

RESTRIÇÕES À CONCORRÊNCIA EM CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: UMA PREOCUPAÇÃO GLOBAL

Victor Aguiar de Carvalho*

Resumo

A possibilidade de indevido cerceamento da concorrência em contratações públicas não é um problema apenas de países em desenvolvimento. Trata-se de questão que ocupa juristas e economistas ao redor do mundo. No presente artigo apontam-se três formas típicas de manifestação do fenômeno, quais sejam: a corrupção, as restrições competitivas provocadas pelo próprio Estado e as condutas anticoncorrenciais perpetradas pelos particulares. No presente trabalho, pretende-se mostrar que o Direito Administrativo moderno pode e deve desempenhar importante papel no trato das restrições à competitividade. Para tanto, é imprescindível permear o Direito da Contratação Pública com preocupações que, hoje, são típicas tão somente do Direito Concorrencial.

Sumário: 1. Introdução. 2. A globalização e aproximação em diferentes países de questões relevantes para o Direito Administrativo. 3. A relação do novo Direito Administrativo e de suas diferentes funções com a promoção da concorrência na contratação pública. 4. A importância da tutela da concorrência nas contratações públicas e o papel a ser desempenhado pelo Direito Administrativo em sua proteção. 5. Formas de restrição à concorrência em contratações públicas. 5.1 Corrupção e restrição à concorrência. 5.2 Restrições à concorrência produzidas pela própria Administração. 5.3 Restrições à concorrência em razão de condutas perpetradas pelos particulares. 6. Conclusões. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Infelizmente nos últimos tempos o noticiário nacional passou a estar repleto de relatos sobre supostos episódios de corrupção e conluios para eliminar concorrência em certames licitatórios.

À primeira vista poder-se-ia pensar que tais eventos são próprios apenas de países em desenvolvimento. Todavia, não é o caso. A análise das potenciais restrições à concorrência em contratações públicas ocupa juristas e economistas ao redor do mundo, sendo um campo próprio para estudos interdisciplinares entre as duas referidas ciências.

* Doutorando em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Pós-Graduado em Direito do Estado e da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas (FGV-Rio), Procurador do Estado do Rio de Janeiro e Advogado.

É importante sublinhar que o tema apresenta considerável relevância pelo impacto econômico envolvido. A Organização das Nações Unidas, em documento recente, estimou que as licitações movimentam de 25 a 30% do PIB de países em desenvolvimento. Já em países que compõem a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, as licitações representam aproximadamente 15% do PIB¹. Portanto, eventuais limitações à competitividade em licitações podem acarretar um desperdício de dinheiro público, em violação aos princípios da economicidade e da eficiência, de magnitude muito expressiva.

É possível identificar três formas típicas de indevido cerceamento da concorrência nos certames licitatórios, quais sejam: a corrupção, as restrições competitivas provocadas pelo próprio Estado e as condutas anticoncorrenciais perpetradas pelos particulares.

No presente trabalho, pretende-se mostrar que o Direito Administrativo moderno pode e deve desempenhar importante papel no trato das restrições à competitividade. Para tanto, é imprescindível permear o Direito Administrativo, em sua faceta de Direito da Contratação Pública, com preocupações que, hoje, são típicas tão somente do Direito Concorrencial.

A experiência internacional na matéria pode ser útil para países como o Brasil, em que as preocupações concorrenciais ainda não embeberam o Direito Administrativo moderno. Como se verá, em razão da globalização identifica-se uma tendência à convergência entre os problemas enfrentados pelo Direito ao redor do mundo, o que torna o estudo comparado uma ferramenta útil para o deslinde dos problemas comuns.

O artigo divide-se em quatro seções, além da introdução e da conclusão. Em primeiro lugar, verificar-se-á como a globalização contribuiu para a aproximação em diferentes países das questões que são objeto de estudo para o Direito Administrativo, salientando que, contemporaneamente, as limitações à concorrência em licitações se tratam de uma dificuldade mundial. Após, examinar-se-á a relação do conceito de novo Direito Administrativo e de suas diferentes funções com a promoção da concorrência na contratação pública. Em seguida, analisar-se-á a importância da tutela da concorrência e o papel que o Direito Administrativo pode desempenhar nesse contexto. Por fim, serão estudados brevemente os mecanismos de restrição à concorrência em contratações públicas, bem como em que medida o Direito Administrativo pode ser utilizado como instrumento a contribuir no combate desse problema.

2. A GLOBALIZAÇÃO E APROXIMAÇÃO EM DIFERENTES PAÍSES DE QUESTÕES RELEVANTES PARA O DIREITO ADMINISTRATIVO

O mais célere desenvolvimento de tecnologias de comunicação internacional e a maior integração comercial e política entre os países, fenômenos que se acentuaram especialmente a partir da década de 1980, deram origem a uma intensificação nas relações travadas entre os Estados nacionais e entre os demais

¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Competition policy and public procurement*. Note by the UNCTAD secretariat, p. 3. Disponível em: http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/cicl14_en.pdf Acesso em: 18 out. 2015.

agentes econômicos que restou genericamente conhecida como “globalização”. Tal expressão, consagrada tanto no meio acadêmico como no uso cotidiano, é utilizada para se referir à crescente aproximação, sob os mais diversos aspectos, entre os diferentes povos do globo, acarretando, inevitavelmente, modificações na organização econômica, social e jurídica dos países.

Especificamente na seara do Direito, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO aponta que o conceito de globalização não traria o escopo de unificação da ordem jurídica global², mas sim a conotação descritiva da realidade contemporânea, apontando uma tendência “à multiplicação e à diminuição de poder dos Estados-nação, com o conseqüente esbatimento das fronteiras políticas e o encolhimento do planeta como efeito da revolução das comunicações (...)”³, o que acarreta a “intensificação de toda sorte de relações entre povos – notadamente as econômicas e sociais –, que passam, assim a serem interconectados por novos vínculos jurídicos, de distinta natureza, além dos tradicionais vínculos jurídicos com suas características estatais”⁴.

Uma das conseqüências da globalização foi acentuar a difusão de idênticos princípios ou institutos administrativos por distintas ordens jurídicas. Reformas incentivadas por organizações internacionais como a OCDE, Banco Mundial ou FMI ocasionaram que diferentes países adotassem arranjos institucionais semelhantes, reduzindo-se, assim, a tendência histórica de formatação administrativa de acordo com as idiossincrasias de cada Estado nacional. Por conseguinte, nota-se contemporaneamente uma tendência de convergência entre os objetos de estudo do Direito Administrativo em diferentes partes do globo^{5 6}.

² Essa seria a principal diferença entre os conceitos de globalização, que não apresenta pretensão de unificação da ordem jurídica, para o de mundialização, definido pelo autor como “expressão mais antiga, tendo surgido conotada à aspiração kantiana de um Estado Mundial e, complementarmente, à emergência de uma cidadania mundial, uma tendência perfilhada em diferentes escritos e movimentos que se sucederam, tais como no campo do Direito Internacional Público, na obra de G. Clark e L. B. Sohn, conexas aos dos seguidores do cosmopolitismo filosófico de Immanuel Kant, aos do monismo internacional sociológico de Georges Scelle e aos do conceito político de democracia internacional de Norberto Bobbio, que se sustentam na ideia da paulatina aproximação das sociedades humanas, que evidenciaria essa tendência à formação de um Estado Mundial.” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Transadministrativismo: uma apresentação*. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 267, p. 67-83, set./dez. 2014, p. 69).

³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.* p. 70.

⁴ *Loc. cit.*

⁵ Nesse sentido v. BIGNAMI, Francesca. *Comparative Administrative Law*. Public Law and Legal Theory Paper n. 2012-115, pp. 22-23. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2171307. Acesso em: 12 out. 2015.

⁶ Em sentido contrário, Tom Ginsburg defende que o Direito Administrativo seria menos propenso a convergir do que o Direito Constitucional. Advoga o autor que fatores como inércia institucional, interesses políticos e preferências culturais fazem com que o Direito Administrativo seja menos permeável a mudanças. (GINSBURG, Tom. *Written constitutions and the administrative state: on the constitutional character of administrative law*. In: ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L. (Org.) *Comparative Administrative Law*. Northampton: Edward Elgar, 2010, pp. 119-121.) Em comparação ao Direito Constitucional é possível que a colocação do autor esteja correta, o que não afasta, contudo, em nosso entender, a inevitável tendência, fruto da maior integração entre os países, de que os desafios e as questões jurídicas que ocupam os administrativistas ao redor do mundo sejam cada vez mais semelhantes entre si.

Nesse contexto, o Direito Administrativo, que historicamente se mostrava como fruto da organização do Estado Nacional e carregava em si características peculiares de cada sociedade, passa a trabalhar com princípios mundialmente compartilhados. Na mesma senda, determinados direitos, que eram previstos apenas nas constituições nacionais ou nos ordenamentos jurídicos de cada país, passam a ser também tutelados muitas vezes pelo direito internacional e fomentados por organismos internacionais⁷.

Com a maior integração econômica e política entre os países, as ordens jurídicas igualmente se tornam interdependentes⁸. Passa a ser possível a importação ou transplante de experiências adotadas em um determinado ordenamento para outro, se pertinente para a solução de uma questão comum.

Naturalmente, há que se ter cautela para se evitar transposições acríicas de institutos jurídicos alienígenas sem se verificar a coerência entre o sistema legal de origem e o de destino quanto ao problema jurídico enfrentado.

