

3

CONSÓRCIO ENTRE CONCORRENTES E AS RECENTES ORIENTAÇÕES DA COMISSÃO EUROPEIA CONSTANTES DO HORIZONTAL GUIDELINES DE 2023¹

Consortium between competitors and the recent guidelines of the European Commission contained in the Horizontal Guidelines of 2023

Natalie Giacomazzi Viccari²
Ministério Público Federal (MPF) – Brasília/DF, Brasil

RESUMO ESTRUTURADO

Objetivo: O artigo examina inéditas e recentes orientações publicadas pela Comissão Europeia a respeito do consórcio entre concorrentes em licitações. Inicia contextualizando o instituto do consórcio no Direito Empresarial Brasileiro e no Direito Administrativo, apontando importantes mudanças incorporadas na nova Lei de Licitações. Trata do consórcio no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) abordando aspectos relativos ao controle de estruturas e ao controle de condutas. Aponta os efeitos ambíguos dos consórcios em licitações públicas, demonstrando que existem situações nas quais os consórcios são considerados pró-competitivos e, em outras, anticompetitivos. Sob tal perspectiva, cita os critérios elencados pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e pelo Guia de Combate a Cartéis do Cade acerca da aferição do caráter concorrencial de um consórcio em licitações. Por fim, explora as atuais orientações da Comissão Europeia acerca do consórcio entre concorrentes em licitações.

Método: Pesquisa bibliográfica, legislativa e *soft law*

Conclusão: A mudança implementada na nova Lei de Licitações Brasileira, que tornou regra o que antes era exceção, permitiu a formação de consórcios entre empresas para participar de licitações, mas já desperta preocupações concorrenciais. De fato, no universo das licitações, os consórcios entre concorrentes podem reduzir o espectro da competição, representar um acordo entre agentes privados, aumentar tentativas de dominação de mercado e evitar a própria competição que haveria entre os agentes econômicos caso atuassem de forma individual. É patente que os mercados e os agentes privados precisam operar com segurança jurídica e previsibilidade para que advenham

Editor responsável: Prof. Dr. Luis Henrique Bertolino Braidó, Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4648392251476133>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-6085-1446>.

1 **Recebido em:** 16/02/2023 **Aceito em:** 26/06/2023 **Publicado em:** 31/07/2023

2 Servidora pública federal de carreira do Ministério Público Federal. Assessora jurídica do Ministério Público Federal junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – MPF/Cade. Especialista em Defesa da Concorrência e Direito Econômico pela Fundação Getúlio Vargas e em Ciências Criminais pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL. **E-mail:** natalie@mpf.mp.br **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/6346370589905692>. **ORCID:** <https://orcid.org/0009-0004-0514-588X>.

bons negócios, investimentos e crescimento econômico. Com fundamento no estado da arte que se tem hoje, seja nas disposições vigentes da Lei de Defesa da Concorrência, seja nas orientações de organismos internacionais e no *Horizontal Guidelines* de 2023 da Comissão Europeia, pode-se dizer que, para além das eficiências que podem justificar o consórcio abrangendo preços mais baixos, melhor qualidade do produto, escolha mais ampla ou realização mais rápida dos serviços, devem ser cumpridos os critérios da indispensabilidade do consórcio, o repasse aos consumidores das vantagens advindas e a não eliminação da concorrência. O ônus da prova das alegações, a depender do caso concreto, e do *standard* jurídico utilizado, poderá ficar a cargo dos agentes de mercado envolvidos na cooperação.

Palavras-chave: consórcio; licitações; concorrência; segurança jurídica; *Horizontal Guidelines*; indispensabilidade.

STRUCTURED ABSTRACT

Objective: The article examines unpublished and recent guidelines published by the European Commission regarding the consortium between bidders. It begins by contextualizing the consortium institute in Brazilian Business Law and Administrative Law, pointing out important changes incorporated in the new Bidding Law. It deals with the consortium in the Brazilian System for the Defense of Competition (SBDC) addressing aspects related to the control of structures and the control of conduct. It points out the ambiguous effects of consortia in public tenders, demonstrating that there are situations in which consortia are considered pro-competitive and, in others, anti-competitive. From this perspective, it cites the criteria listed by the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) and Cade's Guide to Combating Cartels regarding the assessment of the competitive character of a consortium in bidding processes. Finally, it explores the current guidelines of the European Commission regarding the consortium between bidders in bids.

Method: Bibliographical research and hard and soft law

Conclusion: The change implemented in the new Brazilian Bidding Law, which made the rule what was previously the exception, allowed the formation of consortia between companies to participate in bids, but already raises competition concerns. In fact, in the universe of bids, consortia between competitors can reduce the spectrum of competition, represent an agreement between private agents, increase attempts at market domination and avoid the very competition that would exist between economic agents if they acted individually. It is clear that markets and private agents need to operate with legal certainty and predictability for good business, investment and economic growth to happen. Based on the current state of the art, whether in the current provisions of the Competition Defense Law, or in the guidelines of international organizations and in the 2023 Horizontal Guidelines of the European Commission, it can be said that, in addition to the efficiencies that can be justify the consortium covering lower prices, better product quality, wider choice or faster execution of services, the criteria of the indispensability of the consortium, the passing on to consumers of the advantages arising and the non-elimination of competition must be fulfilled. The burden of proving the allegations, depending on the specific case and the legal standard used, may be borne by the market agents involved in the cooperation.

Keywords: consortium; bids; competition; legal security; Horizontal Guidelines; indispensability.



Sumário: 1. Introdução; 2. Estado da arte normativo dos consórcios no Brasil; 2.1. Panorama atual dos consórcios no Direito Empresarial e no Direito Administrativo; 2.2. Consórcio entre concorrentes no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC): do controle de estruturas ao controle repressivo de condutas; 2.2.1. O consórcio e o controle estrutural durante a vigência da Lei nº 8.884/1994 (antiga lei antitruste); 2.2.2. O consórcio e o controle de condutas previsto na Lei nº 12.529/2011; 3. Consórcio entre concorrentes em licitações públicas: da legitimidade ao abuso; 3.1 Efeitos ambíguos dos consórcios em licitações públicas; 3.2. Critérios elencados pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e pelo Guia de combate a cartéis do Cade acerca da aferição do caráter concorrencial de um consórcio em licitações; 4. Recentes orientações da Comissão Europeia acerca do consórcio entre concorrentes em licitação; 5. Considerações Finais; 6. Referência bibliográfica.

1. INTRODUÇÃO

Os atuais mercados cada vez mais especializados, de alto custo, ávidos por inovação e comprometidos com a agenda ESG³, indicam uma maior interação entre as empresas. A concorrência pelos mercados, por vezes, conduz os agentes econômicos em direção a relações de colaboração ou cooperação complexas fazendo com que concorrentes interajam de diversas maneiras, por meio de associações, grupos profissionais, *joint ventures*, como também por meio da formação de consórcio⁴.

Face à necessidade de conceber novas formas e estágios de associação, muitas vezes marcadas pela cooperação, surgem modalidades contratuais distintas, que representam um desafio para a academia e para o antitruste. Três dessas modalidades são de especial relevância para a aplicação da Lei de Defesa da Concorrência Brasileira: os consórcios, as *joint ventures* e os contratos associativos, porque têm a capacidade de alterar a estrutura competitiva do mercado (MARITI; SMILEY, 1999).

A Comissão Europeia⁵ reconheceu, recentemente, que acordos de cooperação horizontal entre dois ou mais concorrentes que operam no mesmo nível no mercado podem levar a benefícios econômicos e de sustentabilidade substanciais, especialmente se as empresas combinarem atividades, habilidades ou ativos complementares (EUROPEAN COMMISSION, 2022). A cooperação horizontal pode ser um meio de compartilhar riscos, economizar custos, aumentar os investimentos, reunir *know-how*, melhorar a qualidade e a variedade dos produtos e acelerar a inovação.

