

A Dimensão Concorrencial nas Licitações: problemas, desafios e propostas

Autor(a): Flavio Amaral Garcia

Publicado em: 17 de setembro de 2018

Publicação: Coluna direitodoestado.com.br

Link JurisTube: <https://juristube.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/a-dimensao-concorrencial-nas-licitacoes-problemas-desafios-e-propostas>

Fonte original: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/a-dimensao-concorrencial-na-s-licitacoes-problemas-desafios-e-propostas>

Identificador citável: juristube.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/a-dimensao-concorrencial-nas-licitacoes-problemas-desafios-e-propostas#ep-9659b887

Resumo

O Estado Brasileiro quando promove uma licitação, como regra, não tem como preocupação principal aumentar a concorrência e a competição. Há um certo descompasso entre a forma como se realiza a licitação e a racionalidade econômica de cada estrutura de mercado.

Texto integral

O Estado Brasileiro quando promove uma licitação, como regra, não tem como preocupação principal aumentar a concorrência e a competição. Há um certo descompasso entre a forma como se realiza a licitação e a racionalidade econômica de cada estrutura de mercado. Não raro a Administração Pública parte da confortável premissa de que os mercados são naturalmente competitivos e que a preocupação concorrencial se limita exclusivamente ao Direito Antitruste. Essa é uma das conclusões a que chegou VICTOR AGUIAR DE CARVALHO (CARVALHO, Victor Aguiar de. Cartéis em licitações : concorrência, incentivos e prevenção aos conluíus nas contratações públicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 64/65), em excelente tese sobre a temática dos Cartéis em Licitações. De fato, o Direito Administrativo da Contratação Pública ainda não incorporou no seu cotidiano o estímulo à concorrência como um eixo estruturante na realização de licitações, não estando os agentes públicos, como regra, preparados para lidar com condutas anticoncorrenciais e práticas colusivas. O mercado de empresas aptas e dispostas a celebrar contratos com a Administração Pública é, ainda, bastante restrito, existindo um potencial enorme a ser explorado para atrair mais fornecedores e tornar, via de consequência, mais competitivas as licitações públicas. Pretende-se, neste breve ensaio, cogitar de duas ordens de restrições à competição nas licitações públicas brasileiras: as restrições genéricas e as restrições específicas. As restrições genéricas são aquelas que estão diretamente ligadas ao desenho institucional das licitações públicas e das inadequadas práticas que, infelizmente, ainda dominam as relações público-privadas no país. Essas restrições genéricas afetam profundamente o mercado interno de potenciais fornecedores em contratar com os entes públicos e acabam, reflexamente, aumentando a probabilidade de conluíus e cartéis nas licitações. Pode-se afirmar, com algum grau de certeza, que quanto maior o universo de sociedades empresárias dispostas a contratar com o Poder Público, maiores serão os obstáculos que dificultarão os acordos ilícitos, a divisão de mercados e as nefastas práticas colusivas. Três são as restrições genéricas que afastam sociedades empresárias