Assim, observa-se que, no presente cenário de aproximação ou convergência dos objetos de análise do Direito Administrativo, algumas questões, por se repetirem em diversos ordenamentos, alcançam dimensão e relevância globais. Com isso, cresce em importância o estudo do direito comparado como instrumento para o adequado enfrentamento de dilemas jurídicos comuns.

Há que se evitar, todavia, o estudo vazio do direito comparado. Nessa toada, JOHN S. BELL sublinha que o exame em tela não pode se limitar à compilação de informações sobre ordens jurídicas distintas, devendo ser hábil a propiciar *insights* sobre “a natureza dos problemas confrontando diferentes sistemas ou sobre o modo pelo qual se operam e desenvolvem”⁹. Em outros termos, a análise precisa se relevar útil para o deslinde da questão comum, razão pela qual propõe o autor que seja confinada a um pequeno número de jurisdições examinadas ou a um tópico específico¹⁰.

Especialmente pertinente ao presente trabalho é o método, proposto pelo referido jurista, de utilização do direito comparado com o escopo de comparação entre tendências transnacionais no direito. Com efeito, considerando a atual convergência global entre temas relevantes para o Direito Administrativo em diferentes ordenamentos, os papéis e funções desempenhadas pela Administração estão sujeitos a um número de tendências transnacionais, que se revelam presentes mesmo em países que possuem distintas tradições jurídicas¹¹.

Expondo ótica semelhante, FRANCESCA BIGNAMI assevera que o estudo do direito comparado traz como um de seus principais desafios compreender a operação, utilidade e, por fim, o desejo de que de fato existam princípios e procedimentos comuns nos diversos ordenamentos jurídicos. Aponta a autora que, para cumprir tal tarefa, é necessário que se reconheça a crescente importância dos

⁷ CASSESE, Sabino. New paths for administrative law: a manifesto. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, n. 3, pp. 603-613, 2012, p. 605.

⁸ *Ibid.* p. 611.

⁹ BELL, John S. Comparative Administrative Law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (Org.) *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p.1264.

¹⁰ *Loc. cit.*

¹¹ *Ibid.* pp. 1267-1268.

sistemas legais internacionais como objeto de estudo e como catalisadores para mudanças do direito doméstico¹².

Nessa senda, no que tange ao presente trabalho cumpre notar que o possível cerceamento concorrencial em procedimentos licitatórios é, atualmente, uma matéria relevante em todo o globo, como mostram os diversos trabalhos produzidos sobre o tema por entidades como a OCDE ou a ONU¹³. Naturalmente, estudos elaborados por importantes organismos internacionais acabam por influenciar o desenvolvimento de políticas assemelhadas em distintos países, além do enfrentamento comum ao problema.

Como será melhor analisado nas seções subseqüentes, questões afetas à restrição de competitividade nos certames licitatórios, seja por corrupção, por distorções concorrenciais provocadas indevidamente pelo próprio Estado ou por condutas perpetradas pelos particulares são, atualmente, exemplos de problemas globais passíveis de serem tratados pelo Direito Administrativo. Não são, como se poderia pensar à primeira vista, preocupações atinentes apenas a nações em desenvolvimento ou afetadas por elevados níveis de corrupção.

Desse modo, um país como o Brasil, onde o tema aparentemente ainda não recebeu atenção acadêmica compatível com a sua relevância econômica, pode e deve se beneficiar de estudos realizados por entidades internacionais ou por outros países. Para tanto, em primeiro lugar há que se ter ciência de que não se trata de problema endêmico brasileiro, mas sim de importante dificuldade em outros ordenamentos jurídicos do globo e que sofre enfrentamento por administrativistas e economistas ao redor do mundo.

3. A RELAÇÃO DO NOVO DIREITO ADMINISTRATIVO E DE SUAS DIFERENTES FUNÇÕES COM A PROMOÇÃO DA CONCORRÊNCIA NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

Em verdade, a globalização e a maior interdependência das ordens jurídicas de diversos países, que tiveram como consequência a tendência de convergência

¹² BIGNAMI, Francesca. Op. Cit. p. 23.

¹³ Citem-se, dentre outros, os seguintes trabalhos: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Competition policy and public procurement*. Note by the UNCTAD secretariat. Disponível em: http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpd14_en.pdf Acesso em: 18 out. 2015; OCDE. *Collusion and Corruption in Public Procurement*. 2010. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/46235884.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2015; OCDE. *Detecting Bid Rigging in Public Procurement*. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/cartels/42594486.pdf>. Acesso em: 19 out. 2015; OCDE. *Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas*. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/cartels/44162082.pdf>. Acesso em: 19 out. 2015; OCDE. *Fighting Cartels in Public Procurement*. OECD Observer. Out. 2008. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/cartels/41505296.pdf>. Acesso em: 19 out. 2015; OCDE. *Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes*. 2002. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf>. Acesso em: 20 set. 2015; OCDE. *OECD Principles for Integrity in Public Procurement*. Disponível em: <http://www.oecd.org/gov/ethics/48994520.pdf>. Acesso em: 17 out. 2015; OCDE. *Recommendation of the OECD Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement*. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/RecommendationOnFightingBidRigging2012.pdf>. Acesso em: 19 out. 2015.

entre os objetos de estudo e as preocupações que ocupam o direito em diferentes partes do mundo, são apenas alguns dos elementos que conduziram à ascensão de um denominado novo (ou pós-moderno) Direito Administrativo¹⁴.

Em sucinta narrativa, CARLOS ARI SUNDFELD expõe que a gênese do Direito Administrativo ocorre no momento em que as sociedades observaram a necessidade de “organizar e limitar, por meio do Direito, também o próprio exercício da autoridade pública – a atividade dos governantes e dos funcionários em geral”¹⁵. Surge, assim, o Direito Administrativo originalmente construído tendo o Estado ou, mais especificamente, as funções próprias do Poder Executivo, como seu centro. Ainda conforme o relato do mencionado autor, a origem do referido campo de estudo jurídico guarda relação com a ideia de especialidade do Direito Administrativo frente ao Direito Privado, que seria necessária para atender as necessidades e características peculiares da Administração¹⁶.

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

Como fruto da crescente complexidade da organização estatal, a Administração assume funções cada vez mais amplas. Para CARLOS ARI SUNDFELD, “a diversidade e a complexidade crescentes do Direito Administrativo – e mesmo suas oposições internas – vêm do fato de a Administração Pública ter, pouco a pouco, se expandido para todos os lados, especialmente a partir do início do século XX”¹⁷.

As alterações da organização estatal acima apontadas, que se somam às consequências da globalização no direito e perpassam, ainda, por fenômenos como privatização, desestatização, crise da legalidade¹⁸ e surgimento de uma

¹⁴ A denominação de novo, ou pós-moderno, Direito Administrativo encontra-se em CASSESE, Sabino. Op. cit. p. 603. Afirma o autor que a literatura da última década se divide entre aqueles que defendem que houve o “fim do direito administrativo”, em razão da perda de suas peculiaridades essenciais, e os que advogam a tese de que estaria em desenvolvimento um novo Direito Administrativo, fruto de um processo de modernização e reformas.

¹⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 32.

¹⁶ Ibid. p. 34.

¹⁷ Ibid., p. 35.

¹⁸ Sobre o tema v. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3a ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, pp. 131-205.

administração policêntrica¹⁹, conduzem à ascensão de um novo Direito Administrativo. Em tradução livre dos termos utilizados por SABINO CASSESE, o referido Direito Administrativo pós-moderno é “o produto de um novo papel do estado como promotor, facilitador, regulador de risco e como timoneiro da economia e da sociedade. Assim requer-se uma abordagem nova, mais interdisciplinar”²⁰.

Nesse passo, autores apontam diferentes funções desempenhadas pelo Direito Administrativo contemporâneo. Citando SABINO CASSESE, JOHN S. BELL afirma que o Direito Administrativo apresentaria dois papéis distintos: o primeiro seria o de descrever e sistematizar a ordem legal relacionada à Administração; o segundo, em realizar avaliação crítica e construtiva da Administração Pública a partir da perspectiva de padrões de legalidade²¹. Já CARLOS ARI SUNDFELD expõe que o Direito Administrativo pode ser visto sob duas óticas distintas: a do direito do interesse público, concernente às funções e poderes da Administração necessários justamente para dar consecução ao interesse público; e a do direito do controle sobre o poder, preocupado promover direitos dos administrados e cercear eventuais abusos estatais²².

As questões atinentes a possíveis restrições à competitividade nas contratações públicas guardam relação com as funções a serem desempenhadas pelo Direito Administrativo contemporâneo. Em primeiro lugar, conforme exposto por SABINO CASSESE e JOHN S. BELL, é importante tecer um exame crítico da atuação da Administração Pública nesse cenário, haja vista que comportamentos estatais equivocados podem acarretar o cerceamento da concorrência no mercado ou gerar incentivos indevidos e perversos para a adoção, pelos particulares, de práticas restritivas à concorrência. Nessa toada, a experiência internacional pode em muito contribuir para o aperfeiçoamento das práticas adotadas no ordenamento jurídico interno de cada país.

