

9

DESAFIOS CONCORRENCIAIS DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES: A MODALIDADE DE DIÁLOGO COMPETITIVO

Competitive challenges of the new bidding law: the competitive dialogue procedure

Eduarda Militz Santos²

Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) - Santa Catarina/SC, Brasil

RESUMO ESTRUTURADO

Contexto (facultativo): O presente trabalho localiza-se no contexto de transição entre o antigo e o novo regime geral de licitações e contratos administrativos, promulgada em 1º de abril de 2021, a Lei nº 14.133/2021.

Objetivo: O trabalho pretende identificar possíveis desafios concorrenciais decorrentes da modalidade de diálogo competitivo trazida pela Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos e evidenciar pontos de atenção para o controle de condutas anticompetitivas.

Método: Método dedutivo.

Conclusões: O Diálogo Competitivo está sujeito a práticas já conhecidas de cartéis em licitações, como a retirada ou cobertura de propostas e as promessas de subcontratação. Para além da possibilidade de cartelização, o desenho jurídico da modalidade também aponta para o risco de troca de informações sensíveis entre os licitantes e para o risco de direcionamento da contratação.

Palavras-chave: diálogo competitivo; licitação; concorrência; cartel; administração pública.

STRUCTURED ABSTRACT

Context (optional): This work is located in the context of transition between the old and the new general regime of public procurement and administrative contracts.

Objective: This work intends to identify possible competitive challenges arising from the modality of competitive dialogue brought about by the New Law on Administrative Public Procurement and Contracts and to highlight points of attention for the control of anticompetitive conduct.

Editor responsável: Prof. Dr. Luis Henrique Bertolino Braido, Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6085-1446>.

Recebido em: 20/10/2022

Aceito em: 02/12/2022

Publicado em: 14/12/2022

2 Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Intercambista na 41ª edição do programa de intercâmbio do Cade (PinCade). Estagiária no escritório Schiefler Advocacia. **E-mail:** eduardamilitz@gmail.com; **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/2596246716429674>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-1312-382>.

Method: Deductive method

Conclusions: Competitive Dialogue is subject to well-known practices of bid rigging, such as the withdrawal or coverage of bids and promises of subcontracting. In addition to the possibility of cartelization, the legal design of the modality also points to the risk of exchanging sensitive information between bidders and to the risk of directing the contract.

Keywords: competitive dialogue; bidding; competition; cartel; public administration.

Sumário: 1. Introdução; 2. Diálogo competitivo na nova lei de licitações; 3. Condutas colusivas em licitações públicas. Características e peculiaridades; 3.1. Características facilitadoras de cartéis em licitações; 4. Condutas colusivas no âmbito do Diálogo Competitivo; 4.1. Cartelização de licitantes; 4.2. Troca de informações sensíveis entre competidores; 5. Conclusão; 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 institui como regra a realização de licitações para a contratação de bens e serviços pela Administração Pública (art. 37, XXI). As licitações são, em suma, concursos realizados pelo Estado com vistas a selecionar a melhor proposta para suprir determinada necessidade administrativa, com base no preço e/ou na técnica do ofertante (MELLO, 2015). Em outras palavras, os particulares competem entre si pela oportunidade de fornecer serviços ou produtos ao Estado brasileiro.

Nesse sentido, o ano de 2021 representa um importante marco temporal para as contratações públicas brasileiras, materializado na promulgação de um novo instrumento legislativo para disciplinar as compras públicas: a Lei nº 14.133/2021. A Nova Lei de Licitações foi sancionada em 1 de abril de 2021, tornando-se o novo diploma geral sobre licitações e contratos administrativos (BRASIL, 2021). Conforme justificção constante no Relatório Final apresentado pela Comissão Especial Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/1993) – CTLICON ao Senado Federal (BRASIL, 2013), a Lei apresenta-se como uma compilação dos diplomas legais anteriormente existentes sobre o assunto, acrescida de algumas inovações.

Uma destas inovações é a modalidade de licitação intitulada “Diálogo Competitivo”. Com forte inspiração no *Competitive Dialogue* existente na União Europeia (Diretiva 2004/18/CE e Diretiva 2014/24/UE) (EUROPA, 2004; 2014), esta nova modalidade permite maior interação entre os licitantes e a Administração Pública durante o curso do processo licitatório.

Em que pese a modalidade configure um importante avanço nas compras públicas brasileiras, em especial para contratações complexas e inovadoras, a flexibilidade do procedimento levanta preocupações, especialmente em países com forte histórico de corrupção.

Da perspectiva essencialmente concorrencial, a análise sobre as compras públicas brasileiras realizada pela OCDE (OCDE, 2021a) apontou que, no ano de 2020, o Brasil investiu cerca de R\$ 35,5 bilhões em contratações de bens, serviços e obras. Os altos fluxos financeiros aplicados à contratação de particulares tornam as compras públicas expostas a riscos de conluio entre fornecedores, majoração arbitrária de preços e fraudes em licitações. Além disso, por se tratar de crime contra a Administração Pública, os danos decorrentes de fraudes em licitações são sentidos por toda a



coletividade e afetam diretamente os cofres públicos.

