



**MINISTÉRIO DA JUSTIÇA**  
**SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO**  
**DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA ECONÔMICA**  
**COORDENAÇÃO-GERAL DE ANÁLISE DE INFRAÇÕES**  
**NO SETOR DE COMPRAS PÚBLICAS – CGCP**

---

**ANÁLISE DOS ASPECTOS CONCORRENCIAIS DO PLC 32/2007**

Brasília, 7 de março de 2008

## **1. Introdução**

Este documento, elaborado pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (**SDE/MJ**), por meio de sua Coordenação-Geral de Análise de Infrações no Setor de Compras Públicas (**CGCP**), analisa, com base em sua experiência na persecução de cartéis em licitações e na incumbência a ela outorgada pela Portaria do Sr. Ministro da Justiça de nº 1.077/2007 de “promover estudos relevantes à matéria”, os *aspectos concorrenciais* do Projeto de Lei da Câmara nº 32, de 2007, com a redação dada pelo substitutivo aprovado em 23 de outubro de 2007 pela Comissão de Assuntos Econômicos do Senado, nos termos do relatório elaborado pelo Senador Eduardo Suplicy (“**PLC 32/2007**” ou “**Projeto de Lei**”), que visa alterar dispositivos da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (“**Lei de Licitações**”) e da Lei nº 10.520 de 17 de julho de 2002 (“**Lei do Pregão**”).

O *objetivo* de tal análise é apontar os potenciais *efeitos anticoncorrenciais* que determinados dispositivos constantes no referido Projeto de Lei podem impor aos procedimentos licitatórios.

A efetiva concorrência entre licitantes é condição fundamental para que as licitações resultem em contratações eficientes pelo Estado, garantindo assim o uso racional do dinheiro do contribuinte e permitindo que a ação estatal possa ter máxima eficácia com o montante de recursos disponíveis (ou seja, fazer mais com menos). Tal requisito é particularmente importante para o atual momento do País, no qual que se busca potencializar o crescimento econômico nacional pelo *Programa de Aceleração do Crescimento – PAC*, que, dentre outras medidas, prevê investimentos públicos expressivos em setores de infra-estrutura (rodovias, ferrovias, portos, aeroportos, energia, saneamento). Não por outro motivo, o próprio Projeto de Lei, que é de iniciativa do Poder Executivo, é uma das medidas do PAC. Para tanto, este documento está dividido nas seguintes partes:

1. Esta Introdução
2. Princípios a garantir do caráter competitivo de licitações
3. Inversão de fases da licitação
4. Cadastro de fornecedores
5. Garantia contratual em contratações arriscadas
6. Proposta: declaração de independência da proposta
7. Conclusão

## 2. Princípios para garantia do caráter competitivo de licitações

*“Novos desenhos inteligentes dificilmente são determinantes para o sucesso de uma licitação. Com muito mais frequência, as chaves para o sucesso são: manter baixos os custos para participação nos leilões, incentivar a participação dos licitantes apropriados, garantir a integridade do processo e cuidar para que o licitante vencedor seja alguém que vá pagar ou entregar o prometido.”*

Paul Milgrom<sup>1</sup>

De acordo com a Exposição de Motivos do anteprojeto que deu origem ao PLC 32/2007, assinada pelo Sr. Ministro do Planejamento Paulo Bernardo da Silva,

*“[a]s alterações propostas visam adequar as licitações e contratações governamentais às novas tecnologias de informações presentes no cenário brasileiro atual, bem como atender aos princípios de transparência, economicidade, competitividade e celeridade das contratações governamentais com vistas a tornar o processo licitatório concomitante com as melhores práticas mundiais.”<sup>2</sup> (grifo nosso).*

*Transparência e economicidade* estão intimamente relacionadas ao princípio da *competitividade*. Licitações com regras transparentes e amplamente conhecidas facilitam a participação de maior número de licitantes, ao passo que contratações resultantes de processos nos quais houve efetiva concorrência entre os licitantes são mais econômicas.

O cumprimento de tais princípios é preocupação de diversos países, cujas melhores práticas são analisadas e consolidadas por alguns organismos internacionais, em particular a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Tais práticas possuem duas preocupações principais, ambas das quais impedem uma contratação eficiente por parte do Estado: (i) *corrupção e direcionamento dos certames*; e (ii) *acordos entre licitantes para fraudar o caráter competitivo das licitações (cartéis)*. De acordo com recente documento da OCDE, o conluio entre licitantes depende dos seguintes fatores para subsistir:<sup>3</sup>

- a. Os cartelistas devem definir uma estratégia comum;
- b. Deve haver forma de monitoramento quanto ao cumprimento dessa estratégia;
- c. Em caso de desvio da estratégia comum por parte de um dos cartelistas, os outros devem ter condições de penalizá-lo de forma crível e severa; e
- d. As reações dos consumidores e de competidores presentes e futuros não podem ter condição de desestabilizar a estratégia comum.