Além disso, sob a ótica defendida por CARLOS ARI SUNDFELD e acima exposta, o estudo se relaciona a função administrativa necessária para dar consecução ao interesse público, uma vez que, com o escopo de que não haja desperdício de dinheiro público, a Administração precisa adquirir uma série de obras, bens ou serviços por ela demandados sob as condições mais vantajosas possíveis, o que depende da existência e funcionamento de um mercado para as compras e contratações públicas efetivamente competitivo.

No mais, assegurar a integridade e a concorrência nos processos licitatórios está de acordo com duas funções importantes que o Estado deve desempenhar: a de tutelar a moralidade administrativa, conforme exigência, no caso brasileiro, do art. 37, *caput*, CRFB/88, e a de garante da ordem concorrencial²³, vez que lhe incumbe a promoção e proteção da concorrência como princípio jurídico (art. 170, IV e 173, § 4º, CRFB/88).

¹⁹ A respeito da passagem de uma organização administrativa unitária para a Administração Pública policêntrica v. BINENBOJM, Gustavo. Op. cit. pp. 257-321.

²⁰ CASSESE, Sabino. Op. cit. p. 603.

²¹ BELL, John S. Op. cit. p. 1264.

²² SUNDFELD, Carlos Ari. Op. cit. p. 47.

²³ Defendendo ser o Estado um garante da ordem concorrencial v. CHEVALLIER, Jacques. Estado e ordem concorrencial. Tradução de Thales Morais da Costa. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 133151, out./dez. 2007, pp. 3-5. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=49829>. Acesso em: 19 ago. 2015

4. A IMPORTÂNCIA DA TUTELA DA CONCORRÊNCIA NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E O PAPEL A SER DESEMPENHADO PELO DIREITO ADMINISTRATIVO EM SUA PROTEÇÃO

A importância da concorrência no Direito Licitatório advém da lógica econômica de que, quanto maior a competição, menores tendem a ser os preços e maiores são os incentivos à redução de custos, à melhoria de qualidade e à inovação tecnológica. Ainda segundo a teoria econômica neoclássica, a promoção da concorrência tem o condão de trazer benefícios significativos para o bem-estar da sociedade, seja por propiciar uma alocação mais eficiente dos seus recursos escassos, seja por incentivar a inovação tecnológica e de organização produtiva²⁴.

Frise-se, ademais, que a concorrência é também fundamental para a concretização do princípio da economicidade na contratação pública, ao propiciar melhor relação custo-benefício, uma vez que, havendo maior rivalidade no mercado, é provável que a Administração receba propostas mais vantajosas²⁵.

Por outro lado, as restrições à competitividade nos certames licitatórios podem ocasionar significativo prejuízo para o erário, maculando, assim, os princípios constitucionais da economicidade e da eficiência (arts. 70 e 37, *caput*, CRFB/88). No que tange especificamente ao conluio entre concorrentes, dados da OCDE apontam que, em média, os cartéis acarretam sobre preço na ordem de 10% do valor envolvido e causam danos gerais no mercado que alcançam 20% do montante do comércio afetado²⁶.

A teoria econômica, no entanto, demonstra que o comportamento competitivo não parece ser a conduta preferida dos agentes privados²⁷. Afinal, se o mercado operasse em concorrência perfeita e sem barreiras à entrada de eventuais

²⁴ A teoria econômica advoga que dá maior concorrência no mercado surgem ganhos de eficiência alocativa, produtiva e dinâmica. A eficiência alocativa vem, como o nome sugere, da adequada alocação dos recursos sociais. Com o cerceamento da concorrência, reduz-se a eficiência econômica porque as empresas, a fim de viabilizar o aumento de preços, reduzem a produção, o que gera uma perda social. A perda decore de existir valor econômico na produção que deixou de ser feita. A eficiência produtiva advém do reconhecimento de que a concorrência estimula os agentes a reduzirem custos necessários, a incrementar a produtividade e a melhorar a qualidade dos produtos, sempre com o escopo de superar seus concorrentes. A ausência de efetiva competição retira tal incentivo econômico. Já a eficiência dinâmica é atinente à inovação tecnológica e à descoberta de melhores formas de organização e produção que a concorrência é capaz de impulsionar. Para melhor análise, v. MOTTA, Massimo; SALGADO, Lucia Helena. *Política de Concorrência: teoria e prática e sua aplicação no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, pp. 32-45.

²⁵ Conforme Robert D. Anderson et al., a literatura econômica que versa especificamente sobre leilões e licitações aponta a correlação inversa entre o nível de competição e o custo final para o governo dos bens e serviços contratados, de modo que a existência de efetiva concorrência nos certames é relevante para a obtenção de propostas mais vantajosas (ANDERSON, Robert D. et al. *Ensuring integrity and competition in public procurement markets: a dual challenge for good governance*. In: ARROWSMITH, Sue; ANDERSON, Robert D. (Ed.). *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and reform*. Cambridge: Cambridge University Press: 2011, pp. 690-691).

²⁶ OCDE. *Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes*. 2002, p. 77. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf>. Acesso: 06 de junho de 2015.

²⁷ Quanto à preferência das empresas por um cenário em que não haja competição, v. PINHEIRO, Armando Castelar; SAADI, Jairo. PINHEIRO, Armando Castelar; SAADI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, pp. 355-356.

novos participantes, o acirramento da disputa entre os concorrentes tenderia, no limite, a igualar o preço do produto ao seu custo marginal, reduzindo o lucro das empresas a zero. Destarte, o comportamento esperado racionalmente é que os competidores, em verificando viabilidade para tanto, busquem se coordenar, explícita ou tacitamente, para afastarem a competição e aumentarem o lucro conjunto²⁸.

A despeito das evidências quanto à possibilidade de limitação competitiva em procedimentos licitatórios e da magnitude econômica da questão, no Direito Administrativo não se concedeu ao tema a devida atenção. O Direito por vezes parece desconsiderar o fato de que as normas relativas à contratação pública podem (e devem) ser elaboradas de modo que elas próprias não produzam distorções concorrenciais e, ainda, com o cuidado de que não concedam indevidamente incentivos ou facilidades à adoção, pelos particulares, de práticas restritivas da concorrência.

Com efeito, observa ALBERT SÁNCHEZ GRAELLS que as normas sobre contratação pública em geral simplesmente partem da premissa de que os mercados são competitivos, tomando como um “dado” a sua estrutura concorrencial²⁹. O Direito Administrativo das licitações, desconsiderando o seu potencial de tutela da concorrência, parece presumir que o certame licitatório se desenrola em um cenário de real disputa entre os participantes, o que não ocorre necessariamente. Relega-se, assim, por vezes, apenas para o Direito Antitruste a preocupação de elidir as práticas inibidoras da concorrência, em geral por meio tão somente de uma atuação repressiva, *ex post*³⁰.

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

Todavia, essa separação entre as preocupações típicas do Direito Administrativo das licitações e do Direito Concorrencial não parece correta, muito menos característica inafastável do sistema jurídico, uma vez que ambos os regramentos têm por objetivo a promoção da concorrência como bem jurídico de interesse da sociedade, seja para a proteção dos consumidores, seja para a alocação

²⁸ No mesmo sentido v. ALBANO, Gian Luigi et al. Preventing collusion in procurement. In: DIMITRI, Nicola; PIGA, Gustavo; SPAGNOLO, Giancarlo (Ed.). *Handbook of Procurement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 347.

²⁹ SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. *Public Procurement and EU Competition Law*. 2nd ed. Oxford: Hart Publishing Ltd., 2015, pp. 11-12.

³⁰ A função preventiva do Direito Antitruste pode ser identificada em especial quando da análise de atos de concentração. No que tange às condutas anticompetitivas, identifica-se preponderantemente uma atuação repressiva do Direito da Concorrência. Para um exame de modificações na função preventiva do Cade pela Lei nº 12.259/2011 e seus impactos na cessão de direitos e obrigações dos contratos de concessão regulados pela ANP, v. PEDRA, Douglas Pereira; ESTEVES, Heloisa Borges Bastos. *Comentários Relativos à Cessão de Direitos e Obrigações dos Contratos de Concessão à Luz da Nova Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011)*. Disponível em: <anp.gov.br/wwwanp/?dw=65942>. Acesso em: 16 nov. 2016.

mais eficiente dos recursos públicos em despesas executadas sob condições mais vantajosas³¹.

Por sua relevância, a tutela estatal da concorrência como valor jurídico não pode ficar restrita à seara do Direito Antitruste, que possui tipicamente atuação repressiva, posterior ao exercício de atos e voltada fundamentalmente aos particulares³². Para a sua melhor promoção é preciso também permear as normas licitatórias com as preocupações que hoje são próprias do Direito Concorrencial, a permitir, assim, que o Direito Administrativo cumpra cautelarmente, *ex ante*, a função de evitar que o próprio Poder Público, por vezes inadvertidamente, ocasione distorções na livre competição ou de impedir que sejam cometidos pelo Estado atos facilitadores da adoção de práticas inibidoras de concorrência pelos particulares.

Em artigo publicado ainda no ano de 2004, motivado pela “Operação Vampiro”, investigação da Polícia Federal que indicou a existência de suposta quadrilha voltada para manipular compras públicas de itens de saúde pela União, em especial de hemoderivados³³, FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO já defendia que era “necessária uma maior aproximação entre o direito administrativo das licitações e o direito antitruste”³⁴, sendo que se deveria “submeter o regime das compras de bens, serviços e obras pela Administração Pública às regras do direito concorrencial”³⁵.

