



MODALIDADES DE LICITAÇÃO E CARTÉIS NO BRASIL

César Mattos

Área IX

Política e Planejamento Econômicos, Desenvolvimento
Econômico, Economia Internacional

ESTUDO

Agosto/2014



Câmara dos Deputados
Praça dos Três Poderes
Consultoria Legislativa
Anexo III - Térreo
Brasília - DF

SUMÁRIO

Resumo	3
I) Introdução	3
II) Teoria Econômica Básica de Cartéis	4
III) As Modalidades de Licitação no Brasil e Bid-Rigging	5
III.1) As Modalidades da Lei 8.666/93	5
III.2) O Pregão Presencial	6
III.3) Pregão Eletrônico	10
III.4) O Regime Diferenciado de Contratação (RDC)	12
IV) Conclusão	15
Referências	17

© 2014 Câmara dos Deputados.

Todos os direitos reservados. Este trabalho poderá ser reproduzido ou transmitido na íntegra, desde que citados(as) o(a) autor(a) e a Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados. São vedadas a venda, a reprodução parcial e a tradução, sem autorização prévia por escrito da Câmara dos Deputados.

Este trabalho é de inteira responsabilidade de seu(sua) autor(a), não representando necessariamente a opinião da Câmara dos Deputados.

MODALIDADES DE LICITAÇÃO E CARTÉIS NO BRASIL

César Mattos

RESUMO

A Lei 8.883/93, chamada “lei de licitações”, contém as principais regras para as compras do governo no Brasil. Algumas mudanças-chave nas regras de licitação, porém, foram introduzidas desde 2002, alterando o próprio formato do leilão de compras públicas. Nosso objetivo neste artigo será analisar o impacto da evolução das regras sobre licitações no Brasil sobre a facilitação de cartéis com base na teoria econômica dos leilões. Não é claro em que medida as novas regras tornaram as licitações no Brasil menos vulneráveis à ação dos cartéis

Key words: bid-rigging, procurement law, auctions

JEL: L41, K21, K42

I) INTRODUÇÃO

A Lei 8.883/93, chamada “lei de licitações”, contém as principais regras para as compras do governo no Brasil. São comuns as críticas de que esta legislação engessa em demasia o espaço de ação do gestor público e muitas vezes aumenta em lugar de reduzir o custo do governo.

Não foi por outra razão que o governo empreendeu mudanças significativas na legislação ao longo da década passada, alterando o formato do leilão com a legislação do pregão presencial (Lei 10.520/2002) e eletrônico (Decreto 5.450/2005), além de uma flexibilização, ainda que seletiva (copa do mundo, olimpíadas, PAC, dentre outros), introduzida pela Lei 12.462/2011 que criou o Regime Diferenciado de Contratação (RDC).

Apesar das estritas amarras da legislação que deveriam inibir fraudes dos mais diversos tipos, há uma percepção generalizada de que as licitações no Brasil são alvo da ação de cartéis e de direcionamento.

É cediço na teoria econômica dos cartéis em licitações, chamados de *bid-rigging*, que as regras do certame, em especial o tipo de leilão, oral aberto ou selado, fazem grande diferença na predisposição para o cartel.

Nosso objetivo neste artigo é analisar o sistema de licitações brasileiro desde a Lei 8.666/93, passando pelo pregão e agora o RDC, da perspectiva da predisposição ao arranjo cartelizado. Em especial, a questão principal é em que medida esta evolução das regras de licitação no Brasil facilitou ou dificultou os cartéis no Brasil.

Nosso foco serão as licitações para compras de bens e serviços pela administração pública no Brasil, embora boa parte da análise também se aplique às licitações para contratação de obras e contratos de concessão.

Na próxima seção apresentamos uma síntese da teoria econômica dos cartéis em leilões. Na seção III analisamos as modalidades de licitação no Brasil à luz desta teoria econômica. A seção IV conclui.

II) TEORIA ECONÔMICA BÁSICA DE CARTÉIS

A despeito de o cartel ser possível em qualquer forma de leilão, há tipos com maior predisposição à colusão que outros. Muito do incentivo a desviar do cartel depende de como a informação sobre este desvio permite ou não uma reação tempestiva dos players que cooperam no arranjo, punindo o agente que não coopera. Quanto mais o leilão permitir que os players que cooperam detectem e punam imediatamente desvios do comportamento cartelizado, mais se viabiliza o funcionamento do cartel.

O mecanismo de leilão mais vulnerável a cartéis é o oral aberto. No caso de compras do governo, os *players* vão dando lances descendentes até chegarem a um valor em que apenas um player está disposto a continuar no certame. A razão para esta maior vulnerabilidade é que todos os players são capazes de observar simultaneamente os lances uns dos outros ainda em tempo de cobrirem propostas que estejam fora dos valores combinados em um eventual cartel. Qualquer tentativa de desvio do comportamento cartelizado pode ser detectada e “punida” imediatamente dentro do mesmo certame: basta os concorrentes que não “deveriam” ganhar fazerem lances fora do combinado que o concorrente que “deveria” ganhar pode imediatamente responder com lances ainda menores. Como todos antecipam que se tentarem desviar do combinado serão imediatamente retaliados, isso implica maior incentivo a cooperar no cartel.

