

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

PAULO HENRIQUE FIGUEREDO DE ARAÚJO

**A MODELAGEM DAS LICITAÇÕES COMO MEDIDA DE COMBATE A  
CARTÉIS: UMA ANÁLISE SOB O ENFOQUE DA TRANSPARÊNCIA  
PÚBLICA**

Brasília/DF

2019

PAULO HENRIQUE FIGUEREDO DE ARAÚJO

**A MODELAGEM DAS LICITAÇÕES COMO MEDIDA DE COMBATE A CARTÉIS:  
UMA ANÁLISE SOB O ENFOQUE DA TRANSPARÊNCIA PÚBLICA**

Dissertação submetida ao Instituto Brasiliense de  
Direito Público – IDP como exigência parcial para a  
qualificação no Mestrado Profissional em  
Administração Pública.

Orientador (a): Professor Márcio de Oliveira Júnior

Brasília/DF

2019

## RESUMO

O estudo analisa o desacordo dos critérios de transparência nas licitações com os parâmetros recomendados pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), tendo por perspectiva a formação de cartéis em compras governamentais e o uso da teoria dos leilões como instrumento para combatê-los. Inicialmente foram traçadas considerações gerais sobre o regime jurídico licitatório, tendo em conta as suas principais espécies (Lei nº 8.666/1993, Lei nº 10.520/2002, Lei nº 12.462/2011 e Lei nº 13.303/2016) e o relevante papel da publicidade no desenvolvimento das compras governamentais. Baseando-se na literatura e nos estudos da OCDE sobre cartéis, demonstrou-se a estrutura formativa desse tipo de colusão, com especial enfoque para a importância da informação como meio de viabilizar a fiscalização e a punição de eventuais membros desviantes. Nessa perspectiva, evidenciou-se que diretrizes de publicidade, quando excessivas e dissociadas da efetiva necessidade de transparência, podem fomentar ou fortalecer cartéis operantes em compras públicas. A partir dessa premissa, e mediante a análise da legislação, de editais de licitação da União e do Distrito Federal, bem como decisões do CADE e do TCU, foi possível identificar 4 (quatro) pontos nos quais o regime de transparência nas licitações está em desacordo com os parâmetros recomendados pela OCDE: a) o sigilo do orçamento estimativo; b) a identidade dos licitantes e de informações comercialmente sensíveis; c) a forma de apresentação das propostas; d) e o acesso a elementos da fase interna. Ao final, encaminha-se para alteração do regime de compras, de modo a torná-lo mais pró-competitivo.

**Palavras-chave:** Compras governamentais, licitação, transparência, teoria dos leilões, cartéis, OCDE, colusão, modelagem.

## ABSTRACT

The study analyzes the disagreement of the criteria of transparency in procurement with the parameters recommended by the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), with the perspective of the formation of cartels in government procurement and the use of auction theory as an instrument to combat them. Initially, general considerations about the bidding legal regime were drawn, taking into account its main species (Law No. 8.666 / 1993, Law No. 10.520 / 2002, Law No. 12.462 / 2011 and Law No. 13.303 / 2016) and the relevant role of publicity in development of government procurement. Drawing on the literature and OECD cartel studies, the formative structure of this type of collusion has been demonstrated, with a particular focus on the importance of information as a mean of enabling the supervision and punishment of any deviant members. From this perspective, it was evident that publicity guidelines, when excessive and dissociated from the effective need for transparency, could foster or strengthen operating cartels in public procurement. From this premise, and through the analysis of the legislation, bidding documents from the Federal Government and the Federal District, as well as CADE and TCU decisions, it was possible to identify four (4) points in which the transparency regime in the bidding is in disagreement with the parameters recommended by the OECD: a) confidentiality of the estimated budget; b) the identity of the bidders and its commercially sensitive information; c) the form of submission of proposals; d) and access to elements of the internal phase. In the end, it moves to change the procurement regime, in order to make it more pro-competitive.

**Keywords:** Government procurement, bidding, transparency, auction theory, cartels, OECD, collusion, modeling.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CF/1988	Constituição Federal de 1988
CGU	Controladoria-Geral da União
CNPJ	Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica
EC	Emenda Constitucional
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
PAC	Programa de Aceleração do Crescimento
PIB	Produto Interno Bruto
PL	Projeto de Lei
RDC	Regime Diferenciado de Contratações
SDE	Secretaria de Direito Econômico
SICRO	Sistema de Custos Referenciais de Obras Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da
SINAPI	Construção Civil
SUS	Sistema Único de Saúde
TCU	Tribunal de Contas da União

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>7</b>
<b>1 AS COMPRAS PÚBLICAS E O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE</b> .....	<b>10</b>
1.1 INTRODUÇÃO .....	10
1.2 PAPEL DAS COMPRAS GOVERNAMENTAIS NO CONTEXTO DA AÇÃO ESTATAL .....	10
1.2.1 COMPRAS GOVERNAMENTAIS COMO ELEMENTOS DE SATISFAÇÃO DAS NECESSIDADES INSTRUMENTAIS DO ESTADO .....	10
1.2.2 COMPRAS GOVERNAMENTAIS COMO ELEMENTO DE POLÍTICA ECONÔMICA .....	11
1.2.3 COMPRAS GOVERNAMENTAIS COMO ELEMENTO DE REGULAÇÃO SETORIAL .....	12
1.3 O SISTEMA DE AQUISIÇÕES GOVERNAMENTAIS BRASILEIRO .....	13
1.3.1 REGIME GERAL (LEI Nº 8.666/1993) .....	13
1.3.2 PREGÃO (LEI Nº 10.520/2002) .....	14
1.3.3 REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES – RDC (LEI Nº 12.462/2011) .....	16
1.3.4 ESTATUTO JURÍDICO DAS ESTATAIS (LEI Nº 13.303/2016) .....	17
1.4 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E SUA APLICAÇÃO NAS LICITAÇÕES .....	18
1.4.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A TRANSPARÊNCIA .....	18
1.4.2 TRANSPARÊNCIA GOVERNAMENTAL .....	20
1.4.3 TRANSPARÊNCIA NAS LICITAÇÕES .....	21
1.5 CONCLUSÕES .....	22
<b>2 O PAPEL DA INFORMAÇÃO NA ECONOMIA DOS CARTÉIS</b> .....	<b>23</b>
2.1 INTRODUÇÃO .....	23
2.2 O FUNCIONAMENTO DOS CARTÉIS .....	23
2.3 OS CARTÉIS NA ÓRBITA GOVERNAMENTAL, SEUS DANOS E A IMPORTÂNCIA DO COMBATE .....	27
2.4 TRANSPARÊNCIA COMO ELEMENTO DE REFORÇO AOS CARTÉIS E DIRETRIZES DA OCDE PARA OS PROCESSOS DE COMPRA PÚBLICA .....	32
2.4.1 TRANSPARÊNCIA NO PROCESSO DE COMPRA GOVERNAMENTAL E O SEU PAPEL NA FORMATAÇÃO DE CARTÉIS .....	33
2.4.2 CONCILIAÇÃO ENTRE TRANSPARÊNCIA E COMBATE A CARTÉIS MEDIANTE A MODELAGEM DOS PROCESSOS DE COMPRA .....	35
2.5 CONCLUSÕES .....	37

<b>3 DELIMITAÇÃO E TESTE DA HIPÓTESE: AVALIAÇÃO DOS CRITÉRIOS DE TRANSPARÊNCIA NAS COMPRAS GOVERNAMENTAIS</b> .....	<b>39</b>
3.1 A HIPÓTESE.....	39
3.2 COLETA DE ELEMENTOS PARA TESTE DA HIPÓTESE.....	39
3.2.1 DEFINIÇÃO DOS ELEMENTOS LEGAIS DE TRANSPARÊNCIA E EXAME DE SUA ADEQUAÇÃO A UMA PROPOSTA PRÓ-COMPETITIVA DE LICITAÇÃO .....	39
3.2.2 ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS DO CADE E TCU .....	40
<b>4 RESULTADO DO APURAÇÃO: ANÁLISE DAS 4 (QUATRO) PERSPECTIVAS DA TRANSPARÊNCIA NAS LICITAÇÕES</b> .....	<b>42</b>
4.1 INTRODUÇÃO .....	42
4.2 PONTOS CRÍTICOS DO REGIME DE TRANSPARÊNCIA NAS COMPRAS GOVERNAMENTAIS .....	42
4.2.1 SIGILO DO ORÇAMENTO ESTIMATIVO.....	43
4.2.2 IDENTIDADE DOS LICITANTES E INFORMAÇÕES COMERCIALMENTE SENSÍVEIS .	49
4.2.3 FORMA DE APRESENTAÇÃO DAS PROPOSTAS .....	53
4.2.4 ACESSO A ELEMENTOS DA FASE INTERNA .....	58
4.3 CONCLUSÕES.....	63
<b>5 PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO: REMODELAGEM DO PROCESSO DE AQUISIÇÃO</b> .....	<b>64</b>
5.1 INTRODUÇÃO .....	64
5.2 SIGILO DO ORÇAMENTO ESTIMATIVO .....	64
5.3 PRESERVAÇÃO DA IDENTIDADE DOS LICITANTE .....	66
5.4 FORMA DE APRESENTAÇÃO DAS PROPOSTA.....	67
5.5 PUBLICIDADE DOS ELEMENTOS DA FASE INTERNA DO CERTAME ....	68
5.6 CONCLUSÕES.....	68
<b>6 CONCLUSÃO FINAL</b> .....	<b>69</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>72</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema a política antitruste no contexto da modelagem dos processos de compras governamentais. Mais especificamente, a pesquisa investigará se os critérios de transparência utilizados nas aquisições públicas estão em (des)acordo com os parâmetros recomendados pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) para a formulação procedimentos licitatórios mais competitivos.

Conforme evidenciado a partir da literatura, níveis inadequados de transparência são um dos elementos mais relevantes para fomentar a colusão<sup>1</sup> entre empresas concorrentes em determinado processo de compra, facilitando a formação de cartéis em licitações governamentais. Nesse contexto, eis a hipótese de pesquisa: dado o relevante grau de cartelização nas licitações nacionais – conforme será exposto, estimam-se prejuízos significativos –, a modelagem do nível de transparência nas aquisições brasileiras pode não estar levando em consideração as diretrizes para o fomento de certames competitivos recomendadas pela OCDE.

O trabalho parte da premissa de que a licitação pública é, na sua essência, um leilão, capaz de ser planejada no sentido de produzir efeitos previamente objetivados a partir de uma modelagem escolhida pelo leiloeiro. A teoria dos leilões possui estudos sobre o desenho dos processos de compras no intuito de desestimular o acordo colusivo entre os participantes. O uso de leilões complexos vem sendo amplo não só nas compras governamentais; estão cada vez mais comuns em grandes projetos públicos diversos da simples aquisição<sup>2</sup>. É o caso de leilões para a concessão de faixas de frequência em telecomunicações<sup>3</sup>, vendas de títulos públicos<sup>4</sup>,

---

<sup>1</sup> Colusão é uma expressão que deriva do latim “colusio”, significando um “acordo fraudulento em prejuízo de terceiros” (Aulete) – definição perfeitamente compatível para se referir ao acordo firmado entre cartéis.

<sup>2</sup> KLEMPERER, Paul. What Really Matters in Auction Design. **Journal Of Economic Perspectives**, [s.l.], v. 16, n. 1, p.169-189, winter 2002. p. 169.

<sup>3</sup> KLEMPERER, Paul. **Auctions**: theory and practice. [S.l.]. The Toulouse Lectures in Economics, 2004.

<sup>4</sup> CAPRA, Mónica C.. Subastas de títulos públicos en Bolivia. **Revista de Análisis**, [s.l.], v. 2, n. 2, p.121-155, 11 dez. 2012. [s.l.]. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/123456789/99>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

concessões de infraestrutura<sup>5</sup>. Portanto, há um amplo espaço o desenho de licitações públicas de modo reduzir os incentivos à constituição de cartéis.

A literatura e a OCDE possuem estudos sobre o direcionamento dos processos de compra governamental de modo a prevenir acordos colusivos. Diversas são as possibilidades reconhecidas, envolvendo, p. ex.: a) a sistemática de lances – ascendentes ou descendentes; b) o preço de adjudicação – primeiro preço ou segundo preço; c) valores de referência mínimos; d) a possibilidade (ou não) de subcontratação etc. Dentro do cardápio de opções disponíveis, a escolha da modelagem adequada é reconhecida como relevante instrumento de combate a cartéis nessa espécie de procedimento.

Este estudo envolve tal temática, sob um recorte específico: a modelagem da *transparência* como instrumento para tornar mais competitivo o processo de compra. A escolha dessa perspectiva tem em conta a tônica ampliada dada aos deveres de publicidade da Administração Pública. Prevalcem os estudos e opiniões defensores do incremento da transparência como elemento favorável ao controle e combate de desvios. A sugestão corrente se direciona ao entendimento de que, quanto mais transparência, melhor – o foco costuma a ser voltado para os consectários benéficos da publicidade. Não se nega que, em grande medida, diversas dessas vantagens são verdadeiras.

Sem embargo, a literatura internacional e a OCDE também possuem trabalhos na perspectiva contrária a essa premissa, quando a questão envolve especificamente a formação de cartéis em licitações. Nesse âmbito, já se identificou que um inadequado grau de publicidade pode favorecer acordos espúrios de divisão de mercados e sobrepreço, capazes de causar ineficiências econômicas e graves prejuízos ao Erário. Apesar do sigilo na Administração Pública ser possível, costuma a não ser bem recebido pelo público; a hipótese deste Estudo analisará como a redução da publicidade, quando na medida adequada, pode aprimorar a qualidade do processo de compra – uma forma de utilizar licitamente o sigilo em benefício da Administração.

A hipótese de pesquisa – a Administração Pública vem adotando inadequadas práticas quanto à transparência e ao sigilo de informações nos seus

---

<sup>5</sup> BONIFAZ F., J. L. Concesiones de infraestructura en el Perú: recomendaciones a la luz de la teoría de subastas. **Apuntes**. Revista de ciencias sociales, n. 44, p. 3-21, 5 nov. 1999.

processos de compras, em descompasso com as recomendações da OCDE – foi testada da seguinte maneira: foram analisados dispositivos normativos, bem como manifestações do TCU e do CADE<sup>6</sup>, tendo em conta as recomendações da mencionada Organização. Os pontos de exame envolveram as regras administrativas relacionadas à transparência apontadas pela OCDE como relevantes para a competitividade<sup>7</sup>.

Por fim, uma vez mapeada a formatação da transparência nos processos de compra nacionais, bem como sua compatibilidade ou dissonância com as diretrizes da OCDE, passar-se-á para a última fase: construção de uma proposta de encaminhamento, na forma de alteração legislativa, e recomendações para a melhoria de práticas administrativas, caso a mudança esteja no âmbito da margem de conformação do gestor.

---

<sup>6</sup> O CADE e o TCU são instituições com escopo de atuação diverso: o primeiro tem por objetivo principal a defesa da concorrência; o segundo, o gasto público e a moralidade administrativa. O TCU acaba, em alguma medida, lidando com questões concorrenciais, sem embargo, costuma a fazê-lo na medida em que ela é necessária para a fiscalização do uso recursos governamentais. Essa constatação pode levar a compreensões diversas sobre a importância da transparência. O presente trabalho terá em conta essa distinção.

<sup>7</sup> É importante destacar que, com a admissão do Brasil no contexto dos diálogos para admissão do Brasil no Comitê de Concorrência da OCDE em 2017, foi elaborado uma avaliação por pares (*peer review*) da política de combate à concorrência brasileira. Trata-se de relatório concluído em 2019, que acabou não tratando significativamente da transparência no enfoque deste estudo. No *peer review* da OCDE, a transparência foi tratada como elemento operacional para o CADE incrementar a eficácia de sua atuação. As análises relacionadas às compras públicas não tiveram o enfoque sobre o papel da publicidade. Cf. OCDE. OECD Peer Reviews of Competition Law and Policy: Brazil. Paris: OECD Publishing, 2019.

## 1 AS COMPRAS PÚBLICAS E O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

### 1.1 INTRODUÇÃO

Antes de adentrar no objeto deste trabalho, é relevante lançar considerações gerais sobre o papel das compras governamentais no funcionamento do Estado, sobre os diversos procedimentos existentes para a sua operacionalização no Brasil e como a transparência governamental funciona nesse contexto. Quanto ao primeiro ponto, serão expostas as 3 (três) principais funções atribuídas pela literatura às aquisições estatais: a) instrumental; b) intervenção econômica; c) regulatória. Essas funções podem ser esvaziadas ou prejudicadas quando o mercado alvo da compra for objeto de cartelização. Já a abordagem dos regimes de licitações tem por objetivo situar normativamente o leitor quanto aos diversos diplomas aplicáveis às compras. E, a partir daí, os princípios da publicidade e da transparência serão evidenciados tendo por perspectiva o seu assento constitucional, bem como a sua aplicação mais específica no campo das licitações públicas.

### 1.2 PAPEL DAS COMPRAS GOVERNAMENTAIS NO CONTEXTO DA AÇÃO ESTATAL

A literatura identifica um plexo de funções para as compras governamentais. Essas funções são distinguidas em: a) *primárias* – satisfação da necessidade imediata objeto da compra – e; b) *secundárias* – a produção de um efeito subjacente à aquisição principal. Essa múltipla funcionalidade é possível pela alta relevância das compras governamentais na produção da riqueza nacional. Para contextualizar o ponto, enquadraremos essas funções em 3 (três) grupos (o primeiro, referente à função primária; os demais, à função secundária), detalhados nos tópicos seguintes.

#### 1.2.1 COMPRAS GOVERNAMENTAIS COMO ELEMENTOS DE SATISFAÇÃO DAS NECESSIDADES INSTRUMENTAIS DO ESTADO

A função primária das compras governamentais é servir de instrumento para a aquisição de insumos (materiais e serviços) essenciais à consecução das próprias funções do Estado. A compra pública é o ambiente por meio do qual o

governo concretiza o emprego do gasto estatal estipulado numa decisão fundamental anterior (a definição orçamentária de prioridades e emprego de recursos sociais). Nesse contexto, a licitação possui a função de ferramenta de trabalho (*working tool*) para a implementação das funções governamentais<sup>8</sup>, como uma atividade-meio ou instrumental<sup>9</sup>.

Na essência, a função instrumental da compra pública é semelhante à aquisição realizada no contexto produtivo privado: munir o adquirente de insumos para a consecução de suas finalidades pessoais ou institucionais. Nada obstante, ambas são sujeitas a regimes jurídicos distintos, decorrentes das particularidades próprias do paradigma gerencial do trato com recursos envolvidos: nas aquisições privadas, os agentes podem negociar da forma mais adequada a seus interesses, desde que não violem alguma lei proibitiva. Nas aquisições governamentais, uma vez que se compra em nome de ente representativo de uma coletividade indeterminada (o Estado), o agente somente é autorizado a atuar na forma como disciplinado por essa vontade coletiva – traduzida na lei<sup>10</sup>.

Para a consecução da finalidade delimitada pela vontade coletiva, a própria lei estipula um procedimento específico cogente para a aquisição governamental. O escopo dessa especialização é contemplar princípios eleitos pelo legislador como necessários para o trato com a coisa pública – legalidade, impessoalidade etc. Dentre tais princípios temos a publicidade, objeto deste estudo.

### 1.2.2 COMPRAS GOVERNAMENTAIS COMO ELEMENTO DE POLÍTICA ECONÔMICA

A utilização das compras governamentais como instrumento para a obtenção de insumos é a sua função precípua, direta e mais evidente. Sem embargo, uma vez que o poder de compra governamental é proporcionalmente relevante na perspectiva do volume da riqueza nacional, ele passou a ser utilizado também como meio para viabilizar políticas macro e microeconômicas do Estado. Aqui, o governo, consciente de sua capacidade de moldar o próprio mercado por meio de suas

---

<sup>8</sup> GRAELLS, Albert Sánchez. **Public procurement and the EU competition rules**. 2. ed. Oxford: Hart Publishing, 2015. p. 52.

<sup>9</sup> FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**, 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. pp. 19.

<sup>10</sup> FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**, 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. pp. 19-20.

aquisições, utiliza o seu poder de compra para influenciar comportamentos e estimular o crescimento econômico setorial<sup>11</sup>.

Nesse contexto, o gasto público via aquisições é útil à: a) política macroeconômica de curto prazo, para nutrir a demanda mercadológica por produtos e serviços e, com isso, manter empregos em cenários de crise; b) incentivar a inovação, atuando no campo da demanda, por exemplo, inserindo novas tecnologias como requisitos do termo de referência ou condicionando a aquisição à transferência de tecnologia<sup>12</sup>; c) incentivar pequenas e médias empresas, por exemplo, reservando-lhes cotas e traçando regimes simplificados de participação nos certames; d) fomentar a proteção ambiental<sup>13</sup>; dentre outras abordagens.

### 1.2.3 COMPRAS GOVERNAMENTAIS COMO ELEMENTO DE REGULAÇÃO SETORIAL

As compras governamentais podem, em muitos casos, se confundirem com um próprio segmento econômico, em especial, quando há uma participação relevante ou exclusiva do comprador estatal na proporção dos negócios envolvidos no segmento. Em indústrias como a de defesa<sup>14</sup> ou de vacinas<sup>15</sup>, o comprador governamental responde por mais de 90% (noventa por cento) das operações – isto é, o Estado figura tipicamente como um monopsonio. Nesse cenário, as empresas tenderão a modelar o produto ou serviço de modo a atender às necessidades do adquirente governamental; caso contrário, correm o risco de não terem mercado substancial para a venda. Por conseguinte, o regime jurídico da licitação e a forma

<sup>11</sup> GRAELLS, Albert Sánchez. **Public procurement and the EU competition rules**. 2. ed. Oxford: Hart Publishing, 2015. p. 53.

<sup>12</sup> OCDE. **Public Procurement for Innovation: Good Practices and Strategies**. Paris: OCDE Publishing, 2017. DOI: <https://doi.org/10.1787/9789264265820-en>.

<sup>13</sup> BOLTON, Phoebe. Protecting the environment through public procurement: The case of South Africa. **Natural Resources Forum**, [s.l.], v. 32, n. 1, p.1-10, fev. 2008. Wiley.

<sup>14</sup> BINDRA, Amit. The Application of Antitrust Logic to Military Procurement Policies Would Enhance America's National Security. **DePaul Business And Commercial Law Journal**, [s. L.], v. 10, n. 3, p.405-438, spring 2012. Disponível em: <<https://via.library.depaul.edu/bclj/vol10/iss3/4>>. Acesso em: 06 out. 2019.

