

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

EDUARDA MILITZ SANTOS

AVANÇOS CONCORRENCIAIS DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES:
ANÁLISE DA LEI 14.133/2021 SOB A ÓTICA DA POLÍTICA CONCORRENCIAL
BRASILEIRA

Florianópolis, Santa Catarina

2023

EDUARDA MILITZ SANTOS

**AVANÇOS CONCORRENCIAIS DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES:
ANÁLISE DA LEI 14.133/2021 SOB A ÓTICA DA POLÍTICA CONCORRENCIAL
BRASILEIRA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Everton das Neves Gonçalves

Florianópolis, Santa Catarina

2023

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Santos, Eduarda Militz

Avanços concorrenciais da nova lei de licitações :
Análise da Lei 14.133/2021 sob a ótica da política
concorrencial brasileira / Eduarda Militz Santos ;
orientador, Everton das Neves Gonçalves, 2023.

80 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências
Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2023.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Licitações públicas. 3. Direito
concorrencial . I. Gonçalves, Everton das Neves. II.
Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em
Direito. III. Título.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “Avanços concorrenciais da Nova Lei de Licitações: análise da Lei 14.133/2021 sob a ótica da política concursal brasileira”, elaborado pela acadêmica Eduarda Militz Santos, defendido em **30/06/2023** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (**dez**), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 30 de junho de 2023.



Documento assinado digitalmente
Everton das Neves Gonçalves
Data: 30/06/2023 09:18:03-0300
CPF: ***.067.380-**
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Everton das Neves Gonçalves
Professor Orientador



Documento assinado digitalmente
BRAULIO CAVALCANTI FERREIRA
Data: 30/06/2023 11:05:34-0300
CPF: ***.931.269-**
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Braulio Cavalcanti Ferreira
Membro de Banca



Documento assinado digitalmente
FERNANDA FAGUNDES SENNA BORGES
Data: 30/06/2023 10:37:12-0300
CPF: ***.766.049-**
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Fernanda Fagundes Senna Borges
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): Eduarda Militz Santos

RG: 1113137549

CPF: 003.057.730-62

Matrícula: 18206154

Título do TCC: Avanços concorrenciais da Nova Lei de Licitações: análise da Lei 14.133/2021 sob a ótica da política concorrenciais brasileira

Orientador(a): Prof. Dr. Everton das Neves Gonçalves

Eu, nome do Eduarda Militz Santos, acima qualificada; venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, 12 de julho de 2023.



Documento assinado digitalmente

Eduarda Militz Santos

Data: 12/07/2023 23:28:36-0300

CPF: ***.057.730-**

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

EDUARDA MILITZ SANTOS

AGRADECIMENTOS

Este trabalho de conclusão de curso, como o próprio nome sugere, representa o encerramento de um ciclo que muito me orgulha e me realiza. Esta caminhada não seria possível sem o apoio e o incentivo de pessoas essenciais, que merecem as mais sinceras homenagens.

Agradeço, acima de tudo, àquelas que são meu alicerce e minha fortaleza em todos os momentos. Minha mãe, Denise; minha irmã, Rafaela; e minha avó, Iracy. Obrigada por serem fonte inesgotável de inspiração e incentivo. Vocês são minha primeira e mais sólida formação. Minha motivação diária. Meus exemplos de pessoa e de mulher. Obrigada.

Agradeço à Rosa, Ademar, Arthur e Werner, pela acolhida na nova cidade quando o sonho da graduação em direito ainda nascia. Obrigada pelo apoio e por serem meu pedaço de casa longe de casa. Sem vocês, essa realização não seria possível.

À Giovanna, minha namorada, minha companheira e confidente. Pelo apoio de todas as horas, e por tornar mais leve a vida. Obrigada pela paciência, pela presença e pelos ensinamentos que tornaram este trabalho possível. Que sorte a minha ter encontrado você.

Agradeço à toda a família e amigos do Rio Grande do Sul, que nunca deixaram a distância arrefecer os laços. Obrigada por se manterem ao meu lado mesmo nas ausências que a vida nos impôs. A partida foi dura, mas valeu a pena.

Camilla, Eduarda, Francine, Izadora, Letícia e Thayná, minhas amigas mais antigas, obrigada por preservarem nosso vínculo sempre, pelo incentivo em cada sonho e por celebrarem as minhas conquistas.

À Universidade Federal de Santa Catarina e a todos os amigos que conquistei pelo caminho, que fizeram dessa trajetória uma lembrança especial. Camila, Christian, Faraco, Geovanna, Joana, Jota, Leonardo, Letícia, Luna, Rafael, Romeu, Tayane, Thaiane, Vinícius e Vitor, obrigada por compartilharem comigo os desafios e as alegrias de todo o curso.

Agradeço as oportunidades que tive e que me levaram sempre mais longe. À Locus Iuris, por me mostrar o verdadeiro significado de propósito e por ensinar que o inconformismo leva aos maiores voos. À equipe WICADE/UFSC, que primeiro me apresentou o universo do direito concorrencial. E ao PinCade/2022, que me permitiu abrir portas que eu sequer conhecia. Obrigada por me enriquecerem como pessoa e como profissional.

Aos amigos da Schiefler Advocacia, pela companhia e aprendizado diários. Compartilhar a profissão com colegas tão qualificados e comprometidos é um privilégio que me enche de orgulho.

Agradeço também ao meu orientador, Professor Everton das Neves Gonçalves, pelo entusiasmo com que aceitou embarcar nessa pesquisa comigo.

Por fim, agradeço àqueles que perdi pelo caminho, mas que são parte inseparável dessa trajetória. Elisabete e Fábio, vocês foram o meu porto seguro. Nosso convívio nos foi tolhido cedo demais, mas as lembranças permanecem quentes e acolhedoras como nossos abraços sempre foram. Obrigada por tanto.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar as novidades trazidas pela Lei 14.133/2021 que podem impactar positivamente o nível de competição entre os licitantes durante processos de compras públicas brasileiras. Inicialmente, aborda-se a relação entre Estado e ordem concorrencial, com a intenção de evidenciar os motivos pelos quais as contratações públicas devem ser permeadas pelo princípio da competitividade. Na sequência, são abordados os principais elementos de violação à concorrência em licitações públicas, chamados de riscos concorrenciais. Após, passa-se a uma análise dos dispositivos trazidos pela Nova Lei de Licitações que poderão suprir os referidos riscos concorrenciais, de forma a criar um ambiente mais competitivo para as licitações públicas. A presente pesquisa é bibliográfica, realizada com método dedutivo.

Palavras-chave: Licitação pública. Direito Concorrencial. Sistema Brasileiro de Defesa Econômica.

LISTA DE FIGURAS

Quadro 1 – Riscos de corrupção nas contratações públicas.....	39
---	----

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. ESTADO E ORDEM CONCORRENCIAL.....	12
1.1 POR QUE DIREITO ADMINISTRATIVO E ANTITRUSTE?	13
1.2. O ESTADO SUBMETIDO (OU GARANTE DA) À ORDEM CONCORRENCIAL .	19
1.3. COMPRAS PÚBLICAS COMO MANIFESTAÇÃO ECONÔMICA DO ESTADO...	21
1.4. A ESSÊNCIA CONCORRENCIAL DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS	24
2. RISCOS CONCORRENCIAIS DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS.....	28
2.1 RISCOS DE COLUSÃO ENTRE LICITANTES.....	28
2.2 RISCOS DE CONDUTAS UNILATERAIS ANTICOMPETITIVAS.....	34
2.3 RISCOS DE CORRUPÇÃO ADMINISTRATIVA	37
2.4 RISCOS DE BARREIRAS À ENTRADA (RESTRICÇÕES COMPETITIVAS PROVOCADAS PELO ESTADO).....	41
3. NOVO CONTEXTO LICITATÓRIO BRASILEIRO: A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E OS AVANÇOS CONCORRENCIAIS	47
3.1 AVANÇOS E NOVIDADES DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES NO ÂMBITO CONCORRENCIAL	48
3.2 APRIMORAMENTOS NO COMBATE À COLUSÃO ENTRE LICITANTES	50
3.2.1 Inversão das fases de julgamento e habilitação dos licitantes (Art. 17 da lei 14.133/2021)	50
3.2.2 O Painel Nacional de Contratações Públicas (Art. 174 da Lei 14.133/2021)	52
3.3 APRIMORAMENTOS NA PREVENÇÃO DE CONDUTAS UNILATERAIS.....	55
3.3.1 Necessária motivação para apresentação da carta de solidariedade (Art. 41 da Lei 14.133/2021)	56
3.4 APRIMORAMENTOS NO COMBATE À CORRUPÇÃO ADMINISTRATIVA	58
3.4.1 Incentivos legais para o desenvolvimento de governança pública e a realização de programas de integridade pelos licitantes (Art. 11, parágrafo único; Art. 25, §4º e Art. 60, IV da Lei 14.133/2021)	59
3.4.2 Vedação à ocorrência de conflitos de interesse (Art. 7º da Lei 14.133/2021).....	62
3.4.3 Segregação de funções e pluralidade de agentes públicos na condução da licitação (Art. 5º e Art. 7º da Lei 14.133/2021)	64
3.5 APRIMORAMENTOS NO COMBATE ÀS BARREIRAS À ENTRADA DE LICITANTES.....	66
3.5.1 Redução do prazo de manutenção do contrato em caso de inadimplemento da administração de 90 para 60 dias (Art. 137, §2º, inciso IV da Lei 14.133/2021)	67
3.5.2 A preferência pela licitação em meio eletrônico (Art. 12, inciso VI e art. 17, §2º da Lei 14.133/2021).....	69

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	72
REFERÊNCIAS	74

INTRODUÇÃO

Em 1º de abril de 2021 foi sancionada a Lei nº 14.133, que instituiu o novo diploma legal de Licitações Públicas e Contratos Administrativos. A Nova Lei de Licitações substituiu diversas leis anteriores, unificou o regime jurídico relacionado ao tema e introduziu inovações ainda inexistentes no ambiente de compras públicas brasileiro.

As compras governamentais representam um dos instrumentos utilizados pelo Estado para a o atingimento de interesses públicos e coletivos. Em razão do impacto coletivo causado pelas contratações públicas, que atinge a sociedade como um todo, a busca por contratos eficientes e economicamente vantajosos é de interesse geral da população e um dever inafastável do Estado.

Frente à necessidade de realização de compras públicas, o Estado, em prestígio ao princípio da isonomia, da economicidade e da seleção da proposta mais vantajosa, coloca os interessados em fornecer para o Estado em uma competição, da qual será vencedor aquele que apresentar a proposta mais benéfica para a Administração Pública. Este procedimento, chamado licitação, é previsto como regra constitucional, materializado no artigo 37, inciso XXI da CRFB/1988.

De outro lado, o Direito Concorrencial surge como um conjunto de normas e princípios que visa garantir a concorrência efetiva e impedir práticas anticompetitivas no mercado. A finalidade primordial dessa área do direito é evitar a concentração excessiva de poder econômico nas mãos de poucos agentes, bem como prevenir abusos de posição dominante e condutas anticoncorrenciais que possam prejudicar os consumidores e a livre concorrência.

Uma vez que a competição é característica inerente dos processos licitatórios, é de se supor que o estímulo a ambientes mais competitivos vai ao encontro dos objetivos desejados de um processo de compras públicas, vez que esta é a natureza das licitações. Em linha com esta premissa, o Direito Concorrencial, por ter como objetivo a proteção da livre concorrência, pode apresentar instrumentos úteis ao aprimoramento dos procedimentos licitatórios.

Tendo em vista esta aparente relação entre ambas as matérias e a recente alteração da lei geral de licitações, propõe-se uma análise de investigue a relação entre o Direito Concorrencial e as Licitações Públicas, bem como identifique os pontos de contato entre ambos a partir da Lei 14.133/2021.

É neste contexto que surge a problemática do presente trabalho. A pesquisa busca resolver o seguinte problema: a Nova Lei de Licitações trouxe aprimoramentos legislativos que

estimulam o caráter concorrencial das licitações públicas no ambiente de compras governamentais brasileiro?

Para propor uma resposta ao problema de pesquisa, parte-se da hipótese de que a Lei 14.133/2021 trouxe avanços concorrenciais que fortalecem o princípio competitivo das licitações, atendendo a recomendações doutrinárias e documentais sobre o tema da concorrência em licitações públicas e apresentando avanço na defesa da concorrência em comparação com o regime legislativo anterior.

Nesse sentido, o objetivo geral do presente trabalho é verificar a abrangência do princípio da concorrência na nova lei de licitações públicas e contratos administrativos, compreendendo de que forma as inovações trazidas pela Lei 14.133/2021 promovem a concorrência nas compras governamentais.

Assim, a conformação deste objetivo geral se desdobra em três objetivos específicos, cada qual analisado em um dos capítulos desta pesquisa.

O primeiro objetivo específico se propõe a compreender a relação entre Estado e ordem concorrencial, debatendo sobre a importância da promoção da concorrência para a obtenção de resultados eficientes e satisfatórios nas compras governamentais.

Para tanto, no primeiro capítulo será realizado aprofundamento teórico acerca da relação entre Estado e Ordem Concorrencial. O Estado é analisado tanto de uma perspectiva de garantidor quanto de promotor da concorrência, com vistas a identificar qual o papel e a importância dos esforços estatais para a criação de um ambiente mais competitivo. Na sequência, também é explorada a natureza concorrencial das licitações públicas e o impacto das contratações públicas na atividade econômica do país.

O segundo objetivo específico consiste em analisar os riscos decorrentes da falta de concorrência em licitações e os tipos de riscos concorrenciais enfrentados pelo Estado na seara das contratações públicas, com enfoque para os prejuízos sofridos pela sociedade em razão destas fragilidades identificadas.

Assim, o segundo Capítulo evidencia os chamados riscos concorrenciais das licitações públicas, demonstrando as fragilidades dos procedimentos licitatórios que podem contribuir para o enfraquecimento da concorrência nas compras públicas. A análise é realizada com apoio em doutrina e em documentos de organizações nacionais e internacionais que se dedicam à defesa da concorrência dentro e fora das contratações públicas. Para contribuir com a didática da análise, os riscos concorrenciais são agrupados em quatro grandes categorias: riscos relacionados à colusão entre licitantes; riscos relacionados a condutas unilaterais; riscos

relacionados à corrupção administrativa e riscos relacionados à barreiras à entrada promovidas pelo Estado.

Como terceiro objetivo específico, pretende-se analisar a nova lei de licitações com vistas a identificar a existência de inovações legislativas úteis a mitigar os riscos concorrenciais das licitações públicas e promover o princípio da concorrência.

Para tanto, o terceiro capítulo apresenta uma seleção de dispositivos legais trazidos pela Nova Lei de Licitações que são considerados avanços do novo ordenamento jurídico para estimular processos licitatórios mais competitivos e eficientes. A análise parte das conclusões alcançadas no segundo capítulo, a partir dos riscos concorrenciais identificados.

O estudo foi realizado com pesquisa bibliográfica nacional e internacional, partindo de argumentos gerais como teorias, documentos e leis, para alcançar conclusões restritas às premissas inicialmente estabelecidas. Desta forma, foi utilizado o método de abordagem dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica.

Ademais, importa pontuar que a pesquisa não se pretende exaustiva. O trabalho apresenta caráter desafiador em razão da baixa aplicação da Lei 14.133/2023 até o presente momento, o que limita o acesso a interpretações dos órgãos de controle e a localização de exemplos empíricos dos efeitos dos dispositivos analisados no trabalho. O que se pretende, em verdade, é fomentar a discussão sobre a importância da defesa da concorrência nas licitações públicas, e apresentar análise inicial sobre as possibilidades de realização deste objetivo dentro do novo regramento jurídico inaugurado pela Nova Lei de Licitações.

1. ESTADO E ORDEM CONCORRENCIAL.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1998) inaugurou nova Ordem Jurídica no Estado brasileiro, marcada pela supremacia dos direitos fundamentais e a positivação constitucional de deveres estatais voltados para o bem-estar social dos cidadãos. A constitucionalização das responsabilidades da Administração Pública, somadas aos efeitos da globalização e a maior participação da sociedade civil na atuação estatal levaram ao aumento significativo das atividades do Estado.

Nesse sentido, o Estado foi incumbido da missão de alocar eficientemente os recursos escassos disponíveis, de modo a melhor atingir os múltiplos interesses sociais que coexistem tanto na esfera pública quanto na esfera privada. É indispensável que todos os cidadãos tenham acesso às condições mínimas previstas na CRFB/1998, de modo a assegurar uma existência digna e o efetivo cumprimento do interesse público objeto da atuação administrativa.

Frente a essa necessidade de decisão política acerca da distribuição de recursos e oportunidades, é possível observar a convergência entre Direito e Economia, uma vez que o Direito preocupa-se com a aplicação da justiça e a Economia dedica-se ao problema da escassez de recursos para o atingimento do justo. Nas palavras de Gonçalves e Stelzer, “[j]ustiza e eficiência são metades da mesma verdade que se sobrepõem alternadamente ou se complementam ordenadamente”¹. A relação entre o atingimento da maior eficiência possível, limitada pelos contornos dos direitos fundamentais e pelo Mínimo Ético Legal (MEL) é expressa pelo chamado Princípio da Eficiência Econômico-Social² (PEES).

O PEES consiste em proposta de novo arranjo entre o Direito e a Economia, na qual se defende a busca pela eficiência econômica, porém dentro dos limites ditados pelo Estado e em atenção ao atingimento dos objetivos sociais constitucionalmente previstos. Como explica Gonçalves e Stelzer:

Defende-se, pois, que se pode distribuir renda e alocar recursos a partir de tomada de decisão racional consideradora do social, fato que o mercado, por si, é incapaz de fazer. Dessa forma, o sistema econômico ideal deve perpassar o mercado globalizado e universalmente regulamentado, sob a égide do PEES, como forma de atenuação entre a planificação – em que se tem a desvantagem de perder o referencial do valor

¹ GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana Princípio da Eficiência Econômico-Social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial. **Sequência (Florianópolis)**, n. 68, p. 261-290, jun. 2014, p. 262.

² Sobre o tema: “Resta, pois, novo arranjo do Direito com a Economia, buscando eficiência, sim; porém, dentro de limites determinados pelo Estado, segundo se entende por Mínimo Ético Legal (MEL). Tal arranjo denomina-se Princípio da Eficiência Econômico Social (PEES)”. GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana Princípio da Eficiência Econômico-Social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial. **Sequência (Florianópolis)**, n. 68, p. 261-290, jun. 2014.

econômico – e a concorrência de mercado – que faz desaparecer as possibilidades de coexistência.³

A proposta parte do entendimento de que a existência de falhas de mercado distorce a distribuição ideal de recursos, “fazendo urgir a ação do Estado e do Direito para organizar as relações econômico-sociais”⁴. Em outras palavras, entende-se que a interação entre Estado, Direito e Economia se faz necessária uma vez que o mercado tende à acumulação de renda e à busca irrestrita de lucro, gerando injustiças distributivas em razão da escassez. Assim, tais imperfeições poderiam ser corrigidas a partir da regulação.

É justamente em razão deste protagonismo de objetivos sociais que a CRFB/1988, apesar de adotar o sistema capitalista de mercado e garantir a defesa da liberdade de iniciativa e a livre concorrência como valores da Ordem Econômica nacional, inclui outros princípios ao lado da busca por eficiência. O texto constitucional permeia tais liberdades com valores sociais que devem ser observados e atingidos, contrapondo-se ao Estado liberal clássico, em que inexistia intervenção estatal. Nas palavras de Ferreira:

Assim, ao mesmo tempo em que a Constituição Federal protege a propriedade privada, impõe que esta cumpra sua função social, eleva a defesa do consumidor a princípio da ordem econômica, assim como a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido às empresas de pequeno porte.⁵

A relação entre a busca por eficiência, o desenvolvimento econômico e social e o atingimento dos objetivos previstos constitucionalmente é tarefa multidisciplinar que exige a reunião e a conciliação de diversos interesses e perspectivas. Para dar cabo da demanda, o Estado conta com alguns instrumentos dedicados a facilitar estes objetivos e assegurar o atingimento dos objetivos desejados. Para que seja melhor compreendida a relação entre estes instrumentos estatais, dedica-se o primeiro Capítulo.

1.1 POR QUE DIREITO ADMINISTRATIVO E ANTITRUSTE?

³ GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana Princípio da Eficiência Econômico-Social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial. **Sequência (Florianópolis)**, n. 68, p. 261-290, jun. 2014, p. 271.

⁴ GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER. Loc. Cit.

⁵ FERREIRA, Marcelle Ragazoni Carvalho. *A Importância da Livre Concorrência para o Desenvolvimento Econômico Brasileiro. Direito concorrencial: avanços e perspectivas* — Livro I / coordenação de João Grandino Rodas — 1.ed. — Curitiba: Editora Prisma. 2018, p. 46.

O Direito Administrativo surge juntamente com o Estado de Direito⁶, a partir da necessidade de limitação do poder do governante frente aos governados. A concentração de poder nas mãos do Estado produz riscos significativos de utilização da máquina estatal para a perseguição de interesses privados dos dirigentes, que se torna um risco constante e indesejável. Desta forma, a submissão dos governantes à lei partiu da necessidade de controle do poder estatal, de forma a fazer prevalecer o ordenamento jurídico, em cujo ápice figura a Constituição⁷.

Uma vez que o Direito Administrativo está intrinsecamente atrelado à ideia de legalidade, o seu surgimento relaciona-se diretamente com a imperatividade das leis, às quais ele está diretamente submetido. Em sua gênese, o Direito Administrativo era considerado um direito “especial”, diferente do direito comum até então conhecido (Civil e Penal), que regulava a atuação estatal. Também por este motivo, era dotado de diversas prerrogativas e possibilidades inexistentes nas relações particulares, que foram então chamadas de “exorbitantes”⁸.

Com o avanço do conceito de Estado de Direito e a evolução das atividades da Administração Pública, o Direito Administrativo passou por inúmeras modificações e foi adaptado aos valores sociais e culturais de cada sociedade. Atualmente, a doutrina administrativa brasileira identifica duas interpretações gerais ao objetivo central do Direito Administrativo. As normas que regem a atuação da administração pública podem ser consideradas como o “conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado”⁹, ou então como o ramo do Direito Público que disciplina “a atividade exercida no *dever* de alcançar o interesse público”¹⁰. A dicotomia entre interesse do Estado e interesse público é uma das discussões mais antigas a respeito das normas que regem a Administração Pública.

Nesse sentido, o conceito de interesse público, em que pese possa parecer, à primeira vista, contrário à ideia de direito individual, é esclarecido por Melo como “o interesse do todo,

⁶ Sobre Estado de Direito: “o conceito de Estado de Direito, estruturado sobre o princípio da legalidade (em decorrência do qual até mesmo os governantes se submetem à lei, em especial à lei fundamental que é a Constituição) e sobre o princípio da separação de poderes, que tem por objetivo assegurar a proteção dos direitos individuais, não apenas nas relações entre particulares, mas também entre estes e o Estado.” (Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo** [livro eletrônico]. 33. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 57)

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo** [livro eletrônico] – 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 80-81.

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo – 32 Ed.** São Paulo: Malheiros, 2015, p. 44.

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro.** 42. ed. / atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. - São Paulo : Malheiros, 2016., p. 42.

¹⁰ MELLO, Celso Antônio *Op. cit.*, p. 29.

do conjunto social, [que] nada mais é que a dimensão pública dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da sociedade”¹¹. Assim, a consecução do interesse público pode ser, também, considerada como o atingimento dos objetivos do Estado, entendimento que será adotado ao longo do presente trabalho.