Em semelhante abordagem, CARLOS ARI SUNDFELD, também manifestando preocupação com a penetração do princípio da concorrência no Direito da Contratação Pública brasileiro, fala que a legislação pátria precisa ser avaliada para que se questione se “está mesmo embebida do princípio da concorrência”³⁶.

Com efeito, há verdadeira relação de interdependência ou complementaridade entre o Direito da Contratação Pública e o da Concorrência. Todo o esforço para promover a livre competição por meio do Direito Antitruste pode ir por terra caso a própria Administração adote, deliberadamente ou não, condutas que restrinjam a disputa no mercado, haja vista que tais comportamentos não seriam açambarcados pela ótica do Direito Concorrencial. Por outro lado, independentemente de quão bem

³¹ MORAIS, Luis D. S.; RODRIGUES, Nuno Cunha. Contratação pública e práticas anti-concorrenciais no Direito Internacional Económico e no Direito da União Europeia, em especial acordos entre empresas. In: TRABUCO, Cláudia; EIRÓ, Vera (Org.) *Contratação Pública e Concorrência*. Coimbra: Almedina, 2013, Edição para Kindle, posição 1859.

³² Nesse sentido, ver GONÇALVES, Pedro Costa. *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 382. Sintetiza o autor afirmando que “para o direito da concorrência, o respeito pelo valor ou princípio da concorrência impõe-se às empresas, aos players do mercado, e traduz-se em as mesmas poderem exercer livremente a atividade económica a que se dedicam, desde que não infringem um número, aliás limitado, de regras jurídicas de feição proibitiva” (GONÇALVES, Pedro Costa. Op. cit. p. 383).

³³ Para melhor descrição sobre a referida operação, v. DANTAS, Iuri. Máfia dos Vampiros: SG isenta 20 e pede condenação de 3 laboratórios. *JOTA*, 19 out. 2015. Disponível em: <<http://jota.info/operacao-vampiro-sg-recomenda-condenacao-de-tres-laboratorios>>. Acesso em: 26 out. 2016.

³⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Direito da concorrência nas compras governamentais – regime restritivo e formalista da lei de licitações traz prejuízos para o Estado. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 05 jun. 2004, p. B2.

³⁵ Loc. cit.

³⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. Contratações públicas e o princípio da concorrência. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, mar./ago. 2012, p. 01. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicnt=80263>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

desenhado seja o regime licitatório, se houver colusão entre os potenciais fornecedores provavelmente ocorrerão desvios concorrenciais, sobre preço e perda de qualidade³⁷.

A mencionada interdependência ou complementaridade entre os dois ramos jurídicos analisados precisa, em verdade, ser aprofundada. Atualmente, quando do desenho dos arranjos licitatórios, por vezes a Administração não avalia todas as distorções competitivas passíveis de serem geradas, permitindo a ocorrência de consequências não antecipadas que contribuem para macular a disputa hígida. Entretanto, considerações relativas à dinâmica concorrencial não devem ser estranhas ao Direito Administrativo das licitações, merecendo receber maior ênfase de estudo³⁸.

Pela relevância do princípio em comento na ordem econômica, há quem defenda que incumbe ao Estado adotar postura de verdadeiro promotor da concorrência, tornando-se um garante da ordem concorrencial³⁹. Para JACQUES CHEVALLIER, “é ilusória a ideia de uma ordem concorrencial produzindo-se e reproduzindo-se por suas próprias forças sem que seja necessário recorrer-se a normas exteriores reguladoras”⁴⁰.

De fato, a concorrência não é um elemento necessariamente existente nos mercados, um mero fato com o qual a Administração lida. Trata-se de um verdadeiro bem jurídico que o Estado precisa instituir⁴¹, fomentar e proteger⁴², inclusive no que concerne à contratação pública^{43 44}.

Como consectário desse raciocínio, defende-se a existência do princípio da competitividade nas licitações, que, embora não esteja expresso nos arts. 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/93 ou da Lei nº 12.462/2011, deve ser interpretado como basilar na

³⁷ KENNEDY-LOEST, Ciara; THOMAS, Christopher; FARLEY, Martin. EU Public Procurement and Competition Law: The Yin and Yang of the Legal World?. *Competition Law International*, nov. 2011, p. 78.

³⁸ SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. Op. cit. pp. 11-12.

³⁹ CHEVALLIER, Jacques. Op. cit. pp. 3-5.

⁴⁰ *Ibid.* p. 3.

⁴¹ Foi o que se passou no Brasil, por exemplo, com a introdução da concorrência no regime de serviços públicos anteriormente considerados atividades de monopólio pelo Poder Público. Sobre o tema, v. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços Públicos e Concorrência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fev. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-1-FEVEREIRO-2005-ALEXANDREARAGAO.pdf>> Acesso em: 15 set. 2015.

⁴² Ver GONÇALVES, Pedro Costa. Op. cit. p. 378. O autor afirma, ainda, que “a proteção e a promoção da concorrência correspondem hoje a uma atribuição pública do Estado e, por conseguinte, a um valor ou bem jurídico (também) de interesse público”. *Ibid.* p. 375.

⁴³ Nesse contexto, para Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães a “Administração Pública tem o dever institucional de promover a concorrência como um fator objetivo das licitações”. (MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação Pública – A Lei Geral de Licitação - LGL e o Regime Diferenciado de Contratações - RDC*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 94).

⁴⁴ Como se verá melhor abaixo, na doutrina brasileira Marcos Juruena Villela Souto enxergava uma verdadeira função regulatória para a licitação, no sentido de que poderia ser empregada para buscar a “criação, promoção, preservação ou recriação do mercado como cenário adequado à livre concorrência”. (SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 86).

contratação pública, servindo como verdadeiro norte hermenêutico, a prestigiar interpretações jurídicas que favoreçam a competição em tais procedimentos⁴⁵.

Resta brevemente analisar as formas pelas quais comumente ocorre a restrição à competitividade nas licitações e de que maneira estudos internacionais vêm enfrentando o problema.

5. FORMAS DE RESTRIÇÃO À CONCORRÊNCIA EM CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Episódios recentes no Brasil⁴⁶ e no mundo⁴⁷ revelam que a restrição concorrencial em contratações públicas não é um problema meramente hipotético ou teórico, merecendo, portanto, mais detida atenção do Direito.

A boa governança na contratação pública e seu efetivo funcionamento pressupõe lidar com dois desafios distintos: garantir a integridade do processo licitatório, impedindo, para tanto, corrupção por parte dos agentes públicos; e promover efetiva competição entre os fornecedores, o que inclui, além de evitar atos de cerceamento da competição cometidos pelo próprio Estado, adotar medidas que busquem prevenir o conluio entre potenciais concorrentes⁴⁸.

Alerta a OCDE que corrupção e colusão, embora sejam questões distintas, estão frequentemente associadas a licitações, tanto em países desenvolvidos como em desenvolvimento⁴⁹, podendo, por vezes, ocorrer simultaneamente. Seria o caso, por exemplo, de um agente público cooperar para a sustentação do conluio concedendo aos fornecedores informações privilegiadas que lhes sejam úteis. Todavia, conceitualmente tratam-se de fenômenos diversos. O estudo da corrupção perpassa pelo exame de uma questão atinente ao problema do agente-principal⁵⁰, em que o

⁴⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, pp. 292-293.

⁴⁶ No Brasil, os dois episódios recentes de maior repercussão sobre o alegado cerceamento da concorrência em licitações referem-se à investigação sobre suposta cartelização no certame para modernização de trens das Linhas 1 e 3 do Metrô de São Paulo entre os anos de 2008 a 2009, que conduziu à denúncia criminal, no mês de maio de 2015, de seis executivos envolvidos no episódio, e à suspeita de formação de cartel entre empreiteiras que possuíam contratos com a Petrobrás. Sobre os casos, dentre diversas matérias jornalísticas produzidas, ver exemplificativamente: MP-SP denuncia seis executivos por formação de cartel do Metrô. *Revista Consultor Jurídico*, 23 mai. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-23/mp-sp-denuncia-seis-executivos-formacao-cartel-metro>. Acesso em: 16 out. 2015; e BASILE, Juliano. Lava-jato: Cade diz que cartel das empreiteiras durou 9 anos. *Valor Econômico*, Brasília, 20 mar. 2015. Disponível em: <http://www.valor.com.br/politica/3967688/lava-jato-cade-diz-que-cartel-das-empresiteiras-durou-9-anos>. Acesso em: 16 out. 2015.

⁴⁷ Para uma coleção de casos em jurisdições estrangeiras envolvendo restrições concorrenciais às licitações, v. ALBANO, Gian Luigi et al. Op. cit., pp. 347-348; e ANDERSON, Robert D. et al. Op. cit., pp. 699-701.

⁴⁸ ANDERSON, Robert D. et al. Op. cit. p. 681.

⁴⁹ OCDE. *Collusion and Corruption in Public Procurement*. 2010, p. 09. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/46235884.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2015.