---

<sup>1</sup> Tradução livre de: “[C]lever new designs are only very occasionally among the main keys to an auction’s success. Much more often, the keys are to keep the costs of bidding low, encourage the right bidders to participate, ensure the integrity of the process, and take care that the winning bidder is someone who will pay or deliver as promised.” em Milgrom, Paul R., *Putting Auction Theory to Work*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. xii. Paul Migrom é reconhecido mundialmente como uma das maiores autoridades acadêmicas na análise econômica de leilões.

<sup>2</sup> Exposição de Motivos n. 272/2006/MP, de 21 de novembro de 2006.

<sup>3</sup> OCDE, “Public procurement - the role of competition authorities in promoting competition”, *OECD Series Roundtables on Competition Policy* (DAF/COMP(2007)34), Paris, 2007, p. 20-23.

Há aspectos dos processos licitatórios e dos mercados aos quais se relacionam que podem facilitar a formação e manutenção de cartéis:

i) Estrutura do mercado: Até mesmo de modo intuitivo é bastante simples perceber que, quanto menor for o número de fornecedores, mais fácil será obter um acordo quanto a uma estratégia comum. Diversos dos bens e serviços dos quais o Estado necessita são produzidos em estruturas de mercado bastante concentradas (*oligopólios*), nas quais o conluio pode mais facilmente ocorrer. Mas há exemplos de cartéis mesmo em estruturas mais pulverizadas, principalmente quando o acordo pode ser monitorado por meio de uma associação de classe.<sup>4</sup>

ii) Publicidade: Ao contrário do que ocorre com contratações privadas, licitações devem cumprir requisitos de publicidade, os quais podem facilitar o conluio. A publicidade da identidade dos licitantes, do teor de suas propostas e do vencedor do certame pode criar condições propícias para que licitantes definam estratégia comum, monitorem o cumprimento de tal estratégia e identifiquem antecipadamente a entrada de novo competidor que possa desestabilizar o cartel (de forma a cooptá-lo ou ameaçá-lo). Por outro lado, tais requisitos de publicidade também são importantes para evitar o direcionamento das licitações.

iii) Barreiras à entrada: Se a entrada em determinado mercado é simples, dificilmente um cartel vai ter condições de se manter, tendo em vista que qualquer aumento de preço atrairá novos competidores que poderão apresentar propostas mais baixas. Por outro lado, se esse tipo de pressão concorrencial não existe (quer pelas características do mercado, quer pelos requisitos exigidos nas licitações), o conluio se torna mais simples.

iv) Interações frequentes entre licitantes: Quando os licitantes possuem contatos constantes no mercado (p.ex., quando as mesmas empresas participam com frequência de diversas licitações semelhantes), fica mais simples para os mesmos definir uma estratégia comum, bem como identificar e punir eventuais desvios (p.ex., com ofertas agressivas pelos outros cartelistas nas licitações originalmente alocadas ao traidor). No quadro brasileiro, em que há descentralização das licitações (cada unidade gestora promove as licitações para suprir suas necessidades), a frequência dos contatos entre empresas de determinados setores pode ser expressiva.

v) Rigidez das licitações: Em contratações privadas, o comprador tem mais flexibilidade para reagir caso perceba algum sinal de conluio entre seus fornecedores. Em virtude do regime jurídico aplicável às licitações, nem sempre tem o agente público responsável condições de reagir nesses casos. Além disso, o agente público pode ter menos incentivos econômicos que um privado para reagir nessas situações, já que, em regra, seus rendimentos pessoais independem de seu desempenho como comprador.

---

<sup>4</sup> Dois dos principais cartéis já condenados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) envolviam acordos entre número relativamente grande de licitantes para fraudar licitações: o cartel das britas na região metropolitana de São Paulo (Processo Administrativo nº 08012.002127/2002-14) e o cartel dos vigilantes no Rio Grande do Sul (Processo Administrativo nº 08012.001826/2003-10). Em ambos os casos, as respectivas associações de classe ou sindicatos tiveram papel fundamental para a estruturação do cartel e, portanto, foram condenadas juntamente com as empresas cartelistas. Mais informações sobre ambos os casos podem ser obtidas no documento “Programa de Leniência” disponível no sítio Internet da SDE: <http://www.mj.gov.br/sde>.