A relação entre Estado e sociedade foi significativamente impactada pelo advento do conceito do Estado Democrático de Direito, marcado pela maior participação da sociedade civil nas atividades governamentais. A partir deste processo de democratização estatal, “[o] Estado se tornou um instrumento para promover os interesses concretos e efetivos da sociedade. Deixou de ser um meio de apropriação do poder político para realização dos interesses dos governantes ou de classes dominantes”¹². O foco, portanto, passou a ser ainda mais direcionado ao atingimento do interesse público, inclusive com a participação ativa da sociedade civil na satisfação dos direitos fundamentais¹³.

Outro ponto para a definição dos objetivos da administração pública foi o processo de constitucionalização do Direito Administrativo, iniciado no Séc. XX, com vistas a garantir maior legitimidade para o exercício do poder político, ao mesmo tempo em que busca evitar eventuais arbitrariedades do poder legislativo¹⁴. Segundo Guimarães e Freitas, “[e]ste processo incorporou um movimento de releitura de institutos e conceitos básicos da Administração pública à luz dos princípios constitucionais, e não apenas a mera incorporação do direito ordinário ao texto constitucional”¹⁵.

No Brasil, o processo de constitucionalização do Direito Administrativo e da positivação de direitos e deveres fundamentais pela CRFB/1988 implicou, também, na responsabilização da Administração Pública pela consecução dos direitos fundamentais constitucionalizados (alinhado, portanto, à ideia de dever de atendimento ao interesse público, preconizada por

¹¹ Ibid, p. 60-61

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 85.

¹³ Nesse sentido, “Uma alteração relevante dos tempos contemporâneos foi a assunção pela sociedade civil de parcelas significativas de encargos necessários à satisfação dos direitos fundamentais. Tomouse consciência de que o Estado não dispõe de condições de satisfazer todas as necessidades de cunho geral e essencial. A atuação estatal vai sendo subsidiada ou, mesmo, substituída pela atuação de organizações privadas e por esforços individuais.” JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 85.

¹⁴ MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e; ARAÚJO, Guilherme Dourado Aragão Sá. **Constituição, direitos fundamentais e democracia: a constitucionalização do Direito Administrativo moderno**. Disponível em:

<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0871af0e2e24e2b7#:~:text=A%20constitucionaliza%C3%A7%C3%A3o%20do%20direito%20administrativo%20%C3%A9%20um%20fen%C3%B4meno%20iniciado%20a,a%20partir%20do%20s%C3%A9culo%20anterior>. Acesso em 30/05/2023.

¹⁵ GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar; FREITAS, Marcyo Keveny de Lima. A constitucionalização do Direito Administrativo brasileiro sob uma visão neoconstitucionalista. **Revista digital constituição o e garantia de direitos**, vol. 11, nº 2. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/15398/11384>. Acesso em 31/05/2023

Melo). A CRFB/1988 foi responsável por diversas inovações no âmbito do Direito Administrativo brasileiro, reforçadas ainda pela adoção dos princípios do Estado Democrático de Direito, das inspirações neoliberais e da globalização¹⁶.

Sobre este processo de constitucionalização, Di Pietro destaca que:

No Direito Administrativo brasileiro, as principais inovações foram introduzidas após a Constituição de 1988 e reforçadas pelas sucessivas Emendas, seja com a adoção dos princípios do Estado Democrático de Direito, seja sob a inspiração do neoliberalismo e da globalização, do sistema do common law e do direito comunitário europeu, que levaram à chamada Reforma do Estado, na qual se insere a Reforma da Administração Pública e, em consequência, a introdução de novidades no âmbito do Direito Administrativo.¹⁷

No mesmo sentido, Sundfeld compartilha do posicionamento ao afirmar que “a diversidade e a complexidade crescentes do Direito Administrativo – e mesmo suas oposições internas – vêm do fato de a Administração Pública ter, pouco a pouco, se expandido para todos os lados, especialmente a partir do início do Séc. XX”¹⁸. É exatamente em razão destas mudanças e da ampliação do escopo do Direito Administrativo tradicional que Cassese conceitua o chamado Direito Administrativo Pós-Moderno, reconhecido pelo autor como sendo “o produto de um novo papel do Estado como promotor, facilitador, regulador de risco e como timoneiro da economia e da sociedade. Assim requer-se uma abordagem nova, mais interdisciplinar”¹⁹.

Justen Filho compartilha do entendimento, conceituando a pós-modernidade como o período surgido após a segunda metade do século XX, e popularizada na década de 1990. Segundo o autor, o período é marcado pela ausência de homogeneidade e sistematicidade do conhecimento, pela rapidez das mudanças e redução dos limites de tempo e de espaço, e pela constatação de que o "progresso" produziu efeitos não apenas positivos, mas também negativos. Já no âmbito jurídico:

A expressão *Direito Administrativo pós-moderno* indica a necessidade de tomar em vista as alterações sociais, econômicas, culturais e políticas contemporâneas. Mais precisamente, trata-se de admitir a impossibilidade de compreender a realidade contemporânea a partir de conceitos e fórmulas elaborados para explicar e compreender o Estado e o Direito de cem anos atrás.²⁰

¹⁶ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo...**, p. 111.

¹⁷ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo...**, p. 111.

¹⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 35.

¹⁹ No original: “This new, or postmodern, administrative law is more open than the old administrative law, and is focused on "steering" rather than on ordering. This new administrative law is-in this view-the product of the new role of the state as a promoter, as a facilitator, as a risk regulator, and as the helmsman of economy and society. It therefore requires a new, more interdisciplinary, approach”. CASSESE, Sabino. *New Paths for Administrative Law: A Manifesto*. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 10, no. 3, July 2012, pp. 603. HeinOnline.

²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo...**, p. 89-90.

Desta forma, pode-se considerar que o Direito Administrativo contemporâneo é marcado pela expansão da atuação administrativa, com vistas a melhor atender aos interesses sociais constitucionalmente positivados e de orientar os limites e deveres de atuação do Estado, incluindo-se em sua atuação a interdisciplinaridade.

Paralelamente, outro ramo do Direito Público nasceu e se desenvolveu durante o Séc. XIX e seguintes: o direito antitruste. Surgido nos Estados Unidos da América (EUA) em 1890, a partir da edição do Sherman Act, o direito antitruste nasce com o objetivo de combater os chamados trustes – grandes conglomerados econômicos que dominavam o mercado e as decisões políticas do país, prejudicando os consumidores. Em sua origem, os objetivos expressados pela doutrina antitruste foram focados na desconcentração de poder econômico, de forma a evitar os abusos cometidos pelas empresas dominantes contra consumidores, agricultores, trabalhadores e pequenos empresários²¹. No entanto, com a evolução do estudo concorrencial, a discussão sobre os objetivos se expandiu significativamente.

Em que pese as reiteradas discussões sobre os objetivos do antitruste e pela maior ou menor influência da corrente liberal neste ramo do direito, fato é que os esforços são voltados à promoção do desenvolvimento econômico e do bem-estar dos consumidores. No intuito de contribuir com esta definição de objetivos, Forgioni propõe entendimento que o Direito Antitruste seria, em verdade, um mecanismo para a promoção de políticas públicas, com vistas ao atingimento dos objetivos estatais.

A autora sustenta esta interpretação a partir do entendimento de que a intervenção estatal na economia, muitas vezes, “é efetuada mediante utilização de norma destinada a tutelar a livre-concorrência entre os agentes ou reprimir o abuso do poder econômico, ou seja, uma norma antitruste”²². Em outras palavras, a concorrência, regulada pelo direito antitruste, seria uma “técnica” à disposição do Estado para a implementação de determinadas políticas públicas. É o que a autora chama de “concorrência-instrumento”²³.

Na mesma linha, Frazão vai ao encontro do referido entendimento, reiterando que, para além dos objetivos estritamente concorrenciais como a manutenção dos mercados e do livre sistema de preços, a legislação de defesa da concorrência atende a “razões sociopolíticas, impedindo que o poder econômico desmedido acabasse comprometendo os objetivos sociais e

²¹ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 8 ed. rev, atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 71.

²² *Ibid.*, p. 79.

²³ *Ibid.*, p. 80-82.

o próprio poder do Estado”²⁴. Segundo a autora, ainda, em razão da previsão constitucional do Princípio da Livre Concorrência (artigo 170 da CRFB/1988), a mesma deve ser adaptada à Ordem Constitucional de cada país e utilizada para a realização de diversos fins constitucionais²⁵.

No cenário brasileiro, a defesa da concorrência está constitucionalmente prevista no artigo 170, inciso IV, da CFRB/1988, que preceitua o princípio da livre concorrência como um dos fundamentos para a defesa da ordem econômica nacional. A partir desta previsão, foi estruturado o Sistema Brasileiro de Defesa Econômica (SBDC), atualmente regido pela Lei 12.529/2011, que tem como um dos objetivos principais a defesa da concorrência em âmbito nacional.

O processo de constitucionalização é conceituado por Barroso como um “efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”, o que pode ser compreendido como um dos responsáveis por atrair maior interdisciplinaridade tanto na seara do Direito Administrativo quanto do direito concorrencial. Indo além, Barroso defende que um dos tipos de eficácia dos princípios constitucionais é a “eficácia interpretativa”, caracterizada pela fixação de interpretação da norma infraconstitucional considerando-se os valores do princípio constitucional em exame. Em outras palavras, é dizer que a regra constitucional não esgota sua importância em si mesma, devendo também ser utilizada como “modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito”²⁶.

É em razão desta eficácia interpretativa, por exemplo, que a Administração Pública deve ter sua atuação voltada ao atingimento dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente, assim como esta deve ser uma preocupação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. De outro lado, ainda, uma vez que a livre concorrência é um princípio constitucionalmente previsto, esta também deve ser observada para orientar os atos estatais e a regulação da ordem econômica.

Desta forma, considera-se que o Direito Administrativo, enquanto responsável por disciplinar a atuação do Estado e assegurar a supremacia do interesse público e o atingimento dos objetivos sociais, pode e deve utilizar-se de instrumentos previstos para assegurar tais realizações. O Direito Antitruste, por sua vez, se analisado em sua classificação como

²⁴ FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: Pressupostos e Perspectivas**. Imprensa: São Paulo, Saraiva, 2017, p. 34

²⁵ *Ibid.*, p. 48.

²⁶ BARROSO, Luis Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 211.

instrumento promotor de políticas públicas, pode e deve ser considerado para a promoção de objetivos Estatais, sendo necessária uma maior aproximação entre estas duas áreas jurídicas.

O propósito principal deste primeiro Capítulo é demonstrar, com maiores detalhes, a importância do contato próximo entre o Direito Concorrencial e o Direito Administrativo das licitações públicas. No entanto, antes de se adentrar especificamente nesta temática, cumpre compreender a relação direta entre o Estado e a Ordem Concorrencial, o que será explorado no tópico a seguir.

1.2. O ESTADO SUBMETIDO (OU GARANTE DA) À ORDEM CONCORRENCIAL

A maior aproximação entre o Direito Administrativo e o Direito Antitruste é possível e socialmente desejável para a promoção do desenvolvimento econômico e social, além da efetiva implementação de políticas públicas.

Chevallier vai ao encontro deste entendimento, defendendo a existência de relação de absoluta interdependência entre Estado e Ordem Concorrencial, por dois principais motivos: (i) porque Estado e ordem concorrencial nascem juntos, no final do período feudal e (ii) porque “há uma interferência necessária entre a ordem concorrencial e a ordem estatal”²⁷, de modo que uma não existe e nem pode existir sem a outra.

Para o autor, a relação entre Estado e ordem concorrencial se dá de 3 formas distintas: (i) o Estado garante da ordem concorrencial; (ii) o Estado sobrepujado pela ordem concorrencial e (iii) o Estado submetido à ordem concorrencial.

A ideia de Estado como garante da ordem concorrencial parte do entendimento de que “é ilusória a idéia [*sic*] de uma ordem concorrencial produzindo-se e reproduzindo-se por suas próprias forças sem que seja necessário recorrer-se a normas exteriores reguladoras”²⁸. O Estado, neste sentido, é o responsável por instituir, regular e desenvolver a ordem concorrencial.

A intervenção do Estado na economia, prevista constitucionalmente nos artigos 173 e 174 da CRFB/1988, se justifica especialmente pela existência das chamadas falhas de mercado, que atraem a necessidade de intervenção estatal para assegurar a proteção dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência²⁹. As falhas de mercado podem ser consideradas como “a incapacidade de alguns mercados não-regulamentados de alocar eficientemente os

²⁷ CHEVALLIER, Jacques. Estado e ordem concorrencial. Tradução de Thales Morais da Costa. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 133-151, out./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=49829>>. Acesso em 13/05/2023.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ BUCHAIN, Luiz Carlos. Intervenção do estado na economia e direito da concorrência. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, n. 38, ago. 2018, p. 185.

recursos”³⁰. Segundo Mankiw, nestes casos, as políticas públicas promovidas pelo estado podem remediar o problema e aumentar a eficiência econômica do setor, o que ilustra com precisão a necessidade de intervenção estatal e a atuação do Estado como garante da ordem concorrencial³¹.

Enquanto agente regulador, ao Estado incumbe “garantir a eficácia da livre iniciativa e a defesa da ordem concorrencial”³². Esta função é exercida pela proteção da concorrência, no tocante à preservação das estruturas de concorrência e da proteção contra práticas anticoncorrenciais, e também pela regulamentação da concorrência, no sentido de corrigir falhas de mercado e estimular a inclusão de questões de ordem social no cenário econômico³³

Contudo, em que pese a posição de garante da Ordem Constitucional, o Estado não é externo à concorrência, e não está imune a ela. Novamente segundo Chevallier, o Estado está também submetido à ordem concorrencial, e em Estados excessivamente liberais, pode ainda ser sobrepujado pela dinâmica de mercado. Buchain sintetiza a ideia da seguinte maneira:

O Estado detém dupla legitimidade para exercer a defesa da livre empresa e o direito concorrencial, ora exercendo-a no polo ativo e ora submetendo-se ao regramento concorrencial como sujeito passivo da ordem legal. Conforme atue como agente regulador ou agente econômico, o Estado alterna sua posição no jogo de mercado. Enquanto agente regulador, ao Estado compete garantir a eficácia da livre iniciativa e a defesa da ordem concorrencial. Enquanto agente econômico, o Estado torna-se empresário e atua em condições de igualdade com os demais agentes do mercado, tornando-se destinatário dos mesmos fundamentos constitucionais econômicos.³⁴

No cenário brasileiro essa premissa se confirma, por exemplo, a partir da Lei 12.529/2011, que institui o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Conforme previsão expressa de seu artigo 31, a lei “aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado”. Desta forma, o Estado não está imune à Norma Antitruste e à Ordem Concorrencial, em que pese, naturalmente, não se trate de controle geral e irrestrito dos atos estatais pela Autoridade Antitruste³⁵.

Da mesma forma, a constitucionalização dos princípios fundamentais da Ordem Econômica também exige do Estado o respeito e a promoção da concorrência. Salomão Filho destaca os Princípios da Valorização do Trabalho Humano, da Livre Iniciativa e da busca pela

³⁰ MANKIW, N. Gregory. **Introdução à Economia**. Harvard University. Tradução da 6ª Ed. Americana, São Paulo: Cengage Learning. 2016, p. 144.

³¹ MANKIW, *Op. Cit.*, p. 144.

³² BUCHAIN, *Op. cit.*, p. 190.

³³ CHEVALLIER, *Op. cit.*.

³⁴ BUCHAIN. *Op. cit.*, p.190.

³⁵ KLEIN, Aline Lícia; ANDRADE, Ricardo Barretto de. Licitações e concorrência: o direito concorrencial na atividade contratual da administração pública. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**. 2015. REDAC Vol.20 Setembro-Outubro 2015. Licitações e Contratos. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDAdmCont_n.20.05.PDF. Acesso em 07/05/2023

Justiça Social como absolutos a qualquer política industrial promovida pelo Estado, que “não pode ser direcionada a substituir ou eliminar o sistema concorrencial”³⁶.

Nesse sentido, as contratações públicas são ponto de significativo contato entre Estado e Economia. O Estado atua como sujeito econômico ao exercer seu poder de compra, sendo considerado inclusive o maior comprador do mercado brasileiro. Ao mesmo tempo, a União é constitucionalmente incumbida do dever de regular as licitações e compras públicas, de modo que cabe ao Estado, também, assegurar a livre concorrência em suas próprias disputas internas para a aquisição de produtos, por meio da edição de leis.

Desta forma, o Estado atua como protetor e regulador da Ordem Econômica e, ao mesmo tempo, submete-se a esta ordem em seu âmbito de atividade econômica. Naturalmente, esta relação intrínseca entre Estado e ordem concorrencial exige que a produção normativa como um todo seja orientada para a proteção e promoção dos Princípios da Ordem Econômica Constitucional, como forma de assegurar a livre concorrência e a livre iniciativa.

1.3. COMPRAS PÚBLICAS COMO MANIFESTAÇÃO ECONÔMICA DO ESTADO

Frente à extensa lista de responsabilidades atribuídas à Administração Pública, e sendo reconhecida a impossibilidade de execução de tamanho volume de competências de forma exclusivamente Estatal, a Constituição prevê a necessidade de envolvimento de agentes privados para o atingimento de tais objetivos sociais. Desta forma, a atuação Estatal é tanto subsidiada pela sociedade civil (tributação) quanto auxiliada por esta (contratações públicas). Em outras palavras, uma vez que a Administração Pública não possui, por si só, as condições e conhecimentos adequados para desempenhar a totalidade de suas atribuições, é facultada a contratação de particulares para o desempenho de atividades estatais voltadas ao atingimento do interesse público manifestado pela sociedade.

No Brasil, o Estado é considerado o maior comprador de bens e serviços do mercado, e seu expressivo poder de compra pode ser utilizado como instrumento para a indução de práticas e comportamentos tanto no âmbito administrativo quanto no âmbito privado. Por este motivo, as compras públicas podem ser consideradas uma das formas de intervenção Estatal na economia, também diretamente relacionada à defesa da Ordem Concorrencial, como se verá.

³⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

A mensuração exata do tamanho do mercado de compras públicas encontra desafios, e não há consenso sobre a sua real dimensão no caso brasileiro³⁷. No entanto, a título exemplificativo, estudo realizado por Ribeiro e Inácio Júnior, pesquisadores visitantes do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), apresentou volume médio anual de 12,5% do PIB nacional investido em compras públicas entre os anos de 2006 e 2017³⁸. Em segundo estudo, também proveniente do IPEA, que contou com grupo de pesquisa com maior número de integrantes (além dos dois já citados Ribeiro e Inácio Júnior, juntaram-se a eles Thorstensen, Giesteira, Faria e Araújo Júnior.), chegou-se à média anual de 12,0% do PIB nacional, quando analisadas as compras públicas entre 2002 e 2019³⁹.

Os números identificados pelo IPEA são compatíveis com as estimativas identificadas pela OCDE na análise de seus países-membro. Segundo relatório apresentado em 2009, os gastos com compras públicas dos países-membro da Organização do PIB nacional giram em torno de 15%, sendo estimado que este percentual é ainda maior em países que não são membros⁴⁰.

Em termos práticos, o IBGE apontou, em 2022, o Produto Interno Bruto (PIB) nacional no valor de 9.9 trilhões de reais⁴¹. Conforme as estimativas do IPEA apresentadas anteriormente, o valor resulta em aproximadamente 1.18 bilhões de reais investidos em compras públicas no ano passado.

Frente a estas estatísticas, o poder de compra do Estado, entendido aqui como “uma prerrogativa do comprador de definir suas demandas e se valer das mesmas de modo a induzir distintos aspectos”⁴² é inquestionável. Com tamanha força de mercado, o Estado pode intervir e direcionar a realidade de diversos setores econômicos, inclusive interferindo ativamente em relações econômicas. Tal direcionamento pode ser positivo, no sentido de estimular o

³⁷ Cf. COSTA, Caio César de Medeiros; TERRA, Antônio Carlos Paim. **Compras públicas: para além da economicidade**. Brasília: Enap, 2019. p. 7.

³⁸ RIBEIRO, Cássio Garcia; JÚNIOR, Edmundo Inácio. **O Mercado de Compras Governamentais Brasileiro (2006-2017): mensuração e análise**. Ipea – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília: Ipea, 2019. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9315/1/td_2476.pdf. Acesso em: 14/05/2023.

³⁹ THORSTENSEN, Vera; et al. Brasil na OCDE: Compras Públicas. Ipea – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília: Ipea, 2021. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/47061/1/S2100424_pt.pdf. Acesso em: 22/06/2023.

⁴⁰ OCDE. **Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas** (2009). Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/cartels/44162082.pdf>. Acesso em 14/05/2023

⁴¹ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/pib.php#:~:text=O%20PIB%20do%20Brasil%20em,das%20Unidades%20da%20Federa%C3%A7%C3%A3o%20brasileiras.&text=O%20PIB%20mede%20apenas%20os,finais%20para%20evitar%20dupla%20contagem>. Acesso em 02/06/2023.

⁴² Meneguzzi, 2011 *apud* COSTA, Caio César de Medeiros; TERRA, Antônio Carlos Paim. **Compras públicas: para além da economicidade**. Brasília: Enap, 2019. p. 37. Disponível em: https://repositorio.enap.gov.br/jspui/bitstream/1/4277/1/1_Livro_Compras%20p%C3%BAblicas%20para%20al%C3%A9m%20da%20economicidade.pdf. Acesso em 14/05/2023.

desenvolvimento econômico, social e ambiental sustentável, além de servir com promotor de políticas públicas ou, de outro lado, se mal gerenciado, o poder de mercado Estatal pode agravar falhas de mercado e prejudicar a Ordem Econômica Nacional. Nas palavras de Costa e Terra, “[a]qui o dilema é equilibrar tais “direcionamentos” sem comprometer critérios como livre-concorrência e a aquisição de produtos/serviços com menores preços e melhor qualidade”⁴³

O raciocínio é perfeitamente ilustrado por Sánchez, ao considerar que:

Dado o volume de poder de mercado que os adquirentes públicos exercem, é reconhecido que as atividades de contratação pública podem alterar a dinâmica do mercado. Mais importante ainda, a regulamentação dos contratos públicos ou as práticas administrativas daí decorrentes podem distorcer gravemente a concorrência de várias formas. Tais distorções da concorrência não seriam do interesse público a longo prazo, e as atividades de contratação pública precisam garantir que a concorrência no mercado permaneça saudável e vibrante⁴⁴

Desta forma, o Estado-comprador pode associar a função primária das compras públicas (a satisfação do objeto contratual) a uma função derivada, que “vincula seu papel de comprador ao exercício de uma função regulatória – isto é, o Estado-regulador/ fomentador atua por meio do Estado-comprador”⁴⁵. Esta função derivada pode ser, entre outras, a promoção da concorrência com vistas ao desenvolvimento econômico e promoção do bem-estar do consumidor. Nesse sentido, McCruden usa o termo *linkage* para narrar justamente essa junção entre os papéis do Estado como comprador e do Estado como regulador:

A questão específica que é o foco deste livro é como o governo tenta combinar as três funções do governo distinguidas até agora: participar do mercado, mas ao mesmo tempo regulá-lo, usando seu poder de compra para promover concepções de justiça social, particularmente a igualdade e a não discriminação. O termo *linkage* é usado ao longo do livro para descrever esse uso de aquisição.⁴⁶

⁴³ COSTA, Caio César de Medeiros; TERRA, Antônio Carlos Paim *Op. cit.*, p. 39.