da órbita das contratações públicas na atual quadra: (i) a premissa normativa prevalecente no país e incorporada nas leis gerais de licitações que desconsideram a racionalidade econômica de cada segmento econômico; (ii) as excessivas exorbitâncias da relação administrativa contratual que aumentam os custos de transação; (iii) o descompromisso com o adimplemento das obrigações financeiras e a recorrente impontualidade no pagamento. A primeira restrição é o absoluto descasamento entre leis gerais de licitações e determinados segmentos econômicos. Maior exemplo disso é a Lei nº 8.666/93, pensada e estruturada para o segmento da construção civil, mas que vem sendo aplicada ao longo das últimas décadas para os mais diversos ramos da economia brasileira, com a sua racionalidade própria para obras públicas se expandindo e se multiplicando, tornando complexa a vida do operador do Direito, que fica obrigado a construir soluções e fazer remendos interpretativos para enquadrar determinadas situações que, definitivamente, mereceriam tratamento normativo distinto e vinculados a lógica econômica de própria de cada estrutura de mercado. De longa data, MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO (VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. Licitações e controle de eficiência : repensando o princípio do procedimento formal à luz do "placar eletrônico". In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coords.). Direito Administrativo e seus novos paradigmas . Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 540-541) já sustentava que uma boa estruturação normativa seria a edição de uma lei geral de licitações, com a subsequente edição de regulações setoriais que observassem a racionalidade singular de cada segmento de mercado. Afinal, não se pode comparar licitações que tenham objetos tão díspares como obras públicas, tecnologia da informação, material de expediente e tantos outros que diuturnamente são demandados pela Administração Pública. Ao não observar regras próprias de cada segmento de mercado, assume-se o risco de um incalculável número de empresas e potenciais fornecedores dos entes públicos se afastarem das licitações, em razão do justo receio de lhe serem aplicadas normas ou estabelecidas premissas econômicas que em nada se relacionam com a essência da sua atividade empresarial. Uma solução interessante seria cogitar da criação de uma Agência para regular a contratação pública no Brasil. Essa não é propriamente uma inovação. Vários países têm no seu arcabouço institucional estruturas de agência com esta finalidade, como ocorre, por exemplo, com Portugal e Itália, conforme bem anotado por FERNANDO OLIVEIRA SILVA (in A regulação dos Contratos Públicos . Coimbra: Almedina, 2016, p. 111-112). A bem da verdade, atualmente a contratação pública já é regulada no Brasil pelo Tribunal de Contas da União. Com todo o mérito e reconhecimento da contribuição que este órgão vem dando para o sistema de licitações e contratos públicos brasileiro, com uma sólida formação de jurisprudência, fato é que não é essa a sua missão constitucional. Por via transversa, o que vem ocorrendo na prática é o Tribunal de Contas da União dizendo para os entes públicos como devem ser as licitações e regulando a atuação de todas as entidades adjudicantes, com decisões que assumem caráter vinculante. E isso se espraia para Estados e Municípios, ainda que, a despeito do princípio federativo, não se devesse cogitar de uma expansão absoluta da jurisprudência administrativa de um órgão federal para entes integrantes de outra esfera federativa. Na prática, os Tribunais de Contas dos Estados e demais órgãos de controle (auditorias, controladorias e o próprio Ministério Público), tendem a seguir o que diz o Tribunal de Contas da União sobre o tema das licitações e contratos administrativos, com boas probabilidades de chancela pelo Poder Judiciário, em razão, principalmente, da elevada capacidade institucional do TCU e de uma certa deferência ao seu conhecimento no assunto, gerando uma presunção, quase absoluta, de que a posição do referido órgão de controle é sempre a mais adequada e a mais correta. Mas a demanda por regulação específica não se esgota aí. Em alguma medida, esse espaço vem sendo ocupado pelo Ministério do Planejamento, que vem editando várias

regulações setoriais com detalhamentos técnicos e operacionais sobre determinados temas no campo das contratações públicas. São exemplos várias Instruções Normativas editadas pelo órgão como por exemplo: a IN nº 4/2014, que dispõe sobre o processo de contratação de Soluções de Tecnologia da Informação; a IN nº 01/2017, que estabelece critérios sobre conduta e dosimetria na aplicação da penalidade de impedimento de licitar e contratar prevista na lei do pregão e a IN nº 05/2017, que dispõe sobre as regras de contratação de serviços sob o regime de execução indireta, procedimento mais conhecido como terceirização. Tudo isso prova que a contratação pública já é regulada. Resta saber se esse arcabouço institucional é o mais adequado, eficiente e satisfatório. A criação de uma Agência Reguladora – voltada para a regulação dos órgãos e entidades adjudicantes – poderia ser de imensa utilidade para solucionar o descasamento entre as licitações e os distintos segmentos econômicos. Regulações setoriais poderiam ser editadas e as entidades adjudicantes teriam um canal de interlocução, além de uma estrutura técnica e especializada voltada para o aprimoramento das licitações e contratações públicas. A preocupação com a dimensão concorrencial – hoje praticamente ignorada -seria um dos eixos estruturantes de atuação da nova Agência, que atuaria coordenadamente com o CADE e com todo o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Claro que quando se cogita da criação de uma Agência Reguladora, parte-se da premissa de uma estrutura institucional técnica, especializada, autônoma e independente. Infelizmente, as Agências Reguladoras brasileiras sofreram um retrocesso na última década, seja por meio de indicações políticas, indevidos contingenciamentos orçamentários e controles intrusivos do próprio Tribunal de Contas da União. Faria sentido a criação de uma nova Agência voltada para a contratação pública se o país retomassem a normalidade no tema da regulação. A segunda restrição geral à concorrência e ao incremento da competitividade são as excessivas exorbitâncias importadas do Direito Francês e as assimetrias exageradas que aumentam sobremaneira os custos de transação. Esse é um aspecto que já vem sendo destacado pela doutrina e que merece, de fato, maior reflexão e discussão no ordenamento jurídico brasileiro. As cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos (alteração unilateral, rescisão unilateral, aplicação de sanções, entre outras) são, não raro, utilizadas indiscriminadamente e sem nenhuma conformação, conferindo ao ente público poderes excessivamente discricionários. O tema é bastante complexo e comportaria uma investigação em estudo próprio. Por ora, interessa compreender que, da forma como as cláusulas exorbitantes estão atualmente disciplinadas na legislação brasileira, aumentam-se os custos de transação de quem se propõe a fazer negócios com os entes públicos. Mas existe um efeito ainda mais deletério: o afastamento das empresas que, simplesmente, consideram arriscado demais contratar com entes públicos com poderes tão exorbitantes e assimétricos. Mais uma vez, isso gera como consequência concreta a abrupta redução de potenciais fornecedores dos entes públicos, restringindo a dimensão concorrencial das licitações públicas e aumentando, via de consequência, a probabilidade de práticas colusivas. Quanto menos licitantes, maior a chance de concertações e conluios. A terceira restrição geral é o reiterado inadimplemento dos entes públicos com as suas obrigações de pagamentos. Claro que isso não pode ser generalizado como uma conduta de todos os entes públicos brasileiros, mas é inegável que ainda é recorrente esse desprezo pela boa-fé no cumprimento das obrigações financeiras decorrentes da execução de um contrato administrativo. É preciso levar o contrato administrativo a sério, criando mecanismos financeiros e orçamentários com maior grau de vinculação com a execução do objeto do contrato administrativo, limitando a discricionariedade do gestor e atribuindo consequências mais severas para comportamentos irresponsáveis. No contexto de uma grave crise econômica esse problema se agrava e, talvez, merecesse tratamento normativo próprio. Mas o que não se pode mais aceitar é um