3 ESG (*environmental, social and governance*), ou ASG, em sua versão em português (ambiental, social e governança).

4 A interação por meio de consórcio pode ser verificada, por exemplo, para o compartilhamento de estruturas e bases operacionais, como no caso do atual Ato de Concentração nº 08700.004940/2022-14, em trâmite no Cade, tendo como requerentes a Ultragas e a Bahiana Distribuidora de Gás Ltda. (Bahiana) e, do outro lado, a Supergasbras Energia Ltda. (SGB) e a Minasgás S.A. Indústria e Comércio (Minasgás) (BRASIL, 2022).

5 A Comissão Europeia controla e investiga práticas, fusões e auxílios estatais que possam afetar a concorrência, a fim de assegurar condições equitativas para as empresas da União Europeia e, ao mesmo tempo, garantir aos cidadãos a possibilidade de escolha e preços justos.

O consórcio entre empresas pode ser conceituado como a conjugação de esforços de sujeitos diversos com o objetivo de assegurar um resultado específico, que seria inviável ou inconveniente isoladamente.

A atual Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/2021) inovou ao prever a possibilidade da formação de consórcio entre empresas, exceto se houver vedação justificada, tornando regra o que, no regime anterior, era exceção para as contratações públicas (BRASIL, 2021).

No entanto, a permissão da formação de consórcios entre concorrentes se por um lado é benéfica, por outro aumenta o risco de tentativas de dominação de mercado e eliminação da concorrência, na medida em que, no universo das licitações, os consórcios podem reduzir o espectro da competição e representar um acordo entre eventuais interessados (JUSTEN FILHO, 2021).

Muito já se falou e ainda se fala sobre a existência de ampla atribuição e discricionariedade do ente administrativo no desenho dos editais de licitação e que, ainda assim, os consórcios formados no bojo de procedimentos licitatórios devem obediência ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, inexistindo imunidade ou isenção antitruste. Alguns temas, todavia, ainda são pouco explorados e debatidos na academia, mas que, a despeito disto, não podem deixar de merecer a devida consideração.

Questões relativas a critérios e padrões objetivos para aferição do caráter concorrencial de um consórcio entre concorrentes interessam sobremaneira ao Direito Antitruste na medida em que situações existem nas quais tais arranjos podem significar dominação de mercado, eliminação da concorrência e permitir o acesso a informações concorrencialmente sensíveis, podendo se caracterizar abuso de direito.

Sob tal viés, o presente trabalho se propõe a examinar os efeitos ambíguos dos consórcios em licitações públicas, partindo do pressuposto de que podem gerar eficiências como também restrições à concorrência, a depender das peculiaridades do caso concreto. Trata dos critérios para aferição do caráter concorrencial de um consórcio em licitações a partir das orientações da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e do Guia de Combate a Cartéis do Cade.

Por fim, um esforço será feito no sentido de trazer à luz as recentes orientações da Comissão Europeia para aferição do caráter concorrencial dos consórcios em licitações, considerados como forma de cooperação entre rivais diversa do cartel, a fim de contribuir para o amadurecimento do tema em solo brasileiro, propiciar novas pesquisas e debates, e contribuir para segurança jurídica e a festejada previsibilidade aos agentes de mercado.

2. ESTADO DA ARTE NORMATIVO DOS CONSÓRCIOS NO BRASIL

2.1. Panorama atual dos consórcios no Direito Empresarial e no Direito Administrativo

O consórcio entre empresas pode ser conceituado como a união de esforços de uma pluralidade de sujeitos, de modo a assegurar um resultado que seria inviável ou inconveniente isoladamente, ou seja, é uma sociedade entre sociedades (JUSTEN FILHO, 2021).

No Direito Empresarial, o consórcio é tratado formalmente na Lei das Sociedades Anônimas. O instituto não tem uma forma societária autônoma, não tem patrimônio próprio, nem se constitui



em uma nova pessoa jurídica. Além disto, o consórcio é transitório e eventual, finalizado seu objeto, que é específico, extingue-se a união.

São muitas as razões que ocasionam ou justificam a formação de uma união entre empresas na forma de consórcio, podendo ser resumidas na conjunção de experiências, na reunião de recursos financeiros, estruturas físicas, ferramental, pessoal especializado, capacidade técnica, otimização econômica de projetos, compartilhamento de riscos envolvidos, razões que tornam a junção de empresas indispensável ou mais eficiente.

Em síntese, a formação de consórcios entre empresas reside indubitavelmente em uma razão de ser: executar atividades que, por si sós, não poderiam realizar isoladamente. Um exemplo é o consórcio Norte Energia, cujo objeto foi a construção da atual terceira maior hidrelétrica do mundo, a Usina de Belo Monte, um investimento avaliado em R\$ 19,6 bilhões⁶. Em tal consórcio nove empresas se uniram para justamente conjugar recursos financeiros, operacionais e executar a grande obra, sem os quais nenhuma empresa, isoladamente, executaria (TEIXEIRA, 2017).

No Direito Administrativo, licitação é um instrumento direcionado a determinados fins (JUSTEN FILHO, 2021), cuja realização é obrigatória e deriva do texto constitucional (artigo 37, inciso XXI)⁷ tanto pela Administração Pública quanto por outros entes especificados em lei⁸.

A antiga Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/93) estabeleceu que a formação de consórcios, caso fosse permitida pelo edital da licitação, seria legal, desde que observados os requisitos previstos no referido diploma⁹. Nesse sistema foi conferido um certo grau de discricionariedade à Administração Pública ao poder decidir, dada a melhor satisfação do interesse público, pela permissão ou proibição da formação de consórcios, delineando as normas procedimentais licitatórias. Cabia aos órgãos licitantes e aos órgãos de controle considerarem todas as variáveis relevantes da licitação quando da elaboração do edital, tais como o mercado envolvido, a especificidade do produto ou do serviço fornecido, a necessidade de investimentos em infraestrutura

6 “A Norte Energia S.A. é responsável pela construção e operação da maior usina 100% brasileira: a Usina Hidrelétrica Belo Monte. Constituída sob a forma de Sociedade de Propósito Específico (SPE), a Companhia venceu o leilão de concessão em 20 abril de 2010. O prazo de gerenciamento da Usina pela Norte Energia, definido no contrato de concessão, é de 35 anos. Ao assumir o desafio de construir e operar a UHE Belo Monte, a Norte Energia firmou o compromisso de contribuir para o desenvolvimento econômico e social do país, por meio da geração de energia elétrica limpa, renovável, confiável e a preço justo, utilizando o potencial hidrelétrico do rio Xingu” (NORTE ENERGIA S. A., [2022?]).

7 “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações” (BRASIL, 1988).

8 Atual Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021): “Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e abrange: I - os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, dos Estados e do Distrito Federal e os órgãos do Poder Legislativo dos Municípios, quando no desempenho de função administrativa; II - os fundos especiais e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela Administração Pública” (BRASIL, 2021).

9 “Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas: I - comprovação do compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados; II - indicação da empresa responsável pelo consórcio que deverá atender às condições de liderança, obrigatoriamente fixadas no edital; III - apresentação dos documentos exigidos nos arts. 28 a 31 desta Lei por parte de cada consorciado, admitindo-se para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei; IV - impedimento de participação de empresa consorciada, na mesma licitação, através de mais de um consórcio ou isoladamente; V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato” (BRASIL, 1993).

ou em projetos específicos pelas participantes, dentre outras variáveis.

O Tribunal de Contas da União explorou o caráter discricionário da decisão do ente administrativo competente no delineamento dos editais de licitação, quanto à participação de consórcios, em diversos julgados ao longo do tempo:

[...] a jurisprudência desta Corte aponta para o caráter discricionário no que concerne à decisão acerca da participação de consórcios nos diversos eventos licitatórios, a teor do art. 33 da Lei de Licitações. Para tanto, há que se demonstrar com fundamentos sólidos a escolha a ser feita pelo gestor durante o processo de licitação no que toca à vedação da participação de consórcios, ou mesmo à sua autorização (BRASIL 2012b).

O art. 33 da Lei de Licitações expressamente atribui à Administração a prerrogativa de admitir a participação de consórcios. Está, portanto, no âmbito da discricionariedade da Administração. Isto porque, ao nosso ver, a formação de consórcio tanto pode se prestar a fomentar a concorrência (consórcio de empresas menores que, de outra forma, não participariam do certame), quanto a cerceá-la (associação de empresas que, caso contrário, concorreriam entre si). Com os exemplos fornecidos pelo Bacen, vemos que é prática comum a não aceitação de consórcios (BRASIL, 2006).