Levando isso em conta, há alguns princípios simples que devem ser incorporados às normas que regem as licitações, de forma a diminuir o risco de conluio entre os licitantes. Indicamos abaixo *três* deles que serão utilizados como parâmetro para a presente análise:<sup>5</sup>

i) Redução das barreiras à entrada: Os requisitos de habilitação devem ser aqueles estritamente necessários para o fornecimento do bem adquirido ou serviço contratado. Exigências desnecessárias diminuem o universo de fornecedores e impedem a entrada de novas empresas, o que facilita o conluio. Por outro lado, os requisitos não podem permitir a entrada de empresas sem qualificação suficiente, algo que expõe o Erário e a sociedade ao custoso risco de descumprimento do contrato.

ii) Redução dos custos de participação: A participação em procedimentos licitatórios não pode ser excessivamente custosa, já que isso pode diminuir o universo de fornecedores, o que facilita o conluio. A facilidade para conhecimento da existência e das condições do certame, o emprego de tecnologia da informação para suportar o processo e a possibilidade de comprovação da habilitação após o processo de licitação são todas medidas que tornam a participação em licitações mais barata.

iii) Redução do grau de publicidade: O conhecimento da identidade dos potenciais licitantes *antes* da licitação deve ser restringido ao máximo, pois isso facilita o conluio entre eles. O mesmo raciocínio se aplica a tal publicidade *durante* o procedimento licitatório, já que, dependendo da estrutura da licitação, os participantes podem ter condição de se comunicarem e chegarem a um acordo. Quanto à publicação da identidade do licitante vencedor e de todas as propostas apresentadas *depois* do término da licitação, embora possa facilitar o monitoramento de um cartel, é importante instrumento para fiscalização da regularidade (não-direcionamento) da licitação.

### 3. Inversão de fases da licitação

Atualmente, a Lei de Licitações prevê a seguinte seqüência para as modalidades de licitação por ela regidas (art. 43):

<b>1</b>		<b>2</b>		<b>3</b>		<b>4</b>		<b>5</b>
<b>Apreciação da habilitação</b>	→	<b>Recursos à decisões de inabilitação</b>	→	<b>Julgamento e classificação das propostas</b>	→	<b>Recursos ao julgamento das propostas</b>	→	<b>Homologação e adjudicação</b>

Com o passar dos anos, viu-se que essa seqüência é contra-producente – primeiro despende-se tempo e recursos avaliando a habilitação de todos os licitantes, para só depois verificar a proposta vencedora. Todavia, mais do que representar um procedimento custoso para a Administração, essa seqüência pode facilitar o conluio entre licitantes. Isso porque o *grau de publicidade* quanto à identidade dos licitantes é excessivamente alto: entre as etapas 1 – na qual as empresas participantes podem se identificar mutuamente – e 5 – na qual o objeto é efetivamente adjudicado – há um espaço de tempo (às vezes representado por meses) em que é possível às partes atingir um acordo sobre o resultado da licitação, o qual pode ser efetivado pelo uso oportunista de recursos e desistências. O risco de os licitantes formarem

<sup>5</sup> OCDE, “Public procurement - the role of competition authorities in promoting competition”, cit., p. 30-34.

um cartel é, como visto acima, relativamente mais alto em setores oligopolizados e com barreiras à entrada significativas.

É com base nessas observações que a Lei do Pregão, posterior à Lei de Licitações, determinou a *inversão de fases* da licitação: primeiro julgam-se as propostas (podendo haver fase de lances para tanto) e identifica-se o vencedor, para só então proceder à sua habilitação. Nesse contexto, há muito menos espaço para que licitantes atinjam um acordo *durante* a licitação. Quando implementado na forma eletrônica, regulada pelo Decreto nº 5.450/2005, o pregão diminui ainda mais o grau de publicidade do processo: a todos os licitantes participantes são alocados números; nenhum licitante tem condições de identificar os outros participantes durante o pregão, sendo tais identidades somente publicadas após o fim do procedimento.

Fica claro que, como indicado acima, o principal aspecto a ser considerado no que se refere às conseqüências da publicidade de determinadas informações é o *momento em são publicadas* no processo licitatório. Assim, é importante que o edital, que contém todas as condições aplicáveis à licitação, tenha alto grau de publicidade, o que atualmente é extremamente facilitado pelo uso da Internet (instrumento cujo uso é fomentado pelo PLC 32/2007). Por outro lado, é recomendável que algumas informações, como os detalhes das propostas apresentadas e principalmente a identidade dos licitantes, sejam publicadas apenas *após* o término do processo de contratação. Isso permite fiscalização quanto a eventual favorecimento e, ao mesmo tempo, dificulta a comunicação potencialmente nociva entre licitantes durante o procedimento licitatório por que gera grau de incerteza quanto às respectivas identidades.

A inversão de fases implementada pelo pregão também diminui os *custos de participação no processo*. Uma empresa que queira atuar perante um novo órgão ou em uma nova região, na qual sabe haver um conjunto de fornecedores já estabelecidos, pode, sob a modalidade de pregão, preparar os documentos de habilitação e submeter uma oferta agressiva sabendo que, caso ganhe, não terá que despender tempo e dinheiro com a defesa dos recursos os quais certamente seriam interpostos contra sua habilitação (sem nem mesmo ter sua proposta avaliada) caso a licitação ocorresse sob o regime da Lei nº 8.666/93. Tais custos, bem como os outros relacionados à participação, são ainda menores quando se trata de pregão eletrônico. Não sem razão, o uso do pregão eletrônico tem gerado economias substanciais para o Erário e, com base em tais resultados, ele é hoje a modalidade preferencial de compras da União.<sup>6</sup>