Já nos leilões selados de primeiro preço a tentação a desviar é bem maior, pois não há oportunidade de reação do concorrente que “deveria ganhar” a eventuais comportamentos desviantes dos concorrentes que “não deveriam ganhar”. Assim, um *player* não

cooperativo pode acabar ganhando o leilão por um preço um pouco inferior ao da proposta ganhadora. Quanto maior for o lucro esperado do licitante, maior a tentação ao desvio. Conforme Klemperer (2004) *“a first-price sealed bid is usually much more robust to collusion: bidders cannot “exchange views” through their bids, or observe opponent’s bids until after the auction is over, or punish defection from any agreement during the course of the auction, or easily deter entry”*.

Um outro ponto importante é que leilões selados de primeiro preço atraem mais a entrada de novos players do que os orais abertos. Isto porque nos leilões selados há alguma chance dos agentes menos eficientes ganharem o certame, dado que, por ser apenas um lance, os mais eficientes não têm uma segunda chance de reagir para superar o lance ganhador, o que não acontece nos leilões orais abertos. Esta maior facilidade de entrada por si só introduz mais um elemento a dificultar a vida do cartel no leilão selado de primeiro preço.

Em síntese, leilões orais abertos são mais susceptíveis a cartel do que os selados de primeiro preço.

Passamos na próxima seção à análise das modalidades de licitação previstas no Brasil e a predisposição ao cartel com base no tipo de leilão.

III) AS MODALIDADES DE LICITAÇÃO NO BRASIL E BID-RIGGING

III.1) As Modalidades da Lei 8.666/93

As cinco modalidades de licitação no Brasil conforme o art. 22 da Lei 8.666/93 são: 1) concorrência; 2) tomada de preços; 3) convite; 4) concurso e; 5) leilão¹.

A penúltima modalidade é específica à escolha de trabalhos para premiação enquanto a última diz respeito à venda e não à compra de bens e serviços. Assim, nosso foco de análise de aquisição de bens e serviços se restringe às três primeiras. Todas estas são feitas por leilão selado de primeiro preço, o que implica que a probabilidade de cartel seria a mesma entre elas e menor do que seria no caso de um leilão oral aberto descendente. A questão relevante é se haveria alguma característica intrínseca às três modalidades de licitação que predisporia uma modalidade de licitação mais ao cartel do que as outras

Entendemos que não. Nenhuma das três restringe o número de licitantes. Cada modalidade está ligada ao valor das compras e aquisições: até 80 mil Reais para convite, até 650 mil Reais para tomada de preços e acima de 650 mil Reais para concorrência.

¹ Do ponto de vista da teoria econômica todas as modalidades são leilões o que não deve ser confundido com esta modalidade específica prevista em lei.

Conforme o § 1º do art. 22 da Lei 8.666/93, “Concorrência” é “a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto”.

Já a “Tomada de preços” descrita no §2º do art. 22 é “a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação”. A diferença da concorrência em relação à tomada de preços seria a exigência nesta última de cadastramento no órgão público. Como não é difícil de se realizar tal cadastramento, podendo inclusive se utilizar de cadastro de outros órgãos públicos, não se trata de barreira à entrada relevante que poderia ajudar na sustentação de um cartel.

A modalidade “convite” é utilizada para licitações mais simples, podendo ser considerada a princípio um pouco mais restritiva, pois limita o convite a três empresas. No entanto, pode-se contar com mais empresas que as “convidadas”, pois se “afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 horas da apresentação das propostas” (§ 3º, art. 22 da Lei 8.666/93). Ou seja, a modalidade “convite” facilita a vida de quem é convidado, pois este não precisa correr atrás da informação do edital que vai até ele, mas não limita o número de concorrentes.

A principal característica relevante para nós e que é comum às três modalidades da Lei 8.666/93 é o fato delas se basearem em um leilão selado de primeiro preço, menos propenso à cartelização.

III.2) O Pregão Presencial

Em 2002, promulgou-se a Lei 10.520/2002 que introduziu o pregão (ou pregão presencial), um mecanismo de leilão em dois estágios. No primeiro ocorre um leilão selado de primeiro preço em que os licitantes entregam os envelopes fechados contendo o lance de preço, tal como nas três modalidades acima descritas da Lei 8.666/93.

No segundo estágio, adota-se um leilão aberto descendente com parte dos licitantes do primeiro estágio. Os agentes que participarão do segundo estágio incluem o autor da oferta de valor mais baixo e os autores das ofertas com preços até 10% (dez por cento) superiores àquela (inciso VIII, art. 4º da Lei 10.520/2002). Não havendo pelo menos 3 (três) ofertas dentro dos 10% de intervalo, poderão os autores das melhores propostas, até o máximo de 3 (três), participar do segundo estágio e oferecer novos lances orais e sucessivos no leilão descendente (inciso IX do art. 4º). Os players que passarem para o segundo estágio fazem novos lances, a partir do menor valor da primeira fase.