Em 1º de abril de 2021 foi promulgada a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021). Apesar da nova lei entrar em vigor na data de sua publicação, as leis anteriores que disciplinam a matéria - Lei nº 8.666/93, Lei nº 10.520/00 (Lei do Pregão) e Lei nº 12.492/11 (Regime Diferenciado de Contratação) - não foram revogadas imediatamente. Elas vigerão ainda por dois anos, ou seja, até o dia 1º de abril de 2023 (artigo 193, inciso II, da Lei nº 14.133/2021¹⁰). É importante ressaltar, ainda, que as normas sobre crimes e seu respectivo procedimento judicial contidas na Lei nº 8.666/93 estão revogadas desde já. As novas disposições sobre crimes em licitações e contratos administrativos, com aumento significativo das penas, já estão incorporadas no Código Penal e passam a valer imediatamente.

A respeito da participação dos consórcios em licitações, a referida lei inovou ao prever, no artigo 15, que a pessoa jurídica poderá participar de licitação em consórcio, exceto se houver vedação justificada:

Art. 15. Salvo vedação devidamente justificada no processo licitatório, pessoa jurídica poderá participar de licitação em consórcio, observadas as seguintes normas:

I - comprovação de compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados;

II - indicação da empresa líder do consórcio, que será responsável por sua representação perante a Administração;

III - admissão, para efeito de habilitação técnica, do somatório dos

¹⁰ “Art. 193. Revogam-se: I - os arts. 89 a 108 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, na data de publicação desta Lei; II - a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial desta Lei” (BRASIL, 2021).

quantitativos de cada consorciado e, para efeito de habilitação econômico-financeira, do somatório dos valores de cada consorciado;

IV - impedimento de a empresa consorciada participar, na mesma licitação, de mais de um consórcio ou de forma isolada;

V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato (BRASIL, 2021).

Desta maneira, atualmente, a regra geral é a permissão do consórcio nos processos licitatórios. A união das empresas somente não será permitida nos casos em que o edital justificadamente vedar a participação em consórcio. Tal motivação deve ser antecedida por uma criteriosa análise do mercado cujo objeto será licitado e da ponderação dos riscos inerentes à atuação de uma pluralidade de sujeitos (JUSTEN FILHO, 2021).

Se no regime anterior as empresas já uniam esforços e interesses por meio do consórcio, supõe-se que, no atual regime, ocorra um aumento significativo da utilização do instrumento devido à expressa permissão legal e, por vezes, à ausência de vedação justificada nos procedimentos licitatórios.

Ao lado deste viés liberalizante, a lei previu regras de instrução processual para garantir mais segurança jurídica tanto aos responsáveis pelo processo licitatório quanto àqueles que dele tomarão parte. Foi o que se pretendeu com a regra que impõe à Administração a elaboração de “motivação circunstanciada das condições do edital [...] e justificativa das regras pertinentes à participação de empresas em consórcio” (BRASIL, 2021).

A nova lei também permitiu que, no consórcio entre empresas nacionais e estrangeiras, a liderança possa ser exercida por empresa estrangeira¹¹, prestigiando uma maior abertura e protagonismo às empresas estrangeiras. Tal norma advém da manifestação do Brasil de adesão ao Acordo de Compras Governamentais (*Government Procurement Agreement*) da Organização Mundial do Comércio (OMC).

Dentre os objetivos do processo licitatório previstos na atual Lei de Licitações estão: assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto; assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição; evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos; e incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável (artigo 11).

¹¹ Art. 9º É vedado ao agente público designado para atuar na área de licitações e contratos, ressalvados os casos previstos em lei:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos que praticar, situações que:

a) comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do processo licitatório, inclusive nos casos de participação de sociedades cooperativas;

b) estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos licitantes;

c) sejam impertinentes ou irrelevantes para o objeto específico do contrato;

II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamento, mesmo quando envolvido financiamento de agência internacional;

III - opor resistência injustificada ao andamento dos processos e, indevidamente, retardar ou deixar de praticar ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa em lei (BRASIL, 2021).

A nova Lei de Licitações se preocupou, ademais, de maneira expressa, sobre o tema da competição, tendo estabelecido no artigo 5º que um dos princípios que devem ser observados pelos entes licitantes é o da “competitividade”¹².

Para parte da literatura especializada (SUNDFELD; LIANDRO; GABRIEL, 2022), no entanto, a legislação administrativa, apesar de também ser orientada para o fomento da competição, não a tem como princípio absoluto. Neste sentido, sustenta-se que o direito administrativo e o setorial podem objetivar funções outras como, por exemplo, a atração urgente de investimentos privados em infraestrutura pública, estímulo ao capital nacional, fortalecimento de certas categorias de agentes, crescimento sustentável, facilitação da inovação em produtos e serviços (ARAGÃO, 2012). Como afirma Sundfeld (2013, p. 21) “o grau de penetração do princípio da concorrência no regime legal das licitações no Brasil varia da competição controlada à guerra de preços”.

Existe, desse modo, com base na discricionariedade administrativa e regulatória, uma ampla atribuição da autoridade administrativa no desenho procedimental dos editais de licitações e nas contratações públicas, assim como na própria calibragem e penetração do princípio da competitividade em setores regulados, desde que motivadamente. O Tribunal de Contas da União tem diversos julgados nesse sentido exigindo, em todos os casos, a motivação das escolhas administrativas¹³.

2.2. Consórcio entre concorrentes no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC): Do controle de estruturas ao controle repressivo de condutas

2.2.1 O consórcio e o controle estrutural durante a vigência da Lei 8.884/1994 (Antiga Lei Antitruste)

No que diz respeito ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), na vigência da Lei nº 8.884/1994 (antiga Lei de Defesa da Concorrência), o consórcio de empresas para participar de licitações e contratações administrativas era objeto de notificação ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica, fazendo parte do controle concorrencial de estruturas (BRASIL, 1994). A questão concorrencial inerente à formação de consórcio entre empresas sempre despertou interesse e preocupação da autoridade concorrencial. A regra inclusive foi objeto da Sumula nº 3 do Cade, publicada em 21 de setembro de 2007, que dispunha: “Nos atos de concentração realizados com o propósito específico de participação em determinada licitação pública, o termo inicial do prazo do art. 54 § 4º, da Lei 8.884/94 é a data da celebração do contrato de concessão” (ZARZUR; PASTORE, 2007).

Naquela época, a análise realizada pela autoridade concorrencial no controle de estruturas baseava-se nas informações acerca das condições das empresas consorciadas de apresentar,

12 “Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)” (BRASIL, 2021).

13 O Tribunal de Contas da União (TCU) possui jurisprudência consolidada no sentido de exigir a motivação de tais decisões: i) Fica ao juízo discricionário da Administração Pública a decisão, devidamente motivada, quanto à possibilidade de participação ou não em licitações de empresas em consórcio (BRASIL, 2012a); ii) A decisão de vedar a participação de consórcio em licitação de obra pública insere-se na esfera de discricionariedade do gestor. Tal opção, contudo, demanda a explicitação de justificativas técnicas e econômicas robustas que a respaldem (BRASIL, 2012c).

isoladamente, proposta para a execução do projeto que estava sendo contratado pela licitação. Quanto mais evidências existissem de que uma ou mais das empresas consorciadas teriam tais condições, maior era a preocupação com os potenciais aspectos anticompetitivos do consórcio.

Com a entrada em vigor da Lei nº 12.529/11 (atual Lei de Defesa da Concorrência), a formação de consórcio entre empresas para participar de licitações deixou de ser considerada ato de concentração para os fins do artigo 88, que disciplina os atos que deverão ser submetidos ao escrutínio da agência antitruste brasileira, não sendo mais objeto de notificação obrigatória. O controle estrutural dos consórcios, desse modo, não foi mantido. É o que se verifica a partir da redação do parágrafo único do artigo 90 do citado diploma legal:

Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:

I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;

II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;

III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou

IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture.

Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do caput, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes (BRASIL, 2011b).