<sup>15</sup> No Brasil, mais de 95% do setor de vacinas é movimentado pelo Estado. Mesmo nos Estados Unidos, com um mercado privado no setor de saúde relativamente mais desenvolvido, a posição monopsonica estatal não é ignorada: só o governo federal americano responde por 57% das aquisições de vacinas pediátricas. Cf. GADELHA, Carlos Augusto Grabois et al. The health care economic-industrial complex: Concepts and general characteristics. **Health**, [s.l.], v. 05, n. 10, p.1607-1621, 2013. Scientific Research Publishing, Inc.; ROBBINS, Matthew J.; JACOBSON, Sheldon H.. Pediatric vaccine procurement policy: The monopsonist's problem. **Omega**, [s.l.], v. 39, n. 6, p.589-597, dez. 2011. Elsevier BV.

como a compra se desenvolve acaba, em última análise, se comportando como uma verdadeira regulamentação setorial<sup>16</sup>.

Apesar da posição de comprador quase exclusivo, em tese, conferir ao governo uma maior resiliência a eventual atuação concertada por empresas, não é possível descartar a existência de prejuízos diretos ou indiretos derivados da formação de cartéis. Afinal, o poder de um monopólio decorre justamente da sua capacidade de reduzir a demanda setorial, e, com isso, forçar uma consequente redução de preços pelos fornecedores<sup>17</sup>. Uma vez que, em grande parte dos casos, as aquisições governamentais se prestam para satisfazer necessidades públicas, o Estado possui uma capacidade limitada de reduzir artificialmente a sua demanda. Sendo assim, mesmo quando é um monopólio, possui limitações ao exercício de poderes de defesa contra cartéis.

Por conseguinte, a cartelização nas compras governamentais em setores relevantes ou exclusivos também acaba tendo reflexo no próprio desempenho do poder regulatório da compra pelo Estado.

### 1.3 O SISTEMA DE AQUISIÇÕES GOVERNAMENTAIS BRASILEIRO

#### 1.3.1 REGIME GERAL (LEI Nº 8.666/1993)

A Lei nº 8.666/1993 foi concebida inicialmente para veicular normas gerais sobre o regime licitatório único determinado na redação original da CF/1988<sup>18</sup>. Antes dela, no âmbito federal, era aplicado o Decreto-Lei nº 2.300/1986. A EC nº 19/1998 permitiu a criação de um regime diferenciado para as empresas estatais, eliminando uma contradição principiológica: apesar de tais entes se submeterem ao regime concorrencial privado, tinham suas compras tratadas da mesma forma que as aquisições governamentais<sup>19</sup>.

Quando editada, a Lei nº 8.666/1993 ostentava a efetiva posição de único diploma geral sobre licitações e contratos administrativos. Sem embargo, tal

---

<sup>16</sup> GRAELLS, Albert Sánchez. **Public procurement and the EU competition rules**. 2. ed. Oxford: Hart Publishing, 2015. p. 56.

<sup>17</sup> HOVENKAMP, *op. cit.*, 2016, p. 18.

<sup>18</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 18. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019 [livro eletrônico].

<sup>19</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 18. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019 [livro eletrônico].

patamar foi gradativamente relativizado por uma série de diplomas subsequentes, que passaram a incorporar procedimentos próprios: a) a Lei nº 8.987/1995, regulando as concessões de serviços públicos; b) a Lei nº 10.520/2002, instituindo a modalidade Pregão; c) a Lei nº 12.232/2010, tratando dos contratos de publicidade; d) Lei nº 12.462/2011, instituindo o RDC; e) a Lei nº 13.303/2016, que regulamenta o regime diferenciado para as empresas estatais. Nada obstante reduzida a abrangência do regime geral, ele ainda mantém sua importância, uma vez que suas normas possuem aplicação subsidiária aos regramentos especiais<sup>20</sup>.

Uma vez que a Lei nº 8.666/1993 segue regulando parcela das licitações não excluída pelos regimes especiais supervenientes, bem como tendo em conta a sua aplicabilidade subsidiária a todos esses regimes, subsiste o interesse de seu estudo. E, na perspectiva da transparência, tal diploma é pródigo em disposições, p. ex.: a) a adoção da publicidade como princípio (art. 3º, *caput*); b) a imposição do caráter não sigiloso e ampla acessibilidade dos atos de seu procedimento (art. 3º, § 3º) – disposição que, conforme será exposto em capítulo mais adiante, não vem sendo respeitada; c) o direito do cidadão a acompanhar o desenvolvimento do certame (art. 4º, *caput*) – só para citar algumas.

### 1.3.2 PREGÃO (LEI Nº 10.520/2002)

O pregão consiste em modalidade licitatória adotada em caráter geral no ano de 2000<sup>21</sup>, para a aquisição de bens ou serviços comuns<sup>22</sup>. Antes, passou por um período de “experimentação” na ANATEL, onde inaugurado pela Resolução nº 005/1998<sup>23</sup>. A sua extensão em caráter geral para a Administração Pública se deu após observada maior economicidade e agilidade do procedimento<sup>24</sup>. O pregão

---

<sup>20</sup> É o que determina, p. ex., o art. 124 da Lei nº 8.666/1993, o art. 9º da Lei nº 10.520/2002, o art. 1º, § 2º, da Lei nº 12.232/2010, art. 39 da Lei nº 12.462/2011 etc.

<sup>21</sup> Inicialmente pela Medida Provisória nº 2.026/2000, convertida na Lei nº 10.520/2002.

<sup>22</sup> Bens e serviços comuns são aqueles disponíveis no mercado, que dispensem intenso trabalho inovativo ou adaptativo para atender às necessidades da Administração Pública. Cf. FURTADO, *op. cit.*, 2015, p. 432

<sup>23</sup> A Lei nº 9.472/1997, no seu art. 2º, permite que a ANATEL adote, por meio de normativo interno, regras próprias para licitações e contratos.

<sup>24</sup> Noticiou-se à época redução de 20% (vinte por cento) e nos preços médios e superior a 70% (setenta por cento) nos prazos (de três meses para vinte dias). Cf. VASCONCELLOS, Pedro Barreto. **Pregão**: nova modalidade de licitação. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 222, p.213-238, out./dez. 2000.

funciona num sistema similar ao leilão holandês<sup>25</sup>, dotado de elementos do leilão inglês, com lances descendentes a partir de um preço formado mediante prévia coleta de propostas cerradas. Nele, a fase de habilitação é posterior à fase de lances, o que aumenta a competitividade, contribui para a redução de preços e diminui a burocracia envolvida.

O pregão foi inicialmente concebido numa estrutura de lances presenciais. Alguns anos depois, o Decreto nº 5.450/2005 regulamentou a execução em plataforma eletrônica, operacionalizada a distância, em sessão pública e pela internet (art. 2º). Cada órgão ou entidade seria responsável pela organização e condução do seu certame, mas o Decreto assegurou o fornecimento do sistema eletrônico pela União Federal<sup>26</sup>. O normativo estipulava o uso preferencial do pregão eletrônico (art. 4º), não significando a possibilidade de escolha do gestor: a jurisprudência do TCU, entende pelo uso obrigatório dessa modalidade eletrônica, salvo nas hipóteses de comprovada e justificada inviabilidade<sup>27</sup>. O Decreto nº 5.450/2005 vigorou por quase 15 (quinze) anos, tendo sido revogado pelo Decreto nº 10.024/2019; todavia, o novel não alterou a essência básica do procedimento.

O leitor notará uma preponderância nas referências à modalidade do pregão. Há uma justificativa: trata-se da modalidade mais utilizada pela Administração Pública. Na União Federal, excluindo-se do cômputo as hipóteses de não realização do certame (p. ex. por dispensas ou inexigibilidades) o pregão é predominante<sup>28</sup>. Nas licitações do Distrito Federal, o emprego é ainda mais intenso: o pregão eletrônico foi utilizado em mais de 90% (noventa por cento) dos certames realizados entre 2010 e

---

<sup>25</sup> NÓBREGA, Marcus. O Regime Diferenciado de Contratação – RDC, negociauction e o orçamento sigiloso. **Revista Digital do MPC**, Curitiba, n. 2, p.96-112, nov. 2015.

<sup>26</sup> O art. 2º, § 5º, determina que os pregões eletrônicos ocorrem “com apoio técnico e operacional da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que atuará como provedor do sistema eletrônico para os órgãos integrantes do Sistema de Serviços Gerais – SISG”.

<sup>27</sup> TCU, *j.* 15 fev. 2017, Acórdão 247/2017 – Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues; TCU, *j.* 15 jun. 2011, Acórdão 1631/2011 – Plenário, Rel. Min. André de Carvalho.

<sup>28</sup> O portal da transparência federal revela a proporção na perspectiva de valor do contrato, nos seguintes anos, considerando as dispensas e inexigibilidades – 2019: 59,82% (até 07.2019); 2018: 34,39%; 2017:19,29%; 2016: 42,81%; 2015: 45,24%. In: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/licitacoes>>. Acesso em 28 jul. 2019. Há uma grande participação das dispensas e inexigibilidades dos Ministério da Saúde, Educação e Defesa no total, o que torna a proporção dos pregões sobre o total menor do que ocorre, por exemplo, no Distrito Federal.

2018<sup>29</sup>. Noutras palavras: analisar a transparência no pregão significa, em substancial medida, buscar compreender a própria realidade do fenômeno em grande parte das licitações nacionais.

A importância do Pregão e a sua obrigatoriedade de uso fez com que, inclusive, destinássemos um ponto específico a aspecto relevante dessa modalidade – a publicidade de informações comercialmente sensíveis no ambiente da sessão eletrônica e na respectiva ata de trabalho.

### 1.3.3 REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES – RDC (LEI Nº 12.462/2011)

No contexto de realização da Copa das Confederações (2013), da Copa do Mundo (2014) e dos Jogos Olímpicos (2016), foi sancionada a Lei nº 12.462/2011, instituindo o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). O objetivo foi conferir maior celeridade às obras de grande vulto e alta complexidade relacionadas a tais eventos; com o passar dos anos, outras ações foram incluídas: a) as obras do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC (art. 1º, IV); b) as obras e serviços de engenharia no Sistema Único de Saúde – SUS (art. 1º, V), nos estabelecimentos penais, nos socioeducativas (art. 1º, VI), de mobilidade urbana e de infraestrutura logística (art. 1º, VIII); c) nas ações de segurança pública (art. 1º, VII), de ciência, de tecnologia e de inovação (art. 1º, X) e; d) nos contratos de locação *build to suit* (art. 1º, IX).

Para tanto, foram incorporadas uma série de inovações nas sistemáticas de formatação do objeto licitando, qualificação dos interessados, remuneração da contratada etc.<sup>30</sup>. A inerente complexidade e relevância das obras do RDC tornam os dispositivos do respectivo diploma instrumento de natural interesse para a investigação acadêmica. Isso é acentuado pela circunstância de que tal procedimento já foi concebido tendo em conta estudos produzidos no âmbito da teoria dos leilões, sobre a modelagem procedimental e sigilo do orçamento estimativo.

---

<sup>29</sup> Conforme dados extraídos do portal da transparência para os anos de 2010 a 2018, o Distrito Federal abriu 3.398 (três mil trezentos e noventa e oito) procedimentos licitatórios. Desses, 3.071 (três mil e setenta e um) foram pregões eletrônicos – um predomínio de mais de 90% (noventa por cento). In: < <http://www.transparencia.df.gov.br/#/licitacoes-contratos/licitacoes>>. Acesso em 28 jul. 2019.

<sup>30</sup> FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**, 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

Explicamos: o RDC impôs o sigilo do orçamento como a regra padrão do procedimento, até o encerramento da licitação; todavia, estabelece hipóteses de publicidade desse orçamento, ou, conforme leitura do TCU, a partir de um juízo discricionário do gestor sobre qual a medida que trará maior vantajosidade na negociação da proposta. Maleabilidade equivalente também ocorreu para o procedimento de formação de lances: a lei não trabalha com um modelo vinculado, pois permite à autoridade responsável combinar propostas abertas, fechadas ou mistas. Ambos os pontos serão detalhados no capítulo 4º deste trabalho.

#### 1.3.4 ESTATUTO JURÍDICO DAS ESTATAIS (LEI Nº 13.303/2016)

O art. 173, § 1º, III, da CF/1988, introduzido pela EC nº 19/1998, permitiu a criação de um regime diferenciado para licitações e contratos firmados pelas empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista). A norma objetivou contemplar a hibridez própria dessas figuras: apesar de inseridas organicamente no Administração Pública, funcionalmente operam segundo o modelo empresarial das empresas privadas. A sua atuação geralmente se dá como agente de mercado, seja desempenhando atividade econômica propriamente dita, seja executando serviços públicos de cunho retributivo<sup>31</sup>.

As empresas estatais devem adotar a modalidade do pregão como a preferencial para a realização de suas aquisições, na forma do art. 32, IV, da Lei nº 13.303/2016<sup>32</sup>. Por isso, todas as considerações realizadas sobre o pregão no presente trabalho, como regra, se aplicarão às empresas regidas por esse estatuto. Também houve a incorporação de 2 (duas) inovações do RDC, quais sejam: a) a regra do orçamento estimativo sigiloso, mas capaz de ser aberto mediante justificativa

---

<sup>31</sup> Sob a perspectiva formal, serviço público é tudo aquilo que a Constituição atribui tal qualidade. Os serviços públicos podem ser de caráter industrial, quando prestados mediante remuneração paga pelo destinatário do serviço. Nesse contexto, são serviços públicos retributivos (ou econômicos), pois podem ser explorados numa perspectiva capitalista paralelamente ao atendimento da necessidade coletiva. Quando nos referimos à atividade econômica propriamente dita, queremos nos referir às iniciativas capitalistas que não são qualificadas legalmente como serviços públicos. Para maiores informações, cf. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010; JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018 [livro eletrônico].

<sup>32</sup> Lei nº 13.303/2016, art. 32: “Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes: (...) IV - adoção preferencial da modalidade de licitação denominada pregão, instituída pela Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, para a aquisição de bens e serviços comuns, assim considerados aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado;”.

idônea (art. 34, *caput*<sup>33</sup>); b) a possibilidade do organizador do certame escolher a forma de apresentação das propostas, com a adoção de modos de disputa fechado (propostas sigilosas) ou aberto (lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes), ou a combinação de ambos<sup>34</sup>.

A Lei das Empresas Estatais foi de inegável relevância na adequação do regime jurídico administrativo às necessidades de entidades que medeiam entre o público e o privado. Todavia, no tocante à transparência das licitações, não houve a inauguração de uma sistemática própria diferenciada: são aplicáveis as diretrizes do Pregão ou do RDC, a depender do tipo de procedimento observado. Nos casos omissos, incide a Lei nº 8.666/1993, na função de diploma geral colmatador. Na essência, para a finalidade deste trabalho, a Lei nº 13.303/2016 se utiliza dos paradigmas dos diplomas antecedentes; por isso, quando fomos tratar da análise específica dos elementos de transparência da legislação fomentadores de cartéis, não destacaremos uma posição específica para o regime do RDC.

## 1.4 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E SUA APLICAÇÃO NAS LICITAÇÕES

### 1.4.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A TRANSPARÊNCIA

Transparência costuma a ser definida como princípio geral, isto é, um estado ideal de coisas, envolvendo a permissão para que o público obtenha a dados e informações relacionadas a estruturas ou operações de determinada entidade – pública ou privada<sup>35</sup>. Dados consistem numa sequência de fatos objetivos sobre eventos, portanto, uma cadeia estruturada de transações<sup>36</sup>. Já a informação envolve

---

<sup>33</sup> Lei nº 13.303/2016, art. 34: “O valor estimado do contrato a ser celebrado pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista será sigiloso, facultando-se à contratante, mediante justificação na fase de preparação prevista no inciso I do art. 51 desta Lei, conferir publicidade ao valor estimado do objeto da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas”.

<sup>34</sup> Lei nº 13.303/2016: “Poderão ser adotados os modos de disputa aberto ou fechado, ou, quando o objeto da licitação puder ser parcelado, a combinação de ambos, observado o disposto no inciso III do art. 32 desta Lei. § 1º No modo de disputa aberto, os licitantes apresentarão lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes, conforme o critério de julgamento adotado. § 2º No modo de disputa fechado, as propostas apresentadas pelos licitantes serão sigilosas até a data e a hora designadas para que sejam divulgadas”.

<sup>35</sup> ETZIONI, Amitai. Is Transparency the Best Disinfectant? **Journal Of Political Philosophy**, [s.l.], v. 18, n. 4, p.389-404, 14 mar. 2010. Wiley.

<sup>36</sup> DAVENPORT, Thomas H.; PRUSAK, Laurence. **Working Knowledge: How Organizations Manage What They Know**. [s.l.]: Harvard Business School, 1998. p. 2.

a formatação de um dado, sobre o qual é feito um juízo de valor com o objetivo de causar impacto no julgamento do recipiente ou em seu comportamento<sup>37</sup>. A utilidade isolada da informação não processada e, principalmente, do dado, é reduzida: dificilmente se poderá extrair uma conclusão pela singela análise, p. ex., da quantidade de competidores numa licitação, ou de um certo preço de adjudicação<sup>38</sup>.

Um alto nível de abertura de dados e informações não necessariamente implica em melhoria no juízo de valor sobre dada realidade. A maior partes das pessoas com acesso a dados ou informações não possuem meios hábeis para conferir-lhe utilidade, *i. e.*, para transformá-los conhecimento. Noutra banda, pequenos grupos segmentados podem se planejar de modo a criar uma espécie de organização apta ao processamento desses dados e informações. A nível de sociedade civil, trata-se de papel comumente desempenhado por empresas, sindicatos e associações. Assim, a informação passa a ser útil, mas para um grupo reduzido de pessoas e para as finalidades por elas patrocinadas. Contudo, o maior nível de transparência não necessariamente gera um maior nível de conhecimento coletivo.

Os debates sobre o tema da transparência não são exclusivos da gestão pública ou privada. Está presente também no campo de outras ciências humanas. Na filosofia, Han critica a exigência intensa de transparência na sociedade atual, classificando-a como “fetichismo totalizante”<sup>39</sup>. Para o autor, a abundância de informações não é elemento conducente de decisões mais acertadas, pelo contrário<sup>40</sup>. A análise do filósofo tem por enfoque a perspectiva do dilema do ser humano como um ente demandante de intimidade, diante de uma sociedade de hipervisibilidade. Nas finanças, Taleb atribui ao excesso de informação uma piora na capacidade decisória de investidores<sup>41</sup>. Para Etzioni (2010) mais informações não provocam maior nível de processamento delas pelas pessoas; se o custo econômico desse processamento (p.

---

<sup>37</sup> DAVENPORT, Thomas H.; PRUSAK, *op. cit.*, 1998, p. 3.

<sup>38</sup> Davenport e Prusak (1998, pp. 05-07) explicam que dados e informações diferem de *conhecimento*, cuja definição é complexa, mas que, em síntese, pode ser entendido como um nível estruturado de processamento de informações.

<sup>39</sup> HAN, Byung-Chul. **Sociedade da transparência**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017 (Edição Kindle). Posição 37 de 1122.

<sup>40</sup> HAN, Byung-Chul, *op. cit.*, posição 98 de 1122.

<sup>41</sup> TALEB, Nassim Nicholas. **A lógica do cisne negro: o impacto do altamente improvável**. 9. ed. Rio de Janeiro: Best Seller, 2015 (Edição eletrônica).

ex., em tempo de leitura e estruturação em conhecimento) for maior do que os benefícios, os recipientes simplesmente deixam de considerá-la<sup>42</sup>.

#### 1.4.2 TRANSPARÊNCIA GOVERNAMENTAL

Na perspectiva governamental, a literatura administrativista tradicional situa a publicidade como um princípio fundante da administração pública. Geralmente o faz tendo em conta 3 (três) perspectivas: a) da *eficácia dos atos administrativos*, ou seja, a divulgação como requisito formal para a produção dos respectivos efeitos; b) do *direito de certidão*, referente à obtenção de informações relacionadas à defesa de direitos e esclarecimentos de acontecimentos administrativos; c) do *controle administrativo*, permitindo o conhecimento da conduta dos agentes internos. Nessas perspectivas, a transparência, ao mesmo tempo que funciona como requisito procedimental da atuação administrativa, também é um direito do administrado – sejam como indivíduo (perspectiva pessoal), seja como cidadão (relação indivíduo-estado)<sup>43</sup>.

Apesar desses preceitos básicos de transparência terem se mantido relativamente constantes ao longo do tempo, nas últimas décadas, houve uma ampliação da exteriorização dessa transparência. Na CF/1988, ela foi materializada como direito fundamental genérico à informação (art. 5.º, XXXIII), princípio geral administrativo (art. 37, *caput*), direito de acesso a registros como elemento de participação do usuário na administração pública (art. 37, § 3.º, II) e acesso a documentos do patrimônio cultural brasileiro (art. 216, § 2.º, da CF/1988). No nível infraconstitucional, costuma a ser aludida em diversos diplomas legais, mas ganhou contornos reforçados com a edição de legislação específica tratando do amplo acesso à informação – a Lei nº 12.527/2011.

O debate da publicidade sob a perspectiva positiva (ampliação do acesso à informação) é deveras mais desenvolvido do que na sua perspectiva negativa (redução para preservar situações de sigilo consideradas relevantes).

---

<sup>42</sup> ETZIONI, Amitai, *op. cit.*, 2010. p. 399

<sup>43</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 96; SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio da publicidade administrativa (Direito de certidão, vista e intimação). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 199, p. 97-110, jan. 1995. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46491/46698>>. Acesso em: 19 abr. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v199.1995.46491>.

Especificamente no tocante às licitações públicas, a literatura especializada reconhece que a contratação pode envolver questões sigilosas; contudo, a sua imposição depende de processo de fundamentação<sup>44</sup>. Por sigilo, não se deve entender que a informação nunca virá a público: o próprio art. 4º da Lei 12.527/2011 é expresso, ao definir informação sigilosa como sendo aquela “submetida temporariamente à restrição de acesso público”.

#### 1.4.3 TRANSPARÊNCIA NAS LICITAÇÕES

A transparência – sob a denominação de publicidade – é explicitamente adotada como princípio regente das licitações, conforme consta no art. 3º da Lei nº 8.666/1993. A primeira faceta desse princípio consubstancia-se na pretensão de dotar o processo licitatório de um conteúdo de participação democrática, de modo a permitir que informações de interesse coletivo relacionadas à compra venham a público. Inclusive, para o fim de facilitar a verificação da regularidade dos atos praticados pelos envolvidos. Outra perspectiva é a publicidade como meio de garantir amplo acesso de interessados ao certame, ampliando a competitividade<sup>45</sup>.