Nesse sentido, o presente artigo dedica-se a avaliar os desafios trazidos pelo Diálogo Competitivo sob a ótica concorrencial, com enfoque em condutas colusivas entre licitantes.

Para cumprir com o objetivo proposto, o artigo se subdivide em 4 partes. Feita esta introdução inicial, o primeiro tópico (item 1) dedica-se a analisar a estrutura jurídica do diálogo competitivo na legislação brasileira, com foco em suas características e regramentos. Após a compreensão sobre o procedimento estudado, passa-se à compreensão das características e peculiaridades das condutas colusivas no âmbito das contratações públicas (item 2). Na sequência, serão analisadas as características facilitadoras da formação de cartéis em licitações (item 2.1), especialmente com base na experiência nacional e internacional de autoridades concorrenciais. Após, será feita a identificação das possibilidades de incentivo à formação de cartéis no âmbito do Diálogo Competitivo (item 3). Ao final, o trabalho se encerra com as considerações finais a respeito da análise realizada (Conclusão).

Espera-se que o presente trabalho possa lançar luz às possíveis adversidades enfrentadas na aplicação desta nova modalidade licitatória, com vistas a possibilitar o preparo dos órgãos licitantes e o melhor proveito dos diálogos competitivos com os particulares, assim como prevenir os órgãos de controle dos pontos de atenção eventualmente identificados.

2. DIÁLOGO COMPETITIVO NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021) trouxe a unificação dos diplomas normativos a respeito das contratações públicas brasileiras, bem como algumas inovações nas possibilidades de contratação pela Administração. Como já mencionado, a modalidade de Diálogo Competitivo é uma dessas novidades (BRASIL, 2021).

Inédita no Brasil, a modalidade apresenta-se como uma manifestação da democratização do exercício do poder detido pela Administração Pública, permitindo maior participação dos cidadãos na condução das atividades administrativas e facilitando a construção de soluções cooperativas (JUSTEN FILHO, 2021). Conforme definição trazida pela própria Lei nº 14.133/2021, o diálogo competitivo é a “modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos” (art. 6º, inciso XLII).

O Diálogo Competitivo se justifica, entre outros motivos, pela assimetria informacional existente entre o poder público e o mercado privado. Isso porque o mercado possui, naturalmente, maiores informações sobre as soluções existentes e possibilidades de resolução de demandas administrativas, de modo a possibilitar um planejamento preciso da contratação. É por este motivo, por exemplo, que a pesquisa de mercado é uma etapa obrigatória na fase de planejamento das licitações públicas.

Outras modalidades, como o Procedimento de Manifestação de Interesse e a Manifestação de Interesse Privado já previam o diálogo do ente contratante com entes privados³. Contudo, nestas modalidades, o contato com entes privados se dava na chamada “fase interna” da contratação, antes

³ Sobre as diferenças entre o Procedimento de Manifestação de Interesse, a Manifestação de Interesse Privado e o diálogo competitivo, ver: Aragão (2021).

de qualquer seleção de licitante. O mesmo não ocorre no Diálogo Competitivo.

A nova modalidade é destinada às hipóteses em que a Administração Pública, quando colocada perante um problema a ser resolvido, não sabe qual a solução adequada para resolvê-lo. Para que o diálogo competitivo seja aplicado, o objeto a ser contratado deve envolver (i) inovação tecnológica ou técnica, (ii) impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado e (iii) impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração (art. 32, inciso I da Lei nº 14.133/2021). A modalidade também pode ser aplicada quando houver necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam satisfazer as necessidades administrativas, especialmente quanto a solução técnica mais adequada, os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida e/ou a estrutura jurídica ou financeira do contrato (art. 32, inciso I da Lei nº 14.133/2021).

Dito de outro modo, o diálogo competitivo apresenta-se como um misto de fase interna e externa da licitação (ARAGÃO, 2021), ao integrar as etapas de desenvolvimento e de contratação do objeto licitado. A modalidade divide-se em três etapas: a fase de pré-qualificação, a fase de diálogo e a fase de competição (ARAGÃO, 2021). A primeira e a última fase (qualificação e competição) seguem critérios rígidos estabelecidos pelo artigo 32 da Nova Lei de Licitações e tradicionalmente aplicados nas modalidades de licitação já consagradas (OLIVEIRA, 2021). A verdadeira novidade encontra-se na fase de diálogo, ponto de maior destaque para o presente artigo.

A fase de diálogo tem início após encerrada a pré-seleção dos licitantes, realizada na etapa de qualificação inicial. Aqui se observa uma das importantes características dessa modalidade licitatória, visto que “a fase negocial do diálogo competitivo se desenvolve já durante o curso do próprio procedimento licitatório” (ARAGÃO, 2021, p. 58).

As negociações realizadas entre Estado e licitantes são sigilosas, embora registradas em áudio e vídeo para controle posterior (art. 32, §1º, inciso VI). Além disso, a Administração não pode revelar a outros competidores as soluções propostas ou as informações sigilosas comunicadas por um licitante sem o seu consentimento (artigo 32, §1º, inciso IV). Outras definições poderão ser feitas pelo próprio edital licitatório, como a possibilidade de licitar em consórcio (art. 15) e os limites para subcontratação (art. 122).