⁴⁴No original: Given the volume of market power that public buyers exercise, it is generally accepted that public procurement activities can alter market dynamics. More importantly, public procurement regulation or the ensuing administrative practices can seriously distort competition in a number of ways. Such distortions of competition would not be in the public interest in the long term, and public procurement activities need to ensure that market competition remains healthy and vibrant. SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. **Competition Law and Public Procurement**. Draft submitted to the Intersections of Antitrust Workshop, Joint Newcastle University/LSE Event, p. 2. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2643763>. Acesso em 14/05/2023.

⁴⁵ ZAGO, Marina Fontão. **Poder de compra estatal como instrumento de políticas públicas**. Marina Fontão Zago. -- Brasília: Enap, 2018. P. 27 Disponível em: https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/4347/1/Livro_Poder_compra_estatal.pdf. Acesso em 14/05/2023.

⁴⁶No original: The particular issue that is the focus of this book is how government attempt to combine the three functions of government distinguished up to now: participating in the market but regulating it at the same time, by using its purchasing power to advance conceptions of social justice, particularly equality and non-discrimination. The term ‘linkage’ is used throughout the book to describe this use of procurement. McCruden *apud* Zago, Marina Fontão **Poder de compra estatal como instrumento de políticas públicas**. ZAGO, Marina Fontão. -- Brasília: Enap, 2018. P. 27 Disponível em: https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/4347/1/Livro_Poder_compra_estatal.pdf. Acesso em 14/05/2023.

Em razão da expressiva influência do Estado na economia a partir das compras públicas, e tendo em consideração o Princípio da Legalidade estrita a que está submetida a administração pública, o desenho legislativo das contratações públicas é ponto chave para assegurar o melhor proveito das compras governamentais em favor da sociedade.

1.4. A ESSÊNCIA CONCORRENCIAL DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

Em que pese a já analisada importância das contratações públicas para o Sistema Econômico Nacional e o significativo poder de compra do Estado brasileiro, a ideia de que os contratos públicos deveriam ser concorridos pelas empresas interessadas por meio de uma licitação pública somente foi popularizada e disseminada no Brasil a partir de 1967⁴⁷. Segundo Sundfeld, foi a partir do Decreto-Lei nº 200/1967 que as licitações públicas passaram a ser amplamente adotadas tanto pela administração pública direta quanto pela administração pública indireta; bem como, pelas empresas e fundações estatais de Direito Privado. Este pode ser considerado o ponto inicial da nacionalização das licitações como instrumento para a contratações pública.

Com a evolução administrativa gradual, o modelo de competição para a conquista dos contratos públicos teve aderência nacional, que culminou na constitucionalização do direito das contratações públicas. Na CRFB/88, as licitações para aquisição de bens e serviços estão expressamente previstas nos artigos 22, XXVII; 37, XXI e 173, III.

Atualmente, a realização de licitação para compras públicas é a regra, e pode ser definida como o “procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos visando a seleção da proposta de contratação mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica”⁴⁸. Trata-se de verdadeiro concurso entre os interessados para que seja definido qual o vencedor, cujo prêmio é a celebração de contrato de fornecimento com a administração pública.

A realização de competição entre os interessados em contratar com o poder público parte do pressuposto de que a concorrência incentiva a inovação e promove melhores condições de compra, o que beneficia o interesse público e vai ao encontro do dever de persecução dos objetivos fundamentais pela Administração Pública Brasileira. A partir da disputa empreendida

⁴⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. **Contratações públicas e o princípio da concorrência**. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, mar./ago. 2012, p. 01. Acesso em: 15/05/2023.

⁴⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo...**, p. 481.

entre os licitantes, a Administração Pública tensiona favorecer-se da “pressão concorrencial” gerada na licitação para que possa legitimamente escolher a proposta mais vantajosa⁴⁹. Assim, atende-se também o Princípio da Economicidade.

Ademais, a competição entre licitantes, apoiada em conjunto de regras públicas e pré-definidas, também assegura a isonomia entre os licitantes e a imparcialidade na escolha da Administração Pública. Nesse sentido, parte da doutrina chega a considerar que o Princípio da Competitividade seria a “roupagem” do tratamento igualitário, utilizado pelo órgão adjudicante para assegurar igualdade de condições a todos os interessados⁵⁰.

Quer seja como concretizadora do Princípio da Economicidade ou do Princípio da Igualdade, fato é que a concorrência é utilizada nas contratações públicas como instrumento para que seja selecionada a melhor proposta para atender aos objetivos da Administração Pública, o que é feito com a participação do máximo de licitantes interessados. Para que seja atingido tal objetivo, cada licitação corresponde, em verdade, à criação de mercado próprio, no qual há um bem em disputa (o contrato administrativo) e um número de ofertantes dispostos a realizar propostas para satisfazer a demanda⁵¹. Nas palavras de Gonçalves:

[...] este fenómeno de “fabricação” da concorrência ou, em versão próxima, de “mise en concurrence” verifica-se sempre que uma entidade do setor público se dirige ao mercado e convida os agentes económicos à apresentação de propostas para a celebração de um contrato [...] Na verdade, o dever de licitar de forma pública e aberta corresponde ao dever de criar um mercado em que os players com o direito de acesso (market access) [sic] vão concorrer — id est, entrar ou competição ou disputa — por alcançar uma determinada vantagem económica (inerente à celebração do contrato).⁵²

Registre-se que a promoção da concorrência não consiste unicamente em colocar os licitantes em disputa e com igualdade de regras, mas também assegurar a liberdade de acesso a esta competição. É por este motivo que o artigo 37, inciso XXI, da CRFB/88 determina que o instrumento convocatório das licitações deve exigir tão somente as condições de habilitação “indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”, vedando a inclusão de critérios excessivos e restritivos da concorrência.

Em termos legislativos, a Nova Lei de Licitações trouxe novidade, ao incluir oficialmente o princípio da competitividade no rol de princípios de seu artigo 5º. Apesar de Este

⁴⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 5. ed. – Belo Horizonte : Fórum, 2022., p. 101.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 101.

⁵¹ GONÇALVES, Pedro Costa. A regulação do mercado da contratação pública. **Revista de Contratos Públicos-RCP**, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 20 1-208, mar./ago. 20 13, p. 205.

⁵² *Ibid.*, p. 255-256

Princípio já se fazer presente de forma intrínseca na lei anterior, a inclusão no texto legislativo parece demonstrar maior atenção da regulação de contratações públicas à importância da competitividade.

Em análise detida da Lei 14.133/2021, Justen Filho conceitua a competitividade como “a adoção de regras editalícias (abrangendo inclusive a modelagem contratual) que assegurem a mais ampla participação de possíveis interessados e fomentem a disputa mais intensa possível”⁵³. O referido autor compartilha do entendimento de que a contratação mais benéfica para a administração pública decorre da concorrência ampla entre licitantes, e inclusive defende a aplicação do princípio da competitividade tanto no âmbito das licitações públicas quanto no âmbito dos contratos administrativos.

Segundo esse entendimento, no âmbito das licitações públicas, a competitividade deve ser observada de modo a permitir a ampla participação de licitantes na disputa. Devem ser desenvolvidos mecanismos que permitam o acesso do maior número de licitantes, especialmente nas disputas abertas. E, ainda, a competitividade deve ser observada também durante fase de julgamento das propostas, de modo a permitir o saneamento de defeitos irrelevantes nas propostas e documentos dos licitantes. Já no âmbito dos contratos administrativos, a competitividade deve orientar a concepção do instrumento contratual, de modo a evitar medidas que infrinjam a razoabilidade e técnicas restritivas⁵⁴. É justamente em razão da centralidade deste Princípio no ambiente de compras públicas que Sundfeld defende, já há muito, a necessidade de se revisar a estrutura licitatória com olhar atento à promoção da concorrência⁵⁵.

Em síntese, a ideia é resumida nas palavras de Klein e Andrade:

Como visto, a atividade de contratação administrativa não deixa de ter que observar também o princípio constitucional de defesa da concorrência, mediante a prevenção da concentração de poder de mercado e de abuso do poder econômico. [...] O processo administrativo desenvolvido para a definição do objeto a ser contratado pela Administração e seleção dos particulares que executarão tal prestação pode apresentar diversas repercussões concorrenciais, que devem ser levadas em consideração.⁵⁶

Dada a relevância do Princípio da Concorrência nas Licitações públicas, a promoção da competitividade pelo Estado, especialmente no âmbito das contratações públicas, é medida necessária para assegurar o real atingimento dos objetivos estatais. Em que pese o avanço

⁵³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 14.133/2021**. Revista Dos Tribunais; Nova Edição^a (1 janeiro 2021), p. 117-119.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 118.

⁵⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. *Contratações públicas e o princípio da concorrência...*, p. 55-79

⁵⁶ KLEIN, Aline Lícia; ANDRADE, Ricardo Barretto de. *Op. cit.*

legislativo no intuito de reconhecer a competitividade como um dos princípios das licitações públicas, é necessário ainda assegurar a efetiva aplicação deste Princípio e a verdadeira penetração da concorrência nos processos de compras públicas, o que não é feito unicamente com a previsão legal.

Ademais, apesar dos esforços positivos para a implementação de maior competitividade, algumas situações podem impor obstáculos significativos à concretização deste princípio constitucional. É a estes obstáculos concorrenciais que se dedicará o próximo capítulo, de modo a tentar identificar os pontos de atenção e óbice à concorrência nas licitações.

2. RISCOS CONCORRENCIAIS DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

A ideia de concorrência perfeita, caracterizada como “o funcionamento de um mercado completamente livre, sem barreiras e totalmente transparente”⁵⁷, embora bastante popular na teoria econômica, representa abstração teórica útil ao estudo da Economia, mas inexistente nos mercados reais⁵⁸. Na experiência prática, não existe mercado que opere e se autorregule unicamente com base nas forças de oferta e de demanda. É justamente em razão da existência das falhas de mercado que se faz necessária a regulação e intervenção estatal na economia, de modo a proporcionar maior eficácia para as relações comerciais.

O mesmo se verifica no âmbito das compras públicas. Mesmo os mercados artificialmente criados pela administração pública para promover a seleção da melhor proposta estão sujeitos a interferências internas ou externas que prejudicam a concorrência. A estas interferências chamamos riscos concorrenciais, que podem ser entendidos como os elementos internos ou externos que reduzem a competitividade, ou que proporcionam condições que facilitam a redução da concorrência por terceiros mal intencionados.

Este segundo Capítulo, portanto, é dedicado ao mapeamento e compreensão dos principais riscos concorrenciais existentes nas licitações públicas, sejam eles promovidos pela regulação Estatal, pelos licitantes ou pelos agentes públicos envolvidos no processo de contratação.

2.1 RISCOS DE COLUSÃO ENTRE LICITANTES

Os cartéis são tradicionalmente conceituados como acordos entre competidores com o objetivo de reduzir a concorrência no mercado, em especial por meio da combinação de preços, clientes e/ou produtos, mas preservando a autonomia administrativa e financeira das empresas⁵⁹. Estes acordos em regra concentram-se na manipulação de variáveis importantes de mercado, como quantidade, preço e qualidade⁶⁰.

⁵⁷ VASCONCELLOS, Marco Antonio S. de. **Economia: micro e macro**: teoria e exercícios, glossário com os 300 principais conceitos econômicos. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 139.

⁵⁸ Nesse sentido: “[...] são hipóteses “ideais”, refletindo um mercado sem barreiras, sem interferências; enfim, pouco realista. No entanto, essas hipóteses representam uma base, um referencial para a construção de modelos mais próximos da realidade”. VASCONCELLOS, Marco Antonio S. de. **Economia: micro e macro**: teoria e exercícios, glossário com os 300 principais conceitos econômicos. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 140.

⁵⁹ FORGIONI, Paula. *Op. cit.*, p. 340.

⁶⁰ SCHUARTZ, Luiz Fernando. Ilícito antitruste e acordos entre concorrentes. *In*: POSSAS, Mario Luiz (coord.). **Ensaio Sobre Economia e Direito da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2002, p. 133.

Em termos econômicos, a colusão é explicada pelo interesse dos concorrentes de reduzir os custos de transação existentes na relação concorrencial. De acordo com Fiani, “os custos de transação são os custos de negociar, redigir e garantir o cumprimento de um contrato”⁶¹. Dessa forma, o objetivo final dos cartéis é o aumento do lucro de seus participantes, com vistas a reduzir os custos de transação dos competidores e constituir monopólio conjunto, de modo que o excedente de faturamento seja posteriormente dividido entre os participantes do cartel⁶². Como consequência da estratégia, a competição é reduzida ou eliminada, de forma a se permitir a dominação de mercado.

Salomão Filho diferencia a prática colusiva entre colusão vertical e colusão horizontal. A colusão vertical consiste no ajustamento de condutas entre agentes econômicos da mesma cadeia produtiva (produtores e distribuidores ou fornecedores) por meio da realização de acordos em linha vertical⁶³. Já a colusão horizontal é considerada como “qualquer tipo de acordo, expresso ou tácito, firmado entre concorrentes”⁶⁴. A diferença, em síntese, consiste na relação de mercado (horizontal ou vertical) existente entre os envolvidos no ajuste de comportamentos.

Em razão disso, e considerando que a relação de disputa nas licitações públicas costuma ocorrer entre empresas com relação horizontal (concorrentes), para a análise das compras públicas a que se dedica o presente Capítulo, serão considerados unicamente os casos de colusão horizontal. Nesse âmbito, o referido autor considera a existência tanto de acordos colusivos expressos quanto acordos tácitos, também chamados de “comportamento paralelo intencional”⁶⁵. Ambas as modalidades são vedadas pela Lei 12.529/2011 (art. 36, §3º, I).

Os acordos horizontais expressos são caracterizados por sua relativa estabilidade, e envolvem a existência de convergência explícita, verbal ou escrita, entre os competidores. Exemplo prático envolvendo essa modalidade de colusão consiste no caso do cartel em obras de metrô, apelidado de “Tatu Tennis Club”, condenado pelo CADE em 2014, no âmbito do Processo Administrativo nº 08700.003241/2017-81⁶⁶. No caso, os cartelistas haviam firmado

⁶¹ FIANI, R. Teoria dos Custos de Transação, *In* KUPFER, David & HASENCLEVER, Lia (orgs), **Economia Industrial: Fundamentos Teóricos e Práticas no Brasil**. Rio de Janeiro: Campus, 2002

⁶² AZEVEDO, Paulo Furquim de. **Como as empresas agem: estratégias de cooperação e rivalidade**. In: GREMAUD, Amaury Patrick et al. *Introdução à economia*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 144.

⁶³ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 561.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 563.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 564.

⁶⁶ BRASIL. Conselho Administrativo De Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo nº 08700.003241/2017-81. Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAXAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBccOzZBOKbRxPo3tFq1hYGVET6kGfNJzb81bHaTHhs8mS. Acesso em 20/06/2023.

verdadeiro contrato de colusão, que estabelecia regras de divisão de lucro e de mercado, além de rotatividade entre as empresas. O contrato disfarçava-se de associação esportiva, chamada “Tatu Tennis Clube”.

Já os acordos tácitos podem ser observados a partir da análise “de movimentos idênticos de mercado, acompanhada da existência de condições estruturais para dominação de mercado”⁶⁷. Em razão da maior dificuldade de produção probatória desta modalidade, o autor defende a necessidade de confluência de elementos para a condenação pela prática de colusão tácita. O elemento de paralelismo de preços deve ser acompanhado de comprovação de persistência no nivelamento de preços, em um só sentido, isto é, apenas o aumento dos preços sem reduções ou flutuações aparentes. Somado a isso, a existência de um sistema de informações que permita aos concorrentes saber o comportamento dos demais e a reação imediata dos competidores na alteração dos preços. Já no ponto de vista estrutural, o autor indica como requisitos a existência de oligopólio e a existência de poder de mercado ou potencial dominação pela estrutura criada⁶⁸.

A colusão entre concorrentes é popularmente conhecida como cartel, termo que pode representar tanto os acordos expressos (também chamados de cartéis *hard core*), quando as colusões tácitas. Em que pesem os efeitos sejam bastante similares, a diferença entre as práticas pode ser assim resumida:

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. 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) – contexto que aproxima conceitualmente ambas as formas de fraude.⁶⁹

Nesse sentido, a Teoria Jurídico-Econômica de Posner⁷⁰ define algumas características de mercado que agem como facilitadoras para a formação de conluíus entre concorrentes, uma vez que podem favorecer a prática anticoncorrencial. Dentre elas, destacam-se: (i) o número reduzido de agentes econômicos; (ii) a homogeneidade de produto; (iii) a baixa elasticidade da demanda em relação ao preço; (iv) a existência de barreiras à entrada para novas

⁶⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. cit.*, p. 572-573.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 579.

⁶⁹ ARAÚJO, Paulo Henrique Figueredo de. **A modelagem das licitações como medida de combate a cartéis: uma análise sob o enfoque da transparência pública**. Dissertação (Mestrado) - Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília/DF, 2019. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/2633>. Acesso em 25/05/2023.

⁷⁰ POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law** New York, Aspen Law & Business, 1996, p. 267-268

empresas/investidores; (v) a retração do mercado; (vi) a estrutura do mercado com baixo número de compradores.

No âmbito das licitações públicas, contudo, a prática de cartelização assume características e peculiaridades próprias, em especial em razão das particularidades do mercado licitatório, da forte influência estatal e da presença de regras rígidas às quais os concorrentes devem, necessariamente, se submeter. Exemplo disso é a tradicional expressão de que, em uma licitação, a concorrência ocorre “pelo mercado” e não “no mercado”. Nas palavras de Gonçalves, “cada procedimento de adjudicação ou de licitação que uma entidade pública inicia corresponde, de certo modo, à criação de um mercado, em que há um determinado bem em disputa (o contrato a celebrar)”⁷¹. Desta forma, os licitantes competem pela satisfação de uma demanda única, de modo que o vencedor “leva tudo”, e aquele “mercado” é encerrado após declarado o vencedor.

Nesse sentido, o Guia de Combate a Cartéis em Licitações do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) inclui na lista de elementos facilitadores de cartéis no âmbito das licitações públicas algumas características particulares deste tipo de competição, como a manutenção das mesmas cláusulas editalícias ao longo do tempo, o caráter público das informações relacionadas às contratações públicas, o número restrito de concorrentes e a necessidade premente das contratações públicas, que impede que a administração recuse contratações em razão de elevações significativas de preço.

Ademais, os danos decorrentes de cartéis em licitações públicas também são sofridos de forma distinta do que no livre mercado. Uma vez que a maior parte dos recursos dispendidos em compras públicas advém dos cidadãos contribuintes, o desperdício financeiro causado por cartéis em licitações afeta diretamente o erário público e, indiretamente, toda a sociedade contribuinte. Nas palavras de Braga:

Nos cartéis em licitações, a facilitação tem por escopo extrair a maior renda possível da Administração Pública sem a interferência de concorrente distribuindo à sociedade a perda de bem-estar decorrente do cartel. Nesse contexto, os danos sociais oriundos dos cartéis em licitações são maiores que os dos cartéis clássicos, pois quem paga os lucros exorbitantes dos cartelistas são os cidadãos contribuintes.⁷²

Diante da dimensão do mercado de compras públicas brasileiro, o prejuízo causado à coletividade em casos de cartéis em licitações públicas é extremamente gravoso, e viola frontalmente o interesse público e a ordem econômica nacional. Não por outro motivo, os

⁷¹ GONÇALVES, Pedro Costa. A regulação do mercado da contratação pública..., p. 205.

⁷² BRAGA, Tereza Cristine Almeida. **Cade, cartéis e licitações: Um novo nicho da política antitruste brasileira**. Revista de Defesa da Concorrência, Brasília, v. 3, n. 1, 2015, p. 115. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrência/article/view/143>. Acesso em: 20/05/ 2023.

cartéis são considerados a infração concorrencial mais gravosa à ordem econômica⁷³ e, no âmbito administrativo, são referidos como a maior ameaça à receita pública no âmbito das contratações administrativas⁷⁴.

Para que se tenha dimensão dos prejuízos causados por essa prática concorrencial, a OCDE estima que o sobrepreço causado por colusão em licitações públicas varia de 10% a 20% em comparação com os preços de um mercado competitivo. No entanto, especificamente no cenário brasileiro, chegou-se a apurar um excedente de 25% do preço competitivo em cartel envolvendo a venda de portas de segurança giratórias em licitação pública nacional, conforme aponta estudo do Departamento de Estudos Econômicos do Cade no Processo Administrativo nº 08012.009611/2008-51⁷⁵.

Mas não apenas as condições e os efeitos dos cartéis são diferentes nas contratações públicas, como também a tipologia da prática colusiva assume características próprias. Segundo relatório da OCDE⁷⁶, reforçado nacionalmente pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica⁷⁷, os cartéis em licitações públicas assumem, tradicionalmente, quatro formas distintas.

A primeira delas consiste na apresentação de “proposta de cobertura”, também chamada proposta fictícia ou *cover bidding*, considerada a forma mais comum de conluio entre licitantes. A estratégia consiste em uma simulação de competição entre os licitantes, a partir da apresentação de propostas falsas pelos membros do cartel ou mesmo por empresas de fachada, criadas para aparentar maior competição. Nesta modalidade, as propostas de cobertura são sabidamente inexecutáveis, seja pela oferta de preços excessivamente elevados ou pela presença de condições incompatíveis com o edital da licitação. Desta forma, garante-se que as propostas

⁷³ Nesse sentido, “Cartels are universally recognised as the most harmful of all types of anticompetitive conduct. Moreover, they offer no legitimate economic or social benefits that would justify the losses that they generate”. ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, **Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes**, 2002, p. 75. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf>. Acesso em 20/05/2023.

⁷⁴ MARSHALL, Robert C.; MARX, Leslie M. **The economics of collusion: cartels and bidding rings**. Cambridge: The MIT Press, 2012.

⁷⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo nº 08012.009611/2008-51. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudVIgCNGrQiNgXFAcnYyHjyrl4h2Cm17jTrDBY7HJeuRySe0tuIRXhXguCus4. Acesso em 20/06/2023.

⁷⁶ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Recommendation on Fighting Bid Rigging in Public Procurement**. Paris: OCDE, 2012. Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0396>. Acesso em 20/05/2023.

⁷⁷ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia de Combate a cartéis em licitação**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2019. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/Not%C3%ADcias/2019/Cade%20publica%20Guia%20de%20Combate%20a%20Cart%C3%A9is%20em%20Licita%C3%A7%C3%A3o_guia-de-combate-a-carteis-em-licitacao-versao-final-1.pdf. Acesso em: 20/05/2023

fictícias serão eliminadas e que a empresa escolhida pelo cartel será declarada a vencedora da licitação, com preços superiores aos do mercado competitivo, ainda que se mantenha a aparência de competição entre as empresas.

A segunda modalidade é conhecida por retirada de proposta ou supressão de proposta, também chamadas de *bid withdrawals* pela literatura inglesa. A retirada de proposta ocorre quando um licitante desiste de proposta já apresentada ao órgão contratante. Já a supressão de proposta ocorre quando licitantes se abstém da licitação desde o seu início. Desta forma, garante-se que o membro selecionado pelo cartel seja o vencedor, novamente praticando preços superiores ao mercado competitivo, com objetivo de partilhar o excedente com os demais integrantes do esquema.

Em terceiro lugar, cita-se o chamado rodízio de licitantes, também conhecido como proposta rotativa ou *bid rotation*. Diferentemente das estratégias anteriores, o rodízio não exige a compensação (repassa de valores) entre os integrantes do cartel. Nas propostas rotativas, os licitantes alternam a oferta da proposta vencedora, de forma que cada empresa terá o seu momento de vencer um contrato público, com base em critérios pré-estabelecidos. Naturalmente, esta estratégia é mais bem sucedida em licitações de objeto recorrente, na qual a periodicidade entre licitações não é muito significativa.