Tradicionalmente a questão da transparência nas licitações foi visualizada sobre a perspectiva da *accountability* com a coisa governamental. O sigilo nos certames, como preceito geral, somente seria admitido quando justificado pelo interesse público. Em nível procedimental mais concreto, o sigilo das propostas, até à sua abertura (art. 3º, § 3º, da Lei nº 8.666/1993), é a evidência mais relevante de que a gradação da publicidade poderia ser utilizada como elemento para maior eficiência do certame. Também há a proibição de critério ou fator sigiloso como critério de julgamento das propostas (art. 44, § 1º, da Lei nº 8.666/1993).

Todavia, apesar de existência concomitante de hipóteses de sigilo e publicidade na Lei nº 8.666/1993, tal regulamentação não foi pensada na modulação de um processo de compra mais eficiente contra conluíus entre empresas. O Pregão (Lei nº 10.520/2002), também não evoluiu muito na perspectiva de uma consciente e deliberada modelação da transparência. Essa perspectiva começou a ganhar relevo

---

<sup>44</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014 [livro eletrônico].

<sup>45</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 18. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019 [livro eletrônico].

mundial a partir de estudos realizados no contexto da teoria dos leilões, na década de 1990, com especial participação da OCDE. A adoção mais evidente e propositada da gradação da transparência como elemento de bloqueio da atividade colusiva nas aquisições governamentais ocorreu com o RDC (Lei nº 12.462/2011).

Em capítulo próprio, o trabalho abordará mais concretamente como tais diplomas interagem com a transparência na perspectiva de coibir efeitos acordos anticoncorrenciais entre os interessados no certame.

## 1.5 CONCLUSÕES

É inegável a importância social das compras governamentais, seja tendo em conta a sua função primária, seja a secundária. Por isso, garantir a correta funcionalidade e eficácia dos objetivos pretendidos com o processo de compra é fundamental para a consecução de diversas políticas governamentais. Isso inclui bloquear eventual ação de cartéis. Há um regime jurídico complexo erigido no Brasil, fundado em diversas leis, que incorporam uma série de princípios informativos para as compras públicas. Dentre esses princípios, há uma obrigação vinculante de ampla transparência e publicidade, compreendida geralmente num contexto de reação à um cenário de reduzida publicidade no qual nosso país viveu durante décadas.

Não raro, tal realidade muitas vezes cria um plexo de medidas de transparência que, no contexto das licitações, acaba por tornar públicas, de forma não criteriosa, informações capazes de serem utilizadas nas ações de cartéis em licitações. É nesse contexto que o funcionamento dos cartéis, a necessidade de seu combate e o papel da informação na resiliência de acordos anticompetitivos serão temas abordados nos tópicos seguintes.

## 2 O PAPEL DA INFORMAÇÃO NA ECONOMIA DOS CARTÉIS

### 2.1 INTRODUÇÃO

O presente capítulo tratará de elementos gerais de direito e economia relacionados ao funcionamento dos cartéis, a sua representatividade no contexto da produção da riqueza dos países e, mais especificamente, nas compras governamentais. Também será examinado como o fluxo informacional é elemento relevante para o funcionamento e resiliência de acordos comerciais espúrios. Tal circunstância torna-se ainda mais relevante tendo em consideração que um dos principais alvos dos cartéis é o Poder Público, o qual, conforme ressaltado no capítulo anterior, possui um conjunto de obrigações legais relacionadas à publicidade ou transparência – isto é, de tornar abertas informações sobre o funcionamento de suas aquisições, que, em diversos enforques, pode ser útil para agentes em conluio.

Por isso, a dosimetria da publicidade em licitações já foi objeto de estudo pela literatura e é uma das pautas correntes da OCDE. Tais pontos serão abordados nos tópicos seguintes.

### 2.2 O FUNCIONAMENTO DOS CARTÉIS

Os cartéis são acordos por meio dos quais competidores ajustam sua produção e preço, com o objetivo de maximizar as taxas de retorno da operação empresarial, tendo por escopo a lucratividade do agente monopolista<sup>46</sup>. Apesar de, teoricamente, a maximização dos lucros pretendida pelos membros cartel ser equivalente à maximização do agente econômico único, cartéis e monopólios apresentam essências distintas. Diferem basicamente nos seguintes elementos: a) cartéis são aptos a serem criados mais facilmente; b) cartéis são substancialmente mais frágeis que monopólios; c) cartéis são socialmente mais danosos do que os monopólios<sup>47</sup>. Cada um desses pontos será brevemente explicado a seguir.

Por um simples acordo de vontades, que geralmente sequer chega a ser formalizado, o cartel pode ser criado num espaço de tempo extremamente curto – basta que seus participantes cheguem a um consenso sobre preços ou divisão do

---

<sup>46</sup> HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy**: The law of competition and its practice [versão Kindle]. 5. Ed. St. Paul, MN: West Academic Publishing, 2016. p. 191.

<sup>47</sup> HOVENKAMP, *op. cit.*

mercado. Isso geralmente não ocorre no monopólio: a estruturação de dominância de mercado por uma empresa geralmente leva anos de desenvolvimento. Para que o monopólio seja alcançado, os concorrentes têm que ser superados pelo futuro monopolista: podem ser anos de fusões e aquisições, desenvolvimento de pesquisas para a obtenção de produtos exclusivos (p. ex., protegidos por patentes), seguido uso de estratégias de *marketing* na criação de marcas aderentes etc.<sup>48</sup> até que se alcance o monopólio.

A facilidade comparativa na criação dos cartéis culmina em uma segunda consequência: tal tipo de ajuste também apresenta maiores fragilidades do que o agente monopolista<sup>49</sup>. De fato, a vulnerabilidade e a efemeridade são características desse ajuste, se traduzindo em um baixo grau de estabilidade e temporalidade<sup>50</sup>. A literatura aponta algumas justificativas para essa constatação. A primeira delas reside na inerente conflitividade: os interesses individuais de cada um dos membros do cartel não são idênticos aos interesses do cartel como um todo. É próprio da estrutura do cartel que o resultado da implementação da estratégia seja o surgimento de incentivos à traição. Isso ocorre porque cada integrante pode aumentar seu lucro no curto prazo ao se desviar do acordo.

Explique-se: o novo equilíbrio provocado pelo ajuste mercadológico passa a servir de estímulo para que os membros secretamente realizem vendas adicionais, por preços menores ao cartelizado, mas ainda acima do custo marginal<sup>51</sup>. Apesar dessa estratégia ser prejudicial ao cartel, pois não mais haverá a venda coordenada a preços teoricamente monopolistas, o agente que realizou as operações isoladas terá um ganho superior ao que teria caso tivesse se mantido fiel ao acordo. A redução na margem de lucro pela venda a preço menor do que o ajustado será compensada (ou até mesmo superada) pelo excedente gerado pelo aumento das

---

<sup>48</sup> HOVENKAMP, *op. cit.* p. 192.

<sup>49</sup> HOVENKAMP, *op. cit.* p. 192.

<sup>50</sup> LEVENSTEIN, Margaret C; SUSLOW, Valerie y. What Determines Cartel Success? **Journal Of Economic Literature**, [s.l.], v. 44, n. 1, p.43-95, fev. 2006. American Economic Association. <http://dx.doi.org/10.1257/002205106776162681>. Levenstein e Suslow, revisitam diversos estudos empíricos sobre a duração de diversos cartéis, apesar de concluírem como tempo médio de vida dos acordos como sendo de 5 (cinco) a 6 (seis) anos, também destacam que as amostras utilizadas apresentam um alto grau de dispersão: muitos cartéis sequer chegam a durar mais de um ano; noutra banda, outros foram capazes de durar décadas.

<sup>51</sup> STIGLER, George J. **A Theory of Oligopoly**. *Journal of Political Economy*, [s.l.], v. 72, n. 1, pp. 44-61. The University of Chicago Press. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1828791>. Acesso em: 02. abr. 2019.

vendas. Esse excesso de ganho virá em detrimento dos demais participantes que não traíram o acordo, os quais acabarão tendo vendas reduzidas, pois a parcela de mercado que lhes foi alocada pelo cartel estaria sendo secretamente apropriada pelo desviante<sup>52</sup>.

A literatura costuma a identificar algumas condições ou desafios para que um cartel possa ser bem-sucedido. Primeiro, devem existir formas de evitar a entrada de empresas alheias ao acordo, no mesmo segmento ou via ameaça com produtos substitutos<sup>53</sup>. Segundo, o cartel deve possuir um *market share* considerável, a ponto que eventuais competidores externos não tenham condições de desafiar as decisões das empresas ajustadas. Terceiro, as empresas devem ser capazes de acordar não só o preço, mas também o nível de produção. Quarto, devem existir métodos para detecção e sancionamento de eventuais desvios do acordo. Quinto, o cartel deve ser capaz de desempenhar sua estratégia na clandestinidade, isto é, sem ser detectado<sup>54</sup>.

Em síntese, o cartel “perfeito” pode ser caracterizado como tendo poucos membros, de equivalente tamanho e eficiência, com produtos homogêneos e cuja produção combinada seja responsável por toda (ou praticamente toda) a demanda do segmento. Os compradores devem ter baixo poder de barganha; para tanto, necessário que sejam numerosos e com aquisições individuais em pequenas quantidades relativas<sup>55</sup>. Quanto mais próximo dessa estrutura, maior a capacidade de resiliência de um cartel, portanto, a maior a expectativa de sua durabilidade.

---

<sup>52</sup> HOVENKAMP, *op. cit.*, p. 195. Levenstein e Suslow (*op. cit.*, 57) discordam da afirmação predominante no sentido de que os cartéis não são estáveis na sua essência. Para as autoras, tais ajustes são diferentes substancialmente de outras organizações econômicas em mercados dinâmicos. Pontuam que, apesar de alguns terem curta duração, existiram cartéis dotados de longas vidas. Nada obstante, apesar de reputar-se relevante os argumentos, o presente trabalho irá partir da premissa de que os cartéis são inerentemente instáveis, que corresponde ao entendimento tradicional. Levenstein e Suslow analisam conjuntamente não só os cartéis puramente ilícitos; mas também lícitos ou mesmo patrocinados pelo Estado. As situações são distintas: os dois últimos casos, por envolverem a tutela governamental em alguma medida, possuem uma sugestiva expectativa de duração maior. Em adição, a ausência de estabilidade do cartel não deve ser entendida de forma absoluta, mas relativa, isto é, comparada ao seu homólogo, o monopólio, cuja resiliência é superior.

<sup>53</sup> Produtos substitutos são aqueles capazes de suplantar determinadas funções buscadas pelo comprador. O grau de substituição é relevante a ponto de determinar teto de preços e nível de demanda. Todas as indústrias, em alguma medida, necessitam lidar com a ameaça de substitutos, que, inclusive, é uma das 5 (cinco) forças competitivas de Porter. Cf. PORTER, Michael E.. **Competitive Advantage: Creating and Sustaining Superior Performance**. New York, NY: Free Press, 1985 (Edição do Kindle). pp. 273.

<sup>54</sup> HOVENKAMP, *op. cit.* p. 192; LEVENSTEIN e SUSLOW, *op. cit.*, p. 44.

<sup>55</sup> HOVENKAMP, *op. cit.*, p. 193.

Segundo a OCDE, a maioria dos cartéis detectados são de caráter doméstico. Apesar de afetarem diversos setores econômicos, o ajuste é proporcionalmente mais comum na indústria da construção civil e seus insumos (cimento, concreto, asfalto etc.), compras de alimentos no atacado, equipamentos elétricos, revenda de derivados de petróleo, serviços em geral – com relevância para os transportes – e compras governamentais<sup>56</sup>. É fácil perceber que tais áreas, se não decorrerem da atividade direta do Estado, costumam a servir de relevantes insumos para o desempenho de políticas públicas. Sob a perspectiva do sobrepreço (ou menor desconto obtido), ele costuma a ser maior na construção civil e nas compras governamentais<sup>57</sup>. Ou seja: não só a maior incidência de cartéis se relaciona com a ação governamental; é nessa seara que ocorrem os maiores danos<sup>58</sup>.

Tecnicamente, há uma distinção entre a simples manipulação das propostas em um processo de compra (*bid-rigging*) do cartel explícito propriamente dito (*hard core cartel*). O primeiro consiste em combinação geralmente de caráter mais episódica, com o desiderato de promover fraudes especificamente em procedimentos de leilão<sup>59</sup>. Já os ajustes na forma de cartéis geralmente são mais abrangentes, envolvendo não só combinação de preços em processos de aquisição, mas divisão de mercados, controle de produção e qualidade de mercadorias. O caráter mais restrito do *bid-rigging* não significa que não se sujeita a potencial reiteração, muito menos que não possa formar acordos mais estáveis, como alianças (*rings*)<sup>60</sup> – contexto que aproxima conceitualmente ambas as formas de fraude.

---

<sup>56</sup> OCDE. **Hard core cartels: recent progress and challenges ahead**, Paris: OCDE Publications, 2003. p. 10.

<sup>57</sup> OCDE. *op. cit.* 2003. p. 10.

<sup>58</sup> Tecnicamente, os prejuízos em cartéis de licitações não são um sobrepreço em si, mas um menor desconto se comparado a um cenário alternativo sem o cartel. Isso porque as compras governamentais passam pela formação de um preço de referência (ou orçamento estimativo). O objetivo é que a compra tenha o maior desconto sobre o preço de referência que assegure a exequibilidade da aquisição. Ainda assim, a expressão sobrepreço (*overcharge*) é amplamente utilizada pela OCDE nos trabalhos que tratam sobre cartéis – em ambientes públicos ou privados. Por isso, a utilizaremos para se referir ao ágio provocado nos preços pelos cartéis, ainda que estejamos nos referindo a compras governamentais.

<sup>59</sup> ASKER, John. A Study of the Internal Organization of a Bidding Cartel. **American Economic Review**, [s.l.], v. 100, n. 3, p.724-762, jun. 2010. American Economic Association. <http://dx.doi.org/10.1257/aer.100.3.724>.

<sup>60</sup> MARSHALL, Robert C..e MARX, Leslie. **The Economics of Collusion: Cartels and Bidding Rings**. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 2012 (Edição do Kindle). pp. 163-164.

### 2.3 OS CARTÉIS NA ÓRBITA GOVERNAMENTAL, SEUS DANOS E A IMPORTÂNCIA DO COMBATE

A formação e a estabilização de posições mercadológicas dominantes ou alianças fraudulentas influencia na forma como se desenvolvem as relações entre o Estado e a economia. A conduta dos governos possui papel fundamental na estabilidade de um cartel. A influência mais nítida costuma ser a que ocorre sob a perspectiva do *enforcement*, isto é, do nível de tolerabilidade e persecução constante na legislação e empreendido pelas autoridades antitruste. Contudo, existem outras maneiras: a mais relevante para o presente trabalho consiste na formatação do marco institucional por meio do qual o Estado desempenha as suas funções, se ele é ou não de viés concentracionista<sup>61</sup>. A forma como o governo define a sua atuação possui um relevante efeito na tomada de decisões pelos agentes econômicos. E, nesse escopo, se há ou não contexto propício para a formação de oligopólios concertados.

Em síntese, observa-se que os cartéis são um ilícito econômico de caráter não estável, que encontra nos processos de aquisição de bens e serviços da administração pública um ambiente propício para a sua formação. Isso mesmo tendo em conta que o Estado é detentor de instrumentos únicos de combate à combinação entre as empresas que lhe fornecem produtos ou serviços. Ainda assim, os danos causados pelos cartéis ao comprador governamental são substanciais, evidenciando a necessidade de medidas adicionais de reformulação dos processos de compras de modo a atenuar a resiliência do acordo. Nesse escopo, o tópico seguinte buscará evidenciar concretamente a capacidade danosa dos cartéis à Administração Pública.

Parcela significativa do orçamento nacional é gasto nas aquisições públicas. No somatório das 3 (três) esferas federativas, todo o mercado de compras públicas representa de 13% a 14,5% do Produto Interno Bruto<sup>62</sup>. No caso brasileiro, só as aquisições da Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobrás) participam do índice com uma

---

<sup>61</sup> Friedman explica que situações monopolísticas (e nesse gênero inclui os cartéis) não só geralmente derivam de condutas governamentais; aqueles frutos da ação estatal também costumam a ser os mais resilientes. Nesse sentido, cf. FRIEDMAN, Milton. **Capitalism and Freedom**. Chicago: University of Chicago Press, 2002. p. 28 (Edição Kindle) e palestra cujo excerto consta no *youtube*, que foi extraído da série documental *Milton Friedman Speaks: Complete 15-Part Lecture Series with Q&As*. A relação umbilical entre a criação de posições dominantes e o governo é reafirmada por Hovenkamp, que pontua ser esse um entendimento geral entre os economistas (*op. cit.*, p. 449).

<sup>62</sup> GARCIA, C. R.; INÁCIO JÚNIOR, E. Mensurando o mercado de compras governamentais brasileiro. **Caderno de Finanças Públicas**, n. 14, Brasília, dez. 2014. pp. 265-257.

média histórica de pouco menos de 5% (cinco por cento) do PIB<sup>63</sup>. Para fins comparativos, as demandas públicas países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE são em média de 12% do PIB<sup>64</sup>, mas com dispersão: enquanto no México as demandas estatais respondem por 5,1% do PIB, na Holanda alcançam 20%.

A alta proporção das compras públicas na geração da riqueza nacional torna desvios de sobrepreço nessa órbita relevantes sob a perspectiva do impacto da colusão na própria despesa pública. Por exemplo, nos anos de 2015, 2016 e 2017 o déficit fiscal circundou a casa dos 2% do PIB<sup>65</sup>. Em 2018, o setor público consolidado registrou déficit de R\$ 120,3,4 bilhões, ou seja, 1,7% do PIB<sup>66</sup>. Nesse escopo, pequenas margens de sobrepreço possuem um papel relevante no controle desse déficit. Um pequeno exercício mental demonstra o ponto: bastaria uma redução de preço de 15% em todos os contratos públicos, para que esse déficit seja totalmente revertido<sup>67</sup>.

O sobrepreço nas aquisições governamentais é ainda mais relevante quando decorre de acordos espúrios firmados por agentes econômicos, no desiderato de criar um contexto anticoncorrencial. A razão: nesses casos, o excedente é pago em benefício de agentes econômicos cujo arranjo mercadológico está formatado de modo que o resultado final não represente uma situação de eficiência econômica. Otimizar o processo de compra é um ditame de qualidade do gasto público e zelo por um Erário que nada mais é do que a soma de esforços pessoais de uma nação; mas não só: ele é relevante para se restaurar a capacidade do mercado operar em modo de eficiência máxima.

Além da sua função imediata, de prover um bem ou serviço necessário à estruturação da atividade administrativa, às compras governamentais também

---

<sup>63</sup> GARCIA, C. R.; INÁCIO JÚNIOR, E., *op. cit.*

<sup>64</sup> OCDE. **Government at a Glance**. OECD Publishing. Paris, p. 282. 2017

<sup>65</sup> De um superávit de 1,4% do PIB em 2013, as contas públicas passaram a uma espiral deficitária a partir de 2014: -0,4% para este ano; -1,9% em 2015, -2,5% em 2016; e -1,9% em 2017. Dados do BCB e Tesouro Nacional. In: <<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/web/stn/-/historico-resultado-do-tesouro-nacional>>. Acesso em 02 nov. 2018.

<sup>66</sup> In: <<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/web/stn/-/historico-resultado-do-tesouro-nacional>>. Acesso em 06 out. 2019.

<sup>67</sup> Raciocínio considerando um cenário de 13% de gasto do PIB em compras públicas (menor apurado no estudo de GARCIA, C. R.; INÁCIO JÚNIOR, E, supracitado), que, multiplicado por 15%, resulta em 1,95%, percentual aproximado do déficit fiscal dos últimos anos. O exemplo é ilustrativo; não se está afirmando a existência desse sobrepreço em caráter geral.

costumam ser atribuídas diversas outras dimensões econômicas. É o caso do uso do poder de compra pelos Estados como: a) instrumento macroeconômico de curto prazo para estimular demanda e moldar comportamentos dos agentes econômicos<sup>68</sup>; b) mecanismo regulatório, especialmente em mercados *exclusivos* e *dependentes*<sup>69</sup>. Por conseguinte, a contratação em preços artificialmente elevados por acordos espúrios afetam a eficácia de políticas macroeconômicas e regulatórias que têm por pressuposto o poder de compra governamental.

O cartel também é um ilícito sancionável na órbita penal: a Lei nº 8.137/1990, ao definir os crimes contra a ordem econômica, expressamente inscreve no art. 4º, incisos I e II, as diversas formas de acordos empresariais para controle de preços, produção ou distribuição<sup>70</sup>. Em compras governamentais o tipo específico consta no art. 90 da Lei nº 8.666/1993<sup>71</sup>. Em se tratando de um ilícito praticado em grupo, geralmente com permanência e reiteração, não raro também há largo espaço para a punição pela formação de quadrilha ou organização criminosa. Nesse escopo, o combate à cartelização nas compras públicas também é uma medida de reafirmar o compromisso nacional da submissão de todos à legislação penal e de combate à criminalidade organizada.

É importante não confundir a colusão de propostas com a corrupção do procedimento de compra. Quando a literatura antitruste utiliza o termo “colusão”, o faz para se referir à relação horizontal (existente entre os competidores), ou vertical (entre

---

<sup>68</sup> GRAELLS, Albert Sánchez. **Public procurement and the EU competition rules**. 2. ed. Oxford: Hart Publishing, 2015. pp. 53-54.

<sup>69</sup> Os mercados de compras governamentais podem ser classificados segundo a importância das licitações com relação ao todo. Nesse contexto, mercados *exclusivos* são aqueles em que a Administração é, na prática, o único comprador de determinado produto ou serviço – as demandas do Poder Público são o próprio mercado. Mercados *dependentes* são aqueles em que, apesar de existir um mercado privado ativo, o comprador governamental ainda é o principal agente econômico. Para maiores informações, inclusive, a classificação completa, cf. GRAELLS, Albert Sánchez. **Public procurement and the EU competition rules**. 2. ed. Oxford: Hart Publishing, 2015. pp. 43-47.

<sup>70</sup> Lei nº 8.137/1990, art. 4º: “Constitui crime contra a ordem econômica: I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas; II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores. Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa”.

<sup>71</sup> Lei nº 8.666/1993, art. 90: “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: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa”.

dois patamares da mesma cadeia produtiva), que ajustam preço, produção ou outra variável competitiva relevante – p. ex., vencedor em uma aquisição governamental. Já o termo “corrupção” costuma a ser reservado ao acerto ilícito no qual há a participação também de agentes governamentais, que utilizam suas prerrogativas para assegurar vantagens a algum competidor – geralmente em troca de um ganho pessoal. Colusão e corrupção podem se verificar no mesmo procedimento<sup>72</sup> e geralmente são reciprocamente reforçadas<sup>73</sup>. Ainda assim, são questões distintas e, por isso, podem envolver soluções que nem sempre são as mesmas e, às vezes, são até mesmo contraditórias<sup>74</sup>.

