim sucessivamente.[415] Em razão dessa alternância, é comum que as empresas não designadas para vencer uma dada licitação dela participem apresentando propostas de cobertura ou *pro forma*, apenas para aparentar haver concorrência no certame e acobertar o conluio.[416]

Como os participantes do cartel estabelecem a ordem em que cada um deles deverá ganhar uma determinada licitação, a prática de rodízio é facilitada quando as licitações são promovidas regularmente pelos entes públicos e os objetos licitados tiverem dimensão e escopo semelhantes,[417] já que isso favorece a organização da alternância de

---

FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**, p. 300). Repare-se que o autor, no final do excerto, apresenta mais um fundamento para justificar a necessidade de fixação de preços máximos nas contratações públicas, contrariando aquela recomendação da OCDE para que fosse evitada a utilização de preços máximos ou de reserva nas contratações públicas. Essa última discussão, ainda que paralela, apenas reforça a dificuldade (ou impossibilidade) de se estruturar uma licitação pública ideal, que seja refratária à atuação de cartéis e, ao mesmo tempo, plenamente obediente ao regime administrativista vigente.

[414] OCDE. **Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas**, p. 2.

[415] BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Direito Econômico (SDE). Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE). **Combate a cartéis em licitações**, p. 10.

[416] MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**, p. 48.

[417] MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**, p. 48.

vencedores e garante que nenhum deles dominará totalmente o mercado licitatório.[418] Essa forma de rotação também justifica terem sido apontadas anteriormente as contratações recorrentes e a homogeneidade de produtos e serviços como condições que favorecem a cartelização nas contratações públicas.

Para reduzir os custos de monitoramento e os riscos envolvidos na troca de mensagens para organização do rodízio, os cartelistas podem preestabelecer *parâmetros* de rotação das propostas vencedoras ofertadas aos contratantes públicos.

Um exemplo bastante emblemático do nível de engenhosidade que os cartéis podem assumir na organização do rodízio advém do episódio conhecido como "*the electrical-equipment conspiracy*", ocorrido na década de 1950, nos Estados Unidos. Fornecedores de equipamentos elétricos, em referido episódio, adotaram como parâmetro de rotação as fases da lua no momento da licitação. Dessa maneira, dependendo do estágio da lua no dia do certame, os cartelistas já sabiam de antemão quem deveria vencer a licitação.[419]

Ainda que bastante peculiar, o caso citado traz consigo um elemento comumente verificado nas propostas rotativas: a existência de um *padrão de rotação* que pode funcionar como um *indício* de colusão.[420] Por esse motivo, a OCDE acertadamente recomenda que as comissões de licitação e as autoridades de controle reúnam informações sobre os processos de contratação anteriores e revejam o histórico das propostas para determinados produtos e serviços, possibilitando a descoberta de padrões suspeitos e minorando as chances de conluio bem-sucedido em um novo processo de contratação.[421]

---

[418] CECCATO, Marco Aurélio. **Cartéis em licitações: estudo tipológico das práticas colusivas entre licitantes e mecanismos extrajudiciais de combate**, p. 21.
[419] BAKER, Jonathan B. The case for antitrust enforcement. **The Journal of Economic Perspectives**, v. 17, n. 4, 2003, p. 30. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/3216930>. Acesso em: 20 fev. 2015. O episódio também é citado por NÓBREGA, Marcos; LIRA, Bruno. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, p. 9.
[420] HEIMLER, Alberto. **Journal of Competition Law & Economics**, p. 4.
[421] OCDE. **Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas**, p. 12.

2.2.5. Divisão do mercado ("market allocation" ou "market division")

A divisão do mercado consiste em um acordo colusivo por meio do qual os competidores estipulam que não concorrerão entre si em regiões geográficas específicas ou em relação a determinados clientes, principalmente.[422-423]

Como exemplo, pode-se ilustrar um cenário em que as empresas A, B e C estipulam geograficamente que a empresa A pode vencer apenas as contratações públicas na região Nordeste, a empresa B na região Sul e a empresa C na região Sudeste, de forma que uma não concorra com as outras em suas respectivas regiões.[424] Nada impede, também, que esse acordo de divisão geográfica tenha dimensões internacionais.[425]

Além de mitigar a concorrência, essa divisão regional também atende a interesses logísticos, porque, ao secionar o mercado de acordo com a localização de suas sedes, os membros do cartel diminuem os custos de participação em licitações e reduzem os gastos com fretes e outros deslocamentos durante a execução do contrato.[426]

Afora essa divisão geográfica, os cartelistas também podem promover aquilo que se chama de "loteamento" nas contratações públicas, em que os membros do cartel dividem entre si os entes promotores das licitações ou os itens (lotes) de uma mesma contratação.[427-428]

---

[422] OCDE. **Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas**, p. 2.
[423] Nos termos da Lei 12.529/2011, art. 36, §3º, I, "c", a divisão de mercado caracteriza infração autônoma à ordem econômica.
[424] BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Direito Econômico (SDE). Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE). **Combate a cartéis em licitações**, p. 9.
[425] Um emblemático caso de cartel internacional julgado pelo CADE (ainda que não diretamente relacionado a contratações públicas) é conhecido como o "cartel das vitaminas" (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Processo Administrativo n° 08012.004599/1999-18.** Representante: SDE "ex officio". Representados: F. Hoffmann - La Roche Ltd. e outros. Conselheiro Relator: Ricardo Vilias Bôas Cueva. Brasília, 14 de fevereiro de 2007. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br>. Acesso em: 25 mar. 2016).
[426] CECCATO, Marco Aurélio. **Cartéis em licitações: estudo tipológico das práticas colusivas entre licitantes e mecanismos extrajudiciais de combate**, p. 22.
[427] MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**, p. 48.
[428] "Há de se observar que existem práticas colusivas no âmbito da administração pública que a divisão de mercado se ajusta apenas para objetos diferentes (pelo menos em termos de datas de licitação), visto que normalmente o parcelamento de um mesmo objeto é proibido pela Lei de Licitação" (CAMPOS, Francisco. **As práticas de conluio nas licitações públicas à luz da teoria dos jogos**, p. 192).

Imagine-se, para tanto, que um produto ou serviço seja comumente adquirido por três agências reguladoras distintas, designadas como R1, R2 e R3. Os cartelistas podem ajustar que a empresa A somente pode fornecer para R1, a empresa B para R2 e a empresa C para R3. De outra forma, se um produto ou serviço for ainda divisível em lotes (L1, L2 e L3), os membros do cartel, aqui em uma mesma contratação, podem ajustar que a empresa A fique com L1, a empresa B com L2 e a empresa C com L3.[429]

Por fim, além da divisão (i) geográfica, (ii) de entes públicos e (iii) de itens nas contratações, também é possível que os competidores dividam entre si até mesmo a (iv) *periodicidade* de participação em contratações públicas, que também é tida pela legislação concorrencial como uma infração à ordem econômica.[430]

Por exemplo, é possível visualizar um cenário em que os membros do cartel estipulem que a empresa A participará das licitações realizadas no ano de 2016, a empresa B nas de 2017 e a empresa C nas de 2018, o que se assemelha, em grande medida, à prática do rodízio.

Economicamente, em qualquer dos cenários mencionados até aqui, a divisão de mercados produz efeitos similares aos da fixação de preços, já que os consumidores (no caso, a Administração Pública) pagarão preços mais elevados por um produto ou serviço em razão da exclusividade conferida a um determinado fornecedor naquela fatia do mercado.[431] O cenário criado por essa prática se assemelha ao de um mercado monopolizado, possibilitando a formulação de propostas mais arrojadas pelo cartelista privilegiado pela divisão, as quais dificilmente seriam vencedoras em uma competição idônea.[432]

---

[429] A divisão dos lotes de uma mesma contratação entre os cartelistas foi verificada no chamado "cartel dos aquecedores solares" (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Processo Administrativo n° 08012.001273/2010-24**).

[430] Nos termos da Lei 12.529/2011, art. 36, §3º, I, "c", caracteriza infração à ordem econômica "a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou *períodos*" (grifo nosso).

[431] MARTINS, Amanda Athayde Linhares. Prova indireta de cartel no âmbito das associações: comportamento paralelo e *plus factors*. **Economic Analysis of Law Review**, p. 55.

[432] CECCATO, Marco Aurélio. **Cartéis em licitações: estudo tipológico das práticas colusivas entre licitantes e mecanismos extrajudiciais de combate**, p. 22.

Contudo, apesar da similaridade dos efeitos, o impacto da divisão do mercado pode ser ainda maior que o da fixação de preços, já que o único ocupante da parcela do mercado se vê livre de pressões concorrenciais em relação a valores cobrados, qualidade e inovação de seus produtos e serviços. Justamente por eliminar esse tipo de pressão é que a divisão de mercado é uma prática *mais estável* que a fixação de preços e, por isso, potencialmente mais danosa à Administração Pública e aos consumidores em geral.[433]

Ainda, diferentemente da fixação de preços clássica ("*full agreement on price*"), os encontros para divisão de mercado geralmente ocorrem uma única vez e dispensam maiores formalizações e contatos entre os concorrentes, eliminando a necessidade de monitoramento dos outros membros do cartel e dificultando a descoberta da fraude, o que também reforça o alto potencial lesivo dessa conduta.[434]

2.2.6. Práticas correlatas aos cartéis em contratações públicas

Afora os tipos colusivos analisados até aqui, existem ainda práticas adotadas pelos concorrentes nas contratações públicas que, se analisadas isoladamente, não necessariamente configurariam atos ilícitos contra a Administração Pública ou contra a ordem concorrencial. Entretanto, apesar de possuírem qualificação e sancionamento jurídicos distintos, são práticas muitas vezes correlatas (acessórias) à organização, atuação e êxito dos cartéis em contratações públicas.

2.2.6.1. Consórcios e subcontratações entre concorrentes

Foi mencionado ao longo deste capítulo que as estratégias colusivas nas contratações públicas não assumem um padrão único. Pelo contrário, são diversas as combinações de *tipos colusivos* e, em alguns casos, os cartéis se valem de institutos colaborativos formalmente legais para implantação do conluio, como, por exemplo, consórcios e subcontratações.[435]

---

[433] HEIMLER, Alberto. **Journal of Competition Law & Economics**, p. 3.
[434] HEIMLER, Alberto. **Journal of Competition Law & Economics**, p. 3.
[435] BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Inquérito Administrativo n° 08700.004617/2013-41**, p. 9.

Esses institutos e seus potenciais efeitos pró ou anticompetitivos já foram analisados anteriormente como sendo fatores que podem favorecer a cartelização nas contratações públicas. É desnecessária a reiteração daquelas ideias, importando apenas enfatizar, neste momento, que os cartelistas não contratados diretamente pela Administração Pública podem ser compensados por meio de outras formas além do pagamento de dinheiro diretamente pelo vencedor.

A compensação indireta ocorre, por exemplo, quando os membros do cartel estipulam quais empresas integrarão determinado consórcio designado para vencer a licitação, em vez de concorrerem entre si. As demais empresas que não integrarem o consórcio podem participar do certame de maneira meramente *pro forma* (apresentando propostas de cobertura) ou, então, sequer participar da licitação (suprimindo suas propostas), mas com a possibilidade de serem subcontratadas posteriormente pelo vencedor.

Também há beneficiamento indireto quando determinado concorrente desiste de um recurso administrativo ou ação judicial no curso de uma licitação para, do mesmo modo, ser posteriormente recompensado com a subcontratação pelo consórcio (ou cartelista individual) beneficiado pela desistência.[436]

As subcontratações e os consórcios funcionam, nesses cenários, como práticas acessórias e colaborativas aparentemente legais, mas, em sua essência, denotam a atuação de cartéis. Os comportamentos colaborativos dos concorrentes, nesses casos, podem futuramente embasar a análise do mercado de contratações públicas, pois permitem às autoridades de controle, a partir de um histórico de contratações com objetos semelhantes, mapear o funcionamento e compreender a racionalidade econômica por detrás do mercado investigado.[437]

Com isso, no longo prazo, se bem monitorada e estudada, a Administração pode se tornar mais eficiente no combate aos cartéis a partir da compreensão da lógica colaborativa adotada nas contratações públicas.

---

[436] BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Inquérito Administrativo n° 08700.004617/2013-41**, p. 11. Em sentido análogo, v. também: OCDE. **Public procurement**, p. 34; NÓBREGA, Marcos; LIRA, Bruno. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, p. 10.

[437] BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Inquérito Administrativo n° 08700.004617/2013-41**, p. 12, nota 20.

2.2.6.2. Criação (fraudulenta) de pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo

Outro expediente que pode ser utilizado pelos membros do conluio para maximizar as chances de êxito do cartel é a criação, com propósito fraudulento, de pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo. Usualmente, essas empresas criadas são fictícias e existem apenas formalmente,[438] não desenvolvendo, de fato, uma atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Essa prática foi reconhecida expressamente pelo legislador como ato lesivo à Administração Pública e permite a responsabilização administrativa e civil das empresas que a cometerem,[439] sem prejuízo de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de atos de improbidade administrativa (quando em concorrência com agente público) e de atos ilícitos alcançados pela legislação de licitações e contratos.[440]

Visando às contratações públicas, a criação fraudulenta de pessoas jurídicas pode se dar por razões diversas, tais como: (i) conferir aparência de competitividade ao certame; (ii) facilitar o "bloqueio" em pregões presenciais; (iii) permitir a participação de empresas anteriormente suspensas de contratar ou declaradas inidôneas e (iv) fraudar o benefício concedido pelo Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte (Lei Complementar 123/2006). Explica-se na sequência cada uma dessas razões.

Como os cartéis atuam de forma dissimulada, conferir uma aparência de competitividade aos certames é uma forma de minorar suspeitas sobre a existência do conluio e dos sobrepreços praticados nas contratações públicas. Por essa razão, criar uma empresa fictícia e viabilizar sua participação meramente *pro forma* nas licitações públicas, apenas com o propósito de aumentar formalmente o número de competidores, pode ser um expediente utilizado pelos membros do cartel para dissimular sua atuação.

---

[438] Popularmente, essas empresas fictícias são denominadas de "empresas de fachada" ou "empresas fantasmas".
[439] Lei 12.846/2013, art. 5º, IV, "e".
[440] Lei 12.846/2013, arts. 29 e 30.

Já nos pregões presenciais, os membros do cartel podem se valer de uma pessoa jurídica fictícia também para viabilizar o chamado "bloqueio" e excluir licitantes idôneos da etapa de lances abertos.[441]

Imagine-se, para tanto, um cenário em que as empresas A, B e C são as únicas três concorrentes em um dado mercado, mas duas delas, A e B, estão reunidas em conluio. Nos pregões presenciais, considerando-se as regras que regem a fase competitiva dessa modalidade, como existiriam apenas três concorrentes na situação hipotética analisada, todos poderiam participar da etapa de lances abertos, independentemente dos preços ofertados à Administração Pública.[442]

Contudo, se as empresas cartelizadas A e B decidem criar uma empresa fictícia F, aumentando para quatro o universo de licitantes (e, com isso, tornando necessário o processo de *filtragem* para a etapa de lances abertos), os cartelistas podem manejar uma proposta fictícia desta empresa F apenas para a excluir a empresa C da margem (filtro) de 10% do menor preço. Dessa maneira, a etapa de lances abertos realizar-se-ia, apenas, entre A, B e F (empresa fraudulentamente criada), com exclusão de C, único concorrente não cartelizado.[443]

Também as empresas que foram sancionadas com a suspensão temporária de contratar com a Administração Pública ou declaradas inidôneas (em razão de inadimplementos contratuais ou atos ilícitos anteriores) podem se valer da criação fraudulenta de pessoa jurídica para participar indiretamente de contratações públicas. Nesses casos, a empresa fictícia criada funcionaria como pessoa jurídica aparentemente idônea e sem suspensão para contratar com a Administração Pública, mas, em realidade, a execução do contrato administrativo celebrado seria concretizada, *de fato*, pela empresa anteriormente suspensa ou declarada inidônea pela Administração Pública.

Embora a suspensão de contratar com a Administração Pública e a declaração de inidoneidade sejam sanções cabíveis para impedir nova participação em contrações

---

[441] O "bloqueio" em pregões presenciais foi analisado no subcapítulo que tratou das propostas fictícias ou de cobertura como prática colusiva.
[442] Lei 10.520/2002, art. 4º, VIII e IX.
[443] Para melhor visualização do cenário, reitera-se aqui o exemplo hipotético formulado por César Mattos (**Modalidades de licitação e cartéis no Brasil**, p. 7/8), referenciado na nota n° 392.

públicas de empresas anteriormente punidas pela prática de cartel e outros ilícitos, perceba-se que a criação fraudulenta de uma pessoa jurídica fictícia pode ser um expediente utilizado por esses mesmos infratores para burlar tais sanções administrativas.

Uma possível forma de evitar essa evasão é a exigência e a análise criteriosa de atestados de qualificação técnica que demonstrem uma *experiência anterior mínima* dos licitantes.[444] Por meio de tais atestados, pessoas jurídicas que tenham sido criadas apenas para acobertar empresas impedidas de contratar com a Administração Pública terão maiores dificuldades em demonstrar a experiência pretérita na consecução do objeto visado pela Administração e, assim, terão menores margens de êxito na etapa de habilitação na contratação pública.

No entanto, a comprovação de experiência anterior, por meio de atestados de qualificação técnica, não pode ser extremamente rigorosa a ponto de inviabilizar a ampla concorrência na contratação administrativa, pois, nesse caso, estar-se-ia violando a regra constitucional que impõe ao administrador exigir apenas a qualificação técnica indispensável à garantia do cumprimento das obrigações.[445]

Verifica-se aqui, portanto, mais uma situação de *trade-off* a ser ponderada pelos agentes públicos envolvidos na modelagem da contratação administrativa, pois a comprovação da experiência anterior deve ser contrabalanceada pela regra que impõe a ampla competividade nas contratações públicas. Em qualquer cenário, à toda evidência, quaisquer restrições em termos de comprovação da qualificação técnica devem ser devidamente motivadas pela autoridade administrativa, a fim de se evitar nulidades no processo de contratação.[446]

---

[444] A comprovação da qualificação técnica por meio de atestados possui fundamento legal na Lei 8.666/1993, art. 30, II e §1º.

[445] Constituição Federal, art. 37, XXI.

[446] A comprovação da qualificação técnica e da experiência anterior, bem como os seus limites de exigibilidade, são pontos altamente problemáticos na Lei 8.666/1993 e no cotidiano das contratações administrativas, o que aumenta a necessidade de fundamentação jurídico-administrativa adequada pelos órgãos contratantes. Sobre a vasta gama de problemas envolvidos com relação à comprovação da qualificação técnica e da experiência anterior dos proponentes, cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**, p. 418/445.

Por fim, um último possível motivo para a criação de pessoas jurídicas fictícias pelos membros do cartel pode se dar para fraudar o benefício concedido pelo Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, instituído pela Lei Complementar 123/2006.

Desde o advento dessa lei, empresas juridicamente qualificadas como microempresas (ME)[447] ou empresas de pequeno porte (EPP)[448] possuem tratamento diferenciado no âmbito das licitações públicas, tendo preferência na contratação sempre que suas propostas forem até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada de uma empresa "comum".[449] No caso da modalidade pregão, essa margem de preferência é reduzida para até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.[450]

Devido a essa margem de preferência trazida pela Lei Complementar 123/2006, alguns fornecedores, que não são microempresas ou empresas de pequeno porte, criam fraudulentamente empresas com tais qualificações apenas para participarem de licitações e terem a seu favor aquelas margens de preferência nos casos de empate técnico de propostas. É possível também que tanto o fornecedor "original" quanto sua nova ME ou EPP fraudulentamente criadas participem da mesma licitação,[451] quer para conferir aparência de competitividade ao certame, quer para viabilizar o manejo de outras práticas colusivas já expostas, como o bloqueio nos pregões presenciais.

A criação fraudulenta de microempresas ou de empresas de pequeno porte, para fins de participação em licitações públicas, tende a ser uma prática cada vez mais comum, principalmente em razão das modificações trazidas pela Lei Complementar 147/2014. A partir dessa lei, que promoveu alterações na Lei Complementar 123/2006 e na

---

[447] Nos termos da Lei Complementar 123/2006, art. 3º, I, considera-se "microempresa" (ME) a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário devidamente registrados que "aufira, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais)".

[448] Nos termos da Lei Complementar 123/2006, art. 3º, II, com redação dada pela recente Lei Complementar 155/2016, considera-se "empresa de pequeno porte" (EPP) a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário devidamente registrados que "aufira, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais)".

[449] Lei Complementar 123/2006, art. 44, §1º.

[450] Lei Complementar 123/2006, art. 44, §2º.

[451] BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Direito Econômico (SDE). **Portaria SDE n° 51, de 03 de julho de 2009**, p. 11.

própria Lei 8.666/1993,[452] passou a ser *obrigatória* a realização de processos licitatórios destinados *exclusivamente* às microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais).[453] Até então, essa era apenas uma faculdade conferida aos contratantes públicos.

Com a criação de um mercado cativo para as microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais), aqueles fornecedores que pretendem participar de licitações limitadas a esse valor, mas que não preencham os requisitos jurídicos para serem juridicamente qualificados como ME ou EPP, poderão buscar a constituição de uma nova pessoa jurídica de pequeno vulto apenas para terem acesso ao benefício legal.

É evidente o risco de que essas novas pequenas empresas constituídas sejam meramente fictícias e de que, caso sejam contratadas pela Administração Pública após o processo licitatório, a execução do contrato administrativo celebrado se dê a partir dos meios de produção detidos pela empresa de grande porte, a única realmente existente.

Reitere-se que todas essas práticas *correlatas* aos cartéis em contratações públicas, quando analisadas isoladamente, não necessariamente configuram atos ilícitos. De toda forma, os membros de um cartel, como destacado, podem se valer dessas condutas paralelas para maximizar suas chances de êxito e de lucratividade em uma contratação pública, evidenciando o caráter fraudulento de tais práticas.

2.3. Indícios que apontam para a existência de cartéis em contratações públicas

Diferentemente dos cartéis "comuns", os cartéis em contratações públicas demandam dos integrantes do conluio uma forma de atuação mais complexa do que aquela que se verificaria no mercado privado, pois não é suficiente apenas uma combinação de preços ou de qualquer outra variável comercial entre os cartelistas. Deve haver, também, um

[452] Lei 8.666/1993, art. 5º-A: "As normas de licitações e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei". O referido dispositivo foi incluído pela Lei Complementar 147/2014.
[453] Lei Complementar 123/2006, art. 48, I (com redação dada pela Lei Complementar 147/2014).

consenso entre os membros do conluio quanto à estratégia a ser adotada para burlar as regras das contratações públicas.[454]

No entanto, essa necessidade de adoção de uma estratégia específica contra a Administração Pública, aliada à obrigação de instrução dos autos dos processos administrativos com cópias de todos os documentos relacionados à contratação pública,[455] fazem com que os cartéis que atuam nesse segmento deixem vestígios das estratégias adotadas e indícios de colusão, os quais podem ser monitorados e investigados pelos órgãos de controle.

Quando da análise das condições que favorecem a cartelização e das principais práticas anticoncorrenciais verificadas nas contratações públicas, diversos indícios de conluio foram abordados ou ficaram subentendidos. De todo modo, no intuito de uma melhor sistematização do tema, serão apresentados na sequência, de forma categorizada, os principais indícios de colusão em contratações públicas, divulgados inclusive em plano internacional pela OCDE. É bastante emblemático o fato de que esses indícios são verificados em contratações públicas no mundo todo, e não apenas no Brasil.

Primeiramente, a fase de *apresentação de propostas* em uma contratação pública pode suscitar padrões suspeitos (que não seriam esperados em um cenário de competição idônea) relacionados principalmente à forma pela qual as empresas concorrem e à frequência com que ganham ou perdem um certame. Destacam-se os seguintes indícios de colusão relacionados à fase de apresentação de propostas em uma contratação:[456]

(i) Um mesmo fornecedor usualmente apresenta a proposta mais baixa dentre todos os concorrentes.

(ii) Há uma divisão geográfica das propostas vencedoras (ou seja, algumas empresas vencem apenas em determinadas localizações, mas não em outras).

---

[454] HEIMLER, Alberto. **Journal of Competition Law & Economics**, p. 8.
[455] Lei 8.666/1993, art. 38.
[456] OCDE. **Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas**, p. 14.

(iii) Fornecedores que seriam esperados não apresentam propostas para um dado certame, mas o fazem para outros de objeto semelhante.

(iv) Há uma desistência inesperada dos concorrentes na licitação.

(v) Algumas empresas sempre participam dos processos de contratação, mas nunca se sagram vencedoras.

(vi) Um concorrente apresenta proposta mesmo sendo notoriamente incapaz de concluir com sucesso o objeto do contrato.

(vii) Há uma aparência de alternância (rodízio) de vencedores nos certames.

(viii) Empresas que poderiam participar de maneira independente resolvem apresentar proposta de maneira consorciada.

(ix) O vencedor do processo de contratação subcontrata um ou mais de seus concorrentes para execução do objeto.

Não apenas a forma de apresentação das propostas, mas também o seu conteúdo, principalmente o *padrão de preços* ofertados ao longo do tempo em comparação com os dos demais concorrentes, pode ser um indício de colusão. Especificamente quanto ao padrão de preços ofertados, são exemplos de indícios de cartelização em uma contratação pública:[457]

(i) Aumento de preços de forma repentina e similar pelos concorrentes, que não pode ser explicado por aumento de custos e insumos.

(ii) Descontos de preços que seriam esperados deixam de ocorrer.

[457] OCDE. **Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas**, p. 15/16.

(iii) Apresentação de preços similares pelos fornecedores em uma dada contratação quando, até então, eles eram diferentes entre si.

(iv) Os preços são similares até mesmo nas casas decimais.[458]

(v) Existência de uma grande diferença entre o preço ofertado pelo adjudicatário e o dos demais, que não pode ser explicada racionalmente.

(vi) O preço ofertado por um fornecedor para uma determinada contratação é muito diferente do preço ofertado pelo mesmo fornecedor para uma contratação semelhante.

(vii) Há uma redução significativa dos preços praticados após a entrada de um novo concorrente que, até então, não participava de contratações públicas.

Afora a maneira como são apresentadas as propostas nas contratações públicas e os padrões de preços ofertados, também podem ser encontrados indícios de conluio nos próprios *documentos físicos* apresentados à Administração Pública, sugerindo que foram elaborados por uma mesma pessoa ou, então, preparados em conjunto. São indícios encontrados nos documentos, por exemplo:[459]

(i) Erros similares de ortografia ou de cálculo em propostas de preços ou outros documentos apresentados por empresas distintas.