O regime de controle concorrencial de estruturas no SBDC é *ex ante*. A competência do Cade para aprovar ou rejeitar atos de concentração se restringe aos casos elencados no artigo 88, *caput*, c/c o artigo 90, ambos da Lei nº 12.529/2011. Trata-se de competência exercida previamente, não havendo hipótese legal de aprovação ou rejeição *ex post* (artigo 88, § 3º, da LDC) (BRASIL, 2011b).

Em termos de política pública, a opção do legislador de retirar do controle concorrencial prévio os consórcios quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes, foi motivada no entendimento segundo o qual o ente licitante possui expertise e as melhores condições de desenhar as normas procedimentais licitatórias (possibilidades, formas e proibições de participação), como também porque a autoridade administrativa possui competência para autorizar, organizar e modular a competição nas contratações públicas e nos setores regulados, envolvendo poder discricionário e regulatório. Neste sentido, entendeu-se que a antiga Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), à época responsável pela advocacia da concorrência, seria o órgão com atribuição mais adequada para verificar eventuais questões concorrenciais em licitações públicas.

Tais conclusões decorreram do posicionamento do Legislativo expresso no Parecer às Emendas do Senado Federal, PSS 1 ao PL 3937/2004, apresentado em 05 de outubro de 2011, que

aprovou a redação final do PL nos seguintes termos:

Exclusão de submissão de consórcios destinados a concorrer em licitações públicas (Emenda nº 22— Oitava parte - Art. 90 parágrafo único)

[...] Acreditamos que a forma mais eficiente de intervenção do SBDC para checagem de eventuais problemas concorrenciais em licitações públicas seja *ex-ante* dentro do próprio edital. E este controle foge ao formato convencional de análise de atos de concentração no Cade. Nesse contexto, a SEAE estaria, assim, como já o faz, naturalmente, mais bem equipada institucionalmente para um papel de advocacia da concorrência dentro dos editais deste tipo.

[...] Somos, portanto, **favoráveis à oitava parte da emenda nº 22 do Senado, referente ao parágrafo único do art. 90** (BRASIL, 2011a, p. 55).

Para o legislador a melhor forma que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência poderia intervir na conformação de editais de licitação seria por meio da atuação da advocacia da concorrência.

Com a edição da Lei nº 12.529/2011, foi retirada do Cade a atribuição para análise prévia de atos de concentração relativa ao controle de estruturas envolvendo a formação de consórcio entre empresas quando se destina a licitações promovidas pela Administração Pública e aos contratos delas decorrentes (artigo 90, parágrafo único, da LDC) (BRASIL, 2011b).

Portanto, em relação ao controle de estruturas, não há mais notificação obrigatória de atos de concentração relativos à formação de consórcio entre empresas para participar de licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes, sendo possível se falar em isenção de notificação obrigatória aos consórcios nessas situações.

Saliente-se que o artigo 88, §7º, da LDC faculta ao Cade requerer a submissão de atos de concentração que não se enquadrem nos requisitos legais de notificação prévia, conferindo à agência antitruste a possibilidade de verificar concentrações que gerem preocupações concorrenciais fora das hipóteses previstas na lei (BRASIL, 2011b).

2.2.2. O consórcio e o controle de condutas previsto na Lei nº 12.529/2011

É cediço que o fato de o legislador excluir do controle concorrenciais prévio, *ex ante*, os consórcios quando destinados às licitações promovidas pela administração pública não lhes confere, por óbvio, isenção ou imunidade antitruste¹⁴. Entender de forma diversa afastaria a atuação repressiva da agência antitruste relativa ao controle de condutas, *ex post*, instrumentalizada na Lei nº 12.529/2011, de base constitucional¹⁵.

¹⁴ Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando: [...]

IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture.

Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do caput, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes (BRASIL, 2011b).

¹⁵ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. [...] § 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (BRASIL, 1988).

A definição de infração à ordem econômica contida no artigo 36 da Lei Antitruste confere ao Cade ampla atribuição para investigar consórcios formados para participar de licitações públicas que possam limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa.

A diversidade de leis e órgãos que regulam os procedimentos licitatórios, por outro lado, conduz à falsa percepção de que faltaria ao Cade competência para investigar e punir condutas anticompetitivas envolvendo consórcios em licitações.

No entanto, a agência antitruste brasileira vem fortalecendo a persecução a conluio em procedimentos licitatórios¹⁶ e consolidando sua competência para também atuar na investigação e punição de condutas coordenadas e unilaterais¹⁷. Saliente-se que a investigação de consórcios pela eventual prática de infração concorrencial não ocorrerá meramente pela participação na licitação, mas apenas e tão somente quando houver indícios de prática de condutas anticompetitivas que violam a lei concorrencial brasileira, nos termos previstos no § 3º do artigo 36.

O consórcio pode ser enquadrado, a depender do caso concreto, na conduta de cartel, sendo um ilícito por objeto, como também em conduta coordenada horizontal quando formado entre concorrentes, que tenha por objeto ou possa produzir efeitos anticompetitivos, podendo-se enquadrar como um ilícito por efeitos.

Nem todos os tipos de condutas concertadas horizontais caracterizam-se como cartéis, há outras que exigem a intervenção da autoridade devido aos efeitos que produzem e, é por essa razão, inclusive, que a lei concorrencial tem tipificação aberta e permite a interpretação e a consolidação de seu conteúdo com as especificidades de cada caso concreto.

O próprio dinamismo dos mercados e a multiplicidade de práticas que podem ser promovidas pelos agentes econômicos para prejudicar a concorrência justificam a constante atualização dos conteúdos jurídicos da lei antitruste (FRAZÃO, 2017). O consórcio, ademais, também pode ser utilizado como meio e instrumento para a prática de outras e diversas condutas unilaterais, tanto exclusionárias como discriminatórias.

Há uma complementariedade de atribuições e competências do poder público, enquanto órgão regulador, e da autoridade antitruste, enquanto órgão repressivo, que deve atuar quando agentes privados cometam infrações concorrenciais ainda que sob o manto autorizador do edital de licitação e sob a forma aparentemente legítima do instituto do consórcio¹⁸.

Essa parece ser inclusive a melhor interpretação do ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que não há hierarquia normativa e institucional entre o Cade e as agências reguladoras, mas uma verdadeira complementação de atribuições, com o aproveitamento da expertise de cada órgão.

16 No ano de 2022, o Cade estabeleceu, em parceria com o Ministério Público Federal, o Conselho Nacional dos Procuradores Gerais de Justiça e o Grupo Nacional de Combate às Organizações Criminosas, a Frente Nacional de Combate a Cartéis (FNCC), assumindo diversos compromissos, dentre os quais se destaca o de desenvolver mecanismos e instrumentos mais sólidos e capazes de aperfeiçoar as investigações pelas Instituições.

17 Em maio de 2022, o Cade reestruturou a Coordenações-Geral de Análise Antitruste 11 para dedicar-se exclusivamente à investigação de infrações de condutas unilaterais, em atenção às recomendações da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

18 Mencionando a inexistência de imunidade concorrencial, é elucidativo trecho do voto do Conselheiro do Cade, Paulo Burnier, prolatado no bojo do Processo Administrativo n.º 08012.001518/2006-37: “Não se verifica no texto constitucional qualquer incompatibilidade ou prevalência entre as competências regulatória e concorrencial. Pelo contrário, ambas são consagradas no capítulo dos princípios gerais da atividade econômica, o que corrobora sua complementariedade. Ademais, não há hipótese de imunidade concorrencial prevista na Constituição, conforme farta doutrina majoritária sobre o assunto” (BRASIL, 2016).

3. CONSÓRCIO ENTRE CONCORRENTES EM LICITAÇÕES PÚBLICAS: DA LEGITIMIDADE AO ABUSO

3.1. Efeitos ambíguos dos consórcios em Licitações Públicas

O caráter competitivo de um processo licitatório é essencial para garantir e assegurar efetividade ao procedimento, cujo objetivo é a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Por tais razões, organismos internacionais como a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e a Organização das Nações Unidas (ONU) frequentemente debatem o assunto, mais especificamente no que tange às potenciais restrições à concorrência em contratações públicas. Estudos indicam que o incremento da concorrência é capaz de levar à redução de 4% a 20% nos custos da contratação pública (OCDE, 2011; REINO UNIDO, 2004; PORTUGAL, 2016).