Não há um dado preciso sobre qual a proporção exata das compras públicas é realizada com algum tipo colusão. Afinal, a clandestinidade é da essência da colusão – empresas componentes de um cartel fazem o possível para que ele não venha ao conhecimento público. O que existe sobre o tema são trabalhos baseados em estimativas, tendo em conta os dados coletados sobre o funcionamento de cartéis já detectados. A nível mundial, o quantitativo de operações envolvendo algum tipo de preço cartelizado é relevante; a margem de sobrepreço também não é desprezível. Há uma alta capacidade dos cartéis infligirem consideráveis danos sociais, inclusive à Administração Pública<sup>75</sup>.

Alguns dados ilustram o ponto: a OCDE estima um sobrepreço médio de 10 a 20% gerado pela atuação dos cartéis, se comparada à aquisição em ambiente competitivo<sup>76</sup>. Connor (2004), em estudo envolvendo 674 (seiscentos e setenta e

---

<sup>72</sup> É o caso do “cartel das mochilas”, no qual, além da divisão de mercado – licitações municipais paulistas de material escolar – pelas empresas envolvidas (colusão), o esquema envolveu o suborno de agentes públicos pelo acesso a elementos sigilosos da fase interna dos certames (corrupção). Cf. CADE, SEI 08700.008612/2012-15, Nota Técnica nº 96/2018/CGAA8/SGA2/SG/CADE.

<sup>73</sup> A colusão costuma a ser mais perene em compras governamentais se estiver suportada por agentes governamentais corruptos. Por isso, comumente cartéis em compras públicas envolvem algum tipo de elemento corruptivo. Agentes públicos cooptados podem facilitar a implementação da estratégia de um cartel e, até mesmo, participar o respectivo sistema punitivo, p. ex., provendo meios de retaliação (via fiscalização e sanções a contratos em curso) ou criando barreiras de entrada artificiais. Cf. LAMBERT, Ariane; SONIN, Konstantin. **Corruption and Collusion in Procurement Tenders**. 2003. Disponível em: <<https://www.nes.ru/files/Preprints-resh/WP36.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2019.

<sup>74</sup> OCDE, *op. cit.*, 2010

<sup>75</sup> A título ilustrativo: no Canadá, a maioria dos casos investigados sobre colusão em leilões envolveu compras governamentais; na França, 40% (quarenta por cento) das multas aplicadas pela autoridade antitruste daquele país (Conseil de la Concurrence) decorrem de infrações nesse contexto. Cf. OCDE. **Policy Roundtables: Public Procurement**. Paris: OCDE Publishing, 2007; OCDE. **Policy Roundtables: Collusion and Corruption in Public Procurement**. Paris: OCDE Publishing, 2010.

<sup>76</sup> OCDE. **Hard core cartels**. Paris: OCDE Publications, 2000. p 12.

quatro) cartéis, identificou que esse sobrepreço seria ainda maior, apontando uma média de 25% (vinte e cinco por cento)<sup>77</sup>. A título de volume financeiro, considerando o período de 1990 a 2014, as vendas realizadas somente no âmbito de cartéis efetivamente descobertos alcançaram, em estimativas conservadoras, US\$ 13.6 trilhões<sup>78</sup>. Apesar de não existirem dados precisos e uniformes, os números são alarmantes.

A OCDE aponta que os cartéis são mais comuns e mais danosos nas aquisições envolvendo o Poder Público, diretamente (o cartel é constituído para atuar especificamente em compras governamentais) ou indiretamente (em setores econômicos com alta participação governamental como comprador, mas cujo cartel não foi criado especificamente para fraudar uma licitação pública)<sup>79</sup>.

Não existem dados robustos para estimar a participação dos cartéis nas compras públicas brasileiras. Sem embargo, há fortes indícios de que o cenário nacional não é destoante da realidade internacional. Ilustra o ponto o fato do maior esquema de corrupção da história do Brasil ter envolvido a formação de um cartel que atuava em licitações da Petrobras<sup>80</sup>. Conforme salientado, só as compras da Petrobrás respondem por 5% (cinco por cento) do PIB nacional e um terço das licitações públicas. E nos certames fraudulentos da empresa, a análise econométrica promovida pelo TCU identificou uma redução de desconto médio de 17% (dezesete por cento), considerando a massa total da amostra utilizada<sup>81</sup>.

Em 2007, a Secretaria de Direito Econômico (SDE) noticiou que cartéis provocariam perdas mínimas de R\$ 40 bilhões por ano (R\$ 77 bilhões em valores

---

<sup>77</sup> CONNOR, John M.. Price-Fixing Overcharges: Legal and Economic Evidence. **SSRN Electronic Journal**, [s.l.], n. 04-05, p.1-104, nov. 2004. Elsevier BV.

<sup>78</sup> CONNOR, John M.. Cartels Costly for Customers. **SSRN Electronic Journal**, [s.l.], p.1-10, 18 jun. 2017. Elsevier BV.

<sup>79</sup> OCDE. **Hard core cartels**: recent progress and challenges ahead, Paris: OCDE Publications, 2003. p. 10.

<sup>80</sup> O esquema em questão se refere à operação “Lava à Jato”, que, até a data do presente estudo (2019), constituiu a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro da história do Brasil. Apesar da ampla abrangência e das diversas fases que evoluiu, teve como um dos objetivos relevantes investigar cartel constituído por empreiteiras para a divisão de contratos relacionados à Diretoria de Abastecimento da Petrobrás. Para mais informações, cf. TCU, *j.* 02 dez. 2015, Acórdão 3089/2015, Rel. Min. Benjamin Zymler, Plenário.

<sup>81</sup> TCU, *j.* 02 dez. 2015, Acórdão 3089/2015, Rel. Min. Benjamin Zymler, Plenário. A análise não é isenta de críticas: uma vez que ela envolve uma regressão, há problema de endogeneidade: o cartel pode não ser a única variável explicativa da diferença de preços entre o grupo de tratamento e o de controle – o que pode provocar um viés nas estimativas. Isso pode potencializar positiva ou negativamente o resultado da projeção.

atualizados<sup>82</sup>). Os dados, definitivamente, não são banais, e sugerem ser provável que o Brasil não destoe da realidade mundial. Portanto, apesar de não existir uma quantificação precisa do impacto dos cartéis em licitações no País, há suficientes indicativos de se tratar de um ilícito relevante. Tal constatação ressalta a importância de se planejar e executar medidas capazes de desestimular a colusão em compras governamentais. Múltiplas são as possibilidades do campo; o presente estudo, analisará a questão sobre a perspectiva da concepção da transparência dos elementos integrantes do processo de compra.

#### 2.4 TRANSPARÊNCIA COMO ELEMENTO DE REFORÇO AOS CARTÉIS E DIRETRIZES DA OCDE PARA OS PROCESSOS DE COMPRA PÚBLICA

Nos tópicos anteriores foram lançadas as linhas gerais sobre o desenvolvimento e o funcionamento dos cartéis. A importância do estudo de seus elementos de resiliência é evidente pelos diversos danos causados por esse tipo de acordo ilícito – que não só se avolumam sob a perspectiva monetária; também possuem graves reflexos no próprio desenvolvimento econômico e na reafirmação do compromisso de combate à criminalidade. O presente tópico tratará de uma faceta específica do arcabouço de resiliência dos cartéis, o nível de transparência – isto é, a facilidade de trânsito das informações relacionadas ao processo de compra como elemento de reforço desse acordo ilícito. A abordagem terá por perspectiva específica as compras governamentais, ao final tratando das diretrizes sobre transparência recomendadas pela OCDE.

---

<sup>82</sup> GALVÃO, Arnaldo. Ação de cartéis provoca prejuízo de R\$ 40 bi por ano em compras públicas. **Valor Econômico**. São Paulo, p. A2. 31 maio 2007. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/478633>>. Acesso em: 10 mar. 2019. Segundo o noticiado, a estimativa para os R\$ 40 bi levou em conta as seguintes premissas: a) margem de sobrepreço “típica” dos cartéis (25% a 40%); b) um terço das compras públicas dependeriam de mercados de elevado grau de concentração. A correção monetária realizada no site <<http://www.drcalc.net>>, utilizando-se o IPCA-E (IBGE), com termo inicial em 31/05/2007 e termo final em 01/02/2019. Apesar do dado ter sido amplamente noticiado em 2007, em pedido por nós realizado para acesso do estudo, via E-SIC, ao Ministério da Justiça, que acabou também sendo redirecionado ao CADE, tais órgãos responderam não lograr êxito em identificá-lo (protocolo nº 08850001038201919. Data da abertura: 10/03/2019. Data da resposta: 26/03/2019).

#### 2.4.1 TRANSPARÊNCIA NO PROCESSO DE COMPRA GOVERNAMENTAL E O SEU PAPEL NA FORMATAÇÃO DE CARTÉIS

A questão do nível de publicidade nas licitações é fundamental sob a perspectiva do antitruste. Um alto grau de transparência nos processos de aquisição pode contribuir para a formação de cartéis<sup>83</sup>. A intensidade de fluxo informacional sobre as negociações – nível de transparência das operações –, tem papel fundamental no processo de resiliência de acordos entre concorrentes. Isso por facilitar o monitoramento da atuação dos membros do acordo em elementos relevantes, como preço e produção. Cartéis capazes de monitorar essas variáveis são substancialmente mais estáveis<sup>84</sup>, pois conseguem: a) detectar traições e, com isso, aplicar punições; b) distinguir uma efetiva traição por seus membros de uma perturbação provocada por elemento externo ao ajuste<sup>85</sup>.

A construção de sistemas para detectar e punir traições, ou mesmo retaliar terceiros que venham a ameaçar o acordo, consiste em elemento fundamental para a eficiência e a duração do cartel. Os acordos de empresas com o intuito controlar preços ou produção atualmente vão de encontro às políticas públicas de incentivo à concorrência. Ou seja, o cumprimento desse tipo de acordo não é apto a ser objeto de pretensão pelos sistemas oficiais de pacificação de conflitos (p. ex., o Poder Judiciário)<sup>86</sup>. Isso reforça a necessidade de construção de microssistemas punitivos internos – às vezes com uso de ríspidas sanções, tão ou mais ilegais do que o próprio ilícito concorrencial<sup>87</sup>.

---

<sup>83</sup> SANCHEZ-GRAELLS, Albert. **The Difficult Balance between Transparency and Competition in Public Procurement: Some Recent Trends in the Case Law of the European Courts and a Look at the New Directives**. University of Leicester School of Law Research Paper 13-11. 2013. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2353005>>. Acesso em: 12 nov. 2013. p. 1.

<sup>84</sup> LEVENSTEIN e SUSLOW, *op cit*, p. 69.

<sup>85</sup> LEVENSTEIN e SUSLOW, *op cit*, p. 48.

<sup>86</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 6. ed. [S. l.]: Addison-wesley, 2016. p. 296. Nos Estados Unidos, os cartéis não eram ilegais antes da edição do Sherman Act em 1890. Na Grã-Bretanha, acordos explícitos eram disseminados na indústria até os anos 1950. Apesar de não serem expressamente ilegais, não eram capazes de gerar pretensões entre seus membros por eventual descumprimento. Cf. SYMEONIDIS, George. **The Effects of Competition: Cartel Policy and the Evolution of Strategy and Structure in British Industry**. London: The Mit Press, 2002. p. 21.

<sup>87</sup> A OCDE exemplifica práticas sancionatórias para eventuais membros desviantes do cartel, como ameaças de uso de concorrência predatória (congelados da Tasmânia, Austrália), criação de instâncias recursais de forma a mimetizar o Poder Judiciário (cabos elétricos, Alemanha), compras compulsórias de mercadorias vendidas por outros membros (ácido cítrico e lisina, EUA e mundial) e até mesmo ações violentas diretas (varejo de pães, Espanha). Cf. OCDE, **Hard core cartels: recent progress and challenges ahead**, Paris: OCDE Publications, 2003. p. 10.

Nesse contexto, a posse da informação sobre a atuação dos concorrentes passa a ter relevo. Por isso, a transparência imposta pela legislação possui um reflexo na facilidade de colusão em mercados governamentais, pois, para os cartéis, pode representar: a) a redução dos custos de trocas de informação entre os interessados; b) facilita o monitoramento dos partícipes, tornando mais viáveis as estratégias de manipulação de propostas<sup>88</sup>. A transparência é relevante no combate à corrupção nos processos de compra, pois permite mais facilmente a fiscalização dos agentes governamentais e dos contratantes. Por isso, ela é desejável; não à toa, conforme já exposto em capítulo anterior, foi erigida a nível de direito fundamental. Porém, ela não garante eficiência da atuação administrativa.

A questão é de grau e temporalidade: níveis inadequados de publicidade quanto a dados e informações podem ter efeitos danosos à própria atividade administrativa; da mesma forma, ainda que o grau da transparência seja adequado, o momento em que esses dados e informações chegam ao público também pode ser inconveniente. Nos processos de aquisição, uma equivocada dosimetria na transparência estimula a adoção de práticas anticompetitivas: o excessivo grau de trânsito informacional sobre elementos do leilão governamental permite maior monitoramento de condutas por empresas rivais, fomentando a adoção de estratégias combinadas pelos interessados<sup>89</sup>.

Em algumas instâncias, o grau de transparência é incompatível com o propósito de assegurar a máxima competitividade nos processos de aquisição. Os pontos problemáticos relacionados a relaxados requisitos de publicidade envolvem, basicamente: a) a disseminação de informações comerciais sensíveis, como as estratégias de precificação e produção de competidores; b) geralmente tornam os processos de compras previsíveis, permitindo o aprendizado de padrões e a redefinição de condutas para que se adequem a esses padrões. Tais fatores facilitam estratégias de lances combinadas, ou até mesmo a formação de estruturas cartelizadas tácitas – que serão abordados mais detalhadamente. A situação é

---

<sup>88</sup> SANCHEZ-GRAELLS, Albert., *op. cit.*, p. 1.

<sup>89</sup> OCDE. **Collusion and Corruption in Public Procurement**. 2010. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/46235884.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2019.

agravada nos mercados de compras públicas, pois costumam a ser altamente concentrados<sup>90</sup>.

Apesar de altos graus de transparência geralmente estarem relacionados a boas práticas administrativas<sup>91</sup>, isso não significa que, quanto maior a publicidade menor será o nível de corrupção ou ineficiência nas licitações. A maior parte das pessoas com acesso a informações governamentais não possui capacidade de processá-las de forma útil. Por isso, a OCDE trabalha a transparência nas aquisições governamentais sob uma perspectiva gradual: ela deve ser adequada e suficiente para uma determinada fase e momento do ciclo de compra. Mais especificamente, deve-se levar em consideração a necessidade de proteção das informações comercialmente sensíveis e que, por qualquer motivo, possam ser utilizadas pelas empresas para distorcer a competitividade. Isso não significa ocultar definitivamente informações sobre o processo de compra<sup>92</sup>.

#### 2.4.2 CONCILIAÇÃO ENTRE TRANSPARÊNCIA E COMBATE A CARTÉIS MEDIANTE A MODELAGEM DOS PROCESSOS DE COMPRA

O desenho do processo licitatório pode mitigar os danos decorrentes do uso excessivo da transparência, sem que haja perdas significativas sob a perspectiva do combate à corrupção<sup>93</sup>. Nesse escopo, a OCDE já estudou diversas práticas

---

<sup>90</sup> OCDE, *op. cit.*, 2010. O mercado governamental apresenta barreiras de entrada na forma de requisitos de habilitação, geralmente não presentes nas negociações privadas. Tal fator parece uma intuitiva explicação para o maior nível de concentração mercadológica nas licitações.

<sup>91</sup> ZORZAL, Luzia; RODRIGUES, Georgete Medleg. Disclosure e transparência no setor público: uma análise da convergência dos princípios de governança. **Informação & Informação**, [S.l.], v. 20, n. 3, p. 113 - 146, dez. 2015. ISSN 1981-8920. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/informacao/article/view/19470/17642>>. Acesso em: 19 abr. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.5433/1981-8920.2015v20n3p113>.

<sup>92</sup> OCDE. Checklist for Supporting the Implementation of OECD Recommendation of the Council on Public Procurement: Transparency. Public Procurement Tollbox. 2016. Disponível em <<http://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/search/Checklist%2001%20Transparency.pdf>>.

<sup>93</sup> A potencial confluência entre combate à corrupção e eficiência nas licitações, tendo em conta a publicidade, é ressaltada por Fiuza e Medeiros (2014): "(...) a necessidade de prevenir a corrupção costuma ser buscada pela máxima publicidade e transparência dos atos do comprador, o que favorece a vigilância da sociedade. Ocorre, no entanto, que muitas informações públicas – como, por exemplo, a identidade dos licitantes e de seus lances – favorecem a coordenação destes, ainda que tácita (isto é, sem uma combinação formal), de modo que a economia obtida com a eliminação de propinas pode acabar sendo jogada fora por causa da redução da concorrência entre os licitantes" (FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio; MEDEIROS, Bernardo Abreu de. **Texto para discussão**: a agenda perdida das compras públicas: rumo a uma reforma abrangente da lei de licitações e do arcabouço institucional. Brasília: Ipea, 2014).

capazes de tornar mais difícil a colusão em processos licitatórios<sup>94</sup>. Entre elas, aponta a modelagem do processo aquisitivo sob a perspectiva da dosimetria da transparência. A intenção da OCDE é que as informações relacionadas à compra sejam temporalmente adequadas, ou seja, só abertas quando a divulgação for conciliável com a necessidade de combater cartéis<sup>95</sup>. Os parâmetros estão dispostos em diversos estudos produzidos ao longo do últimos 20 (vinte) anos.

Desse arcabouço, é possível extrair diversos quesitos orientadores do adequado nível de transparência em processos de aquisições públicas. Não iremos abordar todos. As diretrizes escolhidas são aquelas que se relacionam aos pontos de transparência da legislação elegidos para análise no presente estudo. Tendo em mente essa perspectiva, eis uma síntese das recomendações gerais da OCDE:

- a) a estimativa de preço com relação ao objeto da compra somente deve ser produzida diante de investigações aprofundadas do mercado subjacente à compra governamental. E, mesmo produzida ela nunca deve ser publicada;
- b) liberação pública exclusivamente das informações relacionadas às ofertas vencedoras;
- c) disponibilização das ofertas derrotadas somente para os próprios ofertantes e instituições de controle, não para os demais competidores;
- d) devem ser tomadas medidas que tornem oculta a identidade dos ofertantes, ante a sua capacidade de desestabilizar acordos para manipulação;
- e) a publicação de informações sensíveis, como a identidade de ofertantes derrotados e o conteúdo de suas propostas, pode ser retardada;
- f) preferência por um sistema de propostas fechadas (*sealed bids*), a fim de evitar que o comportamento das empresas seja reciprocamente observado;
- g) devem ser evitadas ofertas presenciais, a fim de reduzir o contato e a observação entre os competidores;
- h) deve ser permitida a submissão de mais de uma oferta pelo mesmo licitante, sob identidades distintas (nº e identificação diversos)<sup>96</sup>;

---

<sup>94</sup> A OCDE possui página eletrônica dedicada ao tema no sítio < <http://www.oecd.org/competition/cartels/>>. Acesso em 19 abr. 2019.

<sup>95</sup> OCDE, *op. cit.*, 2016.

<sup>96</sup> OCDE, *op. cit.*, 2010.

Esses pontos serão recuperados no capítulo especificamente destinado à análise do sigilo na legislação de compras, correlacionando o parâmetro legal com o paradigma da OCDE. O item “a” será analisado no tópico reservado o exame do sigilo do orçamento estimativo. Os itens “b”, “c” e “d” terão tratativa no tópico destinado à preservação da identidade dos licitantes e de informações comercialmente sensíveis. Os itens “f” e “g” serão examinados quando abordada a forma de apresentação das propostas.

## 2.5 CONCLUSÕES

Os cartéis possuem uma fragilidade e efemeridade que lhes são inerentes; e, por isso, o seu sucesso depende diretamente da adoção de sistemas de fiscalização e punição de seus participantes quanto à adoção da estratégia adotada. Por isso, informações sobre seu comportamento perante o mercado e, no caso das licitações públicas, no curso do processo de compra, é essencial para o sucesso do concerto. O combate aos cartéis em compras governamentais é relevante não só sob a perspectiva econômica, mas também no contexto da implementação de diversas políticas estatais – o que passa por coibir, em alguma medida, o seu acesso às informações sobre os processos de compra.

Nessa perspectiva, inadequados níveis de transparência governamental podem ser extremamente úteis na implementação de estratégias por cartéis operativos nas licitações. Por isso, necessário se faz avaliar a justa medida da publicidade governamental, de modo a contemplá-la (em atendimento ao direito fundamental do cidadão à informação e ao imperativo de combate à corrupção), mas sem que ela ocorra em gradação capaz de permitir que ela seja uma arma a favor dos cartéis em licitações. Vimos que, objetivando a conciliar ambos os propósitos, a OCDE consolidou diversos preceitos e recomendações sobre a questão, frutos de estudos envolvendo diversos países.

A síntese dessas recomendações, bem como considerações sobre a possibilidade da gradação da transparência ser objeto de modelagem pelo gestor, já foram adiantadas nos tópicos anteriores. Nesse contexto, a proposta desta pesquisa é avaliar casuisticamente práticas de uma amostra representativa de órgãos públicos, no desiderato de: a) analisar como a legislação e a Administração Pública vêm lidando com a transparência nas licitações; b) se a formatação da transparência nos

processos de compra vem observando diretrizes recomendadas pela OCDE. Essa avaliação será efetivada por meio de 2 (duas) iniciativas.

Primeiro, analisando-se o marco legal da transparência estipulado nos diversos diplomas regentes das licitações, especialmente o regime geral da Lei nº 8.666/1993, o pregão (Lei nº 10.520/2002) e o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/2011). O objetivo é ter um panorama geral do atendimento às diretrizes da OCDE. Segundo, tal análise será complementada com o estudo de casos submetidos ao TCU e ao CADE, nos quais algum elemento de publicidade teve participação relevante no ajuste. Esse procedimento de teste será detalhado no capítulo seguinte.