Estado que simplesmente não honra as suas obrigações por má-gestão ou irresponsabilidade fiscal. No Brasil o problema é tão grave que, para atrair investidores, criou-se um fundo garantidor das parcerias público-privadas, cujo objetivo primacial é resguardar o parceiro privado de eventuais inadimplementos no cumprimento das suas obrigações financeiras. Isso bem demonstra o grau de desconfiança que reina nas relações público-privadas e a quase certeza de que inadimplementos ocorrerão em relações contratuais duradouras. Além disso, ainda convivemos com algum grau de aceitação e passividade com regras que autorizam que os entes públicos demorem até 90 (noventa) dias para promover o pagamento das obrigações financeiras decorrentes da execução dos contratos administrativos. O artigo 78, XV, da Lei nº 8.666/93 – a despeito de ter sido um avanço em relação a tese da inoponibilidade da exceção do contrato não cumprido aos contratos administrativos – é anacrônico e gera uma estrutura de incentivos alimentadora de condutas e posturas que postergam o cumprimento regular das obrigações e deveres públicos. Essa é mais uma restrição que afasta potenciais fornecedores e empresas sérias interessadas em contratar com os entes público, acarretando a mesma consequência já insistentemente destacada: a restrição da dimensão concorrencial nas licitações públicas brasileiras. Passando para o campo das restrições específicas à competitividade nas licitações, podem-se destacar, também, três omissões estatais bastante prejudiciais ao combate aos cartéis e a prática de corrupção nos procedimentos licitatórios: (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. O combate à corrupção vem ocupando um espaço de absoluta centralidade no cenário nacional e internacional, com a edição de leis anticorrupção que induzem e condicionam a adoção de programas de integridade pelas empresas, além da utilização cada vez mais recorrente de novos instrumentos como os acordos de leniência e as delações premiadas. Mas há aqui um mundo novo a ser descortinar no universo das contratações públicas: a utilização intensiva da tecnologia de informação para identificar práticas colusivas, preços abusivos e mesmo a prática de atos de corrupção. Como regra, as licitações são realizadas no Brasil a partir de uma visão isolada e desconectada do tratamento comparativo dos dados sobre os preços e sobre os agentes econômicos e a sua estrutura organizacional. Não raro, dentro do mesmo ente federativo, não se sabe se o mesmo objeto foi adquirido a preços díspares, não se conhece a fatia de mercado de cada operador econômico e as informações técnicas e econômicas não são analisadas a partir de uma visão sistêmica e integrada. Evidente que existem entes federativos mais avançados neste tema, mas, grosso modo, ainda estamos muito longe do salto qualitativo indispensável a ser dado para um aprimoramento efetivo no combate à corrupção. Para tanto, indispensável utilizar ferramentas que se utilizem do big data e da inteligência artificial, principalmente no que se refere ao combate aos cartéis e à prática de atos de corrupção nas licitações. Aqui vale destacar o avanço mais evidente do Tribunal de Contas da União na utilização de métodos e tecnologias mais avançadas no universo das licitações. No campo específico dos cartéis, o Tribunal de Contas da União tem produzido importantes decisões, em especial no que se refere à quantificação dos danos causados pelos cartéis. Foi o que aconteceu no caso da Operação Lava Jato (Acórdão nº 3.089/15), quando o referido órgão de controle, a partir da investigação dos dados de 135 (cento e trinta e cinco) contratos de empreendimentos da Diretoria de Abastecimento da Petrobrás e utilizando modelos e técnicas econométricas, concluiu que as licitações vencidas por sociedades empresárias que