A formação de consórcios em licitações é, em princípio, lícita e legítima, na medida em que é prevista em lei e no edital licitatório, e, por vezes necessária, como nos casos de contratações de exigência técnica e/ou estrutural. Em tais casos, a própria Administração Pública admite a participação consorciada diante da complexidade do objeto licitado ou de outras justificativas. A literatura especializada partilha deste entendimento, afirmando que:

[...] Mesmo quando o consórcio se dá entre empresas de um mesmo setor econômico, pode envolver conhecimentos técnicos específicos e não compartilhados (mediante a conjugação e potencialização recíproca de acervos técnicos)

Mais do que isso: há determinadas obras e serviços que exigem tal associação, a fim de minorar os custos para a Administração e possibilitar a esmerada execução do contrato num prazo adequado ao interesse público posto em jogo (MOREIRA, 2005, p. 19).

A legitimidade do consórcio frente ao Direito Administrativo, no entanto, não é suficiente para garantir que esse arranjo seja incapaz de prejudicar a concorrência. Tal afirmativa parece soar paradoxal na medida em que um mesmo arranjo não pode ser legítimo para uma esfera específica do direito (Direito Administrativo) e ilícito para outra (Direito Concorrencial). Em outras palavras, um ato não pode ser, ao mesmo tempo, conforme e contrário ao direito, ou ele é lícito ou não é.

O fato de uma conduta ser lícita não quer dizer que seja possível dela abusar, surgindo a figura do abuso de direito. Os elementos compositivos da noção de abuso no Direito Antitruste perpassam necessariamente pelos ditames previstos na Lei Concorrencial Brasileira, em seus princípios e bases constitucionais.

No ordenamento jurídico brasileiro, a repressão ao abuso de poder econômico tem viés constitucional no artigo 173, § 4º, da Carta Magna¹⁹. A diretriz elencada no Título VII como cláusula de reserva legal vincula-se ao próprio princípio constitucional da livre concorrência previsto no artigo 170, *caput*, inciso IV²⁰, de modo que a aplicação da legislação antitruste assume caráter instrumental

19 Artigo 173, § 4º: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros” (BRASIL, 1988).

20 “Artigo 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IV – livre concorrência” (BRASIL, 1988).

em relação aos demais fundamentos e objetivos da ordem econômica²¹. O poder econômico não pode sofrer de mau uso ou abuso, sob pena de contrariar os princípios norteadores da ordem econômica, notadamente a relação entre os princípios da livre-iniciativa e da livre concorrência.

A Lei de Defesa da Concorrência não prevê como ilícito o fato de uma empresa deter posição dominante em determinado mercado relevante, ao contrário, indica expressamente que a “conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores” não caracteriza ato ilícito (artigo 36, § 1º, da LDC) (BRASIL, 2011b). No Brasil, apenas o abuso ou o mau uso da posição dominante é considerado ilícito.

Tal qual o direito civil tratou do instituto do abuso de direito para abarcar situações nas quais o titular de um direito o exerce de forma a prejudicar terceiros, indo além das fronteiras permitidas, o direito econômico cunhou a expressão abuso de posição dominante para tratar dos casos nos quais agentes econômicos usam de seu poder para distorcer e prejudicar o processo competitivo (PEREIRA NETO; CASAGRANDE, 2016).

Partindo dessas premissas, ou seja, da legitimidade dos consórcios em licitação e, por vezes, do abuso de tal instituto, é que os consórcios entre concorrentes em licitações públicas podem ser analisados. Mas como definir objetivamente parâmetros para legitimidade e abuso?

A resposta para tal indagação não é tarefa simples e exige do operador análise profunda a respeito das características do mercado relevante envolvido, do tamanho e do poder econômico das empresas consorciadas, da indispensabilidade da união dos agentes para a consecução do edital e das peculiaridades do caso concreto, como questões econômicas, financeiras e técnicas envolvidas.

Parece relevante, neste ponto, considerar três fatores para determinar o centro de gravidade de quaisquer acordos de cooperação entre agentes de mercado: i) o ponto de partida da cooperação (razão da cooperação); ii) a qualidade dos agentes privados envolvidos; e iii) o mercado em análise.

Por exemplo, o consórcio entre empresas pode incrementar a competição em determinada licitação ao permitir que empresas menores sem capacidade técnica ou financeira, possam se consorciar para atender ao objeto da licitação, como também pode prejudicar a competitividade quando grandes empresas, já com significativo poder de mercado, se unam para eliminar a concorrência e dividir o mercado. Por razões de ordem técnica, de elevada complexidade de execução, por motivos econômico-financeiros ou por inviabilidade de parcelamento do material do objeto licitado, ou até para evitar a demasiada restrição de possíveis licitantes, é possível, e até recomendável a associação de empresas (v.g., consórcio) para melhor executar o objeto do contrato.

Há, portanto, diversas razões para justificar o consorciamento entre empresas, por outro lado, existem diversas preocupações concorrenciais a depender da qualidade dos agentes privados envolvidos e do mercado em análise.

Devido à necessidade cada vez maior de conceber novas formas e estágios de associação entre agentes econômicos, aliada à apontada presença de efeitos ambíguos dos consórcios em licitação, organismos internacionais (OCDE, 2021), autoridades antitrustes (EUA, 2000; BRASIL, 2019;

21 A característica instrumental da lei concorrencial parece ser majoritária na doutrina, “O texto da Constituição de 1988 não deixa dúvidas quanto ao fato de a concorrência ser, entre nós, meio, instrumento para o alcance de outro bem maior, qual seja, ‘assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social’” (FORGIONI, 2016, p. 192) e “Consagrado no art. 170, IV, da Constituição Federal de 1988 e no art. 1º, da Lei Antitruste, o princípio da livre concorrência possui caráter instrumental. Trata-se, pois, de princípio balizador do princípio da livre-iniciativa, que consiste em instrumento por meio do qual se deve orientar o exercício da livre-iniciativa” (GABAN; DOMINGUES, 2016, p. 56).

UNIÃO EUROPEIA, 2022) e a literatura especializada traçam critérios objetivos e orientações a fim de auxiliar a análise concorrencial acerca do caráter competitivo ou eliminatório dos consórcios entre concorrentes.

3.2. Critérios elencados pela organização para cooperação e desenvolvimento econômico (OCDE) e pelo Guia de Combate a Cartéis do Cade acerca da aferição do caráter concorrencial de um consócio em licitações

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) reconhece que identificar quando uma proposta conjunta é suscetível de produzir efeitos pró-competitivos ou anticoncorrenciais é uma atividade complexa. Para tanto, elenca alguns critérios para a aferição do caráter concorrencial de um consócio em licitações, classificando-os em critérios que indicam um caráter pró-competitivo e critérios que denotam a existência de aspectos anticompetitivos na atuação consorciada entre empresas:

Quadro 1 – Critérios aplicados pela OCDE para determinar a competitividade dos consórcios

Pró-competitivo	Anticompetitivo
Os fornecedores são ativos em mercados distintos.	Cada uma das empresas possui recursos econômicos, financeiros e técnicos para atender ao contrato individualmente.
Os participantes do consócio oferecem um serviço integrado único que não poderia ser oferecido de forma independente.	O consócio é formado pelos maiores concorrentes no mercado relevante.
Dois ou mais fornecedores ativos em diferentes áreas geográficas apresentam propostas que atendem a todo o território contratual, gerando eficiências.	O consócio não gera eficiências ou as eficiências não são repassadas para os compradores em termos de redução de preços, maior qualidade ou melhor entrega.
Dois ou mais fornecedores combinam capacidades para atender a contratos amplos que não poderiam ser atendidos individualmente.	O consócio permite que os membros troquem informações entre si que pode prejudicar a concorrência em contratações futuras.

Fonte: OCDE (2021, p. 62).