### **3 DELIMITAÇÃO E TESTE DA HIPÓTESE: AVALIAÇÃO DOS CRITÉRIOS DE TRANSPARÊNCIA NAS COMPRAS GOVERNAMENTAIS**

#### **3.1 A HIPÓTESE**

No presente ponto do estudo já é possível delimitar que os cartéis implicam custos sociais e ineficiências econômica, sendo um problema particularmente relevante nas compras governamentais. Também é possível assentar que arcabouços normativos ou práticas gerenciais que reforcem excessivos níveis de transparência nos processos de licitações podem fomentar a resiliência de cartéis. É possível evitá-lo mediante a modelagem do processo de compra de modo a desestimular acordos espúrios. A OCDE possui amplos estudos com diretrizes de como essa formatação pode ser concebida para desestimular a colusão entre empresas nas licitações.

Essas premissas compõem a formulação do problema de pesquisa, que pode ser assim sintetizado: a legislação e a prática administrativa brasileiras adotam parâmetros de transparência em descompasso com as diretrizes antitruste da OCDE? Nesse contexto, a hipótese de pesquisa é que a Administração Pública brasileira vem adotando parâmetros de publicidade divergentes daqueles recomendáveis para fins de execução das políticas de controle concorrencial. É possível que a lei e os órgãos licitantes estejam adotando práticas em desacordo com as recomendações da OCDE, o que pode, em alguma medida, estar contribuindo para um significativo grau de cartelização das compras governamentais. O presente capítulo demonstrará como essa hipótese será testada.

#### **3.2 COLETA DE ELEMENTOS PARA TESTE DA HIPÓTESE**

##### **3.2.1 DEFINIÇÃO DOS ELEMENTOS LEGAIS DE TRANSPARÊNCIA E EXAME DE SUA ADEQUAÇÃO A UMA PROPOSTA PRÓ-COMPETITIVA DE LICITAÇÃO**

O primeiro elemento de análise foi a coleta de informações sobre o regime jurídico e os procedimentos relacionados ao grau de transparência nos processos de compra. Para tal finalidade, a análise legislativa é essencial: os procedimentos licitatórios são altamente regulamentados na lei. Apesar de existir alguma margem de conformação para o gestor, ela é substancialmente limitada pelo

marco regulatório. Não à toa, muitas das cláusulas editalícias são, em grande medida, a reprodução total ou parcial de um dispositivo de lei. E se a lei contiver normas reveladoras de desenhos licitatórios desprovidos do caráter pró-competitivo, não havendo margem de discricionariedade contemplada, o gestor licitará utilizando-se de um paradigma estimulador da constituição de cartéis.

Nesse contexto, o exame legislativo terá por enfoque básico os 3 (três) principais regimes licitatórios: o da Lei nº 8.666/1993 – aplicável como regime geral – , o pregão regido pela Lei nº 10.520/2002 – utilizado nas aquisições de bens e serviços comuns – e o RDC instituído pela Lei nº 12.462/2011 – vocacionado para grandes obras de alta complexidade. Para a análise desses diplomas, foram selecionados 4 (quatro) perspectivas específicas para a transparência, já enunciadas e que serão objeto de discriminação em tópico próprio.

Delimitada a abrangência da análise legislativa, passaremos à segunda etapa. Ela consiste no estudo de processos administrativos decididos pelos órgãos com competência de controle sobre a temática concorrencial na Administração Pública: o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e o Tribunal de Contas da União – TCU; processos esses que tenham envolvido especificamente a transparência como elemento propiciador da colusão anticompetitiva.

### 3.2.2 ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS DO CADE E TCU

A análise proposta no tópico anterior será complementada por uma referência qualitativa de alguns casos selecionados do CADE e do TCU que tenham apreciado a questão relativa à publicidade das informações dos processos de compra e a formação de cartéis. O objetivo da pesquisa não é promover um estudo abrangente de todas as decisões sobre o tema envolvendo tais instâncias, mas evidenciar quais os contornos que o fenômeno da transparência nas licitações vem ganhando no contexto de tais instâncias. A questão ganha relevância pelo motivo de que a eventual não aplicação de uma diretriz da OCDE por órgão da Administração Pública possa decorrer de deferência à jurisprudência administrativa nacional.

É importante ter em mente que nem sempre a aplicação da diretriz da OCDE se revelará como uma solução mais adequada do que aquilo sedimentado no âmbito do CADE ou TCU. Pelo contrário: as recomendações daquele organismo são fundadas em experiências internacionais e na cooperação de países para fins de

estudo. Seu escopo tem como limitação a própria falta de aderência estrita à realidade concreta de diversos países. Noutra banda, o CADE e TCU constroem suas conclusões tendo a perspectiva a realidade legislativa, econômica e de práticas próprias do Brasil. Isso torna relevante que a aplicação de eventual recomendação da OCDE passe por ajustes tendo em conta a própria experiência de casos práticos decididos pelo CADE e pelo TCU. Essa é a “sintonia fina” pretendida com a análise de alguns casos desses órgãos de controle.

É importante reforçar que o objetivo da pesquisa não é promover uma sistematização exauriente da jurisprudência administrativa do CADE e do TCU. A jurisprudência desses órgãos vem sendo construída há muitos anos, é extensa e a maioria dos processos apreciados em tais instâncias são volumosos e dotados de alta complexidade – cada um deles poderia ser objeto de um próprio trabalho monográfico. Na verdade, a análise qualitativa desses casos será feita mais em função da primeira etapa da presente pesquisa, descrita no tópico anterior. Isto é, no intuito de permitir um melhor entendimento, conferir um maior sentido e reduzir eventuais conclusões equivocadas extraídas da análise do marco legislativo da transparência nas aquisições públicas. Por isso, a enunciação desses entendimentos será realizada de forma sintética, no próprio corpo do texto ou via notas de rodapé.

## **4 RESULTADO DO APURAÇÃO: ANÁLISE DAS 4 (QUATRO) PERSPECTIVAS DA TRANSPARÊNCIA NAS LICITAÇÕES**

### **4.1 INTRODUÇÃO**

Uma vez assentadas as premissas relevantes relacionadas ao regime jurídico das licitações públicas e a sua relação com a transparência e a importância do acesso à informação como elemento de resiliência dos cartéis, necessário se faz delimitar o próximo passo: o exame empírico da prática dos processos de compra governamental, tendo em conta aspectos relevantes da transparência sob a perspectiva do antitruste. Nesse escopo, o presente capítulo fará uma análise crítica de 4 (quatro) pontos específicos relacionados à publicidade, quais sejam: a) o sigilo do orçamento estimativo; b) a identidade dos licitantes e a publicidade de informações comercialmente sensíveis; c) a forma de apresentação das propostas; d) acesso a elementos da fase interna.

Esses pontos serão abordados tendo em conta os regimes específicos da Lei nº 8.666/1993 (geral), Lei nº 10.520/2002 (pregão) e pela Lei nº 12.462/2011 (RDC), com o exame de dispositivos legais e decisões de autoridades de controle.

### **4.2 PONTOS CRÍTICOS DO REGIME DE TRANSPARÊNCIA NAS COMPRAS GOVERNAMENTAIS**

Identificar quais os fatores são capazes de, potencialmente, ter reflexos anticoncorrenciais não é uma atividade simples. Os estudos que se baseiam em cálculos econômicos trabalham em modelos hipotéticos, tomando por premissas um conjunto de variáveis que dificilmente são integralmente observadas na prática de um processo de compra. Mesmo nos casos de estudos empíricos envolvendo situações reais, os cenários envolvidos são deveras particulares para um setor, momento histórico e país – e, não necessariamente, tais contextos serão reproduzíveis. Por isso, a identificação de padrões de condutas e a demonstração de uma relação de causa e efeito acaba por incorporar uma grande dose de subjetivismo.

Nada obstante, a combinação das conclusões extraídas de modelos hipotéticos com a experiência histórica dos processos de controle antitruste permitiu que estudiosos e instituições internacionais identificassem padrões e elementos de

destaque na análise das condutas anticompetitivas. E, a partir daí, formulassem propostas para um modelo ideal para cada um dos pontos identificados como incentivadores da colusão. Uma síntese de diversos pontos já foi exposta em momento anterior do presente estudo. A análise mais detalhada de cada um dos possíveis efeitos das diversas perspectivas da transparência nas compras públicas demanda um trabalho de caráter enciclopédico, o que foge ao escopo deste estudo.

Por conseguinte, para conferir objetividade e precisão ao presente trabalho, foram selecionados 4 (quatro) aspectos da transparência capazes de gerar impactos anticoncorrenciais. Esses aspectos foram escolhidos por entendermos serem as questões mais críticas na perspectiva da transparência das compras governamentais no Brasil – entendimento construído a partir da relevância dada pela OCDE a esses pontos e pela sua incidência em caso práticos no TCU e CADE. Eles são: a) o sigilo do orçamento estimativo; b) a identidade dos licitantes e de informações comercialmente sensíveis; c) a forma de apresentação das propostas; d) acesso a elementos da fase interna. Feitas tais considerações, passemos a análise dos 4 (quatro) elementos selecionados.

#### 4.2.1 SIGILO DO ORÇAMENTO ESTIMATIVO

O primeiro critério a ser analisado consiste na publicidade do orçamento estimativo, também denominado preço de referência pela Lei do Pregão. Inicialmente, a OCDE recomenda que a estimativa de preço com relação ao objeto da compra somente deva ser produzida diante de investigações aprofundadas do mercado subjacente à compra governamental, capazes de formar o adequado convencimento quanto à sua certeza. E, mesmo produzida uma estimativa, a Organização recomenda que ela nunca deve ser publicada<sup>97</sup>. A sua divulgação pode estimular a colusão entre os participantes, que seria ainda mais danosa na hipótese erro na definição da estimativa pelo órgão público<sup>98</sup>.

A legislação de licitações brasileiras apresenta 3 (três) regimes básicos de transparência na divulgação do orçamento estimativo: a) a publicidade como regra

---

<sup>97</sup> OCDE, *Op. Cit.*, 2012, p. 9.

<sup>98</sup> KLEMPERER, *Op. Cit.*, 109, traz alguns exemplos de como os licitantes podem ser aproveitar de preços de referência mal concebidos, especialmente quando há disparidade de força entre eles, p. ex., forçando ofertas agressivas para afugentar licitantes mais fracos.

obrigatória, como ocorre nas licitações regidas pela Lei nº 8.666/1996; b) a omissão legislativa na hipótese do Pregão, na Lei nº 10.520/2002, que vem sendo interpretada pelo Eg. TCU como hipótese de discricionariedade para escolha do regime de sigilo pelo gestor; c) por fim, o sigilo como regra geral, como ocorre nas licitações operadas no RDC. Cada uma delas será analisada a seguir.

#### 4.2.1.1 Sigilo do orçamento na Lei nº 8.666/1993

Nas licitações regidas pela Lei nº 8.666/1993, o art. 40, § 2º, II, inclui a estimativa orçamentária como elemento obrigatório do edital. Essa estimativa deve ser detalhista, contendo planilhas de quantitativos e preços unitários<sup>99</sup>. A obrigação relacionada à demonstração do custo esperado na aquisição historicamente foi reforçada pela jurisprudência do TCU, sintetizada na Súmula nº 258 do Tribunal<sup>100</sup>. A exigência não é vista como uma mera formalidade capaz de ser dispensada pelo Administrador<sup>101</sup>. A preocupação original da exigência surgiu como forma de se criar critérios de aceitabilidade para os preços unitários das propostas e, dessa maneira evitar: a) a contratação sem a cobertura orçamentária integral; (ii) a ocorrência do “jogo de planilha” no curso da execução contratual<sup>102</sup>.

#### 4.2.1.2 Sigilo do orçamento na Lei nº 10.520/2002

O ordenamento também prevê um segundo regime de publicidade, de transparência discricionária, no qual cabe ao gestor fundamentar se revelará ou não o preço de referência. Ele é aplicável às licitações na modalidade de pregão. Diversamente do que ocorre com a Lei nº 8.666/1993, a Lei nº 10.520/2002 é omissa no que concerne à abertura do orçamento estimativo; tal circunstância fez com que o

---

<sup>99</sup> Lei nº 8.666/1993, art. 40, § 2º: “Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante: (...) II - orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários;”.

<sup>100</sup> TCU, Súm. 258: “As composições de custos unitários e o detalhamento de encargos sociais e do BDI integram o orçamento que compõe o projeto básico da obra ou serviço de engenharia, devem constar dos anexos do edital de licitação e das propostas das licitantes e não podem ser indicados mediante uso da expressão “verba” ou de unidades genéricas”.

<sup>101</sup> TCU, j. 07 dez. 2016, Acórdão 3182/2016–Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas.

<sup>102</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 18. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019 [livro eletrônico]. No mesmo sentido: TCU, j. 08 mar. 2006, Acórdão 264/2006–Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo.

TCU entendesse pela facultatividade da divulgação<sup>103</sup>, ressalvada a hipótese do orçamento ser escolhido expressamente como valor máximo da proposta<sup>104</sup>. Nessa hipótese, houve deferência ao juízo discricionário do gestor, que poderá justificar, à luz do caso concreto, a conveniência e oportunidade de incluir a estimativa no edital.

Uma das utilidades mais evidentes na omissão do preço de referência é a possibilidade de se obter, na fase de lances e de negociação, preços inferiores à projeção inicial<sup>105</sup>. Essa vantagem vem levando à Administração a, efetivamente, fazer uso desse poder discricionário para definir se fará ou não a exibição do preço de referência nos pregões: em alguns casos, verifica-se que ele consta como anexo do edital<sup>106</sup>; noutros, esse preço de referência somente consta do processo relativo à fase interna do certame, que não vem sendo franqueado aos participantes (o ponto relativo à publicidade da fase interna será aprofundado em tópico próprio)<sup>107</sup>. O sigilo total do orçamento, na fase interna e na externa, já foi validado pelo TCU, para o qual a omissão incentivaria comportamentos competitivos e a maior variabilidade nos preços, por isso, seria mais vantajosa ao ente licitante<sup>108</sup>.

---

<sup>103</sup> BITTENCOURT, Sidney. **Licitação através do Regime Diferenciado de Contratações Públicas**: RDC: com ênfase no Decreto nº 7.581, de 11.10.2011, que regulamentou a Lei nº 12.462, de 05.08.2011: Lei do RDC. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 105.

<sup>104</sup> TCU, *j.* 20 ago. 2014, Acórdão 2166/2014 – Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman: “Quanto à ausência no edital de valor estimado da contratação, a jurisprudência deste Tribunal tem se firmado no sentido de que, na licitação na modalidade pregão, o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários não constitui um dos elementos obrigatórios do edital, mas deve estar inserido obrigatoriamente no bojo do processo relativo ao certame. Todavia, sempre que o preço de referência ou o preço máximo fixado pela Administração for utilizado como critério de aceitabilidade de preços, a sua divulgação em edital torna-se obrigatória”.

<sup>105</sup> TCU, *j.* 04 abr. 2007, Acórdão 531/2007 – Plenário, Rel. Min. Ubiratan Aguiar.

<sup>106</sup> P. ex., Pregão Eletrônico nº 04/2019, organizado pelo Ministério da Defesa (Centro Tecnológico da Marinha no Rio de Janeiro), para a contratação de serviços técnicos de consultoria para mapeamento e modelagem de processos de logística para a manutenção de meios navais da Marinha do Brasil. O orçamento estimado foi de R\$ 1.051.197,00, que, após competição envolvendo 14 (catorze) participantes, foi adjudicado por R\$ 527.250,00 – aprox. metade do estimado.

<sup>107</sup> No edital do pregão eletrônico nº 01/2019, organizado pela CODEPLAN (empresa vinculada à SEPLAN-DF), apesar de existir orçamento estimativo global, as planilhas não constavam como anexo do edital, somente na fase interna. A ausência do anexo foi entendida como indevida pelo TCDF. Na ocasião, explicitou-se que o conhecimento do preço de referência pelos licitantes reduz a capacidade de negociação do pregoeiro: sabendo os licitantes que a proposta está dentro do orçamento estimado, não estariam estimulados a aceitar significativas reduções na fase de negociação pós-lance do pregão. Contudo, no caso, o orçamento era critério de aceitabilidade da proposta, circunstância que impunha a sua divulgação. Cf. TCDF, *j.* 22 maio 2019, Representação nº 9.660/2019-e, Rel. Cons. Márcio Michel Alves de Oliveira.

<sup>108</sup> TCU, *j.* 08 ago. 2012, Acórdão 2080/2012 – Plenário, Rel. Min. José Jorge.

A questão somente passou a ser explicitamente regulada com o Decreto nº 10.024/2019, que estabeleceu o sigilo do orçamento estimativo para o pregão (art. 15)<sup>109</sup>. Uma vez que decretos não podem inovar na ordem jurídica, houve declarada fonte legal desse sigilo no art. 7º, § 3º, da Lei nº 12.527/2011 – ou seja, a informação ser preparatória para ato decisório. Apesar do acerto da redução da transparência, é constitucionalmente duvidoso que isso seja feito pela via do decreto; mais ainda quando ele se baseia no mencionado dispositivo da Lei de Acesso à Informação. Conforme será abordado mais abaixo, há um aparente abuso administrativo na utilização do sigilo de informações preparatórias como fundamento para não se divulgar atos administrativos plenamente constituídos.

#### 4.2.1.3 Sigilo do orçamento na Lei nº 12.462/2011

Por fim, o RDC inaugurou uma terceira vertente, diametralmente oposta à regra da Lei nº 8.666/1993: o sigilo da estimativa como a regra procedimental. Apesar do regime do RDC se lastrear no princípio da publicidade (art. 4º, VII, da Lei nº 12.462/2011), ele o faz com uma dose de seletividade. Nesse escopo, a lei expressamente preceitua a possibilidade de se ocultar a estimativa orçamentária, na forma do art. 6º do diploma. Aqui, a legislação inova com a previsão de sigilo para o preço de referência até o encerramento da licitação<sup>110</sup>, definido como o momento imediatamente posterior à adjudicação do objeto (art. 9º, Decreto nº 7.581/2011<sup>111</sup>).

---

<sup>109</sup> Decreto nº 10.024/2019, art. 15: “O valor estimado ou o valor máximo aceitável para a contratação, se não constar expressamente do edital, possuirá caráter sigiloso e será disponibilizado exclusiva e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno. § 1º O caráter sigiloso do valor estimado ou do valor máximo aceitável para a contratação será fundamentado no § 3º do art. 7º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, e no art. 20 do Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012. § 2º Para fins do disposto no caput, o valor estimado ou o valor máximo aceitável para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento do envio de lances, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias à elaboração das propostas. § 3º Nas hipóteses em que for adotado o critério de julgamento pelo maior desconto, o valor estimado, o valor máximo aceitável ou o valor de referência para aplicação do desconto constará obrigatoriamente do instrumento convocatório”.

<sup>110</sup> Lei 12.462/2011, art. 6º: “Observado o disposto no § 3º, o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas”.

<sup>111</sup> Decreto 7.581/2011, art. 9º: “O orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após a adjudicação do objeto, sem prejuízo da divulgação no instrumento convocatório do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas”.

Além do próprio ente licitante, o acesso seria franqueado somente aos órgãos de controle (§ 3º)<sup>112</sup>.

No RDC, ficou mais evidente a função de preço de reserva<sup>113</sup> atribuída ao orçamento estimado, pois a legislação explicitou tratar-se valor a partir do qual o órgão público desclassifica a proposta (art. 24, III, Lei nº 12.462/2011<sup>114</sup>). A literatura identifica que a mudança no paradigma quanto à publicidade desse preço já teria levado em conta estudos econômicos realizados no contexto da teoria dos leilões<sup>115</sup>, indicativos de que a abertura do preço de reserva aos participantes tem como efeito final a redução da competitividade e do valor das propostas. A razão é simples: a publicidade provoca uma convergência artificial das propostas para montante previamente orçado<sup>116</sup>.

É interessante notar como a regra do sigilo no orçamento ganhou contornos diferenciados na jurisprudência do TCU. Apesar do decreto regulador do RDC somente autorizar a abertura do sigilo após a adjudicação do objeto, o Tribunal de Contas admite que o seja também em momento anterior, desde que mediante ato público justificado. No caso apreciado, estava-se diante de obra com propostas acima do orçamento prévio e que demandaria uma realização breve, pois destinada à Copa do Mundo de 2014. O TCU entendeu que abertura do preço de reserva, para fins de negociação de valor compatível, teria sido medida justificada para preservar o Erário e a tempestividade do objeto contratual<sup>117</sup>.

---

<sup>112</sup> Lei 12.462/2011, art. 6º, § 3º: “Se não constar do instrumento convocatório, a informação referida no caput deste artigo possuirá caráter sigiloso e será disponibilizada estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno”.

<sup>113</sup> Preço de reserva consiste na quantia máxima que alguém está disposto a pagar para comprar ou vender um item. Cf. VARIAN, Hal R. **Microeconomia**: uma abordagem moderna. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

<sup>114</sup> Lei 12.462/2011, art. 24: “Serão desclassificadas as propostas que: (...) III - apresentem preços manifestamente inexequíveis ou permaneçam acima do orçamento estimado para a contratação, inclusive nas hipóteses previstas no art. 6º desta Lei;”

<sup>115</sup> Para estudos sobre as vantagens da não revelação do preço de reserva nos leilões, cf. VINCENT, Daniel R.. Bidding Off the Wall: Why Reserve Prices May Be Kept Secret. **Journal of Economic Theory**, [s.l.], v. 65, n. 2, p.575-584, abr. 1995. Elsevier BV.

<sup>116</sup> CARDOSO, André Guskow. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: a questão da publicidade do orçamento estimado. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC)**: comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581: (atualizados pela Lei nº 12.980 e pelo Decreto nº 8.251, de maio de 2014). 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 81-112.

<sup>117</sup> A licitação foi o RDC Eletrônico n. 014/DALC/SBSV/2012, organizado pela Infraero, para execução das obras e serviços de engenharia referentes à reforma e adequação do terminal de passageiros e

A questão relativa à maleabilidade na definição ou levantamento do sigilo tem contornos mais relevantes no tocante a obras ou aquisições de alta complexidade e pouca recorrência. Nesses casos, é possível que parcela relevante da obra não possua referência compatível e atualizada nos cadastros de preços disponíveis à Administração. Orçamentos estimativos serão mais precisos e confiáveis na hipótese de aquisições mais frequentes e com pequenos espaçamentos temporais – p. ex., obras rodoviárias –, pois elas permitem uma maior precisão na construção dos cadastros. Sem embargo, há empreendimentos nos quais, pela própria natureza eventual, como obras portuárias ou aeroportuárias, não é possível a formação de uma base de dados múltipla e atual<sup>118</sup>.