Outra diferença significativa da modalidade é a existência de dois editais para a licitação: um edital de convocação para a fase de diálogo, e outro edital para a abertura da fase competitiva.

Nesta modalidade, lança-se um Edital inicial contendo as necessidades e exigências definidas pela Administração Pública, com prazo mínimo de 25 dias úteis para manifestação de interesse na participação da licitação. Os interessados passarão, então, pela etapa de pré-habilitação, destinada à avaliação prévia e parcial das condições de participação. Os candidatos pré-habilitados darão início, enfim, à etapa de diálogo e planejamento com a Administração Pública.

A fase de diálogo será mantida até que seja encontrado um projeto capaz de atender ao objeto licitado. Quando o projeto for definido, a partir das soluções propostas pelos licitantes, a Administração deverá declarar concluída da fase de diálogo e instruir o processo administrativo com todas as informações produzidas na etapa, bem como com as gravações dos diálogos realizados.

É importante destacar que a Lei não estabelece prazo limite para a realização da fase de diálogo. A etapa de diálogo “poderá ser mantida até que a Administração, em decisão fundamentada,



identifique a solução ou as soluções que atendam às suas necessidades” (art. 32, §1º, V da Lei nº 14.133/2022).

Por fim, será elaborado novo Edital, com a especificação da solução que atenda às suas necessidades e os critérios objetivos a serem utilizados para seleção da proposta mais vantajosa. A partir deste segundo Edital, os licitantes que participaram da etapa de diálogo terão, então, novo prazo, de no mínimo 60 dias úteis, para elaborar e apresentar suas propostas comerciais com vistas à celebração do contrato administrativo.

Feitas estas considerações iniciais sobre a modalidade, passa-se agora a abordar os desafios concorrenciais trazidos pelo diálogo competitivo, notadamente no que tange à coordenação entre os licitantes.

3. CONDUITAS COLUSIVAS EM LICITAÇÕES PÚBLICAS. CARACTERÍSTICAS E PECULIARIDADES

Os cartéis são caracterizados como acordos entre competidores com o objetivo de reduzir a concorrência no mercado, em especial por meio da combinação de preços, clientes e/ou produtos, mas preservando a autonomia administrativa e financeira das empresas (FORGIONI, 2015). A vedação à conduta colusiva no âmbito de contratações públicas encontra previsão específica no artigo 36, §3º, inciso I, alínea ‘d’ da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011).

A concorrência em contratações administrativas, por sua vez, possui peculiaridades e características próprias. Isso porque o próprio sistema de compras públicas opera de modo peculiar e diferente do livre mercado. É por este motivo que se diz que, nas licitações, a competição acontece pelo mercado, e não *no* mercado.

Em razão destas peculiaridades, as formas de estruturação e atuação de cartéis em contratações públicas também possuem características próprias. Exemplo desta singularidade é retratada por Santos e Souza

A dinâmica do cartel em licitações tem uma peculiaridade em relação ao cartel clássico, que é a impossibilidade de total controle dos lances ofertados por cada licitante no certame. Isso significa que a coordenação entre os agentes leva à prévia escolha do vencedor, mas não tem poder sobre a oferta dos lances que os participantes do cartel darão. Em virtude dessa possibilidade de burla do acordo previamente estabelecido, os mecanismos de alinhamento entre os participantes do cartel são fixados anteriormente ao certame e são aqueles que apontam incontestavelmente a existência do cartel. Por isso, o elemento mais importante de um cartel em licitações nem sempre é o controle dos preços, mas sim, evitar que outras empresas participem da licitação de forma competitiva e/ou não cartelizada [...] (SANTOS; SOUZA, 2016, p. 90)

Os efeitos das condutas colusivas no âmbito das contratações públicas também são sofridos de modo distinto dos ilícitos concorrenciais tradicionais. No caso dos cartéis em licitações, o dano decorrente do ilícito concorrencial atinge a própria Administração Pública, e não os consumidores

individualmente, de modo que os prejuízos são absorvidos pela sociedade de maneira coletiva. Nesse sentido, Braga destaca que:

Nos cartéis em licitações, a facilitação tem por escopo extrair a maior renda possível da Administração Pública sem a interferência de concorrente distribuindo à sociedade a perda de bem-estar decorrente do cartel. Nesse contexto, os danos sociais oriundos dos cartéis em licitações são maiores que os dos cartéis clássicos, pois quem paga os lucros exorbitantes dos cartelistas são os cidadãos contribuintes (BRAGA, 2015, p. 155).

Em termos práticos, segundo a OCDE, os cartéis geram um sobrepreço estimado de 10% a 20% do preço aplicado em mercados competitivos (OCDE, 2002). Contudo, especificamente no cenário brasileiro, conforme parecer realizado pelo Departamento de Estudos Econômicos do Cade no âmbito do processo nº 08012.009611/2008-51, chegou-se a apurar um sobrepreço de 25% do produto analisado (portas de segurança giratórias) em licitação pública nacional. Dito isso, e considerando que no ano de 2020 o Brasil despendeu R\$54,85 bilhões de reais em contratações públicas federais (BRASIL, 2020), fica evidente a magnitude do impacto financeiro causado por condutas anticompetitivas adotadas por licitantes. Com estes dados, não é difícil perceber por que conluíus em licitações públicas são considerados a maior ameaça à receita administrativa relacionada a compras públicas (MARSHALL; MARX, 2012).