De acordo com os critérios delineados pela OCDE, o caráter anticompetitivo de um consócio evidencia-se, em síntese, a partir da análise de alguns elementos: i) constituição pelas maiores concorrentes no mercado relevante; ii) possibilidade das empresas atenderem ao objeto do contrato de forma individual, possuindo recursos econômicos, financeiros e técnicos; iii) permissão aos membros do consócio para troca de informações entre si, situação que pode comprometer a concorrência em contratações futuras; e iv) o consócio não gera eficiências ou estas não são repassadas aos compradores.

A *Federal Trade Commission*, dos Estados Unidos da América, afirma que há riscos concorrenciais quando a cooperação dá aos concorrentes a capacidade de exercer o poder de mercado em conjunto:



A fim de competir em mercados modernos, os concorrentes por vezes precisam de colaboração. As forças competitivas estão guiando as empresas em direção a colaborações complexas para alcançar objetivos tais como a expansão para mercados estrangeiros, o financiamento de dispendiosos esforços de inovação, e a redução dos custos de produção e outros.

No ambiente de mercado atual, os concorrentes interagem de muitas maneiras, através de associações comerciais, grupos profissionais, joint ventures, organizações que estabelecem padrões, e outros grupos industriais. Tais relações são frequentemente não apenas competitivamente benignas, mas também pró-competitivos. Mas existem riscos concorrenciais quando concorrentes interagem a tal ponto que já não agem independentemente, ou quando a colaboração dá aos concorrentes a capacidade de exercer o poder de mercado em conjunto (EUA, 2020)²².

O Guia de Combate a Cartéis em Licitação do Cade caminha no mesmo sentido e registra preocupações concorrenciais na formação de consórcios por empresas que possuam capacidade técnica e financeira para prestarem o serviço licitado isoladamente:

Em geral, isso ocorre em casos em que as empresas tem capacidade técnica e financeira para, isoladamente, prestarem o serviço e/ou fornecerem o produto licitado, mas decidem formar consórcio. Tais consórcios, portanto, reduzem a competitividade do certame – haja vista que potenciais concorrentes suprimem suas propostas individuais, passando a formar um consórcio – e alocam as parcelas do objeto licitado às consorciadas. A permissão para formação de consórcios pode, ainda, incentivar as empresas a acordarem os ganhadores de cada licitação em uma situação em que haja certa previsibilidade de ocorrência dos certames e que os produtos sejam similares entre si. Toma-se, como exemplo, um mercado com cinco agentes e com previsão de lançamento de duas licitações em que é permitida a formação de consórcios. Os concorrentes têm incentivos para, ao invés de participarem individualmente do certame, formar consórcios, de modo que todos saíam beneficiados, com uma margem de preço superior ao cenário competitivo (BRASIL, 2019a, p. 45).

A Superintendência Geral do Cade já se debruçou sobre casos envolvendo a formação de consórcio entre concorrentes, principalmente no bojo de cartéis em licitação, analisados sob a regra *per se*. No complexo e gigantesco “cartel de trens e metrô de São Paulo” (Cade, Processo Administrativo nº 08700.004617/2013-41) foi reconhecido que o consórcio entre as empresas foi utilizado como meio para prática do cartel. O argumento da formação legítima de consórcios não prosperou. Foi demonstrado que as empresas não se reuniram para negociar parcerias a fim de cumprir requisitos

22 Tradução livre de: “*In order to compete in modern markets, competitors sometimes need to collaborate. Competitive forces are driving firms toward complex collaborations to achieve goals such as expanding into foreign markets, funding expensive innovation efforts, and lowering production and other costs. In today’s marketplace, competitors interact in many ways, through trade associations, professional groups, joint ventures, standard-setting organizations, and other industry groups. Such dealings often are not only competitively benign but procompetitive. But there are antitrust risks when competitors interact to such a degree that they are no longer acting independently, or when collaborating gives competitors the ability to wield market power together*”.

técnicos dos editais, mas sim para dividir mercado e ajustar preços. Nesse sentido, é o voto do E. Relator, Conselheiro João Paulo Resende:

[...] as provas reunidas aos autos comprovam que os consórcios e subcontratações não eram apenas fruto de necessidades técnico-financeiras, mas sim resultantes de uma divisão de mercado entre concorrentes que visava acomodar os interesses dos diferentes agentes e eliminar ou mitigar a concorrência nos certames. Nesse sentido, conforme se verá ao longo do presente voto, há diversos documentos nos autos que afirmam expressamente que tais arranjos deveriam ser feitos “por razões políticas” e para que fossem evitadas “guerras de preços”. Esses documentos demonstram desde logo que o argumento da formação legítima de consórcios não prospera no presente caso, havendo extenso conjunto probatório em sentido contrário (BRASIL, 2019b).

Portanto, a partir da análise em conjunto dos critérios objetivos acima elencados, observa-se que merecem atenção os seguintes aspectos: (i) possibilidade das empresas, isoladamente, prestarem o serviço e/ou fornecerem o produto licitado; e (ii) poder de mercado exercido no mercado relevante em questão.

Tais esclarecimentos servem de balizada para nortear se a atuação de um consórcio em determinada licitação, ainda que legítimo, tem o potencial de causar prejuízos à livre concorrência e efeitos nocivos à Ordem Econômica, sendo possível enquadrá-lo na conduta de cartel ou em conduta colusiva diversa, a depender da análise do caso em concreto.

4. RECENTES ORIENTAÇÕES DA COMISSÃO EUROPEIA ACERCA DO CONSÓRCIO ENTRE CONCORRENTES: “HORIZONTAL GUIDELINES 2023”

Em março de 2022, a Comissão Europeia publicou para consulta das partes interessadas os projetos de revisão dos regulamentos de isenção por categorias aplicáveis aos acordos de pesquisa e desenvolvimento e aos acordos de especialização, designados em conjunto “HBERs”, e das Orientações aplicáveis aos acordos de cooperação horizontal “*Horizontal Guidelines*” (UNIÃO EUROPEIA, 2022).

As novas regras, que entrarão em vigor em 1º de julho de 2023 (UNIÃO EUROPEIA, 2016), tem como principal objetivo, segundo Margrethe Vestager, Executive Vice-President, dar segurança jurídica aos agentes de mercado e apoiar a transição digital e ecológica na União Europeia, na medida em que a cooperação horizontal pode gerar eficiências econômicas e de sustentabilidade (EUROPEAN COMMISSION, 2022).

O artigo 101.º1 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) proíbe acordos de cooperação horizontal que impeçam, restrinjam ou falseiam a concorrência no mercado (UNIÃO EUROPEIA, 2016)²³. Tal artigo se aplica às empresas ou às associações de empresas. O mesmo diploma

23 “Artigo 101. 1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em:

- a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação;
- b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;
- c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;

legal prevê exceções à regra (“*exemptions*”), em seu artigo 101.º, n.º 3 (UNIÃO EUROPEIA, 2016)²⁴, reconhecendo que determinados acordos restritivos podem dar origem a eficiências capazes de compensar os efeitos negativos da restrição à concorrência. Tal previsão, assim, pode ser alegada e aplicada a casos individuais ou a categorias de acordos e práticas concertadas, mediante regulamentos de isenção por categoria.

A parte específica que interessa ao presente estudo diz respeito às novas orientações da Comissão Europeia sobre acordos de cooperação horizontal (*Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal cooperation agreements*), especificamente no que se refere ao tema do consórcio em licitação (*bidding consortia*).

Consta que o objetivo principal da revisão é proporcionar segurança jurídica, auxiliando as empresas na apreciação dos seus acordos de cooperação horizontal ao abrigo das regras de concorrência da União Europeia, garantindo ao mesmo tempo uma proteção eficaz da concorrência. Visam também facilitar a cooperação entre empresas de forma economicamente desejável e, assim, contribuir para as transições ecológica e digital, além promover a resiliência do mercado interno.

Ao tratar do consórcio em licitação (“*bidding consortia*”), o *Guidelines*, inicialmente, faz um *disclaimer* ao conceituá-lo como a situação na qual duas mais empresas cooperam para apresentar proposta conjunta em licitação pública e distingui-lo do “*bid rigging or collusive tendering*”, que configura acordo ilícito por objeto por envolver grave restrição à concorrência, como supressão e rodízio de propostas, adjudicações de contratos e manipulação de procedimentos no bojo de cartel (EUROPEAN COMMISSION, 2023).