Com base nessas observações, o PLC 32/2007 possui duas importantes inovações de caráter nitidamente pró-concorrencial:

(i) *Uso do pregão para licitações dos tipos “menor preço” e “técnica e preço”*: Atualmente, o pregão só pode ser empregado para a aquisição de “bens comuns” – produtos facilmente identificáveis e que podem ser encontrados sem dificuldades no mercado (Lei do Pregão, art. 1º). O PLC 32/2007 insere § 9º no art. 23 da Lei de Licitações, tornando obrigatório o uso do pregão para licitações do tipo “menor preço” até o valor de R\$ 3,4 milhões, e facultativo para licitações acima desse valor. Além disso, o Projeto de Lei insere §

---

<sup>6</sup> Decreto 5.450, de 31 de maio de 2005, art. 4º, e Decreto nº 5.504, de 5 de agosto de 2005.

1º ao art. 4º da Lei nº 10.520/02, permitindo que o pregão seja empregado em licitações do tipo “técnica e preço”.

(ii) *Inversão de fases para licitações dos tipos “menor preço” e “técnica e preço*: O Projeto de Lei prevê o uso facultativo da inversão de fases (julgamento → habilitação → adjudicação) em licitações dos tipos “menor preço” e “técnica e preço” (§§ 1º e 14 propostos para o art. 43 da Lei de Licitações), ou seja, permite que haja a inversão de fases nessas licitações mesmo que não sejam estruturadas na forma de pregão (ou seja, continuem sendo regidas pela Lei nº 8.666/93).

Essas medidas permitem que, em princípio, os benefícios da inversão de fases – quer pelo emprego do pregão, quer por permissão expressa da Lei de Licitações – não se restrinjam mais à aquisição de bens e serviços comuns,<sup>7</sup> podendo ser tal medida aplicada a qualquer licitação dos tipos “menor preço” e “técnica e preço”, as quais representam a grande maioria das contratações públicas.<sup>8</sup>

Todavia, o Projeto de Lei contém dispositivo que *limita sobremaneira o alcance dessas importantes inovações* no que se refere à contratação de **obras e serviços de engenharia**. Ele insere o § 11 no art. 43 da Lei de Licitações, prevendo que, para tais licitações (independente de ser do tipo “menor preço” ou “técnica e preço”), a seqüência de atos seja a seguinte:

<b>1</b>		<b>2</b>		<b>3</b>		<b>4</b>		<b>5</b>		<b>6</b>
Verificação da habilitação técnica e econômico-financeira	→	Recursos à decisões de inabilitação	→	Julgamento e classificação das propostas	→	Recursos ao julgamento das propostas	→	Verificação da habilitação jurídica do vencedor	→	Homologação e adjudicação

*Tal regra retira do setor de obras e serviços de engenharia todo o resultado prático (e pró-concorrencial) da inversão de fases comentada acima.* Isso porque, como é simples de se visualizar, a etapa 1 proposta praticamente equivale à atual etapa de habilitação em licitações regidas pela Lei nº 8.666/93, que (i) torna pública a identificação dos participantes logo no início do processo, facilitando comunicação que pode levar a conluio, e (ii) aumenta os custos de participação. Tal medida é particularmente grave por se referir ao setor de construção civil, o qual apresenta estrutura oligopolizada de mercado (principalmente no segmento de construção civil pesada<sup>9</sup>, no qual geralmente se enquadram as obras contratadas pelo Poder Público no seu papel de provedor de bens públicos de infra-estrutura) que, por si só, é fator a facilitar a colusão entre empresas.

<sup>7</sup> Na verdade, a inversão de fases também se verifica nas contratações de parcerias público-privadas (Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004, art. 13).

<sup>8</sup> Os outros tipos são “melhor técnica”, empregado principalmente em concursos técnicos para escolha de projetos, e “maior lance ou oferta”, para alienações (art. 45, §1º da Lei 8.666/93).

<sup>9</sup> MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR. *Oportunidades internacionais para o setor de construção civil brasileiro*. Brasília, MDIC, 2002, disponível em <http://www2.desenvolvimento.gov.br/arquivo/sdp/proAcao/forCompetitividade/perExpServico/ServicosConstrucaoResumo.pdf>

Além disso, a redação do dispositivo proposto não deixa claro se tal “inversão parcial” se aplicaria também aos pregões que tenham por objeto obras e serviços de engenharia. A interpretação sistemática mais apropriada é a de que o termo “licitações”, quando empregado na Lei 8.666, se refere apenas às modalidades por ela reguladas, o que exclui o pregão, por ter esta modalidade legislação própria de regência (a Lei do Pregão); todavia, a redação dá margens para a dúvida, e é possível que disputas a respeito de sua interpretação se sucedam caso tal dispositivo seja aprovado.