Por fim, menciona-se a estratégia de divisão de mercado propriamente dita (*market allocation* ou *market division*), na qual o cartel delimita áreas de atuação para cada integrante. A divisão pode ser baseada em áreas geográficas, produtos, clientes ou lotes. Desta forma, assim como no rodízio, garante-se que cada membro do cartel sairá vitorioso de algum contrato público, de modo a reduzir a competição e assegurar a lucratividade dos envolvidos.

O Cade adiciona à lista, ainda, a possibilidade de utilização de mecanismos legais de cooperação entre empresas para a implementação de práticas anticompetitivas. Trata-se dos consórcios e das subcontratações, autorizados pela legislação nacional de contratações públicas. Ambos são instrumentos relevantes para as licitações públicas, utilizados com o objetivo de ampliar a competitividade nos certames, especialmente nos casos de contratações complexas em que dada empresa, individualmente, não teria condições de adimplir com a obrigação contratual. No entanto, em razão do contato próximo entre empresas em ambas as modalidades, o risco de colusão não pode ser ignorado. Em que pese a licitude dos instrumentos, a prática passa a se tornar anticompetitiva nos casos em que as empresas consorciadas ou subcontratadas são tecnicamente capazes de fornecer o objeto licitado de forma isolada, ou seja, sem necessidade de apoio técnico de terceiros consorciados ou subcontratados.

Organizações nacionais e internacionais dedicam significativos esforços para facilitar a repressão de cartéis em licitações. Aliás, em âmbito nacional, os cartéis em licitações públicas podem ser punidos de forma administrativa, cível e criminal, inclusive de forma cumulativa, em razão da independência entre instâncias.

No entanto, para além da repressão da prática, estratégias preventivas também se mostram bastante efetivas e necessárias para preservar a efetividade das licitações. Nesse sentido, o Estado brasileiro desempenha papel central, vez que é constitucionalmente incumbido da regulação das compras públicas brasileiras (CRFB/1988, art. 22, inciso XXVII) e também assume a função de garante da Ordem Concorrencial Nacional.

Garcia destaca que existem 3 omissões estatais que prejudicam o combate a cartéis em licitações, quais sejam:

- (i) a ausência quase absoluta na utilização da tecnologia de informação e de ferramentas que utilizem o big data ou mesmo a inteligência artificial para promover o cruzamento de dados com vistas a identificar práticas colusivas; (ii) a omissão na regulação dos editais em relação ao tratamento das principais barreiras à entrada nas licitações públicas; (iii) a ausência de integração institucional no combate aos cartéis e a tímida articulação das contratações e o Direito da Concorrência.⁷⁸

Como se vê, autoridades concorrenciais nacionais e internacionais têm empreendido esforços significativos para orientar os agentes estatais sobre como estimular a concorrência no mercado de compras públicas. No entanto, as práticas anticompetitivas continuam sendo uma realidade e ainda é possível identificar diversas omissões estatais que podem intensificar o desinteresse pelas licitações públicas ou, de forma mais grave, a prática de condutas anticompetitivas nos certames.

2.2 RISCOS DE CONDUITAS UNILATERAIS ANTICOMPETITIVAS

Para além das práticas anticompetitivas em atuação conjunta (concertada), os licitantes também podem, a depender do seu poder de mercado e estrutura, empreender atos unilaterais (independentes) que afetem a competitividade das licitações públicas.

As condutas unilaterais são uma decorrência direta do poder de mercado das empresas. O poder de mercado pode ser entendido como a possibilidade de consumidores sofrerem prejuízos em decorrência de ações tomadas por único agente econômico, ou grupo de agentes

⁷⁸ GARCIA, Flávio Amaral. **A dimensão concorrencial nas licitações: problemas, desafios e propostas**. Direito do Estado: ano 2018, n. 414. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/columnistas/flavio-amaral-garcia/a-dimensao-concorrencial-nas-licitacoes-problemas-desafios-e-propostas>. Acesso em 19/05/2023.

atuando em conjunto⁷⁹. Deste modo, uma empresa que detenha poder de mercado significativo pode atingir posição dominante de tal influência que seja capaz atuar de forma indiferente ao comportamento de outros agentes de mercado. Segundo Forgioni, “basta a influência, o poder de determinar as regras do jogo de forma unilateral independente e autônoma, neutralizando as forças normais que regeriam o mercado”⁸⁰. Desta forma, o exercício de poder de mercado permite a imposição de condições que não seriam naturalmente percebidas em um ambiente competitivo, submetendo os *players* com menor influência às condições impostas pelo monopolista⁸¹.

Em que pese esta prática seja estudada majoritariamente no campo dos mercados privados, a imposição de práticas anticompetitivas unilaterais pode influenciar, também, no resultado das licitações públicas. Isso porque as condições estabelecidas no âmbito privado serão refletidas no ambiente das compras públicas, seja para a definição dos preços ou condições de fornecimento dos produtos ou para o acesso de licitantes no certame.

Nesse sentido, cumpre identificar as principais condutas unilaterais impostas em razão do poder de mercado, que elucidarão, após, a influência das mesmas no campo das licitações públicas. A Escola Nacional de Administração Pública (ENAP), em curso especializado sobre o tema, lista 13 práticas mais comuns: (i) venda casada; (ii) discriminação; (iii) influência à adoção de conduta uniforme; (iv) preços predatórios; (v) preços abusivos; (vi) unimilitância; (vii) fixação de preço de revenda; (viii) descontos de fidelidade; (ix) recusa de contratar; (x) *sham litigation*; (xi) abuso do exercício de direito de propriedade intelectual; (xii) potenciais cláusulas restritivas à concorrência e (xiii) açambarcamento.

De forma geral, no entanto, as condutas anticompetitivas unilaterais podem ser agrupadas em dois grandes setores: práticas exclusionárias e práticas predatórias. As práticas exclusionárias consistem em tentativas de fechamento de mercado por parte do *player* dominante, enquanto que as práticas predatórias consistem em tentativas de eliminação da

⁷⁹ “The modern concept of market power focuses on the potential for consumers to suffer injury through the actions of a single firm or a group of firms acting in concert. It has become traditional to think of the ability of a firm or group of firms to maintain prices above the competitive level, although the meaning of “price” can easily be expanded to take into account other forms of consumer injury such as inferior quality”. HAY, George A. **Market Power in Antitrust**. *Antitrust Law Journal*. Vol. 60, p. 808. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/antil60&id=884&men_tab=srchresults. Acesso em 28/05/2023.

⁸⁰ FORGIONI, Paula A. *Op. cit.*, p. 259-260.

⁸¹ Forgioni esclarece que a expressão “posição monopolista” não faz referência unicamente à estrutura de mercado de um único agente econômico, mas também às situações em que, apesar da existência de múltiplos *players*, um deles detenha poder de mercado suficiente para “não sofrer maiores pressões de competidores”, sendo uma expressão equivalente a “posição dominante”. Nesse sentido: FORGIONI, Paula *Op. cit.*, p. 258-259.

concorrência já existente. Ambas as práticas são punidas pela legislação de defesa econômica brasileira, conforme artigo 36 da Lei 12.529/2011.

No âmbito das práticas exclusionárias, e com base na classificação apresentada anteriormente, se destacam os atos de discriminação, recusa de contratar, abuso do direito de propriedade intelectual e cláusulas restritivas à concorrência. Estas práticas, se aplicadas para limitar a participação de agentes econômicos em licitações públicas, contribuirão para a limitação da competitividade no ambiente de compras governamentais, ainda que não ocorra de forma concertada.

Para exemplificar o argumento, imagine-se, por exemplo, o caso de específica fornecedora de determinado produto que tem como modelo comercial a venda para distribuidores. No formato, os distribuidores auferem o lucro com base no valor obtido pela diferença do preço de compra para o preço de revenda. No entanto, a fornecedora inclui no contrato de distribuição cláusula que limita a participação dos fornecedores em certames licitatórios, definindo que a fornecedora tem exclusividade para vendas governamentais. Neste cenário, a empresa está, unilateralmente, alterando as condições de ingresso no mercado de compras públicas, por meio de uma restrição contratual.

Já no tocante às práticas predatórias, pode-se destacar a prática de preços predatórios ou preços abusivos, *sham litigation*, açambarcamento e influência à adoção de conduta uniforme. Carvalho, em dissertação especializada sobre o tema, chega a considerar a prática de preços predatórios e *sham litigation* no âmbito das contratações públicas:

Por exemplo, seria possível vislumbrar, teoricamente, a adoção de preço predatório por uma empresa em determinado mercado de interesse de compras públicas, com o escopo de eliminar os potenciais concorrentes. Igualmente, poder-se-ia imaginar a prática de *sham litigation* por um ofertante com o escopo de prejudicar adversários, pretendendo-se obter, para se cogitar de uma possibilidade diretamente relacionada com licitações, a inabilitação dos concorrentes no certame.⁸²

Da mesma forma, a retenção de mercadoria (açambarcamento) no intuito de inviabilizar a adimplência contratual de outro licitante ou a padronização e/ou fixação de preços de revenda para distribuidores (influência à adoção de condutas uniformes) também restringem as práticas concorrenciais no âmbito das licitações públicas.

Em que pese a identificação e proibição destas espécies de condutas seja bastante desafiadora para as autoridades concorrenciais e administrativas, em especial em razão da dificuldade na separação entre a liberdade contratual das empresas e o abuso de posição

⁸² CARVALHO, Victor Aguiar de. **Concorrência e contratação pública: problemas e propostas acerca da cartelização em licitações no Brasil**. Dissertação (mestrado). Rio de Janeiro, 2016, p. 26.

econômica, fato é que existe a possibilidade de influência unilateral no resultado das licitações públicas, o que deve ser melhor analisado pelos órgãos de controle para permitir a adequada aplicação do princípio da competitividade nas licitações públicas.

2.3 RISCOS DE CORRUPÇÃO ADMINISTRATIVA

Para além dos atos anticompetitivos praticados exclusivamente por (ou entre) competidores, como os demonstrados anteriormente, a atuação de agentes públicos também pode contribuir direta ou indiretamente para frustrar o caráter competitivo das licitações públicas. Quando a interação entre agentes públicos e privados⁸³ desvirtua-se dos limites legais e morais previstos para a boa condução do processo licitatório, pode-se estar diante de uma prática de corrupção, que também se situa entre os desafios concorrenciais a serem enfrentados para a promoção da concorrência em compras públicas.

A corrupção, para os fins deste trabalho, pode ser genericamente compreendida como qualquer ato que tenha por objetivo atender interesses particulares em detrimento do interesse público estatal. Para Schilling, a corrupção pode ser sintetizada como uma “troca clandestina entre a administração pública e o mercado econômico e social, de modo a formar uma espúria troca de favores, com o uso do poder decisório do cargo público para o favorecimento de setores econômicos ou políticos privilegiados”⁸⁴.

A prática pode partir tanto da iniciativa do agente público quanto do agente privado, sempre que estes compactuarem para o atingimento de interesses particulares à revelia da legalidade e do interesse público. Ferreira Filho classifica três formas de corrupção: a “corrupção-suborno”, baseada na retribuição financeira e/ou material; a “corrupção-favorecimento”, que implica privilégio do interesse privado em detrimento do público e, por fim, a “corrupção-solapamento”, que atinge o fundamento último da legitimidade e desfaz a confiança depositada nos valores sociais.⁸⁵ A OCDE ainda adiciona à lista o nepotismo, a fraude e a captura estatal.⁸⁶

⁸³ Sobre os limites, desafios e formalidades da relação entre agentes públicos e agentes privados no âmbito das contratações públicas, ver: SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Diálogos público privados**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

⁸⁴ SCHILLING, Flávia. A luta contra a corrupção e a construção da democracia: perspectivas de análise. **Revista do Ilanud**, n. 8, 1998, p. 4.

⁸⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A corrupção como fenômeno social político. **Revista de Direito Administrativo**, jul./set. 1991. Rio de Janeiro, p. 4. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44482/47693>. Acesso em 27/05/2023.

⁸⁶ OECD. CleanGovBiz Initiative. Disponível em: <https://www.oecd.org/cleangovbiz/49693613.pdf>.

Ferreira Filho também diferencia a corrupção na esfera política e na esfera administrativa. Enquanto a corrupção política consiste na compra e venda de votos para a formação de uma maioria eleitoral, a corrupção administrativa estaria presente, principalmente, “no falseamento das licitações para compras e obras públicas”, além das atividades de fiscalização administrativa⁸⁷. Esta abertura das autoridades públicas para a manipulação das compras governamentais abre espaço para a prática de *lobbies* privados, além de contribuir para o enriquecimento ilícito dos agentes públicos.

No mesmo sentido, a OCDE considera as contratações públicas como uma das atividades governamentais mais vulneráveis à corrupção no âmbito estatal. Segundo a organização, além dos altos valores financeiros envolvidos no mercado de compras públicas, os riscos ainda são aumentados em razão da complexidade dos procedimentos licitatórios, da interação intensa entre agentes públicos e privados e da pluralidade de *stakeholders* envolvidos nas transações.⁸⁸

A corrupção administrativa pode causar tanto prejuízos diretos quanto indiretos para o mercado, para o Estado e para a sociedade. Nesse sentido, a OCDE estima um sobrepreço de 10% a 30% do investido⁸⁹. Em estimativa ainda mais elevada, a Transparência Internacional – organização não-governamental dedicada ao combate à corrupção no poder público, por sua vez, estima que o sobrepreço pode chegar a 50% em razão de corrupção⁹⁰.

Ademais, a prática também leva a custos indiretos bastante prejudiciais. A corrupção implica inevitavelmente em limitação de acesso ao mercado de compras públicas, impedindo que licitantes mais eficientes sejam contratados em razão de acordos corruptos para direcionar o resultado do certame. Além disso, a distorção dos incentivos competitivos e o desestímulo a novos entrantes e investimentos também são consequências apontadas pela OCDE⁹¹.

Do ponto de vista estritamente concorrencial, a corrupção também é preocupação de significativa relevância, uma vez que viola a concorrência entre competidores em favor de acordo firmado com vistas à obtenção de vantagens financeiras para agentes públicos e privados. Conforme lição de Frazão:

A corrupção é um importante fator de distorção dos mercados, pois substitui os critérios da eficiência e da competição em razão do mérito pelos critérios da proximidade política ou da compra de facilidades. Consequentemente, a corrupção

⁸⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Op. cit.*, p. 15.

⁸⁸ OCDE. **Preventing Corruption in Public Procurement**. 2016, p. 6. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/ethics/Corruption-Public-Procurement-Brochure.pdf>. Acesso em 26/05/2023.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 7.

⁹⁰ Cf. TRANSPARENCY INTERNATIONAL. Public Procurement. Disponível em: http://www.transparency.org/topic/detail/public_procurement. Acesso em: 27/05/2023.

⁹¹ OCDE. **Preventing Corruption in Public Procurement**..., p. 7.

cria excessivos e desnecessários custos de transação, que, a depender do grau, podem representar verdadeiras barreiras à entrada nos mercados ou entraves que dificultam ou impossibilitam a rivalidade. A corrupção ainda pode aumentar as barreiras já existentes em determinados mercados, criando um círculo vicioso: quanto maiores as barreiras para a entrada ou permanência em determinados segmentos econômicos, maior o incentivo à corrupção e, quanto maior a corrupção, maiores as barreiras. Tal processo, que pode se retroalimentar indefinidamente, não raramente acaba privilegiando a macroempresa e estimulando ainda mais a concentração de poder econômico já existente.⁹²

Frazão ainda identifica como motivos para a corrupção a excessiva proximidade entre agentes econômicos e agentes governamentais, especialmente em contextos que não asseguram condições concorrenciais adequadas⁹³. Ademais, a busca por vantagens econômicas também agrava o risco de corrupção. Estes elementos estão invariavelmente relacionados ao mercado de compras públicas, o que reforça o entendimento anterior da OCDE a respeito da vulnerabilidade das licitações para a prática de corrupção.

No âmbito das contratações públicas, a OCDE classifica os riscos de corrupção em três momentos: antes, durante e depois da fase de propostas. Os riscos identificados antes da etapa de propostas têm em comum, em regra, a falta de planejamento adequado da licitação, especialmente no tocante à avaliação de mercado e à modelagem licitatória. Já durante a fase de propostas, os principais riscos encontram-se nas barreiras à entrada (seja por falta de divulgação do edital ou pela existência de requisitos excessivos) e na possibilidade de colusão. Por fim, durante o período de execução do contrato, as principais fragilidades encontram-se no lançamento das ordens de pagamento ou na fiscalização administrativa dos contratados e fornecedores. As conclusões são sintetizadas pelo Quadro 1 abaixo:

Quadro 1 – Riscos de corrupção nas contratações públicas

Fase pré-propostas	Avaliação de necessidades e análise de mercado	<ul style="list-style-type: none"> • Falta de avaliação adequada das necessidades • Influência de atores externos nas decisões oficiais • Acordo informal sobre contrato
	Planejamento e orçamentação	<ul style="list-style-type: none"> • Planejamento de aquisição deficitário • Compras desalinhadas com o processo geral de tomada de decisão • Falha em orçar de forma realista ou orçamento deficitário
	Desenvolvimento de especificações/requisitos	<ul style="list-style-type: none"> • Especificações técnicas desenhadas para uma empresa específica (direcionamento) • Critérios de seleção não são definidos objetivamente e não estabelecidos com antecedência • Solicitação desnecessária de amostras de bens e serviços • Compra de informações sobre as especificações do projeto
	Escolha do procedimento de aquisição	<ul style="list-style-type: none"> • Falta de justificativa adequada para o uso de procedimentos não competitivos

⁹² FRAZÃO, Ana. *Op. cit.*, 2017, p. 63-64

⁹³ *Ibid.*, p. 64.

		<ul style="list-style-type: none"> • Abuso de procedimentos não competitivos com base em exceções legais: divisão de contrato, abuso de extrema urgência, modificações não suportadas
Fase de propostas	Pedido para proposta/lance	<ul style="list-style-type: none"> • Ausência de divulgação/publicidade do edital de licitação • Critérios de avaliação e premiação não anunciados • Informação de aquisição não divulgadas
	Envio de lance/proposta	<ul style="list-style-type: none"> • Ausência de concorrência ou casos de licitação colusiva (oferta de cobertura, supressão de licitação, • rotação, alocação de mercado)
	Avaliação das propostas/lances	<ul style="list-style-type: none"> • Conflito de interesses e corrupção no processo de avaliação por meio de: <ol style="list-style-type: none"> a) Familiaridade com licitantes ao longo do tempo b) Interesses pessoais como presentes ou emprego futuro/adicional c) Nenhuma implementação efetiva do “Princípio dos quatro olhos”⁹⁴
	Contrato prêmio	<ul style="list-style-type: none"> • Os fornecedores falham em divulgar dados precisos de custo ou preço em suas propostas de preço, resultando em <ol style="list-style-type: none"> a) um preço de contrato aumentado (ou seja, margens de fatura, preenchimento de canal) b) Conflito de interesses e corrupção no processo de aprovação (ou seja, nenhuma separação efetiva de c) autoridades financeiras, contratuais e de projeto) d) Falta de acesso aos registros do procedimento
Fase pós-proposta	Gerenciamento/desempenho do contrato	<ul style="list-style-type: none"> • Abusos do fornecedor na execução do contrato, nomeadamente quanto à sua qualidade, preço e prazo: • Mudança substancial nas condições contratuais para permitir mais tempo e/ou preços mais altos para o licitante • Substituição de produto ou trabalho abaixo do padrão ou serviço que não cumpre o contrato especificações • Roubo de novos ativos antes da entrega ao usuário final ou antes de serem registrados • Supervisão deficiente de funcionários públicos e/ou conluio entre empreiteiros e funcionários supervisores • Subcontratados e parceiros escolhidos de forma transparente ou não responsabilizados
	Ordem e pagamento	<ul style="list-style-type: none"> • Ordem e Separação deficiente de funções financeiras e/ou falta de supervisão de funcionários públicos levando a: <ol style="list-style-type: none"> a) Falsa contabilidade e má alocação de custos ou migração de custos entre contratos b) Pagamentos atrasados de faturas • Faturamento falso ou duplicado de bens e serviços não fornecidos e de pagamento antecipado em direito antecipado pagamento

FONTE: Adaptado de OCDE⁹⁵.

⁹⁴ “The four-eyes principle refers to a requirement that some public sector activities or decisions must be approved by at least two people. The four principle is a tool for monitoring and increased accountability and operates on the basis that it is harder to corrupt two people than one person”. UNODC. **Knowledge tools for academics and professionals: Module Series on Anti-Corruption. Module 4 - Public Sector Corruption**. Disponível em: https://grace.unodc.org/grace/uploads/documents/academics/Anti-Corruption_Module_4_Public_Sector_Corruption.pdf. Acesso em 27/05/2023.

⁹⁵ OCDE. **Preventing Corruption in Public Procurement...**, p. 7.

A OCDE alerta, ainda, que considerando que os riscos de corrupção existem em todo procedimento licitatório e diversas fases, concentrar as medidas de prevenção apenas em uma etapa do processo não é suficiente para coibir a prática, podendo inclusive aumentar os riscos nas demais. Nesse sentido, faz-se necessária uma abordagem “holística”, que contemple uma pluralidade de fatores e agentes⁹⁶.

Esta abordagem holística proposta pela OCDE contempla 6 princípios para prevenção e combate à corrupção: (i) integridade, (ii) transparência, (iii) participação de *stakeholders*, (iv) acessibilidade, (v) uso de tecnologias de comunicação e informação. (vi) e supervisão e controle do ciclo de aquisição⁹⁷. Em sentido muito semelhante, a UNODOC inclui à lista a (i) elaboração de códigos de conduta, (ii) a existência de sistema de recompensas e benefícios, (iii) ambiente favorável aos programas de compliance e (iv) adequada gestão de conflitos de interesses⁹⁸.

Uma vez que a corrupção também afeta e prejudica diretamente a competição nas licitações públicas, seja pelo favorecimento de determinados licitantes ou pelo desestímulo causado nas empresas que, sem envolvimento com práticas corruptas, perdem o interesse e a confiança de fornecer para o governo, um diálogo entre autoridades concorrenciais e a seara anticorrupção é medida que também deve ser considerada⁹⁹. Frazão considera, inclusive, que “a corrupção, em muitos casos, é a causa ou a consequência de problemas concorrenciais” e, por este motivo, regras mais claras, transparentes e seguras deveriam ser implementadas para o melhor funcionamento do mercado e para a difusão de informações mais eficientes, de modo a diminuir os espaços para corrupção¹⁰⁰.

Assim, o combate à corrupção é útil ao propósito de promoção da concorrência, uma vez que garante maior confiabilidade aos certames públicos e estimula o ingresso de licitantes idôneos interessados em concorrer pelo contrato com a Administração Pública.

2.4 RISCOS DE BARREIRAS À ENTRADA (RESTRICÇÕES COMPETITIVAS PROVOCADAS PELO ESTADO)

⁹⁶ *Ibid.*, p. 10.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 10-28.

⁹⁸ UNODC. **Knowledge tools for academics and professionals: Module Series on Anti-Corruption. Module 4 - Public Sector Corruption.** P. 21-24. Disponível em: https://grace.unodc.org/grace/uploads/documents/academics/Anti-Corruption_Module_4_Public_Sector_Corruption.pdf. Acesso em 27/05/2023.

⁹⁹ Na mesma linha: FRAZÃO, Ana. *Op. cit.*, p. 65.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 66

O CADE considera as barreiras à entrada como “qualquer fator em um mercado que coloque um potencial competidor em desvantagem com relação aos agentes econômicos estabelecidos”¹⁰¹. A existência de obstáculos à entrada de novos competidores no mercado diminui a possibilidade de abertura de novas empresas e possibilita aos *players* já estabelecidos a manutenção de preços em patamares mais elevados e o baixo investimento em inovação.