⁵⁰ O problema do agente-principal, também denominado de problema ou dilema de agência, é comumente utilizado como ferramenta da Análise Econômica do Direito para descrever uma situação em que uma pessoa, o principal (no caso, um ente público), é representado por outra, o agente (no caso, um agente público), sendo que, por vezes, seus interesses podem se revelar conflitantes. A capacidade de o agente atuar em seu favor e em prejuízo do principal advém do fato de que, por uma questão de assimetria de

agente público busca locupletar-se em detrimento do interesse público da Administração⁵¹. Já o oferecimento de propostas em conluio, com prévio acerto entre os ofertantes sobre quem irá vencer o certame, é o mecanismo típico de cerceamento concorrencial em contratações públicas, sendo certo que, por vezes, associado a tal conluio, existe um agente público ímprobo. De todo modo, ao fim, ambos os fenômenos resultam no mesmo efeito: um contrato público celebrado sem que se revelem presentes as condições mais vantajosas para a Administração⁵².

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

Com efeito, as próprias regras licitatórias, se elaboradas acriticamente, são capazes de acarretar distorções na dinâmica do mercado e limitar a concorrência. ALBERT SÁNCHEZ GRAELLS chega a afirmar que a luta contra restrições à competitividade produzidas pela própria Administração deveria ser o principal objetivo da política concorrencial⁵³.

Nesse sentido, cumpre observar uma diferença marcante da aplicação de princípios concorrenciais ao mercado de contratações públicas em comparação aos mercados privados. Usualmente em um mercado privado o Direito da Concorrência terá como foco as condutas anticompetitivas perpetradas por agentes econômicos que atuam no lado da oferta de bens e serviços. Já no mercado público, a restrição à concorrência pode advir de práticas adotadas pela Administração, ou seja, pelo lado da demanda, devendo ser enfrentada primordialmente pelo Direito Administrativo⁵⁴.

Em verdade, as três formas típicas de cerceamento de concorrência nos certames licitatórios, quais sejam, corrupção, restrições competitivas provocadas pelo próprio Estado e condutas anticoncorrenciais perpetradas pelos particulares, são relevantes para o Direito Administrativo em sua faceta de Direito da Contratação Pública. Isso porque mesmo os ilícitos concorrenciais cometidos pelos agentes privados podem ser facilitados ou dificultados, quando não impedidos, dependendo da atuação da Administração na condução do processo licitatório.

informação, detém dados que o principal não possui diretamente. No estudo da corrupção considera-se que o agente público corrupto não pretende alcançar o melhor interesse público, mas sim se locupletar em detrimento da Administração, sendo que é capaz de alcançar seu intento por possuir maiores informações sobre o mercado, os potenciais ofertantes e o objeto demandado do que as detidas por outros membros da Administração. Para uma visão geral sobre a utilização do problema do agente-principal na Análise Econômica do Direito, v. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5a ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, pp. 208-209 e 419-421. Para uma abordagem da teoria especificamente sob o aspecto da corrupção em licitações, v. TREPTE, Peter. *Transparency and accountability as tools for promoting integrity and preventing corruption in procurement: possibilities and limitations*. Paris: OCDE, 2005, pp. 5-8.

⁵¹ Nesse sentido v. ANDERSON, Robert D. et al. Op. cit. p. 681.

⁵² OCDE. Op. cit. p. 09.

⁵³ SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. Op. cit. p. 7.

⁵⁴ BOVIS, Christopher. *EU Public Procurement Law*. 2. ed. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2012, pp. 21-22.

Passa-se, assim, a analisar brevemente cada umas espécies gerais de restrição à concorrência acima citadas.

5.1 Corrupção e restrição à concorrência

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

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

Nesse sentido, ressalta FRÉDÉRIC JENNY que, por definição, corrupção em contratação pública resulta em uma alocação de contratos distinta da que redundaria de um processo licitatório efetivamente competitivo, uma vez que o fornecedor capaz de ofertar a proposta mais vantajosa não se sagrará vencedor do certame em razão do favorecimento de alguma ordem ao agente econômico corrupto⁵⁵.

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

Analisando a corrupção sob perspectiva dos incentivos econômicos, SUSAN ROSE-ACKERMAN e TINA SØREIDE destacam que o procedimento de contratação pública cria estímulos ou facilidades à corrupção por unir o problema da escassez econômica com o poder estatal para minudenciar os critérios de qualificação para participação no certame⁵⁶.

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

Outros aspectos peculiares dos procedimentos de contratação pública também os tornam mais propensos à ocorrência de episódios de corrupção. É o que há muito aponta a OCDE⁵⁷. O primeiro, mais óbvio, é o de que as grandes licitações,

⁵⁵ JENNY, Frédéric. Competition and Anti-Corruption Considerations in Public Procurement. In: *Fighting Corruption and Promoting Integrity in Public Procurement*. Paris: OCDE, 2005, p. 32.

⁵⁶ SØREIDE, Tina; ROSE-ACKERMAN, Susan. Corruption in State Administration. *Yale Law & Economics Research Paper n. 529*, p. 04. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2639141>. Acesso em: 23 jun. 2016.

⁵⁷ OCDE. *Collusion and Corruption in Public Procurement...*, p. 09.

atinentes, por exemplo, a projetos de infraestrutura, frequentemente envolvem uma quantidade muito grande de recursos públicos, sendo atrativas para agentes interessados em formatar esquemas de corrupção.

Além disso, a OCDE nota que a regulação do regime licitatório usualmente torna tais procedimentos excessivamente previsíveis, o que cria facilidade para a instauração de mecanismos criminosos para o desvio dos recursos, como é o caso, naturalmente, dos próprios cartéis. Outrossim, pela quantidade de produtos, obras e serviços a serem contratados, a capacidade de monitoramento e fiscalização do Estado é costumeiramente falha, tornando o campo fértil para a corrupção⁵⁸.

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

A corrupção decorre das oportunidades ofertadas pelo direito para escolhas prepotentes do agente público. Sempre que o agente estatal dispuser de competência para escolher entre mais de uma alternativa, alguma das quais é favorável ou desfavorável ao particular, surgirá potencial oportunidade para a corrupção. E o direito administrativo brasileiro é repleto dessas previsões.⁵⁹

O aumento da transparência no procedimento licitatório é considerado como um relevante instrumento para o combate à corrupção⁶⁰, uma vez que, com maior clareza em relação às informações relevantes e aos dados técnicos concernentes à contratação pública, além de fundamentação cristalina quanto às decisões adotadas pela Administração, aumenta-se a *accountability* dos entes licitantes perante a sociedade e os órgãos de controle, diminuindo-se, assim, a possibilidade de decisões discricionárias e arbitrárias por parte de agentes públicos e, por conseguinte, as oportunidades de corrupção.

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

Não por outra razão a OCDE estabeleceu, dentre os seus dez princípios para promover a integridade nas licitações públicas⁶¹, dois concernentes à transparência nos certames: proporcionar um nível adequado de transparência em todo o ciclo de

⁵⁸ OCDE. Op. cit. p. 04.

⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Corrupção e contratação administrativa: a necessidade de reformulação do modelo jurídico brasileiro. *Gazeta do Povo*. Curitiba, 05 jun. 2015. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/marcal-justen-filho/corruptao-e-contratacao-administrativa-a-necessidade-de-reformulacao-do-modelo-juridico-brasileiro-0plrukcg5ficcjzrcnfcbbu>>. Acesso em: 02 jul. 2016.

⁶⁰ Nesse sentido v. TREPTE, Peter. *Transparency and accountability...*, pp. 15-16.

⁶¹ Os princípios estabelecidos pela OCDE versam sobre elementos concernentes à transparência, boa gestão, prevenção de má conduta e *accountability* e controle. Nesse passo, v. OCDE. *OECD Principles for Integrity in Public Procurement*. Disponível em: <http://www.oecd.org/gov/ethics/48994520.pdf>. Acesso em: 17 out. 2015.

aquisições a fim de promover tratamento justo e equitativo para os potenciais fornecedores; e maximizar a transparência nos certames e tomar medidas de precaução para aumentar a integridade, em especial quanto às exceções de realização da licitação.

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

Afinal, duas das dificuldades concernentes à formação de um cartel referem-se à necessidade de aproximação entre os potenciais concorrentes para a negociação de um acordo e ao monitoramento recíproco quanto ao cumprimento ou desvio do comportamento alinhavado⁶². A publicidade quanto a determinadas informações pode justamente facilitar que os agentes em conluio solucionem tais dificuldades, seja por ensinar o conhecimento de quem são os competidores e a eventual fixação de um preço conjunto após o entabulamento de um acordo, seja ao permitir que os particulares em conluio fiscalizem o comportamento adotado pelos parceiros no certame com o escopo de verificar se algum está tentando desviar da estratégia combinada⁶³.

Assim, quanto à divulgação de dados além das exigências legais, a Administração há de ter a cautela de examinar se a prática não poderá eventualmente acarretar incentivos indesejados ao comportamento dos particulares.

Uma das formas de buscar o equilíbrio entre publicidade quanto às informações atinentes ao certame e o cuidado para não facilitar a colusão seria, como sugerido por FRÉDÉRIC JENNY, disponibilizar todos os detalhes a respeito das propostas e dos proponentes aos órgãos de controle, restringindo, no entanto, o acesso aos concorrentes⁶⁴.

Já WILLIAM E. KOVACIC et al. defendem que, sempre que possível, todos os dados relevantes relacionados à licitação devem ser documentados e armazenados por um longo período, permitindo-se acesso às autoridades competentes no caso de suspeita de cartelização, sendo que, por outro lado, informações quanto às ofertas perdedoras não deveriam ser reveladas aos competidores. Desse modo busca-se evitar que os agentes em conluio consigam fiscalizar o comportamento dos parceiros, objetivando-se, nessa toada, criar instabilidade e insegurança na organização do cartel⁶⁵.