Poder-se-ia argumentar que tal medida é necessária para se garantir que somente sejam contratadas empresas idôneas e com condições de atender a Administração. Todavia, outras medidas do Projeto de Lei já garantem esse resultado sem aumentar o risco de conluio entre empresas, notadamente (a) a exigência de projeto executivo prévio para licitações (art. 40, § 2º, inciso I da Lei de Licitações, proposto pelo PLC 32/2007), a qual permite identificação mais precisa – tanto pela Administração (incluindo os órgãos de controle interno e externo) quanto pelos potenciais fornecedores – dos requisitos a serem exigidos dos licitantes, e (b) o fato de a habilitação ocorrer *depois* do julgamento das propostas em nada dificulta a tarefa da Administração de verificar com a profundidade apropriada se o licitante vencedor tem condições de cumprir o contrato outorgado por meio da licitação.

Recomendação: O Governo deve articular-se para que **não seja aprovado** o § 11 do art. 43 da Lei nº 8.666/93 proposto pelo PLC 32/2007.

#### 4. Cadastro de fornecedores

##### 4.1 Exigência para pregões

Mesmo que § 11 do art. 43 da Lei de Licitações proposto não se aplique ao pregão, o Projeto de Lei propõe novo dispositivo à Lei do Pregão (novo § 2º do art. 4º) que diminui sensivelmente a utilidade prática da permissão de seu uso para licitações dos tipos “menor preço” e “técnica e preço”, descrita acima, no que se refere às *contratações de obra ou serviço de engenharia cujo valor seja superior a R\$ 3,4 milhões*: determina a redação proposta que tais licitações sejam realizadas *necessariamente* entre interessados cadastrados no cadastro de fornecedores do órgão licitante, podendo também participar licitantes não cadastrados desde que comprovem preencher os requisitos do cadastro e do edital *até 48 horas antes*.

Tal dispositivo vai contra os princípios da *redução do grau de publicidade* e da *redução dos custos de participação*, que vêm sendo consolidados nas melhores práticas internacionais e implementados com sucesso indiscutível no Brasil por meio do uso do pregão, principalmente em sua forma eletrônica. Em mercados caracterizados por grande quantidade de fornecedores, esse dispositivo não teria maiores consequências, pois a possibilidade de se estruturarem conluios é reduzida.<sup>10</sup> Todavia, o setor de construção civil pesada é caracterizado por oligopólios, como já mencionado. Em muitos casos, tais oligopólios podem ter perfil regional, tendo em vista os custos para transporte dos fatores de produção (equipamentos e mão de obra) entre diferentes partes do país. Nesse contexto, a

---

<sup>10</sup> Note-se, no entanto, que ainda assim cartéis são possíveis nesse caso, principalmente com a ajuda de associações de classe – ver nota 4 acima.

exigência imposta pelo mecanismo sob comento permitiria que eventual cartel cujo objeto seja determinada licitação futura pudesse facilmente *detectar/monitorar* a entrada de um novo concorrente não-alinhado (seja da mesma região, seja uma de outra região interessado em concorrer em novos mercados), de modo a cooptá-lo ou ameaçá-lo. Trata-se de medida que tem o mesmo efeito prático facilitador do conluio que atualmente apresenta a habilitação quando antecede o julgamento das propostas nas licitações regidas pela Lei nº 8.666/93. Além disso, tal medida desvirtuaria completamente a *inversão de fases* que é da natureza do pregão.

Resta claro também que essa nova exigência implicaria *custos adicionais de participação* em licitações, particularmente naquelas promovidas por governos estaduais e municipais, pois qualquer empresa estabelecida em outra região geográfica terá que ou se cadastrar no registro de fornecedores do órgão licitante – o que é custoso –, ou apresentar os documentos de habilitação técnica, jurídica e econômico-financeira com 48 horas de antecedência, com o custo estratégico do risco de ser identificada pelas empresas já estabelecidas na região.<sup>11</sup>

*Recomendação:* O Governo deve articular-se para que **não seja aprovado** o § 2º do art. 4º da Lei 10.520/02 proposto pelo PLC 32/2007.

#### 4.2 *Outras exigências*

O PLC 32/2007 contém ainda duas propostas de mudança legislativa que se referem a cadastros de fornecedores, as quais alteram a Lei nº 8.666/93:

Art. 34, § 4º “*Os entes deverão instituir comissão de acompanhamento e fiscalização do registro cadastral que houverem criado, na qual será assegurada participação de representantes da sociedade civil, do tribunal de contas respectivo, dos conselhos de fiscalização das profissões que integrem o ramo de atividade das empresas e profissionais cadastrados, bem como das associações sindicais que representem os interesses da categoria econômica dos fornecedores do produto ou do serviço.* (NR)”

Art. 36, § 3º “*Nas licitações para compras de grande vulto<sup>[12]</sup> os inscritos [em cadastro de fornecedores] estarão obrigados à comprovação de qualificação econômico-financeira e, quando o objeto for de maior complexidade técnica, à comprovação de qualificação técnica específica.* (NR)”

Os referidos dispositivos, se aprovados, podem ter os seguintes efeitos anticoncorrenciais:

(i) Individualmente, o novo § 3º do art. 36 da Lei de Licitações pode ser interpretado como exigência para que participantes de licitações para compras acima de R\$ 85 milhões *necessariamente* comprovem sua qualificação econômico financeira por meio do cadastro,

---

<sup>11</sup> A fim de diminuir tais custos de participação para empresas localizadas em diferentes regiões, a legislação comunitária da União Européia sobre licitações determina que, caso um Estado-Membro mantenha lista de fornecedores autorizados, ele deve aceitar o certificado de cadastro emitido por um outro Estado-Membro para a mesma finalidade (ver Diretiva 2004/18/CE, de 31 de Março de 2004, art. 52).