Essas variáveis próprias das aquisições de alta complexidade e infrequente realização podem resultar na construção de orçamentos estimativos incapazes de refletir o efetivo preço que os agentes de mercados estariam dispostos a receber pela adjudicação do objeto licitando<sup>119</sup>. Consequência imediata dessa circunstância: um maior índice de deserções e fracassos nos procedimentos licitatórios<sup>120</sup>. Tal ocorrência pode se revelar mais danosa para o órgão público do que os possíveis ganhos de licitar com orçamento estimativo construído e publicado. Isso porque o fracasso: a) impõe a realização de novo procedimento; b) priva o ente licitante ou o administrado dos benefícios obteníveis pela consecução da obra.

As limitações acima declinadas reforçam a utilidade de regimes que se suportem no exercício de poderes discricionários pelo gestor. A concepção de margem de atuação plástica pode favorecer alternativas “meio termo”, como, p. ex., a liberação o orçamento na fase de negociação, para a finalidade de permitir que não haja atrasos na obra, que pode ser mais danosa do que a possível economia

---

acesso viário do Aeroporto Internacional de Salvador – Deputado Luis Eduardo Magalhães/SBSV. O edital trouxe como regra o sigilo da estimativa; contudo, finalizada a fase de lances, a melhor proposta ainda assim estava superior ao orçamento. Nesse cenário, o sigilo foi desfeito pela autoridade, ainda antes de finalizada a licitação, com a finalidade de negociar o menor preço. O procedimento foi validado pelo Tribunal de Contas. Cf. TCU, *j.* 27 fev. 2013, Acórdão 306/2013 – Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo.

<sup>118</sup> TCU, *j.* 08 nov. 2012, Acórdão 3011/2012 – Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo.

<sup>119</sup> TCU, *j.* 08 nov. 2012, Acórdão 3011/2012 – Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo.

<sup>120</sup> Licitação deserta é aquela na qual não comparecem interessados em fornecer o objeto; já a licitação fracassada consiste no procedimento que, apesar de apresentadas propostas, todas elas foram inabilitadas ou desclassificadas. A deserção e o fracasso estão intimamente relacionados a uma licitação equivocadamente concebida em um ou vários de seus elementos. Cf. FURTADO, *Op. Cit.*, 2015, pp. 142-144

decorrente da repetição do procedimento<sup>121</sup>. O fenômeno das licitações de alta complexidade, como a própria expressão evidencia, não é simples e, por isso, dificilmente consegue conviver com um paradigma estandardizado.

Observa-se que a solução apriorística adotada pelo regime do RDC e pelo pregão após o Decreto nº 10.024/2019 – sigilo de orçamento prévio – e pelo pregão até o Decreto nº 10.024/2019 – sigilo segundo juízo discricionário do gestor – estão mais adequadas às práticas internacionais recomendadas para o combate aos cartéis. E o entendimento que esse sigilo deva durar até a adjudicação do objeto, como consta no decreto regulatório do RDC, não pode ser lido como uma determinação rígida, mas como um parâmetro *default* de atuação do gestor, que pode ser afastado no caso concreto mediante justificativa. Nesse escopo, ambos os regimes mais se aproximam ao recomendado pela OCDE, em contraposição à regra da Lei nº 8.666/1993.

#### 4.2.2 IDENTIDADE DOS LICITANTES E INFORMAÇÕES COMERCIALMENTE SENSÍVEIS

Outro ponto relevante consiste na publicização da identidade dos participantes do processo licitatório, bem como de informações comercialmente sensíveis relacionadas às suas propostas. Para evitar que isso aconteça, a OCDE recomenda a apresentação de ofertas fechadas e o uso de procedimentos remotos (inclusive eletrônicos) nos quais a identidade do participante seja confidencial<sup>122</sup>. A Organização também ressalta a preocupação com a publicização dos dados capazes de facilitar a colusão entre as empresas<sup>123</sup>. Para ambos os pontos, ganha especial relevo o desenho da operacionalização dos procedimentos licitatórios.

Com relação à identidade dos licitantes, tradicionalmente esse problema foi visto de forma mais grave nos certames que envolvem a presença física dos participantes<sup>124</sup>. O pregão presencial é o exemplo mais evidente: ele funciona na

---

<sup>121</sup> A repetição de um procedimento licitatório para a construção, p. ex., de um porto para determinada localidade pode ter um maior custo de riqueza social, via atraso na sua operação. Esse é um custo oculto que deve ser considerado, pois pode ser preferível a finalização imediata de uma obra de alto relevo social, do que a postergação baseada na possibilidade de um preço menor, principalmente quando esse prognóstico se baseia em orçamentos prévios com baixo grau de concretude.

<sup>122</sup> OCDE. **Recomendación del consejo de la OCDE para combatir la colusión em la contratación pública**. Paris: OCDE Publications, 2012. p. 3-8.

<sup>123</sup> OCDE, *op. cit.*, 2012, p. 8-9.

<sup>124</sup> OCDE, *op. cit.* 2012, p. 8.

forma de sessão pública, com a reunião dos interessados para que façam lances verbais pelo objeto (art. 11, IV e IX, do Decreto nº 3.555/2000). O contato pessoal dos participantes é identificado pela literatura de leilões com um elemento fomentador da colusão, por viabilizar a formação e monitoramento dos cartéis<sup>125</sup>. Essa é uma das razões pelas quais a OCDE recomenda a utilização de sistemas eletrônicos para a apresentação de ofertas<sup>126</sup>.

A utilização da plataforma *comprasnet* para o pregão eletrônico atende à finalidade de evitar o contato presencial entre os licitantes. Inclusive, ela permite que interessados de regiões distintas do país participem sem deslocamento para a sede do órgão licitante, aumentando a competitividade para o certame em função do aumento do número de participantes potenciais<sup>127</sup>. Contudo, o sistema apresenta pelo menos 2 (dois) elementos que tolgem a sua eficácia para impedir conluio, quais sejam: a) não preserva o anonimato dos participantes; b) não torna sigilosas as propostas ofertadas<sup>128</sup>.

No tocante à preservação do anonimato dos licitantes, a preocupação consta desde a regulação base do pregão eletrônico: o art. 24, § 5º, Decreto nº 5.450/2005<sup>129</sup> (enquanto vigente) e o art. 30, § 5º, do Decreto nº 10.024/2019<sup>130</sup>,

---

<sup>125</sup> CARVALHO, Victor Aguiar. **Cartéis em licitações**: concorrência, incentivos e prevenção aos conluio nas contratações públicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 126. O autor elenca a “Operação Vampiro”, relativa ao cartel de hemoderivados perante o Ministério da Saúde, como exemplo no qual o CADE identificou forma presencial do pregão como elemento relevante para a manutenção do conluio (cf. NOTA TÉCNICA Nº 102/2015/CGAA8/SGA2/SG/CADE, SEi 08700.010409/2015-43. In: <[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yPp3FhjOEBcBKyl4ZsocmS21XYx5gUm7OgWQwKBZgf27DpVgQ2WQ5Y9qLgRdnK4w3kizMLVtlif07s2J\\_4VInhX](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yPp3FhjOEBcBKyl4ZsocmS21XYx5gUm7OgWQwKBZgf27DpVgQ2WQ5Y9qLgRdnK4w3kizMLVtlif07s2J_4VInhX)>. Acesso em 17 ago. 2019.

<sup>126</sup> OCDE, *op. cit.*, 2012, p. 8.

<sup>127</sup> Em licitações puramente presenciais, os interessados com sede em localidade diversa de onde o procedimento de compra tramita incorre em relevantes barreiras logísticas (deslocamento de pessoal para atender às obrigações do processo), as quais possuem custos próprios. Esse fator é economicamente considerado na decisão de concorrer em certame fora da praça regular de atuação da empresa. A barreira é substancialmente reduzida quando se permite a participação integralmente remota, tanto para habilitação como para oferta de lances. Se não há mais custo para a participação (ou ele passa a ser muito baixo), empresas de fora da sede do órgão com capacidade de fornecimento terão mais incentivos a participar do certame, aumentando a competitividade.

<sup>128</sup> A questão do excesso de informações no *comprasnet* já foi objeto de crítica por Fiuza e Medeiros (2014), tendo em conta o quantitativo de pessoas internas, o que aumenta a chances de cooptação de servidores por licitantes.

<sup>129</sup> Decreto nº 5.450/2005, art. 24, § 5º: “Durante a sessão pública, os licitantes serão informados, em tempo real, do valor do menor lance registrado, vedada a identificação do licitante”.

<sup>130</sup> Decreto nº 10.024/2019, art. 30, 5º: “Durante a sessão pública, os licitantes serão informados, em tempo real, do valor do menor lance registrado, vedada a identificação do licitante”.

vedam a identificação dos licitantes durante a sessão. E não se restringe ao nível normativo, pois também é incorporada nos editais de pregão<sup>131</sup>. Em adição, observa-se que, aberta a sessão, não raro há a advertência escrita por parte do pregoeiro no sentido de que as empresas não se identifiquem no curso dos trabalhos. E, num primeiro contato, o sistema parece não permitir que os interessados identifiquem os demais: apesar de existir um *chat* onde a interação é possível, a designação dos licitantes não externa as empresas participantes, pois nomeadas com o termo “Fornecedor”.

Sem embargo, o anonimato dura pouco, pois o próprio sistema possui pontos que frustram as medidas preventivas de ocultamento: apesar de não existir a identificação dos licitantes quando eles acionam o *chat* da plataforma, o mesmo não acontece quando o pregoeiro ou o sistema enviam mensagens a um licitante específico<sup>132</sup>. Nesse momento, o próprio sistema identifica o participante, declinando o seu CNPJ<sup>133</sup>. Portanto, apesar do ocultamento da identidade ser uma regra adotada no pregão eletrônico, ele perdura até o momento que o pregoeiro ou o sistema direciona mensagens a algum participante.

Se, durante o *chat* do pregão eletrônico, a identificação ocorre de forma pontual, a situação se agrava logo quando a sessão é finalizada, pois a identificação passa a ser plena e constante. O art. 30, § 3º, do Decreto nº 5.450/2005 determina que, encerrada a sessão, será lavrada uma ata, disponibilizada no sítio eletrônico do *comprasnet*<sup>134</sup>. Nessa ata fica registrado o nome e a identificação de todos os participantes. Também passam a ser identificadas as autorias de todas as mensagens lançadas no *chat*. Portanto, se existe uma determinação legal de anonimato, não só ela é parcialmente frustrada no curso da sessão; logo após ela finalizar, a identificação

---

<sup>131</sup> P. ex., PE nº 27/2019 (CODESP). O Distrito Federal utiliza sistema próprio (e-compras), sendo que seus editais costumam também a replicar a vedação legal de identificação, p. ex., SRP Nº 087/2018 (SEPLAG).

<sup>132</sup> Essas mensagens podem se referir, p. ex., à solicitação de alguma informação ou documentação pelo pregoeiro.

<sup>133</sup> A leitura do campo de mensagens da sessão pública do PE nº 18/2019, realizado pelo Ministério da Saúde, permite extrair diversas mensagens expressamente identificativas dos participantes, como: a) “Sistema informa: ‘Senhor fornecedor [RAZÃO SOCIAL], CNPJ/CPF: [NÚMERO], solicito ...” b) “Pregoeiro fala: ‘Para [RAZÃO SOCIAL] – ‘Senhor licitante, nos termos do ...’”; c) “Sistema informa: ‘Senhor Pregoeiro, o fornecedor [RAZÃO SOCIAL], CNPJ/CPF: [NÚMERO], enviou...”.

<sup>134</sup> Decreto nº 5.450/2005, art. 30, § 3º: “A ata será disponibilizada na internet para acesso livre, imediatamente após o encerramento da sessão pública”.

passa a ser plena e facilmente acessível pela internet – o que acentua a sua utilidade como instrumento de controle por um cartel.

A divulgação de informações comercialmente sensíveis também é evidente no pregão eletrônico. Se, no pregão presencial, a problemática decorre da possibilidade das demais empresas fiscalizarem os comportamentos das outras na sessão pública, inclusive com relação aos preços ofertados, no pregão eletrônico essas informações constam registradas na ata disponibilizada na internet. Ela consigna todos os lances, identificando, o valor, o autor e momento em que realizado. Portanto, a ata não só fornece a identidade do licitante, mas da sua proposta e comportamento durante a sessão – praticamente todos os dados necessários para que um cartel possa fiscalizar, em detalhes, a execução da estratégia concebida para seus componentes.

O nível de divulgação da plataforma do *comprasnet* – compreendendo identidades e propostas – permite que empresas possam estudar padrões de comportamento e identificar preços de reserva de seus competidores. Dessa forma, mesmo sem um acordo expresso, podem viabilizar a divisão de mercados ou, pelo menos, construir acordos tácitos. A colusão tácita costuma a ser associada a 2 (duas) situações: a) estabelecimento de preços comunicados de maneira indireta ou informal; b) observância reiterada de ações e reações dos competidores<sup>135</sup>. Apesar de não ser fácil quantificar economicamente o dano à concorrência<sup>136</sup>, por não envolver um acordo explícito, não há receio de traição ou punição por autoridades, de modo que a colusão tácita é mais estável do que o cartel explícito<sup>137</sup>.

---

<sup>135</sup> HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy: The law of competition and its practice**. 5. ed. St. Paul, Mn: West Academic Publishing, 2016. p. 220 (Edição Kindle).

<sup>136</sup> Hovenkamp (2016) destaca que, identificar o ponto de equilíbrio de um cartel tácito depende de variáveis como o número de empresas no mercado, da forma como as transações são estruturadas, o nível de publicidade dos preços transacionados e a capacidade das empresas praticarem diferentes preços a diferentes consumidores. A depender da conjuntura, os cartéis tácitos podem apresentar danos relevantes ou, noutro extremo, não implicarem em preços superiores aos de um mercado competitivo. Sem embargo, uma vez que o cenário danoso é possível, ele não deve ser incentivado pela forma como compras governamentais são desenhadas.

<sup>137</sup> Para maiores informações sobre o funcionamento da colusão tácita, cf. MARSHALL, Robert C.. **The Economics of Collusion: Cartels and Bidding Rings**. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 2012; FONSECA, Miguel A.; NORMANN, Hans-theo. Explicit vs. tacit collusion—The impact of communication in oligopoly experiments. **European Economic Review**, [s.l.], v. 56, n. 8, p.1759-1772, nov. 2012. Elsevier BV; SKRZYPACZ, Andrzej; HOPENHAYN, Hugo. Tacit collusion in repeated auctions. **Journal Of Economic Theory**, [s.l.], v. 114, n. 1, p.153-169, jan. 2004. Elsevier BV; ATHEY, Susan.

Em síntese, observa-se que, a nível legislativo, a questão da identificação dos licitantes é problemática tendo em conta a obrigação de divulgar-se a ata da sessão sem a supressão de informações comercialmente sensíveis. Sem embargo, mesmo tendo em conta pontos positivos da legislação – como a determinação de supressão da identidade dos licitantes –, na prática operacional do principal sistema de pregão eletrônico, a omissão não é plena. Os pontos são relevantes sobre a perspectiva concorrencial e serão objeto de encaminhamento específico em tópico próprio.

#### 4.2.3 FORMA DE APRESENTAÇÃO DAS PROPOSTAS

Um terceiro ponto relevante consiste na definição do formato de apresentação de propostas. A literatura costuma a elencar tipos básicos de leilão segundo 3 (três) perspectivas: a) o sequenciamento da precificação (ascendente ou descendente); b) o sigilo dos lances (abertos ou fechados) e; c) o preço de adjudicação (primeiro preço ou segundo preço). Há diversos trabalhos sobre o assunto, inclusive explicando o surgimento de cada uma das formas clássicas adotadas (leilão inglês, leilão holandês, leilão de Vickrey etc.), delineando os aspectos históricos da adoção de cada uma das mencionadas perspectivas nessas formas clássicas<sup>138</sup>.

Uma vez que há literatura substancial sobre o assunto, não é objetivo aqui explorar detalhadamente o funcionamento de cada uma das formas e suas perspectivas. Remetemos o leitor aos estudos clássicos para aprofundar o ponto. Aqui, a intenção é: a) analisar como a legislação brasileira aplica as categorias básicas dos elementos de apresentação das propostas previstas na teoria dos leilões e; b) a partir daí, sugerir um modelo que possa ser mais eficaz ao combate de cartéis em aquisições governamentais.

A licitação no regime da Lei nº 8.666/1993 funciona na sistemática de propostas fechadas de melhor preço. Leilões fechados de primeiro preço costumam a ser apontados como mais atrativos para empresas fracas e novos entrantes, que

---

<sup>138</sup> Para maior aprofundamento sobre os tipos básicos de leilão e suas características, cf. VARIAN, Hal R. **Microeconomia: uma abordagem moderna**. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015; KLEMPERER, Paul. **Auctions: theory and practice**. [S.l.]. The Toulouse Lectures in Economics, 2004; VICKREY, William. Counterspeculation, Auctions, and Competitive Sealed Tenders. **The Journal Of Finance**, [S. l.], v. 16, n. 1, p. 8-37, mar. 1961.

certamente não teriam condições de ganhar contra um competidor mais forte num leilão aberto e dinâmico. Isso porque ele passa a ter a chance de ofertar o preço mais baixo, adequado também para o competidor mais forte, mas que esse não poderá cobrir, ante a ausência de um lance subsequente. Contudo, pela mesma razão, esses leilões também são mais propensos a resultados que não reflitam a proposta mais vantajosa para a Administração Pública<sup>139</sup>.

Conforme art. 43 da Lei nº 8.666/1993, o interessado encaminha 2 (dois) envelopes, um contendo os documentos de habilitação; outro, as propostas de preço. Num primeiro momento, é aberto o envelope relativo aos documentos de habilitação; em seguida, dentre os concorrentes habilitados, se procede à abertura dos envelopes contendo as propostas de preços. Vence a melhor proposta. O procedimento tem seu mérito pelo fato de que o valor das propostas das empresas desabilitadas não ser revelado – o art. 46, § 1º, determina a devolução dos envelopes fechados aos licitantes. Sem embargo, ao determinar a habilitação para a primeira etapa, retira da fase concorrencial de preços a pressão competitiva das empresas inabilitadas, as quais poderiam fomentar maiores descontos.

Nesse cenário, a Lei do Pregão incorporou uma sistemática de apresentação de propostas sensivelmente distinta do regime geral. Primeiro, inverteu-se a ordem com relação à apresentação dos documentos, com a verificação em primeiro lugar das propostas. Assim, passou-se a permitir que empresas potencialmente desprovidas dos requisitos de habilitação, ainda assim, participem dos lances, o que acaba fomentando maior competitividade. Só após ordenadas as propostas é que se passa para a conferência das exigências habilitatórias. Segundo, houve a inserção de uma espécie de leilão anglo-holandês invertido<sup>140</sup>, com uma primeira fase de propostas em envelopes fechados, seguida de uma segunda fase em sessão aberta, presencial e dinâmica, com preços decrescentes<sup>141</sup>. Se o pregão for eletrônico, não existem envelopes com documentos de habilitação ou preços. A

---

<sup>139</sup> KLEMPERER, Paul. **Auctions**: theory and practice. [S.l.]. The Toulouse Lectures in Economics, 2004. pp. 114-115.

<sup>140</sup> O leilão anglo-holandês é uma combinação entre as modalidades tradicionais inglesa e holandesa, na qual o leiloeiro promove uma etapa aberta de lances ascendentes, com a classificação dos melhores lances para uma segunda etapa, de proposta final selada. Sobre a modalidade híbrida, cf. KLEMPERER, Paul. **Auctions**: theory and practice. [S.l.]. The Toulouse Lectures in Economics, 2004. p. 116-117.

<sup>141</sup> CARVALHO, Victor Aguiar. **Cartéis em licitações**: concorrência, incentivos e prevenção aos conluios nas contratações públicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 124.

habilitação se dá mediante prévio credenciamento no sistema, com posterior conferência após a vitória na fase de lances, mediante envio na própria plataforma eletrônica.

Por fim, o regime da RDC permitiu uma flexibilização na formatação dos lances, não estabelecendo um modelo vinculante pré-definido, permitindo propostas abertas, fechadas, ou mesmo combinadas, conforme art. 16 da Lei nº 12.462/2011<sup>142</sup>. O Decreto nº 7.581/2011, além de regular os formatos abertos e fechados, detalhou como se dá a combinação dos modos de disputa: ela ocorre na sistemática de etapas eliminatórias, de modo que o órgão poderá escolher os seguintes cenários: a) iniciar a disputa de forma fechada, classificando para a etapa subsequente as 3 (três) melhores propostas para a realização de lances abertos; b) iniciar o certame no modo aberto, com a apresentação de propostas finais fechadas<sup>143</sup>.

CARVALHO (2018) critica o leilão dinâmico adotado no pregão, diante da possibilidade de fiscalização, em tempo real, quanto ao cumprimento da estratégia adotada pelo cartel. Para o autor, essa circunstância: a) viabiliza a retaliação imediata do eventual desvio, com a oferta de propostas aptas a sobrepujar o licitante traidor; b) favorece a reiterada interação entre os participantes<sup>144</sup>. Concordamos parcialmente com as premissas do autor: de fato, leilões dinâmicos abertos são reconhecidamente mais favoráveis à cartelização pelas mencionadas circunstâncias<sup>145</sup>. Sem embargo, tais efeitos são evidentes somente quando se está diante de leilões presenciais nos quais não há medidas de ocultamento da identidade.

Aparentemente, é a essa realidade a que se refere CARVALHO (2018), tanto que exemplifica o seu ponto com alusão ao cartel de hemoderivados (“Operação

---

<sup>142</sup> Lei nº 12.462/2011, art. 16: “Nas licitações, poderão ser adotados os modos de disputa aberto e fechado, que poderão ser combinados na forma do regulamento”.

<sup>143</sup> Decreto nº 7.581/2011, art. 24: “Os modos de disputa poderão ser combinados da seguinte forma: I - caso o procedimento se inicie pelo modo de disputa fechado, serão classificados para a etapa subsequente os licitantes que apresentarem as três melhores propostas, iniciando-se então a disputa aberta com a apresentação de lances sucessivos, nos termos dos arts. 18 e 19; e II - caso o procedimento se inicie pelo modo de disputa aberto, os licitantes que apresentarem as três melhores propostas oferecerão propostas finais, fechadas”.

<sup>144</sup> CARVALHO, Victor Aguiar. **Cartéis em licitações**: concorrência, incentivos e prevenção aos conluios nas contratações públicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 124-129.

<sup>145</sup> MARSHALL, Robert C.. *Op. Cit.*, 2012, p. 194; OCDE. **Fighting Cartels in Public Procurement**. Paris: OCDE Publications, 2008. p. 3

Vampiro”) – no qual os pregões se davam na forma presencial<sup>146</sup>. Uma vez que sejam utilizadas plataformas eletrônicas dotadas de ferramentas capazes de omitir a identidade dos licitantes e impedir a comunicação entre eles (inclusive numericamente, mediante a oferta de preços predeterminados), as principais limitações dos leilões dinâmicos apontadas pelo autor são substancialmente minoradas. A questão é que o sistema de pregão eletrônico não incorpora satisfatoriamente essas medidas.