O segundo estágio de leilão oral aberto descendente define uma oportunidade para cartelização mais significativa. No entanto, o pregão presencial também conta

com o primeiro estágio de leilão selado de primeiro preço que dificulta o comportamento cartelizado. O resultado do primeiro estágio já pode ter gerado desvios que comprometem a confiança recíproca dos licitantes no segundo estágio. De qualquer forma, para quem “sobrou” após o primeiro estágio, os incentivos passam a ser de sustentar a colusão no segundo estágio. Se existirem poucos licitantes desde o primeiro estágio, digamos três ou dois, o primeiro estágio se torna redundante, pois todos já estão automaticamente “classificados” para o segundo estágio, independente do que façam no primeiro. Os lances do primeiro estágio não teriam “custos” dados pelo risco de desclassificação. A competição acontece mesmo é no segundo estágio e o leilão na prática é oral aberto. Já para um número maior de licitantes, ao não se garantir a participação no segundo estágio, instabiliza-se o eventual cartel no primeiro estágio.

Uma outra inovação importante do pregão presencial foi a inversão das fases da licitação. Pela Lei 8.666/93 todos licitantes devem se habilitar previamente ao certame. Pelo inciso XII do Art. 4 da Lei 10.520/2002, a verificação da habilitação ocorrerá apenas para o vencedor, o que reduz o custo operacional da licitação tanto para o Estado quanto para os licitantes. Conforme Rezende (2011) quando a habilitação é verificada antes do leilão *“todos os licitantes têm potencial interesse de afastar da disputa seus adversários com base em impugnações dos documentos de habilitação. Assim, há espaço para se deflagrar uma guerra de todos contra todos, com multiplicação de recursos contra a habilitação de cada licitante. Esse quadro se modifica significativamente com a inversão de fases, pois, uma vez conhecido o autor da melhor proposta, os eventuais recursos serão dirigidos apenas contra ele, poupando à Administração e aos próprios licitantes tempo e recursos.”* No caso de cartel, as tentativas de impugnar concorrentes deverão ser direcionadas para os não membros do conluio.

O fato é que esta redução do custo para os licitantes reduz barreira à entrada permitindo um número maior de competidores, o que por si só dificulta a cartelização. Ademais, conforme Ceccato (2012), a inversão de fases, seria positiva para diminuir a possibilidade de cartelização, *“pois um procedimento célere, que no mais das vezes encerra sua fase externa em um mesmo dia, praticamente nulifica a captação de agentes no decorrer do certame.”* Ou seja, como os cartéis representam um esforço de ação coletiva bastante complicado, com grande espaço para comportamento *free-rider* na linha clássica de Mancur Olson (1965), todas as medidas que tornam o procedimento mais célere diminuem o tempo disponível para a organização do arranjo, o que pode dificultá-lo.

No entanto, Ceccato (2012) também mostra que a inversão de fases abre espaço para uma estratégia cartelizante quando associada ao mecanismo introduzido neste pregão presencial de filtragem de apenas três licitantes da fase de leilão selado para a de leilão aberto.

Vejam os exemplos. Três empresas (incluindo empresas fantasmas criadas apenas para a função de se fingir de licitante e fazer propostas fictícias) podem hipoteticamente entrar em conluio para inviabilizar a passagem de um quarto licitante com potencial de ganhar a licitação para a segunda fase, o que resultaria em um preço maior para a

administração. Por exemplo, se os três players em conluio fizerem propostas de \$100, \$105 e \$109, enquanto a quarta empresa independente faz uma proposta de \$111, esta última está fora do segundo estágio. Suponha que as três não façam lances na segunda fase. Se as duas empresas que fizeram os lances de \$100 e \$105 estiverem com documentos insuficientes para a habilitação, conseguiu-se afastar a quarta empresa que não integrava o cartel e a empresa que fez o lance de \$109 ganha o certame sem disputa no segundo estágio. A atuação das duas primeiras empresas se destinava apenas a desclassificar a quarta independente. Se esta última entrasse na segunda fase haveria alguma probabilidade de disputa. Naturalmente a solução deste problema seria determinar a repetição do segundo estágio do leilão toda vez que houvesse desclassificação do vencedor do certame, o que poderia ser uma importante mudança legal.

Outro problema da inversão de fases é que é sempre mais difícil recusar a habilitação *ex-post* de um licitante que já fez um preço menor do que *ex-ante*, previamente aos lances. Isto pode incrementar a presença de licitantes “aventureiros” com condutas oportunistas e que não se habilitariam se analisados antes de terem sido vitoriosos no leilão². A pressão dos licitantes perdedores *ex-post*, pela verificação adequada da habilitação, deve mitigar bastante este efeito³.