<sup>12</sup> Acima de R\$ 85 milhões (art. 6º, inciso V atual c/c art. 23, inciso I, "c" proposto da Lei de Licitações).

*antes*, portanto, do processo de habilitação em licitações com inversão de fase (como pregão). Tal exigência pode diminuir o resultado prático da inversão de fases no que se refere à *diminuição do grau de publicidade* quanto à identidade dos licitantes *antes* do processo de licitação. Levando em consideração que tal exigência só se aplicaria a contratações envolvendo valores acima de R\$ 85 milhões, o número de empresas potencialmente contratáveis tende a ser sensivelmente diminuído, o que é fator a facilitar o conluio entre licitantes. Além disso, tal medida certamente aumenta os *custos de participação* de empresas interessadas nessas licitações. Por fim, tal medida não traz qualquer benefício real para a capacidade da Administração de identificar os licitantes apropriados para o cumprimento das obrigações resultantes da licitação.

(ii) Em conjunto, essas medidas podem facilitar o *monitoramento* da entrada de novas empresas em mercados dominados por cartéis. Como já comentado, associações de classe e sindicatos, que na maioria das vezes perseguem fins legítimos, podem ser empregados como instrumento para a estruturação de cartéis.<sup>13</sup> Nesse caso, a participação de “*associações sindicais que representem os interesses da categoria econômica dos fornecedores do produto ou do serviço*” na gestão direta dos cadastros de fornecedores pode baratear o *monitoramento* de entrada de novas empresas, o qual será ainda mais facilitado pela inscrição obrigatória de potenciais licitantes nos mercados que envolvam certames de grande vulto, comentada acima. Por outro lado, tal medida não traz nenhum benefício para o funcionamento dos cadastros de fornecedores: a fiscalização de seu funcionamento já pode ser feita pelos órgãos de controle interno e externo, e qualquer pessoa que se sinta prejudicada por condições discriminatórias de acesso podem recorrer às instâncias administrativas superiores ou ao Judiciário para fazer valer seu direito.

Recomendação: O Governo deve articular-se para que **não sejam aprovados** o Art. 34, § 4º e Art. 36, § 3º da Lei nº 8.666/93 propostos pelo PLC 32/2007.

## 5. Garantia contratual em contratações arriscadas

O PLC 32/2007 visa mudar o atual regime de garantias contratuais para contratações “que envolvam alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis” (“contratações arriscadas”), com duas medidas distintas: estabelecimento de uma garantia contratual mínima e aumento de garantia adicional em caso de propostas baixas.

### 5.1 Garantia contratual mínima

O PLC 32/2007 visa mudar o atual regime de garantias contratuais para contratações públicas, ao propor nova redação para o § 3º do art. 56 da Lei nº 8.666/93, exigindo *garantia mínima de 4% do valor do contrato* para contratações arriscadas e cujo valor seja acima de R\$ 34 milhões. Atualmente, a regra geral da Lei de Licitações é de que a exigência de garantia é opcional e, se ocorrer, deve ser de no máximo 5% do valor do contrato, podendo esse limite ser aumentado para 10% em caso de contratações arriscadas.

Em princípio, tal exigência pode não ter impactos concorrenciais negativos, já que (a) há justificativa econômica para a exigência de garantias maiores em caso de contratações

---

<sup>13</sup> Ver nota 4 acima.

mais arriscadas; e (b) a regra aparenta afetar as empresas de forma uniforme. Todavia, uma análise mais detida sobre as alternativas de garantias disponíveis às empresas licitantes permite verificar que tal exigência pode representar *barreira à entrada* para que empresas menores atuem no segmento de contratações grandes e arriscadas, no qual as grandes obras públicas ocupam lugar de destaque.