(ii) Caligrafia, tipo de letra, papel timbrado ou diagramação semelhantes verificados em documentos de empresas distintas.

---

[458] "É provável que participantes de um certame apresentem propostas semelhantes. No entanto, dificilmente apresentariam propostas iguais em sete ou oito dígitos, sem que tivessem se coordenado previamente" (CUIABANO, Simone Maciel. *et al*. Filtrando cartéis: a contribuição da literatura econômica na identificação de comportamentos colusivos. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 4, p. 43–63, 2014. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br>. Acesso em: 19 mai. 2016).

[459] OCDE. **Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas**, p. 15.

(iii) Propostas de empresas distintas contêm custos pormenorizados similares de certos produtos ou insumos, ou, então, contêm menos detalhes do que seriam esperados.

(iv) Documentos contêm rasuras, utilização de corretivos ou outras alterações físicas que sugerem ajustes de última hora.

Por fim, indícios de cartelização também podem ser percebidos de acordo com o próprio *comportamento* adotado pelos concorrentes no curso de uma contratação pública, destacando-se:[460]

(i) Declarações que sugerem que um determinado concorrente conhece os preços ou detalhes das propostas dos demais, ou mesmo o resultado da licitação.

(ii) Declarações que indiquem que um dado concorrente ofertou uma proposta sem reais intenções de vencer a licitação.

(iii) Utilização de uma mesma terminologia pelos concorrentes para justificar os preços ofertados à Administração Pública, valendo-se, por exemplo, de expressões como "preços sugeridos pelo setor", "preços do mercado" ou "tabelas de preços do setor".

(iv) Questionamentos ou preocupações quanto à exigência de apresentação da "Declaração de Elaboração Independente de Proposta".[461]

(v) Os fornecedores reúnem-se ou apresentam-se juntos pouco antes da entrega das propostas e documentos.

(vi) Os fornecedores mantêm reuniões e encontros sociais com frequência, inclusive em sindicatos.

---

[460] OCDE. **Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas**, p. 16/18.
[461] A exigência desse documento será analisada especificamente no capítulo terceiro.

(vii) O representante de uma empresa traz consigo mais de uma proposta de preços para a sessão pública de abertura dos envelopes e seleciona aquela que será apresentada apenas depois de conhecer os outros concorrentes.

(viii) Os concorrentes realizam perguntas ou formulam pedidos semelhantes ao órgão público promotor da contratação.

Os indicadores de conluio acima expostos apontam diversos atos suspeitos que podem ocorrer durante uma contratação pública. Contudo, por serem meros indícios, não são bastantes para configurarem provas da existência de um cartel.[462] A identificação do caráter anticoncorrencial de uma determinada conduta é tarefa difícil, que depende de análise específica em cada caso concreto.

O mero paralelismo de preços, por exemplo, é insuficiente para a configuração de cartel, porque pode decorrer não de um acordo colusivo, mas do funcionamento normal de um determinado setor econômico. Portanto, mesmo havendo indícios de cartelização, é necessária a comprovação de um elemento *não espontâneo* adicional para configuração do cartel, isto é, que uma dada conduta não pode ser justificada racionalmente. Assim, valendo-se do mesmo exemplo, embora o paralelismo de preços seja um indício de colusão que pode, validamente, embasar a instauração de uma investigação, somente poderá ensejar a condenação por cartel caso não haja qualquer explicação racional para essa conduta.[463]

---

[462] OCDE. **Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas**, p. 18. No mesmo sentido: "While these indicators may arouse suspicion of collusion, they are not proof of collusion. For example, bids that come in well above the estimate may indicate collusion or simply an incorrect estimate. Also, a bidder can lawfully submit an intentionally high bid that it does not think will be successful for its own independent business reasons, such as being too busy to handle the work but wanting to stay on the bidders' list. Only when a company submits an intentionally high bid because of an agreement with a competitor does an antitrust violation exist. Thus, indicators of collusion merely call for further investigation to determine whether collusion exists or whether there is an innocent explanation for the events in question." (USA. Department of Justice. Antitrust Division. **Price fixing, bid rigging, and market allocation schemes**, p. 5.)

[463] Sobre o chamado "paralelismo consciente", "*plus factors*", provas indiretas de cartel e sua valoração, cf. FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**, p. 347/352 e MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**, p. 176/182.

3. CARTÉIS EM CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: SANCIONAMENTO ADMINISTRATIVO

Uma vez analisados os principais fundamentos subjacentes aos cartéis em contratações públicas e compreendidas as condições que facilitam o seu surgimento e o seu modo de atuação, resta analisar, neste terceiro e último capítulo, as principais peculiaridades relacionadas ao sancionamento administrativo deste ato ilícito.

Algumas ressalvas iniciais, no entanto, são necessárias.

Em primeiro lugar, o conceito de *sanção administrativa* que permeará este capítulo deve ser entendido como a providência gravosa (penalidade) que pode ser imposta pela própria Administração Pública aos particulares como decorrência de uma infração administrativa, independentemente do pronunciamento de qualquer outro Poder ou órgão.[464] Embora haja outros entendimentos na doutrina,[465] esse conceito de sanção administrativa é o que aparenta ser predominante e o que atende de maneira mais adequada aos escopos deste capítulo, focado em analisar as formas pelas quais a própria Administração Pública pode responder aos cartelistas que infrinjam seus processos de contratação.

Em segundo lugar, como decorrência da primeira ressalva, há de se atentar que o objeto deste capítulo, por ser focado no sancionamento *administrativo* dos cartéis em contratações públicas, exclui o estudo do modo pelo qual se dá a responsabilização penal e

---

[464] Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (**Curso de direito administrativo**, p. 872), "*sanção administrativa* é a providência gravosa prevista em caso de incursão de alguém em uma infração administrativa cuja imposição é da alçada da própria Administração. Isto não significa, entretanto, que a *aplicação* da sanção, isto é, sua concreta efetivação, possa sempre se efetuar por obra da própria Administração. Com efeito, em muitos casos, se não for espontaneamente atendida, será necessário recorrer à via judicial para efetivá-la, como ocorre, por exemplo, com uma multa, a qual, se não for paga, só poderá ser judicialmente cobrada". No mesmo sentido, cf. VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 66; MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador**: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 62/63.

[465] Para Fábio Medina Osório (**Direito administrativo sancionador**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 106/105), o conceito de sanção administrativa seria mais amplo, abrangendo também as sanções relacionadas ao âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo, ainda que aplicadas pelo Poder Judiciário. No entanto, esse posicionamento é passível de críticas pela doutrina, já que abrangeria indevidamente o exercício da função jurisdicional, e não apenas a função administrativa. A esse respeito, cf. MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador,** p. 67.

civil (inclusive por improbidade administrativa)[466] desses infratores, uma vez que a apuração de responsabilidade em tais esferas demandaria, necessariamente, a compreensão de diversas peculiaridades por detrás dos requisitos de punibilidade e dos respectivos processos judiciais punitivos, o que foge aos propósitos deste trabalho. Ainda que a responsabilização em sede judicial possa ser eventualmente comentada, isso se dará apenas para fins comparativos com o sancionamento administrativo a ser ora enfrentado.

Em terceiro lugar, por tudo o que já foi exposto nos capítulos anteriores, não se buscará neste terceiro capítulo realizar um amplo exercício de análise e subsunção das condutas colusivas às hipóteses infracionais previstas nas mais diversas leis administrativistas citadas ao longo do trabalho. A premissa a ser aqui adotada é a de que os cartéis em contratações públicas, independentemente dos requisitos de punibilidade previstos em cada uma das leis analisadas, configuram (ou ao menos podem configurar) infrações administrativas dolosas[467] subsumíveis a cada uma dessas leis, de tal forma que o enfoque, neste capítulo, deve se dar quanto à resposta sancionatória conferida pelo ordenamento, e não no enquadramento, em si, dos cartéis em contratações públicas como ilícitos administrativos.

Feitas essas ressalvas iniciais, passa-se ao desenvolvimento do capítulo.

3.1. Tipologia das sanções administrativas aplicáveis aos cartelistas que atuam nas contratações públicas

Ante a morosidade dos processos judiciais punitivos (nos quais se incluem o processo penal e o processo civil) e o consequente aumento da sensação de impunidade no

[466] Aparenta ser mais consolidado na doutrina jurídica o entendimento de que a responsabilização por atos de improbidade administrativa possui a natureza de responsabilização civil. Nesse sentido, cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 982; MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 205.

[467] Como regra geral, o dolo nos cartéis em contratações públicas está presente justamente porque para a sua configuração é imprescindível uma vontade concertada dos concorrentes em fraudar a competitividade prévia aos processos de contratação administrativa, não se podendo visualizar como essa conduta poderia ser tida como meramente culposa. Em sentido análogo, é o que também defende Marçal Justen Filho (**Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**, p. 860) ao comentar a norma extraída do artigo 88, II, da Lei 8.666/1993: "É indispensável que o sujeito atue de modo ardiloso, com a intenção de impedir a operação dos mecanismos de competição e de tutela à vantajosidade. Isso se passa quando o sujeito se vale dolosamente de documentos falsos, viola o sigilo do certame, busca realizar ou realiza concerto com outros licitantes e assim por diante".

Brasil, investiu-se fortemente, nos últimos anos, na figura das sanções administrativas,[468] as quais, em geral, são dotadas de uma processualização mais célere se em comparação com as sanções cominadas pela via judicial.

O aumento da importância das sanções administrativas justifica o estudo dos principais *tipos* de penalidades possíveis de serem aplicadas contra aqueles que se reúnem em cartéis com o objetivo de fraudar as contratações instauradas pela Administração Pública. Por meio de um estudo tipológico das sanções administrativas,[469] pode-se comparar como as diferentes leis vigentes no Brasil respondem preventiva e punitivamente ao fenômeno dos cartéis em contratações públicas, permitindo identificar determinados padrões sancionatórios utilizados pelo legislador brasileiro, bem como possíveis distorções existentes no âmbito administrativo.

O universo de diplomas sancionadores a ser analisado nos próximos itens abrange as leis federais atualmente vigentes em nosso ordenamento que preveem sanções administrativas contra os integrantes de cartéis em contratações públicas.[470] Sempre que relevante, será também abordado o modo pelo qual o Projeto de Lei do Senado n° 559/2013 pretende enfrentar uma dada questão relacionada ao sancionamento administrativo desses agentes, a fim de identificar possíveis tendências legislativas a serem verificadas no futuro.

Reitere-se que não se adentrará aqui nos requisitos de punibilidade específicos exigidos por cada uma dessas leis, o que tornaria o trabalho excessivamente casuístico, ante as controvérsias que podem existir no âmbito de aplicação de cada um dos diplomas, prejudicando a visão comparatista que ora se pretende expor.

Por fim, cabe ainda reafirmar que a identificação dos tipos de sanções possíveis de serem aplicadas no âmbito administrativo aos integrantes de cartéis em contratações públicas não exclui a possibilidade de responsabilização desses infratores na

---

[468] HAGE SOBRINHO, Jorge. **Revista dos Tribunais**, p. 38/39.

[469] Sobre essa organização das sanções administrativas em "tipos", cf. MARRARA, Thiago; NOHARA, Irene Patrícia. **Processo administrativo**, p. 431/435.

[470] Foram analisadas, principalmente, as seguintes leis federais, em ordem cronológica: Lei 8.429/1992 ("improbidade administrativa", embora esta não contenha, propriamente, sanções administrativas, mas judiciais); Lei 8.443/1992 ("lei orgânica do TCU"); Lei 8.666/1993 ("lei geral de licitações"); Lei 10.520/2002 ("pregão"); Lei 12.462/2011 ("RDC"); Lei 12.529/2011 ("lei de defesa da concorrência"); Lei 12.846/2013 ("lei anticorrupção" ou "lei da empresa limpa") e Lei 13.303/2016 ("estatuto das empresas estatais").

esfera *judicial*, como, por exemplo, por meio das sanções previstas nas leis de improbidade administrativa[471] e de algumas sanções específicas previstas na lei anticorrupção,[472] assim como não exclui a possibilidade de indenização pelos danos causados por cartéis.[473]

3.1.1. Sanções pecuniárias

Na categoria de sanções pecuniárias incluem-se as multas administrativas, consistentes na exigência imposta ao infrator para que ele transfira à Administração Pública certa importância em dinheiro em decorrência da prática de um ato ilícito. A multa pode ser tanto em valor certo como imposta genericamente em algum percentual, neste caso devendo ser liquidada antes de executada.[474]

Embora as multas sejam, tradicionalmente, uma das sanções mais comumente aplicadas por toda a Administração Pública no exercício de sua função fiscalizatória, historicamente a lei geral de licitações e contratos nunca estipulou a sanção de multa como sendo uma penalidade administrativa aplicável àqueles que cometessem fraudes diversas nos processos de contratação pública.

Note-se que a Lei 8.666/1993 comina a sanção de multa apenas nas hipóteses de inexecução parcial ou total do contrato e atrasos injustificados[475] (disposição essa repetida também no recente estatuto jurídico das empresas estatais),[476] o que não necessariamente

---

[471] A cominação das sanções previstas no artigo 12 da Lei 8.429/1992 demanda, necessariamente, a propositura de ação judicial. Nos termos do artigo 14 e seguintes da referida lei, no âmbito administrativo se processa apenas a investigação dos fatos relacionados à prática do ato de improbidade, o que reafirma o entendimento aqui já manifestado de que as sanções previstas na Lei 8.429/1992 não são, propriamente, "sanções administrativas" (ao menos não de acordo com a conceituação utilizada neste trabalho).

[472] Embora a Lei 12.846/2013 contenha claramente duas espécies de sanções administrativas (multa em percentual sobre o faturamento e publicação extraordinária da decisão condenatória, conforme art. 6º), há outras quatro sanções que demandam, obrigatoriamente, a propositura de ação judicial para sua cominação, conforme art. 19 da lei citada: (i) perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração; (ii) suspensão ou interdição parcial de suas atividades; (iii) dissolução compulsória da pessoa jurídica e (iv) proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público. Essas quatro últimas sanções, portanto, não são classificadas como "sanções administrativas" propriamente ditas e, portanto, não foram objeto de aprofundamentos neste trabalho.

[473] Sobre a reparação dos danos causados por cartéis, cf. MAGGI, Bruno Oliveira. **O cartel e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <http://www.teses.usp.br>. Acesso em: 23 mar. 2015.

[474] MARRARA, Thiago; NOHARA, Irene Patrícia. **Processo administrativo**, p. 432.

[475] Lei 8.666/1993, arts. 86 e 87.

[476] Lei 13.303/2016, arts. 83 e 84.

coincide com a ocorrência de fraudes contra a Administração Pública. O contratado pela Administração pode ter inadimplido suas obrigações contratuais por diversos motivos que não trazem em si qualquer ilicitude, como, por exemplo, quando há crises setoriais, problemas de fluxo de caixa e capital de giro, greves, fenômenos da natureza etc.

Essa lacuna do sistema da lei geral de licitações e contratos (inexistência da previsão de multa por fraudes nos processos de contratações públicas) foi percebida pela comunidade jurídica nacional, tanto que o PLS 559/2013 pretende estabelecer a sanção de multa (em percentual de 0,5% a 30% do valor do objeto contratado) como uma penalidade também aplicável àqueles que (i) fraudarem a licitação, (ii) comportarem-se de modo inidôneo ou (iii) praticarem atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação.[477] Por tudo o quanto já visto, todas essas três hipóteses infracionais abrangem a prática de cartéis em contratações públicas, o que permitirá, caso aprovado o Projeto na sua atual redação, a incidência de multa contra os agentes reunidos em conluio contra a Administração Pública.

Ainda que a legislação geral de licitações e contratos administrativos nunca tenha previsto a sanção de multa contra fraudes ocorridas nos processos de contratação pública, a legislação de defesa da concorrência, de outro lado, ao menos desde 1962 sempre estabeleceu a possibilidade de aplicação de sanções pecuniárias contra os cartéis atuantes nas contratações administrativas.

Atualmente, a Lei 12.529/2011 denota clara preferência pela sanção de multa como resposta às infrações à ordem econômica, podendo ela incidir de três formas: (i) no caso de empresa, multa de 0,1% a 20% do valor do último faturamento bruto (no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração); (ii) no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas que não exerçam atividade empresarial, em não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, multa de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a R$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais); e (iii) no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo,

[477] PLS 559/2013, art. 112, IX a XI e art. 113, I e §2°.

multa de 1% a 20% daquela aplicada à empresa ou às demais pessoas jurídicas ou entidades. As multas em questão podem, ainda, ser aplicadas em dobro nos casos de reincidência.[478-479]

Mais recentemente, a Lei 12.846/2013 ("lei anticorrupção" ou "lei da empresa limpa") também passou a prever a possibilidade de multa administrativa contra pessoas jurídicas que fraudem a competitividade nas contratações públicas. O percentual a embasar as multas, nessa esfera, varia de 0,1% a 20% do último faturamento bruto ou, em não sendo possível estimá-lo, no valor fixo de R$ 6.000,00 (seis mil reais) a R$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).[480]

Para uma melhor visualização comparativa das multas administrativas previstas nos diplomas citados, relacionáveis aos cartéis em contratações públicas, tem-se o seguinte quadro:

Quadro 1 – Comparativo de multas administrativas

PLS 559/2013	**Lei 12.529/2011** (Lei de defesa da concorrência)			**Lei 12.846/2013** (Lei anticorrupção)
Pessoas físicas e jurídicas	Empresas	Pessoas físicas ou jurídicas que não exerçam atividade empresarial e sem faturamento bruto	Administradores	Pessoas jurídicas
Multa de 0,5% a 30% do valor do contrato	Multa de 0,1% a 20% do valor do último faturamento bruto (setorizado)	Multa de R$ 50.000,00 a R$ 2.000.000.000,00	Multa de 1% a 20% daquela aplicada à empresa ou às demais pessoas jurídicas ou entidades	Multa de 0,1% a 20% do último faturamento bruto ou, em não sendo possível estimá-lo, no valor fixo de R$ 6.000,00 a R$ 60.000.000,00

Dentre outras comparações, o exame do quadro acima exposto permite concluir que, em sendo aprovado o PLS 559/2013 em seus atuais termos, haverá ao menos três diplomas no ordenamento brasileiro prevendo a possibilidade de cominação de multas

[478] Lei 12.529/2011, art. 37, I, II e III e §1º.
[479] Sobre as peculiaridades relacionadas à sanção de multa na legislação de defesa da concorrência, cf. MARRARA, Thiago. **Sistema brasileiro de defesa da concorrência**, p. 253/257; MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**, p. 150/160.
[480] Lei 12.846/2013, art. 6º. Observe-se que a referida lei não exclui a possibilidade de responsabilização individual dos dirigentes ou administradores das empresas, mas, neste caso, deve-se perquirir a culpa de cada um deles, o que foge do âmbito sancionatório do diploma.

administrativas diversas contra empresas (pessoas jurídicas) integrantes de cartéis que tenham atuado em contratações públicas.

Esse cenário, além de poder implicar dificuldades operacionais práticas, permite questionar se o legislador brasileiro, mesmo pautado em um objetivo legítimo, estaria institucionalizando uma política punitiva excessiva e desproporcional, calcada na multiplicidade de instâncias administrativas repressivas e de sanções pecuniárias como resposta a uma mesma infração (ainda que esta atinja bens jurídicos diversos).

3.1.2. Sanções impeditivas (ou suspensivas) de direitos

Nem sempre as sanções pecuniárias previnem e punem suficientemente atos ilícitos, já que, muitas vezes, o lucro auferido pelos agentes infratores (como nos casos de cartéis em contratações públicas) pode ser maior que a própria multa aplicada. Além disso, a praxe demonstra que o valor da multa é usualmente repassado ao consumidor final no médio e longo prazo,[481] tornando esse cenário de sancionamento exclusivamente pecuniário, ainda que arriscado, relativamente vantajoso aos cartelistas.

Por tais motivos, a Administração Pública também pode impor aos infratores vedações (sanções de *não fazer*), consistentes na obrigação de deixarem de praticar determinadas condutas, ainda que elas sejam, a princípio, um direito dos particulares. As sanções de não fazer, portanto, podem ser entendidas como sanções impeditivas ou suspensivas de direitos.[482]

No ordenamento administrativista brasileiro, há uma pluralidade de sanções impeditivas de direito possíveis de serem aplicadas àqueles agentes que, de maneira colusiva, pratiquem fraudes em contratações públicas.

3.1.2.1. Suspensão temporária, impedimento ou proibição de licitar e contratar

Uma das principais sanções impeditivas de direitos possíveis de serem aplicadas contra os integrantes de cartéis em contratações públicas é a "suspensão

[481] MARRARA, Thiago. **Sistema brasileiro de defesa da concorrência**, p. 258.
[482] MARRARA, Thiago; NOHARA, Irene Patrícia. **Processo administrativo**, p. 433/434.

temporária", "impedimento" ou "proibição" de licitar e contratar com o poder público. Apesar dessas variações terminológicas encontradas na legislação, todas elas congregam um mesmo conteúdo: buscam retirar, por certo período de tempo, a possibilidade de o particular vincular-se contratualmente com a Administração Pública em razão da prática de algum ato ilícito anterior.[483]

Repetindo disposição do Decreto-Lei 2.300/1986, a Lei 8.666/1993 prevê a possibilidade de que aqueles que pratiquem atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação ou demonstrem não possuir idoneidade sejam sancionados com a penalidade de "suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a *Administração*, por prazo não superior a 2 (dois) anos".[484]

Mesmo passados mais de 20 anos desde a promulgação da atual lei geral de licitações, grande polêmica acerca da extensão dessa sanção ainda hoje produz ecos na doutrina e jurisprudência. Isso se dá porque ao ter previsto a suspensão e o impedimento de licitar e contratar com a "Administração" (em vez do vocábulo "Administração Pública"), muito se questiona se essa proibição trazida pela a Lei 8.666/1993 seria restrita apenas ao sujeito administrativo condutor do processo de contratação pública ou, então, se ela seria mais ampla, abrangendo toda a Administração Pública direta e indireta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, já que não se poderia tolerar em qualquer esfera pública o desvio de conduta ocorrido.[485]

---

[483] No plano internacional, há uma sanção análoga à suspensão de contratar (e também à declaração de inidoneidade) tipicamente denominada de "debarment", que pode ser traduzida mais propriamente como "exclusão". A título de exemplo, o *Federal Acquisition Regulation* (FAR) norte-americano, em seu item 9.406-2, prevê a sanção de "debarment" para os casos de violação de leis antitruste relativas à apresentação de propostas comerciais.

[484] Lei 8.888/1993, art. 87, III e 88, II e III.

[485] A polêmica reside no fato de que a própria Lei 8.666/1993 traz em seu art. 6º, XI e XII, uma definição do que seria "Administração" (órgão, entidade ou unidade administrativa que atua concretamente) e "Administração Pública" (toda a estrutura administrativa direta e indireta, de todos os entes públicos). Com relação ao campo sancionatório, o art. 87, III, da Lei 8.666/1993 prevê que a sanção de suspensão e impedimento de licitar e contratar é restrita apenas à "Administração", enquanto a declaração de inidoneidade, sanção mais gravosa, abrange a "Administração Pública". De fato, como interpretação mais evidente, se o legislador procurou diferenciar os vocábulos e a regra geral de hermenêutica é a de que a lei não contém palavras inúteis, pode-se concluir que o âmbito de incidência da sanção de suspensão e impedimento de licitar e contratar é restrito ao ente administrativo que conduziu o processo de contratação pública, o que atende, inclusive, a um imperativo de proporcionalidade sancionatória. Nesse sentido, cf. MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Extensão das sanções administrativas de suspensão e declaração de inidoneidade. **Boletim de Licitações e Contratos (BLC)**, p. 487–491, out. 1997; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. Sanções administrativas. Suspensão temporária e declaração de inidoneidade. Extensão. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Temas polêmicos sobre licitações e contratos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998,

Quase dez anos mais tarde, a Lei 10.520/2002, ao dispor sobre o regime sancionatório relacionado a fraudes e condutas inidôneas praticadas nas contratações decorrentes da modalidade pregão, expressamente determinou que os infratores devem ficar impedidos de "licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal *ou* Municípios", pelo prazo de até 5 (cinco) anos,[486] maior que o da Lei 8.666/1993. A utilização da conjunção "ou" denota *alternatividade*, de forma que a punição aos infratores, no âmbito da modalidade pregão, terá efeitos apenas na órbita do ente federativo que aplicar a sanção.[487] Note-se que ao abdicar da dicotomia "Administração" *versus* "Administração Pública", o legislador de 2002 aparentemente buscou evitar a polêmica que ainda hoje circunda a interpretação das regras sancionatórias da Lei 8.666/1993.

Posteriormente, a Lei 12.462/2011 também previu a sanção de impedimento de "licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal *ou* Municípios, pelo prazo de até 5 (cinco) anos" no âmbito do Regime Diferenciado de Contratações (RDC).[488] Tal como fez a lei do pregão, manteve-se o mesmo prazo máximo de vigência da sanção e igualmente restringiu o seu âmbito de aplicação apenas ao ente federativo contratante, o que é evidenciado novamente pela conjunção alternativa "ou" no texto legal.

Em tempos mais recentes, a Lei 13.303/2016 previu, no âmbito das contratações conduzidas pelas empresas estatais, a penalidade de "suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com *a entidade sancionadora*, por prazo não superior a 2 (dois) anos". Nota-se, de um lado, que a Lei 13.303/2013 também limitou de maneira inequívoca a restrição da sanção de suspensão apenas à entidade

---

p. 273/274. No entanto, há quem sustente que se um agente do mercado apresenta desvios de conduta que o inabilitam para contratar com um dado órgão administrativo, não há razões para se admitir que ele possa contratar com outros órgãos, motivo pela qual os efeitos da suspensão de contratar também se estenderiam por toda a Administração Pública. Sobre esse posicionamento, cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**, p. 856. Na jurisprudência também inexiste um posicionamento uniforme. No âmbito do TCU, predomina o entendimento de que a sanção de suspensão temporária se limita ao órgão ou entidade contratante que aplicou a penalidade. Contudo, no âmbito judicial, o STJ e tribunais locais predominantemente se posicionam no sentido de que a penalidade de suspensão temporária abrange todos os órgãos e entidades da Administração Pública, por ser esta una, sendo descentralizadas apenas as suas funções para melhor atender ao bem comum. Para uma compilação de precedentes administrativos e judiciais que tratam do assunto, cf. MENDES, Renato Geraldo (Org.). **Lei de licitações e contratos anotada**, p. 1314/1318.