No Brasil, a Lei nº 12.846/2013, apelidada de lei anticorrupção, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública nacional ou estrangeira, aponta dentre os atos lesivos para os fins daquela lei alguns relacionados a licitações e contratos. Revela-

⁶² No mesmo sentido v. ANDERSON, Robert D. et al. Op. cit. p. 693.

⁶³ Para estudo mais aprofundado sobre o tema ver SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. Op. cit. pp. 73-75; ALBANO, Gian Luigi et al. Op. cit., pp.352-353.

⁶⁴ JENNY, Frédéric. Op. cit. p. 35.

⁶⁵ KOVACIC, William E. et al. Bidding rings and the design of anti-collusive measures for auctions and procurements. In: DIMITRI, Nicola; PIGA, Gustavo; SPAGNOLO, Giancarlo (Ed.). *Handbook of Procurement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, pp. 402-403.

se, assim, a preocupação também nacional com condutas de corrupção, nos termos da lei, passíveis de desvirtuar a contratação pública.

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

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

Nota-se, desse modo, pelo breve exame acima, que é evidente o espaço para que o Direito Administrativo, permeado de preocupações concorrenciais, contribua para o combate à corrupção nas licitações e ao seu consequente desvirtuamento da competição, seja buscando o incremento da transparência e publicidade nos certames em sua justa medida, seja por meio do melhor desenho de regras ou práticas licitatórias que contribuam para a boa gestão, prevenção de más condutas e *accountability* e controle, como, por exemplo, aquelas recomendadas pela OCDE.

A atuação do Direito Administrativo deve ser a de procurar identificar os incentivos e oportunidades para corrupção existentes no processo licitatório e, após, tentar limitar tais espaços por meio de regras e práticas que suprimam as referidas brechas, contribuindo, nesses termos, para que o agente público corrupto tenha menor margem para buscar indevidos benefícios próprios⁶⁶.

5.2 Restrições à concorrência produzidas pela própria Administração

Como ressaltado anteriormente, a corrupção, inclusive na seara licitatória, recebeu considerável atenção de estudiosos e organismos internacionais nos últimos anos. Contudo, o mesmo não pode ser dito quanto à análise da necessidade de se proteger e promover a concorrência nos mercados relevantes para a contratação pública, assunto esse que permanece subexplorado, especialmente no âmbito do próprio Direito Administrativo, que é o responsável pelo estudo das normas de contratação pública.

O funcionamento do processo licitatório pressupõe que haja disputa entre os potenciais fornecedores. Por conseguinte, é fundamental que a própria Administração também não gere desnecessárias distorções concorrenciais, seja em sentido estrito – no próprio certame em si –, seja na dinâmica do mercado como um todo⁶⁷.

Nesse contexto, o Direito Administrativo pode desempenhar relevante papel para aprimorar a regulação licitatória se, permeado por preocupações que hoje são

⁶⁶ Sobre o tema, v. TREPTE, Peter. Op. cit., p. 12.

⁶⁷ No mesmo sentido, v. SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. More competition-oriented public procurement to foster social welfare. In: THAI, K. V. (Ed.) *Towards new horizons in public procurement*, p. 3. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1576698. Acesso em: 18 out. 2015.

típicas apenas do Direito da Concorrência, ocupar-se de refletir sobre o melhor desenho para normas e práticas nesse campo⁶⁸.

Versando sobre a relação do Direito Administrativo com a regulação dos mercados na atual era da globalização, MARCO D'ALBERTI coloca que, atualmente, princípios e regras do Direito da Concorrência passam também a ser relevantes no exercício do poder público, e não apenas para a supervisão dos agentes privados⁶⁹. Embora o foco do autor pareça ser a regulação de atividades econômicas *lato sensu*, inclusive serviços públicos, observa-se a mesma ótica também quanto à regulação da contratação pública, que precisa ser aprimorada com base em princípios que anteriormente restavam confinados no âmbito do Direito Antitruste.

Na União Europeia tal preocupação se faz muito presente pela busca de inserção de maior competitividade no regramento licitatório como forma de se eliminar uma espécie de barreira não-tarifária ao comércio dentro na comunidade, constituída pela concessão de preferência às empresas nacionais⁷⁰. A abordagem regulatória que se almeja, assim, é a de se aumentar o acesso das empresas aos mercados de contratação pública ao redor do bloco.

Note-se que o ponto que se coloca não é a de restrições à competição por práticas concertadas adotadas pelos agentes privados que deveriam disputar entre si, mas sim pelo próprio Poder Público, que cerceia competição em prejuízo da maior integração do bloco. Nesse sentido, o jurista português reforça JOÃO CAUPERS que se constatou na União Europeia que principal ameaça à concorrência advinha menos da atuação de empresas privadas suficiente poderosas para distorcerem a concorrência e mais dos próprios Estados, capazes de excluir o acesso a empresas de diferentes Estados membros⁷¹.

Há pelo menos duas formas típicas de condutas anticompetitivas praticadas pelo Poder Público⁷²: a criação indevida de restrições à participação no certame licitatório, que acabam por se constituir em verdadeiras barreiras à entrada no mercado, e o abuso do poder de compra.

Em relação à primeira questão, documento produzido pelas Nações Unidas reforça a importância de expandir o círculo de potenciais ofertantes, eliminando eventuais desnecessários requisitos de habilitação, fomentando a participação à distância, em escala nacional, liberalizando ao menos para alguns segmentos a competição inclusive para fornecedores estrangeiros e facilitando a participação de micro e pequenas empresas⁷³.

A intenção de aumentar a competição por meio da maximização do número de participantes também figura expressamente em recomendação da OCDE

⁶⁸ Loc. cit.

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

⁷⁰ BOVIS, Christopher H. Op. cit. p. 1.

⁷¹ CAUPERS, João. Contratação Pública e Concorrência. In: TRABUCO, Cláudia; EIRÓ, Vera (Org.) *Contratação Pública e Concorrência*. Coimbra: Almedina, 2013, Edição para Kindle, posição 47-52.

⁷² Para outros exemplos de limitações à competição advindas do regramento licitatório ver ANDERSON, Robert D. et al. Op. cit., pp. 712-714.

⁷³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Op. cit. pp. 8-10.

aprovada no ano de 2012 e publicada em documento denominado “*Recommendation of the OECD Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement*”⁷⁴.

No Brasil, ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO salienta que o princípio da competitividade deveria vedar qualquer favorecimento ou tratamento discriminatório nas licitações, sendo verdadeira expressão do próprio princípio da proporcionalidade. Assim, exemplificando o argumento em relação aos requisitos para habilitação, expõe o autor que exigências “além daquelas obrigatórias em todas as licitações ou o maior detalhamento técnico dos objetos a serem adquiridos, só podem ser admitidos quando, entre os meios adequados para se obter um bom contrato, forem os meios menos restritivos da competitividade”⁷⁵.

Também SÁNCHEZ GRAELLS sustenta que o desenho das licitações deve garantir amplo acesso a todos os potenciais interessados, sendo certo que, para tanto, as regras de habilitação devem ser as menos restritivas possíveis. Outrossim, devem-se minimizar os custos de participação, o que pode atrair empresas de menor porte, além de se facilitar o acesso às informações relevantes para as concorrentes interessadas no contrato⁷⁶.

Em semelhante sentido, EGON BOCKMANN MOREIRA e FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES defendem que a Administração deve ter a cautela de não cercear indevidamente o acesso ao mercado por parte dos potenciais competidores, cabendo fomentar a maior participação possível.

O princípio da livre concorrência implica a garantia de que os interessados aptos a participar da licitação tenham acesso equânime e irrestrito às informações públicas do respectivo certame e também impede a instalação de condutas que agridam a isonomia entre os participantes. Há o dever de conjugar a promoção passiva da concorrência (liberdade de informação, liberdade de acesso etc) com condutas ativas pró-concorrenciais (incentivos à participação do maior número de interessados, inibição à formação de cartéis etc). O princípio exige que os requisitos impostos pelo edital sejam os que celebrem a maior participação possível – tanto em termos de número de interessados como no que respeita à interação com as autoridades administrativas. (esclarecimentos, impugnações, informações etc)⁷⁷.

No que concerne ao possível abuso do poder de compra, CHRISTOPHER BOVIS ressalta que a estrutura dos mercados públicos é distinta da dos privados, sendo certo que, por vezes, o agente econômico dominante do mercado aparentemente é a Administração, que se situa no lado da demanda da relação comercial, enquanto que

⁷⁴ OCDE. *Recommendation of the OECD Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement*. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/RecommendationOnFightingBidRigging2012.pdf>. Acesso em: 19 out. 2015.

⁷⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit. p. 293.

⁷⁶ SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. Op. cit. pp. 16-17.

⁷⁷ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Op. cit. p. 94.

os operadores privados, pelo lado da oferta, lutam para conseguir acesso ao mercado⁷⁸. Assim, nesses casos, as distorções concorrenciais são por vezes cometidas pelo demandante.