Caso sejam exigidas garantias para contratação, o licitante pode livremente escolher qualquer das seguintes alternativas para cumprir com tal requisito: (a) caução em dinheiro; (b) caução em títulos da dívida pública; (c) seguro-garantia; e (d) fiança bancária (Lei de Licitações, art. 56, § 1º). Em princípio, e em termos econômicos, a alternativa do seguro-garantia deveria ser a mais procurada pelos licitantes, dado que, pelo funcionamento dos mercados de seguro, o risco de diversos agentes seria compartilhado entre eles e administrado pela seguradora, o que diminuiria o custo financeiro individual do cumprimento dessa exigência pois cada empresa pagaria apenas parcela do valor garantido. O mesmo não ocorre com as outras alternativas, em que não há compartilhamento de riscos. Ao contrário do que se devia esperar, o emprego de garantias em licitações de grande porte envolve as diversas alternativas, e não predominantemente o seguro-garantia. Isso porquê o mercado para esse produto ainda está se desenvolvendo no Brasil.<sup>14</sup> Assim, a obtenção de uma garantia para cumprir exigência do edital pode representar ônus financeiro considerável para empresas, constituindo *barreira à entrada* particularmente para as de menor porte. Por outro lado, a regra atual não impede que, naquelas situações em que garantias contratuais sejam justificáveis e não vão representar excessiva concentração de mercado, a Administração possa exigir garantias contratuais sólidas até o limite de 10% do valor do contrato, tal qual proposto pelo PLC 32/2007.

Recomendação: O Governo deve articular-se para que **não seja aprovada** a nova redação para o § 3º do art. 56 da Lei nº 8.666/93 proposta pelo PLC 32/2007.

## 5.2 *Garantia contratual adicional para propostas mais baixas*

O PLC 32/2007 ainda propõe que, nas contratações arriscadas cujo valor seja maior que R\$ 34 milhões, o licitante autor de proposta abaixo de 85% do orçamento estimado pela Administração deve submeter "uma garantia adicional em valor correspondente à diferença entre o valor orçado e o valor da proposta vencedora" (art. 56, par. 6º proposto pelo Projeto de Lei).

Tal regramento é muito mais gravoso que o atualmente em vigor: este exige somente garantia adicional de licitantes quando a proposta for menor ou igual a 80% do menor valor

---

<sup>14</sup> De acordo com relatório bastante detalhado elaborado pelo Banco Mundial a respeito da organização das compras públicas no Brasil, "fiança bancária ou caução bancária podem ser obtidas. Os preços, porém, são considerados altos, em virtude de uma combinação de (i) avaliação de risco; (ii) alta taxa de juros como política recorrente; e (iii) opções limitadas disponíveis no mercado." "O custo de seguro garantia é considerado alto quando comparado com aqueles encontrados em países onde o setor de seguros é mais tradicional e mais opções estão disponíveis no mercado". BANCO MUNDIAL, *Brazil - Country procurement assessment report*, Report No. 28446-BR, Washington, 2004, Annex 1. Tradução livre de: "[b]ank guarantees and bonds may be obtained. Prices, however, are deemed to be high, due to a combination of (i) risk assessment; (ii) high interest rates as a recurrent policy; and (iii) relatively limited market options." "[T]he cost of securities is deemed to be high when compared to those found in countries where the insurance industry is more traditional and more options are available at the market".

entre: (a) média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela Administração ou (b) valor orçado pela Administração. Nesse caso, exige-se que a garantia adicional seja equivalente à diferença entre o valor da proposta e o menor dos valores indicados nas letras (a) e (b) (art. 48, § 2º da Lei 8.666/93). A justificativa para se exigir garantia adicional de propostas muito baixas é clara: afinal, o risco de que a empresa contratada não tenha recursos financeiros suficientes para cumprir o contrato de fato aumenta nessa situação.

É fácil perceber que a regra atual é superior à regra proposta pelo Projeto de Lei, pois ela faz uso de informações reveladas pelo próprio processo licitatório (média de propostas apresentadas) para *calibrar* o limite abaixo do qual a garantia adicional será exigida, informação esta que reflete de maneira superior a realidade do mercado se comparada com estimativa feita por administrador público. Por mais que tal estimativa seja feita de maneira criteriosa e bem fundamentada, ela não incorpora a disputa pelo mercado representada pelas propostas em uma licitação. Assim, ela pode evitar que se exijam garantias excessivas caso a Administração estime valores muito altos para as contratações, o que pode resultar em barreira à entrada. No Projeto de Lei, esse importante fator de calibração – média das propostas eliminadas – é eliminado do cálculo das garantias adicionais, o que certamente piora o regime atual.

Levando isso em conta, também não se pode aceitar a proposta de se exigir garantia adicional como a diferença entre o valor orçado pela Administração e valor da proposta, e não entre esta e o limite abaixo do qual tal garantia é exigível, já que a lei presume que acima deste a garantia adicional não é necessária. O principal efeito decorrente da eventual aprovação desse dispositivo é o de diminuir sensivelmente os incentivos para que empresas apresentem propostas inferiores a 85% ao valor orçado, já que isso implicará ônus financeiro desproporcional em relação às outras empresas que se ativerem ao limite de 85%. Caso o valor orçado seja muito alto (por falha na estimativa ou por manipulação via corrupção), o licitante mais eficiente é penalizado, e, conseqüentemente, a competição é reduzida.