Interessantíssimo é o ponto que esclarece que a infração pode ser qualificada tanto por objeto como por efeito, a depender das particularidades do caso concreto. Afirma-se que, em circunstâncias nas quais dois ou mais agentes podem concorrer individualmente e não há um grau significativo de integração de recursos e atividades das partes, uma licitação conjunta equivaleria, em princípio, a uma restrição por objeto, porque envolve a fixação de preços entre concorrentes e esta disposição não parece acessória a uma cooperação genuína entre as partes. Esclarece ainda que, podem existir outras razões para que tal contrato de consórcio seja considerado uma restrição por objeto, por exemplo, se um agente, que poderia ter licitado individualmente, entrar em um acordo de licitação conjunta com um ou mais agentes com o objetivo específico de se antecipar a uma oferta conjunta concorrente desses outros agentes, mesmo que em consórcio com um terceiro (EUROPEAN COMMISSION, 2023).

Orienta-se que, na ausência de uma restrição por objeto, a análise por efeitos anticompetitivos depende de uma avaliação específica de, entre outros fatores, como a concorrência se desenrolaria de maneira mais “*realistically play out without the bidding consortium*”.

d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;

e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos” (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

24 “Artigo 101. 3. As disposições no n. o 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis: — a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas, — a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e — a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou econômico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que: a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos; b) Nem deem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa” (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

Em qualquer caso, um acordo de consórcio de licitação entre concorrentes ao qual se aplica o artigo 101.º, n.º 1 do TFUE (que proíbe acordos de cooperação horizontal que impeçam, restrinjam ou falseiam a concorrência no mercado) pode preencher as condições do artigo 101.º, n.º 3 (que prevê exceções à regra). As possíveis eficiências podem assumir a forma de preços mais baixos, mas também de melhor qualidade, maior escolha ou realização mais rápida dos produtos ou serviços abrangidos pelo concurso. Além disso, devem ser preenchidas as outras condições do n.º 3 do artigo 101.º (indispensabilidade, repasse ao consumidor e ausência de eliminação da concorrência).

Em processos licitatórios, essas condições costumam estar interligadas: os ganhos de eficiência de uma oferta conjunta por meio de um contrato de consórcio de licitação são mais facilmente repassados aos consumidores – na forma de preços mais baixos ou melhor qualidade da oferta – se a concorrência pela adjudicação do contrato não é eliminada e outros concorrentes efetivos participam do processo licitatório.

No essencial, as condições do n.º 3 do artigo 101.º (exceções à regra) podem ser preenchidas se a proposta conjunta permitir às partes apresentarem uma oferta mais competitiva do que as que poderiam apresentar individualmente – em termos de preço e/ou qualidade – e os benefícios para a entidade contratante e para os consumidores finais superam as restrições à concorrência. As eficiências devem ser repassadas aos consumidores e não atenderão às condições do Artigo 101 (3) se apenas beneficiarem as partes do consórcio licitante.

Um dos pontos de destaque do atual *Guidelines*, assim, é a orientação que permite a apreciação de efeitos pró-concorrenciais dos acordos restritivos para efeitos de aplicação do artigo 101.º, n. 3º, do TFUE. Nesse caso, consta que o ônus da prova recai sobre a empresa ou empresas que invocam o benefício da referida disposição, de modo que os argumentos factuais e os elementos de prova apresentados pela empresa devem permitir à Comissão chegar à conclusão de que o acordo em questão tem probabilidades suficientes de dar origem a efeitos pró-concorrenciais (EUROPEAN COMMISSION, 2023)²⁵.

Consta, ainda, que os seguintes elementos devem ser analisados: posição das partes no mercado relevante, número e posição de mercado dos demais participantes da licitação, conteúdo do contrato de consórcio, produtos ou serviços envolvidos na licitação e condições do mercado²⁶.

Esclarece-se, ademais, que, para além das eficiências que podem justificar o consórcio abrangendo preços mais baixos, melhor qualidade do produto, maior escolha ou realização mais rápida dos serviços, devem ser cumpridos, ainda, todos os critérios previstos no artigo 101., nº 3, do TFUE, quais sejam, a indispensabilidade do consórcio, a repasse aos consumidores e não eliminação da concorrência²⁷.

25 Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements. 1.2.7. Assessment under Article 101 (3). 35. p. 15.

26 Draft revised Horizontal Guidelines “395. In any event, a consortium agreement between competitors can fulfil the criteria of Article 101(3). Generally a specific and concrete assessment will be necessary, on the basis of various elements such as the parties’ position in the relevant market, the number and the market position of the other participants to the tender, the content of the consortium agreement, the products or services involved and the market conditions” (UNIÃO EUROPEIA, 2022).

27 Draft revised Horizontal Guidelines. “396. In terms of efficiencies, these can take the form of lower prices, but also of better quality, wider choice or faster realization of the products or services concerned by the call for tenders. In addition, all the other criteria of Article 101(3) need to be fulfilled (indispensability, pass-on to consumers and no elimination of competition). In tender procedures these are often interlinked: the efficiency gains of a joint bid through a consortium agreement are more easily passed on to consumers – in the form of lower prices or better quality of the offer – if competition with regard to the tender is not eliminated, and other relevant competitors take part in the bidding procedure” (UNIÃO EUROPEIA, 2022).

A Comissão enfatiza que, quanto mais elevado for o poder de mercado das partes, menos provável é que estas repassem os ganhos de eficiência aos consumidores em uma medida que compense os efeitos restritivos à concorrência²⁸.

Em síntese, o recente *Guidelines* Europeu, na parte específica aqui explorada, traz importantes vetores para a análise concorrencial de cooperações horizontais entre dois ou mais concorrentes.

De uma forma resumida, pode-se dizer que a orientação é de que acordos de cooperação horizontais demandam quatro critérios para que não despertem preocupações concorrenciais: i) ganhos de eficiências (traduzidos em preços mais baixos, melhor qualidade do produto, maior escolha ou realização mais rápida dos serviços, cujo ônus da prova é da empresa); ii) caráter indispensável (a empresa não teria capacidade de atender às exigências do contrato individualmente ou atingir às eficiências de tal modo); iii) repasse aos consumidores e à entidade adjudicante, não beneficiando apenas as partes do contrato; e, por fim, iv) a não eliminação da concorrência.

5. CONCLUSÃO

É assente que a cooperação entre empresas concorrentes pode gerar eficiências econômicas e de sustentabilidade, notadamente na atual transição digital e ecológica que o mundo está passando.

No Brasil, a recente mudança implementada na nova Lei de Licitações, que tornou regra o que antes era exceção, permitindo a formação de consórcios entre empresas para participar de licitações, deu mais liberdade aos agentes privados e ao próprio ente governamental no desenho dos editais de licitação, mas já desperta preocupações concorrenciais.

De fato, no universo das licitações, os consórcios entre concorrentes podem reduzir o espectro da competição, representar um acordo entre agentes privados, aumentar tentativas de dominação de mercado, permitir às empresas troca de informações comercialmente sensíveis e evitar a própria competição que haveria entre os agentes econômicos caso atuassem de forma individual.

Para além das mencionadas preocupações concorrenciais, é patente que os mercados e os agentes privados precisam operar com segurança jurídica e previsibilidade para que advenham bons negócios, investimentos e crescimento econômico.

Nesse contexto, definir critérios objetivos para aferição do caráter concorrencial de um consórcio, calibrar o grau de penetração do princípio da competitividade no desenho dos editais de licitação, principalmente em setores regulados, e sinalizar ao mercado os standards jurídicos da agência antitruste brasileira são alguns dos desafios que se impõem a fim de que se desenvolva uma boa política de *enforcement* antitruste.

No Brasil, a definição de infração à ordem econômica contida no artigo 36 da Lei Antitruste confere ao Cade atribuição para investigar consórcios formados para participar de licitações públicas que possam limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa.