Nas licitações públicas, dada a criação de ambiente competitivo próprio para cada licitação, os critérios de ingresso de potenciais fornecedores são pré-definidos pelo Estado, inicialmente a partir da legislação e, de modo específico, pelo Edital que rege o certame. Desta forma, para além das barreiras à entrada existentes no segmento de mercado das empresas, o ingresso no universo de compras públicas também encontra os seus próprios desafios.

No âmbito das contratações públicas, o desenho rígido das licitações e a regulação estatal das compras públicas podem, muitas vezes, desempenhar função contrária à pretendida e limitar o acesso de concorrentes. Nesse sentido, Carvalho aponta que existem pelo menos duas condutas anticompetitivas praticadas pelo Poder Público no âmbito das licitações: a criação indevida de restrições à participação no certame licitatório e o abuso do poder de compra¹⁰².

Um dos pontos que se destaca de imediato no tocante à criação indevida de restrições à participação pelo poder público é a fase de habilitação das licitações, criada para sondar, de forma inicial, se a empresa proponente tem condições de levar a termo o objeto contratual licitado¹⁰³. Do ponto de vista do Direito Administrativo, o objetivo desta etapa licitatória consiste em trazer garantia à administração pública de que a empresa tem condições de executar o objeto contratual, ao mesmo tempo que otimiza a tomada de decisão do gestor público, ao

¹⁰¹ CADE. **Guia de análise de atos de concentração horizontal**. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>. Acesso em 23/05/2023.

¹⁰² CARVALHO, Victor Aguiar de. *Op. cit.*, p. 25.

¹⁰³ “Na fase de habilitação a Administração verifica as propostas que em tese podem ser aceitas em razão da pessoa do proponente, aferindo se reúne ele condições técnicas para executar o objeto da licitação. Nessa fase são consideradas as qualidades do proponente, subjetivamente consideradas. Não se cuida, ainda, de verificar se a proposta apresentada atende às necessidades da Administração, mas sim de aferir se o proponente, em tese, está capacitado para contratar com o Poder Público. Cabe, então, verificar se o proponente tem qualidades que o habilitem a executar o objeto da licitação. Em suma, deve ele demonstrar sua qualificação jurídica, técnica, econômico-financeira, bem como sua regularidade fiscal. Através da análise da qualificação técnica, ainda na fase de habilitação do certame licitatório, deve o proponente demonstrar sua idoneidade e capacidade para executar os encargos relativos ao objeto da licitação, demonstrando já ter desempenhado ‘atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos’ com esse objeto, conforme previsto no art. 30, inc. II, da Lei n. 8.666/93.” Ver *in* RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Habilitação e classificação: qualificação técnica e licitação de melhor técnica: distinções*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella et al. **Temas polêmicos sobre licitações e contratos**. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1995. P. 101

permitir a concentração e a individualização das informações necessárias para a motivação da escolha¹⁰⁴.

Esta estratégia parte da premissa de que os ofertantes remanescentes têm maior probabilidade de atender à contratação em condições adequadas, como forma de garantir a eficiência da contratação e o atingimento do interesse público envolvido na licitação. Por esta razão, inclusive, a fase de habilitação prevista pela Lei 8.666/1993 consistia na primeira etapa da licitação, antes mesmo das propostas de preço.

Do ponto de vista da defesa da concorrência, no entanto, esta forma de imposição de barreiras à entrada pode trazer prejuízos. Regras de habilitação excessivamente rígidas levam à exclusão sumária de parcela importante de competidores, podendo afastar a Administração Pública de seu real objetivo, que é a compra do bem ou serviço nas melhores condições possíveis para atender ao interesse público. Dado o significativo impacto que a fase de habilitação pode ter em uma licitação pública, Schuartz e Possas chegam a considerar que:

a criação de exigências relativas à habilitação em licitações públicas, cujos efeitos sejam a restrição injustificada (de acordo com critérios específicos ao Direito Concorrencial) do número de concorrentes na licitação, representa um abuso de poder da parte da autoridade licitante e, em consequência, uma infração da ordem econômica¹⁰⁵.

No tocante à criação indevida de restrições à participação nesta etapa licitatória, Sundfeld é forte crítico da fase de habilitação prevista pela Lei 8.666/1993. Segundo o autor, o fato de a habilitação ser a fase inicial das contratações públicas é uma das “características da licitação prevista na lei de 1993 [...] especialmente desenhadas para evitar ou neutralizar uma disputa dura”¹⁰⁶. A crítica do autor se fundamenta no fato de a lei exigir a demonstração de experiência anterior em contratos similares como requisito para a participação, sem a possibilidade de alternativas como o fornecimento de garantias financeiras para permitir a entrada de empresas novatas. Somado a isso, o autor ainda critica a previsão exclusiva de procedimentos presenciais, que teria levado à regionalização das disputas, e as dificuldades impostas às grandes empresas, com o parcelamento das obras de engenharia¹⁰⁷.

¹⁰⁴ CARNEIRO, Breno Zanan. **Barreiras à entrada e habilitação em licitação: o artigo 37, Inciso XXI, da Constituição Federal visto sob as perspectivas do Direito Administrativo e do direito antitruste**. Dissertação de mestrado. Brasília, 2008, p. 76-78

¹⁰⁵ SCHUARTZ, Luís Fernando; POSSAS, Mario Luiz. **Habilitação em licitações públicas e defesa da concorrência**. Revista do IBRAC Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional. vol. 5. São Paulo: Ed. RT, jan. 1998.

¹⁰⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. Contratações públicas e o princípio da concorrência. ..., p. 01.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 61.

Para além da restrição no número de licitantes, que afeta diretamente o nível de competição na licitação, a fase de habilitação também pode ser considerada como facilitadora para a formação de cartéis em licitações. Isso porque, nos termos utilizados pela Lei 8.666/1993, a habilitação, quando realizada na fase inicial do certame, promove não só a redução do número de interessados como, também, lista de todos os licitantes restantes, que passarão para a fase de propostas. O conhecimento detalhado dos competidores pode favorecer a formação de cartéis, vez que há a garantia de que não haverá novos entrantes (pois não é permitido o ingresso de novos licitantes após a fase de habilitação) e o número de competidores é reduzido. Klein e Andrade esclarecem a questão ao considerar que:

Com a prévia definição das condições de participação pela Administração Pública, um dos possíveis efeitos consiste na maior possibilidade de cada concorrente ter condições de identificar as outras empresas que preenchem os requisitos de habilitação e são os seus potenciais concorrentes.¹⁰⁸

Para além da fase de habilitação, outras características das contratações públicas também podem ser consideradas desestimulantes para o ingresso de empresas como fornecedoras públicas. Nesse sentido, Garcia considera que existem duas ordens de restrição à competição em licitações públicas promovidas pelo próprio Estado contratante: as restrições genéricas e as restrições específicas¹⁰⁹.

As restrições genéricas são consideradas pelo autor como aquelas ligadas diretamente ao desenho institucional das licitações públicas, e se dividem em três: (i) a desconsideração da racionalidade econômica de cada segmento de mercado; (ii) os elevados custos de transação decorrentes do excessivo desequilíbrio da relação administrativa contratual e (iii) o descompromisso com o adimplemento e das obrigações financeiras e a recorrente impontualidade no pagamento. Pela pertinência temática, estes serão os pontos analisados no presente Capítulo.

O primeiro ponto consiste na desatenção legislativa às particularidades dos diversos nichos de mercado. No panorama legislativo atual, contratações para a aquisição, por exemplo, de tecnologia da informação, obras de engenharia, material de expediente e serviços gerais são reguladas pelas mesmas normativas. Ademais, há pouca discricionariedade para o desenho de

¹⁰⁸ KLEIN, Aline Lícia; ANDRADE, Ricardo Barreto de. *Op. cit.*

¹⁰⁹ GARCIA, Flávio Amaral; RIBEIRO, Leonardo Coelho. Licitações públicas sustentáveis. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, v. 260, maio/ago. 2012. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/a-dimensao-concorrencial-nas-licitacoes-problemas-desafios-e-propostas>. Acesso em 23/05/2023.

editais de licitação mais aderentes à realidade de cada mercado, vez que a estrutura normativa já é bastante abrangente e direcionada.

Em segundo lugar, as chamadas cláusulas exorbitantes¹¹⁰ são fator de grande desestímulo para as empresas no tocante às contratações públicas. Tratam-se de dispositivos que excedem o Direito Comum (Privado) para consignar vantagem ou restrição à administração ou ao contratado. Dentre outras prerrogativas, a administração pública detém o poder de, unilateralmente, alterar as cláusulas regulamentares ou rescindir o contrato antes do prazo estabelecido, por motivo de interesse público. Os contratos administrativos são marcados pela supremacia da administração pública, representada muitas vezes pela presença destas cláusulas exorbitantes, que geram certo desequilíbrio entre a administração e o particular. Não por outro motivo, também, os contratos administrativos possuem a característica de contratos de adesão¹¹¹, uma vez que os termos são fixados unilateralmente pela Administração Pública.

Este elemento já foi analisado pelo relatório produzido pela OCDE para análise do cenário brasileiro de compras públicas, que esboçou posicionamento alinhado com o entendimento de que:

A possibilidade de os contratos serem facilmente modificados após a adjudicação pode desencorajar a participação de licitantes mais avessos ao risco. As empresas que esperam ter que renegociar o contrato e se sentem confiantes sobre sua posição de negociação com a Administração Pública podem reagir estrategicamente, diminuindo suas propostas. Isto pode levar à seleção das propostas dos licitantes mais confiantes quanto à sua capacidade de renegociação, em vez dos mais eficientes (OCDE, 2014).¹¹²

No Brasil, a prática de adequar os preços ofertados com base em estimativas de renegociação com a administração pública é conhecida como “jogo de planilhas”. No Tribunal de Contas da União (TCU), a prática já foi abordada e coibida, tendo a corte de contas responsabilizado o mau planejamento das licitações como um dos responsáveis pela ocorrência das distorções orçamentárias¹¹³. A conclusão da OCDE é a de que, no Brasil, nem a legislação

¹¹⁰ “São cláusulas exorbitantes aquelas que não seriam comuns ou que seriam ilícitas em contrato celebrado entre particulares, por conferirem prerrogativas a uma das partes (a Administração) em relação à outra; elas colocam a Administração em posição de supremacia sobre o contratado”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo...**, p. 590

¹¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo...**, p. 589.

¹¹² OCDE. **Combate a cartéis em licitações no Brasil: Uma revisão das Compras Públicas Federais**. Paris: OCDE, 2021. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/Combate-a-Carteis-em-Licitacoes-no-Brasil-uma-Revisao-das-Compras-Publicas-Federais-2021.pdf>. Acesso em 25/05/2023.

¹¹³ “13. Exatamente essas alterações contratuais a posteriori, na fase de execução contratual, fruto do péssimo planejamento das obras, na maioria das vezes, são responsáveis por superfaturamentos resultantes da materialização do conhecido “jogo de planilhas”, onde o equilíbrio do contrato é alterado substancialmente, normalmente em favor das empresas contratadas, pela supressão de quantitativos de itens com subpreço e acréscimos de quantitativos de itens com sobrepreço, de forma isolada ou conjunta, ambos os procedimentos amparados por estudos técnicos que comprovam a necessidade de alteração dos quantitativos, normalmente

ou a jurisprudência expressam preocupações sobre o impacto que os reajustes contratuais podem ter sobre a participação inicial dos licitantes.

Por último, o recorrente inadimplemento da Administração Pública no âmbito dos contratos administrativos também pode ser fator prejudicial à concorrência nas licitações públicas. Em que pese esta tendência não possa ser generalizada para todos os entes federativos, fato é que a inadimplência é um problema significativo. Isso leva ao aumento significativo dos custos de transação que, conseqüentemente, representa o aumento nos custos cobrados pelos licitantes ou, no extremo, no efetivo desinteresse na concorrência em licitações públicas. Em complemento, no âmbito das restrições específicas, Garcia destaca três possibilidades, a saber:

(i) a ausência quase absoluta na utilização da tecnologia de informação e de ferramentas que utilizem o big data ou mesmo a inteligência artificial para promover o cruzamento de dados com vistas a identificar práticas colusivas; (ii) a omissão na regulação dos editais em relação ao tratamento das principais barreiras à entrada nas licitações públicas; (iii) a ausência de integração institucional no combate aos cartéis e a tímida articulação das contratações e o Direito da Concorrência.¹¹⁴

É justamente pela presença destes elementos supracitados que a OCDE considera como condições fundamentais para a promoção da concorrência em licitações públicas, entre outros, o papel fundamental dos agentes de compras públicas e o necessário aperfeiçoamento dos termos das licitações para se sejam selecionados licitantes verdadeiramente competitivos.

evidenciadas na execução das obras em decorrência de deficiências dos projetos básico e/ou executivo”. (TCU, Acórdão 2640/2007 – Plenário. Relator Ministro Augusto Sherman. Data da sessão: 05/12/2007). Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A2640%2520ANOACORDAO%253A2017/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: 25/06/2023.

¹¹⁴ GARCIA, Flávio Amaral; RIBEIRO, Leonardo Coelho. Licitações públicas sustentáveis. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, v. 260, maio/ago. 2012. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/a-dimensao-concorrencial-nas-licitacoes-problemas-desafios-e-propostas>. Acesso em 23/05/2023.

3. NOVO CONTEXTO LICITATÓRIO BRASILEIRO: A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E OS AVANÇOS CONCORRENCIAIS

O arcabouço legislativo relacionado às contratações públicas foi estruturado com maior concretude a partir de 1993, com a edição da Lei 8.666/1993, que se tornou o Diploma geral de regulamentação das compras públicas nacionais. Dito Diploma passou por processo legislativo de cerca de dois anos até a sua edição, que revogou todas as normativas anteriores. A necessidade partiu tanto do reconhecimento de que os dispositivos anteriores “facilitavam sistematicamente o cometimento de fraudes”, quanto, e principalmente, pela exigência trazida pela Constituição de 1988 de novo regramento legal para as compras públicas¹¹⁵.

No entanto, a referida Lei sofria de significativas lacunas, que exigiram novos esforços legislativos. As alterações subsequentes consistiram tanto em aprimoramentos pontuais, como as ampliações das hipóteses de contratação direta, quanto em legislação inovadora, como a criação do pregão eletrônico (Lei 10.520/2000), o tratamento diferenciado de micro empresas e empresas de pequeno porte (Lei Complementar 123/2010), o regime diferenciado para contratação de serviços de publicidade (Lei 12.232/2010) e o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (Lei 12.462/2011). No total, considera-se que a Lei 8.666/1993 sofreu modificações de oitenta normas diferentes, das quais sessenta e uma foram medidas provisórias¹¹⁶.

Em que pese os avanços inegavelmente trazidos pela normativa, a Lei 8.666/1993 foi marcada por significativa complexidade, que muitas vezes ocasionava aplicação pouco prática e insegurança dos administradores públicas – por motivos como estes, inclusive, é que ocorreram as alterações legislativas citadas.

A Comissão Especial Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/1993) (CTLICON), em estudo aprofundado sobre o tema, identificou diversas

¹¹⁵ Nesse sentido: “A publicação da Lei 8.666, em 1993, representou claro divisor de águas para os processos de aquisição efetuados pelo Estado brasileiro e nos contratos deste com o setor privado, antes regidos pelo Decreto-Lei 2.300, de 21 de novembro de 1986. O contexto para sua propositura foi dado pela avaliação de que os dispositivos do Decreto-Lei facilitavam sistematicamente o cometimento de fraudes, mas, além disso, era a própria Constituição de 1988, em seu art. 37, XXI, que exigia novo regramento à sistemática de aquisições públicas. As tratativas para a confecção da nova lei tiveram duração de quase dois anos e quando de sua publicação, em 1993, já se haviam passados mais de cinco anos de promulgação da Carta Magna”. BRASIL. Senado Federal. Comissão Especial Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos (Lei Nº 8.666/1993) – CTLICON. Relatório Final. Diário do Senado Federal. Publicado em 19/12/2013. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/18804?sequencia=4>. Acesso em 13/06/2023.

¹¹⁶ Conforme apontado pelo Relatório Final da Comissão Especial Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/1993) (CTLICON). BRASIL. Senado Federal. Comissão Especial Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos (Lei Nº 8.666/1993) – CTLICON. Relatório Final. Diário do Senado Federal. Publicado em 19/12/2013, p. 2. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/18804?sequencia=4>. Acesso em 13/06/2023.

necessidades que justificaram a necessária reforma da legislação de 1993. Entre eles, citam-se a abertura de margens excessivas para a prática de condutas desleais por parte dos licitantes, o enrijecimento dos dispositivos legais, a proliferação excessiva de normativos infralegais e o ativismo dos órgãos de controle frente à inexperiência dos agentes públicos¹¹⁷.

Foi a partir deste diagnóstico que teve início o processo legislativo para a criação de nova Lei Geral de Licitações públicas e contratos administrativos, que culminou na edição da Lei 14.133/2021. O projeto legislativo foi iniciado no Senado Federal ainda no ano de 2013 (Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 559/2013) e, após aprovação, foi remetido à Câmara dos Deputados em 2017, onde passou a ser denominado Projeto de Lei (PL) nº 6.814/2017. Nesta Casa, no entanto, o Projeto de Lei foi apensado ao PL nº 1.292/1995, que foi elevado à condição de texto original e para a proposição do novo marco legal de contratações públicas.

A nova Lei de Licitações surge, então, como compilação dos Diplomas Legais anteriormente existentes, acrescida de inovações até então inexistentes no cenário de compras públicas brasileiro. O Diploma foi sancionado em 1 de abril de 2021, com aplicação integral e obrigatória prevista para 1 de abril de 2023. No entanto, o prazo foi posteriormente prorrogado para 30 de dezembro de 2023, a partir da Medida Provisória nº 1.167/2023.

3.1 AVANÇOS E NOVIDADES DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES NO ÂMBITO CONCORRENCIAL

Como ressaltado pela CTLICON, um dos motivos para a necessária reformulação da Legislação de Contratações Públicas Brasileira foi justamente a identificação de lacunas concorrenciais, destacadas como “margens excessivas para práticas desleais de quem vende para a administração”¹¹⁸. Desta forma, pode-se inferir, a princípio, que as preocupações concorrenciais ocuparam algum espaço nas discussões acerca da nova lei de licitações.

Nesse sentido, passo significativo dado pela Nova Lei de Licitações foi a inclusão do Princípio da Competitividade no rol de seu artigo 5º. Em que pese a competitividade já se mostrasse como pressuposto das licitações públicas, o reforço deste Princípio fortalece o estímulo ao desenvolvimento de mecanismos mais competitivos e o reconhecimento de que a disputa proporciona a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

¹¹⁷ BRASIL. Senado Federal. Comissão Especial Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos (Lei Nº 8.666/1993) – CTLICON. *Op. cit.*, p. 2. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/18804?sequencia=4>. Acesso em 13/06/2023.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 4.

Ademais, o Princípio da Competitividade é considerado de dupla dimensão (formal e material). Assim, a regra incide “sobre o desenvolvimento propriamente dito da atividade administrativa no âmbito das licitações e contratações públicas, mas também dispõe sobre o conteúdo das decisões adotadas ao longo dessa atividade”¹¹⁹⁻¹²⁰. Desta forma, pode-se inferir que o estímulo à concorrência deve passar a influenciar mais diretamente os procedimentos licitatórios e a atuação dos gestores públicos.

Contudo, deve-se fazer uma ressalva. O Princípio da Competitividade não implica a inexistência de restrições pontuais à competição, desde que se afigurem como “adequadas e necessárias”¹²¹. Eventuais restrições podem ser utilizadas para impedir licitações desastrosas, como é o caso dos requisitos de habilitação, ou então para o atingimento de outros fins sociais e compatíveis com a Ordem Jurídica, como por exemplo o estímulo ao desenvolvimento econômico a partir do tratamento privilegiado de micro e pequenas empresas. Aliás, decorrência direta do caráter instrumental da concorrência (“concorrência-instrumento”) é, justamente, a possibilidade de esta ser afastada em prestígio a outros valores Estatais¹²². Ainda, Justen Filho vai ao encontro deste entendimento, argumentando ainda que a viabilidade de restrições ao Princípio da Competitividade é decorrência da autorização trazida pelo artigo 37, inciso XXI da CRFB/88. Nas palavras do autor:

A regra constitucional admite expressamente a previsão de requisitos que produzem efeito limitador da participação na licitação. Não é cabível adotar interpretação literal e defender que seriam somente essas as restrições constitucionalmente permitidas. Afigura-se que a vontade constitucional é reduzir a possibilidade de contratações que não atinjam às finalidades pretendidas. As previsões contidas no texto constitucional são exemplificativas.¹²³

Ademais, uma vez reconhecido que as compras públicas simulam mercado artificial e provisório desenvolvido para a seleção da melhor proposta, faz-se necessário compreender que existem imperfeições que devem ser abordadas e remediadas. Nóbrega advoga pela necessária inclusão de preocupações concorrenciais nas licitações públicas. Segundo o autor, há tendência estatal de partir do pressuposto de existência de concorrência perfeita quando do planejamento

¹¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021...**, p. 105.

¹²⁰ No mesmo sentido: “Sob o prisma formal, a competitividade exige a ampla divulgação da existência do certame, a adoção de soluções procedimentais que assegurem a disputa efetiva e a vedação a práticas que comprometam a seriedade da competição. Na dimensão material, a competitividade acarreta a vedação a atos e atividades que produzam a redução inadequada e desnecessária do acesso ao certame e da competição entre os interessados”. *Ibid.*, p. 119.

¹²¹ *Ibid.*, p. 118.

¹²² Nesse sentido, ver: FORGIONI, *Op. cit.*, p. 81 e FRAZÃO, *Op. cit.* p. 34-48.

¹²³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021...**, p. 118.

das compras públicas, ignorando-se falhas de mercado como assimetria informacional, custos de transação e condutas anticompetitivas¹²⁴. Em vista disso, defende-se a necessidade de planejamento das licitações públicas com olhar mais voltado às realidades de mercado e menos focado na interpretação hermética da lei.

Para além do estímulo geral à competitividade, medidas trazidas pela Nova Lei de Licitações também podem impactar positivamente a competição pelos contratos administrativos, atacando diretamente os desafios concorrenciais evidenciados no segundo Capítulo. No intuito de identificar alguns destes avanços, os Tópicos seguintes dedicam-se a identificar estes novos mecanismos.

3.2 APRIMORAMENTOS NO COMBATE À COLUSÃO ENTRE LICITANTES

O primeiro ponto de atenção levantado acerca dos riscos concorrenciais nas licitações públicas consiste nas hipóteses de colusão entre licitantes, evidenciadas no Tópico 3.1 deste trabalho. Como visto, os cartéis em licitações são considerados a maior ameaça aos cofres públicos no âmbito das compras governamentais, em razão do alto potencial lesivo ao erário em razão do sobrepreço praticado pelos cartelistas. Além dos prejuízos financeiros, os cartéis reduzem a qualidade dos bens e serviços e violam o princípio competitivo da licitação, uma vez que o resultado do certame é, muitas vezes, pré-combinado entre os membros do cartel.

Com esta perspectiva, foram destacadas duas inovações da nova Lei de Licitações, consideradas as mais inovadoras com relação ao regime anterior, que podem contribuir com a mitigação dos referidos riscos colusivos. Apesar do recorte, não se ignora a existência de outros mecanismos que podem, direta ou indiretamente, promover o mesmo objetivo.