[486] Lei 10.520/2002, art. 7º. Também como decorrência da sanção de impedimento de licitar e contratar, o referido dispositivo da lei do pregão prevê o descredenciamento no "Sicaf" ou outros sistemas de cadastramento de fornecedores.

[487] JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão**, p. 193.

[488] Lei 12.462/2011, art. 47.

sancionadora, afastando quaisquer brechas para discussões a respeito de sua abrangência. De outro lado, a Lei 13.303/2016 atenuou o prazo de vigência da suspensão e impedimento de licitar e contratar, já que nas leis anteriores que trataram do tema (pregão e RDC) o prazo é de até 5 (cinco) anos, mas, nas contratações promovidas pelas empresas estatais, a restrição somente pode perdurar por até 2 (dois) anos, tal como previsto na Lei 8.666/1993.

Já o Projeto de Lei do Senado 559/2013, embora preveja a sanção de impedimento de licitar e contratar "no âmbito da administração pública direta e indireta do ente federativo sancionador, pelo prazo máximo de três anos",[489] a interpretação mais atenta do diploma evidencia que referida penalidade *não se aplica* às hipóteses de cartéis em contratações públicas e outras fraudes, pois ela se destinará (caso aprovado o Projeto em sua atual redação) principalmente aos casos de inadimplemento contratual.[490] Para as hipóteses de fraudes (inclusive cartéis), o Projeto pretende cominar exclusivamente a sanção (mais gravosa) de declaração de inidoneidade.[491]

Essa diferenciação de hipóteses de incidência das sanções de (i) impedimento de licitar e contratar e de (ii) declaração de inidoneidade, prevista no PLS 559/2013, tem a vantagem de esclarecer de maneira mais adequada em quais situações se aplica cada uma das penalidades. No regime da Lei 8.666/1993, existe até hoje uma grande margem de discricionariedade na cominação desses dois tipos de sanção administrativa, o que é objeto de contundentes críticas pela doutrina por ser uma liberdade excessiva conferida ao administrador, incompatível com a lógica de taxatividade que deve reger todo e qualquer regime sancionatório.[492]

À luz desses dados normativos, é facilmente perceptível que a legislação brasileira de licitações e contratos administrativos confere amplo tratamento à sanção administrativa de suspensão ou impedimento de licitar e contratar.

---

[489] PLS 559/2013, art. 113, II e §3º.
[490] PLS 559/2013, art. 112, II a VII e art. 113, §3°.
[491] PLS 559/2013, art. 112, VIII a XI e art. 113, §4°.
[492] A esse respeito, cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC**: Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11. São Paulo: Dialética, 2013, p. 671/672.

Todavia, no âmbito da legislação administrativa "geral", nem a Lei 8.443/1992 (Tribunal de Contas da União) e nem a Lei 12.846/2013 (anticorrupção) trazem qualquer disposição a respeito desse tipo de sanção. Apenas a Lei 8.429/1992 traz a "proibição de contratar com o Poder Público" contra aqueles que praticarem atos de improbidade administrativa,[493] mas, nesse caso, a sanção impeditiva não pode ser juridicamente qualificável como "administrativa", já que, para sua cominação, é necessária a propositura de ação judicial, como já salientado.

Finalmente, no âmbito da legislação antitruste, há na Lei 12.529/2011 a sanção administrativa *acessória* de proibição de "contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação [...] na administração pública federal, estadual, municipal *e* do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a 5 (cinco) anos".[494-495] Se para os agentes que atuam exclusivamente no mercado privado e que cometam infrações à ordem econômica a sanção em questão pode ser medida inócua (razão pela qual não deve ser cominada nesses casos), para cartéis em contratações públicas essa via punitiva é justificável.[496-497]

---

[493] Lei 8.429/1992, art. 12, I, II e III.

[494] Lei 12.529/2011, art. 38, II. Observe-se que, em razão de uma aparente falha, o dispositivo em comento da lei antitruste menciona apenas a proibição de "participar de licitação", mas não de "contratar" com o poder público (salvo com instituições financeiras oficiais), o que poderia, em tese, conferir margem para que os infratores sancionados alegassem o direito residual de contratar *diretamente* com a Administração Pública, nas hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, ante a lacuna existente no dispositivo legal. No entanto, essa interpretação seria demasiadamente literal e não atingiria o propósito preventivo da norma, que é justamente impedir a vinculação contratual do infrator com a Administração Pública, independentemente do tipo de procedimento prévio (com ou sem licitação) adotado.

[495] Importante anotar que a antiga lei de defesa da concorrência previa dispositivo com redação idêntica (Lei 8.884/1994, art. 24, II), cuja constitucionalidade é questionada no âmbito da ADI 1.094, ajuizada em 1995. Todavia, até o momento, passados mais de 20 anos desde a propositura da ação, ainda não houve o julgamento do mérito do pedido. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 1.094 Medida Cautelar**. Ministro Relator: Carlos Velloso. Tribunal Pleno. Brasília, 21 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 25 nov. 2016.

[496] MARRARA, Thiago. **Sistema brasileiro de defesa da concorrência**, p. 258.

[497] "A punição mais emblemática imposta pelo CADE com base nessa permissão legal foi proibir mais de 30 pessoas jurídicas e físicas condenadas nos autos do mencionado processo administrativo n. 08012.001826/2003-18 de contratar com o Poder Público pelo prazo de cinco anos; o voto proferido pelo conselheiro relator Abraham Sicsú, acompanhado de forma unânime pelo Plenário, determinou adicionalmente que os condenados deixassem de participar em processos licitatórios envolvendo qualquer hipótese de dispensa ou inexigibilidade de contratação, bem como participassem de contratação emergencial e, ainda, fossem proibidos de prorrogar seus contratos com a Administração Pública. A justificativa para tanto foi "*a gravidade dos fatos constatados*" e "*o interesse público geral de que empresas idôneas contratem com instituições oficiais e participem de processos licitatórios*". Em voto proferido no julgamento dos 19 embargos de declaração opostos pelos representados nesse caso, acrescentou o conselheiro relator que "*supor que as próprias empresas condenadas irão dotar as licitações de espírito competitivo é ilusório. É como confiar ao encarcerado as chaves do presídio*" (GILBERTO, André Marques. **O processo antitruste sancionador**. 2008, p. 51, nota 135. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <http://www.teses.usp.br>. Acesso em: 23 mar. 2015).

Perceba-se que a sanção de proibição de licitar prevista na lei antitruste é mais rigorosa que a sanção de mesma natureza prevista na legislação de licitações e contratos administrativos. Isso porque a sua abrangência territorial, seguindo a lógica exposta anteriormente, é mais ampla, já que o texto da Lei 12.529/2011 prevê a conjunção "e" para se referir às esferas administrativas abrangidas ("federal, estadual, municipal *e* do Distrito Federal"), em vez de "ou", como se verifica atualmente na legislação de licitações e contratos. Essa abrangência territorial máxima, aliás, torna a sanção de proibição de licitar prevista na lei antitruste bastante semelhante à declaração de inidoneidade prevista na legislação de licitações e contratos administrativos, ao menos quanto à extensão de seus efeitos, como se verá no próximo tópico.

Além disso, a sanção prevista na lei antitruste prevê uma proibição de licitar por prazo *mínimo* de cinco anos, ao passo que na legislação de licitações e contratos administrativos esse prazo de impedimento de cinco anos é *máximo* e se dá, apenas, nas contratações decorrentes das modalidades pregão e RDC, pois no regime licitatório geral e no das empresas estatais o prazo máximo de suspensão é de apenas dois anos. De todo modo, ainda que a Lei 12.529/2011 preveja a proibição de licitar por um prazo mínimo de cinco anos, é certo que essa sanção administrativa antitruste não pode ser perpétua, cabendo ao CADE dosá-la conforme o caso.[498]

Expostos todos esses elementos da legislação nacional, tem-se, assim, o seguinte quadro comparativo, relacionado à abrangência e ao prazo de duração das sanções administrativas de "suspensão", "impedimento" ou "proibição" de licitar e contratar possíveis de serem aplicadas para os casos de cartéis em contratações públicas:

[498] MARRARA, Thiago. **Sistema brasileiro de defesa da concorrência**, p. 259.

Quadro 2 – Comparativo de sanções de suspensão, impedimento ou proibição de licitar e contratar

	Leis	Abrangência da sanção administrativa	Prazo
Licitações e contratos	8.666/1993	Limitada ("Administração")	Até 2 (dois) anos
	10.520/2002	Ente federativo específico ("União, Estados, Distrito Federal ou Municípios")	Até 5 (cinco) anos
	12.462/2011	Ente federativo específico ("União, Estados, Distrito Federal ou Municípios")	Até 5 (cinco) anos
	13.303/2016	Entidade específica ("Entidade sancionadora")	Até 2 (dois) anos
Antitruste	12.529/2011	Máxima: nacional ("Administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal")	Mínimo de 5 (cinco) anos

O quadro comparativo elaborado favorece a visualização de que inexiste no ordenamento brasileiro, atualmente, uma padronização e uma proporcionalidade entre as sanções administrativas de suspensão, impedimento e proibição de licitar e contratar possíveis de serem aplicadas contra os integrantes de cartéis em contratações públicas. Há incongruências tanto na abrangência das sanções quanto nos respectivos prazos de duração, podendo elas ser mais ou menos gravosas a depender do regime licitatório de origem ou da instância administrativa sancionadora.

Além disso, por possuírem conteúdo sancionatório de mesma natureza e serem aplicadas pela própria Administração lesada (e não por uma outra instância sancionadora, como o CADE), as sanções específicas de "impedimento" de licitar e contratar da Lei 10.520/2002 (pregão) e da Lei 12.462/2011 (RDC) não podem ser aplicadas cumulativamente com a sanção geral de "suspensão" prevista na Lei 8.666/1993.[499] É imperioso, portanto, que no âmbito da legislação de licitações e contratos seja observada a sanção prevista em cada regime de origem (geral ou específico), sob pena de indevida cumulação de sanções de mesma natureza.

Por fim, o quadro elaborado também torna perceptível, como já frisado, a maior gravidade da sanção de proibição de licitar e contratar prevista na legislação antitruste se em comparação com aquelas previstas na legislação de licitações e contratos, tanto na sua

[499] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC**, p. 669.

abrangência territorial e federativa (máxima) quanto no seu prazo de duração (de pelo menos cinco anos).

Cabe, ainda, uma última análise crítica, extremamente relevante para o caso de cartéis em contratações públicas, relacionada à sanção de suspensão, impedimento ou proibição de licitar e contratar.

Como visto no capítulo segundo, quanto menor o número de fornecedores no mercado (isto é, quanto mais concentrado este for), maior é a chance de concertação de propostas (acordos colusivos) entre os potenciais concorrentes, ou, ao menos, maior é a chance de majoração dos preços pagos pelo comprador, ante a redução da oferta.

No caso das contratações públicas, proibir um determinado infrator de ter acesso a esse segmento, ainda que por período limitado de tempo, pode ter efeito econômico indesejado, já que, como consequência da sanção impeditiva aplicada, poderá haver o risco de redução da concorrência e a Administração Pública se verá forçada a pagar preços mais elevados por produtos e serviços que necessite adquirir.[500]

Portanto, embora o ordenamento brasileiro permita a cominação desse tipo de sanção impeditiva de direito, sua aplicação, pelas autoridades administrativas sancionadoras, deve levar em consideração outros fatores que não apenas a punibilidade imediata do infrator, já que o prejuízo para a Administração Pública pode ser também de grande monta caso efetivamente imposta a penalidade. É por essa razão que, no plano internacional, a OCDE recomenda veementemente o fomento a uma cultura de *compliance* nas empresas como forma de prevenção à cartelização,[501] já que o sancionamento (administrativo ou outro) pode se mostrar igualmente problemático.

---

[500] MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**, p. 161. No mesmo sentido também é a conclusão da OCDE (**Collusion and corruption in public procurement**, p. 13) sobre a sanção denominada de "debarment": "Particularly in smaller economies, however, this penalty [debarment] may have the paradoxical effect of reducing the number of qualified bidders to an uncompetitive level".

[501] OCDE. **Collusion and corruption in public procurement**, p. 13.

3.1.2.2. Declaração de inidoneidade

A declaração de inidoneidade é a sanção mais antiga prevista no ordenamento jurídico brasileiro contra aqueles que apresentem desvios de conduta nos processos de contratação pública. Desde o Regulamento Geral de Contabilidade Pública, de 1922, já havia a previsão na legislação brasileira da possibilidade de se declarar inidônea a pessoa que agisse com "dolo ou má-fé" nas contratações administrativas.[502]

Assim como a penalidade de suspensão temporária de licitar e contratar, a declaração de inidoneidade também é uma sanção administrativa que retira do particular o seu direito de firmar algum vínculo contratual com a Administração Pública. De todo modo, embora sejam semelhantes nesse aspecto impeditivo, infere-se da sistemática legal (e da própria história do instituto) que a declaração de inidoneidade é sanção mais grave do que a suspensão temporária do direito de licitar (inclusive pelo fato de que sua aplicação é de competência exclusiva de Ministro de Estado, Secretário Estadual ou Municipal),[503] razão pela qual ela deve ser aplicada apenas a infrações dotadas de maior reprovabilidade,[504] tais como os casos de cartéis em contratações públicas.[505]

No atual momento do ordenamento positivo brasileiro, a Lei 8.666/1993 prevê a possibilidade de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a "Administração Pública" àqueles que praticarem "atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação" ou "demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados",[506] hipóteses normativas essas que, reitere-se, certamente abrangem os cartéis em contratações públicas.

Pelo fato de a Lei 8.666/1993 ter estabelecido que a declaração de inidoneidade impede que o infrator contrate com a "Administração Pública", prevalece o entendimento de que a sanção em questão abrange todos os órgãos e entes administrativos

---

[502] Decreto 15.783/1922, art. 741, §2°.
[503] Lei 8.666/1993, art. 87, §3°.
[504] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**, p. 856.
[505] Para uma análise das diferenças entre a sanção de suspensão e de declaração de inidoneidade, inclusive sob uma ótica de proporcionalidade sancionatória, cf. MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Boletim de Licitações e Contratos (BLC)**, p. 487-491.
[506] Lei 8.666/1993, art. 87, IV e art. 88, II e III.

federais, estaduais, municipais e do Distrito Federal (e não apenas o ente que aplicou a sanção). Entretanto, parcela da doutrina sustenta que também para a declaração de inidoneidade deveria haver uma aplicação mais restritiva (limitada ao ente federativo aplicador da sanção), já que o texto legal não seria taxativo acerca da ampla abrangência territorial e federativa desta punição.[507]

Com relação ao prazo da sanção previsto na Lei 8.666/1993, diferentemente do que ocorre com a suspensão temporária de licitar e contratar, tem-se pelo texto legal que a declaração de inidoneidade deve perdurar enquanto presentes os "motivos determinantes da punição" (prazo indeterminado) ou, então, "até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade", desde que, neste último caso, a Administração seja ressarcida dos prejuízos causados e haja o decurso de um prazo mínimo de dois anos.[508]

Observe-se que a atuação de um cartel em uma dada contratação pública não necessariamente implica prejuízos ao erário (quando, por exemplo, um terceiro competidor idôneo vence a licitação ou, então, quando um integrante do conluio resolve desertar o esquema fraudulento e apresentar uma inesperada proposta vencedora). Todavia, isso não impede a cominação da declaração de inidoneidade contra os cartelistas que participaram do

[507] É o que sustentam Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara (A proibição de contratar com o poder público e seus efeitos sobre os grupos empresariais. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (Org.). **Contratos públicos e direito administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 192): "Na interpretação que fazemos dos dispositivos da Lei 8.666/1993 sobre declaração de inidoneidade, tal sanção produziria efeitos *imediatos* apenas sobre o ente federativo aplicador da sanção. Se a inidoneidade for expedida por um Município, por exemplo, seus efeitos se estenderão necessariamente a toda a Administração direta e indireta desse mesmo Município, mas não alcançarão automaticamente outros entes da Federação". Importante observar que, também para Hely Lopes Meirelles (**Licitação e contrato administrativo,** p. 243), ao comentar disposição análoga do Decreto-Lei 2.300/1986 (no ano de 1990), "a inidoneidade só opera efeitos em relação à Administração que a declara, pois que sendo uma restrição a direito não se estende a outras Administrações". Contudo, a despeito desta posição restritiva adotada também pelo clássico autor, deve-se anotar que o Decreto-Lei 2.300/1986, ao tratar da declaração de inidoneidade, originalmente dispunha que a referida sanção se aplicava apenas à "Administração" (e, após reforma introduzida pelo Decreto-Lei 2.360/1987, se aplicava à "Administração Federal"). Portanto, no âmbito do diploma geral anterior, não havia a previsão atualmente vigente de que a declaração de inidoneidade se aplica à "Administração Pública", o que de certa forma diminui o alcance do entendimento original de Hely Lopes Meirelles. Assim, a partir de uma interpretação histórico-comparativa do Decreto-Lei 2.300/1986 e da Lei 8.666/1993, pode-se inferir que a intenção desta última lei foi justamente ampliar o alcance da sanção de declaração de inidoneidade, ressalvando-se aqui, todavia, a interpretação contrária dos autores citados.

[508] Lei 8.666/1993, art. 87, IV.

processo de contratação, já que a declaração de inidoneidade não é uma sanção reservada apenas para casos em que exista prejuízo à Administração Pública.[509]

Fora do âmbito da lei geral de licitações e contratos administrativos, nem a Lei 10.520/2002 (pregão) e nem a Lei 12.462/2011 (RDC) trouxeram qualquer disposição específica acerca da declaração de inidoneidade. No entanto, mesmo em contratações realizadas sob essas modalidades pode ser declarada a inidoneidade dos cartelistas, já que ambos os diplomas previram a possibilidade de aplicação subsidiária da Lei 8.666/1993.[510]

A Lei 13.303/2016 igualmente não previu a possibilidade de cominação da declaração de inidoneidade contra aqueles que fraudarem as contratações promovidas pelas empresas estatais, prevendo apenas a possibilidade de suspensão temporária de licitar e contratar.[511] Contudo, diferentemente do que ocorre no pregão e no RDC, não se pode admitir que as empresas estatais declarem a inidoneidade de cartelistas ou outros fraudadores a partir de uma aplicação subsidiária da Lei 8.666/1993, uma vez que a Lei 13.303/2016 expressamente dispõe que a lei geral de licitações e contratos somente se aplica às empresas estatais quanto às normas de Direito Penal nela contidas.[512]

Dessa forma, no âmbito das contratações promovidas pelas empresas estatais, a única possibilidade de se declarar a inidoneidade de cartelistas é se o Tribunal de Contas da União assim o fizer (com amparo na Lei 8.443/1992), não podendo a empresa estatal, por si própria, aplicar tal sanção administrativa, ante a ausência de autorização legal expressa na Lei 13.303/2016.[513]

Quanto às tendências verificadas no Projeto de Lei do Senado 559/2013, reitere-se que o Congresso Nacional pretende relegar a declaração de inidoneidade apenas a

---

[509] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**, p. 858.
[510] Lei 10.520/2002, art. 9°; Lei 12.462/2011, art. 47, §2º; Decreto 7.581/2011 (RDC), art. 111, §1°.
[511] Lei 13.303/2016, art. 83. Uma das hipóteses que se levanta para o legislador não ter previsto a sanção de declaração de inidoneidade na Lei 13.303/2016 é o fato de que tal penalidade, por ser de ampla abrangência e extrapolar a esfera do ente sancionador, é de competência exclusiva de Ministro de Estado, Secretário Estadual ou Municipal (ao menos de acordo com a sistemática da atual lei geral de licitações e contratos), razão pela qual não poderia ser aplicada nem mesmo pelo alto escalação de empresas estatais.
[512] Lei 13.303/2016, art. 41.
[513] No mesmo sentido, cf. PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **A supressão da declaração de inidoneidade na lei das empresas estatais**: retroatividade da norma sancionatória mais benéfica. 2016. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br>. Acesso em: 2 dez. 2016.

hipóteses de fraude (como cartéis em contratações públicas),[514] por serem mais gravosas, de forma que a sanção de suspensão temporária do direito de licitar e contratar acabaria por ser aplicável principalmente às hipóteses de inadimplemento contratual.[515] Caso aprovadas essas disposições, será corretamente restringida a ampla e criticável margem de discricionariedade hoje existente quanto à escolha do tipo de sanção administrativa (suspensão temporária ou declaração de inidoneidade) cabível em uma dada situação concreta.

Além disso, de maneira ainda mais clara do que o faz a Lei 8.666/1993, o PLS 559/2013 pretende tornar inequívoco que a sanção de declaração de inidoneidade impedirá os infratores "de licitar ou contratar no âmbito da administração pública direta e indireta de todos os entes federativos", tornando certa a abrangência nacional dessa sanção e enfraquecendo a tese daqueles que sustentam que mesmo a declaração de inidoneidade não poderia ter a amplitude que hoje se verifica. Quanto ao prazo de duração da sanção, embora se pretenda aumentar o patamar mínimo para três anos, pretende-se também limitar a declaração de inidoneidade até um prazo máximo de seis anos,[516] o que também se mostra adequado, a fim de evitar o risco de sanções administrativas por prazo indeterminado, tal como atualmente disposto na Lei 8.666/1993.

No âmbito da legislação administrativa geral, a Lei 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU) também prevê a possibilidade de declarar-se a inidoneidade do licitante quando comprovada a ocorrência de fraude, mas, diferentemente do que ocorre quando amparada na lei geral de licitações e contratos, a declaração de inidoneidade prevista neste diploma se limita à Administração Pública Federal e por um prazo de cinco anos.[517]

Aliás, como visto no capítulo primeiro deste trabalho, em mais de uma oportunidade o Supremo Tribunal Federal confirmou a possibilidade de o Tribunal de Contas

[514] PLS 559/2013, art. 112, VIII a XI e art. 113, §4°.
[515] PLS 559/2013, art. 112, II a VII e art. 113, §3°.
[516] PLS 559/2013, art. 113, §4º.
[517] Lei 8.443/1992, art. 46.

da União declarar a inidoneidade de licitantes fraudadores,[518] independentemente da existência (aparentemente antinômica) de sanção de mesma natureza na Lei 8.666/1993.[519]

Já a Lei 12.846/2013 (anticorrupção) nada inovou quanto à sanção de declaração de inidoneidade, apenas determinando, conforme também dispõe o Decreto 8.420/2015, que órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, de todas as esferas de governo, passarão a ter a obrigação de informar e manter atualizados, para fins de publicidade, no "Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas" (CEIS), os dados relativos às sanções administrativas de suspensão temporária de licitar e contratar e de declaração de inidoneidade aplicadas com fundamento na legislação de licitações e contratos administrativos.[520]

Por fim, a Lei 12.529/2011 (lei de defesa da concorrência) não autoriza o CADE a declarar a inidoneidade daqueles que cometam infrações à ordem econômica. Contudo, cumpre reiterar que os efeitos da sanção de "proibição de licitar" prevista na lei antitruste em grande medida se assemelham aos efeitos da declaração de inidoneidade da legislação de licitações e contratos, uma vez que ambos os diplomas preveem uma abrangência nacional das penalidades e impedem que o particular infrator participe de licitações por um prazo significativo de tempo (no caso da Lei 12.529/2011, por no mínimo cinco anos). Assim, os integrantes de cartéis em contratações públicas podem ser severamente punidos com sanções impeditivas de direitos tanto pela legislação de licitações e contratos quanto pela legislação concorrencial, independentemente do tipo sancionatório específico escolhido.[521]

---

[518] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Mandado de Segurança n° 30.788**.

[519] Em razão dessa aparente antinomia, Floriano de Azevedo Marques Neto (**Boletim de Licitações e Contratos (BLC)**, p. 491) sustenta que a sanção de declaração de inidoneidade prevista no artigo 46 da Lei 8.443/1992 teria sido revogada pela Lei 8.666/1993. Contudo, tal entendimento não é o que atualmente prevalece no Supremo Tribunal Federal.

[520] Lei 12.846/2013, art. 23 e Decreto 8.420/2015, art. 43.

[521] Anote-se que, por uma aparente falha de sistematização legislativa, as empresas "proibidas de licitar" com fundamento em decisão condenatória do CADE (Lei 12.529/2011) não estão atualmente incluídas no referido "Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas" (CEIS) criado pela Lei 12.846/2013, muito embora a sanção aplicada pela autoridade antitruste tenha exatamente a mesma natureza impeditiva das sanções cominadas com amparo na legislação de licitações e contratos. Assim, seria salutar uma modificação legislativa (ao menos no Decreto 8.420/2015) para que fossem incluídas no referido Cadastro também as empresas sancionadas com a "proibição de licitar" pelo CADE, a fim de conferir maior publicidade e facilitar o controle dos impedimentos pelos órgãos responsáveis por conduzir contratações administrativas.

Tomando-se os diplomas legais que autorizam a declaração de inidoneidade contra os integrantes de cartéis em contratações públicas, tem-se o seguinte quadro comparativo:

Quadro 3 – Comparativo de declarações de inidoneidade

	Leis	Abrangência da sanção administrativa	Prazo
Licitações e contratos	8.666/1993	Máxima: nacional ("Administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios")	Enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição, mas no mínimo dois anos
	10.520/2002		
	12.462/2011		
	(PLS 559/2013)	Máxima: nacional ("Administração pública direta e indireta de todos os entes federativos")	Mínimo de três e máximo de seis anos
TCU	8.443/1992	Restrita: federal ("Administração Pública Federal")	Máximo de 5 (cinco) anos

Pelo quadro comparativo analisado, conclui-se que a declaração de inidoneidade prevista na Lei 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU) é mais branda que a sanção de mesmo tipo prevista na legislação de licitações e contratos administrativos, quer porque não estipula um prazo mínimo de duração, quer porque sua abrangência se limita à esfera federal.

De outro lado, caso aprovado o PLS 559/2013, embora passe a existir um prazo mínimo (três anos) maior do que o atualmente vigente (dois anos), a sanção de declaração de inidoneidade da lei geral de licitações e contratos administrativos passará a ser limitada a seis anos (e não mais "enquanto perdurarem os motivos determinantes"), mantendo-se, de todo modo, a sua abrangência nacional.