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

Com efeito, importa ter presente que os mercados públicos – entendidos aqui como mercados de procura e oferta de bens e serviços dominados por compradores públicos – apresentam muitas vezes o comprador público em posição de monopólio (“posição dominante do comprador”, “buyer power”, “poder de compra”) e, por conseguinte, em situação de abusar ou explorar as empresas (lado da oferta). A situação apresenta-se, assim, invertida em relação ao que se passa nos mercados privados, nos quais os episódios de abuso têm a sua origem precisamente no lado da oferta (práticas colusivas entre as empresas, abusos de posição dominante da venda), surgindo como suscetível de exploração o lado da procura (consumidores)⁷⁹.

As questões acima expostas, atinentes a possíveis distorções competitivas provocadas pelo comportamento da própria Administração no certame, seja em razão da indevida imposição de barreiras à entrada no mercado, seja por conta do abuso de poder de compra, precisam ser corrigidas, como aqui defendido, pela maior integração da lógica concorrenciais no Direito Licitatório⁸⁰, servindo, assim, o Direito Administrativo como ferramenta para conduzir o Estado a uma atuação compatível com o escopo de, sempre que possível, incrementar a concorrência.

5.3 Restrições à concorrência em razão de condutas perpetradas pelos particulares

As clássicas condutas dos agentes econômicos privados tendentes à dominação do mercado, abordadas pela literatura do antitruste⁸¹, também podem ser adotadas com o escopo de obtenção de maiores lucros em certames licitatórios. Por exemplo, seria possível vislumbrar, teoricamente, a adoção de preço predatório⁸² 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

⁷⁸ BOVIS, Christopher H. Op. cit. p. 21.

⁷⁹ GONÇALVES, Pedro Costa. Op. cit. p. 413.

⁸⁰ Ibid. pp. 416-417.

⁸¹ As principais condutas em espécie são examinadas em SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrenciais. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 458-610. Ver também FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pp. 285-396.

⁸² O art. 36, § 3º, XV, da Lei nº 12.529/2011 aponta que constitui infração da ordem econômica “vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo”.

prática de *sham litigation*⁸³ por um ofertante com o escopo de prejudicar adversários, pretendendo-se obter, para se cogitar de uma possibilidade diretamente relacionada com licitações, a inabilitação dos concorrentes no certame.

Contudo, a despeito de haver ilimitadas possibilidades de orquestrações privadas para o prejuízo ilegal à concorrência, não há dúvidas de que o método mais usual de cerceamento da competição por conduta dos particulares em uma licitação é o conluio, na forma de um cartel⁸⁴.

De acordo com as Nações Unidas, impedir colusão em certames é uma das prioridades das autoridades concorrenciais ao redor do mundo⁸⁵. A atenção se justifica. Informa a OCDE que a colusão em leilões não se trata de tema restrito a alguns poucos países, ocorrendo em todos os tipos de indústria e em todas as partes do mundo. Como exemplo, nos Estados Unidos o Departamento de Justiça já identificou arranjo para aumentar o preço do leite vendido a escolas públicas que atingia dezoito estados daquela de federação. Já na Holanda, descobriu-se evidência de cartel envolvendo seiscentas empresas de construção de obras públicas⁸⁶. Assim, segundo a doutrina, tal ilícito concorrencial possivelmente é a maior ameaça para a integridade das licitações⁸⁷.

Ocorre que combatê-lo eficazmente não é tarefa fácil. Afinal, por suas peculiaridades, a contratação pública concede ambiente fértil para a proliferação dos conluios entre os potenciais ofertantes⁸⁸.

Com efeito, notam EGON BOCKMANN MOREIRA e FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES que a participação de empresas de um mesmo setor econômico ou geográfico em certames semelhantes leva, ao longo do tempo, a uma tendência de aproximação das empresas concorrentes, capaz de conduzir por vezes à acomodação, tácita ou expressa, para arrefecer a rivalidade e repartir o mercado⁸⁹.

Para o Direito Administrativo, importa estudar não a conduta dos particulares em si, mas sim em que medida decisões ou comportamentos do Estado no desenho das licitações podem facilitar ou até gerar incentivos para a cartelização.

⁸³ A antiga Secretaria de Direito Econômico – SDE definiu *sham litigation* como “o uso indevido de procedimentos e regulamentações públicas, incluindo procedimentos administrativos e judiciais, com o intuito de prejudicar concorrentes, constituindo-se, assim, possível abuso de poder econômico apto a ser punido nos termos da Lei n. 8.888/94.” SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO. *Relatório de Gestão*, p. 101. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/Acesso/auditorias/arquivos_auditoria/secretaria-de-direito-economico-sde/relatorio-de-gestao-de-2008.pdf>. Acesso em: 07 maio 2016.

⁸⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Op. cit. p. 12.

⁸⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Op. cit. p. 12.

⁸⁶ OCDE. *Detecting Bid Rigging in Public Procurement*, p. 3. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/cartels/42594486.pdf> Acesso em: 19 out. 2015.

⁸⁷ Nesse sentido v. SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. *Competition Law and Public Procurement*. Draft submitted to the Intersections of Antitrust Workshop, Joint Newcastle University/LSE Event, p. 2. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2643763. Acesso em: 20 set. 2015; MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Op. cit. p. 95.

⁸⁸ Sobre o tema, ver também LIRA, Bruno; NÓBREGA, Marcos. O Estatuto do RDC é contrário aos cartéis em licitação? Uma breve análise baseada na teoria dos leilões. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, out./dez. 2011, pp. 4-6. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDIexibepdf.aspx?tipoConteudo=Normal&vw=S&pdicntd=76299&idPublicacao=6>. Acesso em: 20 set. 2015.

⁸⁹ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Op. Cit., p. 95.

Em documento, a ONU alertou que o cuidadoso desenho das licitações, considerando as características do mercado e a possibilidade de colusões, em muito pode prevenir a ocorrência do referido ilícito⁹⁰. A ideia subjacente seria a de bem utilizar o Direito para induzir os agentes privados a adotarem um comportamento competitivo. Como caminho para alcançar tal objetivo, a ONU sugere a conveniência da troca de experiências internacionais sobre as lições aprendidas a partir das iniciativas adotadas para tentar deter a colusão⁹¹.

Buscando auxiliar na discussão, a OCDE fez publicar no ano de 2009 um documento intitulado “Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas”⁹², apresentando uma lista de questões a considerar na elaboração do processo de licitação com o escopo de reduzir o risco de colusão e outra com questões a se ter em mente para detectar o conluio entre os participantes.

É de se notar, pelo estudo do documento acima, que o papel de evitar comportamentos anticompetitivos não pode se restringir ao Direito da Concorrência. O relevante potencial do Direito Administrativo como ferramenta para o combate aos cartéis não deve ser ignorado. Afinal, os ilícitos concorrenciais não ocorrem em um plano teórico abstrato, mas sim nos espaços que o Direito concretamente concede.

Ainda conforme análise da ONU, há três elementos essenciais a considerar na formação de uma colusão: em primeiro lugar, as empresas precisam conhecer seus potenciais concorrentes. Além disso, necessitam se comunicar. Por fim, devem chegar a um acordo entre si. Destarte, qualquer iniciativa do Direito que afete a habilidade das empresas em alcançar tais elementos dificultará a formação do cartel⁹³.

A questão, já debatida no presente trabalho, acerca do tipo de informações que devem ser disponibilizadas no certame licitatório relaciona-se tanto à habilidade de os potenciais fornecedores se conhecerem, como à capacidade de chegarem a um acordo e de o manterem ao longo do tempo.

Em semelhante caminho, o cerceamento à concorrência provocado pelo próprio Estado ao eventualmente criar obstáculos indevidos à participação de concorrentes também potencializa a formação de conluios entre os agentes privados, uma vez que, com menor número de potenciais ofertantes, é mais fácil às empresas alcançarem um acordo entre si.

Outro importante ponto, exposto aqui a título meramente exemplificativo, refere-se à admissibilidade de consórcios em licitações, que, na Lei nº 8.666/93, é prevista no art. 33. Naturalmente, o objetivo da norma é permitir a participação de agentes que, isoladamente, não seriam capazes de cumprir as exigências editalícias. Todavia, é possível que, em vez disso, seja produzido um efeito anticompetitivo, caso empresas que poderiam sozinhas disputar o objeto da licitação formem consórcios entre si com o escopo de reduzir a concorrência. Diminuindo-se o número de rivais independentes, facilita-se a celebração de um eventual acordo.

⁹⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Op. cit. p. 18.

⁹¹ Ibid. p. 12.

⁹² OCDE. *Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas*. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/cartels/44162082.pdf>. Acesso em: 19 out. 2015.

⁹³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Op. cit. p. 12.

Assim, para evitar prejuízos à competitividade, as autoridades licitantes devem buscar regulamentar a participação em consórcios apenas para determinados casos específicos, em que os efeitos potencialmente benéficos à competição não sejam superados pela margem de eventual restrição à concorrência⁹⁴.

Há diversos outros aspectos relevantes do Direito da Contratação Pública para a facilitação ou impedimento da formação de conluios, como a escolha entre um leilão dinâmico ou de preço único e fechado, a divisão ou não do contrato em diferentes lotes, a frequência da realização dos leilões e a duração dos contratos, dentre outros temas cujo exame aprofundado foge ao escopo do presente trabalho.

Relevante, por ora, é sublinhar que um Direito Administrativo permeado por preocupações concorrenciais pode e deve cumprir importante papel no enfrentamento da cartelização. Nessa toada, é fundamental que os operadores do direito tenham ciência de que o risco de colusão é passível de ser reduzido pelo desenho de licitações em que se considere a preocupação da luta contra comportamentos anticompetitivos⁹⁵.