Uma novidade do pregão presencial é que, conforme o inciso XI do art. 4º da Lei 10.520/2002, o pregoeiro ainda pode ao final da fase dos lances abertos tentar negociar reduções adicionais de preços com o vencedor. Neste ponto emerge um razoável grau de discricionariedade do pregoeiro que vai decidir até onde tentará fazer cair os preços além do que já foi dado no último lance do vencedor.

Note-se que aqui há espaço para o pregoeiro direcionar o resultado da licitação se conseguir sinalizar aos licitantes que será mais ou menos rigoroso na negociação a depender de quem foi o vitorioso. Este direcionamento pode ser tanto substituto quanto complementar a um cartel. Será substituto quando a cooptação do pregoeiro por um licitante torna desnecessário todo o esforço de ação coletiva do cartel. Será complementar quando o pregoeiro direcionador estiver integrado no processo de divisão das licitações entre os membros do cartel.

Vamos assumir que o direcionamento seja complementar ao cartel. Qual seria a influência desta negociação *a posteriori* sobre a possibilidade de cartel?

Cumpra primeiro observar que se não houver preferências do pregoeiro por este ou aquele licitante e se houver uma distribuição de expectativas homogênea dos licitantes sobre o quanto o pregoeiro vai forçar um preço inferior e o pregoeiro puder observar os valores

² Assumindo que as chamadas qualificações técnica e econômico-financeiro da habilitação (inciso XIII art. 4º) sejam suficientes para afastar os oportunistas, o que não é o caso.

³ Inciso XVIII, art. 4º.

de reserva dos licitantes, a existência desta negociação pós-leilão não afeta o resultado de quem vence a licitação. Pode alterar apenas o preço final.

Vamos inicialmente supor dois licitantes A e B com custos médios ou valores de reserva para prover o bem ou serviço nos valores de, respectivamente, \$9 e \$6. Não havendo negociação pós-leilão, a perspectiva de um leilão aberto descendente é que A pare seus lances em \$ 9 e B, por ser mais eficiente, ganhe a licitação com um lance ligeiramente inferior ao ponto de parada de A em “\$9 – e”. Sendo “e” tão próximo quanto se deseje de 0, podemos fazer o último lance de B, para todos os efeitos, igual a \$9. B levaria o contrato, portanto, por \$9. O pregoeiro, como conhece os valores de reserva dos licitantes, sabe que não pode forçar além de \$ 6. Haverá uma barganha entre o pregoeiro e o último licitante com o resultado final entre \$ 6 e \$9.

Outra possibilidade é que o pregoeiro não conhece os valores de reserva e define um percentual de redução sobre quanto vai demandar de redução de preços ex-post. Vejamos como deve se alterar o comportamento dos licitantes quando se agrega a perspectiva de uma negociação adicional em que haja uma expectativa de ambos licitantes de queda de 10% no preço do último lance de qualquer um dos licitantes que for ganhador. Assumimos que o pregoeiro se compromete a realizar uma oferta *take it or leave it* em que, no caso de negativa de aceitação, ele refaz o leilão.

Como os licitantes sabem que o pregoeiro vai baixar seu lance em 10% então eles ajustam o máximo que estão dispostos a fazer de lances de acordo com esta regra. O licitante A estará disposto a fazer como lance máximo \$10, que ele sabe será renegociado pelo pregoeiro até atingir um valor 10% inferior, ou seja, \$ 9 que é o seu valor de reserva. B também ajusta seu valor máximo de lance de \$6 para \$6,66 de forma que após a renegociação se atinge um valor 10% menor, \$ 6, que é o seu valor de reserva. Nesse contexto, o lance ganhador será o de B que subirá de \$ 9 para \$10, com o pregoeiro renegociando para \$ 9, precisamente o valor do caso sem negociação adicional pós leilão. Ou seja, a negociação *a posteriori* continua não alterando nem quem será o ganhador e nem o preço final, dadas as hipóteses colocadas anteriormente.

Agora vejamos o caso de direcionamento em que haja preferência do pregoeiro por um dos licitantes. Para que fique interessante assumo que a preferência do pregoeiro é pelo menos eficiente A. Assim suponha que A tenha uma perspectiva de que o pregoeiro renegocie em 10% o seu último lance, enquanto B, que chamaremos de B' tenha uma perspectiva de que o pregoeiro renegocie em 50% o último lance. Ou seja, a preferência se revela no maior rigor esperado com que o pregoeiro deverá renegociar com B' relativamente a A. A diferença entre 50% e 10% será a medida do direcionamento nesta licitação.

Assim, o lance máximo que B está disposto a dar com uma perspectiva de renegociação de 50% do último valor de lance seria o dobro de seu valor de reserva, \$6, ou seja, \$ 12. Apesar de o mínimo que A está disposto a fazer de lance permanecer em \$ 10 (para

chegar em \$ 9), o valor do lance suficiente para vencer B será agora maior e igual a \$12. Nesse caso, a renegociação posterior do pregoeiro com o seu preferido A reduzirá o valor final em 10%, chegando a \$ 10,8. Ou seja, havendo uma preferência por um dos licitantes, o preço de equilíbrio final passa de \$ 9 para \$ 10,8. O quadro abaixo resume estes números.