Os cartéis, tradicionalmente, dedicam-se a “coordenar as decisões estratégicas no tocante a variáveis relevantes do ponto de vista concorrencial” (POSSAS, 2002, p. 119). Em especial, destacam-se os elementos de preço, quantidade e qualidade. O mesmo se verifica em conluíus licitatórios. Contudo, as estratégias para atuação de conduta coordenada em contratações públicas são próprias deste tipo de cartelização.

Uma prática comum e marcante dos cartéis em licitação são os chamados “knockouts”, que consistem em leilões internos e privados, realizados pelos membros do cartel antes da licitação. Nestas reuniões, os licitantes decidem quem será o ganhador da contratação pública e quanto deverá ser repassado aos outros integrantes (MCAFFEE; MCMILLAN, 1992, p. 179; 187). Feita esta seleção, resta aos concertantes garantir que o integrante selecionado sairá, de fato, vitorioso no certame licitatório.

A OCDE, em estudo especializado sobre o tema, elencou 4 principais formas de colusão em contratações públicas, consideradas as estratégias mais comuns adotadas pelos concertantes (OCDE, 2012). O que todas estas estratégias têm em comum é o objetivo de simular uma competição entre os licitantes, com vistas a disfarçar a conduta ilícita do cartel. Em verdade, os esforços para disfarçar a conduta ilícita exigem grande empenho dos participantes, levando à conseqüente necessidade de incremento das técnicas de persecução pelas autoridades concorrenciais (ARAUJO; CHEDE, 2012, p. 226).

A chamada “Proposta de Cobertura” é considerada a forma mais comum de coordenação de conluíus entre licitantes (OCDE, 2012; BRASIL, 2019, p. 33). Esta estratégia consiste na apresentação de propostas falsas por parte dos licitantes cartelizados, com vistas a conferir aparência de competição entre os concorrentes e, ao mesmo tempo, garantir a vitória do concertante selecionado pelo cartel. Estas propostas costumam se enquadrar em 3 hipóteses: (i) a proposta é sabidamente mais elevada do que a proposta do candidato escolhido para vencer o certame; (ii) a proposta contém condições que são inaceitáveis para o comprador ou (iii) a proposta contém valor inaceitável (sobrepreço ou



valor inexecuível) (BRASIL, 2019). A prática era implementada, por exemplo, pelo chamado “Cartel dos Radares”, punido pelo CADE no âmbito do processo nº 8012.008184/2011-90.

De modo contrário, a “Supressão de Proposta” ou “Retirada de proposta” é o ato de os integrantes do cartel absterem-se de participar o certame, ou então de retirarem as propostas já apresentadas, de modo a permitir a vitória do integrante escolhido. Sem concorrência, o ator escolhido fica livre para ganhar a licitação com excessiva margem de lucro. A título exemplificativo, esta prática foi considerada ilícita pelo Cade no processo nº 08012.003931/2005-55, em conluio licitatório para a aquisição de ambulâncias.

Tem-se também a “Rotação de Propostas” ou “Rodízio”, que consiste na alternância de vencedor entre os integrantes do cartel. Assim, os conspiradores revezam a posição de vencedor do certame, seja para diferentes lotes de uma mesma licitação, seja para diferentes licitações (BRASIL, 2019, p. 40). Esta estratégia foi implementada pelo Cartel de Vigilância, no Rio Grande do Sul. No caso, os concertantes realizavam reuniões semanais para acordar os resultados dos lances nos pregões. A prática foi punida pelo Cade no âmbito do processo administrativo nº 08012.001826/2003-10.

Por fim, a estratégia de “divisão de mercado” assemelha-se à supressão de propostas, mas com base no critério geográfico ou de clientela. Neste tipo de cartelização, os integrantes do conluio combinam a repartição do mercado, de modo que cada concertante deve contratar apenas com a parte que lhe cabe, deixando as demais para os outros integrantes do cartel. A divisão pode ser feita, por exemplo, “sobre a carteira de clientes (órgãos públicos diversos), o tipo de produto/serviço ou o mercado geográfico (região/município/estado, etc.)” (BRASIL, 2019, p. 42). Esta foi a conduta condenada pelo Cade no Processo Administrativo nº 08700.005615/2016-12, em que os membros do cartel realizavam a divisão de lotes da licitação pública de acordo com a conveniência geográfica.

Algumas características, seja da estrutura de mercado, seja do desenho do procedimento licitatório, podem favorecer a adoção das estratégias elencadas acima pelos concertantes. A teoria econômica dedicou especial atenção às estruturas de mercado que podem favorecer a formação de cartéis, enquanto os órgãos de controle dedicam-se a melhorar os desenhos licitatórios. Vejamos alguns exemplos.