3.2.1 Inversão das fases de julgamento e habilitação dos licitantes (Art. 17 da lei 14.133/2021)

O primeiro avanço concorrencial destacado é a inversão das fases de julgamento e habilitação dos licitantes. A inovação foi trazida pelo artigo 17 da Lei 14.133/2021, que prevê, como regra, a ocorrência da fase de julgamento de propostas e lances antes da análise dos documentos de habilitação dos licitantes. Desta forma, somente serão analisados os documentos

¹²⁴ NÓBREGA, Marcos; CAMELO, Bradson. O que o prêmio Nobel de Economia de 2020 tem a ensinar a Hely Lopes Meirelles?. **Jota**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/coluna-da-abde/premio-nobel-economia-2020-ensinar-hely-lobes-meirelles-15102020>. Acesso em 14/06/2023.

habilitatórios do licitante cuja proposta tiver sido considerada a mais vantajosa na etapa de julgamento. Apenas na eventualidade de inabilitação deste, serão analisados os documentos do proponente classificado em segundo lugar, e assim por diante, até que seja declarado o vencedor da licitação.

Trata-se de inversão da ordem antiga prevista pela Lei 8.666/1993, que determinava como etapa inicial a apreciação dos documentos de habilitação, seguida de etapa de recursos contra as decisões de habilitação ou inabilitação, para somente depois passar para o julgamento de propostas.

Essa chamada “inversão de fases” não é propriamente uma novidade no cenário das compras públicas brasileiras, uma vez que já havia sido utilizada pela Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão). No entanto, a generalização deste padrão para todas as modalidades de licitação representa avanço significativo tanto para a desburocratização do procedimento quanto para a concorrência nos certames.

Do ponto de vista concorrencial, um dos problemas enfrentados pelo formato antigo era a redução imediata de proponentes em razão das inabilitações ocorridas já na fase inicial. Adicionalmente a esta redução de licitantes, a identidade dos proponentes restantes também era divulgada a todos, o que facilitava a formação de cartéis. Naturalmente, a combinação de preços ou mercado é facilitada quanto (i) a identidade dos concorrentes é conhecida e (ii) o número é reduzido. Ademais, o significativo decurso de tempo entre a fase de habilitação e a fase de julgamento, provocada pela etapa recursal intermediária, permitia maior disponibilidade de tempo para que os cartelistas chegassem a um acordo sobre eventual divisão de lucros.

A existência de fase de recursos específica para a impugnação de decisões sobre habilitação e inabilitação de licitantes também criava grandes incentivos para a impugnação generalizada de concorrentes, na tentativa de reduzir forçadamente a competitividade para a etapa de propostas. Além de contrária a competição, esta prática também aumentava significativamente os custos de transação dos licitantes, vez que estes precisariam dispende investimentos para a elaboração de recursos ou defesas técnico-jurídicas, tanto para atacar concorrentes quanto para defender a sua própria habilitação.

Desta forma, a inversão das fases de habilitação e julgamento mitiga diversos destes riscos, trazendo maior celeridade para o procedimento licitatório e preservando a concorrência ampla na fase de propostas.

Esta medida já era recomendada anteriormente por estudiosos da área. Carlos Ari Sundfeld, por exemplo, criticava duramente o modelo empreendido pela Lei 8.666/2023, considerando que este “limita o número de propostas de preço que serão conhecidas, como, em

virtude da rigidez formal e da extensão do procedimento no tempo, abre-se oportunidade para recursos que eliminem mais participantes e também para negociações ocultas entre os remanescentes”¹²⁵.

É preciso destacar, contudo, que a Lei 14.133/2021 traz uma exceção à nova regra, permitindo a antecipação da fase de habilitação para que esta anteceda as etapas de apresentação e julgamento de propostas, desde que a alteração seja realizada por ato motivado e expressamente prevista no edital (artigo 17, §1º da Lei 14.133/2021). A análise sobre a necessidade de que somente licitantes habilitados possam apresentar propostas deverá ser feita ainda na fase preparatória, onde deverão ser analisadas a natureza do objeto licitado, as exigências realizadas aos licitantes e outros elementos pertinentes¹²⁶. Se foi realizada a opção pela antecipação da fase habilitatória,

A decisão de promover a inversão das fases deverá ser motivada de modo satisfatório, com a indicação dos fatores que conduzem ao entendimento de que a seleção da proposta mais vantajosa deve iniciar-se com o exame dos requisitos de habilitação e de participação no certame.¹²⁷

Ademais, ainda na eventualidade de antecipação da fase de habilitação, permanecerá existindo apenas uma fase recursal unificada, que ocorrerá apenas após a etapa de julgamento das propostas.

Em que pese a referida exceção, espera-se que a utilização da nova sequência de fases trazida pela Lei 14.133/2021 de forma majoritária já apresente efeitos positivos na competitividade das licitações públicas. Ademais, em razão dos benefícios já apresentados pela análise posterior dos documentos habilitatórios, notadamente a dificuldade da formação de cartéis, a redução dos custos de transação e a desburocratização do procedimento, acredita-se que as hipóteses de exceção à nova regra serão reduzidas.

3.2.2 O Painel Nacional de Contratações Públicas (Art. 174 da Lei 14.133/2021)

Em segundo lugar, considera-se como avanço útil à detecção de cartéis em licitação a criação do Painel Nacional de Contratações Públicas (PNCP). A criação do referido instrumento está prevista pelo artigo 174 da Lei 14.133/2021, com referências também em outros

¹²⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. Contratações públicas e o princípio da concorrência. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, mar./ago. 2012, p. 05.

¹²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021**..., p. 320.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 320.

dispositivos da mesma lei. O objetivo do PNPC é centralizar informações sobre as contratações públicas realizadas em todos os entes federais.

Trata-se de sítio eletrônico próprio para o armazenamento de informações e documentos relacionados às contratações públicas firmadas na vigência da Lei 14.133/2023, em linha com o processo de digitalização da Administração Pública. A iniciativa prestigia os princípios da transparência e da acessibilidade, permitindo fácil acesso aos dados relacionados às contratações públicas nacionais. De forma geral, o *site* deve reunir, entre outros pontos: planos de contratação anual (art. 12, VII); contratos e aditamentos (art. 91); acesso à base nacional de notas fiscais eletrônicas; avisos de contratação direta (art. 72, parágrafo único e editais de credenciamento (art. 19, II) e de pré-qualificação (art. 80, §3º).

Em termos de detecção de cartéis em licitações, esta centralização das informações relacionadas às compras públicas está em linha com a recente recomendação da OCDE sobre prevenção de cartéis em licitações, na qual recomendou-se aos países aderentes:

[...] 10. Manter bancos de dados de aquisição confiáveis e abrangentes, que:
 a) são consistentes entre as autoridades contratantes; b) abrangem todas as fases do processo de aquisição para apoiar a concepção de propostas pró-competitivas, bem como a aplicação adequada da lei; c) incluir dados sobre licitações (tanto bem-sucedidas quanto malsucedidas) e contratos (incluindo aditamentos e subcontratos) e variáveis-chave (como identificadores de empresas) que facilitam a avaliação da ocorrência de manipulação de licitações; d) são acessíveis aos responsáveis pela contratação pública e às autoridades responsáveis pela aplicação da lei, incluindo as autoridades da concorrência.¹²⁸

Um banco de dados de compras públicas confiável e abrangente permite a análise conjunta e centralizada por parte dos órgãos de controle para a identificação de condutas anticompetitivas ou resultados destoantes nos processos licitatórios. Além do monitoramento e fiscalização pelas autoridades, o acesso também é disponibilizado à sociedade, que pode participar das atividades de controle.

Ademais, a centralização das informações facilita a utilização de *softwares* de detecção de fraudes em licitações, como o “Projeto Cérebro”¹²⁹, desenvolvido pelo CADE para monitorar

¹²⁸ No original: “10. Keep reliable and comprehensive procurement databases, which: a) are consistent across contracting authorities; b) cover all procurement process stages to support pro-competitive tender design as well as appropriate law enforcement; c) include data about bids (both successful and unsuccessful) and contracts (including amendments and subcontracts) and key variables (such as firm identifiers) that facilitate evaluating whether bid rigging might have occurred; d) are accessible to public procurement officials and relevant law enforcement authorities, including competition authorities”. OCDE. **Recommendation of the Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement**. Amended on 07/06/2023. Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0396>. Acesso em 14/06/2023.

¹²⁹ Sobre o tema: PNUD Brasil. Cérebro: inteligência no combate à formação de cartéis. **Medium**. Disponível em: https://medium.com/@pnud_brasil/c%C3%A9rebro-intelig%C3%Aancia-no-combate-%C3%A0-forma%C3%A7%C3%A3o-de-cart%C3%A9is-95db65d02eba. Acesso em 14/06/2023.

condutas anticompetitivas em licitações públicas ou o robô “Alice”¹³⁰, utilizado pelo TCU para a análise de licitações e editais. Ambos os sistemas operam por meio do cruzamento de dados relacionados a licitações públicas para identificar indícios de irregularidades que, se encontrados, serão analisados detidamente pela autoridade responsável. A ideia é reforçada por Ferreira, em dissertação de mestrado focada no combate à cartéis em licitações públicas:

A reunião centralizada de informações sobre as contratações públicas, fundada no princípio da transparência, permite um monitoramento e fiscalização das licitações pelas autoridades e pela própria sociedade. A partir desse monitoramento é possível fazer uma análise de dados a fim de identificar possíveis condutas colusivas. Com isso, o “Projeto Cérebro”, desenvolvido pelo CADE para monitoramento de dados relativos às contratações públicas com o objetivo de detectar condutas anticompetitivas, poderá ser melhor explorado.¹³¹

Há, contudo, contraponto aos supracitados benefícios do PNPC para o combate a condutas anticompetitivas em licitações públicas. Ao contrário do aqui defendido, a transparência excessiva em processos licitatórios já foi considerada como elemento facilitador de condutas anticompetitivas, mais do que medida preventiva à prática. Isso porque, da mesma forma que os órgãos de controle e a sociedade podem ter acesso às informações relevantes, também o fazem os licitantes. O fácil acesso aos preços praticados por outros fornecedores e a identificação de empresas inseridas no mesmo mercado público pode facilitar o contato entre concorrentes e o paralelismo de preços. Nesse sentido, por exemplo, esclarece Ceccato:

Contudo, paradoxalmente, a transparência das contratações públicas, tão demandada nos dias atuais, pode aumentar as chances de cartelização pelo fato de que reduz os custos de monitoramento dos cartéis já existentes, permitindo a identificação daquele que infringe o acordo colusivo e garantindo uma maior credibilidade para a sua ameaça de punição pelos demais cartelistas. Em outras palavras, a transparência das contratações desestimula os membros do cartel a violar o acordo colusivo, garantindo maior estabilidade ao conluio. Além de facilitar o monitoramento do cartel, a ampla publicidade também permite a formação de *novos* acordos colusivos quanto são disponibilizadas informações de quem participa, pretende participar do certame ou simplesmente foi consultado pela Administração.¹³²

¹³⁰ Sobre o tema: Como as robôs Alice, Sofia e Monica ajudam o TCU a caçar irregularidades em licitações. **G1**. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/como-as-robos-alice-sofia-e-monica-ajudam-o-tcu-a-cacar-irregularidades-em-licitacoes.ghtml>. Acesso em 14/06/2023.

¹³¹ FERREIRA, Maria Beatriz Fidalgo Velloso. **Uma análise do antitruste no Brasil e sua aplicação no combate a cartéis em licitações**. Dissertação (mestrado). Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2021, p. 50. Disponível em: https://dspace.mackenzie.br/bitstream/handle/10899/31287/MARIA%20BEATRIZ%20FIDALGO%20VELLOS%20O%20FERREIRA%20.750234_assignsubmission_file_Uma%20an%20l%20lise%20do%20antitruste%20no%20Brasil%20e%20sua%20aplica%20o%20a%20no%20combate%20o%20cart%20e%20em%20licita%20o%20a%20p%20e%20s%20b%20ablicas.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 14/06/2023.

¹³² CECATTO, Marco Aurélio. **Cartéis em contratações públicas e o Direito Administrativo**. Dissertação (Mestrado). Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito. São Paulo, 2017, p. 96. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-04122020-013122/publico/5953750_Dissertacao_Original.pdf. Acesso em 14/06/2023.

Ainda, a OCDE, recomenda “considerar cuidadosamente que tipo de informação deve ser disponibilizado aos concorrentes no momento do ato ou sessão pública de abertura das propostas”¹³³. A organização internacional recomenda, ainda, que seja evitada a exposição de informações concorrencialmente sensíveis e que os preços máximos destinados à licitação não sejam amplamente divulgados, como forma de evitar articulações entre os licitantes.

A respeito disso, no entanto, acredita-se que a disponibilização de informações pode ser adaptada para preservar a competitividade. Por exemplo, os Planos Anuais de Contratação podem ser divulgados em versão parcial, conforme recomendado pela OCDE¹³⁴, sem deixar de atender ao disposto no artigo 172, §2º, I da Lei 14.133/2021. Ademais, a Nova Lei de Licitações permite a utilização do orçamento sigiloso, desde que devidamente fundamentado, conforme artigo 24 da Lei 14.133/2021, que também poderá ser utilizado para preservar a informação acerca da estimativa de valores no certame, conforme recomendado.

Evidentemente, o ponto ótimo entre transparência e concorrência nas licitações públicas é de difícil equilíbrio, e o prestígio de um dos valores implica na redução do outro, inexistindo solução absoluta para solucionar o problema. Nestes casos, trata-se de situação de conflito de escolha (*trade-off*)¹³⁵, em que se deve optar pelo prestígio de um em detrimento do outro, em maior ou menor medida.

Em que pese a relevância da reflexão, neste trabalho, adota-se posicionamento favorável à utilização do PNPC para o combate a cartéis em licitações, em especial pela facilitação na identificação de indícios de colusão nas contratações públicas nacionais, nos âmbitos federal, estadual e municipal. Eventuais fragilidades atinentes à facilitação de informações para utilização de potenciais cartelistas não podem ser ignoradas, mas poderão ser remediadas com outras medidas, como as supracitadas possibilidades de adoção do orçamento sigiloso e de divulgação parcial do Plano Anual de Compras. Ademais, o aprimoramento dos mecanismos de detecção de cartéis já é, por si só, uma medida apropriada para o desestímulo das práticas colusivas, que poderá ser fortalecida pelo uso do PNPC pelos órgãos de controle.

3.3 APRIMORAMENTOS NA PREVENÇÃO DE CONDUTAS UNILATERAIS

¹³³ OCDE. **Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes...**, p. 9.

¹³⁴ OCDE. **Combate a cartéis em licitações no Brasil...**, p. 86.

¹³⁵ Nesse sentido: “This may lead to tensions between the sometimes competing approaches to prevention of collusion and corruption within public procurement and require trade-offs in terms of how to achieve these objectives. While transparency of the process is indispensable to limit corruption, excessive or unnecessary transparency should be avoided in order not to foster collusion”. Ver *in* OCDE. **Collusion and corruption in public procurement**. P. 11.

No tocante à prevenção de condutas unilaterais, consideradas neste trabalho como os atos praticados por única empresa com vistas a interferir no resultado da licitação pública, também foi possível identificar avanços para a mitigação da prática.

Em razão da significativa dificuldade na detecção dessa prática, uma vez que se concretiza, em regra, no âmbito privado da relação entre empresas, acredita-se que a mitigação do problema deve se concentrar na estrutura legislativa e do edital, com vistas a reduzir as possibilidades de influência unilateral de empresas no resultado das licitações. Para isso, com base na Lei 14.133/2021, destaca-se novidade que pode ser utilizada para mitigar o problema.

3.3.1 Necessária motivação para apresentação da carta de solidariedade (Art. 41 da Lei 14.133/2021)

O artigo 41 da Nova Lei de Licitações disciplina a contratação pública de bens, e indica em seus incisos hipóteses excepcionais em que a Administração Pública pode fazer exigências adicionais aos licitantes, com a finalidade de assegurar a qualidade dos produtos contratados e o efetivo adimplemento do objeto contratual. Nesse sentido, encontra-se no inciso IV do referido artigo a possibilidade de o órgão contratante “solicitar, motivadamente, carta de solidariedade emitida pelo fabricante, que assegure a execução do contrato, no caso de licitante revendedor ou distribuidor”.

A carta de solidariedade consiste em documento formal emitido pelo fabricante de determinado bem, no qual este manifesta seu compromisso com o fornecimento dos bens oferecidos por terceiro no âmbito de uma licitação pública. O documento indica que o fornecedor está ciente da existência do certame, do conteúdo da proposta formulada por terceiro e das condições para a futura prestação e, diante destas considerações, assume compromisso formal em favor do licitante “de modo a assegurar a satisfação da obrigação por ele assumida”¹³⁶.

A necessidade da emissão da carta de solidariedade é explicada em razão da dissociação entre as atividades de produção e comercialização de bens. Como explica Justen Filho, em regra, o fabricante não assume a atividade de comercialização de produtos para o consumidor final, sendo comum a existência de redes de distribuição dos produtos para que seja operacionalizada a venda dos bens¹³⁷. Desta forma, uma vez que o fornecimento para a

¹³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo...**, p. 556.

¹³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo...**, p. 555.

Administração Pública muitas vezes dependerá de atuação do fornecedor para com o licitante, a carta de solidariedade assegura este compromisso e garante à administração o compromisso com o adimplemento do contrato.

No entanto, a prática pode ocasionar significativa redução na competitividade, uma vez que os licitantes interessados na venda de bens para a Administração Pública ficam sujeitos à disponibilidade do fornecedor, que poderá influenciar no acesso à licitação. Niebuhr esclarece precisamente o problema, assentado na relação de solidariedade criada entre fornecedores do bem e licitante:

Bem se vê que, sob a ótica dos fabricantes, a emissão da carta de solidariedade é ato que pode envolver risco elevado. Por isso é de deduzir que os fabricantes sejam restritivos em relação à emissão de cartas de solidariedade. Essa restrição por parte dos fabricantes, que é natural, reverbera sobre a licitação, cuja competitividade tende a ser prejudicada. O fabricante, por postura de restrição, tende a não emitir carta de solidariedade a todos os revendedores que lhe solicitem, sendo que quem não recebe a carta não pode participar da licitação. De certa maneira, ainda que parcialmente, o fabricante tem o poder de escolher quem participa da licitação – dado que a pretensão de dado revendedor de participar de licitação depende do aval do fabricante. A propósito, a relação entre fabricante e revendedor é de natureza privada, portanto, o fabricante goza do direito de emitir ou não carta de solidariedade para quem lhe aprovar, sem que tenha obrigação de expor as suas razões ou tratar os revendedores com justiça ou igualdade.¹³⁸

Portanto, uma vez que o fornecedor dispõe de autonomia para fornecer ou não os bens objeto da licitação, e que a assinatura de obrigação de solidariedade implica certos riscos para os fornecedores de bens, é possível que empresas se recusem à assinatura do documento, eliminando assim licitantes do certame. Ademais, considerando que os licitantes seriam excluídos do certame no caso de não apresentação de documento obrigatório, abria-se significativa margem para direcionamento proposital do resultado do certame a partir de um agente externo, dotado de poder de mercado e com monopólio do bem desejado.

Este problema era especialmente controvertido no âmbito da Lei 8.666/1993, vez que a exigência de carta de solidariedade era praticada pelos órgãos contratantes, mas o Diploma Legal não trazia qualquer previsão sobre o tema. Este descompasso entre legislação e prática levou à intensa regulação de órgãos de controle sobre o assunto, que tendiam a se posicionar contrariamente à exigência, justamente em razão da potencial restrição à competitividade. A exemplo disso, cita-se precedente do TCU:

Representação. Conhecimento. Procedência. Ciência. Arquivamento. Conforme jurisprudência desta Corte, a exigência de declaração do fabricante, carta de solidariedade, ou credenciamento, como condição para habilitação de licitante, carece de amparo legal, por extrapolar o que determinam os arts. 27 a 31, da Lei n. 8.666/93,

¹³⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Op. Cit.*, p. 475

e 14 do Decreto n. 5.450/2005. Essa exigência pode ter caráter restritivo e ferir o princípio da isonomia entre os licitantes, por deixar ao arbítrio do fabricante a indicação de quais representantes poderão participar do certame. Nesse sentido, as seguintes decisões: Decisão 486/2000 e Acórdãos 808/2003, 1670/2003, 1676/2005, 423/2007, 539/2007, 1729/2008, 2056/2008, do Plenário; 2404/2009, da 2ª Câmara, dentre outros. Existem outros meios para assegurar o cumprimento das obrigações pactuadas, tais como pontuação diferenciada em licitações do tipo técnica e preço, exigência de garantia para execução contratual, ou ainda multa contratual. A exigência de declaração do fornecedor como requisito de habilitação somente pode ser aceita em casos excepcionais, quando se revelar necessária à execução do objeto contratual, situação em que deverá ser adequadamente justificada de forma expressa e pública, por ser requisito restritivo à competitividade.¹³⁹

Em que pese a Lei 14.133/2021 não tenha eliminado a exigência de carta de solidariedade, o artigo 41 da referida lei dedicou-se a prever o documento como medida excepcional, que somente poderá ser exigida mediante motivação fundamentada de sua necessidade, com base na sensibilidade da licitação em questão. Nesse mesmo sentido, Marçal esclarece que o documento somente poderá ser exigido “nos casos em que a contratação impuser ao contratado condições complexas e de execução problemática se não for ele próprio o fabricante do produto ou que o inadimplemento seja apto a gerar consequências danosas insuportáveis”¹⁴⁰.

O referido autor ainda elenca três hipóteses exemplificativas que poderiam justificar a exigência da carta de responsabilidade: (i) quando o produto a ser fornecido é produzido por um número restrito de fabricantes, com limitações no tocante à sua disponibilidade; (ii) quando presentes práticas de restrição à comercialização do bem, como a existência de patentes industriais ou privilégios de fabricação; e (iii) quando o contrato administrativo exige condições contratuais diferenciadas, como quantitativos elevados, prazos exíguos ou características diferenciadas dos produtos.¹⁴¹

Com esta nova previsão normativa, há maior direcionamento do uso da carta de solidariedade nas licitações públicas, inexistente no regime jurídico geral utilizado anteriormente. Desta forma, traz-se maior previsibilidade e segurança jurídica à questão que, espera-se, reduzirá os casos de interferência unilateral nas licitações públicas de bens.

3.4 APRIMORAMENTOS NO COMBATE À CORRUPÇÃO ADMINISTRATIVA

¹³⁹ TCU, Plenário. Acórdão n. 1.805/2015. Rel. Min. Weber de Oliveira, j. 22.7.2015

¹⁴⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo...**, p. 558.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 558.

A corrupção administrativa, conforme evidenciado no item 3.3, também é fator de distorção da concorrência das licitações públicas, especialmente em razão (i) da restrição ao acesso no mercado de compras públicas, já que licitantes menos eficientes são contratados em razão de acordos corruptos para direcionar o resultado do certame e (ii) do desestímulo a potenciais licitantes idôneos, que perdem a confiança no processo de contratação pública e se abstêm de ingressar nas licitações. Estes efeitos, como visto, promovam uma significativa redução da disputa pelo contrato administrativo, além de ocasionar graves prejuízos financeiros para a Administração Pública.

Por estes motivos, o aprimoramento do combate à corrupção em contratações públicas é medida que vai ao encontro da defesa da concorrência nas licitações, e que deve ser estimulada pelos órgãos contratantes. Nesse sentido, foram destacadas 3 inovações da Lei 14.133/2021 que proporcionam medidas de prevenção e repressão a práticas corruptas.