Recentemente, a Comissão Europeia publicou orientações sobre a aplicação de isenções aos acordos de cooperação horizontal (*Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal cooperation agreements*), e orientações

²⁸ Draft revised Horizontal Guidelines. “193. Moreover, the higher the market power of the parties, the less likely they are to pass on the efficiency gains to consumers to an extent that would outweigh the restrictive effects on competition” (UNIÃO EUROPEIA, 2022).

específicas no que se refere ao tema do consórcio de empresas em licitação (*bidding consortia*)²⁹. Quatro critérios foram destacados para que o consórcio não desperte preocupações concorrenciais: i) ganhos de eficiências; ii) indispensabilidade da associação; iii) repasse aos consumidores e à entidade adjudicante, não beneficiando apenas as partes do contrato; e, por fim, iv) a não eliminação da concorrência.

Muitos questionamentos derivam das considerações aqui tecidas e podem alimentar outras pesquisas. Não se tem a pretensão de esgotá-las. No entanto, com fundamento no estado da arte que se tem hoje, seja nas disposições vigentes da Lei de Defesa da Concorrência, seja nas orientações de organismos internacionais e de outras autoridades de defesa da concorrência ao redor do mundo, pode-se dizer que, para além das eficiências que podem justificar o consórcio abrangendo preços mais baixos, melhor qualidade do produto, escolha mais ampla ou realização mais rápida dos serviços, devem ser cumpridos os critérios da indispensabilidade do consórcio, o repasse aos consumidores das vantagens advindas e a não eliminação da concorrência. O ônus da prova das alegações, a depender do caso concreto, e do *standard* jurídico utilizado, poderá ficar a cargo dos agentes de mercado envolvidos na cooperação.

REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Assembleia Nacional Constituinte, 1988. Disponível em: <https://bit.ly/3CuYmPI>. Acesso em: 20 set. 2021.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Parecer às Emendas ou ao Substitutivo do Senado 1 ao PL 3937/2004**. Autor: Deputado Pedro Eugênio. Brasília, 2011a. Disponível em: <https://bit.ly/43kkqaw>. Acesso em: 17 jun. 2023.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração Ordinário nº 08700.004940/2022-14**. Interessados: COMPANHIA ULTRAGAZ S.A., BAHIANA DISTRIBUIDORA DE GÁS LTDA., Supergasbrás Energia Ltda., Minasgás S.A. Indústria e Comércio. Brasília, 11 jul. 2022. Disponível em: <https://bit.ly/42Wckjm>. Acesso em: 12 set. 2022.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia de Combate a cartéis em licitação**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2019a. Disponível em: <https://bit.ly/3PstpmT>. Acesso em: 02 ago. 2022.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.001518/2006-37**. Interessados: Marimex - Despachos, Transportes e Serviços Ltda, Rodrimar S/A Transportes, Equipamentos Industriais e Armazéns Gerais. Relator: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, 28 de junho de 2016. Disponível em: <https://bit.ly/43kU08P>. Acesso em: 10 jun. 2023.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.004617/2013-41**. Interessados: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade [...], O Estado de São Paulo.

²⁹ *Draft revised Horizontal Guidelines*. “396. In terms of efficiencies, these can take the form of lower prices, but also of better quality, wider choice or faster realization of the products or services concerned by the call for tenders. In addition, all the other criteria of Article 101(3) need to be fulfilled (indispensability, pass-on to consumers and no elimination of competition). In tender procedures these are often interlinked: the efficiency gains of a joint bid through a consortium agreement are more easily passed on to consumers – in the form of lower prices or better quality of the offer – if competition with regard to the tender is not eliminated, and other relevant competitors take part in the bidding procedure” (UNIÃO EUROPEIA, 2022).



Relator: Conselheiro João Paulo de Resende, 08 de julho de 2019b. Disponível em: <https://bit.ly/3k3y778>. Acesso em: 13 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1993.

BRASIL. **Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1994.

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, 2011b. Disponível em: <https://bit.ly/30m27Fi>. Acesso em: 23 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3NImEMh>. Acesso em: 12 ago. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Representação. Processo 002.354/2010-1. **Acórdão 1162/2012 - Plenário**. Relator: Raimundo Carreiro, 16 de maio de 2012b. Disponível em: <https://bit.ly/3O5kOV5>. Acesso em: 17 maio 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Auditoria. Processo 002.354/2010-1. **Acórdão 1165/2012 - Plenário**. Relator: Raimundo Carreiro, 16 de maio de 2012a. Disponível em: <https://bit.ly/3O5kOV5>. Acesso em: 17 maio 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Representação. Processo 012.721/2006-0. **Acórdão 1946/2006 - Plenário**. Relator: Marcos Bemquerer, 18 de outubro de 2006. Disponível em: <https://bit.ly/3rhJBNH>. Acesso em: 17 maio 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Representação. Processo 020.118/201-0. **Acórdão 2831/2012- Plenário**. Relator: Ana Arraes, 17 de outubro de 2012c. Disponível em: <https://bit.ly/3PPBxy4>. Acesso em: 13 jun. 2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). **Federal Trade Commission**. Dealings with Competitors, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3Neljel>. Acesso em: 17 jan. 2023.

EUROPEAN COMMISSION. Antitrust: Commission adopts new Horizontal Block Exemption Regulations and Horizontal Guidelines. **European Commission**, Bruxelas, 1º jun. 2023. Disponível em: <https://bit.ly/3pGwdSV>. Acesso em: 1 jun. 2023.

EUROPEAN COMMISSION. Antitrust: Commission invites comments on draft revised rules on horizontal cooperation agreements between companies. **European Commission**, Bruxelas, 1º mar. 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3r0avK0>. Acesso em: 8 set. 2022.

FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2016.

FRAZÃO, Ana. Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratações administrativas**. São Paulo:

Thomson Reuters Brasil, 2021.

MARITI, P.; SMILEY, Robert H. Co-operative agreements and the organization of industry. In: BUCKLEY, Peter J.; MICHIE, Jonathan (ed.). **Firms, organizations and contracts: a reader in industrial organization**. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 289.

MOREIRA, Egon Bockmann. Os Consórcios Empresariais e as Licitações Públicas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, 2005.

NORTE ENERGIA S. A. **Norte Energia**, Brasília, [2022?]. Disponível em: <https://bit.ly/3D8HFdg>. Acesso em: 2 ago. 2022.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Combate a cartéis em licitações no Brasil: Uma revisão das Compras Públicas Federais**. Paris: OCDE, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3qZjQSp>. Acesso em: 20 jan. 2022.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Competition and Procurement: Key Findings**. OCDE: Paris, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/3Pyr6yR>. Acesso em: 10 jan. 2022.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e legislação**. São Paulo: Saraiva, 2016.

PORTUGAL. Autoridade da Concorrência. **Combate ao conluio na contratação pública**. Lisboa, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3Xn5jMg>. Acesso em: 19 set. 2022.

REINO UNIDO. Office of Fair Trading. **Assessing the impact of public sector procurement on Competition**. Londres: Office of Fair Trading, 2004. Disponível em: <https://bit.ly/3qUP3pz>. Acesso em: 23 ago. 2022.

SUNDFELD, Carlos Ari. Contratações públicas e o princípio da concorrência. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 15-41.

SUNDFELD, Ari Carlos; LIANDRO, João Domingos; GABRIEL, Yasser. Consórcios em licitação e isenção antitruste. **Revista Jurídica Profissional**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 31-38, 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3PQFhiS>. Acesso em: 20 jun. 2023.

TEIXEIRA, Vanessa Ferrari. **Prevenção e solução de conflitos em consórcios empresariais**. São Paulo: Almedina, 2017.

UNIÃO EUROPEIA. European Commission. **Public consultation on the draft revised Horizontal Block Exemption Regulations and Horizontal Guidelines**. Luxemburgo: Comissão Europeia, 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3qYc0Z2>. Acesso em: 8 set. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia**. Bruxelas: Jornal Oficial da União Europeia, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3pdYPTs>. Acesso em: 9 set. 2022.

ZARZUR, Cristianne Saccab; PASTORE, Ricardo Ferreira. Consórcios, Licitações Públicas e o Controle de Concentração Econômica do Cade. **Migalhas**, [S. l.], 25 out. 2007. Disponível em: <https://bit.ly/3fC6L8d>. Acesso em: 12 jun, 2023.