Para alcançar esse fim há ao menos duas vertentes a se cogitar: as regras licitatórias podem ter uma atuação cautelar, preventiva, buscando evitar que os agentes privados adotem posturas de cerceamento da competição; e podem trazer punições à infração das normas concorrenciais⁹⁶, como seria o caso da exclusão da proposta com indícios de falseamento da concorrência ou da proibição de participação em certames futuros.

Sob ambas as vertentes, o estudo da experiência internacional pode ser enriquecedora, especialmente em um país como o Brasil em que o cuidado concursal ainda não parece ter contaminado o Direito Administrativo.

6. CONCLUSÕES

O breve estudo aqui realizado conduz a algumas conclusões singelas, porém aparentemente relevantes, em especial considerando-se o impacto das contratações públicas na economia de qualquer país do globo.

Em primeiro lugar, o Direito Administrativo pode ser melhor utilizado como ferramenta para incrementar a tutela do princípio da concorrência nas contratações públicas. Não há mais espaço, no direito moderno, que almeja maior integração entre seus diferentes ramos e com outras ciências, para um Direito da Contratação Pública que simplesmente tome a estrutura concursal como um fato ou dado alheio às suas preocupações.

Ocorre que, para cumprir esse papel, o Direito Administrativo precisa ser permeado por preocupações que hoje são típicas apenas do Direito da Concorrência. No entanto, após incorporar tais conceitos, o Direito Administrativo das licitações poderá auxiliar no enfrentamento das três formas típicas de cerceamento de competitividade nas contratações públicas, quais sejam, corrupção, restrições

⁹⁴ Para melhor exame, v. ALBANO, Gian Luigi et al. Op. Cit. pp. 364-367.

⁹⁵ OCDE. *Fighting Cartels in Public Procurement*. OECD Observer. Out. 2008, p. 3. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/cartels/41505296.pdf>. Acesso em: 19 out. 2015.

⁹⁶ GONCALVES, Pedro Costa. Op. cit. p. 424.

provocadas pelo próprio Estado e condutas anticoncorrenciais perpetradas pelos particulares. Isso porque mesmo as condutas anticompetitivas cometidas pelos agentes privados podem ser facilitadas ou dificultadas (quando não impedidas) dependendo da atuação da Administração na condução do processo licitatório.

Considerando que, em razão da globalização, nota-se uma tendência atual de convergência dos objetos de estudo do Direito Administrativo em diferentes partes do globo, a experiência internacional, o exame do direito comparado e as análises e recomendações produzidas por organismos internacionais podem em muito contribuir para progresso do tema em países como o Brasil, em que o cuidado concorrencial ainda não parece ter contaminado o Direito Administrativo, servindo, nesse contexto, como catalisadores para mudanças no ordenamento jurídico doméstico.

REFERÊNCIAS

- ALBANO, Gian Luigi et al. Preventing collusion in procurement. In: DIMITRI, Nicola; PIGA, Gustavo; SPAGNOLO, Giancarlo (Ed.). *Handbook of Procurement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- ANDERSON, Robert D. et al. Ensuring integrity and competition in public procurement markets: a dual challenge for good governance. In: ARROWSMITH, Sue; ANDERSON, Robert D. (Ed.). *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and reform*. Cambridge: Cambridge University Press: 2011.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- _____. Serviços Públicos e Concorrência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fev. 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-1-FEVEREIRO-2005-ALEXANDRE-ARAGAO.pdf>. Acesso em: 15 set. 2015.
- BASILE, Juliano. Lava-jato: Cade diz que cartel das empreiteiras durou 9 anos. *Valor Econômico*, Brasília, 20 mar. 2015. Disponível em: <http://www.valor.com.br/politica/3967688/lava-jato-cade-diz-que-cartel-das-empreiteiras-durou-9-anos>. Acesso em: 16 out. 2015.
- BELL, John S. Comparative Administrative Law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (Org.) *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- BIGNAMI, Francesca. *Comparative Administrative Law*. Public Law and Legal Theory Paper n. 2012-115. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2171307. Acesso em: 12 out. 2015.

- JENNY, Frédéric. Competition and Anti-Corruption Considerations in Public Procurement. In: *Fighting Corruption and Promoting Integrity in Public Procurement*. Paris: OCDE, 2005.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Corrupção e contratação administrativa: a necessidade de reformulação do modelo jurídico brasileiro. *Gazeta do Povo*. Curitiba, 05 jun. 2015. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/columnistas/marcal-justen-filho/corruptao-e-contratacao-administrativa-a-necessidade-de-reformulacao-do-modelo-juridico-brasileiro-0plrukcqg5ficcjqzrcnfcbbu>>. Acesso em: 02 jul. 2016.
- KENNEDY-LOEST, Ciara; THOMAS, Christopher; FARLEY, Martin. EU Public Procurement and Competition Law: The Yin and Yang of the Legal World?. *Competition Law International*, nov. 2011, pp. 77-82.
- KOVACIC, William E. et al. Bidding rings and the design of anti-collusive measures for auctions and procurements. In: DIMITRI, Nicola; PIGA, Gustavo; SPAGNOLO, Giancarlo (Ed.). *Handbook of Procurement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- LIRA, Bruno; NÓBREGA, Marcos. O Estatuto do RDC é contrário aos cartéis em licitação? Uma breve análise baseada na teoria dos leilões. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, out./dez. 2011. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDIexibepdf.aspx?tipoConteudo=Normal&vw=S&pdicntd=76299&idPublicacao=6>. Acesso em: 20 set. 2015.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Direito da concorrência nas compras governamentais – regime restritivo e formalista da lei de licitações traz prejuízos para o Estado. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 05 jun. 2004, p. B2.
- MOTTA, Massimo; SALGADO, Lucia Helena. *Política de Concorrência: teoria e prática e sua aplicação no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.
- MORAIS, Luis D. S; RODRIGUES, Nuno Cunha. Contratação pública e práticas anti-concorrenciais no Direito Internacional Económico e no Direito da União Europeia, em especial acordos entre empresas. In: TRABUCO, Cláudia; EIRÓ, Vera (Org.) *Contratação Pública e Concorrência*. Coimbra: Almedina, 2013.
- MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação Pública – A lei Geral de Licitações - LGL e o Regime Diferenciado de Contratações - RDC*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Transadministrativismo: uma apresentação. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 267, p. 67-83, set./dez. 2014.
- MP-SP denuncia seis executivos por formação de cartel do Metrô. *Revista Consultor Jurídico*, 23 mai. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-23/mp-sp-denuncia-seis-executivos-formacao-cartel-metro>. Acesso em: 16 out. 2015.
- OCDE. *Collusion and Corruption in Public Procurement*. 2010. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/46235884.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2015.
- _____. *Detecting Bid Rigging in Public Procurement*. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/cartels/42594486.pdf> Acesso em: 19 out. 2015.
- _____. *Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas*. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/cartels/44162082.pdf>. Acesso em: 19 out. 2015.
- _____. *Fighting Cartels in Public Procurement*. OECD Observer. Out. 2008. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/cartels/41505296.pdf>. Acesso em: 19 out. 2015.
- _____. *Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes*. 2002. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf>. Acesso em: 20 set. 2015.
- _____. *OECD Principles for Integrity in Public Procurement*. Disponível em: <http://www.oecd.org/gov/ethics/48994520.pdf>. Acesso em: 17 out. 2015.
- _____. *Recommendation of the OECD Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement*. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/RecommendatioOnFightingBidRigging2012.pdf>. Acesso em: 19 out. 2015.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Competition policy and public procurement*. Note by the UNCTAD secretariat. Disponível em: http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpd14_en.pdf Acesso em: 18 out. 2015.
- PEDRA, Douglas Pereira; ESTEVES, Heloisa Borges Bastos. *Comentários Relativos à Cessão de Direitos e Obrigações dos Contratos de Concessão à Luz da Nova Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011)*. Disponível em: <http://anp.gov.br/wwwanp/?dw=65942>. Acesso em: 16 nov. 2016.

PINHEIRO, Armando Castelar; SAADI, Jairo. PINHEIRO, Armando Castelar; SAADI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

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

SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. *Competition Law and Public Procurement*. Draft submitted to the Intersections of Antitrust Workshop, Joint Newcastle University/LSE Event. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2643763. Acesso em: 20 set. 2015.

_____. More competition-oriented public procurement to foster social welfare. In: THAI, K. V. (Ed.) *Towards new horizons in public procurement*. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1576698. Acesso em: 18 out. 2015.

_____. *Public Procurement and the EU Competition Law*. 2nd ed. Oxford: Hart Publishing Ltd., 2015.

SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO. *Relatório de Gestão*, p. 101. Disponível em: https://www.justica.gov.br/Acesso/auditorias/arquivos_auditoria/secretaria-de-direito-economico-sde/relatorio-de-gestao-de-2008.pdf. Acesso em: 07 maio 2016.

SØREIDE, Tina; ROSE-ACKERMAN, Susan. Corruption in State Administration. *Yale Law & Economics Research Paper n. 529*. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2639141. Acesso em: 23 jun. 2016.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

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

_____. *Direito Administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

TREPTE, Peter. *Transparency and accountability as tools for promoting integrity and preventing corruption in procurement: possibilities and limitations*. Paris: OCDE, 2005.