3.1. Características facilitadoras de cartéis em licitações

A teoria econômica de Richard Posner (*apud* FORGIONI, 2015) indica determinadas características de mercado que podem favorecer a formação de conluios entre concorrentes. Entre estas, destacam-se:

- i) **O número de agentes econômicos** – quanto menor o número de players, menores os custos de monitoramento do acordo de conluio e mais fácil a coordenação dos agentes;
- ii) **A homogeneidade de produto** – quanto mais uniformes forem os bens ou serviços comercializados, menor o espaço para inovações e diferenciações dos produtos, o que também reduz as chances de quebra do cartel;
- iii) **A baixa elasticidade da demanda em relação ao preço** – se a quantidade de produtos se mantém relativamente estável quando se elevam os preços, os concertantes têm maior liberdade de impor preços elevados e aumentar o lucro do cartel;
- iv) **A existência de barreiras à entrada para novas empresas/investidores** – a entrada de

novos competidores é uma das maiores ameaças ao sucesso e à duração de um cartel. Barreiras à entrada de novos competidores favorecem a cartelização, por reduzirem as chances de interferência externa na atuação do cartel;

v) **Os mercados em retração** – maiores chances de cartelização se o mercado estiver em crise;

vi) **A estrutura do mercado dos adquirentes de produto** – se houver poucos compradores para os produtos ou serviços ofertados pelo cartel, os custos de monitoramento serão reduzidos, favorecendo a detecção de quebras de acordo e aumentando as chances de duração do conluio.

Tratando especificamente do ecossistema brasileiro, a OCDE realizou, também, uma revisão das compras públicas federais do Brasil. Neste relatório, foram apontadas as seguintes recomendações, com vistas a sanar as fragilidades encontradas no sistema de licitações do Brasil: (i) necessidade de fortalecer e capacitar os agentes de compras públicas; (ii) necessidade de profissionalizar e robustecer as pesquisas de mercado; (iii) maximizar a participação de concorrentes; (iv) fortalecer a advocacia da concorrência e incentivar a detecção e punição de condutas ilícitas em contratações públicas (OCDE, 2021b)

Este relatório foi realizado ainda durante a vigência da Lei nº 8.666/1993 – antigo diploma geral sobre contratações públicas (BRASIL, 1993). Desta forma, o relatório abrange apenas superficialmente a Lei nº 14.133/2021, e não chega a fazer considerações sobre a modalidade do diálogo competitivo. É esta lacuna de análise da Nova Lei de Licitações sob a ótica concorrencial que motivou a elaboração da presente pesquisa, com especial destaque na modalidade de licitação inédita trazida pelo novo diploma legal. Tendo em vista o referido objetivo, cumpre passar para a compreensão das fragilidades concorrenciais do Diálogo Competitivo.

4. CONDUTAS COORDENADAS NO ÂMBITO DO DIÁLOGO COMPETITIVO

4.1. Cartelização de licitantes

Tendo como base as características facilitadoras de conluio em contratações públicas (tópico 2.1) e as principais formas de atuação dos agentes cartelizados (tópico 2), passa-se agora à compreensão de como estas características podem encontrar espaço no Diálogo Competitivo da Nova Lei de Licitações

Como se sabe, a concorrência é desejada para que seja possível atingir a melhor proposta, de modo a minimizar o preço e maximizar a qualidade. Nesse sentido, maximizar a participação de licitantes é crucial para o sucesso da licitação.

A Lei nº 14.133/2021 não estabelece número limite de participantes para o diálogo competitivo, prevendo que “serão admitidos todos os interessados que preencherem os requisitos objetivos estabelecidos” (art. 32, §1º, II) (BRASIL, 2021). À primeira vista, tal previsão parece bastante vantajosa para o estímulo da concorrência. Contudo, análise mais atenta aponta preocupações.

Em que pese a Lei nº 14.133/2021 tenha optado por não limitar o número máximo de participantes, Aragão (2021) indica a possibilidade de prejuízo à competição em razão da própria arquitetura jurídica da modalidade licitatória. Em razão de a construção da solução ser feita em



conjunto com os licitantes, as chances de que o objeto contratado seja exequível apenas por aquele que ajudou a desenvolvê-lo são consideráveis. Além disso, a modalidade licitatória “pressupõe que os particulares realizem estudos complexos sem qualquer garantia de sua contratação, o que pode limitar a concorrência apenas aos agentes econômicos que tenham especial capacidade de risco e econômica”, destaca o autor.

Ainda que assim não fosse, um elevado número de licitantes também pode trazer complicações para a aplicabilidade do diálogo. Oliveira, em análise sobre o tema, aponta que “o que deve ser notado quanto a essa possibilidade de limitação do número de participantes é que um número grande de candidatos pode inviabilizar o diálogo, uma vez que se trata de um procedimento complexo e trabalhoso, sobretudo na segunda etapa” (OLIVEIRA, 2021, p. 15).

Outra preocupação concorrencial trazida pela modalidade encontra-se na etapa de pré-seleção dos licitantes. Esta fase do diálogo competitivo, também prevista no art. 32, §1º, II da Nova Lei de Licitações, requer atenção por dois principais motivos.