Encerrando-se este tópico, faz-se aqui a mesma ressalva que fora feita anteriormente quanto à sanção de suspensão e impedimento de licitar e contratar: por implicar a retirada (ainda que temporária) de um competidor do mercado, a declaração de inidoneidade pode ter o efeito econômico indesejado de aumentar os preços pagos pela Administração Pública por um determinado produto ou serviço (em razão da maior concentração do mercado), de forma que as autoridades sancionadoras também devem levar

esse fator em consideração quando da cominação dessa rigorosa sanção impeditiva de direito contra os integrantes de cartéis em contratações públicas.

3.1.2.3. Vedação a benefícios fiscais e creditícios

A vedação a benefícios fiscais e creditícios é uma sanção impeditiva de direito prevista na Lei 12.529/2011 que, em tese, também pode ser cominada pelo CADE contra aqueles que fraudem a competividade em contratações públicas por meio de cartéis.

A Lei 12.529/2011 permite que o infrator seja sancionado com a proibição de parcelamento de tributos *federais* (abrangência federativa específica) por ele devidos e com o cancelamento, no todo ou em parte, de incentivos fiscais ou subsídios públicos.[522] Sanção análoga (embora de abrangência federativa inespecífica e de natureza não administrativa) está prevista também na Lei 8.429/1992.[523]

Diferentemente das sanções tratadas anteriormente, a vedação a benefícios fiscais e creditícios não necessariamente mantém relação de conexão e pertinência lógica com a prática de cartéis em contratações públicas, razão pela qual nem sempre deve ser cominada contra tais cartelistas, por um imperativo de proporcionalidade sancionatória. As circunstâncias concretas da cartelização praticada contra a Administração Pública é que farão dessa penalidade uma medida proporcional ou não.[524]

Tome-se, a título de exemplo, uma construtora que, mediante conluio com seus concorrentes, fraude a competitividade de uma obra pública da União. Nesse cenário, a empresa infratora pode, de maneira *proporcional*, ter contra si bloqueado o acesso a uma determinada linha de crédito ou isenções federais aplicáveis ao ramo da construção civil, por haver clara conexão entre (i) a infração praticada, (ii) o segmento comercial no qual ela se verificou, (iii) o ente federativo lesado e (iv) o benefício a ser restringido a título punitivo-

---

[522] Lei 12.529/2011, art. 38, IV, "b".
[523] Lei 8.429/1992, art. 12, I, II e III.
[524] "A proporcionalidade não significa apenas uma relação adequada entre infração e sanção em termos de gravidade (p.ex., infração leve há de resultar em pena leve, infração grave em pena grave); significa também adequação em termos de conexão ou pertinência lógica entre uma e outra, levando-se em conta distintos aspectos da infração cometida no caso concreto" (SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. A lei de improbidade e a proibição de receber benefícios fiscais ou creditícios. **Revista da Faculdade de Direito (RFD-UERJ)**, n. 29, 2016, p. 31. Disponível em: <www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/23668/16726>. Acesso em: 8 dez. 2016).

preventivo. Afinal, seria ilógico admitir que aquele que goza de benefícios fiscais ou creditícios oferecidos pela União, para o fomento de sua própria atividade construtiva, pudesse se articular com seus concorrentes e fraudar a contratação de uma obra pública visada pela própria Administração federal, que concedeu tais benefícios.

De outro lado, por meio de um raciocínio reverso, se uma empresa que atua na prestação de serviços de limpeza urbana, por exemplo, frauda uma contratação pública promovida por um Município, pode-se mostrar *desproporcional* impedir que esse infrator tenha acesso a benefícios (fiscais ou creditícios) federais que não sejam diretamente relacionados ao ramo no qual se verificou a fraude, já que a conduta infracional originária praticada contra o ente municipal, por mais reprovável que seja, não mantém relação de pertinência lógica imediata com os benefícios federais em questão.

Como bem asseveram Carlos Ari Sundfeld e Rodrigo Pagani de Souza, cominar uma proibição geral e irrestrita do acesso a benefícios fiscais e creditícios, partindo-se simplesmente da mera transcrição da sanção em abstrato prevista na legislação, sem uma estrita relação com o caso concreto e com a infração a ser reprimida, seria o equivalente a impor um castigo arbitrário e aleatório, o que não se pode admitir.[525]

Vale destacar, por fim, que mesmo uma empresa cartelizada possui uma *função social* relevante perante seus colaboradores (quanto aos postos de trabalho disponibilizados), consumidores (quanto aos bens e serviços de que necessitam), fisco (quanto à arrecadação tributária) e a comunidade em geral.[526] Nesse contexto, a vedação irrestrita a benefícios fiscais e creditícios pode colocar a atividade empresarial em uma situação concorrencialmente desfavorável e pôr em risco a sua *preservação*, culminando até mesmo com o encerramento de suas atividades e prejudicando de maneira direta todos os sujeitos mencionados.

Por tais razões, a proibição de acesso a benefícios fiscais e creditícios é sanção que também pode provocar efeitos indesejados para além da própria empresa sancionada,

[525] SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Revista da Faculdade de Direito (RFD-UERJ)**, p. 33.
[526] COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 33/34.

motivo pelo qual igualmente deve haver um grande exercício de ponderação por parte das autoridades sancionadoras antes de sua cominação.

3.1.2.4. Proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica

Outra sanção impeditiva de direito prevista na Lei 12.529/2011, possível de ser cominada contra integrantes de cartéis em contratações públicas, é a "proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos".[527] Referida sanção pode ser entendida como uma típica suspensão da liberdade comercial do condenado.[528]

A proibição em questão, que não era tipificada na antiga lei brasileira de defesa da concorrência (Lei 8.884/1994), foi uma reação do legislador justamente à prática adotada por alguns sujeitos condenados de constituir nova pessoa jurídica para participar de licitações e, dessa forma, indiretamente se esquivar da sanção impeditiva cominada pelo CADE.[529]

Como visto no segundo capítulo deste trabalho, a constituição fraudulenta de nova pessoa jurídica é uma prática que pode ser adotada por cartéis em contratações públicas como forma de se esquivar das sanções administrativas previamente cominadas contra um de seus integrantes, o que justifica a existência e a imposição dessa sanção administrativa específica.

Entretanto, verifica-se na Lei 12.529/2011 um claro descasamento entre os limites temporais das sanções de proibição (i) de exercer o comércio em nome próprio (*até cinco anos*) e (ii) de participar de licitações públicas (*no mínimo cinco anos*).[530] A fim de manter uma proporcionalidade e paralelismo sancionatórios, seria salutar que o legislador houvesse uniformizado tais prazos, evitando-se distorções quando do efetivo cumprimento de tais penalidades.

---

[527] Lei 12.529/2011, art. 38, VI.
[528] MARRARA, Thiago. **Sistema brasileiro de defesa da concorrência**, p. 260.
[529] MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**, p. 161.
[530] MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**, p. 161/162, nota 147.

3.1.3. Sanções impositivas de deveres

Além das sanções pecuniárias e de não fazer (impeditivas de direitos), a Administração Pública também pode cominar aos administrados obrigações de *fazer*, compelindo-os a praticar determinado tipo de conduta.[531] Justamente por isso, as sanções de fazer são sanções impositivas de deveres.

3.1.3.1. Publicação de decisão condenatória

Dentre os diplomas legais analisados, a única sanção administrativa puramente impositiva de deveres identificada é a publicação de decisão condenatória às expensas do infrator.

O objetivo primário dessa sanção é fazer com que a própria pessoa punida dê ciência ao público quanto à condenação que sofreu, já que o impacto causado sobre a sua imagem (principalmente a da pessoa jurídica) pode ser mais efetivo que o próprio pagamento de multas administrativas ou outras sanções.[532] Além disso, essa penalidade aumenta a percepção de aplicação da lei sancionadora e, consequentemente, colabora para a dissuasão de outras práticas.[533]

No ordenamento brasileiro, a Lei 12.529/2011 permite impor àqueles que pratiquem infração à ordem econômica (tais como os cartéis em contratações públicas) "a publicação, em meia página e a expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por 2 (dois) dias seguidos, de 1 (uma) a 3 (três) semanas consecutivas".[534] Embora a disposição legal não adentre neste aspecto, o jornal escolhido pelo CADE para veicular a decisão condenatória deve ser adequado para atingir os potenciais interessados e o conteúdo da publicação deve ser neutro (não vexatório),[535] a fim de se manter hígida a proporcionalidade sancionatória.

---

[531] MARRARA, Thiago; NOHARA, Irene Patrícia. **Processo administrativo**, p. 433.
[532] GILBERTO, André Marques. **O processo antitruste sancionador**, p. 50.
[533] MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**, p. 161.
[534] Lei 12.529/2011, art. 38, I.
[535] MARRARA, Thiago. **Sistema brasileiro de defesa da concorrência**, p. 258.

Um ponto negativo com relação ao modo pelo qual a sanção está prevista na lei antitruste é a potencial falta de atratividade para o leitor de uma publicação redigida sob a forma de ementa de acórdão do CADE ("extrato da decisão condenatória"), que contém linguajar de difícil compreensão pela população em geral.[536] Além disso, o alcance da publicação da decisão condenatória teria um impacto muito maior caso ela fosse feita no sítio eletrônico e redes sociais da empresa,[537] preferencialmente por meio de uma redação mais acessível à população.

Já a Lei 12.846/2013 (anticorrupção) também permite a cominação à pessoa jurídica da sanção administrativa de "publicação extraordinária da decisão condenatória", igualmente sob a forma de extrato de sentença e às expensas da pessoa jurídica.

No entanto, diferentemente do quanto previsto na lei antitruste, a lei anticorrupção e seu decreto regulamentador definiram que a publicação deve se dar, de maneira cumulativa, em (i) meio de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional; (ii) em edital afixado no próprio estabelecimento e (iii) no sítio eletrônico da pessoa jurídica, pelo prazo de trinta dias e em destaque na página principal.[538] A sanção que impõe a obrigação de publicação de decisão condenatória prevista na lei anticorrupção, portanto, possui um alcance maior que a sanção de mesma natureza prevista na lei antitruste.

Especificamente quanto aos cartéis em contratações públicas, a publicação de decisão condenatória é uma sanção que atua de maneira sinérgica às sanções de suspensão temporária e de declaração de inidoneidade, pois essa divulgação permite um melhor controle (inclusive popular) acerca de empresas apenadas pelas autoridades administrativas sancionadoras.

---

[536] BOSON, Daniel Silva. **Sanções por formação de cartel no Brasil**. 2012, p. 56. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Brasília, Brasília. Disponível em: <https://bdtd.ucb.br:8443/jspui/handle/123456789/284>. Acesso em: 23 mar. 2015.
[537] MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**, p. 161.
[538] Lei 12.846/2013, art. 6°, II e §5º e Decreto 8.420/2015, art. 24.

3.1.4. Outras sanções administrativas

Afora todas as sanções pecuniárias, impeditivas de direitos e impositivas de deveres possíveis de serem cominadas contra os integrantes de cartéis em contratações públicas, remanescem ainda exclusivamente na Lei 12.529/2011 (antitruste) algumas outras sanções residuais que, embora não se enquadrem plenamente nos tipos anteriormente previstos, merecem aqui uma breve análise.

Dentre essas sanções residuais, a Lei 12.529/2011 também permite que o infrator tenha seu nome inscrito no "Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor".[539] Sob a mesma lógica que rege a publicação do extrato da decisão condenatória, a inscrição do infrator no Cadastro em questão tem por objetivo divulgar para a sociedade uma relação de empresas infratoras, com vistas a prevenir condutas similares por meio de constrangimento social.[540]

Essa sanção pode se mostrar particularmente útil (e proporcional) nos casos em que os integrantes de cartéis em contratações públicas também fornecem ao mercado privado os mesmos bens ou serviços que foram objeto de acordos colusivos perante a Administração, conferindo maior publicidade, a um só tempo, tanto a outros órgãos administrativos que pretendam adquirir os mesmos bens ou serviços quanto aos consumidores privados em geral.[541]

Outra sanção acessória prevista na Lei 12.529/2011 é a recomendação aos órgãos competentes para que "seja concedida licença compulsória de direito de propriedade

---

[539] Lei 12.529/2011, art. 38, III.

[540] MARRARA, Thiago. **Sistema brasileiro de defesa da concorrência**, p. 259.

[541] Contudo, não se tem notícia da efetiva implantação do "Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor" (muito embora a Lei 8.158/1991, art. 7º, §1º, "b", já fizesse menção ao referido Cadastro, além de haver previsão análoga no art. 44 do Código de Defesa do Consumidor), o que dificulta avaliar a real eficácia de tal sanção. No ano de 2009, a Portaria Conjunta SDE/CADE n° 58/2009 criou o chamado "Cadastro Nacional de Infrações à Ordem Econômica", que teria uma abrangência ainda maior, mas também este Cadastro, aparentemente, não foi colocado em prática pelo Governo Federal, o que, de certa forma, torna inócua a sanção prevista na Lei 12.529/2011. De todo modo, sob a ótica da Administração Pública, seria mais adequado, para fins de ampla publicidade, que as empresas sancionadas pelo CADE com a proibição de licitar fossem incluídas no "Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas" (CEIS), criado mais recentemente pela Lei 12.846/2013, o qual efetivamente já se encontra em funcionamento no "Portal da Transparência" do Governo Federal e é uma importante ferramenta disponibilizada aos agentes públicos para se evitar que a Administração celebre contratos com empresas temporariamente impedidas de o fazerem.

intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito".[542] A licença compulsória (popularmente conhecida como "quebra de patente") é um instituto previsto na Lei 9.279/1996 que tem por objetivo corrigir abusos quanto ao exercício do direito de propriedade industrial por parte do seu detentor. [543]

Embora não seja um mecanismo sancionatório trivial, no caso das contratações públicas, em teoria, pode-se vislumbrar a aplicabilidade de tal sanção nas hipóteses em que os cartelistas ajustam entre si que apenas uma empresa será a desenvolvedora e fornecedora de uma dada tecnologia (*software*, por exemplo) da qual a Administração necessite, fulminando de maneira artificial a concorrência e o progresso científico naquele setor. A licença compulsória, nesses casos, pode ser uma sanção justificável e proporcional, a fim de restabelecer patamares mínimos de competitividade nas contratações tecnológicas de que a Administração Pública necessite.

Já as determinações de "cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade",[544] por serem sanções de caráter altamente interventivo na própria *estrutura* do mercado,[545] não são aplicáveis, *a priori*, aos casos de cartéis em contratações públicas, já que tais conluios estão inseridos no campo das *condutas* (e não estruturas) anticompetitivas, devendo-se observar, como já destacado, a pertinência lógica entre a infração e a respectiva penalidade como medida de proporcionalidade sancionatória.[546]

Por fim, a Lei 12.529/2011 ainda prevê a possibilidade de o CADE adotar "qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica".[547] Entretanto, não se pode entender que a disposição legal em questão confere poderes à autoridade antitruste para criar outras espécies de sanções, tanto que o dispositivo legal faz menção a "ato" ou "providência", denotando um sentido de *execução* sancionatória, e não de criação de novas penalidades.[548] Em um caso de cartel em contratação

[542] Lei 12.529/2011, art. 38, IV, "a".
[543] Lei 9.279/1996, art. 68 e seguintes.
[544] Lei 12.529/2011, art. 38, V.
[545] MARRARA, Thiago. **Sistema brasileiro de defesa da concorrência**, p. 259.
[546] Sobre o controle de estruturas do mercado, cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**, 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
[547] Lei 12.529/2011, art. 38, VII.
[548] MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**, p. 162.

pública, o CADE poderia determinar, com base em tal disposição, a comunicação da decisão condenatória a outros órgãos possivelmente interessados (medida de caráter executivo), mas não criar uma nova forma de punição ao infrator. Entendimento diverso colidiria frontalmente com os princípios da legalidade e tipicidade, elementares em matéria sancionatória.[549]

3.1.5. Conclusões comparativas

Finalizando este subcapítulo, algumas conclusões de ordem comparativa podem ser extraídas.

A primeira delas é a de que a legislação brasileira prevê diversos tipos de sanções administrativas (pecuniárias, impeditivas de direito, impositivas de deveres e outras residuais) possíveis de serem cominadas contra aqueles que fraudarem contratações públicas mediante a prática de cartel. Existe, inclusive, uma ampla margem de discricionariedade na própria escolha dessas sanções, o que pode implicar variações relacionadas à abrangência territorial da punição e ao seu prazo de duração. Constata-se, portanto, a existência de um modelo sancionatório notoriamente mais aberto se em comparação com aquele tipicamente previsto na legislação penal.

Afora a pluralidade de sanções administrativas previstas no ordenamento, há também uma pluralidade de instâncias ou ambientes administrativos sancionadores contra os cartéis em contratações públicas. A depender do diploma legal manejado e da penalidade pretendida, os cartéis em contratações públicas podem ser sancionados administrativamente (i) pela própria Administração contratante; (ii) por Ministro de Estado, Secretário Estadual ou Secretário Municipal; (iii) pelas autoridades máximas de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário; (iv) pelo Tribunal de Contas da União (nas contratações em âmbito federal) ou (v) pelo CADE.

Anote-se, ainda, que além da responsabilização administrativa, na esfera judicial remanesce a possibilidade de responsabilização civil, criminal e por ato de improbidade administrativa (quando os cartelistas atuam em concurso com agentes

[549] A respeito da problemática existente por detrás desse dispositivo da Lei 12.529/2011 (art. 38, VII), cf. MARRARA, Thiago. **Sistema brasileiro de defesa da concorrência**, p. 260/261.

públicos), embora estas formas de responsabilização não sejam objeto de estudo neste trabalho.

Especificamente no âmbito da legislação de licitações e contratos administrativos, as sanções típicas previstas para as hipóteses de cartéis em contratações públicas (e outras fraudes) sempre foram as sanções impeditivas de direitos (suspensão temporária de licitar e contratar e declaração de inidoneidade). Contudo, caso aprovado o PLS 559/2013, também a sanção de multa poderá ser aplicada unilateralmente pela própria Administração contratante nas hipóteses de fraudes licitatórias ou contratuais, o que se somará à possibilidade de sancionamento pecuniário atualmente também prevista nas leis anticorrupção e antitruste, embora a base de cálculo e o percentual das multas sejam distintos em cada um desses diplomas.

Já em uma comparação mais ampla a partir de todas as leis individualmente analisadas, a Lei 12.529/2011 (antitruste) é a que apresenta a maior quantidade de sanções administrativas possíveis de serem cominadas para os casos de cartéis em contrações públicas e, também, as que são potencialmente mais gravosas (ao menos sob uma análise em abstrato das sanções possíveis). Esse fato é indicativo de que a repressão administrativa a cartéis em contratações públicas, embora possa se dar em diferentes órgãos e entes da Administração Pública, tem no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência o seu maior potencial punitivo.

De todo modo, nem todas as sanções administrativas previstas em abstrato na legislação brasileira são necessariamente adequadas e proporcionais para qualquer caso de cartéis em contratações públicas. Deve ser avaliada a pertinência lógica de cada uma das penalidades de acordo com os casos concretos, já que a cominação ampla e irrestrita de todas as penalidades existentes abstratamente na legislação, além de ser juridicamente inadequada, pode trazer, direta ou indiretamente, efeitos prejudiciais à própria Administração Pública.

A título de exemplo, como visto, o sancionamento exclusivamente pecuniário pode, em um balanço final, fazer dos cartéis em contratações públicas uma prática relativamente vantajosa para as empresas infratoras, pois é bastante possível que os lucros auferidos pelos cartelistas sejam muito maiores que a própria multa administrativa imposta,

tornando economicamente conveniente a conduta colusiva, a despeito de sua reprovabilidade pelo ordenamento jurídico.

Também as sanções impeditivas do direito do infrator de contratar com a Administração Pública, embora de fato sejam as que mais coíbam a reiteração da prática de cartel nesse segmento, podem provocar efeitos econômicos indesejados, como, por exemplo, aumentar a concentração do mercado e, consequentemente, ensejar o aumento dos preços pagos pela Administração pelos mesmos produtos e serviços que outrora foram objeto de conluios.

Além disso, se mal dosadas, as sanções impeditivas de direito (incluindo-se aqui também a vedação a benefícios fiscais e creditícios) podem colocar em risco a própria preservação da empresa e gerar outros empecilhos de ordem prática, principalmente a diminuição dos postos de trabalho locais, da oferta ao mercado consumidor privado e da arrecadação tributária. Da mesma forma, a publicação de decisão condenatória na mídia (sanção impositiva de dever), se ocorrer de maneira vexatória e desproporcional, pode atingir o bom nome da empresa e, igualmente, impactar de maneira excessiva em suas atividades.

Portanto, praticamente todos os tipos de sanções administrativas analisados podem ter efeitos que ultrapassam a mera punição do infrator, razão pela qual devem as autoridades sancionadoras, de acordo com cada caso concreto e mercado afetado, ponderar e dosar a forma mais adequada de reprimenda aos cartéis em contratações públicas, a fim de encontrar o ponto ótimo que atinja, em patamares razoáveis, os objetivos de prevenção e repressão contidos na norma sancionadora.

Por fim, mas não menos importante, o exame comparativo da legislação brasileira e as conclusões já expostas trazem à tona um dado relevante: existe uma clara situação de *sobreposição* de sanções e de processos administrativos sancionadores possíveis de serem aplicados àqueles que fraudem contratações públicas mediante cartéis, o que permite ao menos problematizar, neste momento, se o princípio do *non bis in idem* estaria sendo efetivamente respeitado pelo ordenamento administrativista brasileiro.[550]

[550] "O princípio do *non bis in idem* impede a Administração Pública de impor uma segunda sanção administrativa a quem já sofreu, pela prática da mesma conduta, uma primeira. É dizer, uma vez imposta a

É certo que predomina o entendimento, no Brasil, de que uma mesma conduta ilícita pode acarretar a punição do infrator nas esferas cível, criminal e administrativa, sem que isto configure, por si só, uma infração ao princípio do *non bis in idem*, dada a independência usualmente aceita entre tais esferas.[551]

Também se admite como válida a existência de múltiplas sanções administrativas como resposta a uma mesma infração praticada, desde que haja expressa previsão legal autorizativa nesse sentido.[552] Por exemplo, no âmbito da lei geral de licitações e contratos, é possível a cumulação da sanção de multa com a sanção de suspensão temporária de licitar e contratar *ou* com a declaração de inidoneidade, assim como no âmbito da lei antitruste se admite a cumulação da sanção de multa com as demais penalidades acessórias tipificadas, dado que em ambos os casos existe expressa previsão legal autorizativa.[553]

Contudo, o estudo realizado evidencia que no ordenamento jurídico brasileiro há uma pluralidade de sanções administrativas de igual natureza que podem ser manejadas por entes e órgãos administrativos distintos para um mesmo caso concreto envolvendo cartéis em contratações públicas.

A título ilustrativo, note-se que, atualmente, sanções pecuniárias podem ser aplicadas tanto pela "autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário", com fundamento na Lei 12.846/2013 (anticorrupção), assim como pelo CADE, com fundamento na Lei 12.529/2011 (antitruste).[554] Afora isso, caso aprovado

---

sanção administrativa, esgota-se a competência punitiva atribuída à Administração Pública, não sendo lícita a imposição de nova sanção pelo mesmo fato" (MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador**, p. 210).

[551] Cf. ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**, p. 694; MARRARA, Thiago; NOHARA, Irene Patrícia. **Processo administrativo**, p. 448/449; MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**, p. 251/252. Observe-se, no entanto, que são crescentes os questionamentos (inclusive em plano internacional) a essa plena independência de instâncias repressivas, principalmente com relação à interface existente entre o sancionamento administrativo e o criminal. A esse respeito, cf. SILVEIRA, Paulo Burnier da. O direito administrativo sancionador e o princípio *non bis in idem* na União Europeia: uma releitura a partir do caso "Grande Stevens" e os impactos na defesa da concorrência. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 4, p. 5–22, 2014. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br>. Acesso em: 16 dez. 2016.

[552] MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador**, p. 212.

[553] Lei 8.666/1993, art. 87, §2º e Lei 12.529/2011, art. 38, *caput*.

[554] Observe-se que tanto o art. 35 da Lei 12.529/2011 quanto os arts. 29 e 30 da Lei 12.846/2013 dispõem que a aplicação das sanções previstas nesses diplomas não afeta os processos de responsabilização previstos em outras leis, o que reforça a tese de que a intenção do legislador foi, justamente, criar uma "intrincada rede de

o PLS 559/2013 em sua atual redação, também se admitirá que a própria Administração contratante tenha a competência para cominar multas administrativas por fraudes verificadas nos processos de contratação, totalizando três instâncias sancionadoras distintas capazes de cominar penalidades pecuniárias contra integrantes de cartéis em contratações públicas.

Da mesma forma, existe a possibilidade de que a sanção de suspensão temporária (impedimento ou proibição) de licitar e contratar seja aplicada tanto pela Administração contratante quanto pelo CADE, com abrangência territorial e prazos de duração distintos, havendo inclusive o risco de dissociação do momento de cumprimento de cada uma delas e, por conseguinte, de excesso punitivo.[555] Igualmente, nas contratações públicas federais, a inidoneidade de um concorrente, após entendimento firmado pelo STF, pode ser declarada tanto por Ministro de Estado, com fundamento na Lei 8.666/1993, quanto por um Ministro do TCU, com fundamento na Lei 8.443/1992, também com prazos e abrangências territoriais distintas.

Todos esses cenários denotam situações de sobreposição de sanções administrativas de mesma natureza que se originam, simplesmente, do exercício paralelo das competências sancionatórias atribuídas a entidades ou órgãos distintos da Administração Pública. Todavia, dado que os próprios tribunais brasileiros reconhecem que a Administração Pública é *una* (sendo descentralizadas apenas as suas funções),[556] é válido

---

punições", como bem observa André Rosilho (**Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União**, p. 186).