Quadro I - Comportamento dos Licitantes no leilão Oral quando há a Possibilidade de Negociações Após a Fase de Lances

Licitantes	Custo Médio ou Preço de Reserva	Percentual que o pregoeiro deve renegociar sobre o preço	Máximo que está disposto a dar de lance	Lances de Equilíbrio	Preço Final do licitante vencedor
	6	10%	10	10 (para B) e 12 –e (para B')	10,8 (quando joga com B')
	6	10%	6,66	10-e	9
'	6	50%	12	2	

Em síntese, a perspectiva de renegociação pós-leilão pode aumentar em lugar de reduzir o preço pago pelo governo na presença de direcionamento da licitação.

Apesar de o pregão presencial e o seu formato em dois estágios ter sido considerado um avanço à época, não é claro em que medida facilitou ou não cartéis nas licitações públicas. A possibilidade de negociação pós-leilão, de outro lado, facilitou o direcionamento e, em caso de complementaridade com cartéis, também facilitou o arranjo.

III.3) Pregão Eletrônico

Em 2005, uma nova modalidade chamada de “pregão eletrônico” foi criada pelo Decreto 5.450/2005. Sua principal característica é ser realizada à distância por meio eletrônico, o que reduz o custo de participação de vários licitantes no certame, diminuindo a barreira à entrada e, portanto, o espaço para cartéis.

É definido no art. 4º deste Decreto que nas licitações para aquisição de bens e serviços será obrigatória a modalidade de pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica. O § 1º deste mesmo artigo define que o pregão só não será utilizado na forma eletrônica nos casos de comprovada inviabilidade, a ser justificada pela autoridade competente. O pregão eletrônico se tornou, assim, a modalidade de licitação mais importante no Brasil.

Os dois estágios do pregão eletrônico funcionam de forma similar ao da modalidade de pregão presencial: no primeiro estágio cada licitante faz um lance entregando um envelope selado com a sua proposta, com o respectivo valor, no sistema eletrônico (Comprasnet). Após a abertura dessas propostas pelo pregoeiro é iniciado o segundo estágio de leilão oral descendente. A diferença fundamental em relação ao pregão presencial é que esta segunda fase no pregão eletrônico não se restringe aos licitantes que estão dentro do intervalo de 10% acima do preço do lance mais baixo, como no pregão presencial, se estendendo para toda e qualquer proposta. Isto naturalmente enfraquece o incentivo a fazer lances para valer no primeiro estágio. Nesse contexto, pode-se afirmar que o pregão eletrônico funciona na prática como um leilão oral descendente. Ou seja, só o segundo estágio é realmente relevante no leilão, dado não haver risco de eliminação do certame se fizer um lance de preço muito alto no primeiro estágio.

Além da irrelevância do primeiro estágio, outra diferença fundamental em relação ao pregão presencial é dada no § 5º do art. 24 do Decreto n. 5.450/2005, onde apesar de os licitantes serem continuamente informados do valor do menor lance registrado, a identidade do licitante que fez este lance não pode ser realizada até que se encerre a fase de lances. Na verdade, nem o pregoeiro sabe quem deu os lances, tanto no primeiro quanto no segundo estágios, o que diminui bastante a capacidade de direcionamento ou de organização de um cartel.

Não sendo um leilão presencial, este anonimato se torna possível e faz enorme diferença em relação à probabilidade de cartéis. Dado que não se sabe quem está traindo o cartel ou mesmo se o licitante que fez o menor lance faz parte do cartel, introduz-se elemento desestabilizador do arranjo. Um licitante que integre o cartel, mas que esteja desviando do combinado pode passar despercebido e não sofrer punições. Apenas será descoberto e potencialmente “punido” nas próximas licitações o desviante que ganhar de fato a licitação e em função disto ser “descoberto”. Marshall e Marx (2010) apontam a importância da informação dos licitantes durante o leilão para os cartéis: *“As a general rule, the more information the auctioneer conveys about bidder identities, the bids submitted, and auction outcomes, the easier it is for a ring to be effective in its work of suppressing rivalry among members”*

Klemperer (2008) argumenta que o anonimato dos lances em leilões apresenta o mesmo efeito da falta de informação sobre outros players nos mercados ordinários: *“Just as in “ordinary” markets, keeping bids secret makes it harder for bidders to coordinate their activities and makes defection from a collusive agreement harder to observe and therefore more attractive. So secrecy fights collusion between bidders”*

O anonimato dificultaria ainda a comunicação entre os licitantes por meio dos próprios lances no caso de múltiplos objetos⁴.

Outra característica interessante do pregão eletrônico é que o tempo para término do segundo estágio é randômico, criado pelo sistema e independente do pregoeiro, o que torna possível que comportamentos desviantes do cartel não possam ser respondidos e punidos tempestivamente na mesma licitação. Se forem realizados lances mais agressivos e o agente que “deveria ganhar” acabar não tendo tempo para “punir” o desvio, o player desviante ganha o certame antes que o player que “deveria ganhar” esboce reação. Isto incrementa a insegurança dos licitantes cartelizados sobre o desvio, o que desestabiliza o cartel.