Além de penalizar a eficiência que pode ser apresentada por algum licitante, a regra em comento pode ser fator a reforçar a posição de cartéis que eventualmente atuem em segmentos envolvidos nas quais as contratações arriscadas acima de R\$ 34 milhões: qualquer integrante que resolva se desviar da estratégia acordada sabe que não vale a pena apresentar propostas muito baixas para aumentar sua participação no mercado; assim, o dispositivo pode representar um reforço gratuito dado pela ordem jurídica para que o cartel continue funcionando.

Recomendação: O Governo deve articular-se para que **não seja aprovado** o § 6º do art. 56 da Lei nº 8.666/93 proposto pelo PLC 32/2007.

## **6. Proposta: declaração de independência da proposta**

Este estudo apresenta proposta, baseada na experiência internacional<sup>15</sup> e considerando aspectos da realidade brasileira, para que se exija de licitantes uma declaração na qual garanta

---

<sup>15</sup> OCDE, “Public procurement - the role of competition authorities in promoting competition”, cit., em especial a contribuição dos Estados Unidos e comentários do Canadá.

que a proposta apresentada na licitação não foi antecedida ou influenciada por qualquer contato com concorrentes atuais ou potenciais.

A justificativa para a proposição de tal medida é bastante simples: é mais fácil provar que concorrentes *discutiram* o resultado de uma licitação do que de que eles chegaram a um *acordo* sobre o mesmo. A prática de cartel em licitações é extremamente grave, e é apenada pelo art. 90 da Lei de Licitações com prisão de 2 a 4 anos e multa,<sup>16</sup> além de representar infração à ordem econômica nos termos do art. 21, inciso VIII da Lei nº 8.884/94.<sup>17</sup> Desse modo, as empresas que praticam cartel buscam acobertar tal prática de todas as maneiras, o que causa grandes dificuldades para que o Poder Público descubra esse ilícito. Todavia, caso uma declaração de independência da proposta seja assinada por licitantes, o Poder Público pode mais facilmente provar irregularidades caso consiga demonstrar que os participantes da licitação discutiram o conteúdo das propostas, sem necessariamente terem chegado a um acordo, e, por meio do Ministério Público, denunciar os partícipes por *falsidade ideológica*.<sup>18</sup>

Se, por um lado, esse instrumento pode facilitar a imposição de penalidades em caso de práticas que distorçam a concorrência, por outro não impõe ônus aos licitantes que ajam corretamente no mercado. Apenas aqueles que discutem o teor de suas propostas com concorrentes é que ficarão preocupados, o que certamente incentivará no futuro maior aderência às regras que garantem a integridade dos processos de licitação.

Recomendação: O Governo deve articular-se para que as seguintes mudanças legislativas sejam incorporadas ao PLC 32/2007:

(i) O art. 27 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso:

“Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

.....

VI – declaração pelo licitante de que o conteúdo de sua proposta foi elaborado de maneira independente, não tendo sido comunicado a, discutido com ou recebido de qualquer outro licitante, potencial ou atual, e de que tal conteúdo não será comunicado

---

<sup>16</sup> “Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.”

<sup>17</sup> “Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

VIII - combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa;”

<sup>18</sup> Código Penal, Art. 299 “Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular.”

a ou discutido com qualquer outro licitante antes da adjudicação do objeto da licitação” (NR)

(ii) O art. 4º da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, passa a ter a seguinte redação:

“Art. 4º.....:

.....

XIII - a habilitação far-se-á:

a) com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso;

b) com a comprovação de que o licitante atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira;

c) com apresentação de declaração pelo licitante de que o conteúdo de sua proposta foi elaborado de maneira independente, não tendo sido comunicado a, discutido com ou recebido de qualquer outro licitante, potencial ou atual, e de que tal conteúdo não será comunicado a ou discutido com qualquer outro licitante antes da adjudicação do objeto da licitação;” (NR)

## 7. Conclusão

Ante as considerações acima, a SDE, por meio de sua CGCP, recomenda que o Governo se articule para os seguintes dispositivos do PLC 32/2007 **não sejam aprovados** a redação proposta para os seguintes dispositivos legais (alterados ou inseridos):

- (i) Art. 43, § 11 da Lei nº 8.666/93 (inversão parcial de licitações de obras e serviços de engenharia);
- (ii) Art. 4º, § 2º da Lei 10.520/02 (cadastro prévio de fornecedores em caso de pregões de obras e serviços de engenharia);
- (iii) Art. 34, § 4º da Lei nº 8.666/93 (participação de sindicatos no acompanhamento e fiscalização de cadastro de fornecedores);
- (iv) Art. 36, § 3º da Lei nº 8.666/93(cadastro prévio de fornecedores em caso de licitações de grande vulto); e
- (v) Art. 56, §§ 3º e 6º da Lei nº 8.666/93 (garantia mínima de 4% e garantia adicional em caso de contratações arriscadas).

Por fim, recomenda-se que o Governo se articule para a inserção de dispositivos legais propostos no item 6 acima, a **fim de se exigir declaração de independência de proposta por parte de licitantes.**

\* \* \* \* \*