3.4.1 Incentivos legais para o desenvolvimento de governança pública e a realização de programas de integridade pelos licitantes (Art. 11, parágrafo único; Art. 25, §4º e Art. 60, IV da Lei 14.133/2021)

Um dos cinco pilares elencados pela OCDE em suas recomendações para combate à corrupção em contratações públicas é, justamente, a integridade. Segundo a organização internacional, “Integridade refere-se a defender padrões éticos e valores morais de honestidade, profissionalismo e retidão, e é uma pedra angular para garantir justiça, não discriminação e conformidade no processo de contratação pública”¹⁴². Por este motivo, a proteção de padrões íntegros é considerada a base para a prevenção de corrupção em contratações públicas.

Nesse sentido, a Nova Lei de Licitações trouxe significativo incentivo para a promoção deste elemento no âmbito das contratações públicas. Do ponto de vista interno à administração pública, o parágrafo único do artigo 11 determina:

A alta administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos no *caput* deste artigo, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações.

¹⁴² No original: Integrity refers to upholding ethical standards and moral values of honesty, professionalism and righteousness, and it is a cornerstone for ensuring fairness, non-discrimination and compliance in the public procurement process. OCDE. **Preventing Corruption in Public Procurement...**, p. 11.

O dispositivo consiste, em síntese, na exigência de implantação de mecanismos de governança pública¹⁴³ no âmbito das licitações. Trata-se de “modelo de organização e gestão de uma instituição, orientado a evitar decisões arbitrárias e prepotentes, abrangendo inclusive providências para combater a corrupção e ampliar a eficiência” que alia a estruturação organizacional (existência de órgãos voltados para a consecução da atividade fim e órgãos voltados para controle interno) e a organização funcional (conjunto de práticas adotadas para neutralizar situações imprevistas ou indesejadas)¹⁴⁴.

Trata-se de processo complexo e multidisciplinar, que visa o arranjo de Entidade Estatal desvinculada de interesses individuais e livre de práticas abusivas ou corruptas¹⁴⁵. Em que pese medidas similares já fossem sugeridas anteriormente, por exemplo, pela INC MP/CGU nº 01/2016 e pela Lei Anticorrupção, e reforçadas pelos órgãos de controle¹⁴⁶, a disposição expressa dessa previsão na Nova Lei de Licitações traz importante reforço para o incentivo de políticas efetivas de governança e integridade na administração pública.

Ainda, Niebuhr sugere que, para a efetiva governança dos processos de contratação pública, esta deve ser orientada também pelas “medidas de racionalização”¹⁴⁷ dispostas no artigo 19 da Lei 14.133/2021.

A previsão expressa de implementação de governança pública nas licitações vai ao encontro do recomendado pela OCDE, que sugere a adoção de padrões de integridade nacionais para todos os servidores públicos, com o objetivo de mitigar os riscos específicos relacionados com a complexidade e características do processo de compra pública¹⁴⁸. O objetivo é garantir que os interesses privados dos funcionários não influenciem o desempenho de seus deveres e responsabilidades públicas.

¹⁴³ Conforme Instrução Normativa Conjunta MP/CGU nº 01/2016: Artigo 2º, inciso IX: governança no setor público: compreende essencialmente os mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade.

¹⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo** [livro eletrônico] – 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 264.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 264.

¹⁴⁶ Por exemplo: TCU, Plenário. Acórdão n. 2.699/2018. Rel. Min. Bruno Dantas, data da sessão: 21.11.2018. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2699%2520ANOACORDAO%253A2018/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em 25/06/2023.

¹⁴⁷ “As medidas são: centralização de procedimentos (inciso I); criação de catálogo eletrônico (inciso II); sistema informatizado de acompanhamento de obras, com recursos de imagem e vídeo (inciso III); minutas padronizadas de editais, contratos, termos de referência e de outros documentos (inciso IV); e adoção de modelos digitais para obras e serviços de engenharia (inciso VI). Trata-se de medidas que podem ser bastante benéficas para a Administração Pública, de modo a aproveitar a economia de escala, conferir agilidade e maior transparência.”. NIEBUHR, Joel de Menezes. *Op. cit.*, p. 445.

¹⁴⁸ OCDE. **Preventing Corruption in Public Procurement...**, p. 11.

Apesar de a governança pública não se confundir com a existência de um código de conduta único para todos os servidores públicos, o incentivo expresso à adoção de medidas que promovam maior integridade no ambiente público é passo importante para fortalecer os parâmetros éticos e jurídicos que devem acompanhar os processos licitatórios.

Já na esfera privada, a Nova Lei de Licitações também traz importantes incentivos para a adoção de programas de integridade por parte dos licitantes. O artigo 25, §4º, da referida lei exige a implementação obrigatória de programa de integridade do contratado em compras de grande vulto¹⁴⁹. Conforme lição de Justen Filho,

Os programas de integridade são processos gerenciais orientados a impedir desvios éticos e práticas de fraude a terceiros, inclusive aquelas atinentes à corrupção. Esses programas envolvem a implantação de controles internos muito rígidos, especialmente no tocante ao destino de verbas e recursos de titularidade da empresa.¹⁵⁰

Deve se destacar que a exigência de programa de integridade para as contratações de grande vulto não representa cláusula de barreira no sentido de restringir a competição. É, em verdade, obrigação do contratado, que deverá comprovar a existência do programa de integridade em prazo de até 6 meses da assinatura do contrato¹⁵¹. Além disso, a previsão da Lei 14.133/2021, por ter aplicação geral, também tem efeito de uniformizar as legislações locais de outros entes federativos. Como explica Gamba:

Por sua vez, nos casos em que os entes federativos já adotem legislação que contemple a obrigatoriedade da implementação de Programa de Integridade, como no caso do Distrito Federal (Lei 6.112/2018), Rio de Janeiro (Lei Estadual 7.753/2017), Amazonas (Lei Estadual 4.730/2018) e Pernambuco (Lei Estadual 16.722/2019), as regras locais continuam valendo, desde que as previsões sejam adotadas para serem compatíveis com a especificidade regional, especialmente no que se refere ao valor estabelecido para exigência do Programa. Por exemplo, a legislação fluminense prevê a obrigatoriedade de adoção de Programa de Integridade em caso de compras e serviços de valor superior a R\$650 mil reais – muito inferior aos R\$200 milhões da Lei 14.133/2021. No Distrito Federal, a regra também é válida para valores inferiores ao da norma geral: basta que o contrato supere os R\$5 milhões e tenha prazo de execução ou de vigência a partir de 180 dias para que a implementação do programa seja obrigatória.¹⁵²

¹⁴⁹ Lei 14.133/2021, Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se: [...]; XXII - obras, serviços e fornecimentos de grande vulto: aqueles cujo valor estimado supera R\$200.000.000,00 (duzentos milhões de reais);

¹⁵⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo...**, p. 417.

¹⁵¹ Nesse sentido: Na legislação, houve a opção de não restringir a contratação àqueles potenciais fornecedores que já tivessem implementado seus Programas, restringindo o universo de concorrência, mas de determinar que, aquele que firmar o contrato, terá a obrigação de comprovar a implementação do Programa em um prazo de até seis meses da assinatura do contrato. O Programa de Integridade deverá ser avaliado conforme a previsão contida no Regulamento da legislação, que irá definir os mecanismos de comprovação da existência e efetividade do Programa, bem como as penalidades aplicáveis em caso de descumprimento. GAMBÁ, Giovanna. O compliance na nova lei de licitações. **Portal Jurídico Investidura**, Florianópolis/SC, 02 Set. 2022. Disponível em: <https://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-administrativo/338980-o-compliance-na-nova-lei-de-licitacoes>. Acesso em: 16/06/2023.

¹⁵² *Ibid.*

Em que pese a exigência obrigatória esteja restrita às contratações de grande vulto, em razão da relevância dos valores envolvidos, a previsão legal relacionada aos programas de integridade demonstra maior preocupação por parte dos órgãos licitantes, e pode ser considerado um passo importante para o combate à corrupção nas contratações públicas.

Além de ser uma condição para a execução de contratos de valor expressivo, o programa de integridade também é utilizado como forma de incentivo por outros dispositivos da lei. Em caso de empate entre licitantes, a existência de programa de integridade pode ser considerada para a seleção do vencedor do certame (artigo 60, inciso IV). Ademais, a existência de programa de integridade também deve ser considerada para a aplicação de sanções administrativas (artigo 156, §1º, V) e para a reabilitação de licitantes inidôneos (artigo 163, parágrafo único).

Desta forma, além de ser um requisito para a execução de determinados contratos, os programas de integridade também são incentivados por meio de “sistema de benefícios”, que privilegia licitantes que demonstram preocupações relacionadas à integridade. Este formato está alinhado com a recomendação de “sistema de prêmios e recompensas”¹⁵³, que pode ser utilizado para estimular comportamentos considerados desejados, como a implementação de políticas para assegurar a integridade e a lisura das empresas licitantes.

A previsão expressa de dispositivos relacionados à integridade nas licitações públicas, tanto no âmbito dos agentes de contratação quanto dos licitantes, destaca aprimoramentos voltados ao combate à corrupção no ambiente de compras públicas. Sem dúvidas, a conduções de licitações íntegras e livres de direcionamentos indesejados assegura maior concorrência entre os licitantes e resultados mais eficientes para os órgãos contratantes.

3.4.2 Vedação à ocorrência de conflitos de interesse (Art. 7º da Lei 14.133/2021)

Na mesma linha da promoção de práticas de integridade e governança pública no âmbito das licitações, a Lei 14.133/2021 também teve a preocupação de trazer vedações expressas à ocorrência de conflitos de interesses entre agentes públicos e particulares. Conforme artigo 7º, inciso III, os agentes públicos indicados para a condução de processos licitatórios devem atender ao requisito de não ser “cônjuge ou companheiro de licitantes contratados ou habituais da Administração nem tenham com eles vínculo de parentesco, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, ou de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista e civil”.

¹⁵³ UNODC. **Knowledge tools for academics and professionals: Module Series on Anti-Corruption. Module 4 - Public Sector Corruption.** P. 21. Disponível em: https://grace.unodc.org/grace/uploads/documents/academics/Anti-Corruption_Module_4_Public_Sector_Corruption.pdf. Acesso em 27/05/2023

Os conflitos de interesse consistem, em síntese, nas hipóteses em que o interesse pessoal do agente público se encontra em contraposição com o interesse geral e abstrato da função pública desempenhada¹⁵⁴. Nestes casos, impõe-se ao agente público a opção de violar os limites legais de sua função pública, em prestígio aos interesses próprios, ou ater-se à legalidade, em detrimento de seu benefício pessoal.

Segundo a OCDE, as formas mais comuns de ocorrência de conflitos de interesses no âmbito das contratações públicas “estão relacionadas a interesses e atividades pessoais, familiares ou comerciais, presentes e hospitalidade, divulgação de informações confidenciais e emprego futuro”. Nesse sentido, é possível observar que a Lei 14.133/2021 dedicou especial atenção aos conflitos relacionados aos relacionamentos entre o agente público e terceiros, e não trouxe previsões específicas quanto às outras modalidades (vantagens materiais ou troca de informações privilegiadas).

Nos termos do artigo 7º, inciso III da nova Lei de Licitações, a existência de vínculo civil estável, relação de parentesco ou de afinidade, ou ainda associação comercial, financeira ou trabalhista entre determinado agente público e empresa licitante é condição impeditiva para a execução da Lei 14.133/2021, devendo a autoridade máxima abster-se de indicar agentes públicos enquadrados nestas condições. Esta proibição, naturalmente, não consiste na assumpção de que a conduta do agente público seria, necessariamente, reprovável. Trata-se de medida preventiva, com vistas a “proteger a Administração e o próprio agente público, evitando situações problemáticas”¹⁵⁵.

Esta disposição deve, ainda, ser interpretada de forma conjunta com o artigo 9º, §§ 1º e 2º, da mesma Lei, que recomenda que “não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução do contrato agente público de órgão ou entidade licitante ou contratante, devendo ser observadas as situações que possam configurar conflito de interesses no exercício ou após o exercício do cargo ou emprego”. Novamente, reforça-se a preocupação com a integridade relacionada às relações pessoais ou profissionais mantidas pelos agentes públicos.

Importa notar, também, que os conflitos de interesses possuem regulação federal própria anterior à Nova Lei de Licitações. Trata-se da Lei 12.813/2013¹⁵⁶, que versa sobre o conflito de

¹⁵⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo...**, p. 203.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 204.

¹⁵⁶ Lei 12.813/2013, Art. 2º Submetem-se ao regime desta Lei os ocupantes dos seguintes cargos e empregos: I - de ministro de Estado; II - de natureza especial ou equivalentes; III - de presidente, vice-presidente e diretor, ou equivalentes, de autarquias, fundações públicas, empresas públicas ou sociedades de economia mista; e IV - do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS, níveis 6 e 5 ou equivalentes. Parágrafo único. Além dos agentes públicos mencionados nos incisos I a IV, sujeitam-se ao disposto nesta Lei os ocupantes de cargos ou

interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego. As disposições da Lei de 2013 também são aplicadas aos servidores envolvidos em processos de contratação pública, em razão do disposto no parágrafo único do artigo 2º: “Além dos agentes públicos mencionados nos incisos I a IV, sujeitam-se ao disposto nesta Lei os ocupantes de cargos ou empregos cujo exercício proporcione acesso à informação privilegiada capaz de trazer vantagem econômica ou financeira para o agente público ou para terceiro”.

O texto da Lei 12.813/2013 apresenta conceito de conflito de interesses alinhado com o já exposto anteriormente¹⁵⁷, mas com previsões mais robustas e detalhadas sobre a ocorrência deste fenômeno. As situações que representam conflitos de interesses são divididas entre conflitos ocorridos durante o exercício do cargo (artigo 5º, incisos I a VII) e após o exercício do cargo (artigo 6º, incisos I e II). Ademais, as hipóteses não estão restritas às relações interpessoais dos servidores públicos, vez que são mencionadas, também, situações de divulgação de informações privilegiadas, benefícios materiais ou influências políticas, por exemplo.

No entanto, em que pese a existência de lei anterior, a atração da temática para dentro da Nova Lei de Licitações reforça a necessidade de observância dos referidos conflitos quando da seleção dos agentes públicos responsáveis por procedimentos licitatórios e expande a exigência de vedação a conflitos de interesses a outras esferas de governo (estadual e municipal), ao invés de restringir-se à regulação do Executivo Federal.

3.4.3 Segregação de funções e pluralidade de agentes públicos na condução da licitação (Art. 5º e Art. 7º da Lei 14.133/2021)

Outra novidade da Lei 14.133/2021, bastante benéfica para a prevenção de corrupção administrativa nos procedimentos licitatórios, é a inclusão do Princípio da Segregação de Funções no rol de seu artigo 5º. Segundo este Princípio, inexistente na Lei 8.666/1993, tem-se “a vedação à concentração de atribuições em um único sujeito e a exigência do fracionamento

empregos cujo exercício proporcione acesso a informação privilegiada capaz de trazer vantagem econômica ou financeira para o agente público ou para terceiro, conforme definido em regulamento.

¹⁵⁷ Lei 12.813/2013, Art. 1º As situações que configuram conflito de interesses envolvendo ocupantes de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal, os requisitos e restrições a ocupantes de cargo ou emprego que tenham acesso a informações privilegiadas, os impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego e as competências para fiscalização, avaliação e prevenção de conflitos de interesses regulam-se pelo disposto nesta Lei.

do exercício de poder decisório entre a multiplicidade de agentes estatais”¹⁵⁸. Assim, impõe-se a distribuição das funções relacionadas à condução de procedimentos licitatórios a mais de um agente público, reduzindo a possibilidade de influência dos servidores na contratação.

A segregação de funções tem origem na teoria da separação dos poderes e prestigia a ideia de governança pública nas licitações administrativas.

O artigo 7º da Lei 14.133/2021, ao disciplinar as regras para seleção dos agentes públicos responsáveis pela condução de processos licitatórios, reforça em seu parágrafo 1º que a autoridade máxima do órgão ou da entidade contratante deverá “observar o princípio da segregação de funções, vedada a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, de modo a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na respectiva contratação”. Destaca-se que é no artigo 7º, §1º, que se encontra previsão melhor delineada da aplicação prática do referido princípio. Conforme interpretação de Niebuhr:

Ou seja, na formulação do §1º do artigo 7º da Lei n. 14.133/2021, o princípio da segregação de funções não demanda apenas que se separe quem autoriza e controla de quem executa. O conteúdo do princípio foi definido de modo mais alargado, para que se atribuam a pessoas diferentes “as funções mais suscetíveis a riscos”. O conteúdo do princípio está centrado no risco e não apenas na vedação de concentração na mesma pessoa do controle e da execução. Sabe-se que a definição, qualificação e mitigação de riscos é algo bastante subjetivo e relativo.

Desta forma, a segregação de funções, nos termos previstos pela Nova Lei de Licitações, estará atrelada à identificação dos riscos e sensibilidades de cada etapa licitatória. De toda forma, a prática é notadamente recomendada por organizações internacionais para a prevenção de corrupção em contratações públicas. Isso porque a segregação de funções vai ao encontro do chamado *four-eye principle*, que consiste na ideia de que a existência de um número plural de agentes públicos reduz o risco de práticas defeituosas. A OCDE, por exemplo, considera a inobservância ao *Four-Eye Principle* como uma das principais causas de corrupção na fase de propostas de uma licitação¹⁵⁹. Da mesma forma, tem-se recomendação da ONU acerca do combate a corrupção em contratações públicas, relacionada a responsabilização e apuração de atos corruptos:

Responsabilidade e escrutínio (o princípio dos quatro olhos): O princípio dos quatro olhos refere-se a um requisito de que algumas atividades ou decisões do setor público devem ser aprovadas por pelo menos duas pessoas. O princípio dos quatro olhos é

¹⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo** [livro eletrônico] – 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 128.

¹⁵⁹ Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/ethics/Corruption-Public-Procurement-Brochure.pdf>. Acesso em 15/06/2023. P. 9

uma ferramenta para monitorar e aumentar a responsabilidade e opera com base no fato de que é mais difícil corromper duas pessoas do que uma pessoa.¹⁶⁰

Destaca-se, ainda, que apesar de o princípio de segregação de funções não encontrar previsão legal no regime anterior (Lei 8.666/1993), a prática já vinha sendo promovida pelo TCU que, na análise de casos concretos, impôs a segregação de funções. Cita-se, por exemplo, entendimentos de que agentes públicos relacionados à fase preparatória da licitação não poderiam atuar posteriormente como pregoeiro ou membro da comissão de licitação (Acórdão n. 1.278/2020, Plenário¹⁶¹) ou então no sentido de que o mesmo servidor não poderia ser pregoeiro e fiscal do contrato administrativo (Acórdão n. 1.375/2015, Plenário¹⁶²). Esta é mais uma das hipóteses que a ausência de previsão legal implicou na regulação por parte dos órgãos de controle, no intuito de aprimorar a condução das contratações públicas.

A positivação do princípio da segregação de funções, portanto, representa avanço da legislação no tocante à atenção para com a condução dos processos licitatórios e da integridade dos servidores públicos envolvidos nos procedimentos.

3.5 APRIMORAMENTOS NO COMBATE ÀS BARREIRAS À ENTRADA DE LICITANTES

Ainda, a defesa da concorrência das licitações públicas também perpassa o necessário incentivo ao ingresso de licitantes nos processos de compras públicas. Como visto em tópico anterior, o aumento no número de licitantes está diretamente associado a dois principais elementos: (i) o interesse em fornecer para o poder público, que pode ser aumentado ou reduzido a partir do número de exigências e restrições impostas pelo Estado, e (ii) as oportunidades de acesso às licitações públicas, que podem ser aumentadas ou reduzidas com base nos custos de transação envolvidos.

¹⁶⁰ No original: “Accountability and scrutiny (the four-eyes principle): The four-eyes principle refers to a requirement that some public sector activities or decisions must be approved by at least two people. The four-eyes principle is a tool for monitoring and increased accountability and operates on the basis that it is harder to corrupt two people than one person”. UNODC. **Knowledge tools for academics and professionals: Module Series on Anti-Corruption. Module 4 - Public Sector Corruption.** P. 25 Disponível em: https://grace.unodc.org/grace/uploads/documents/academics/Anti-Corruption_Module_4_Public_Sector_Corruption.pdf. Acesso em 15/06/2023

¹⁶¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Acórdão n° 1.278/2020. Plenário. Relator Ministro André de Carvalho. Data da sessão: 20/05/2020. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1278%2520ANOACORDAO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em 23/06/2023.

¹⁶² BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n° 1.375/2015. Plenário. Relator Bruno Dantas. Data da sessão: 03/06/2015. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/%2522pregoeiro%2520e%2520fiscal%2520do%2520contrato%2522/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/8>. Acesso em 23/06/2023.

Em vista disso, foi possível identificar duas novidades trazidas pela Lei 14.133/2021 que são úteis ao estímulo de ingressantes no mercado de compras públicas, em razão da redução dos custos de transação das empresas. São os dispositivos demonstrados a seguir.

3.5.1 Redução do prazo de manutenção do contrato em caso de inadimplemento da administração de 90 para 60 dias (Art. 137, §2º, inciso IV da Lei 14.133/2021)

No âmbito das barreiras à entrada de novos licitantes, um dos pontos de sensibilidade são as cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos. Uma dessas exorbitâncias consiste na obrigação de que o particular prossiga com a execução contratada ainda que em casos de inadimplência da administração pública. Na Lei 8.666/1996, o prazo era de 90 dias de execução contratual com inadimplemento financeiro.

Frente a isso, a Lei 14.133/2021 trouxe novidade que pode vir a suprir parte dos desconfortos sofridos pelos licitantes em razão do desequilíbrio contratual entre as esferas pública e privada nas compras públicas. Trata-se do artigo 137, §2º, inciso IV, que reduziu para 60 dias o prazo para que o contratado possa efetuar a exceção de contrato não cumprido, com a seguinte redação:

Art. 137. Constituirão motivos para extinção do contrato, a qual deverá ser formalmente motivada nos autos do processo, assegurados o contraditório e a ampla defesa, as seguintes situações:

§ 2º O contratado terá direito à extinção do contrato nas seguintes hipóteses:

IV - atraso superior a 2 (dois) meses, contado da emissão da nota fiscal, dos pagamentos ou de parcelas de pagamentos devidos pela Administração por despesas de obras, serviços ou fornecimentos;

Em outras palavras, o avanço da lei consiste na redução do prazo de 90 dias para 60 dias. Após este período, o contratado poderá alegar a exceção do contrato não cumprido para (i) suspender a execução do objeto até que seja realizada a retomada dos pagamentos pelo poder público, ou mesmo (ii) requerer a extinção do contrato em razão do inadimplemento.

No direito privado, o princípio da exceção do contrato não cumprido é amplamente aceita, e inclusive encontra previsão legal expressa no artigo 476 do Código Civil¹⁶³. Contudo, no âmbito administrativo, esta prerrogativa do particular choca-se com o princípio da continuidade do serviço público, que rege a impossibilidade de suspensão da execução contratual perante a administração pública, uma vez que tal feito poderia prejudicar o

¹⁶³ Código Civil, Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

fornecimento de serviços públicos essenciais¹⁶⁴. Parte-se da premissa que “quem contrata com a Administração submete-se ao regime de sujeição especial e, pois, está sujeito a regras especiais”¹⁶⁵ em razão da supremacia do interesse público.

Em razão do princípio da supremacia do interesse público, por algum tempo, a exceção do contrato não cumprido não foi permitida no âmbito dos contratos administrativos. Como consequência, os contratados ficavam reféns da exorbitância contratual da administração pública e eram obrigados a manter a execução mesmo sem a contrapartida financeira. Nas palavras de Niebuhr, “a Administração não realizava os pagamentos, e o contratado era obrigado a manter a execução do contrato até o seu termo final, sob pena, inclusive, de ser penalizado”¹⁶⁶.