[555] A afirmação pode ser exemplificada pelo seguinte cenário: imagine-se que uma dada contratação pública tenha sido fraudada por cartéis e que tanto a Administração contratante quanto o CADE sejam instados a exercer suas respectivas competências sancionatórias previstas na legislação. A depender da modalidade licitatória de origem, a Administração contratante pode cominar aos infratores a suspensão temporária de licitar por prazos *máximos* que variam de dois anos (no caso das modalidades previstas na lei geral de licitações e no estatuto das empresas estatais) ou cinco anos (no caso das modalidades pregão e RDC). Já o CADE, caso decida aplicar a penalidade acessória de proibição de licitar, tem a obrigação de aplicá-la por um prazo *mínimo* de cinco anos. Note-se, portanto, que caso a sanção aplicada pela Administração contratante venha a ser cumprida integralmente antes mesmo da decisão do CADE (dissociação temporal das execuções das penalidades), o prazo total de impedimento de licitar e contratar, somando-se os prazos estipulados pela Administração contratante (*máximo* de cinco anos, nas modalidades mencionadas) e pelo CADE (*mínimo* também de cinco anos), pode ser superior até mesmo a dez anos. Esse cenário, conquanto seja fictício, ainda assim pode ser verificado em uma dada situação concreta, bastando, para isso, que haja uma dissociação entre os momentos de cumprimento das sanções impostas pela Administração contratante e pelo CADE, o que revela um claro cenário de risco de excessos punitivos no âmbito administrativo, ainda que os bens jurídicos tutelados por cada uma dessas instâncias sejam tidos como distintos.

[556] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Especial n° 151.567.** Ministro Relator: Francisco Peçanha Martins. Segunda Turma. Brasília: 25 de fevereiro de 2003. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 16 dez. 2016.

cogitar (e problematizar) que a multiplicidade de sanções administrativas de mesma natureza, possíveis de serem aplicadas cumulativamente por órgãos e entes distintos contra os integrantes de cartéis em contratações públicas, pode configurar uma indevida violação ao princípio do *non bis in idem* no âmbito administrativo.[557]

Isolando-se o juízo de reprovabilidade da conduta ilícita analisada, sob a ótica do infrator a situação é de aparente insegurança jurídica e de risco de excessos punitivos, porque em razão de uma *mesma* infração ele pode tanto ser multado, impedido de licitar e contratar ou declarado inidôneo por entidades e órgãos administrativos diversos, inexistindo uma previsibilidade sancionatória adequada. Por mais reprovável que possa ser a prática de cartéis em contratações públicas, lesiva a diversos bens jurídicos, é medida de justiça que um administrado não se sujeite a uma eterna e incerta perseguição por parte do poder público.[558]

A questão é bastante complexa e demandaria um vasto aprofundamento e revisitação teórica do próprio princípio do *non bis in idem* e de suas premissas, balizas e exceções, mas tal estudo, evidentemente, foge dos escopos deste trabalho. De todo modo, fica aqui o registro dessa problemática envolvendo cartéis e outras fraudes praticadas em contratações públicas, que deve demandar cada vez mais atenção dos pesquisadores e operadores do Direito, sob pena de, impensadamente, serem praticados injustos excessos punitivos.

---

[557] Em sentido análogo também é a conclusão de Rafael Munhoz de Mello (**Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador**, p. 212), embora o autor, exemplificativamente, tenha analisado infrações administrativas que violam o direito do consumidor: "Existindo diversos órgãos com competência comum para a imposição de sanção administrativa pelos mesmos fatos delituosos, faz-se necessário estabelecer um critério para definir o órgão que, no caso concreto, pode exercer a competência punitiva. O critério pode levar em conta a abrangência de atuação do órgão (o federal tem prevalência sobre o estadual, que tem prevalência sobre o municipal, por exemplo) ou a data da instauração do processo administrativo, criando uma espécie de prevenção, nos moldes do que ocorre no processo civil. O que não se pode admitir é que todos os órgãos apliquem a mesma sanção cumulativamente, sob pena de ser ofendido o princípio do *non bis in idem*".

[558] Por tais motivos, é salutar que ao menos o Decreto 8.420/2015, em seu art. 12, tenha estabelecido que os atos previstos como infrações administrativas tanto à Lei 8.666/1993 (licitações e contratos administrativos) quanto à Lei 12.846/2013 (anticorrupção) sejam apurados e julgados conjuntamente, o que ao menos reduz o risco de decisões conflitantes envolvendo esses dois diplomas e as respectivas autoridades competentes.

3.2. Peculiaridades dos processos administrativos sancionadores: a dificuldade de produção de prova contra cartéis em contratações públicas

Embora existam diversas peculiaridades quanto às sanções administrativas possíveis de serem aplicadas aos integrantes de cartéis em contratações públicas, o mesmo não se pode dizer com relação ao rito dos respectivos processos sancionadores, pois a persecução e a punição desses infratores em âmbito administrativo seguem a mesma lógica procedimental aplicável às demais infrações. A grande peculiaridade processual existente diz respeito à (dificuldade de) produção de prova contra os cartéis em contratações públicas, o que se passa a expor neste tópico.

Ainda que existam indícios de colusão e seja relevada a obrigatoriedade de comprovação dos danos causados por cartéis, a produção de prova acerca da própria *existência* de um conluio, em qualquer segmento comercial, é difícil de ser obtida. Na maioria das vezes, as empresas que celebram um acordo colusivo conhecem a ilicitude de suas condutas, de forma que raramente produzem documentos que comprovem inequivocamente a prática de cartel. Não se pode esperar, portanto, que os cartelistas lavrem uma ata de reunião na qual foi ajustado o aumento artificial de preços ou a divisão do mercado, por exemplo.[559]

No âmbito das contratações públicas, a produção de prova contra cartéis é ainda mais difícil, por diversas razões.

Em primeiro lugar, porque os concorrentes, como visto no capítulo segundo, podem manipular as regras de contratação (principalmente nos processos licitatórios) de forma que haja uma aparência de que nenhuma ilegalidade fora cometida.[560] Em não havendo ilegalidades aparentes, é mais provável que a Administração contratante valide os atos realizados no curso do processo de contratação, ocultando-se, assim, possíveis infrações competitivas e dificultando-se a produção de provas contra o conluio.

---

[559] FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**, p. 350.
[560] CECCATO, Marco Aurélio. **Cartéis em licitações: estudo tipológico das práticas colusivas entre licitantes e mecanismos extrajudiciais de combate**, p. 16.

Em segundo lugar, porque de maneira paralela à manipulação de regras (e que de alguma maneira com ela se confunde), os cartelistas também simulam uma falsa competitividade nos certames. Essa falsa competitividade pode ser imperceptível aos membros das comissões de licitação ou, quando perceptível, não é passível de uma resposta estratégica imediata por parte das autoridades contratantes, haja vista a rigidez dos processos administrativos.[561]

Em terceiro lugar, porque devido à publicidade do orçamento prévio e dos preços de reserva (como regra geral),[562] o paralelismo de preços nas contratações públicas é bastante comum e, em alguma medida, até mesmo esperado, pois é natural que os concorrentes ofertem preços muito próximos ao limite reservado, a fim de garantir uma maior margem de lucro. Assim, nas contratações públicas, o mero paralelismo de preços não necessariamente configura um indício de colusão,[563] sendo necessários elementos mais contundentes para que se possa demonstrar a atuação de um cartel nesse segmento.

Em quarto lugar, porque os agentes públicos envolvidos nos processos de contratação pública carecem de incentivos (inclusive remuneratórios) para que identifiquem cartéis, reúnam indícios e comuniquem às autoridades competentes possíveis suspeitas de conluio.

Como regra, os servidores públicos que participam dos processos de contratação não são avaliados de acordo com o número de cartéis que descobrem e com a economia real gerada à Administração. Quando muito, são avaliados apenas de acordo com a capacidade que possuem de coordenar um processo burocrático de contratação e a velocidade com que isso se deu. E o pior: a suspeita de um cartel e sua apuração pelos agentes públicos envolvidos poderia postergar ainda mais um dado processo de contratação administrativa, repercutindo de maneira negativa sobre suas próprias avaliações.[564]

---

[561] NÓBREGA, Marcos; LIRA, Bruno. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, p. 6; HEIMLER, Alberto. **Journal of Competition Law & Economics**, p. 4.
[562] Uma exceção a essa regra, como visto, é a modalidade RDC, em que existe autorização legal para o sigilo dos orçamentos (Lei 12.462/2011, art. 6°).
[563] Salvo nos casos extremamente peculiares, em que, por exemplo, o preço ofertado pelos concorrentes é similar até mesmo nas casas decimais, sem uma justificativa plausível para tanto.
[564] HEIMLER, Alberto. **Journal of Competition Law & Economics**, p. 8/9.

Nem mesmo os órgãos contratantes possuem reais incentivos para apurar a ocorrência de cartéis em uma dada contratação pública. Ainda que um conluio seja descoberto e desarticulado, a verba pública economizada pode não permanecer com o órgão que descobriu a fraude, retornando, como regra, para o orçamento geral do ente administrativo.[565]

Quanto às multas *administrativas* aplicadas em decorrência da descoberta de infração à ordem econômica, por exemplo, no caso específico do Brasil a distribuição pecuniária é ainda menor. De acordo com a lei antitruste nacional, o produto da arrecadação das multas administrativas aplicadas pelo CADE é destinado apenas ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD),[566] não retornando de maneira direta para aqueles entes e órgãos da Administração Pública que contribuíram para a descoberta da fraude, o que desestimula a alocação de pessoal e o emprego de recursos para prevenção, apuração e produção de provas contra cartéis em contratações públicas em colaboração com a autoridade antitruste.[567]

Por fim, em quinto lugar, a produção de prova contra os cartéis nas contratações públicas é dificultosa também por uma razão de legislação criminal.

Embora o grau de reprovabilidade dos cartéis em contratações públicas devesse ser maior que o dos cartéis comuns (em razão principalmente do prejuízo ao erário e a todos os contribuintes, e não apenas ao comprador imediato), há uma clara situação de desproporcionalidade no ordenamento penal brasileiro: o crime genérico de cartel é sancionado com pena de *reclusão,*[568] ao passo que os crimes específicos de cartéis em contratações públicas são sancionados somente com penas de *detenção*.[569-570]

---

[565] HEIMLER, Alberto. **Journal of Competition Law & Economics**, p. 9.
[566] Lei 12.529/2011, art. 28, §3°.
[567] Isso também ocorre com as multas aplicadas como sanção *criminal* aos cartelistas, que são revertidas, conforme o caso, à Fazenda Federal, Distrital, Estadual ou Municipal (Lei 8.666/1993, art. 99, §2º), ou seja, para os orçamentos gerais, em vez de retornarem para os órgãos específicos que colaboraram com a produção de provas contra os cartéis. Mesmo se uma entidade da Administração indireta (dotada de autonomia orçamentária) descobrir a fraude e contribuir para a instauração de um processo, ainda assim as multas criminais reverterão, a princípio, ao ente federativo ao qual está vinculada, de acordo com o atual cenário normativo brasileiro (GASPARINI, Diogenes. **Crimes na licitação**. 3. ed. São Paulo: Editora NDJ, 2004, p. 65).
[568] Lei 8.137/1990, art. 4º.
[569] Lei 8.666/1993, arts. 90, 95 e 96.
[570] Uma das possíveis explicações para essa ilógica diferenciação é o fato de que a tipificação dos crimes previstos na Lei 8.666/1993 podem ter decorrido de uma atualização legislativa que tomou por base o artigo 335 do Código Penal, o qual desde 1940 previa pena de detenção para a prática do crime de "impedimento,

Essa diferenciação de penas (reclusão ou detenção) possui extrema relevância quanto à produção de provas contra cartéis, porque a Lei 9.296/1996 somente autoriza interceptações telefônicas para infrações penais puníveis com reclusão.[571] A lei em comento, portanto, afasta a possibilidade de utilização de interceptações telefônicas contra os cartéis em contratações públicas, já que estes são puníveis apenas com detenção.[572]

Como os cartelistas raramente deixam registros escritos explícitos dos acordos colusivos, a possibilidade de interceptação de telecomunicações assume importância ímpar no combate aos cartéis.[573] Todavia, a utilização desse importante meio de obtenção de prova contra os cartéis em contratações públicas encontra-se mitigada, em razão do tipo de sanção criminal que atualmente lhes é imposta.[574]

Vale registrar que a importância das interceptações telefônicas não se restringe apenas aos processos criminais, já que se tem admitido, majoritariamente (inclusive pelo Supremo Tribunal Federal),[575] a possibilidade de prova emprestada do processo

---

perturbação ou fraude de concorrência". De fato, a redação dos tipos penais previstos nos artigos 93 e 95 da Lei 8.666/1993 é extremamente similar à redação do tipo previsto no artigo 335 do Código Penal, o que permite supor que o diploma de referência utilizado pelos congressistas foi o Código Penal, e não a Lei 8.137/1990. Essa hipótese pode explicar a opção do legislador pela sanção de detenção em vez da sanção de reclusão para os crimes de cartel previstos na Lei 8.666/1993, muito embora não abone a falha e quanto menos justifique a evidentemente desproporcionalidade ainda hoje verificada.

[571] Lei 9.296/1996, art. 2º, III.

[572] MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**, p. 196.

[573] MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**, p. 241: "A experiência prática indica a crescente importância da interceptação de comunicações nos casos de cartéis, especialmente em vista dos cuidados de não deixar registros dos acordos e contatos por parte dos partícipes do cartel. Em todos os casos em que houve condenação por prática de crime de cartel no Brasil, o Poder Judiciário respaldou sua decisão em provas oriundas de interceptações telefônicas, entre outras". No mesmo sentido é o voto do Conselheiro Relator Fernando de Magalhães Furlan no julgamento do chamado "cartel dos gases": "A lógica inerente ao cartel é de sigilo. A prova primordial do cartel é o contato entre concorrentes. No caso de executivos de empresas sofisticadas e de grande porte, é evidente que o contato será feito da forma a mais discreta possível. Assim, para obter provas de acordos, é imprescindível penetrar no espaço em que o acordo se concretiza, ou seja, nos mecanismos de comunicação entre os integrantes do conluio" (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Processo Administrativo n° 08012.009888/2003-70**, p. 7052/7053).

[574] Segundo Ana Paula Martinez (**Repressão a cartéis**, p. 241), uma das formas encontradas pelos membros do Ministério Público para compensar essa dificuldade de produção de prova contra os cartéis em contratações públicas é a imputação desse crime em *concurso* com o crime genérico de cartel, previsto na Lei 8.137/90, ou com o crime de associação criminosa (antiga "quadrilha ou bando"), que são puníveis com reclusão, a fim de viabilizar as interceptações telefônicas. Todavia, a autora ressalta que esse expediente pode ensejar excessos acusatórios por parte do Ministério Público, o que não se mostra criminalmente adequado.

[575] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Questão de Ordem no Inquérito n° 2424**. Ministro Relator: Cezar Peluso, Tribunal Pleno. Brasília, 20 de junho de 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 mai. 2016: "Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em

criminal para o processo administrativo (e vice-versa), desde que haja autorização do juiz da causa que originariamente autorizou a obtenção da prova.[576] Assim, é de extrema relevância para a Administração Pública a forma como se dá a produção de provas contra os cartéis em contratações públicas, mesmo em processos criminais.

De um modo geral, essas são as dificuldades subjacentes à produção de prova contra os cartéis em contratações públicas, sem prejuízo de que outros empecilhos específicos surjam de acordo com as particularidades de cada caso. No entanto, apesar de todo esse cenário dificultoso, existem algumas peculiaridades das contratações públicas e possíveis contramedidas que podem favorecer a produção de prova contra cartéis nesse segmento ou mesmo evitar que eles atuem e tenham êxito, como se verá nos próximos itens.

3.2.1. Contramedidas que podem facilitar a produção de provas contra cartéis em contratações públicas

Tal como já analisado em subcapítulo específico, similaridade de preços ofertados nas etapas competitivas, propostas distantes da realidade de mercado, preços de adjudicação pouco econômicos, diferenças de preços não racionalmente explicáveis entre a proposta vencedora e as demais, desistências inesperadas, rodízio de vencedores e subcontratações pelo vencedor de concorrentes que participaram do certame são alguns exemplos de atos praticados no curso dos processos de contratação pública que obrigatoriamente permanecem documentados e que podem representar indícios de colusão.

Todavia, para que esses e outros indícios possam ser adequadamente apurados e potencialmente convertidos em futuras provas contra os cartéis em contratações públicas, deixando de ser apenas elementos indicativos de colusão, a Administração Pública pode adotar algumas contramedidas antes e depois da contratação se efetivar.

---

relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessa prova".

[576] MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**, p. 250/254. No caso das interceptações telefônicas, impõe-se, ainda, que também seja mantido o sigilo das transcrições, em razão do quanto disposto no art. 1º da Lei 9.296/96.

3.2.1.1. Modificação da política legislativa interna e nacional

Primeiramente, em termos de política legislativa, os entes administrativos poderiam prever em suas legislações próprias sistemas de bonificação aos servidores públicos pagos de acordo com a economia real gerada ao erário, a fim de estimular contratações públicas concorrencialmente mais inteligentes e constante monitoramento contra cartéis. Movidos por ambições pessoais, os agentes públicos envolvidos nas contratações administrativas naturalmente tenderiam a redobrar suas atenções para a possibilidade de existência de fraudes e, com isso, mais indícios e provas contra conluios poderiam ser levantadas.

Essa medida poderia ser potencializada caso a legislação nacional de prevenção e repressão às fraudes em contratações públicas previsse, por exemplo, que ao menos parte da economia e das sanções pecuniárias derivadas da descoberta de um cartel permanecesse com o ente ou órgão da Administração Pública que efetivamente houvesse contribuído para o desmantelamento da fraude.[577] Disposição semelhante a essa foi salutarmente adotada pela Lei 12.846/2013 ("lei anticorrupção"), prevendo que a multa e outros valores aplicados com fundamento neste diploma devem ser destinados preferencialmente aos órgãos ou entidades públicas lesados.[578]

Contudo, deve-se atentar para o risco de que disposições desse tipo podem implicar estímulos extraprocessuais e *desvios de finalidade* na aplicação de sanções pecuniárias.[579] Por essa razão, mostra-se imprescindível um debate qualificado, pautado na ponderação dos valores aparentemente conflitantes, caso efetivamente se procure adotar mecanismos de distribuição de receitas como forma de estimular o desmantelamento de cartéis em contratações públicas.

---

[577] HEIMLER, Alberto. **Journal of Competition Law & Economics**, p. 9/10.
[578] Lei 12.846/2013, art. 24.
[579] É o que salienta Thiago Marrara (**Sistema brasileiro de defesa da concorrência**, p. 254) ao comentar a destinação do produto das multas do SBDC ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos em vez de ao CADE: "Frise-se que o produto das multas não ingressa como receita no orçamento do CADE. Mantendo a sistemática da legislação anterior, de acordo com a nova LDC (art. 28, §3º e 4°), as multas serão recolhidas ao Tesouro Nacional, em benefício do FDD, conforme regulamentação do Executivo. Desse modo, no modelo pátrio, inexiste relação entre a quantidade e a severidade das multas impostas e o orçamento da entidade reguladora, o que, automaticamente, exclui estímulos extraprocessuais a desvios de finalidade na aplicação das sanções concorrenciais".

Ainda em termos de política legislativa, outra possível contramedida seria modificar a Lei 8.666/1993 para que os tipos de cartéis previstos em seus artigos 90, 95 e 96 passassem a ser punidos com pena de reclusão (e não mais apenas com detenção), a fim de viabilizar a possibilidade de interceptações telefônicas contra os cartéis em contratações públicas, meio de obtenção de prova essencial para viabilizar a efetiva punição desse tipo de fraude.[580]

Cabe observar que no Projeto de Lei do Senado n° 559/2013, de acordo com o substitutivo apresentado em novembro de 2016, foi corretamente incluída a sanção de *reclusão* como resposta punitiva aos crimes relacionados à prática de cartéis em contratações públicas.[581] Embora ainda não tenha sido concluído o processo legislativo e as regras de conteúdo penal do Projeto já tenham passado por sucessivas modificações, ao menos se começa a verificar uma predisposição do legislador brasileiro em corrigir essa clara distorção punitiva do nosso sistema jurídico.

3.2.1.2. Capacitação de servidores

Já em termos concretos, a Administração Pública pode fomentar a capacitação e a constante reciclagem de seus servidores para o desenvolvimento de competências relacionadas à prevenção e repressão a cartéis em contratações públicas.[582]

Diversas cartilhas e manuais, tanto da OCDE quanto nacionais, estão disponíveis na *internet* e permitem uma adequada compreensão das condições facilitadoras de cartelização e das práticas colusivas adotadas nas contratações públicas. Não é necessário, portanto, sequer o dispêndio de grandes cifras para que haja ao menos uma conscientização dos servidores em relação ao problema. Essa simples medida, típica de uma advocacia da

[580] Ana Paula Martinez (**Repressão a cartéis**, p. 292/300) também propõe que os tipos penais previstos na Lei 8.666/1993 sejam punidos com pena de reclusão, mas o faz principalmente por uma necessidade de se manter uma relação de proporcionalidade entre os bens jurídicos tutelados e as penas aplicadas para delitos diversos ou semelhantes, como os das Leis 8.137/90 e 8.666/1993.
[581] PLS 559/2013 (substitutivo de novembro de 2016), art. 116.
[582] HEIMLER, Alberto. **Journal of Competition Law & Economics**, p. 10. No mesmo sentido: OCDE. **Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas**, p. 12/13.

concorrência,[583] poderia favorecer em muito a identificação de condutas suspeitas e a possibilidade de produção de provas contra cartéis em contratações públicas.

Para que o conhecimento adquirido pelos servidores não se restrinja apenas ao campo teórico, uma simples ferramenta adotada por outros países, que pode auxiliar os membros de uma comissão de licitação a ter uma atuação mais concreta quanto à prevenção e repressão a cartéis em contratações públicas, são listas de conferência ("*checklists*") contendo indicadores de colusão, a fim de facilitar a posterior análise pelos órgãos de controle sobre a possibilidade de um cartel ter atuado em uma dada contratação.[584]

3.2.1.3. Declaração de Elaboração Independente de Proposta

Outra medida concreta preventiva, que vem sendo cada vez mais adotada nos processos de contratação pública (principalmente da Administração Federal), é a exigência da chamada "Declaração de Elaboração Independente de Proposta" (ou, no original em inglês, *Certificate of Independent Bid Determination* – CIBD).[585]

---

[583] "O termo advocacia da concorrência (derivado do inglês, "competition advocacy") é utilizado para referir às ações empreendidas (em geral) pelas entidades de defesa da concorrência para divulgar a filosofia concorrencial. Revela-se sob as mais distintas formas, desde atuações informais como correspondências, divulgação de estudos e pronunciamentos em fóruns, congressos e seminários, até ações mais formais, como a participação no processo decisório de alguma agência reguladora ou a intervenção em processos judiciais como *amicus curiae*. Seu objetivo é duplo: (i) difundir na sociedade civil os valores relacionados à competitividade; e (ii) persuadir entidades governamentais a atuarem de modo amigável aos princípios da concorrência e evitarem medidas que lhes sejam desnecessariamente lesivas" (JORDÃO, Eduardo Ferreira. A advocacia da concorrência como estratégia para redução do impacto anticompetitivo da regulação estatal. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, v. 17, 2009, p. 4. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com>. Acesso em: 13 mai. 2016).

[584] OCDE. **Public procurement**, p. 36: "A number of countries (such as Canada, Switzerland, Sweden and the U.S.) have developed check lists to help procurement agencies to spot instances of possible collusion. These check lists contain mere indications of potentially collusive conduct. For example, the fact that the level of bids is too high compared to the estimate should not be viewed as evidence of collusion as it may simply reflect an incorrect estimate. Thus, these indicators should simply alert the agencies that further investigation is required to determine whether collusion exists or whether there are other plausible explanations for the events in question".

[585] "Uma Declaração de Independência de Proposta [*Certificate of Independent Bid Determination*] obriga os concorrentes a revelarem todos os fatos materiais sobre quaisquer comunicações estabelecidas com outros concorrentes relativas à apresentação de propostas. De forma a desencorajar propostas falsas, fraudulentas ou concertadas, e assim eliminar a ineficácia e custos extra na contratação pública, os adjudicantes podem exigir que cada concorrente declare ou ateste que a proposta submetida é genuína, não é concertada, e é feita com a intenção de aceitar o contrato se lhe for adjudicado. Pode igualmente ser exigida a assinatura de um indivíduo com poderes para representar a sociedade e serem acrescentadas penalizações específicas para declarações fraudulentas ou incorretas" (OCDE. **Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas**, p. 11).

Por meio dessa declaração, que é apresentada como condição de participação ou de habilitação em alguns certames, o licitante atesta que não trocou qualquer tipo de informações com seus concorrentes sobre o conteúdo de sua proposta. Dessa maneira, caso as autoridades públicas identifiquem que houve troca de informações entre os concorrentes sobre o conteúdo das respectivas propostas licitatórias, poderão investigar e punir os licitantes envolvidos pelo crime de *falsidade ideológica*,[586] e não pela prática de cartel em si, que possui requisitos mais específicos para sua configuração.[587]

A Declaração de Elaboração Independente de Proposta funciona, portanto, como uma alternativa colocada à disposição das autoridades públicas quando a produção de prova contra os cartéis é dificultosa. Em havendo elementos que demonstrem que o licitante informou ou discutiu o conteúdo de sua proposta com outros concorrentes, mesmo não havendo provas específicas do acordo colusivo, abre-se a possibilidade de persecução contra aquele que declarou informação de conteúdo falso. Em outras palavras, abre-se uma via *indireta* de sancionamento ao cartelista.

Além disso, a Declaração de Elaboração Independente de Proposta também opera como um lembrete aos licitantes da necessidade de cumprimento integral da legislação aplicável ao sigilo e ao conteúdo das propostas, sob pena de incorrerem em ilícitos penais e administrativos.[588] Embora isso possa parecer óbvio para aqueles que rotineiramente contratam com o poder público, deve-se ressaltar que, principalmente em Municípios de menores dimensões, fornecedores locais usualmente carecem de assessoria jurídica adequada para participarem de uma licitação, de tal forma que podem negligenciar a importância e a repercussão que os atos praticados no curso do processo licitatório podem ter.