Primeiramente, porque a identificação prévia dos demais licitantes envolvidos no certame é um facilitador da formação de cartéis. O reconhecimento seguro dos concorrentes terceiros favorece o estabelecimento de contato com aqueles que também participarão do certame – passo inicial para a coordenação dos agentes. Esta, inclusive, foi a estratégia por cartel detectado pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, na chamada “Operação Capivara” (OPERAÇÃO CAPIVARA, 2014). Na oportunidade, o representante da empresa interessada em ganhar a contratação identificava seus concorrentes nas visitas técnicas ou na relação de retirada do edital, e oferecia valores para que os demais interessados frustrassem o caráter competitivo da licitação.

Em segundo lugar, porque a fase de pré-seleção limita a entrada de outros licitantes. Ou seja, só participarão da fase de concorrência aqueles que foram aprovados na primeira etapa da modalidade. Esta limitação é uma barreira à entrada de novos concorrentes, pelo menos no âmbito da licitação em andamento, o que restringe significativamente a concorrência. Assim, há a garantia de que nenhum outro agente além daquele seletivo grupo de licitantes inicial – que podem ser identificados em razão da fase de pré-seleção - dará lances para a contratação do objeto. Apesar de a limitação de licitantes ser característica inerente às contratações públicas, não se pode ignorar que este pode ser configurado como um dos elementos “facilitadores de estabilidade” de condutas colusivas (POSSAS, 2002, p. 124-125).

Há de se destacar, também, a possibilidade de formação de consórcios para a participação do diálogo competitivo. Ainda que este instrumento apenas seja permitido se previsto expressamente do instrumento convocatório (Lei nº 14.133/2021, art. 15), a prática costuma levantar suspeitas das autoridades concorrenciais. Os consórcios, em regra, servem como mecanismo para aumentar a competição em certames públicos, “especialmente em casos de grandes contratações, em que uma empresa isoladamente não teria condições de fornecer o bem ou prestar o serviço licitado” (BRASIL, 2019, p. 45). Contudo, se utilizado de maneira distorcida, o instrumento pode servir como forma de reduzir a concorrência e promover a formação de acordos entre competidores (JUSTEN FILHO, 2010). Isso porque o consórcio “agrupa” competidores, de modo que o conjunto de licitantes passa a concorrer como um player único.

A mesma atenção se aplica às subcontratações, também passíveis de autorização em licitações públicas (Lei nº 14.133/2021, Art. 122, §2º). Segundo o Cade, a subcontratação pode servir

como instrumento para distribuição dos lucros decorrentes de condutas anticompetitivas, como, por exemplo, “no caso de empresas que suprimiram propostas ou apresentaram propostas de cobertura serem recompensadas com contratos de subcontratação” (BRASIL, 2019, 46). De toda forma, é necessário esclarecer que se tratam de instrumentos legítimos e previstos na legislação nacional. Os efeitos anticompetitivos decorrem, tão somente, das condutas ilícitas perpetradas pelos competidores.

4.2. Troca de informações sensíveis entre competidores

Para além da possibilidade de formação de cartéis, faz-se necessário pontuar outro ilícito concorrencial relevante para a análise concorrencial do diálogo competitivo: a troca de informações sensíveis entre competidores. Em que pese exista uma sutil diferença entre as condutas, a distinção traz importantes consequências.

Enquanto a conduta de cartel configura ilícito por objeto, com vistas à combinação coordenada de preços, qualidades ou divisões de mercado, o compartilhamento de informações concorrencialmente sensíveis consiste em infração concorrencial autônoma, sem que haja intenção de coordenar a atuação dos outros agentes. A distinção é trazida pelo Conselheiro Sérgio Ravagnani na relatoria do processo administrativo nº 08700.001486/2017-74. O mesmo entendimento foi seguido pelo Tribunal Administrativo do Cade, por exemplo, nos processos nº 08012.005324/2012-59 e 08700.001422/2017-73.

Apesar de caracterizar um ilícito administrativo que possui potencial de restringir, falsear ou prejudicar a livre concorrência (Lei 12.529/2011, art. 36, I), a conduta de troca de informações sensíveis entre licitantes não atrai a aplicação do prazo prescricional de 12 anos, nem o enquadramento na esfera penal, como ocorre no caso de configuração de cartel.

A conduta é de particular interesse para o presente estudo em razão da previsão legal trazida pela própria Lei nº 14.133/2021, que permite a divulgação de informações confidenciais, desde que autorizada pelos licitantes (Art. 32, §1º, IV). Em outras palavras, o dispositivo confere legalidade ao compartilhamento de informações privadas entre os concorrentes na fase de diálogo, por meio da Administração Pública, ainda que condicionado ao consentimento dos licitantes. Esta é uma previsão jamais aplicada na legislação brasileira, que merece atenção sob a perspectiva concorrencial.