A OCDE recomenda a adoção de sistemas de leilões fechados com adjudicação por melhor preço<sup>147</sup>. Todavia, em paralelo existem muitos estudos com entendimentos cujos resultados são divergentes, partindo de um conjunto de cenários e premissas distintos, cada qual para recomendar ou não cada tipo de formatação: há quem afirme que o leilão fechado de segundo preço favorece à estabilidade de cartéis<sup>148</sup>. Também quem defenda que esse favorecimento ocorre com leilões ascendentes abertos, propondo maior eficiência para evitar a colusão no leilão fechado de maior oferta<sup>149</sup>. Outra vertente prega o uso de uma modalidade híbrida anglo-holandesa<sup>150</sup>.

Nesse cenário, seguramente não é possível falar de uniformidade no tema. A multiplicidade de entendimentos é natural, pois o contexto envolvendo cada licitação pode ser variável, a ponto de recomendar modelos de leilão adaptáveis. O pré-estabelecimento de formas de apresentação das propostas acaba não sendo capaz de contemplar elementos específicos. Trata-se de cenário dotado de múltiplas opções viáveis, que não podem ser predeterminadas, mas são determináveis a depender do cenário concreto – um típico problema de processo decisório em contexto de incertezas, pois não há um modelo predefinido capaz de assegurar o

---

<sup>146</sup> O cartel de hemoderivados foi objeto de apuração pelo CADE no SEI nº 08012.003321/2004-71 (in: <[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?rL-N4hXQH5c3Ne54f4qU8L1ENaIdEMzrit2wmvWAXE0GjNLIMOf14BbJfsO0Mg9XqdI5q2OtuYr3yFy-iNILCQQGzENxoWJ1lajIjAgNF4mc1Udg2EUYwrbSpLfZEc1W](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?rL-N4hXQH5c3Ne54f4qU8L1ENaIdEMzrit2wmvWAXE0GjNLIMOf14BbJfsO0Mg9XqdI5q2OtuYr3yFy-iNILCQQGzENxoWJ1lajIjAgNF4mc1Udg2EUYwrbSpLfZEc1W)>. Acesso em: 24 ago. 2019)

<sup>147</sup> OCDE, *Op. Cit.*, 2012, p. 9.

<sup>148</sup> VON UNGERN-STERNBERG, Thomas. Cartel Stability in Sealed Bid Second Price Auctions. **The Journal Of Industrial Economics**, [s.l.], v. 36, n. 3, p.351-358, mar. 1988.

<sup>149</sup> ROBINSON, Marc S.. Collusion and the Choice of Auction. **The Rand Journal Of Economics**, [s. l.], v. 16, n. 1, p.141-145, spring 1985.

<sup>150</sup> KLEMPERER, Paul. **Auctions: theory and practice**. [S.I.]. The Toulouse Lectures in Economics, 2004. p. 116-117.

melhor benefício em todas as situações<sup>151</sup>. Esse é o campo, por excelência, para exercício do poder discricionário<sup>152</sup>.

Por conseguinte, quanto aos formatos, é importante que a legislação assegure ao organizador da licitação a possibilidade de modelagem, escolhendo uma das 4 (quatro) formas básicas de leilão, ou uma mescla delas<sup>153</sup>. A modelagem não deve ser aleatória, mas fundada num processo de justificação lastreado nas variáveis específicas do setor, com o intuito de: a) aumentar o número de participantes; b) reduzir a capacidade de coordenação.

Não se ignora que o câmbio de um parâmetro pré-estabelecido para a apresentação de propostas para um modelo plástico, com processo de motivação baseado em variáveis econômicas, parece um tanto utópico para o Brasil. Não raro o pessoal alocado para a realização de licitações sequer detém qualificação para fazer implementar o procedimento pré-estabelecido na lei; quanto mais para criar um novo baseada em justificação econômica setorial. Apesar de viável pensar num modelo plástico a nível de órgãos dotados de pessoal altamente qualificado, muitos pequenos municípios certamente não terão condição alguma de fazer essa mudança paradigmática.

A fim de contemplar tais situações, a solução adequada não parece ser simplesmente o abandono de leilões pré-estabelecidos, mas a inclusão de margem de plasticidade no contexto desses procedimentos. O gestor teria estabelecido na lei um rito padrão, que, na maioria das vezes, atingiria a finalidade de proceder a uma aquisição ótima para a Administração – o qual poderá seguir se não tiver condições de, naquele momento, proceder a adaptações. Sem embargo, tal modelo possuiria margem de manobra, de modo que, havendo viabilidade de um processo de justificação econômico-setorial que permita aferir formas alternativas mais eficientes, ele poderia ser utilizado pela equipe organizadora da licitação. A proposta não é nova no ordenamento: o RDC, em alguma medida, trabalha com tal sistemática, conforme já explicado.

---

<sup>151</sup> MYERSON, Roger B.. Optimal Auction Design. **Mathematics Of Operations Research**, [s. L.], v. 6, n. 1, p. 58-73, fev. 1981. p. 72.

<sup>152</sup> Sobre a discricionariedade como solução normativa para a impossibilidade do legislador antecipar a melhor solução para eventos futuros, cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. pp. 246-247.

<sup>153</sup> Igualmente defendendo a concessão de margem de escolha ao gestor para a escolha do formato da licitação, cf. CARVALHO, *Op. Cit.*, 2018. p. 130.

#### 4.2.4 ACESSO A ELEMENTOS DA FASE INTERNA

Outra questão relevante consiste no nível de acesso aos elementos da fase interna do procedimento licitatório. A fase interna se trata do momento preparatório antecedente à publicação do edital<sup>154</sup>. É prevista no art. 38, da Lei nº 8.666/1993 (regime geral), no art. 3º, da Lei nº 10.520/2002 (Pregão) e art. 12, I, da Lei nº 12.462/2011 (RDC). Compreende o processo de fundamentação da compra (registro da conveniência e necessidade do objeto), definição do objeto (projetos básico e executivo), projeção do custo (orçamento estimativo ou preço de referência), análise da disponibilidade orçamentária para a aquisição, definição de regras do procedimento, elaboração do ato convocatório etc.<sup>155</sup>

Apesar da legislação tratar da fase interna de forma um tanto singela, ela compreende elementos básicos da aquisição, de modo a ser essencial para o sucesso da licitação. A sua complexidade é traduzida na produção de uma quantidade considerável de documentos sobre os mais diversos aspectos da futura aquisição. Por conseguinte, o acesso a elementos da fase interna pelos interessados permite que eles se preparem com uma antecedência para o processo licitatório venturo. Isso é especialmente relevante em ritos expeditos, como o caso do pregão, uma vez que: a) o prazo mínimo entre a publicação do edital e a apresentação das propostas é de somente 8 (oito) dias<sup>156</sup>; b) apesar disso, tal modalidade não tem limite de valor, podendo envolver uma operação de fornecimento em larga escala.

O conhecimento das nuances do objeto da licitação ainda na fase interna pode servir de um relevante auxílio para os interessados se programarem para o certame e, com isso: a) ofertar proposta com maior viabilidade de êxito; b) evitar incidir em contingências negativas<sup>157</sup>. Portanto, há um efetivo interesse no acesso aos elementos integrantes desse momento preliminar ao edital, o que comumente fundamenta pedidos por interessados aos órgãos licitantes, com base na Lei de

---

<sup>154</sup> FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**, 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 278.

<sup>155</sup> JUSTEN FILHO, *Op. Cit.*, 2019.

<sup>156</sup> Lei nº 10.520/2002, art. 4º, V: “o prazo fixado para a apresentação das propostas, contado a partir da publicação do aviso, não será inferior a 8 (oito) dias úteis”.

<sup>157</sup> Por contingências negativas, queremos nos referir a comportamentos prejudiciais ao interessado, decorrentes de uma má atuação no processo de compra, p. ex., a apresentação de propostas manifestamente destoantes do valor do objeto e o não cumprimento de obrigações editalícias.

Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011). Contra decisões de indeferimento, a legislação prevê todo um sistema revisional interno no próprio órgão público destinatário do pedido. A Controladoria-Geral da União (CGU) consiste na instância superior dos pedidos de informação que não forem acolhidos no âmbito do órgão solicitado.

A partir do exame de decisões da CGU em sede recursal, é possível detectar ser comum a negativa total de fornecimento de cópias relacionadas à fase interna dos procedimentos licitatórios aos interessados na aquisição. As decisões, em geral, apresentam 2 (duas) justificativas: a) o procedimento na fase interna conteria elementos capazes de oferecer vantagem competitiva àqueles que os obtenha; b) o documentos produzidos no contexto da fase interna seriam de caráter preparatória da licitação, na forma do art. 3º, XII, c/c 20, do Decreto nº 7.724/2012. Por isso, somente seriam acessíveis a partir da publicação do edital<sup>158</sup>.

O primeiro fundamento se baseia numa premissa de suposta assimetria informacional entre o interessado detentor da fase interna do certame e aquele que não a possui. De fato, uma vez que a fase interna pode conter informações relevantes para a participação no certame, a sua disponibilização a alguns agentes, mas não a todos, certamente os colocam em significativa situação de vantagem. Sem embargo, o argumento somente procederia se a informação não estivesse potencialmente acessível a todos. Afinal, se a política de transparência fosse a disponibilização dos documentos a quem os solicitar, qualquer interessado poderia obter a informação relevante sem custo. Isso anularia a assimetria informacional, ou, pelo menos, ela somente existiria para o participante desinteressado.

Na verdade, a prática dos processos de controle de cartéis vem revelando justamente o contrário do entendimento da CGU: é o sigilo da fase interna que vem permitindo a empresas obter ilicitamente documentos produzidos nessa etapa, antes que sejam acessíveis aos demais interessados. É o que aconteceu no cartel de licitações para mochilas e material escolar processado no CADE. Na ocasião, ficou evidente que: a) dado o volume de bens fornecidos, o acesso antecipado às especificações foi considerado essencial para que o cartel se preparasse para a licitação; b) para obter as informações privilegiadas, houve o

---

<sup>158</sup> A título ilustrativo, cf. CGU, j. 10 fev. 2016, Processo nº 60502.002108/2015-01; CGU, j, 27 nov. 2017, Processo nº 25820.001548/2017-09.

concurso de servidores do órgão, mediante o pagamento de “comissão”. Significa dizer: na verdade, o sigilo foi o provocador da assimetria informacional entre os componentes do cartel e aqueles que dele não faziam parte.

Com relação ao segundo ponto – a fase interna compreenderia documentos preparatórios de ato administrativo, qual seja, o edital da licitação –, a questão é mais complexa do que o fundamento faz crer. Isso decorre do próprio caráter genérico da conceituação de ato administrativo: a doutrina geralmente o qualifica simplesmente como qualquer manifestação de vontade decorrente da função administrativa vocacionada a produzir efeitos jurídicos<sup>159</sup>. Nessa perspectiva, a fase interna está imbricada de atos administrativos que produzem efeitos jurídicos próprios, como a decisão de licitar, a escolha do quantitativo, da modalidade, do tipo, quais serão os requisitos de habilitação etc.

Na atividade administrativa, dificilmente existirão atos administrativos puramente independentes; de regra, os atos dependem do conteúdo de um documento ou de um ato anterior. Portanto, uma leitura literal do art. 3º, XII, c/c 20, do Decreto nº 7.724/2012, impediria o acesso a todo e qualquer ato público – desprovendo de eficácia a própria legislação que determina esse acesso. O ponto chave para a interpretação do que seriam esses “documentos preparatórios” encontra-se no conteúdo semântico dos exemplos dados no próprio art. 3º, XII, do Decreto nº 7.724/2012: “pareceres” e “notas técnicas”.

Pareceres e notas técnicas têm em comum a circunstância de serem atos consultivos. Por excelência, são atos desprovidos de eficácia decisória; sua função é justamente fornecer os fundamentos e as opções cabíveis para outro ato administrativo, proferido pelo agente público que vai efetivamente decidir<sup>160</sup>. O ato consultivo não é o ato final, de modo que não produz a eficácia sugerida em suas conclusões – inclusive, podendo não ser acolhido, total ou parcialmente. A sua publicização, além de gerar expectativas capazes de serem frustradas, fomenta que grupos de interesse pressionem o gestor para a não adoção do elemento preparatório.

---

<sup>159</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018 [livro eletrônico].

<sup>160</sup> Sobre o conceito de atos consultivos, cf. JUSTEN FILHO, Marçal, *Op. cit.*, 2018.

Essa interpretação é consentânea com a ideologia ampliativa da Lei de Acesso à Informação<sup>161</sup>.

Atos consultivos existem na fase interna do certame, como estipula o art. 38, VI, da Lei nº 8.666/1993<sup>162</sup>. Contudo, é impróprio afirmar que todo e qualquer ato desse momento é consultivo. É o caso de, p. ex., atos comunicativos para a solicitação de aquisição oriundos do órgão demandante interno, das manifestações justificando a aquisição, do ato que designa a comissão de licitação e o pregoeiro, dentre outros. Por conseguinte, é equivocado invocar art. 3º, XII, do Decreto nº 7.724/2012, como fundamento para rejeitar todo e qualquer pedido de acesso à fase interna dos processos licitatórios. O nível de publicidade adequado para a fase interna não se encontra em nenhum dos dois extremos, mas reside em restringir a transparência somente aos documentos que sejam sensíveis ao procedimento licitatório.

E quais esses documentos sensíveis? Os primeiros seriam os próprios atos de caráter consultivo, conforme já salientado, até que a decisão que neles se fundamenta seja proferida – momento a partir do qual cessa a razão fundante do sigilo. Outro caso evidente, e especialmente relevante na ótica concorrencial, são as informações coletadas do mercado (i. e., dos potenciais participantes) para a formação da estimativa orçamentária.

Quanto a esse segundo caso, expliquemos: é na fase interna da licitação que as entidades promotoras da empreendem as diligências necessárias à definição estimativa do preço de referência. Nesse contexto, podem: a) realizar a buscas em cadastros de preços relativos a licitações anteriores (p. ex. SICRO, SINAPI etc.); b) pedir orçamento perante os próprios agentes interessados no futuro certame.

Se tais informações forem disponibilizadas a algum interessado antes da oferta da proposta, ele facilmente saberá qual dos seus concorrentes tem algum interesse naquele procedimento. Tal circunstância abre a via comunicativa entre os participantes, que poderão combinar condutas para a fase externa. Ainda que não haja o concerto propriamente dito, o acesso a preços de concorrentes também facilita

---

<sup>161</sup> HEINEN, Juliano. **Comentários à Lei de acesso à informação**: Lei nº 12.527/2011. Belo Horizonte: Fórum, 2015. pp. 16-19

<sup>162</sup> Lei nº 8.666/1993, art. 38: “O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente: (...) pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade;”

a colusão tácita. Por fim, se não é recomendável que o orçamento estimativo da administração seja aberto ao público, tal conclusão se estende aos próprios preços que foram utilizados como base para calcular o orçamento.

A maior preocupação com a publicização dos elementos da fase interna não reside na divulgação das especificações da aquisição. Na verdade, tal providência apresenta efeitos concorrenciais até positivos: permite que mais empresas se preparem com antecedência para participar do certame, aumentando a sua competitividade<sup>163</sup>. Tal antecedência possui especial relevo no Pregão, pois ele possui um prazo substancialmente curto entre a publicação do edital e a sessão de lances, o que opera como uma barreira de entrada para novos licitantes. Na maioria das vezes, só licitantes profissionais possuem capacidade de cumprir todos os requisitos do edital a tempo.

Por exemplo, no cartel de mochilas e materiais escolares, o acesso antecipado foi identificado como relevante para superar o que foi considerado a principal barreira de entrada das empresas: os requisitos de habilitação. Como os elementos da fase interna não estavam disponíveis pelas vias oficiais, o acesso antecipado passou a ser realizado mediante o pagamento de propina aos servidores envolvidos<sup>164</sup>. Significa dizer: sigilo dos elementos definidores do objeto, ao invés de servir como um fomentador da competitividade (pelo contrário, a restringe), se demonstrou também como um incentivo à corrupção.

A questão preocupante se refere aos possíveis danos decorrentes da divulgação de propostas comerciais, catálogos de preços da Administração e orçamentos estimativos. Nesse cenário conflitivo entre vantagens e desvantagens decorrentes do sigilo ou divulgação dos elementos da fase interna, a saída está na opção por um modelo de publicidade seletiva: solicitado o acesso à fase interna do certame, ele seria franqueado, com exceção dos documentos comercialmente sensíveis (proposta comerciais, orçamentos e catálogos de preços) e dos efetivos

---

<sup>163</sup> A investigação do cartel de mochilas e materiais escolares deixou evidente que “o principal obstáculo para a participação era preencher os requisitos de habilitação, dentre eles os atestados de capacidade técnica das licitantes”. Cf. CADE, SEi 08700.008612/2012-15, Nota Técnica nº 96/2018/CGAA8/SGA2/SG/CADE, p. 53.

<sup>164</sup> “Os Representados utilizaram diversas estratégias para implementar o acordo colusivo, dentre as quais se destacam (...) o pagamento de ‘comissão’ para conhecer previamente o conteúdo do edital de uma licitação, já que o principal obstáculo para a participação era preencher os requisitos de habilitação, dentre eles os atestados de capacidade técnica das licitantes” (CADE, *op. cit.*, p. 53)

documentos preparatórios (atos consultivos). Os demais elementos são públicos e devem ser disponibilizados quando requeridos.

### 4.3 CONCLUSÕES

Nos tópicos acima ficou demonstrados como a modelagem da transparência em 4 (quatro) pontos específicos das compras públicas incorpora elementos anticoncorrenciais, de modo a fomentar a resiliência de cartéis em compras governamentais. O regime geral e o pregão se revelam os mais problemáticos nesse ponto, enquanto o RDC já incorpora diversos avanços decorrentes da evolução da teoria dos leilões nos últimos anos. Uma vez constatadas as falhas legislativas e procedimentais, resta delineado o contexto para uma proposta de encaminhamento, a fim de sanar (ou pelo menos melhorar) os pontos críticos acima evidenciados. Isso será objeto do próximo capítulo.

## 5 PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO: REMODELAGEM DO PROCESSO DE AQUISIÇÃO

### 5.1 INTRODUÇÃO

Nos tópicos anteriores, foram abordados 4 (quatro) pontos delicados envolvendo a transparência nas licitações brasileiras. Ficou destacado que o modelo atual para cada um deles não se afeiçoa adequadamente às recomendações da OCDE. Tal constatação leva à última parte do estudo: a proposta de encaminhamento, para adequação do atual regime jurídico a modelos mais abertos à competitividade. Em grande medida tais propostas dependem de modificações legislativas. Nesse cenário, será declinado o paradigma normativo reputado correto. Contudo, não haverá a propositura de redação legal materializados do paradigma sugerido. Isso porque a adequada redação de diplomas legais envolve um aprofundado trabalho de legística, que foge ao escopo deste estudo.

Nesse contexto, já existem críticas à própria noção de modalidades pré-definidas de licitação: Fiuza e Medeiros (2014) entendem que a própria noção de modalidade é obsoleta, uma vez que a licitação, como leilão reverso, envolveria dimensões que não poderiam ser previstas de forma imutável. Para eles, a legislação deveria apenas apresentar elementos básicos e principiológicos sobre a formatação e implementação de leilões reversos<sup>165</sup>. Também por esse motivo, a pretensão é externar, na forma de ideia, o encaminhamento proposto, de modo que os profissionais especialistas em legística possam vertê-la no comando normativo adequado.

### 5.2 SIGILO DO ORÇAMENTO ESTIMATIVO

Com relação à *transparência na gestão do orçamento estimativo*, a regra deve ser o seu sigilo. Na hipótese da autoridade responsável entender que esse sigilo possa ser afastado para que se obtenha um melhor resultado para a aquisição, a publicidade da estimativa orçamentária poderia ser relativizada por decisão

---

<sup>165</sup> FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio; MEDEIROS, Bernardo Abreu de. **Texto para discussão:** a agenda perdida das compras públicas: rumo a uma reforma abrangente da lei de licitações e do arcabouço institucional. Brasília: Ipea, 2014. p. 29.

fundamentada do agente competente. Os critérios para publicidade não deverão se fundar em preceitos genéricos e abstratos, mas em elementos econômicos empiricamente fundados. São casos que podem fundamentar, p. ex., a adoção do orçamento estimativo como critério de aceitabilidade de propostas, ou a observação de que, em licitações anteriores, a abertura do orçamento implicou em maior eficiência do procedimento.

Uma preocupação acentuada deve existir quanto à abertura de orçamentos em cenários desprovidos de suficiente segurança na concepção da estimativa. Em licitações de baixa complexidade e alta frequência, o preço de referência costuma a ser definido com substancial nível de certeza; a sua abertura ou mesmo inclusão como critério de aceitabilidade é viável como uma medida estratégica para a obtenção de menores preços. Sem embargo, em licitações de alta complexidade, não raro o orçamento é construído em bases voláteis; se, por ventura, ele divergir substancialmente do efetivo preço de mercado, a sua divulgação pode gerar efeitos negativos. P. ex., afugentando potenciais interessados (quando o orçamento for muito baixo) ou reduzindo o desconto, “ancorando” o preço de referência em patamar elevado (quando o orçamento for acima da expectativa mercadológica).

Por conseguinte, uma certa margem de discricionariedade é necessária para que o sigilo do orçamento possa ser parcial ou totalmente relativizado pelo gestor, na busca do melhor preço ou da conclusão do procedimento licitatório. Nesse contexto, o Decreto do RDC oferece certa maleabilidade necessária à aplicação do sigilo orçamentário. Todavia, a falta de clareza no próprio decreto de que essa flexibilização é uma solução possível – talvez, porque sequer foi concebida inicialmente – torna necessária a sua modificação, no intuito de tornar mais evidente às autoridades responsáveis dos procedimentos licitatórios as possibilidades de atuação. Estender em caráter geral o histórico modelo do pregão (i. e., anterior a 2019), na conotação dada pelo TCU – liberdade discricionária fundamentada pelo gestor – é a solução mais adequada.

O Projeto de Lei nº 6.814/2017, da Câmara dos Deputados, cujo objetivo é substituir a Lei nº 8.666/1993, apesar de trazer como regra a publicidade do orçamento, permite que o seu sigilo seja decretado “[h]avendo motivos relevantes

devidamente justificados” (art. 21 <sup>166</sup>). Portanto, verifica-se que a questão da transparência nesse ponto é uma preocupação corrente e, ao que tudo indica, o paradigma jurídico sobre a questão tende a ser mudado também em caráter geral, caso o novo diploma venha a ser aprovado. Trata-se de modelo um pouco diverso do atual pregão, mas que abre suficiente margem para o sigilo, de modo que pode se revelar uma solução viável.