Em síntese, o “pregão eletrônico”, de um lado, mitigou um importante constrangimento do pregão presencial à prática de cartel quando tornou sem importância a primeira fase de leilão selado. De outro lado, ao introduzir o anonimato nos lances, o pregão eletrônico tornou mais difícil a identificação dos desviantes, instabilizando os cartéis.

Há uma percepção no setor público que o pregão eletrônico dificultou os cartéis em licitações no Brasil. O ideal, no entanto, teria sido manter a relevância do primeiro estágio, restringindo o número de licitantes que passariam para o segundo estágio de lances.

III.4) O Regime Diferenciado de Contratação (RDC)

Mais recentemente o governo promulgou a Lei 12.462/2011 que introduziu o Regime Diferenciado de Contratação (RDC) com o objetivo de flexibilizar as regras de licitação para a copa do mundo, olimpíadas, Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) do governo federal e obras no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) e Sistema Público de Ensino. Enquanto boa parte destas licitações diz respeito a obras, o RDC também se aplica às aquisições de bens e serviços nestes eventos e atividades. Alguns dispositivos do RDC apresentam efeito direto sobre cartéis.

A Lei 8.666/93 apesar de admitir o parcelamento do objeto da licitação entre licitantes, obriga a que cada parcela seja atribuída exclusivamente a um licitante (art. 23, §§ 1º e 2º). Já o art. 11 da Lei 12.462/2011 do RDC faculta a contratação de mais de uma empresa para a prestação do mesmo serviço, nos casos em que o objeto seja passível de execução de forma concorrente e simultânea, o que facilita a divisão dos ganhos de cartel dentro da mesma licitação. Esta flexibilização do RDC facilita os mecanismos de compensação que permitem o funcionamento do cartel de licitações. De outro lado, esta flexibilização pode ser eficiente quando os fornecedores disponíveis são muito pequenos.

⁴ Além do anonimato, Klemplerer (2008) sugere que se proibam lances com números quebrados, e se defina um incremento mínimo a cada lance de forma a dificultar a comunicação via lances.

O RDC flexibiliza a escolha do pregoeiro sobre se o leilão será aberto ou selado, inclusive viabilizando uma combinação de ambos, análoga aos pregões presencial e eletrônico que acontecem em duas fases. Assumindo pregoeiros honestos, esta maior flexibilização permite a formatação do leilão conforme o maior problema com o qual vai lidar. Por exemplo, se houver um grande problema de maldição do vencedor, leilões abertos são recomendáveis. Agora se o problema maior for cartel cabe um leilão com preponderância de lances fechados. No caso de leilão em dois estágios como o pregão presencial ou eletrônico, o restabelecimento da relevância do primeiro estágio de leilão fechado poderia ser uma medida anticartel importante. Em suma, este tipo de flexibilidade na escolha do tipo de leilão pode ser interessante para evitar cartéis. No entanto, como toda maior discricionariedade dada ao pregoeiro, pode também ser instrumental para direcionar a licitação.

Enquanto a Lei 8.666/93 restringe o uso do critério de melhor técnica (mesmo combinado com o critério de “menor preço”) para o caso de aquisição de “*serviços de natureza predominantemente intelectual*”⁵, o RDC amplia de forma significativa a possibilidade de sua utilização. Dada a maior subjetividade do uso do critério de “melhor técnica”, abre-se maior espaço para direcionamento e fraudes como destacado por Rezende (2011).

O maior recurso ao critério de melhor técnica, de outro lado, permite incorporar mais as questões de qualidade do bem ou serviço no critério da licitação, o que aproximaria mais a lógica das aquisições do governo com a dos indivíduos que compram bens para si próprios, os quais sempre ponderam o custo/benefício do bem ou serviço e não apenas seu preço. Atualmente, apenas por meio de uma descrição de características mínimas requeridas do bem ou serviço no edital é que se pode incluir questões qualitativas na licitação. Colocar a técnica como critério pode dar espaço aos licitantes inovarem melhor nas soluções apresentadas. A ampliação do espaço potencial do critério “técnica” nas compras públicas apresenta um claro *trade-off*: deve aumentar o preço e incrementar o espaço para direcionamento de um lado, mas permite também incorporar melhor a variável qualidade nas decisões de consumo do governo.

O RDC introduz um critério totalmente novo, que diz respeito ao lance de “maior retorno econômico” (art. 18 V). Conforme o art. 23, o critério do “maior retorno econômico” será “*utilizado exclusivamente para a celebração de contratos de eficiência, as propostas serão consideradas de forma a selecionar a que proporcionará a maior economia para a administração pública decorrente da execução do contrato*”. Ademais, o § 1º do art. 23 acrescenta que o contrato de eficiência irá remunerar o contratado pelo percentual da economia gerada.