A OCDE, em estudo realizado sobre o tema, aponta a divisão da prática de troca de informações entre competidores em 3 possíveis cenários:

- (i) *as a part of a wider price fixing or market sharing agreement whereby the exchange of information functions as a facilitating factor;*
- (ii) *in the context of broader efficiency enhancing cooperation agreements such as joint venture, standardization or R&D agreements; or*
- (iii) *as a stand-alone practice, whereby the exchange of information is the only cooperation among competitors⁴ (OCDE, 2010, p. 9).*

4 (i) como parte de um acordo mais amplo de fixação de preços ou de compartilhamento de mercado em que a troca de informações funciona como um fator facilitador; (ii) no contexto de acordos de cooperação mais amplos para aumentar a eficiência, como joint venture, padronização ou acordos de P&D; ou, (iii) como uma prática autônoma, em que a troca de informações é a única cooperação entre concorrentes. (tradução nossa)

Conforme a distinção dada pelo Cade, a troca de informações sensíveis entre concorrentes encaixa-se no terceiro cenário, configurando conduta autônoma.

As preocupações concorrenciais, como já mencionado, referem-se à possibilidade de as informações obtidas de concorrentes serem utilizadas com o intuito de prejudicar a ordem econômica. Esta, inclusive, foi a conclusão exarada pelo Conselheiro Relator João Paulo Resende no processo administrativo nº 08012.001395/2011-00.

De modo diverso, apesar de reconhecer os riscos de prejuízo à ordem econômica, o estudo realizado pela OCDE em 2010 apontou, também, para a possibilidade de obtenção de efeitos positivos decorrentes da troca de informações entre concorrentes. Os benefícios seriam em relação à diminuição da assimetria informacional entre competidores (OCDE, 2010), que pode levar a uma melhor compreensão da estrutura da demanda, otimização de eficiência produtiva e impulsionar a inovação tecnológica. Stucke, ao avaliar os riscos e vantagem de ampliar a transparência mercadológica, conclui que o primeiro ponto a ser considerado é o possível benefício que a troca de informações entre concorrentes pode trazer para os consumidores. Apenas caso não haja evidências sobre o potencial positivo das informações é que deve ser considerado o risco de interesses anticompetitivos (STUCKE, 2005).

Em que pese o instituto do Diálogo Competitivo seja bastante recente e não tenha, até o presente momento, demonstrado de forma robusta os efeitos práticos de sua utilização, espera-se que, com a adequada utilização da modalidade, o diálogo entre licitantes e administração pública possa levar a importantes inovações e melhorias no âmbito da prestação pública de bens e serviços. Apenas a experiência poderá demonstrar os proveitos (ou prejuízos) decorrentes da nova modalidade licitatória para as compras públicas nacionais. Enquanto isso, medidas legislativas ou editais que visem maximizar os benefícios da modalidade e prevenir possíveis irregularidades serão de grande proveito para o sucesso das futuras licitações.

5. CONCLUSÃO

A principal inovação e, portanto, ponto de atenção, trazida pelo Diálogo Competitivo é, sem dúvidas, a fase de diálogo entre a Administração Pública e os licitantes para desenvolvimento conjunto da solução que será posteriormente contratada. A análise do texto normativo da Lei 14.133/2021, associada à doutrina e à prática concorrenciais relativa a cartéis em licitações apontam para possíveis fragilidades desta modalidade licitatória.

As características próprias da modalidade, especialmente a necessária complexidade do objeto licitado, parecem conduzir a um cenário de limitação acidental do número de licitantes reduzidos para a modalidade, ainda que a Lei não estabeleça limites de participação. Este número reduzido de licitantes, associado à publicização dos concorrentes, pode levar a práticas comuns de cartéis em licitações, como propostas de cobertura ou promessas de subcontratação.

Ademais, possibilidade de troca de informações sensíveis entre licitantes é evidente. Neste ponto, a previsão legal de compartilhamento de informações sigilosas entre competidores, por meio da administração pública, é novidade que merece significativa atenção.

Para além da fase de diálogo, a existência de dois editais para esta modalidade licitatória

(um para a fase de diálogo e outro para a fase de contratação) exigem atenção redobrada com a redação do instrumento convocatório, a fim de garantir a máxima competitividade.

Para superar estes desafios, naturalmente trazidos pelo advento de um novo procedimento, a capacitação dos órgãos da administração pública parece ser a primeira medida imediata para a implementação da modalidade. As recomendações realizadas pela OCDE (2021b) para aprimoramento das compras públicas brasileiras já traziam a indicação de necessário fortalecimento e capacitação dos agentes de compras públicas. Além disso, será necessário garantir o aparelhamento dos órgãos públicos para o adequado registro da fase de diálogo, com gravações de áudio de vídeo, conforme determinado pela Lei.

Ainda, espera-se que o governo federal assegure a efetividade desta modalidade por meio de regulações infralegais que esclareçam e orientem a utilização do Diálogo competitivo, bem como realize licitações com esta modalidade, a fim de desmistificar o procedimento e estimular a utilização pelos demais entes federativos.

Para as autoridades concorrenciais, o maior desafio para o combate de condutas colusivas parece residir na identificação e comprovação das condutas, uma vez que o diálogo entre licitantes e o planejamento conjunto com a administração são características inerentes à modalidade. Características estas que, em outros procedimentos, poderiam ser penalizadas como condutas anticoncorrenciais, conforme demonstrado pelos casos concretos julgados pelo Cade.