### 5.3 PRESERVAÇÃO DA IDENTIDADE DOS LICITANTE

Quanto ao segundo ponto – preservação da identidade dos licitantes e de suas propostas no curso do processo licitatório –, necessárias algumas mudanças na plataforma do *comprasnet* para o Pregão eletrônico. O sistema deve se ajustado para que não permita, em hipótese alguma, a identificação dos participantes durante a sessão – ainda que finalizada a fase de lances. E isso inclui a situação na qual o Pregoeiro direciona mensagens individuais a licitantes específicos, o que demanda ajustes para fazer cessar a referência ao CNPJ no campo de *chat*. Uma outra solução para o ponto é a utilização de apelidos aleatórios, gerados pelo próprio sistema, para cada participante em cada sessão.

Também contribui para a preservação do anonimato, além de operar como um fato de estímulo à traição no cartel, que o sistema permita a um mesmo licitante concorrer com mais de um apelido na sessão – inclusive com lances e adjudicação autônoma. A incerteza quanto à identidade e à efetiva quantidade de competidores criam incentivos para que interessados atuem de forma mais agressiva em suas ofertas. No caso de licitantes previamente concertados, o elevado número de concorrentes (reais, duplicados ou até mesmo robôs do próprio do sistema) pode levar à insegurança quanto à efetiva viabilidade da estratégia previamente acordada – circunstância que fomenta a quebra do ajuste.

Com relação à ata da sessão do pregão eletrônico, ela poderia migrar para um regime de publicidade gradativa. Após a sessão, a versão pública somente

---

<sup>166</sup> PL nº 6.814/2017, art. 24: “Havendo motivos relevantes devidamente justificados, o orçamento estimado da contratação poderá ter caráter sigiloso, hipótese em que: I – o sigilo não prevalece para os órgãos de controle interno e externo; II – o orçamento será tornado público apenas e imediatamente após a fase de julgamento de propostas, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas. Parágrafo único. Na hipótese de licitação em que for adotado o critério de julgamento de maior desconto, a informação quanto ao caráter sigiloso de que trata o caput constará necessariamente do edital da licitação”.

indicaria o vencedor e a proposta de adjudicação. A via mais detalhada, compreendendo todos os lances, participantes e eventos, ficaria disponível às autoridades de controle e aos efetivos participantes. Quanto a estes, *download* somente seria viável com a aposição do nome e CNPJ do interessado no documento, de modo a ficar evidente quem extraiu o arquivo do sistema. Essa medida serve para coibir o vazamento do documento, sem impedir que o interessado materialize o seu direito de recurso.

Após um período – a nossa sugestão é 1 (um) anos – a via detalhada poderia vir a ser publicizada sem restrições. O prazo escolhido foi meramente intuitivo: contempla a persecução punitiva, caso alguém do povo pretenda fazer representação específica perante as autoridades de controle (que já tinha acesso à ata). Também torna a informação suficientemente distante do próprio processo de compra, de modo que os dados sensíveis já não apresentem atualidade e, por isso, sua utilidade será reduzida no contexto de supressão da concorrência.

#### 5.4 FORMA DE APRESENTAÇÃO DAS PROPOSTA

Quanto ao terceiro ponto, relativo à forma de apresentação das propostas, o regime geral de licitação e o pregão poderia adotar a ideologia incorporada no RDC, para conceder uma maior margem de plasticidade ao gestor. As opções de lances abertos, fechados, sequenciais ou não etc. estariam predefinidas na lei. Afinal, uma vez que os órgãos, como uma solução de economicidade, compartilham as mesmas plataformas, necessário um nível mínimo padronização, de modo a permitir economicidade procedimental. Sem embargo, no contexto de um cardápio pré-estabelecidos de modelos, o Administrador teria a liberdade de escolher a combinação que fosse economicamente justificável para o caso.

No PL nº 6.814/2017, há a previsão para ofertas abertas e fechadas, de forma isolada ou conjunta (art. 50). O diploma não vai a fundo na forma de como se processaria essa escolha, remetendo a regulamento a ser aprovado<sup>167</sup>.

---

<sup>167</sup> PL nº 6.814/2017, art. 50: “Regulamento disporá sobre a apresentação de propostas e lances, que poderá ser, isolada ou conjuntamente: I – aberta, hipótese em que os licitantes apresentarão suas ofertas por meio de lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes, conforme o critério de julgamento adotado; II – fechada, hipótese em que as propostas permanecerão em sigilo até a data e hora designadas para sua divulgação”.

## 5.5 PUBLICIDADE DOS ELEMENTOS DA FASE INTERNA DO CERTAME

Por fim, com relação aos elementos da fase interna, a proposta é pelo sigilo seletivo: somente devem ser ocultadas as informações comercialmente relevantes, cujo conhecimento possa fomentar a formação de cartéis tácitos ou explícitos. Nesse contexto, 3 (três) tipos de documentos ganham especial relevo: a) os orçamentos estimativos; b) os cadastros de preços utilizados; c) o resultado da pesquisa mercadológica. Conforme salientado nos tópicos anteriores, o acesso prévio a elementos relacionados à definição do objeto é até benéfico à competitividade do certame. A proposta de encaminhamento consiste na alteração legislativa das leis de licitações, para que fique evidente esse regime de acesso à documentação da fase interna. O PL nº 6.814/2017 não trata explicitamente da questão.

## 5.6 CONCLUSÕES

A maior parte das alterações propostas não consistem em verdadeiras novidades; quase todas decorrem de práticas estudadas pela literatura e pela OCDE. Em síntese, elas contemplam uma maior margem de discricionariedade para o gestor modelar o processo de compra. A exceção se refere à publicidade dos elementos da fase interna, medida que se vislumbra como capaz de fomentar a competitividade. Algumas dessas alterações, em boa medida, já estão contempladas no projeto de lei que substituirá a Lei nº 8.666/1993 (PL nº 6.814/2017). Espera-se que, com esses encaminhamentos, seja possível amenizar os efeitos negativos da errada dosagem da transparência em diversos aspectos das aquisições governamentais. A intenção quanto às medidas propostas é que elas, ao mesmo tempo que sirvam à política antitruste no contexto das licitações, não apresentem prejuízos no combate à corrupção.

## 6 CONCLUSÃO FINAL

O presente trabalho procurou testar se o regime jurídico das licitações brasileiras, no tocante ao nível de transparência, está ou não em sintonia com as melhores práticas antitrustes recomendadas pela OCDE.

No capítulo 1, foram examinadas as funções básicas da compra pública e os sistemas legais de aquisições governamentais brasileiro – Leis nº 8.666/1993, Lei nº 10.520/2002, Lei nº 12.462/2011 e a Lei nº 13.303/2016. Nesse momento, adentrou-se mais especificamente na questão da transparência governamental e a sua aplicação nas licitações – destacando que níveis excessivos de informações públicas não necessariamente traduzem utilidade social. Concluiu-se pela inegável importância administrativa e funcional das compras governamentais e como ele se desenvolveu contemplando um conjunto de preceitos de publicidade, mas que, nem sempre, esse amplo acesso informacional fomentará melhor capacidade decisória; pelo contrário, poderá ser utilizado por grupos mal intencionados.

No capítulo 2, foi abordada importância das compras governamentais na composição da atividade econômica, bem como a alta sensibilidade desse segmento à formação de cartéis – a constatação é mundial, da qual o Brasil não destoa. Houve destaque para a importância da informação como elemento processado pelos cartéis para implementar seus sistemas punitivos internos. Também abordamos os estudos sobre o uso da modelagem dos processos de compra, com base nas conclusões da teoria dos leilões, como elemento de combate à colusão nas compras governamentais. A partir desse marco, produzimos um estudo recortado, tendo em conta especificamente a questão dos efeitos da publicidade nos processos de compra – i. e., como um alto nível de transparência pode trazer efeitos negativos à eficiência aquisitiva da Administração.

Nos capítulos 3, 4 e 5, foi: a) definida a hipótese; b) examinados elementos específicos de 4 (quatro) aspectos de transparência nas licitações e c) dado encaminhamento para alterações legislativas. No capítulo 3 foi definida a hipótese: “a legislação e a prática administrativa brasileiras adotam parâmetros de transparência em descompasso com as diretrizes antitruste da OCDE?”. No capítulo 4, ela foi testada tendo em conta 4 (quatro) aspectos da transparência nas licitações e suas externalidades anticoncorrenciais. Na análise desses aspectos, concluímos que regime geral e o pregão se revelam os mais problemáticos nesse ponto, enquanto

o RDC já incorpora diversos avanços decorrentes da evolução da teoria dos leilões nos últimos anos.

No tocante ao primeiro aspecto – sigilo do orçamento estimativo –, no capítulo 4 destacou-se a variedade legislativa no ponto: há casos de transparência total (Lei nº 8.666/1993) e de sigilo (RDC). Demonstrou-se que a publicização de orçamentos estimativos somente deve ser realizada quando não haja dúvidas quanto à efetiva realidade dos preços e dos ganhos em sua abertura. E especialmente quando o orçamento é adotado como critério de aceitabilidade de propostas. Portanto, não há uma solução única e correta, de modo que a proposição formulada no capítulo 5 foi para a aplicação do antigo modelo do pregão a todas as modalidades – sigilo definido pelo gestor com base num processo de fundamentação empírica para cada caso. Essa é a sistemática mais adequada com as recomendações da OCDE.

Quanto ao segundo ponto – a transparência com relação a informações comercialmente sensíveis dos licitantes –, no capítulo 4 concluiu-se que o ambiente da sessão do *comprasnet* e a ata dos trabalhos incorporam elementos excessivos, que pouco agregam eficiência aos trabalhos, mas são capazes de servir a propósitos anticompetitivos. Nesse cenário, o encaminhamento proposto no capítulo 5 envolveu mudança normativa, a fim de permitir que as autoridades administrativas possam restringir ou retardar a publicidade e a descritividade dos acontecimentos das sessões.

Com relação ao terceiro ponto – forma de apresentação das propostas – demonstrou-se no capítulo 3 que o RDC é o único dos regimes que oferece plasticidade para o órgão licitante escolher a formatação que fundamentadamente repute mais adequada às necessidades da compra concreta. Ficou evidente que não existe um formato correto, de modo que o campo é propício a uma abertura à discricionariedade. Por isso, no capítulo 5, o encaminhamento dado foi a inclusão de margem de atuação legal nos modelos da Lei nº 8.666/1993 e do pregão, responsivo às necessidades empiricamente apuradas pelo gestor, considerando: a) as necessidades da Administração; b) a realidade do segmento econômico no qual a aquisição se operará.

Quanto ao quarto ponto – o sigilo dos elementos da fase interna do certame – o capítulo 4 demonstrou que a adoção da regra de não tornar pública tal etapa, ao contrário do entendimento dos órgãos administrativos e da CGU, é que apresenta efeitos negativos à competitividade. Explicou-se como esse sigilo restringe

número de interessados, pois muitas empresas poderiam melhor se preparar se conhecessem, de antemão, detalhes da demanda pública. Em adição, os licitantes mais temerários acabam por utilizar-se de vias espúrias (como o suborno de autoridades) para a obtenção de informações antecipadas. No capítulo 5, o encaminhamento dado à questão foi uma alteração legislativa, para deixar evidente o direito à obtenção de cópias e informações quanto aos elementos da fase interna.

A pretensão não deste estudo não é de definitividade: salutar que a sua adoção seja gradativa é acompanhada, para que, a partir de evidências empíricas, seja possível: a) avaliar a eficácia positiva; b) proceder com eventuais ajustes necessários. Objetivou-se sempre aproximar a legislação nacional às recomendações da OCDE, que se baseiam em anos de observação da experiência de aquisições públicas em diversos países. Contudo, cada local tem suas características ímpares, de modo que são essas recomendações são só um ponto de partida. Elas devem, sempre que necessário, se adaptar ao contexto nacional, e sua pertinência e capacidade de adaptação só será possível de se vislumbrar se houver uma adoção, pelo menos, a nível experimental.

## REFERÊNCIAS

- ASKER, John. A Study of the Internal Organization of a Bidding Cartel. *American Economic Review*, [s.l.], v. 100, n. 3, p.724-762, jun. 2010. American Economic Association. <http://dx.doi.org/10.1257/aer.100.3.724>.
- ATHEY, Susan; BAGWELL, Kyle. Optimal Collusion with Private Information. **The Rand Journal Of Economics**, [s.l.], v. 32, n. 3, p.428-465, 2001. Wiley.
- BEGGS, Alan; GRADDY, Kathryn. Anchoring Effects: Evidence from Art Auctions. **American Economic Review**, [s.l.], v. 99, n. 3, p.1027-1039, maio 2009.
- BINDRA, Amit. The Application of Antitrust Logic to Military Procurement Policies Would Enhance America's National Security. **Depaul Business And Commercial Law Journal**, [s. L.], v. 10, n. 3, p.405-438, spring 2012. Disponível em: <<https://via.library.depaul.edu/bclj/vol10/iss3/4>>. Acesso em: 06 out. 2019.
- BITTENCOURT, Sidney. **Licitação através do Regime Diferenciado de Contratações Públicas**: RDC: com ênfase no Decreto nº 7.581, de 11.10.2011, que regulamentou a Lei nº 12.462, de 05.08.2011: Lei do RDC. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BOLTON, Phoebe. Protecting the environment through public procurement: The case of South Africa. **Natural Resources Forum**, [s.l.], v. 32, n. 1, p.1-10, fev. 2008. Wiley.
- BONIFAZ F., J. L. Concesiones de infraestructura en el Perú: recomendaciones a la luz de la teoría de subastas. **Apuntes**. Revista de ciencias sociales, n. 44, p. 3-21, 5 nov. 1999.
- CAPRA, Mónica C.. Subastas de títulos públicos en Bolivia. **Revista de Análisis**, [s.l.], v. 2, n. 2, p.121-155, 11 dez. 2012. [s.l.]. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/123456789/99>>. Acesso em: 15 mar. 2019.
- CARDOSO, André Guskow. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: a questão da publicidade do orçamento estimado. In: JUSTEN FILHO, Marçal; CARVALHO, Victor Aguiar. **Cartéis em licitações**: concorrência, incentivos e prevenção aos conluíus nas contratações públicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- CONNOR, John M.. Cartels Costly for Customers. **SSRN Electronic Journal**, [s.l.], p.1-10, 18 jun. 2017. Elsevier BV. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2988489>.
- CONNOR, John M.. Price-Fixing Overcharges: Legal and Economic Evidence. **SSRN Electronic Journal**, [s.l.], n. 04-05, p.1-104, nov. 2004. Elsevier BV. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1103516>.
- DAVENPORT, Thomas H.; PRUSAK, Laurence. **Working Knowledge**: How Organizations Manage What They Know. [s.l.]: Harvard Business School, 1998.

DIAS, Roberto; FERREIRA, João Paulo. A publicidade no Regime Diferenciado de Contratações Públicas: algumas considerações críticas. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). **Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11)**: aspectos fundamentais. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 61-72

DODONOVA, Anna; KHOROSHILOV, Yuri. Anchoring and transaction utility: evidence from on-line auctions. **Applied Economics Letters**, [s.l.], v. 11, n. 5, p.307-310, 15 abr. 2004.

ETZIONI, Amitai. Is Transparency the Best Disinfectant? **Journal Of Political Philosophy**, [s.l.], v. 18, n. 4, p.389-404, 14 mar. 2010. Wiley.

FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio; MEDEIROS, Bernardo Abreu de. **Texto para discussão**: a agenda perdida das compras públicas: rumo a uma reforma abrangente da lei de licitações e do arcabouço institucional. Brasília: Ipea, 2014.

FONSECA, Miguel A.; NORMANN, Hans-theo. Explicit vs. tacit collusion—The impact of communication in oligopoly experiments. **European Economic Review**, [s.l.], v. 56, n. 8, p.1759-1772, nov. 2012. Elsevier BV.  
<http://dx.doi.org/10.1016/j.euroecorev.2012.09.002>.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalism and Freedom**. Chicago: University of Chicago Press, 2002. p. 28 (Edição Kindle)

FRIEDMAN, Milton. **Milton Friedman Speaks**, 01 jan. 1978. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=tdLBzfFGFQU&list=PLCF2ED9175123F78D>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**, 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

GALVÃO, Arnaldo. Ação de cartéis provoca prejuízo de R\$ 40 bi por ano em compras públicas. **Valor Econômico**. São Paulo, p. A2. 31 maio 2007. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/478633>>. Acesso em: 10 mar. 2019.

GARCIA, C. R.; INÁCIO JÚNIOR, E. Mensurando o mercado de compras governamentais brasileiro. **Caderno de Finanças Públicas**, n. 14, Brasília, dez. 2014.

GRAELLS, Albert Sánchez. **Public procurement and the EU competition rules**. 2. ed. Oxford: Hart Publishing, 2015.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade da transparência**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017 (Edição Kindle).

HEINEN, Juliano. **Comentários à Lei de acesso à informação**: Lei nº 12.527/2011. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy: The law of competition and its practice**. 5. ed. St. Paul, Mn: West Academic Publishing , 2016 (Edição Kindle).

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 18. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019 [livro eletrônico].

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014 [livro eletrônico].

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018 [livro eletrônico].

KAHNEMAN, Daniel. **Thinking, Fast and Slow**. [S. l.]. Farrar, Straus and Giroux, 2011

KLEMPERER, Paul. **Auctions: theory and practice**. [S.l.]. The Toulouse Lectures in Economics, 2004.

KLEMPERER, Paul. What Really Matters in Auction Design. **Journal Of Economic Perspectives**, [S. l.], v. 16, n. 1, p.169-189, winter 2002.

LAMBERT, Ariane; SONIN, Konstantin. **Corruption and Collusion in Procurement Tenders**. 2003. Disponível em: <<https://www.nes.ru/files/Preprints-resh/WP36.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2019.

LEVENSTEIN, Margaret C; SUSLOW, Valerie y. What Determines Cartel Success? **Journal Of Economic Literature**, [s.l.], v. 44, n. 1, p.43-95, fev. 2006. American Economic Association. <http://dx.doi.org/10.1257/002205106776162681>

MARSHALL, Robert C.. **The Economics of Collusion: Cartels and Bidding Rings**. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 2012 (Edição do Kindle)

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MYERSON, Roger B.. Optimal Auction Design. **Mathematics Of Operations Research**, [s. l.], v. 6, n. 1, p.58-73, fev. 1981.

NÓBREGA, Marcus. O Regime Diferenciado de Contratação - RDC, negociauction e o orçamento sigiloso. **Revista Digital do MPC**, Curitiba, n. 2, p.96-112, nov. 2015.

OCDE, **Hard core cartels: recent progress and challenges ahead**, Paris: OCDE Publications, 2003.

OCDE. **Checklist for Supporting the Implementation of OECD Recommendation of the Council on Public Procurement: Transparency.** Public Procurement Tollbox. Disponível em <<http://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/search/Checklist%2001%20Transparency.pdf>>. Acesso em 09 br. 2019.

OCDE. **Collusion and Corruption in Public Procurement.** 2010. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/46235884.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2019.

OCDE. **Fighting Cartels in Public Procurement.** Paris: OCDE Publications, 2008.

OCDE. **Government at a Glance.** OECD Publishing. Paris, 2017.

OCDE. **OECD Peer Reviews of Competition Law and Policy: Brazil.** Paris: OECD Publishing, 2019.

OCDE. **Policy Roundtables: Public Procurement.** Paris: OCDE Publishing, 2007.

OCDE. **Public Procurement for Innovation: Good Practices and Strategies.** Paris: OCDE Publishing, 2017. DOI: <https://doi.org/10.1787/9789264265820-en>.

OCDE. **Recomendación del consejo de la OCDE para combatir la colusion em la contratación pública.** Paris: OCDE Publications, 2012.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC):** comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581: (atualizados pela Lei nº 12.980 e pelo Decreto nº 8.251, de maio de 2014). 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 81-112.

PORTER, Michael E.. **Competitive Advantage: Creating and Sustaining Superior Performance.** New York, NY: Free Press, 1985 (Edição do Kindle)

ROBINSON, Marc S.. Collusion and the Choice of Auction. **The Rand Journal Of Economics**, [s. L.], v. 16, n. 1, p.141-145, spring 1985.

SANCHEZ-GRAELLS, Albert. **The Difficult Balance between Transparency and Competition in Public Procurement: Some Recent Trends in the Case Law of the European Courts and a Look at the New Directives.** University of Leicester School of Law Research Paper 13-11. 2013. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2353005>>. Acesso em: 12 nov. 2013.

SKRZYPACZ, Andrzej; HOPENHAYN, Hugo. Tacit collusion in repeated auctions. **Journal Of Economic Theory**, [s.l.], v. 114, n. 1, p.153-169, jan. 2004. Elsevier BV. [http://dx.doi.org/10.1016/s0022-0531\(03\)00128-5](http://dx.doi.org/10.1016/s0022-0531(03)00128-5).

SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio da publicidade administrativa (Direito de certidão, vista e intimação). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 199, p. 97-110, jan. 1995. ISSN 2238-5177. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46491/46698>>. Acesso em: 19 Abr. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v199.1995.46491>.

TALEB, Nassim Nicholas. **A lógica do cisne negro: o impacto do altamente improvável**. 9. ed. Rio de Janeiro: Best Seller, 2015 (Edição eletrônica).

VARIAN, Hal R. **Microeconomia: uma abordagem moderna**. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

VASCONCELLOS, Pedro Barreto. **Pregão: nova modalidade de licitação**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 222, p.213-238, out./dez. 2000.

VINCENT, Daniel R.. Bidding Off the Wall: Why Reserve Prices May Be Kept Secret. **Journal Of Economic Theory**, [s.l.], v. 65, n. 2, p.575-584, abr. 1995. Elsevier BV.

VON UNGERN-STERNBERG, Thomas. Cartel Stability in Sealed Bid Second Price Auctions. **The Journal Of Industrial Economics**, [s.l.], v. 36, n. 3, p.351-358, mar. 1988.

ZORZAL, Luzia; RODRIGUES, Georgete Medleg. Disclosure e transparência no setor público: uma análise da convergência dos princípios de governança. **Informação & Informação**, [S.l.], v. 20, n. 3, p. 113 - 146, dez. 2015. ISSN 1981-8920. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/informacao/article/view/19470/17642>>. Acesso em: 19 abr. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.5433/1981-8920.2015v20n3p113>.