Apesar de a lógica jurídica por detrás da Declaração de Elaboração Independente de Proposta ser plenamente válida para o combate a cartéis em contratações públicas, há quem questione a legalidade dessa exigência quando ela funciona como fator de *inabilitação* nas licitações. O argumento principal utilizado para tanto (e que já foi

---

[586] Decreto-Lei 2.848/40 (Código Penal), art. 299.
[587] MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**, p. 51 e 204/206.
[588] OCDE. **Competition and procurement:** key findings, 2011, p. 35. Disponível em: <http://www.oecd.org/regreform/sectors/48315205.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2015.

inclusive acolhido pelo Poder Judiciário)[589] é o de que o referido documento não consta do rol taxativo[590] previsto nos artigos 27 a 33 da Lei 8.666/1993, os quais tratam da documentação exigida para a habilitação dos licitantes.[591]

Ainda que, de fato, seja questionável a exigência da Declaração de Elaboração Independente de Proposta como uma condição de habilitação nos certames, o fato é que o referido documento apenas confere maior densidade à norma já prevista na lei geral de licitações segundo a qual são inadmissíveis as propostas baseadas nas ofertas dos demais licitantes.[592] Dessa maneira, antes de ser um requisito de habilitação propriamente dito, a declaração apresentada pelos licitantes pode ser legalmente entendida como um *pressuposto* de admissibilidade da proposta licitatória.[593]

Por essa razão, sendo um pressuposto de admissibilidade da proposta e, por conseguinte, um pressuposto da própria possibilidade de o licitante poder contratar com a Administração Pública, pode-se entender como mais adequada a prática adotada por alguns órgãos públicos de exigir a apresentação da Declaração de Elaboração Independente de Proposta no momento do credenciamento dos licitantes (por ocasião da abertura da sessão pública), como uma condição de participação no certame, o que, inclusive, pode ser sanado antes da efetiva abertura dos envelopes, evitando-se, assim, indevido prejuízo aos licitantes.

Aliás, a própria instrução normativa que instituiu, em âmbito federal, a obrigatoriedade de apresentação da Declaração de Elaboração Independente de Proposta nas licitações dos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais (SISG) prevê a obrigatoriedade de o licitante apresentar a referida declaração no momento de abertura da sessão pública.[594]

---

[589] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1). **Agravo Regimental em Mandado de Segurança n° 0071957-47.2010.4.01.0000**. Desembargador Relator: João Batista Moreira. Brasília, 01 de julho de 2011. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf1.jus.br>. Acesso em: 15 mai. 2016.
[590] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**, p. 386.
[591] MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**, p. 204.
[592] Lei 8.666/1993, art. 44, §2°, *in fine*.
[593] MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**, p. 205.
[594] Instrução Normativa n° 02/2009 da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, art. 1º, §1º: "Deverá constar dos instrumentos convocatórios das modalidades licitatórias tradicionais e do Pregão, em sua forma presencial, a obrigatoriedade de o licitante apresentar a Declaração de Elaboração Independente de Proposta, no momento de abertura da sessão pública".

Deve-se registrar, ainda, que a exigência pelos órgãos contratantes de uma Declaração de Elaboração Independente de Proposta se compatibiliza com as recomendações da OCDE em plano internacional,[595] medida essa que já foi adotada também por países com vasta tradição em matéria concorrencial, como os Estados Unidos.[596]

No Brasil, embora essa declaração já venha sendo exigida em licitações de entes diversos há mais de cinco anos, ainda não se tem notícia de processos criminais movidos contra cartelistas pelo crime de falsidade ideológica, o que dificulta a aferição da real eficácia dessa exigência. De qualquer forma, como a Declaração de Elaboração Independente de Proposta é uma medida simples e praticamente sem custos tanto para o contratante público quanto para os interessados particulares, inexistem prejuízos para quaisquer das partes em decorrência da exigência de sua apresentação, sendo recomendável a sua manutenção por ser, ao menos em tese, uma boa prática a ser adotada contra cartéis em contratações públicas.

3.2.1.4. Fortalecimento de mecanismos de controle interno e externo e auditorias

Passando-se às medidas que podem ser adotadas *após* a contratação pública se efetivar, a Administração Pública pode fortalecer seus mecanismos de controle interno e externo destinados a apurar não apenas a legalidade estrita da contratação realizada, mas também o seu *resultado*, em termos de economicidade e eficiência.

Como os cartéis implicam contratações públicas menos eficientes,[597] auditorias criteriosas que analisem as pesquisas de mercado e sua metodologia, os padrões de preços ofertados, os valores de adjudicação e o histórico de vencedores em contratações análogas podem desvendar esquemas colusivos que passaram despercebidos pelas comissões envolvidas, as quais comumente conduzem apenas de maneira burocrática os processos administrativos de contratação.

---

[595] OCDE. **Guidelines for fighting bid rigging in public procurement**, p. 8.
[596] *Federal Acquisition Regulation* (FAR), 52.203-2. Observe-se que os Estados Unidos adotam a referida declaração desde 1985 (OCDE. **Collusion and corruption in public procurement**, p. 404).
[597] OCDE. **Public procurement**, p. 20.

Evidentemente, os auditores devem ser especificamente capacitados para identificar cartéis em contratações públicas e, sempre que necessário, devem contar com o auxílio das autoridades da concorrência ou de consultores externos.[598]

Essa colaboração entre órgãos de controle, com intercâmbio de informações, é de grande necessidade pelo fato de que os cartéis atuantes em contratações públicas nem sempre são evidentes a partir da análise isolada de um único processo de contratação. O esquema colusivo, em grande parte das vezes, somente é perceptível após a análise dos resultados de diversos certames semelhantes,[599] o que justifica essa necessidade de maior interação entre os órgãos de controle e a manutenção, pela Administração Pública, de um *histórico* sobre contratações semelhantes e a respectiva forma de atuação dos concorrentes, a fim de facilitar a identificação de padrões suspeitos de comportamentos.[600-601]

3.2.1.5. Ampliação e divulgação de canais de denúncias

Por fim, outras medidas destinadas à produção de provas (e ao próprio combate aos cartéis em contratações públicas) podem ser adotadas pela Administração Pública a qualquer tempo, isto é, tanto antes quanto depois de uma contratação se efetivar.

Uma dessas medidas é a abertura e divulgação de canais de denúncias, popularmente conhecidos como "disque-denúncias" ou "clique-denúncias". Por meio dessas ferramentas, as autoridades públicas, principalmente as de defesa da concorrência, podem

---

[598] OCDE. **Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas**, p. 12.
[599] OCDE. **Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas**, p. 12.
[600] OCDE. **Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas**, p. 18.
[601] Em razão dessa necessidade de manutenção de um histórico de contratações e de maior interação entre os órgãos de controle, são extremamente louváveis iniciativas como o "Observatório da Despesas Pública" (ODP), unidade vinculada à Controladoria Geral da União (CGU) e que, a partir de metodologia científica e de ferramentas de tecnologia da informação, monitora gastos públicos federais e padrões suspeitos de dispêndios. A própria OCDE (**Collusion and corruption in public procurement**, p. 420) já reconheceu a importância do ODP no combate a cartéis em contratações públicas e à corrupção no Brasil: "In Brazil, the Office of the Comptroller-General (CGU), the federal agency responsible to the President for all matters related to the defence of public assets and transparency in administration, has established the Public Spending Observatory (OPD). The OPD is a permanent intelligence unit combining the practical knowledge and experience of auditors with advanced IT tools that enable the auditors to speedily process enormous volumes of data from hitherto disparate sources. This IT based consolidation and collation transforms the utility of previously disaggregated data in the identification, prosecution and prevention of corruption, fraud and collusion in public procurement. (…) The main objective is to analyse the distribution of bidding processes of a product or service by geographic area, government agency, amount of resources involved, per year during a certain period of time.".

obter informações de quaisquer cidadãos sobre conluios praticados no mercado (incluindo-se as contratações públicas).

É essencial que haja ampla divulgação dessas ferramentas às empresas e seus empregados, com vistas a majorar as chances de as autoridades obterem informações sobre potenciais cartéis.[602] Igualmente, é recomendável a divulgação desses canais especiais de comunicação aos próprios órgãos públicos contratantes, de forma que os servidores envolvidos nas contratações administrativas também possam denunciar condutas suspeitas, deixando-se claro que esse ato não implica qualquer reconhecimento de que os denunciantes poderiam estar, automaticamente, envolvidos com a fraude.[603]

No ano de 2008, a antiga Secretaria de Direito Econômico (SDE) introduziu a ferramenta "Clique Denúncia" no sistema concorrencial brasileiro, viabilizando a apresentação de informações confidenciais sobre condutas anticompetitivas diretamente no *site* da entidade. Em apenas um ano e meio, mais de 300 denúncias haviam sido recebidas e, dentre elas, cerca de 70% eram relacionadas a cartéis.[604]

Com certa frequência, são também recebidas denúncias *anônimas* pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência relatando a prática de cartéis. Com base nessas denúncias anônimas, usualmente são realizados estudos de mercado pelo SBDC para averiguar a verossimilhança dos fatos (até então desconhecidos). Dependendo do resultado, a autoridade antitruste pode decidir dar continuidade à obtenção de provas diretas da infração denunciada, valendo-se, por exemplo, de procedimentos judiciais de busca e apreensão.[605]

Contudo, apesar da grande importância que as denúncias anônimas possuem no combate a atos ilícitos em geral e, especificamente, aos cartéis em contratações públicas, cabe aqui uma importante ressalva quanto às suas limitações jurídico-processuais.

Principalmente pelo risco de ocorrerem acusações levianas e indevida violação à privacidade alheia (além do fato de a Constituição Federal proibir, como regra

---

[602] OCDE. **Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas**, p. 12.
[603] HEIMLER, Alberto. **Journal of Competition Law & Economics**, p. 10.
[604] OCDE. **Lei e política de concorrência no Brasil**, p. 23.
[605] MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**, p. 176.

geral, o anonimato), o Supremo Tribunal Federal já manifestou o entendimento de que é vedado às autoridades públicas iniciar qualquer medida de persecução (penal ou administrativa) com base, apenas, em peças apócrifas ou em escritos anônimos. Eventuais investigações somente podem ter como ponto de partida uma denúncia anônima desde que esta seja seguida de diligências destinadas a averiguar os fatos nela noticiados, a fim de confirmar a verossimilhança e lisura da denúncia.[606]

Essa necessidade de realização de diligências (investigações preliminares) após o recebimento de uma denúncia anônima deve ser cuidadosamente cumprida pelas autoridades persecutórias, principalmente para que processos (administrativos ou criminais) instaurados e as provas produzidas envolvendo fraudes em contratações públicas não sejam posteriormente anulados, tal como verificado, recentemente, em mais de uma oportunidade.

Um dos casos mais emblemáticos de reconhecimento de nulidades processuais pela não realização de diligências após o recebimento de uma denúncia anônima (e que envolve suspeitas de fraudes em contratações públicas) é a chamada operação "Castelo de Areia".[607] Para o Superior Tribunal de Justiça, as autoridades policiais, após o recebimento de denúncia anônima, teriam procedido à quebra de sigilo e interceptações telefônicas dos investigados sem, antes, terem realizado diligências complementares para

---

[606] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Habeas Corpus n° 100.042**. Ministro Relator: Celso de Mello. Decisão Monocrática. Brasília, 02 de outubro de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 16 mai. 2016: "As autoridades públicas não podem iniciar qualquer medida de persecução (penal ou disciplinar), apoiando-se, unicamente, para tal fim, em peças apócrifas ou em escritos anônimos. É por essa razão que o escrito anônimo não autoriza, desde que isoladamente considerado, a imediata instauração de 'persecutio criminis'. - Peças apócrifas não podem ser formalmente incorporadas a procedimentos instaurados pelo Estado, salvo quando forem produzidas pelo acusado ou, ainda, quando constituírem, elas próprias, o corpo de delito (como sucede com bilhetes de resgate no crime de extorsão mediante seqüestro, ou como ocorre com cartas que evidenciem a prática de crimes contra a honra, ou que corporifiquem o delito de ameaça ou que materializem o 'crimen falsi', p. ex.). - Nada impede, contudo, que o Poder Público, provocado por delação anônima ('disque-denúncia', p. ex.), adote medidas informais destinadas a apurar, previamente, em averiguação sumária, 'com prudência e discrição', a possível ocorrência de eventual situação de ilicitude penal, desde que o faça com o objetivo de conferir a verossimilhança dos fatos nela denunciados, em ordem a promover, então, em caso positivo, a formal instauração da "persecutio criminis", mantendo-se, assim, completa desvinculação desse procedimento estatal em relação às peças apócrifas [...]." No mesmo sentido, cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Habeas Corpus n° 108.147**. Ministra Relatora: Cármen Lúcia. Segunda Turma. Brasília, 11 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 16 mai. 2016.

[607] Dentre as fraudes, incluía-se a suspeita de formação de cartel em licitações, conforme noticiado na imprensa nacional. Cf. BRASIL. Ministério Público Federal (MPF). Notícias da Procuradoria da República no Estado de São Paulo. **Executivos de empreiteiras são denunciados por fraude à licitação e formação de cartel**. Disponível em: <http://www.prsp.mpf.gov.br>. Acesso em: 29 abr. 2016.

aferir a idoneidade da denúncia, tornando ilícitas as provas então obtidas, por derivação.[608] O Supremo Tribunal Federal confirmou a decisão do STJ, mas por motivos essencialmente de inadmissibilidade do recurso extraordinário interposto, embora tenha, na oportunidade, também reafirmado a sua jurisprudência sobre o assunto.[609]

Outro caso de altíssima relevância, em que também houve o reconhecimento de nulidades processuais a partir de uma denúncia anônima e igualmente relacionado a fraudes em contratações públicas, ficou conhecido como o "cartel dos gases medicinais e industriais",[610] de grande repercussão nacional por ter sido sancionado, até então (ano de 2010), com a maior multa da história do CADE, de mais de R$ 2 bilhões.

Embora o CADE tenha entendido, na oportunidade, que houve investigações preliminares após o recebimento da denúncia anônima e que havia bases legais suficientes para a realização de interceptações telefônicas contra os investigados,[611] o Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar *habeas corpus* de uma das pessoas físicas condenadas administrativamente, divergiu da decisão exarada pela autoridade antitruste. Para os

---

[608] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Habeas Corpus n° 137.349**. Ministra Relatora: Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. Brasília, 05 de abril de 2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 16 mai. 2016: "As garantias do processo penal albergadas na Constituição Federal não toleram o vício da ilegalidade mesmo que produzido em fase embrionária da persecução penal. A denúncia anônima, como bem definida pelo pensamento desta Corte, pode originar procedimentos de apuração de crime, desde que empreendida 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". Observe-se, contudo, que para o Ministro Og Fernandes (voto vencido), "a autoridade policial, após o recebimento da denúncia anônima, efetivamente efetuou diligências preliminares, tal qual preceituam a doutrina e a jurisprudência desta Casa e do Supremo Tribunal".

[609] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n° 676.280**. Ministro Relator: Roberto Barroso. Primeira Turma. Brasília, 14 de abril de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 16 mai. 2016. O fundamento principal para o STF ter mantido a decisão do STJ é o de que não foram preenchidos todos os requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário.

[610] BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Processo Administrativo n° 08012.009888/2003-70**.

[611] Segundo voto do Conselheiro Relator Fernando de Magalhães Furlan, "é inteiramente correta a afirmação que uma notícia anônima vazia, em si, não poderia sustentar a realização de interceptações telefônicas. Esse, porém, não é o caso dos autos. Aqui, nota-se uma descrição convincente de um conluio, que corrobora suspeitas já mantidas pela SDE e que adiciona elementos que estariam longe do acesso direto da Secretaria. 'Denúncias' anônimas realmente devem ser tratadas com cautela pela Administração. No caso, a autoridade pública obteve informações detalhadas sobre as pessoas envolvidas na suposta prática, a forma empregada para contato entre agentes e o *modus operandi* do empreendimento ilícito. A 'denúncia' merecia e recebeu atenção. Ressalte-se ainda que a SDE, diante de tais elementos, analisou o mercado de gases, verificando que esse mercado apresentava condições estruturais que permitiam a atuação concertada entre concorrentes. Sendo assim, eram perfeitamente críveis as informações constantes na notícia anônima" (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Processo Administrativo n° 08012.009888/2003-70**, p. 7050).

Ministros do STJ, conquanto houvesse uma aparência de legalidade na quebra do sigilo telefônico dos investigados, as autoridades persecutórias não realizaram atos investigativos ou de prospecção para a aferição da idoneidade da denúncia anônima, razão pela qual as provas decorrentes da interceptação telefônica promovida eram inválidas.[612]

Em razão do reconhecimento pelo STJ da ilicitude, por derivação, das provas obtidas a partir das interceptações telefônicas (cujo pedido foi fundado em denúncia anônima), outros órgãos do Poder Judiciário têm declarado a nulidade das condenações impostas pelo CADE aos infratores envolvidos no cartel dos gases medicinais e industriais.[613] Observe-se, no entanto, que ainda não há posicionamento dos tribunais superiores confirmando as decisões anulatórias das instâncias de origem.

A breve exposição desses dois casos emblemáticos envolvendo cartéis em contratações públicas permite extrair uma clara *ratio decidendi* adotada pelos tribunais superiores: os meios e elementos de prova derivados de denúncias anônimas somente terão validade processual desde que as autoridades persecutórias confirmem previamente a verossimilhança dos fatos denunciados e observem estritamente os princípios e garantias constitucionais que resguardam os cidadãos de abusos estatais.

Dessa maneira, caso as autoridades administrativas e criminais pretendam fazer das denúncias anônimas um mecanismo realmente efetivo de produção de provas e combate a cartéis (em contratações públicas ou comuns), devem se resguardar com toda a cautela preparatória e deter o máximo respeito aos princípios e garantias processuais constitucionais. Do contrário, corre-se o risco de invalidação das etapas instrutórias de

---

[612] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Habeas Corpus n° 190.334**. Ministro Relator: Napoleão Nunes Maia Filho. Quinta Turma. Brasília, 10 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 16 mai. 2016: "No caso concreto, muito embora se tente emprestar ares de legalidade à medida de quebra de sigilo telefônico, ao argumento de que ela não derivou exclusivamente da denúncia anônima feita à Secretaria de Direito Econômico, mas também restou embasada nos procedimentos administrativos em curso perante esse órgão contra as empresas fabricantes e comercializadoras de gás industrial, o fato é que o Inquérito Policial e o pedido de interceptação telefônica somente foram formalizados após o recebimento das referidas denúncias apócrifas (feitas em 19 e 22.12.2003), que gerou imediata solicitação por parte da SDE da providência de quebra do sigilo telefônico (22.12.2003), pedido este acatado *incontinenti* pelo Ministério Público na mesma data, sem a realização de qualquer outro ato investigativo ou de prospecção para a aferição da sua idoneidade, condutas essas abonadas pelo Juízo que, imediatamente, deferiu a medida requerida, já no dia seguinte, ou seja, em 23.12.2003".

[613] CARVALHO, Mario Cesar. **Justiça manda anular maior multa da história do Cade**. Folha de São Paulo, São Paulo, 16 de setembro de 2015. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/>. Acesso em: 16 maio 2016.

processos administrativos e judiciais, bem como das eventuais condenações proferidas, o que se traduziria em desperdício de recursos públicos, descrédito dos órgãos de controle e ineficiência administrativa.[614]

Encerrando-se este subcapítulo, uma última medida que pode ser adotada a qualquer tempo pela Administração Pública para favorecer a produção de provas contra cartéis em contratações públicas é a celebração de *acordos* com os infratores, prévios ou concomitantes aos processos administrativos sancionadores. No entanto, devido às grandes peculiaridades que envolvem esses ajustes e por terem eles finalidades outras além da produção de provas contra os cartelistas, serão eles tratados em subcapítulo apartado, na sequência.

3.3. Soluções consensuais: acordos no processo sancionador como forma alternativa de desmantelamento de cartéis em contratações públicas

Os movimentos em prol da limitação da autoridade do Estado, a abertura à participação popular, o aumento da contratualização da atuação administrativa e a busca por ganhos de eficiência e economicidade são fatores decisivos que contribuíram para o crescimento da *consensualização*[615] no campo estatal.[616] O ato administrativo unilateralmente imposto já não é mais a única forma de atuação da Administração Pública, fenômeno esse que também repercutiu no exercício da sua competência sancionatória, em que acordos entre autoridades sancionadoras e infratores passaram ser cada vez mais comuns.

Tanto para a Administração Pública quanto para o particular, a celebração de acordos geralmente permite a economia de tempo e de custos operacionais que seriam despendidos na condução dos processos administrativos. Especificamente no âmbito dos

---

[614] CECCATO, Marco Aurélio. **Cartéis em licitações: estudo tipológico das práticas colusivas entre licitantes e mecanismos extrajudiciais de combate**, p. 48.

[615] Segundo Thiago Marrara (Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 2, n. 2, p. 510, 2015. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/99195>. Acesso em: 2 set. 2016), a consensualização pode ser entendida como um "movimento de transformação da Administração Pública e de seus processos administrativos em favor da edificação de consensos".

[616] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, p. 1/2.

processos administrativos sancionadores, além desses benefícios, as soluções consensuais podem favorecer também o atingimento de níveis satisfatórios de repressão a práticas ilícitas, pois ante o aumento da complexidade das infrações e das dificuldades relacionadas à instrução dos respectivos processos sancionadores, muitas das transgressões praticadas sequer teriam alguma resposta punitiva do Estado se não fosse pela via consensual.[617]

É inegável, assim, que o principal argumento que fomenta a celebração de acordos no campo sancionatório tem um claro viés *utilitarista*, o qual é ainda mais justificável, no que diz respeito aos cartéis em contratações públicas, ante as grandes dificuldades que permeiam a produção de provas contra esse ilícito, tal como analisado anteriormente.

Por uma clara razão de delimitação temática, não se adentrará nas polêmicas de ordem teórico-moral que permeiam as discussões sobre a possibilidade de o Estado celebrar acordos com infratores. A premissa a ser aqui adotada é a de que a consensualização do poder sancionatório não viola a Constituição Federal e nem o princípio da indisponibilidade do interesse público,[618] sendo uma forma válida de atuação da Administração Pública no campo repressivo.

Também não é o objetivo deste tópico analisar de maneira aprofundada a própria positivação legal e meandros de todos os acordos possíveis de serem celebrados nos mais diversos processos administrativos sancionadores, já que tais questões extrapolam o estudo específico relacionado aos cartéis em contratações públicas. Mostra-se relevante para os fins deste trabalho, apenas, uma exposição que permita a compreensão da *lógica* existente por detrás dos principais acordos atualmente existentes e sua relação com os cartéis em contratações públicas, principalmente com a dificuldade de repressão a esse ilícito pelas vias convencionais.

Fixadas tais premissas, tem-se, atualmente, três principais espécies de acordo albergadas pelo ordenamento jurídico brasileiro que podem ser manejadas no âmbito

---

[617] MARRARA, Thiago. **Revista Digital de Direito Administrativo**, p. 511.
[618] MARRARA, Thiago. **Revista Digital de Direito Administrativo**, p. 512; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**, p. 301/302.

administrativo de forma a contribuir para o desmantelamento (ou ao menos dificultar a atuação) de cartéis em contratações públicas. São eles o (i) acordo de leniência, (ii) os compromissos de cessação de prática e (iii) os termos de ajustamento de conduta.[619]

3.3.1. Acordos de leniência

De maneira genérica, os acordos de leniência são ajustes em que determinado ente estatal recebe a colaboração de um infrator confesso quanto à produção de provas relacionadas a um ato ilícito praticado por ele e outros partícipes, em troca da suavização ou mesmo extinção da punição que seria aplicada ao colaborador. São instrumentos negociais que possuem caráter *integrativo*,[620] atrelando-se a um processo administrativo com a finalidade de facilitar a sua instrução e a posterior formação do ato sancionatório final, tendo por alicerces, de um lado, a obrigação de o particular cooperar com a investigação e, de outro lado, a obrigação imposta ao Estado de reduzir as sanções que seriam originariamente aplicadas a esse infrator.[621]

A adoção de um programa de leniência é tida como uma das formas mais eficazes na repressão a cartéis, motivo pelo qual tais programas têm sido incorporados em um número crescente de jurisdições após sua concepção, nos Estados Unidos, em 1978[622] (muito embora a consolidação do instituto, tanto nesse país quanto no sistema europeu, tenha se dado apenas a partir da década de 1990).[623] A própria OCDE, no plano internacional, fomenta veementemente a adoção de programas de leniência como forma de combate a cartéis, havendo publicações específicas que tratam do assunto.[624]

---

[619] A chamada "colaboração premiada" (muitas vezes tida como sinônimo de "delação premiada" pela mídia) é um instituto atualmente previsto na Lei 12.850/2013 que tem a natureza de meio de obtenção de prova (art. 3º, I). Como a sua aceitação depende, necessariamente, da intervenção do Poder Judiciário e é um instituto relacionado intrinsecamente ao processo penal e às organizações criminosas, não se mostra metodologicamente adequado a análise da colaboração premiada neste trabalho, por ser focado no Direito Administrativo e nos mecanismos dos quais dispõe a própria Administração Pública para desmantelar cartéis, sem a intervenção do Poder Judiciário.

[620] ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**, p. 300: "enquanto o acordo substitutivo toma o lugar da decisão, o acordo integrativo não elimina a necessidade da decisão, a qual, todavia, tem seu conteúdo, desde que discricionário, previamente determinado pelo acordo".

[621] MARRARA, Thiago. **Revista Digital de Direito Administrativo**, p. 512/514.

[622] MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**, p. 258.

[623] MARRARA, Thiago. **Sistema brasileiro de defesa da concorrência**, p. 332/333.

[624] OCDE. **Fighting hard-core cartels**: harm, effective sanctions and leniency programmes. 2002. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf>. Acesso em: 12 maio 2015. Referida publicação, embora seja do ano de 2002, apresenta um relatório e histórico sobre programas de leniência como forma de

No Brasil, o acordo de leniência foi introduzido no ano 2000 por meio de uma medida provisória convertida posteriormente na Lei 10.149/2000, a qual promoveu alterações na antiga lei nacional de defesa da concorrência. Embora mantido o acordo de leniência na Lei 12.529/2011,[625] atualmente esse instrumento negocial não se restringe apenas às infrações à ordem econômica, pois a Lei 12.846/2013 passou a prever a possibilidade de celebração de tais acordos também para os casos de infrações decorrentes de atos de corrupção e também para infrações licitatórias (não criminais) previstas na Lei 8.666/1993.[626]

Dentre as três modalidades de acordos de leniência previstas em nosso ordenamento (por infrações concorrenciais, de corrupção ou licitatórias), as quais se diferenciam principalmente quanto aos efeitos aos infratores colaboradores, aquela prevista na legislação antitruste é a que se mostra mais consolidada e que apresenta menos lacunas.[627]

Não sendo o caso, aqui, de explorar as dificuldades operacionais existentes por detrás de cada uma dessas modalidades, é relevante apenas destacar que, para um caso de cartel em contratação pública, a celebração de um acordo de leniência junto ao CADE, por exemplo, não protege o infrator colaborador contra processos administrativos conduzidos pelas entidades lesadas com fundamento na legislação anticorrupção ou de licitações (e vice-versa). Disso decorre que o infrator que tenha participado de cartéis em contratações públicas e que pretenda colaborar com o Estado terá de celebrar, simultaneamente, os diversos acordos de leniência previstos no ordenamento para obter uma blindagem mínima perante as diversas instâncias sancionadoras. Todavia, sem a garantia de que cumprirá todos os requisitos exigidos em cada uma das modalidades de leniência, a falta de vinculação entre as esferas de punição administrativa pode tornar a negociação de um acordo arriscada e, por conseguinte, menos atrativa para os cartelistas.[628]

De todo modo, a experiência brasileira mostra que a celebração de acordos de leniência tem sido muito relevante para o desmantelamento de cartéis em contratações

---

combate a cartéis "hard-core" (clássicos) e um comparativo entre os programas adotados pelos Estados Unidos, Reino Unido, Canadá e pela "European Commission".