De toda forma, é inegável que o Diálogo Competitivo é uma importante inovação legislativa que prestigia a tendência de cooperação entre agentes particulares e agentes públicos na construção de soluções para as demandas estatais. Em que pese a criação recente da modalidade ainda instigue dúvidas e preocupações, é evidente que a modalidade pode trazer importantes benefícios para as contratações públicas brasileiras, ao permitir o desenvolvimento de objetos complexos e inovadores.

Os elementos facilitadores de conduta colusiva em contratações públicas já são há muito reconhecidos e combatidos pela prática concorrencial, assim como as principais estratégias para concretizar o cartel em licitações. Com estas práticas e características identificadas e mapeadas, cabe às entidades licitantes e órgãos de controle que adaptem as precauções típicas de contratações públicas à realidade do diálogo competitivo.

6. REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O diálogo competitivo na nova lei de licitações e contratos da administração pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 280, n. 3, p. 41-66, set./dez. 2021.

ARAUJO, Mariana Tavares de; CHEDE, Marcio Benvença. Repressão a cartéis em múltiplas jurisdições. In: MARTINEZ, Ana Paula (org.). **Temas atuais de direito da concorrência**. São Paulo: Singular, 2012. p. 223-242.

BRAGA, Tereza Cristine Almeida. Cade, cartéis e licitações: Um novo nicho da política antitruste brasileira. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 3, n. 1, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3uee8Kr>. Acesso em: 30 nov. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia de Combate a cartéis em licitação**.



Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3ivMNB7>. Acesso em: 7 abr. 2022.

BRASIL. Controladora-Geral da União. **Licitações com contratação realizada**, Brasília, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3ueC8gu>. Acesso em: 06 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1993. Disponível em: <https://bit.ly/3EUcBOJ>. Acesso em: 05 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; [...] e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011. Disponível em: <http://bit.ly/2XsaZpn>. Acesso em: 05 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1 de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3Vyb0F4>. Acesso em: 05 abr. 2022.

BRASIL. Senado Federal. Comissão Especial Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos (Lei Nº 8.666/1993) – CTLICON. Relatório Final. **Diário do Senado Federal**, 19 dez. 2013. Disponível em: <https://bit.ly/3FdJer1>. Acesso em: 15 abr. 2022.

EUROPA. Parlamento Europeu, Conselho da União Europeia. Diretiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004 relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços. **Jornal Oficial da União Europeia**, Bruxelas, 2004. Disponível em: <https://bit.ly/3uez4Rw>. Acesso em: 15 abr. 2022.

EUROPA. Parlamento Europeu, Conselho da União Europeia. Diretiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014 relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. **Jornal Oficial da União Europeia**, Bruxelas, 2014. Disponível em: <https://bit.ly/3udNAco>. Acesso em: 15 abr. 2022.

FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 8. ed. ver. at. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

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

MCAFFEE, R. Preston; MCMILLAN, John. Bidding rings. **The American Economic Review**, Pittsburgh, Pensilvânia, v. 82, n. 3, jun. 1992.

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

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. O Diálogo Competitivo do Projeto de Lei de Licitação e Contrato Brasileiro. **Portal Licitação e Contrato**, 2021. Disponível em: www.licitacaocontrato.com.br. Acesso em: 07 mar. 2022.

OPERAÇÃO CAPIVARA: denunciados 67 por cartel, corrupção e fraude em licitações. **Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, 24 set. 2014. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/noticias/36515/>. Acesso em: 15 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Combate a cartéis em licitações no Brasil**: Uma revisão das Compras Públicas Federais. Paris: OCDE, 2021a. Disponível em: <https://bit.ly/3UOb4ka>. Acesso em: 07 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Destaques da revisão da OCDE sobre o regime de compras públicas federais no Brasil**. Paris: OCDE, 2021b. Disponível em: <https://bit.ly/3OPeWiA>. Acesso em: 06 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Fighting Hard Core Cartels**: harm effective sanctions and leniency programs. Paris: OCDE, 2002. Disponível em: <https://bit.ly/3GX6gVr>. Acesso em: 05 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Information Exchanges Between Competitors under Competition Law**. Paris: OCDE, 2010. Disponível em: <https://bit.ly/3UsSDAm>. Acesso em: 07 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Recommendation on Fighting Bid Rigging in Public Procurement**. Paris: OCDE, 2012. Disponível em: <https://bit.ly/3FhBipB>. Acesso em: 05 abr. 2022.

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

SANTOS, Franklin Brasil; SOUZA, Kleberon Roberto de. **Como combater a corrupção em licitações**: detecção e prevenção de fraudes. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

STUCKE, Maurice E. Evaluating the Risks of Increased Price Transparency. **Antitrust**, Chicago, v. 19, n. 2, 2005.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

SANTOS, Eduarda Militz. Desafios concorrenciais do diálogo competitivo da nova lei de licitações: cartelização e outras condutas coordenadas. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 10, n. 2, p. 163-176, 2022.