Rezende (2011) aponta a dificuldade de se avaliar como será a aplicação prática deste tipo de contrato, sugerindo que “*poderá facilitar a ocorrência de desvios e fraudes no uso de*

⁵ Conforme art. 46 da Lei 8.666/93 “*serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos*”.

recursos públicos”. De fato, um critério como o maior retorno econômico parece conferir grande discricionariedade ao pregoeiro na calibragem da regra de definição do vencedor. Não é claro o ganho desta inovação. A ver.

O art. 6º da Lei 12.462/2011 define que o orçamento previamente estimado da contratação apenas será tornado público após a licitação. O objetivo do governo é evitar a elevação de preços e a formação de cartéis, como colocado por Rezende (2011).

A divulgação de um valor esperado pode servir, de fato, para fazer convergir as expectativas dos agentes sobre o valor do contrato. Note-se, no entanto, que isto não implica que a divulgação sempre fará convergir as expectativas dos valores para cima, que é o sentido da cartelização. A divulgação influencia os lances em relação à situação com não divulgação do RDC conforme as expectativas dos licitantes estejam abaixo ou acima dos valores daquele orçamento. Se os valores do orçamento estiverem abaixo das expectativas, sua divulgação pode trazer os lances para números mais baixos, o que depende da percepção sobre o realismo das estimativas do governo. Se tais estimativas forem consideradas realistas, a divulgação pode ter o efeito de reduzir preços e não aumentar.

O oposto ocorre com estimativas do governo mais altas que a percepção do mercado, o que parece ser a premissa do governo para a não divulgação no RDC. Neste caso, a divulgação da estimativa do governo poderia induzir uma colusão tácita ou a facilitação de uma explícita em torno deste ponto focal.

De qualquer forma, para leilões suficientemente competitivos e com um grau de informação razoável e homogêneo entre o mercado e o governo, a divulgação das estimativas não deverá fazer muita diferença.

O RDC mantém a possibilidade de o pregoeiro negociar após a fase de lances um preço melhor para a administração. Aqui, no entanto, a redação da lei sugere uma maior flexibilidade ao pregoeiro para negociar com outros licitantes que não o ganhador. Na Lei 10.520/2002 do pregão presencial, conforme inciso XVI do artigo 4º, o pregoeiro pode negociar com os outros licitantes “*se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias*”. Já na Lei 12.462, de 2011 do RDC, o parágrafo único do artigo 26 define que “*a negociação poderá ser feita com os demais licitantes, segundo a ordem de classificação inicialmente estabelecida, quando o preço do primeiro colocado, mesmo após a negociação, for desclassificado por sua proposta permanecer acima do orçamento estimado*”.

Como o ganhador na fase dos lances continua sem saber exatamente o valor do orçamento estimado, ele pode acabar sendo desclassificado por um pregoeiro interessado em direcionar a licitação a depender de como correrem as negociações.

Se o pregoeiro não puder “alterar” ex-post a estimativa e for obrigado a “revelá-la” e fazer uma *take it or leave it offer* para o ganhador não haveria este problema. O

ganhador aceitará a proposta se o seu valor de reserva for superior ao orçamento estimado e realmente ganhará a licitação após as negociações posteriores. No entanto, se o pregoeiro puder alterar *ex-post* a estimativa ou não ser obrigado a realizar uma *take it or leave it offer*, há uma possibilidade de implementar direcionamento. Por esta razão, a OCDE (2009) sugere que a estimativa do orçamento seja depositada em outra autoridade pública, que no Brasil poderia ser o Tribunal de Contas da União (TCU) ou a Controladoria Geral da União (CGU).

Para compreender melhor este ponto, assumo os mesmos licitantes A e B do quadro I acima, com preços de reserva de respectivamente \$9 e \$6. Assumo um orçamento inicial estimado de \$ 14 e que o licitante A esteja em conluio com o pregoeiro. Suponha que A dá um lance de \$20 e B ganha com um lance de \$ 19. B ganha a fase dos lances e inicia uma negociação com o pregoeiro. Naturalmente B tenta manter o valor o mais próximo possível de seu lance \$ 19. O pregoeiro pode interromper prematuramente a negociação alegando estrategicamente que não acreditava que B iria para menos que \$ 16. Passa então à negociação com A que, conhecendo o orçamento estimado de \$ 14 pela “parceria” com o pregoeiro, já chega rapidamente a este número. Se a finalização do procedimento pelo pregoeiro dependesse de uma oferta *take it or leave it* que será em \$ 14, B aceitaria chegar a este valor.

Se o pregoeiro puder alterar o valor estimado ele pode simplesmente fazer um valor de \$ 5 para B e \$ 14 para A, o que torna ainda mais fácil o direcionamento do pregoeiro para A.

Conclui-se que negociações de preços posteriores à fase de lances baseada no orçamento estimado sigiloso tornam ainda mais fácil o direcionamento, sendo que a introdução de um mecanismo com uma oferta *take it or leave it* e o depósito da estimativa do orçamento em outra autoridade seriam instrumentos para evitar isto.