Aliás, em estudo realizado pela União Europeia em 2010¹⁶⁷, cerca de 38% das empresas entrevistadas elencaram o atraso nos pagamentos como um dos principais motivos para a escolha de não participar de uma licitação. O risco do inadimplemento, somado à obrigatória continuidade na execução do contrato e os riscos de penalidades representam grande barreira à entrada nas licitações públicas, especialmente no tocante a empresas de menor porte e com baixo apetite de risco.

A Nova Lei de Licitações parece ter se atentado a este ponto, ao prever expressamente a possibilidade de arguição da exceção do contrato não cumprido no âmbito das compras governamentais, inclusive estipulando prazo fixo para o exercício do direito do contratado: 60 dias a partir da emissão da nota fiscal. Outras consequências na redação trazida pela Lei 14.133/2021 são a possibilidade de exercício do direito do contratado pela via administrativa, sem necessidade de ação judicial.

Ademais, registra-se que o exercício da suspensão ou extinção do contrato em razão de inadimplemento superior a 60 dias é uma opção do particular contratado, podendo este, inclusive, optar por prosseguir com a execução contratual sem que sejam tomadas quaisquer providências.

¹⁶⁴ Nesse sentido, por exemplo: “Por esse princípio [da continuidade do serviço público] entende-se que o serviço público, sendo a forma pela qual o Estado desempenha funções essenciais ou necessárias à coletividade, não pode parar. Dele decorrem consequências importantes: [...] a impossibilidade, para quem contrata com a Administração, de invocar a *exceptio non adimpleti contractus* nos contratos que tenham por objeto a execução de serviço público”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo** [livro eletrônico]. 33. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 230.

¹⁶⁵ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 5. ed. – Belo Horizonte : Fórum, 2022., p. 1189.

¹⁶⁶ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 5. ed. – Belo Horizonte : Fórum, 2022., p. 1189.

¹⁶⁷ European Commission. Evaluation of SMEs’ Access to Public Procurement Markets in the EU. Report coordinated by DG Enterprise and Industry. Final Report submitted by GHK and Technopolis. 2010, p. 8.

3.5.2 A preferência pela licitação em meio eletrônico (Art. 12, inciso VI e art. 17, §2º da Lei 14.133/2021)

Por fim, o último destaque dos avanços concorrenciais da Nova Lei de Licitações consiste na adoção preferencial do meio eletrônico para a realização de licitações públicas de qualquer modalidade. A recomendação está contida no artigo 12, inciso VI e no artigo 17, §2º, que apresentam a seguinte redação:

Art. 12. No processo licitatório, observar-se-á o seguinte: [...] VI - os atos serão preferencialmente digitais, de forma a permitir que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico; [...] Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência: [...] § 2º As licitações serão realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, admitida a utilização da forma presencial, desde que motivada, devendo a sessão pública ser registrada em ata e gravada em áudio e vídeo.

Esta disposição consiste, possivelmente, na novidade mais significativa trazida pela Lei 14.133/2021 para a ampliação da concorrência nas licitações públicas. Isso porque as licitações em meio eletrônico permitem maior acesso de licitantes no certame público, uma vez que é eliminada uma das maiores barreiras à entrada: a geográfica¹⁶⁸.

O ambiente eletrônico permite que licitantes de qualquer lugar do país participem do certame público, por meio de tecnologias da informação. A grande vantagem é o “encurtamento das distâncias”, que permite a maior participação de interessados, e também reduz significativos custos de transação dos licitantes. Nas licitações presenciais, a necessidade de deslocamento de um representante da empresa até o local da licitação implica, também, em custos com transporte, hospedagem e alimentação. Este investimento, muitas vezes, é motivo de desestímulo para as empresas interessadas, que optam por limitar a atuação a contratações locais, no intuito de evitar novos custos.

¹⁶⁸ Sobre o tema, Eduardo Schiefler já apontava as vantagens da adoção do meio digital para contratações públicas ao comentar os benefícios da adoção do pregão eletrônico, modalidade pioneira na condução de licitações mediadas por tecnologia da informação. Nesse sentido: “Pelo contrário, entende-se que a realização do pregão eletrônico como regra favorece e amplia o universo de potenciais licitantes, uma vez que a administração pública, ao contratar mediante pregão eletrônico, conseguirá alcançar e incentivar a participação de interessados localizados em qualquer ponto do território nacional, não se restringindo à região do órgão ou do ente administrativo, como é o caso do pregão presencial. Esta possibilidade é relevante porque existem bens e serviços a serem contratados que podem ser executados por empresas localizadas em outras regiões, o que significa que o maior alcance viabilizado pela inserção de ferramentas eletrônicas nas compras públicas permite um incremento no universo de licitantes e, conseqüentemente, de competitividade.” SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho. **Contratações públicas e Inteligência Artificial**. São Paulo: Editora Dialética. 2023. P. 42

O acesso do maior número de licitantes para a promoção da concorrência é evidente, vez que o aumento de *players* leva à disputa mais acirrada, que tende a gerar melhores contratos para a administração pública. Como explica a doutrina de Niebuhr:

Por via de consequência, a licitação eletrônica tende a gerar contratos mais vantajosos sob o prisma econômico-financeiro. Como mais pessoas participam da licitação eletrônica, a Administração recebe mais propostas, tendo mais chances de escolher aquela que melhor satisfaça o interesse público, aquela que apresente preço melhor. Isto é, a licitação eletrônica, por ampliar a competitividade, tende a produzir redução dos valores despendidos pela Administração Pública.¹⁶⁹

Para além desta vantagem principal, Niebuhr ainda elenca três outros benefícios da adoção preferencial das licitações em ambiente eletrônico, quais sejam: (i) a redução do uso de documentos físicos, que elimina formalidades e burocracia do procedimento; (ii) a simplificação das atividades de condução da licitação, uma vez que os lances e documentos são recebidos de forma ordenada pelo sistema digital; e (iii) a facilitação no julgamento de licitações com múltiplos itens ou lotes, uma vez que os lances são recebidos e organizados pelo sistema, poupando esforço do agente público.

Importa dizer que, apesar dos benefícios trazidos pela preferência de licitações eletrônicas, a doutrina já tem alertado para possíveis desvantagens decorrentes do novo modelo. Dentro da perspectiva concorrencial, talvez o maior ponto de sensibilidade resida na possibilidade de dominação do mercado público por grandes empresas. É como alerta Justen Filho:

As pequenas e médias empresas operam com escalas econômicas reduzidas, o que significa que seus custos relativos tendem a ser mais elevados do que os de uma grande empresa. A forma eletrônica de licitação propicia o acesso das grandes empresas a todas as disputas possíveis. Em termos práticos, isso conduz à dominação do mercado dos contratos administrativos pelas empresas de grande porte.¹⁷⁰

No entanto, o próprio autor reconhece que a atenção à essa problemática já levou à edição de normativas para mitigar o problema, como a previsão de regras específicas para promover o acesso de micro e pequenas empresas em licitações públicas, com condições diferenciadas. Ademais, existem outros incentivos previstos que prestigiam a defesa de produtores de menor porte, como a margem de preferência para bens manufaturados e serviços nacionais (artigo 26, inciso I, da Lei 14.133/2021), a preferência para aquisição de bens e serviços de informática nacionais (Lei n. 8.248/1991) e as licitações sustentáveis (artigo 45 da Lei 14.133/2021).

¹⁶⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Op. cit.*, p. 657.

¹⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito...**, p. 323.

Além destes, são destacados por Joel de Menezes Niebuhr outros problemas relacionados à falta de acessibilidade digital em pequenos municípios, seja pela administração pública ou pelos licitantes, e a redução de influência do agente administrativo encarregado da condução do certame. No entanto, novamente, o próprio autor reconhece que:

as desvantagens assinaladas à licitação eletrônica, de restringir a competitividade ou de não se adequar a certas situações, não são inerentes propriamente à generalidade das licitações eletrônicas. Tais desvantagens podem ser perfeitamente contornadas, desde que haja sensibilidade para saber quando e em que situações utilizar a licitação eletrônica¹⁷¹

É justamente em razão das peculiaridades do caso concreto que a forma presencial continua a ser admitida, mas de forma excepcional e devidamente motivada.

Ademais, não se ignora que contratações públicas em ambiente eletrônico já eram uma realidade antes da Nova Lei de Licitações. A primeira previsão legal em ambiente virtual foi inaugurada pelo Pregão Eletrônico, previsto no §1º do artigo 2º da Lei n. 10.520/2002, e posteriormente regulamentado pelo o Decreto Federal n. 10.024/2019. Após, o estímulo ao uso do meio eletrônico também foi previsto na Lei nº 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas), e no regime de licitações das Estatais, da Lei nº 13.303/2016. A verdadeira novidade da Nova Lei de Licitações é justamente a expansão destas possibilidades, ao privilegiar a contratação eletrônica em todas as modalidades de contratação, e em todas as esferas de governo, o que inexistia no regulamento geral anterior (Lei 8.666/1993).

É em razão dos motivos apresentados que a preferência pela modalidade eletrônica representa significativo avanço para a promoção da concorrência em licitações públicas, o que, espera-se, será revertido em benefícios financeiros e de eficiência para os órgãos públicos contratantes.

¹⁷¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Op. cit.*, p. 660

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao relacionar o Direito Concorrencial com as contratações públicas, é possível identificar que esses dois campos do direito estão interligados e apresentam uma relevância ímpar para a proteção dos interesses públicos. A atuação do Estado enquanto agente comprador e a necessidade de promover a eficiência e a economicidade nas aquisições governamentais exigem a aplicação dos princípios concorrenciais nesses processos.

A defesa da concorrência nas compras governamentais não apenas promove a transparência e a eficiência, mas também incentiva a inovação, estimula a participação de pequenas e médias empresas, e contribui para o desenvolvimento econômico e social de uma nação. Ao garantir a pluralidade de ofertas e a igualdade de oportunidades, é possível maximizar o uso dos recursos públicos, gerar benefícios para a sociedade e fomentar a competitividade saudável no mercado.

Ao longo do trabalho, foi explorada a relação entre o direito antitruste e as contratações públicas, destacando a importância de defender a concorrência nos processos de compras governamentais. Os capítulos abordaram diferentes aspectos desse tema complexo, fornecendo uma visão abrangente das interações entre o Estado e a ordem concorrencial no contexto brasileiro.

O desenvolvimento da presente pesquisa permitiu a verificação de que a Nova Lei de Licitações promoveu inovações legislativas úteis à promoção da concorrência no âmbito das contratações públicas brasileiras, uma vez que instituiu como princípio a defesa da competitividade e solucionou problemáticas identificadas na legislação anterior como obstáculos à competição efetiva entre licitantes.

Para se chegar a essa conclusão, inicialmente, foi evidenciada a utilidade do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência a promoção de políticas orientadas para a realização de objetivos constitucionais e sociais, que se alinham com o caráter instrumental das licitações públicas para a realização de finalidades constitucionais. Assim, embora a promoção da concorrência seja essencial para a eficiência econômica, ela também desempenha um papel fundamental na busca por uma sociedade mais justa e igualitária. Ao combater práticas anticompetitivas, o Estado contribui para a proteção dos consumidores, a promoção da inovação e o estímulo ao desenvolvimento econômico.

No segundo capítulo, foram analisados os riscos concorrenciais presentes nas licitações públicas. Foi identificado que os processos licitatórios podem ser suscetíveis a práticas anticompetitivas, como conluíus, cartéis e favorecimentos indevidos. Essas condutas

prejudicam a concorrência e comprometem os princípios de transparência, igualdade e economicidade que devem nortear as contratações governamentais, além de acarretarem prejuízos financeiros e sociais para a Administração Pública. Frente a estas fragilidades, a importância de mecanismos de controle e fiscalização eficientes para identificar, prevenir e punir tais comportamentos se mostraram necessários, com vistas a garantir a integridade e a lisura dos procedimentos licitatórios.

Já no terceiro Capítulo, foram analisados o contexto licitatório brasileiro e os avanços concorrenciais proporcionados pela nova Lei de Licitações. A partir da análise realizada, foi possível identificar uma série de dispositivos legais da Lei 14.133/2021 que atendem a recomendações de organizações nacionais e internacionais sobre a defesa da concorrência nas contratações públicas. É o caso, por exemplo, da inversão de fases, da simplificação dos procedimentos e da introdução de modalidades de contratação mais flexíveis. Essas alterações visam mitigar os riscos concorrenciais e fortalecer a efetividade da concorrência nas compras governamentais.

A partir destas conclusões, considera-se que o objetivo inicial da pesquisa foi atingido e que a hipótese apresentada foi confirmada ao longo do trabalho.

A conclusão final é de que a realização de licitações públicas eficientes perpassa por uma necessária multidisciplinariedade, capaz de atender aos diversos interesses e peculiaridades envolvidos nos procedimentos licitatórios. A utilização de princípios econômicos, concorrenciais e sociais fortalece os processos de compras públicas e permite o atingimento de contratos administrativos mais vantajosos.

Por fim, é preciso reconhecer que a efetiva integração do princípio da competitividade nas licitações públicas, bem como a efetiva realização do estímulo da concorrência a partir das novidades legislativas apontadas dependerá de um esforço consciente da administração pública para promover a concorrência e da interpretação e atuação dos órgãos de controle envolvidos nos processos de compras governamentais. Ainda assim, os avanços trazidos pela Nova Lei de Licitações podem acarretar maior concorrência nas licitações públicas e prestigiar a competitividade.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Paulo Henrique Figueredo de. **A modelagem das licitações como medida de combate a cartéis: uma análise sob o enfoque da transparência pública**. Dissertação (Mestrado) - Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília/DF, 2019. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/2633>. Acesso em 25/05/2023.

AZEVEDO, Paulo Furquim de. **Como as empresas agem: estratégias de cooperação e rivalidade**. In: GREMAUD, Amaury Patrick et al. Introdução à economia. São Paulo: Atlas, 2007.

BRAGA, Tereza Cristine de Almeida. **Cade, cartéis e licitações: Um novo nicho da política antitruste brasileira**. Revista de Defesa da Concorrência, Brasília, v. 3, n. 1, 2015. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/143>. Acesso em: 20/05/ 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 25/06/2023.

BRASIL. Conselho Administrativo De Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo nº 08700.003241/2017-81. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBccOzZBOKbRXPo3tFq1hYGVET6kGfNJzb81bHaTHhs8mS. Acesso em 20/06/2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia de Combate a cartéis em licitação**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2019. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/Not%C3%ADcias/2019/Cade%20publica%20Guia%20de%20Combate%20a%20Cart%C3%A9is%20em%20Licita%C3%A7%C3%A3o_guia-de-combate-a-carteis-em-licitacao-versao-final-1.pdf. Acesso em: 20/05/2023

BRASIL. Lei 8.666/1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União: 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em 25/06/2023.

BRASIL. Lei nº 12.529/2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União: 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em 25/06/2023.

BRASIL. Senado Federal. Comissão Especial Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos (Lei Nº 8.666/1993) – CTLICON. Relatório Final. Diário do Senado Federal. Publicado em 19/12/2013. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/18804?sequencia=4>. Acesso em 13/06/2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2640/2007 – Plenário. Relator Ministro Augusto Sherman. Data da sessão: 05/12/2007.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão n. 1.805/2015. Rel. Min. Weber de Oliveira, j. 22.7.2015

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão n. 2.699/2018. Rel. Min. Bruno Dantas, j. 21.11.2018.

BRASIL. Lei nº 14.133/2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Diário Oficial da União: 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114133.htm. Acesso em 25/06/2023.

BUCHAIN, Luiz Carlos. Intervenção do estado na economia e direito da concorrência. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, n. 38, p. 178-198, ago. 2018.

CADE. **Guia de análise de atos de concentração horizontal**. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>. Acesso em 23/05/2023.

CARNEIRO, Breno Zanan. **Barreiras à entrada e habilitação em licitação: o artigo 37, Inciso XXI, da Constituição Federal visto sob as perspectivas do Direito Administrativo e do direito antitruste**. Dissertação de mestrado. Brasília, 2008.

CARVALHO, Victor Aguiar de. **Concorrência e contratação pública: problemas e propostas acerca da cartelização em licitações no Brasil**. Dissertação de mestrado. Rio de Janeiro, 2016.

CASSESE, Sabino. New Paths for Administrative Law: A Manifesto. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 10, no. 3, July 2012. HeinOnline.

CECATTO, Marco Aurélio. **Cartéis em contratações públicas e o Direito Administrativo**. Dissertação (Mestrado). Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito. São Paulo, 2017. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-04122020-013122/publico/5953750_Dissertacao_Original.pdf. Acesso em 14/06/2023.

CHEVALLIER, Jacques. Estado e ordem concorrencial. Tradução de Thales Moraes da Costa. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 133-151, out./dez. 2007.

Como as robôs Alice, Sofia e Monica ajudam o TCU a caçar irregularidades em licitações. **G1**. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/como-as-robos-alice-sofia-e-monica-ajudam-o-tcu-a-cacar-irregularidades-em-licitacoes.ghtml>. Acesso em 14/06/2023.

COSTA, Caio César de Medeiros; TERRA, Antônio Carlos Paim. **Compras públicas: para além da economicidade**. Brasília: Enap, 2019. p. 37. Disponível em: https://repositorio.enap.gov.br/jspui/bitstream/1/4277/1/1_Livro_Compras%20p%C3%BAblicas%20para%20al%C3%A9m%20da%20economicidade.pdf. Acesso em 14/05/2023.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana Príncipe da Eficiência Econômico-Social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial. **Seqüência (Florianópolis)**, n. 68, p. 261-290, jun. 2014.

GONÇALVES, Pedro Costa. A regulação do mercado da contratação pública. **Revista de Contratos Públicos- RCP**, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 201-208, mar./ago. 2013, p. 205.

GONÇALVES, Pedro Costa. Integração de preocupações concorrenciais nas regras da contratação pública. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 251-284, mar./ago. 2012, p. 255-256

GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar; FREITAS, Marcyo Keveny de Lima. A constitucionalização do Direito Administrativo brasileiro sob uma visão neoconstitucionalista. **Revista digital constituição o e garantia de direitos**, vol. 11, nº 2. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/15398/11384>. Acesso em 31/05/2023

HAY, George A. **Market Power in Antitrust**. **Antitrust Law Journal**. Vol. 60, p. 808. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/antil60&id=884&men_tab=srchresults. Acesso em 28/05/2023.

INTERNACIONAL TRANSPARENCY. Public Procurement. Disponível em: http://www.transparency.org/topic/detail/public_procurement. Acesso em: 27/05/2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 14.133/2021**. Revista Dos Tribunais; Nova Edição^a (1 janeiro 2021).

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo** [livro eletrônico] – 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

KLEIN, Aline Lícia; ANDRADE, Ricardo Barretto de. Licitações e concorrência: o direito concorrencial na atividade contratual da administração pública. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**. 2015. REDAC Vol.20 Setembro-Outubro 2015. Licitações e Contratos. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDAdmCont_n.20.05.PDF. Acesso em 07/05/2023

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à Economia**. Harvard University. Tradução da 6ª Ed. Americana, São Paulo: Cengage Learning. 2016.

MARSHALL, Robert C.; MARX, Leslie M. **The economics of collusion: cartels and bidding rings**. Cambridge: The MIT Press, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 42. ed. / atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. - São Paulo : Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo – 32 edição**. Imprensa: São Paulo, Malheiros, 2015.

MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e; ARAÚJO, Guilherme Dourado Aragão Sá. **Constituição, direitos fundamentais e democracia: a constitucionalização do Direito Administrativo moderno.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0871af0e2e24e2b7#:~:text=A%20constitucionaliza%C3%A7%C3%A3o%20do%20direito%20administrativo%20%C3%A9%20um%20fen%C3%B4meno%20iniciado%20a,a%20partir%20do%20s%C3%A9culo%20anterior>. Acesso em 30/05/2023.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo.** 5. ed. – Belo Horizonte : Fórum, 2022.

NÓBREGA, Marcos; CAMELO, Bradson. O que o prêmio Nobel de Economia de 2020 tem a ensinar a Hely Lopes Meirelles?. **Jota.** Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/premio-nobel-economia-2020-ensinar-hely-lobes-meirelles-15102020>. Acesso em 14/06/2023.

OCDE, **Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes,** 2002, p. 75. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf>. Acesso em 20/05/2023.

OCDE. **Combate a cartéis em licitações no Brasil: Uma revisão das Compras Públicas Federais.** Paris: OCDE, 2021. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/Combate-a-Carteis-em-Licitacoes-no-Brasil-uma-Revisao-das-Compras-Publicas-Federais-2021.pdf>. Acesso em 25/05/2023.

OCDE. **Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas** (2009). Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/cartels/44162082.pdf>>. Acesso em 14/05/2023

OCDE. **Preventing Corruption in Public Procurement.** 2016. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/ethics/Corruption-Public-Procurement-Brochure.pdf>. Acesso em 26/05/2023.

OCDE. **Recommendation on Fighting Bid Rigging in Public Procurement.** Paris: OCDE, 2012. Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0396>. Acesso em 20/05/2023.

OECD. **CleanGovBiz Initiative.** Disponível em: <https://www.oecd.org/cleangovbiz/49693613.pdf>.

PNUD Brasil. Cérebro: inteligência no combate à formação de cartéis. **Medium.** Disponível em: https://medium.com/@pnud_brasil/c%C3%A9rebro-intelig%C3%Aancia-no-combate-%C3%A0-forma%C3%A7%C3%A3o-de-cart%C3%A9is-95db65d02eba. Acesso em 14/06/2023.

POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law** New York, Aspen Law & Business, 1996

POSSAS, Mario Luiz (coord.). **Ensaio Sobre Economia e Direito da Concorrência.** São Paulo: Singular, 2002.

RIBEIRO, Cássio Garcia; JÚNIOR, Edmundo Inácio. **O Mercado de Compras Governamentais Brasileiro (2006-2017): mensuração e análise**. Ipea – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília: Ipea, 2019. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9315/1/td_2476.pdf. Acesso

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. **Competition Law and Public Procurement**. Draft submitted to the Intersections of Antitrust Workshop, Joint Newcastle University/LSE Event. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2643763. Acesso em 14/05/2023.

SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho. **Contratações públicas e Inteligência Artificial**. São Paulo: Editora Dialética. 2023.

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Diálogos público privados**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SCHILLING, Flávia. A luta contra a corrupção e a construção da democracia: perspectivas de análise. **Revista do Ilanud**, n. 8, 1998.

SCHUARTZ, Luís Fernando; POSSAS, Mario Luiz. **Habilitação em licitações públicas e defesa da concorrência**. Revista do IBRAC Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional. vol. 5. São Paulo: Ed. RT, jan. 1998.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Contratações públicas e o princípio da concorrência**. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, mar./ago. 2012. Acesso em: 15/05/2023.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

UNODC. **Knowledge tools for academics and professionals: Module Series on Anti-Corruption. Module 4 - Public Sector Corruption**. Disponível em: https://grace.unodc.org/grace/uploads/documents/academics/Anti-Corruption_Module_4_Public_Sector_Corruption.pdf. Acesso em 27/05/2023.

VASCONCELLOS, Marco Antonio S. de. **Economia: micro e macro: teoria e exercícios**, glossário com os 300 principais conceitos econômicos. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ZAGO, Marina Fontão. **Poder de compra estatal como instrumento de políticas públicas**. Marina Fontão Zago. -- Brasília: Enap, 2018. Disponível em: https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/4347/1/Livro_Poder_compra_estatal.pdf. Acesso em 14/05/2023.