[625] Lei 12.529/2011, arts. 86 e 87.

[626] Lei 12.846/2013, arts. 16 e 17.

[627] MARRARA, Thiago. **Revista Digital de Direito Administrativo**, p. 526.

[628] MARRARA, Thiago. **Revista Digital de Direito Administrativo**, p. 518 e 526.

públicas. O primeiro acordo de leniência celebrado no Brasil, no ano de 2003, se deu no âmbito de um processo administrativo antitruste em que fora denunciada justamente a prática de cartéis em licitações públicas destinadas à contratação de serviços de vigilância no Estado do Rio Grande do Sul.[629] Atualmente, em outros dois casos de grande impacto nacional também houve a celebração de acordos de leniência, envolvendo supostos esquemas de cartel no mercado de licitações públicas relativas a projetos de metrô, trens e sistemas auxiliares,[630] bem como em licitações públicas realizadas pela Petrobras, como desdobramentos da popularmente conhecida "Operação Lava Jato".[631]

Sem a celebração de acordos de leniência, é muito provável que grande parte dos casos de cartéis em contratações públicas continuaria às escuras. Além disso, ao garantir imunidade ou redução das sanções a um dos participantes de um cartel, a possibilidade de celebração de acordos de leniência gera também um fator de desestabilização nos cartéis existentes,[632] aumentando o grau de desconfiança entre os cartelistas e os riscos na manutenção do conluio.

Todavia, como contraponto, é importante destacar que os acordos de leniência também possuem limitações de ordem prática, já que existe a chance de que apenas os cartéis que já se mostravam pouco estáveis, próximos de seus momentos de ruptura, é que sejam delatados. De fato, é plausível admitir que cartéis lucrativos e bem-sucedidos não são delatados com a mesma frequência que cartéis desestabilizados, já que os integrantes do conluio teriam menos incentivos para procurar as autoridades sancionadoras em um cenário

---

[629] BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Processo Administrativo n° 08012.001826/2003-10**.

[630] O acordo de leniência foi o mecanismo que deflagrou as investigações do chamado "cartel dos trens" em São Paulo. Os signatários do acordo de leniência confessaram suas participações como coautores nos cartéis visando, em contrapartida, aos benefícios referidos no art. 86, §4°, e 87 da Lei n° 12.529/2011. O acordo de leniência foi acompanhado de um "histórico de conduta", contendo a descrição detalhada dos fatos, modo de funcionamento do suposto cartel e a indicação dos respectivos participantes. As estratégias colusivas que teriam sido utilizadas pelos investigados consistiram principalmente em: (i) divisão do mercado; (ii) combinação dos preços; (iii) apresentação de propostas de cobertura; (iv) formação de consórcios com vistas a eliminar a disputa e (v) subcontratação de concorrentes como forma de recompensa pela colaboração na implantação das estratégias combinadas. Cf. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Inquérito Administrativo n° 08700.004617/2013-41**, p. 2 e 26.

[631] Versão pública do "histórico de conduta" está disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordo-de-leniencia-no-ambito-da-201coperacao-lava-jato201d/hc-versao_publica.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2016.

[632] BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Inquérito Administrativo n° 08700.004617/2013-41**, p. 7/8.

de lucratividade recíproca.[633] De qualquer maneira, nem mesmo essa limitação reduz a importância dos acordos de leniência, tendo a praxe demonstrado sua grande relevância para o desmantelamento de cartéis em contratações públicas e no mercado privado.

3.3.2. Compromissos de cessação de prática

Previsto na legislação antitruste,[634] o compromisso de cessação de prática é um acordo pelo qual o CADE suspende o prosseguimento de determinado processo administrativo sancionador e, consequentemente, a imposição de sanções administrativas ao particular, enquanto este se compromete a interromper imediatamente a conduta anticoncorrencial investigada,[635] cumprindo as obrigações contidas no "termo de compromisso de cessação" (TCC). É um acordo viável principalmente quando houver dúvidas e dificuldades probatórias acerca da eventual ilicitude da prática analisada e podem ser formalizados durante os procedimentos preparatórios, inquéritos ou processos administrativos destinados à apuração de infração à ordem econômica.[636]

Pelo fato de a Administração desistir de dar seguimento ao processo administrativo sancionador (ao menos enquanto houver o cumprimento do acordo pelo compromissário), o TCC é uma modalidade de acordo *substitutivo* de sanção, no que difere dos acordos de leniência (os quais, como mencionado, possuem caráter integrativo). Além disso, o TCC não concede imunidade administrativa e penal aos compromissários, como pode decorrer dos acordos de leniência. Por fim, uma última diferença é que a Lei 12.529/2011 não obriga expressamente o signatário do compromisso de cessação a confessar a participação no ato ilícito, tal como é exigido para os acordos de leniência,[637] muito embora para os casos de cartéis o CADE tenha passado a exigir o reconhecimento de participação na conduta investigada como condição para celebração de um TCC.[638]

---

[633] CUIABANO, Simone Maciel *et al*. **Revista de Defesa da Concorrência**, p. 45.
[634] Lei 12.529/2011, art. 85. O compromisso de cessação de prática é atualmente regulado pelos artigos 179 e seguintes do Regimento Interno do CADE, com alterações promovidas pela Resolução n° 05/2013.
[635] FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**, p. 150.
[636] Lei 12.529/2011, arts. 48 e 85, *caput*.
[637] MARRARA, Thiago. **Sistema brasileiro de defesa da concorrência**, p. 378.
[638] O art. 185 do Regimento Interno do CADE estipula a obrigatoriedade de o compromissário reconhecer sua participação na conduta investigada como condição para um TCC ser admitido nos casos de cartéis, o que suscita debates na doutrina a respeito da legalidade de tal exigência, já que a Lei 12.529/2011, em seu art. 85, não prevê expressamente essa exigência. Sobre esse debate, cf. MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**, p. 277/280.

Ainda para os casos de cartéis, a Lei 12.529/2011 também exige que seja imposta ao signatário a obrigação de recolher ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos um valor pecuniário não inferior a 0,1% do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado (referente ao exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração).[639] Reclama-se, no entanto, que as quantias pagas pelos compromissários para se livrarem de penalizações maiores estariam muito aquém dos lucros auferidos pelo conluio ao longo do tempo, o que, de todo modo, é alegação difícil de ser demonstrada, justamente pela alta complexidade em se determinar qual o real benefício auferido em razão da prática de cartéis.[640]

Frise-se que, por ser instrumento de consenso, os termos de compromisso de cessação de prática implicam vantagens recíprocas. Para o Estado, a celebração de um TCC tem as vantagens de interromper imediatamente uma conduta tida como potencialmente ilícita (e cuja comprovação seria dificultosa), de reduzir a morosidade e os custos operacionais envolvidos no controle repressivo de condutas e de angariar recursos ao FDD, nas hipóteses de cartéis. Para o agente de mercado, além de impedir a cominação de sanções antitruste que sofreria se fosse condenado ao cabo do processo sancionador, o TCC pode evitar ainda maiores desgastes à imagem ou à reputação do compromissário (muito embora também possa ser entendido, em alguma medida, como uma confissão de culpa).[641]

Especificamente nas hipóteses de cartéis em licitações públicas, poder-se-ia questionar a utilidade da celebração de um TCC, dado que os processos licitatórios, no mais das vezes, esgotam-se quando homologados e, por assim dizer, não haveria propriamente uma prática a ser cessada pelos infratores, pois ela já estaria encerrada. No entanto, a praxe demonstra que os cartéis em licitações públicas muitas vezes são infrações *continuadas* e dinâmicas, tanto que o rodízio de vencedores (propostas rotativas) e a divisão do mercado, como visto, são estratégias colusivas comumente adotadas e que pressupõem uma compensação a ser implantada ao longo do tempo entre os cartelistas, denotando, assim, a existência de práticas que podem ser cessadas, sob uma visão de longo prazo.

---

[639] Lei 12.529/2011, arts. 85, §2º, e 37, I.
[640] FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**, p. 151.
[641] MARRARA, Thiago. **Sistema brasileiro de defesa da concorrência**, p. 379/383.

Há, inclusive, precedentes no CADE envolvendo a celebração de termo de compromisso de cessação de prática em casos envolvendo supostas formações de cartel em contratações públicas. Como exemplos, destacam-se a celebração de TCC em investigação de conluios no mercado de fornecimento de ambulâncias ao poder público,[642] bem como em licitações públicas realizadas pela Petrobras, novamente como desdobramentos da "Operação Lava Jato".[643] Nesse último caso, aliás, a contribuição pecuniária estabelecida foi a maior da história do CADE em sede de compromissos de cessação de prática referentes à conduta de cartel, totalizando mais de cem milhões de reais a serem destinados ao FDD.[644]

Cabe aqui, contudo, a mesma ressalva que fora feita com relação à celebração de acordos de leniência em âmbito concorrencial. Em se tratando de cartéis em contratações públicas, o TCC firmado com o CADE não protege o compromissário contra processos administrativos conduzidos pelas entidades lesadas com fundamento na legislação anticorrupção ou de licitações, de tal forma que essa modalidade de ajuste consensual também não confere ampla blindagem ao compromissário em sede administrativa. De todo modo, a possibilidade de serem afastadas ao menos as graves sanções previstas na legislação antitruste é vantagem que não pode ser desconsiderada pelos investigados, o que mantém os compromissos de cessação de prática como um importante mecanismo de solução consensual para o desmantelamento de cartéis em contratações públicas.

3.3.3. Termos de ajustamento de conduta

Os termos de ajustamento de conduta (TAC) são os instrumentos de consenso mais conhecidos na praxe do Direito Administrativo brasileiro, recebendo especial

---

[642] BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Requerimento n° 08700.002740/2014-09**. Requerente: General Motors do Brasil Ltda. Conselheiro Relator: Alessandro Octaviani Luis. Brasília, 30 de julho de 2014. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br>. Acesso em: 27 dez. 2016.

[643] BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Requerimento n° 08700.007402/2015-44**. Requerentes: Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A. ("CCCC") e outros. Conselheiro Relator: Vinicius Marques de Carvalho. Brasília, 19 de agosto de 2015. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br>. Acesso em: 27 dez. 2016.

[644] BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Assessoria de Comunicação Social. **Cade celebra acordo com construtora Camargo Corrêa na investigação de cartel em licitações da Petrobras.** Disponível em: <http://www.cade.gov.br/>. Acesso em: 27 dez. 2016.

destaque em questões de natureza ambiental e consumerista, embora também sejam cabíveis para as hipóteses de infração à ordem econômica e danos ao patrimônio público em geral.[645]

Passaram a ser expressamente previstos na lei de ação civil pública após modificação trazida pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990),[646] atribuindo legitimidade a determinados órgãos e entes da Administração Pública para celebrar acordos com os administrados (tanto em processos judiciais quanto em processos administrativos), desde que presente o critério da pertinência temática estipulado na Lei 7.347/1985. Os ajustes possuem a eficácia de título executivo extrajudicial e, uma vez cumpridas as obrigações positivas e negativas contidas no acordo, o provimento final proposto pela Administração Pública se aperfeiçoa.[647]

Embora diversos sejam os legitimados para a celebração de TAC,[648] o mais comum, no Brasil, é que referidos ajustes sejam conduzidos por órgãos do Ministério Público, nos mais diversos campos temáticos. No entanto, em matéria concorrencial, devido à falta de *expertise* no assunto (ainda que bem-intencionados), os acordos celebrados pelo Ministério Público que envolvam a fixação de determinada margem de lucro a ser praticada pelos agentes de mercado ou que impeçam política de descontos (sob a alegação de preços predatórios), estipulações essas que já foram noticiadas nos mercados privados de fornecimento de combustíveis e de medicamentos, muitas vezes acabam por criar condições que, paradoxalmente, podem ser equiparadas à atuação de cartéis, já que por meio de preços homogêneos acordados com os órgãos ministeriais assegura-se uma margem de lucro uniforme para os empresários e evita-se uma maior disputa por preços.[649]

A lógica que se extrai dessas experiências malsucedidas no mercado privado, a partir da celebração de termos de ajustamento de conduta pelo Ministério Público, é a de

---

[645] Isso porque a Lei 7.347/1985, em seu art. 1º, autoriza a propositura de ação civil pública por danos morais e patrimoniais causados a diversos bens e interesses difusos ou coletivos, inclusive quando decorrentes de infrações à ordem econômica, donde se infere que também se admite a celebração de TAC envolvendo tais matérias, quando cabíveis.
[646] Lei 7.347/1985, art. 5º, §6º.
[647] SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, p. 7/8.
[648] Lei 7.347/1985, art. 5º, I a V.
[649] BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Direito Econômico (SDE). Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Defesa da concorrência no Judiciário**. Brasília, 2010, p. 23/25. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Cartilhas/defesa da concorrência.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2016.

que a regra sempre deve ser a de que a estipulação de preços seja livremente estipulada pelo mercado, sem a interferência do Estado (e, obviamente, também sem a existência de acordos espúrios entre os empresários).[650] Caso os órgãos do Ministério Público queiram celebrar termos de ajustamento de conduta com os envolvidos, devem se certificar de que os ajustes celebrados não reproduzam condições análogas às de um cartel.

Nota-se, assim, que o TAC, como regra geral, não é instrumento adequado para regular o mercado ou combater diretamente cartéis no âmbito administrativo, já que não necessariamente possui os melhores efeitos dissuasórios ou garante uma instrução processual adequada contra os demais partícipes do conluio, tal como ocorre por meio dos acordos de leniência e compromissos de cessação de prática celebrados no âmbito do SBDC, onde agentes públicos especializados possuem o conhecimento específico necessário para conduzir as negociações e reduzir a termo as obrigações pró-concorrenciais a serem cumpridas pelos signatários.

De todo modo, o Ministério Público possui uma atuação bastante relevante no campo da defesa da concorrência, principalmente no que diz respeito à propositura de ações civis públicas após os membros do cartel terem sido identificados e punidos (administrativa ou criminalmente), exercendo papel fundamental na recomposição dos danos sofridos pela coletividade durante a atuação dos cartéis.[651]

Especificamente no campo das contratações públicas, a celebração de TAC, conquanto também não seja a forma consensual mais adequada para desmantelar cartéis, pode se mostrar bastante apropriada e útil sob uma lógica *preventiva*, quando ajustados com órgãos promotores de contrações públicas que não estejam adotando as melhores práticas concorrenciais nesse segmento.

A título de exemplo, já fora noticiado que o Ministério Público de Sergipe celebrou TAC com Município local para que a "Declaração de Elaboração Independente de

---

[650] BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Direito Econômico (SDE). Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Defesa da concorrência no Judiciário**, p. 24.
[651] BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Direito Econômico (SDE). Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Defesa da concorrência no Judiciário**, p. 25.

Proposta" passasse a ser exigida nos procedimentos licitatórios municipais.[652] Como visto no subcapítulo anterior, a referida Declaração é um mecanismo alternativo que pode favorecer a persecução contra os integrantes de cartéis, mostrando-se como uma boa prática a ser adotada no âmbito dos processos licitatórios.

Pode-se vislumbrar, assim, a possibilidade de celebração de TAC entre o Ministério Público e Administrações locais para conferir maior transparência e eficiência na prevenção e controle contra cartéis em contratações públicas, o que se mostra ainda mais necessário em localidades afastadas dos grandes centros federativos, nas quais é ainda mais rara a presença de agentes públicos especializados na matéria. Com isso, alia-se a capilaridade organizacional do Ministério Público, que se espalha por todo o território nacional, em prol de uma atuação preventiva e colaborativa envolvendo diversos agentes estatais, criando e fortalecendo uma cultura nacional de combate a cartéis em contratações públicas.

[652] RIBEIRO, Mônica. **Ministério Público e Município de São Cristóvão firmam TAC objetivando combater os cartéis em licitações**. 2010. Disponível em: <http://mp-se.jusbrasil.com.br/noticias>. Acesso em: 26 dez. 2016.

CONCLUSÃO

De acordo com as hipóteses e questionamentos suscitados na introdução deste trabalho, o tema dos cartéis em contratações públicas e sua relação com o Direito Administrativo foi dividido em três capítulos principais: o primeiro destinado à compreensão dos principais fundamentos existentes por detrás do fenômeno; o segundo voltado para a compreensão das condições de surgimento e formas de atuação desses cartéis e o terceiro direcionado a um enfrentamento dos principais pontos relacionados ao sancionamento administrativo contra esses ajustes ilícitos.

Com base nessa divisão inicialmente proposta e na pesquisa realizada, é possível extrair algumas conclusões que sintetizam este trabalho.

No que diz respeito aos principais fundamentos subjacentes aos cartéis em contratações públicas, tem-se que quaisquer conluios (sejam eles em contratações públicas ou não), ao mitigarem artificialmente as condições concorrenciais do mercado, implicam o pagamento de valores injustamente mais elevados por um dado produto ou serviço, além de restringirem as opções de escolha disponíveis ao comprador e desestimularem inovações tecnológicas.

No âmbito das contratações públicas, além desses, os prejuízos causados por cartéis são ainda maiores, pois afora o efeito desmoralizante (principalmente quando associados à corrupção de agente públicos), os sobrepreços pagos pela Administração Pública (e custeados por todos os contribuintes) implicam a redução de recursos disponíveis para as demais prestações administrativas, o que atinge principalmente as classes mais pobres, naturalmente mais dependentes da atuação estatal.

Buscando-se uma identificação primária dos cartéis em contratações públicas enquanto instituto jurídico, verifica-se que eles podem ocorrer tanto nas contratações precedidas de licitação como nas contratações diretas, embora neste caso sejam menos comuns. De todo modo, independentemente da existência ou não de prévia licitação, os cartéis atuantes em contratações públicas são caracterizados essencialmente (i) por causarem um prejuízo *direto* ao erário e *indireto* a todos os contribuintes, (ii) por serem necessariamente ilícitos (ao menos do ponto de vista administrativista) e (iii) demandarem

dos cartelistas uma estratégia de atuação mais complexa do que aquela que se verificaria no mercado privado, principalmente quanto ao manejo das regras de contratação administrativa.

Por meio de um estudo comparativo, analisando-se o modo pelo qual os cartéis em contratações públicas foram tratados pela legislação nacional a partir do século XX, concluiu-se que ao menos desde 1922 sempre houve no ordenamento brasileiro mecanismos jurídicos (ainda que indiretos) de combate à cartelização nesse segmento, mas que a existência de leis, por si só, não foi (ou é) suficiente para coibir o fenômeno, mostrando-se imprescindível a efetiva predisposição dos órgãos de controle em compreender a sistemática por detrás desses ajustes colusivos e em conjugar esforços para reprimir a prática.

Também o estudo comparativo legislativo permitiu a conclusão de que a partir da década de 1990 passou a existir uma complexa sobreposição de mecanismos de controle e de instâncias administrativas sancionadoras, dificultando uma operacionalização juridicamente coerente do sistema repressivo contra cartéis em contratações públicas.

Já quanto à forma de atuação dos cartéis em contratações públicas, foram analisadas as principais condições que favorecem essa prática, cuja compreensão é essencial para se entender como surgem e se mantêm os cartéis atuantes contra a Administração Pública. Constatou-se que algumas dessas condições são tipicamente comerciais, relacionadas à dinâmica do mercado fornecedor, mas outras circunstâncias que facilitam a cartelização decorrem da própria lógica e funcionamento das contratações públicas no Brasil.

Demonstrou-se que a modelagem das contratações, a rigidez do procedimento anterior ao contrato, as barreiras à entrada e a padronização proporcionadas pelos editais, bem como a própria publicidade administrativa, por exemplo, são características próprias das contratações públicas que favorecem o surgimento de conluios. A análise dessas condições facilitadoras permitiu concluir que as contratações públicas, principalmente aquelas precedidas de licitação, são altamente propensas ao surgimento de cartéis contra a Administração Pública.

De todo modo, ainda que presentes condições facilitadoras ao surgimento de cartéis nas contratações públicas, o prejuízo contra a Administração somente se verifica a partir da efetiva adoção de determinados tipos de práticas colusivas pelos concorrentes.

Pode-se falar em "tipos" colusivos pelo fato de que os comportamentos anticoncorrenciais praticados pelos membros do conluio se manifestam de diversas formas e em diferentes momentos do processo de contratação pública. Além disso, é comum a existência de uma combinação de práticas colusivas contra a Administração Pública, sendo impossível um arrolamento fechado e taxativo das condutas fraudulentas que podem ser verificadas nas contratações públicas.

Como visto, a fixação de preços, as propostas de cobertura, o direcionamento do vencedor por meio de supressão de propostas, o rodízio de adjudicatários e a divisão do mercado são práticas colusivas que, usualmente, são adotadas de maneira complementar pelos membros do cartel com o intuito de fraudar o caráter competitivo de uma dada contratação. Afora isso, determinadas práticas aparentemente legais (como subcontratações, formação de consórcios e criação de novas pessoas jurídicas) podem ser manejadas apenas para facilitar a transferência ilegítima de recursos para os cartelistas.

Com relação ao sancionamento administrativo, também por meio de um estudo tipológico identificou-se que o ordenamento jurídico brasileiro atualmente congrega uma pluralidade de sanções administrativas possíveis de serem cominadas contra aqueles que fraudam contratações públicas mediante a prática de cartel, sejam elas pecuniárias, impeditivas de direitos, impositivas de deveres ou, ainda, outras sanções residuais. Tanto a legislação de licitações e contratos administrativos, quanto a legislação administrativa geral e a legislação antitruste preveem determinadas espécies de sanções que, a despeito de terem abrangência federativa e prazos de duração diversos, apresentam similitude quanto ao seu conteúdo punitivo.

Entretanto, nem todas as sanções administrativas previstas em abstrato na legislação brasileira se mostram adequadas como resposta a toda e qualquer prática de cartéis em contrações públicas. Por um imperativo de proporcionalidade sancionatória, as instâncias administrativas sancionadoras devem avaliar, caso a caso, a pertinência lógica de cada uma das sanções à infração cometida, a fim de serem evitados excessos punitivos e outros

prejuízos indiretos à própria Administração Pública, principalmente nos casos em que se proíbe o infrator de licitar e contratar com o poder público ou de ter acesso a benefícios fiscais e creditícios. Tais penalidades podem colocar em risco, em um primeiro momento, a própria preservação da empresa e, em um segundo momento, afetar os seus trabalhadores, o mercado consumidor e a arrecadação tributária.

O estudo das sanções possíveis de serem cominadas contra cartéis em contratações públicas também evidenciou a existência de cenários de sobreposição sancionatória em âmbito administrativo, o que permite questionar, até mesmo, em qual medida o legislador brasileiro efetivamente procurou conferir eficácia normativa ao princípio sancionatório do *non bis in idem* nessa esfera. Embora essa questão específica não tenha sido objeto de aprofundamento no trabalho, mostrou-se relevante sua problematização, inclusive para futuras pesquisas envolvendo o tema.

Quanto aos processos administrativos sancionadores, a grande peculiaridade processual verificada em relação aos cartéis em contratações públicas diz respeito à dificuldade de produção de provas acerca da própria existência de ajustes colusivos entre os concorrentes.

Conquanto a demonstração da existência de todo e qualquer tipo de cartel seja dificultosa, no caso específico dos cartéis em contratações públicas essa dificuldade é ainda maior, por fatores diversos, como: (i) a manipulação de regras licitatórias pelos membros do cartel (e a consequente aparência de legalidade da contratação); (ii) a simulação de competitividade nos certames; (iii) o paralelismo de preços proporcionado pelos editais e pelas pesquisas mercadológicas não necessariamente configurar um indício de colusão; (iv) a ausência de incentivos aos agentes e órgãos públicos para que previnam e apurem a atuação de cartéis em uma dada contratação e, até mesmo, (v) a impossibilidade, como regra geral, de utilização de interceptações telefônicas contra os cartéis em contratações públicas, já que estes são puníveis apenas com pena de detenção, nos termos da atual legislação criminal.

Apesar dessa dificuldade probatória, como os cartéis em contratações públicas deixam alguns indícios característicos de colusão (principalmente pelo fato de adotarem uma estratégia específica de atuação contra a Administração Pública), algumas

contramedidas propositivas, em um cenário ideal, poderiam facilitar a produção de provas contra esse tipo de fraude.

A primeira delas, de ordem legislativa, implicaria a criação de sistemas de bonificação aos agentes públicos que monitorassem e descobrissem esquemas colusivos em contratações públicas, o que poderia ser facilitado se a legislação nacional (administrativa e criminal) também previsse uma distribuição mais equânime das sanções pecuniárias decorrentes do desmantelamento de um cartel, atentando-se, contudo, para o risco de excessos punitivos e desvios de finalidade por parte das instâncias sancionadoras, o que demanda efetivo debate e ponderação dos valores e interesses conflitantes antes da adoção de qualquer medida nesse sentido.

Ainda em termos de política legislativa, o combate e a produção de provas contra cartéis em contratações públicas também poderia ser favorecido caso os crimes de cartel previstos na Lei 8.666/1993 (ou na nova lei geral que vier a ser editada) passassem a ser sancionados com pena de *reclusão*, e não apenas com detenção (como atualmente estabelecido). Essa medida, além de favorecer uma proporcionalidade sancionatória em relação aos crimes genéricos de cartel previstos na Lei 8.137/1990, permitiria a utilização de interceptações telefônicas também contra os cartéis atuantes especificamente nas contratações públicas, segundo a atual sistemática da Lei 9.296/1996.