integravam o grupo que formava o cartel apresentava um percentual a mais de 17% (dezesete por cento), quando comparado com as demais licitações vencidas por empresas não integrantes dos cartéis. Também o exame de editais, com a identificação de cláusulas restritivas, vem contando com a contribuição de um software robô denominado “Alice”, que otimiza e acelera a análise de instrumentos e documentos, permitindo um ganho de escala impensável quando comparado à atividade humana. Claro que a utilização destas tecnologias ou mesmo modelos mais avançados de algoritmos e tratamento de dados devem estar em constante monitoramento e avaliação, sujeitos, como qualquer ferramenta, à análise crítica com vistas ao seu aprimoramento. A segunda omissão específica e que restringe o mercado de potenciais fornecedores dispostos a contratar com o ente público é o baixo grau de preocupação com as principais barreiras à entrada nas licitações públicas. Há uma tendência legislativa e administrativa à padronização e uniformização de editais de licitações que, evidentemente, é positiva. Trata-se de uma racionalização que otimiza a ação pública e consagra o princípio da eficiência. Mas é preciso cautela porque nem tudo é uniformizável. Numa licitação pública, existem questões e aspectos que comportam uma avaliação singularizada e que não deve seguir um único padrão absoluto e inflexível. Muitas vezes - por comodidade ou mesmo desconhecimento - os agentes de licitação reproduzem cláusulas de outros editais sem proceder uma análise casuística à luz da realidade daquela específica estrutura de mercado e das particularidades do objeto. Há uma certa “preguiça” na adequação do padrão às especificidades do caso concreto. Temas como os consórcios (que podem aumentar ou restringir a competição), os documentos que instruem a fase de habilitação (que deve guardar uma proporcionalidade com a complexidade do objeto e não conter exigências restritivas à competição) e a subcontratação (que demanda um exame casuístico e limites bem definidos para evitar indevidos conluíus e acertamentos) são, entre outros assuntos, regulados acriticamente nos editais e apegados a modelos padronizados ou mesmo à soluções de outros objetos que não lhe servem. E quando isso ocorre, criam-se, ainda que involuntariamente, barreiras à entrada nas licitações públicas. Nem toda empresa está disposta a impugnar editais ou mesmo recorrer ao Judiciário para corrigir ilegalidades ou inconsistências administrativas. Adota simplesmente a solução mais pragmática: o afastamento do universo dos contratos administrativos, já tão perturbado por outras questões igualmente aflitivas, como se procurou demonstrar anteriormente. Mais uma vez quem sai ganhando são as empresas acostumadas a contratar com o Poder Público e, principalmente, aquelas organizadas para perpetrar fins ilícitos. Por isso que determinados temas, como os acima nominados, merecem motivação específica em cada processo administrativo de licitação, declinando as razões de fato e de direito do agir administrativo, não a partir de valorações genéricas e abstratas, mas sempre com a preocupação de correlacionar com a realidade específica do objeto e daquela estrutura de mercado. A terceira e última omissão específica que afeta diretamente à concorrência nas licitações públicas é a ausência de integração no combate aos cartéis e a tímida articulação entre o Direito Administrativo das Contratações e o Direito da Concorrência. Os principais casos de sucesso na identificação de cartéis decorreram de uma integração institucional entre órgãos e entidades públicas, com a troca de informações e compartilhamento de provas entre Polícia Federal, Tribunal de Contas da União e CADE. Atuações isoladas e compartimentadas favorecem a prática de conluíus e ilegais acertamentos. É preciso, pois, integrar a ação dos órgãos envolvidos no combate à corrupção e aos cartéis. Um bom exemplo é a Lei nº 13.334/16, que criou o Programa de Parcerias de Investimento. O artigo 6º, inciso III e IV determina que os órgãos, entidades e autoridades da Administração Pública da União com competências relacionadas aos empreendimentos do PPI deverão ser articular com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, bem como com a Secretaria