Afora essas questões de ordem legislativa, outras medidas mais concretas que poderiam ser adotadas pela Administração Pública visando à produção de provas contra os cartéis em contratações públicas envolvem a constante capacitação de servidores públicos que atuam nos processos de contratação, o fortalecimento de mecanismos de controle interno e externo da Administração, a exigência de apresentação de Declaração de Elaboração Independente de Proposta nas licitações e a ampliação de canais de denúncias, inclusive anônimas, embora essa última medida exija maior cautela das autoridades persecutórias para que sejam processualmente válidos os atos processuais que decorram das denúncias apresentadas anonimamente.

Por fim, uma medida consensual que ganha cada vez mais forças como meio alternativo de comprovar e de desmantelar cartéis atuantes em contratações públicas, principalmente em razão das dificuldades probatórias existentes e do grande dispêndio de

tempo e recursos por todos os envolvidos, é a celebração de acordos com os infratores, prévios ou concomitantes aos processos administrativos sancionadores.

Independentemente das polêmicas (teóricas e morais) que podem circundar a celebração desses ajustes, o fato é que os acordos de leniência e os compromissos de cessação de prática têm se tornado instrumentos consensuais de altíssima relevância, justamente por garantirem, em grande parte dos casos, ao menos uma repressão satisfatória aos cartéis em contratações públicas. Sob uma lógica utilitarista, tais acordos podem se mostrar mais convenientes que a condução por longos anos de processos sancionadores que, muitas vezes, têm sua eficácia prática esgotada em razão do reconhecimento de nulidades por parte do Poder Judiciário ou simplesmente pela morosa resposta dada à sociedade.

Já os termos de ajustamento de conduta, usualmente capitaneados pelo Ministério Público, são mecanismos consensuais que se mostram mais adequados sob uma lógica preventiva, principalmente quando celebrados com órgãos e entes da Administração Pública visando a uma melhoria da transparência e a um ganho de eficiência no controle contra cartéis em contratações públicas. Sobretudo em localidades mais afastadas dos grandes centros, onde é mais rara a existência de agentes públicos capacitados, a capilaridade proporcionada pela organização do Ministério Público no país pode ser importante aliada na criação de uma rede nacional de prevenção e combate a cartéis em contratações públicas.

Tem-se, assim, que os cartéis em contratações públicas, a despeito de seu pouco aprofundamento pela doutrina jurídica brasileira, configuram tema da mais alta relevância, tanto para aqueles que integram a Administração Pública e suas instâncias de controle quanto para a população em geral (que, afinal, é a grande prejudicada e a mais interessada na repressão a esses atos ilícitos). Sem qualquer pretensão de esgotamento do tema, espera-se que o trabalho desenvolvido possa contribuir no combate a essa disfunção que assola as contratações públicas no Brasil e que a comunidade científica, dedicando maior atenção ao fenômeno, colabore cada vez mais para a evolução acadêmica do assunto.

REFERÊNCIAS

ALBANO, G. L. *et al*. Preventing collusion in procurement: a primer. **Handbook of Procurement – Cambridge University Press**, 2006. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=896723>. Acesso em: 18 mar. 2015.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**, 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Origens do direito da concorrência. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 91, p. 3–26, 1996. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67325>. Acesso em: 9 fev. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. *In:* ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Org.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 31–63. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br>. Acesso em: 9 mar. 2015.

BAKER, Jonathan B. The case for antitrust enforcement. **The Journal of Economic Perspectives**, v. 17, n. 4, p. 27–50, 2003. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/3216930>. Acesso em: 20 fev. 2015.

BOGOSSIAN, Andre Martins. O diálogo concorrencial. **Boletim de Direito Administrativo (BDA)**, v. 4, n. 26, p. 432–448, 2010

BOSON, Daniel Silva. **Sanções por formação de cartel no Brasil**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Brasília, Brasília. Disponível em: <https://bdtd.ucb.br:8443/jspui/handle/123456789/284>. Acesso em: 23 mar. 2015.

CAMPOS, Francisco. As práticas de conluio nas licitações públicas à luz da teoria dos jogos. **Revista Análise Econômica**, v. 50, n. 26, p. 185–206, 2008. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/AnaliseEconomica/article/view/10919>. Acesso em: 24 abr. 2015.

CARNEIRO, Breno Zaban. **Barreiras à entrada e habilitação em licitação**: o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal visto sob as perspectivas do direito administrativo e do

direito antitruste. Universidade de Brasília, 2008. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/2608>. Acesso em: 23 mar. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Controle da administração pública e responsabilidade do Estado. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Tratado de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 7.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955.

CECCATO, Marco Aurélio. **Cartéis em licitações: estudo tipológico das práticas colusivas entre licitantes e mecanismos extrajudiciais de combate.** 2012. Disponível em: <http://www.esaf.fazenda.gov.br>. Acesso em: 14 abr. 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CRETELLA JÚNIOR, José. As categorias jurídicas e o direito público. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 62, n. 2, p. 213–222, 1966. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66520>. Acesso em: 18 mai. 2015.

_____. O direito comparado no curso de pós-graduação. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 76, p. 87–95, 1981. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66915>. Acesso em: 11 maio 2015.

_____. **Licitações e contratos do Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CUIABANO, Simone Maciel *et al*. Filtrando cartéis: a contribuição da literatura econômica na identificação de comportamentos colusivos. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 4, p. 43–63, 2014. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br>. Acesso em: 19 mai. 2016.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

DEMO, Pedro. **Praticar ciência:** metodologias do conhecimento científico. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIAS, José de Nazaré Teixeira. **A reforma administrativa de 1967**. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1969. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/12415>. Acesso em: 7 nov. 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

FARIA, Antônio Bento de. **Código Penal Brasileiro (Decreto n° 2.848 de 7 dezembro de 1940)**. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto Editora, 1943.

FARIA, Evandro Rodrigues de *et al*. **Estudo comparativo de redução de custos e tempo nas modalidades de licitação por pregão eletrônico e presencial.** 8° Congresso USP de Controladoria e Contabilidade, 2008. Disponível em: <http://www.congressousp.fipecafi.org>. Acesso em: 21 jan. 2016.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Os cartéis e a licitação. **Boletim de Direito Administrativo (BDA)**, v. 7, n. 7, p. 385–392, 1991.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade administrativa**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio; MEDEIROS, Bernardo Abreu de. **A agenda perdida das compras públicas**: rumo a uma reforma abrangente da lei de licitações e do arcabouço institucional, 2014. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br>. Acesso em: 20 fev. 2015

FLORES, Alfredo de J. O estudo de casos na perspectiva da metodologia jurídico-filosófica. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 4, n. 3, 2009. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5902/198136947036>. Acesso em: 4 mai. 2015.

FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo; FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Poder econômico**: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

FRANCO, Alberto Silva *et al.* **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FREITAS, Rafael Véras de. O combate aos cartéis nas licitações: visando à Copa do Mundo de 2014 e às Olimpíadas de 2016. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, v. 33, n. 9, p. 169–204, 2011.

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

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Cartel:** teoria unificada da colusão. São Paulo: Lex Editora, 2006.

GILBERTO, André Marques. **O processo antitruste sancionador**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08072010-175038/pt-br.php>. Acesso em: 23 mar. 2015.

HAGE SOBRINHO, Jorge. Lei 12.846/2013: lei da empresa limpa. **Revista dos Tribunais**, n. 947, p. 37–55, set. 2014.

HEIMLER, Alberto. Cartels in public procurement. **Journal of Competition Law & Economics**, 2012. Disponível em: <http://jcle.oxfordjournals.org>. Acesso em: 20 fev. 2015.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. A advocacia da concorrência como estratégia para redução do impacto anticompetitivo da regulação estatal. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, v. 17, 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com>. Acesso em: 13 mai. 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

_____. **Comentários ao RDC**: Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11. São Paulo: Dialética, 2013.

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

KOVACIC, William E *et al*. **Bidding rings and the design of anti-collusive measures for auctions and procurements**. 2006. Disponível em: <https://faculty.fuqua.duke.edu>. Acesso em: 6 abr. 2015.

LEITÃO, Antonio Jorge. **Obras públicas:** artimanhas & conluios. 5. ed. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 2014.

LIRA, Bruno de Oliveira. **Cartéis em licitação:** utilizando a teoria dos leilões para avaliar a legislação licitatória nacional. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife. Disponível em: <http://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/10123>. Acesso em: 27 jun. 2015.

MAGGI, Bruno Oliveira. **O cartel e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-28012011-140203/pt-br.php>. Acesso em: 23 mar. 2015.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. **Revista do Advogado: Contratos com o Poder Público**, n. 107, p. 74–82, 2009.

_____. Extensão das sanções administrativas de suspensão e declaração de inidoneidade. **Boletim de Licitações e Contratos (BLC)**, p. 487–491, out. 1997.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, v. 27, 2011. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com>. Acesso em: 9 fev. 2015.

MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. **Revista Digital de Direito Administrativo** v. 2, n. 2, p. 509–527, 2015. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/99195>. Acesso em: 2 set. 2016.

_____. **O "diálogo competitivo" como modalidade licitatória e seus impactos**. 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-jan-06/thiago-marrara-dialogo-competitivo-modalidade-licitatoria>. Acesso em: 6 jan. 2017.

_____. **Em 20 anos, Lei de Licitações não foi capaz de coibir desvios.** 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-abr-04/thiago-marrara-20-anos-lei-licitacoes-nao-foi-capaz-coibir-desvios>. Acesso em: 2 set. 2016.

_____. Método comparativo e Direito Administrativo. **Revista Jurídica UNIGRAN** v. 16, n. 32, p. 25–37, 2014. Disponível em: <https://www.academia.edu/14081368/>. Acesso em: 27 out. 2016.

_____. **Sistema brasileiro de defesa da concorrência:** organização, processos e acordos administrativos. São Paulo: Atlas, 2015.

MARRARA, Thiago; NOHARA, Irene Patrícia. **Processo administrativo: Lei n° 9.784/99 comentada**. São Paulo: Atlas, 2009

MARSHALL, Robert C.; MARX, Leslie M. The vulnerability of auctions to bidder collusion. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 124, n. 2, p. 883–910, 2009. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/40506246>. Acesso em: 20 fev. 2015.

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

MARTINS, Amanda Athayde Linhares. Prova indireta de cartel no âmbito das associações: comportamento paralelo e *plus factors*. **Economic Analysis of Law Review**, v. 2, n. 1, p. 41–64, 2011. Disponível em: <http://portalrevistas.ucb.br>. Acesso em: 30 mar. 2016.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006

MATTOS, César. **Modalidades de licitação e cartéis no Brasil**. 2014. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br>. Acesso em: 1 mar. 2015.

MCAFEE, Preston R.; MCMILLAN, John. Bidding rings. **The American Economic Review**, v. 82, n. 3, p. 579–599, 1992. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2117323>. Acesso em: 20 fev. 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador**: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Da licitação**. São Paulo: Bushatsky, 1978.

MENDES, Renato Geraldo (Org.). **Lei de licitações e contratos anotada:** notas e comentários à Lei n° 8.666/93. 9. ed. Curitiba: Zênite, 2013.

_____. **O processo de contratação pública**. Curitiba: Zênite, 2012.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Consistência e aceitabilidade dos preços nas licitações públicas: disfunções do comportamento administrativo. **Boletim de Licitações e Contratos (BLC)**, p. 437–456, 2010.

MUKAI, Toshio. **Licitações e contratos públicos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Aspectos destacados do novo regime de licitações e contratações das estatais**. 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/joel-de-menezes-niebuhr/aspectos-destacados-do-novo-regime-de-licitacoes-e-contratacoes-das-estatais>. Acesso em: 9 set. 2016.

NÓBREGA, Marcos. Novos marcos teóricos em licitação no Brasil: olhar para além do sistema jurídico. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, v. 30, 2012. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 20 fev. 2015.

NÓBREGA, Marcos; LIRA, Bruno. O Estatuto do RDC é contrário aos cartéis em licitação? Uma breve análise baseada na teoria dos leilões. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, v. 35, 2011. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br>. Acesso em: 10 fev. 2015.

NOHARA, Irene Patrícia. Licitação e contratos administrativos. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Tratado de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 6.

_____. **Mudanças promovidas pela nova lei das estatais**: pontos fortes e fracos. 2016. Disponível em: <http://direitoadm.com.br/mudancas-promovidas-pela-nova-lei-das-estatais/>. Acesso em: 27 out. 2016.

NUNES, Daniele de Oliveira. Cartéis em licitações: fronteiras entre a infração à ordem econômica e o ato de improbidade administrativa. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 4, n. 1, p. 185/210, 2016. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/254>. Acesso em: 2 set. 2016.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; FREITAS, Rafael Véras de. O regime diferenciado de contratações públicas (RDC) e a administração de resultados. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, v. 27, 2011. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com>. Acesso em: 20 fev. 2015.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **A supressão da declaração de inidoneidade na lei das empresas estatais**: retroatividade da norma sancionatória mais benéfica. 2016. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br>. Acesso em: 2 dez. 2016.

REZENDE, Renato Monteiro de. **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas**: comentários à Lei nº 12.462, de 2011. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado, 2011. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br>. Acesso em: 28 fev. 2015.

RIVERO, Jean. **Curso de direito administrativo comparado**. Trad. José Cretella Júnior. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ROSILHO, André Janjácomo. **Controle da administração pública pelo Tribunal de Contas da União**. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

_____. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial:** as estruturas. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. Sanções administrativas. Suspensão temporária e declaração de inidoneidade. Extensão. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Temas polêmicos sobre licitações e contratos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

SCARPINELLA, Vera. **Licitação na modalidade pregão (Lei 10.520, de 17 de julho de 2002)**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao direito. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, n. 24, 2011. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista>. Acesso em: 20 dez. 2016.

SCHUARTZ, Luís Fernando; POSSAS, Mario Luiz. Habilitação em licitações públicas e defesa da concorrência. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, v. 5, p. 33, jan. 1998.

SILVA, Oscar José de Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA FILHO, Laércio de Oliveira e; LIMA, Marcos Cavalcanti; MACIEL, Rafael Gonçalves. Efeito barganha e cotação: fenômenos que permitem a ocorrência de superfaturamento com preços inferiores às referências oficiais. **Revista do TCU**, v. 42, n. 119, p. 29/36, 2010. Disponível em: <http://revista.tcu.gov.br>. Acesso em: 8 fev. 2016.

SILVEIRA, Paulo Burnier da. O direito administrativo sancionador e o princípio *non bis in idem* na União Europeia: uma releitura a partir do caso "Grande Stevens" e os impactos na defesa da concorrência. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 4, p. 5–22, 2014. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br>. Acesso em: 16 dez. 2016.

STOCKING, George W; WATKINS, Myron W. **Cartels in action**: case studies in international business diplomacy. New York: American Book-Stratford Press, 1946. Disponível em: <http://heinonline.org>. Acesso em: 20 fev. 2015.

STRINGHINI, Adriano Candido. **Disciplina antitruste e licitações públicas**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

SUNDFELD, Carlos Ari. Contratações públicas e o princípio da concorrência. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 15–41.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas. **Revista de Direito Administrativo (RDA)**, v. 257, p. 111–144, 2011. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/8589/7325>. Acesso em: 16 nov. 2016.

_____. A proibição de contratar com o poder público e seus efeitos sobre os grupos empresariais. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (Orgs.). **Contratos públicos e direito administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 189–211.

SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. Onde está o princípio universal da licitação? *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (Org.). **Contratos públicos e direito administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 19–38.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. A lei de improbidade e a proibição de receber benefícios fiscais ou creditícios. **Revista da Faculdade de Direito (RFD-UERJ)**, n. 29, p. 27–48, 2016. Disponível em: <www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/23668/16726>. Acesso em: 8 dez. 2016.

VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

WEISHAAR, Stefan E. **Cartels, competition and public procurement:** law and economics approaches to bid rigging. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2013

ZUBIAUR, Carlos A. El principio de concurrencia en la licitación pública. Restricciones y garantías. In: CASSAGNE, Juan Carlos (Org.). **Derecho administrativo**: obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998. p. 993/1009.

Documentos institucionais

BRASIL. **Declaração de Brasília**. Brasília, 2009. Disponível em: <http://conaci.org.br/>. Acesso em: 15 nov. 2016.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE); Secretaria de Direito Econômico (SDE). **Portaria conjunta SEAE/SDE n° 50, de 1° de agosto de 2001**. Brasília, 2001. Disponível em: <http://www.cade.gov.br>. Acesso em: 5 jul. 2015.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Direito Econômico (SDE). **Portaria SDE n° 51, de 03 de julho de 2009**. Brasília, 2009.

_____. **Análise dos aspectos concorrenciais do PLC 32/2007**. Brasília, 2008. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br>. Acesso em: 1 jan. 2011.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Direito Econômico (SDE). Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Defesa da concorrência no Judiciário**. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Cartilhas/defesa da concorrência.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2016.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Direito Econômico (SDE). Coordenação-Geral de Análises de Infrações no Setor de Compras Públicas (CGCP). **Análise dos aspectos concorrenciais do PLC 32/2007**. Brasília, 2008.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Direito Econômico (SDE). Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE). **Combate a cartéis em licitações**. Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.comprasnet.gov.br>. Acesso em: 21 abr. 2015.

_____. **Combate a cartéis em sindicatos e associações**. Brasília, 2009. Disponível em: <http://abpa-br.com.br>. Acesso em: 1 jun. 2015.

BRASIL. Ministério do Planejamento. **Informações gerenciais de contratações e compras públicas**. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.comprasgovernamentais.gov.br>. Acesso em: 22 abr. 2015.

OCDE, Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. **Collusion and corruption in public procurement**. 2010. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/46235884.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2015.

_____. **Competition and procurement:** key findings, 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/regreform/sectors/48315205.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2015.

_____. **Competition in bidding markets**. 2010. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/abuse/38773965.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2015.

_____. **Competition law and policy in Brazil**. 2010. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/45154362.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2015

_____. **Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas**. 2009. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/cartels/44162082.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2015.

_____. **Fighting cartels in public procurement**. 2008. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/cartels/41505296.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2015.

_____. **Fighting hard-core cartels**: harm, effective sanctions and leniency programmes. 2002. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf>. Acesso em: 12 maio 2015.

_____. **Guidelines for fighting bid rigging in public procurement:** helping governments to obtain best value for money. 2009. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/42851044.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2015.

_____. **Lei e política de concorrência no Brasil:** uma revisão pelos pares, 2010. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/45154401.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2015.

_____. **Public procurement:** the role of competition authorities in promoting competition, 2007. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/cartels/39891049.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2015.

_____. **Recommendation of the council concerning effective action against hard core cartels**, 1998. Disponível em: <http://acts.oecd.org>. Acesso em: 21 jun. 2015

USA. Department of Justice. Antitrust Division. **Preventing and detecting bid rigging, price-fixing, and market allocation in post-disaster rebuilding projects**. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/disaster_primer.pdf>. Acesso em: 4 jul. 2015.

_____. **Price fixing, bid rigging, and market allocation schemes:** what they are and what to look for. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/211578.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2015.

USA. Federal Bureau of Investigation. **White-collar crime:** a report to the public. Washington: U.S. Department of Justice, 1989. Disponível em: <https://babel.hathitrust.org>. Acesso em: 4 jun. 2016.

Casos

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Inquérito Administrativo n° 08700.004617/2013-41**. Representante: CADE “ex officio”.

Representados: Alstom Brasil Energia e Transporte Ltda. e outros. Brasília, 19 de março de 2014. Disponível em: <http://www.cade.gov.br>. Acesso em: 21 jul. 2015.

_____. **Processo Administrativo n° 08012.001273/2010-24.** Representante: Grupo Especial de Delitos econômicos - GEDEC/MP/SP. Representados: Tuma Instalações Térmicas Ltda. e outras. Conselheiro Relator: Márcio de Oliveira Júnior. Brasília, 05 de agosto de 2015. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br>. Acesso em: 02 abr. 2016.

_____. **Processo Administrativo n° 08012.001826/2003-10.** Representante: SDE "ex officio". Representados: Asservigs - Associação das Empresas de Vigilância do Rio Grande do Sul e outros. Conselheiro Relator: Abraham Sicsú. Brasília, 19 de setembro de 2007. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br>. Acesso em: 02 abr. 2016.

_____. **Processo Administrativo n° 08012.002127/2002-14.** Representante: SDE "ex officio". Representados: Sindicato da Indústria de Mineração de Pedra Britada do Estado de São Paulo e outros. Conselheiro Relator: Luiz Carlos Delorme Prado. Brasília, 13 de julho de 2005. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br>. Acesso em: 25 mar. 2016.

_____. **Processo Administrativo n° 08012.004599/1999-18.** Representante: SDE "ex officio". Representados: F. Hoffmann - La Roche Ltd. e outros. Conselheiro Relator: Ricardo Vilias Bôas Cueva. Brasília, 14 de fevereiro de 2007. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br>. Acesso em: 25 mar. 2016.

_____. **Processo Administrativo n° 08012.009888/2003-70**. Representante: SDE "ex officio". Representados: White Martins Gases Industriais Ltda. e outros. Conselheiro Relator: Fernando de Magalhães Furlan. Brasília, 01 de setembro de 2010. Disponível em: <http://www.cade.gov.br>. Acesso em: 13 jun. 2015.

_____. **Requerimento n° 08700.002740/2014-09**. Requerente: General Motors do Brasil Ltda. Conselheiro Relator: Alessandro Octaviani Luis. Brasília, 30 de julho de 2014. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br>. Acesso em: 27 dez. 2016.

_____. **Requerimento n° 08700.007402/2015-44**. Requerentes: Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A. ("CCCC") e outros. Conselheiro Relator: Vinicius Marques de Carvalho. Brasília, 19 de agosto de 2015. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br>. Acesso em: 27 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Habeas Corpus n° 137.349**. Ministra Relatora: Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. Brasília, 05 de abril de 2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 16 mai. 2016.

_____. **Habeas Corpus n° 190.334**. Ministro Relator: Napoleão Nunes Maia Filho. Quinta Turma. Brasília, 10 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 16 mai. 2016.

_____. **Recurso Especial n° 151.567.** Ministro Relator: Francisco Peçanha Martins. Segunda Turma. Brasília: 25 de fevereiro de 2003. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 16 dez. 2016.

_____. **Recurso Especial n° 842.428**. Ministra Relatora: Eliana Calmon. Segunda Turma. Brasília, 24 de abril de 2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 16 mai. 2016.

_____. **Recurso Especial n° 896.044**. Ministro Relator: Herman Benjamin. Segunda Turma. Brasília, 16 de setembro de 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 nov. 2016.

_____. **Recurso Especial n° 1.571.527**. Ministro Relator: Sebastião Reis Júnior. Sexta Turma. Brasília, 06 de outubro de 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 09 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 1.094 Medida Cautelar**. Ministro Relator: Carlos Velloso. Tribunal Pleno. Brasília, 21 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 25 nov. 2016.

_____. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n° 676.280**. Ministro Relator: Roberto Barroso. Primeira Turma. Brasília, 14 de abril de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 16 mai. 2016.

_____. **Habeas Corpus n° 100.042**. Ministro Relator: Celso de Mello. Decisão Monocrática. Brasília, 02 de outubro de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 16 mai. 2016.

_____. **Habeas Corpus n° 108.147**. Ministra Relatora: Cármen Lúcia. Segunda Turma. Brasília, 11 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 16 mai. 2016.

_____. **Mandado de Segurança n° 30.788**. Ministro Relator: Marco Aurélio Mello. Ministro Relator para Acórdão: Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Brasília, 21 de maio de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 nov. 2016.

_____. **Questão de Ordem no Inquérito n° 2424**. Ministro Relator: Cezar Peluso. Tribunal Pleno. Brasília, 20 de junho de 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 mai. 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Acórdão n° 392/2011**. Ministro Relator: José Jorge. Brasília, 16 de fevereiro de 2011. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br>. Acesso em: 02 abr. 2016.

_____. **Acórdão n° 1.417/2008**. Ministro Relator: Augusto Sherman. Brasília, 23 de julho de 2008. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br>. Acesso em: 23 nov. 2015.

_____. **Acórdão n° 1.636/2007**. Ministro Relator: Ubiratan Aguiar. Brasília, 15 de agosto de 2007. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br>. Acesso em: 24 nov. 2015.

_____. **Acórdão n° 1.829/2016**. Ministro Relator: André de Carvalho. Brasília, 13 de julho de 2016. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br>. Acesso em: 04 out. 2016.

_____. **Acórdão n° 3.089/2015**. Ministro Relator: Benjamin Zymler. Brasília, 02 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br>. Acesso em: 11 nov. 2016.

_____. **Acórdão n° 3.617/2013**. Ministro Relator: José Jorge. Brasília, 10 de dezembro de 2013. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br>. Acesso em: 04 out. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1). **Agravo Regimental em Mandado de Segurança n° 0071957-47.2010.4.01.0000**. Desembargador Relator: João Batista Moreira. Brasília, 01 de julho de 2011. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf1.jus.br>. Acesso em: 15 mai. 2016.

Notícias

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Assessoria de Comunicação Social. **Cade celebra acordo com construtora Camargo Corrêa na investigação de cartel em licitações da Petrobras.** Disponível em: <http://www.cade.gov.br/>. Acesso em: 27 dez. 2016.

BRASIL. Ministério Público Federal (MPF). Notícias da Procuradoria da República no Estado de São Paulo. **Executivos de empreiteiras são denunciados por fraude à licitação e formação de cartel**. Disponível em: <http://www.prsp.mpf.gov.br>. Acesso em: 29 abr. 2016.

CARVALHO, Mario Cesar. **Justiça manda anular maior multa da história do Cade**. Folha de São Paulo, São Paulo, 16 de setembro de 2015. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br>. Acesso em: 16 maio 2016.

RIBEIRO, Mônica. **Ministério Público e Município de São Cristóvão firmam TAC objetivando combater os cartéis em licitações**. 2010. Disponível em: <http://mp-se.jusbrasil.com.br/noticias/2366090/ministerio-publico-e-municipio-de-sao-cristovao-firmam-tac-objetivando-combater-os-carteis-em-licitacoes>. Acesso em: 26 dez. 2016.

VALLONE, Giuliana. **Brasil lidera ranking de empresas ameaçadas de rebaixamento pela Moody´s.** Folha de São Paulo, São Paulo, 22 de abril de 2015. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/04/1619391-brasil-lidera-ranking-sobre-empresas-ameacadas-de-rebaixamento.shtml>. Acesso em: 25 abr. 2015.