de Acompanhamento Econômico - SEAE do Ministério da Fazenda, para fins de compliance e defesa da concorrência e, ainda, articulação com os órgãos e autoridades de controle, para aumento da transparência das ações administrativas e para a eficiência no recebimento e consideração das contribuições e recomendações. Espera-se que essa diretriz vire realidade não apenas para o Programa de Parcerias de Investimento, mas reconhecida como articulação indispensável no universo dos contratos administrativos, o que muito contribuiria para aumentar a dimensão concorrencial nas licitações públicas. Um último desafio deve ser enfrentado: a preparação dos agentes públicos para o reconhecimento dos indícios de fraude. Os agentes que atuam no processo de contratação pública devem ser treinados para perceber possíveis conluíus, como o “rodízio de propostas”, “as supressões e coberturas de propostas” e outras práticas colusivas que tenham por objetivo restringir a concorrência. Enfim, o eixo central de qualquer licitação é a competição. A impressão que fica é que hoje isso virou um detalhe. Estamos mais preocupados em cumprir as formalidades do que atingir os reais objetivos da licitação. Como muito bem destacado por VICTOR AGUIAR DE CARVALHO, na sua excelente tese sobre esse tema, a verdade é que a preocupação concorrencial ainda não se arraigou no Direito Administrativo da Contratação Pública como uma premissa necessária e aderente à sua própria estrutura

Como citar este documento

As citações abaixo seguem os padrões ABNT NBR 6023:2018, APA 7ª edição, Chicago Author-Date (17ª ed.) e BibTeX (LaTeX). Copie o formato exigido pelo periódico ou gerenciador bibliográfico (Zotero, Mendeley, EndNote).

ABNT (NBR 6023:2018)

GARCIA, Flavio Amaral. A Dimensão Concorrencial nas Licitações: problemas, desafios e propostas. Direito do Estado — Colunistas, 17 set. 2018. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/a-dimensao-concorrencial-nas-licitacoes-problemas-desafios-e-propostas>. Acesso via: JurisTube — Acervo Digital de Direito. Disponível em: <https://juristube.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/a-dimensao-concorrencial-nas-licitacoes-problemas-desafios-e-propostas>. Acesso em: 11 ago. 2026.

APA 7ª edição

Garcia, F. A. (2018, September 17). A Dimensão Concorrencial nas Licitações: problemas, desafios e propostas. *Direito do Estado — Colunistas*. <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/a-dimensao-concorrencial-nas-licitacoes-problemas-desafios-e-propostas>

Chicago Author-Date (17ª ed.)

GARCIA, Flavio Amaral. 2018. "A Dimensão Concorrencial nas Licitações: problemas, desafios e propostas." *Direito do Estado — Colunistas*, September 17. <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/a-dimensao-concorrencial-nas-licitacoes-problemas-desafios-e-propostas>

BibTeX

```
@article{flavio-amaral-garcia-a-dimens-o-concorrencial-nas-licita-es-p-2018,
author = {Garcia, Flavio Amaral},
title = {A Dimensão Concorrencial nas Licitações: problemas, desafios e propostas},
journal = {Direito do Estado — Colunistas},
year = {2018},
url = {http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/a-dimensao-concorrencial-nas-licitacoes-problemas-desafios-e-propostas},
urldate = {2018-09-17}
}
```



Licença de Uso — CC BY-NC-SA 4.0

Este conteúdo está licenciado sob a licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0). O uso para fins acadêmicos e educacionais é permitido, desde que citada a fonte original (JurisTube) conforme as normas técnicas indicadas neste documento.

Termos completos:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.pt-br>

JurisTube — Acervo Digital de Direito

<https://juristube.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/a-dimensao-concorrencial-nas-licitacoes-problemas-desafios-e-propostas>

PDF gerado em 2026-08-11 02:20 UTC