Enfim, não é claro que as flexibilizações do RDC permitam reduzir o risco de cartel ou direcionamento das licitações.

IV) CONCLUSÃO

O cartel em licitações é um fenômeno comum e conhecido na experiência internacional. No Brasil, a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ) elaborou Cartilha em 2008 com orientações concretas aos administradores públicos sobre cartéis em licitações. Parte da premissa acertada de que esta é uma área em que a advocacia da concorrência pode ser promissora em um processo de conscientização dos gestores públicos sobre como funcionam tais cartéis.

Há uma percepção geral de que no Brasil há muitas fraudes em licitações. Uma grande parte delas está associada ao direcionamento do certame e corrupção, mas não necessariamente à cartelização. Naturalmente, o direcionamento puro é mais simples, pois

envolve menos partes do que o difícil problema de ação coletiva da cartelização. Cabe sempre avaliar no caso concreto se o direcionamento é complementar ou substituto à prática de cartel.

A evolução recente dos mecanismos de licitação no Brasil partiu do leilão de primeiro preço selado das modalidades de “concorrência”, “convite” e “tomada de preços” para o pregão presencial (2002) e, posteriormente, eletrônico (2005) que constituem um leilão em dois estágios, um primeiro fechado e outro aberto. O RDC, mais recente de 2011, é aplicado a eventos específicos como Copa do Mundo e Olimpíadas, mas suscita relevantes questões sobre a probabilidade de cartel e direcionamento.

A migração dos modelos baseados em leilão selado para os modelos em dois estágios dos pregões em que a fase aberta é a mais relevante pode, ao contrário do esperado, ter ampliado e não reduzido a predisposição para cartéis em licitações públicas. A não limitação do número de licitantes que passam do primeiro para o segundo estágio no pregão eletrônico, contrariamente ao pregão presencial, torna redundante, na prática, o primeiro estágio, facilitando ainda mais o conluio.

De outro lado, o anonimato dos licitantes durante o procedimento no pregão eletrônico constitui ganho significativo para evitar cartéis. Consideramos que reinstaurar a importância da primeira fase de leilão selado no pregão eletrônico seria uma garantia importante de que o efeito líquido desta modalidade de licitação seria o da inibição do cartel.

Faltam estudos quantitativos de como tais mudanças impactaram, liquidamente, a predisposição a cartéis em licitações no Brasil. A evidência mais usada pelo governo é a comparação entre preços cotados (ou pesquisados) anteriormente à licitação e o preço resultado da licitação no pregão, o que nos parece totalmente inapropriado dado que os preços cotados tendem a ser superestimados.

Uma mudança introduzida pelo pregão presencial que pode ter implicações relevantes sobre a dinâmica do leilão é a possibilidade de negociação pelo pregoeiro dos preços pagos após o fim da fase de lances. A discricionariedade introduzida por esta prática pode dar grande espaço a direcionamento e cartel. Não é claro que se constitua em flexibilização desejável da lei de licitações.

A última novidade sobre licitações no Brasil é um regime temporário, o RDC, restrito a eventos como Copa e Olimpíadas, além do Programa de Aceleração do Crescimento, o PAC.

Acreditamos que a principal inovação do RDC seja a flexibilização da escolha de qual tipo de leilão o pregoeiro vai fazer, inclusive o maior espaço para a variável “melhor técnica” em lugar de “menor preço”. Isto permite um melhor desenho da licitação específica ao problema que se entende mais relevante. O que não é claro é se os pregoeiros do setor público têm uma mínima consciência sobre as escolhas relevantes envolvidas.

Mais do que isso, se o risco de direcionamento (com ou sem cartel) for muito presente, uma maior flexibilização pode ter o efeito oposto do desejado. Em lugar de se desenhar um leilão calibrado para evitar um problema de cartel, a tendência pode ser um grande número de administradores públicos fazer o oposto.

Isto nos parece fazer parte do *trade-off* básico da lei de licitações no Brasil. De um lado, todos concordam que a Lei 8.666/93 é excessivamente burocrática, o que dificulta a tarefa do administrador público bem intencionado em fazer boas compras para o governo. De outro lado, uma prescrição precisa e mais estrita de todos os passos a serem dados pelo administrador público tende a reduzir a capacidade de direcionamento e cartel do administrador público corrupto. A flexibilização do RDC pode ser uma excelente oportunidade para testar este *trade-off* no Brasil.

REFERÊNCIAS

Ceccato, M. A.: “Cartéis em Licitações: Estudo Tipológico das Práticas Colusivas entre Licitantes e Mecanismos Extrajudiciais de Combate”. Prêmio SEAE 2012.

Klemperer, P.: “Competition Policy in Auctions and “Bidding Markets””. Chap. 16. In Buccirosi, P. ed: “Handbook of Antitrust Economics”. The MIT Press, 2008.

Klemperer, P.: “Auctions: Theory and Practice”. Princeton University Press, 2004.

Marshall, R. e Marx, L.: “The Economics of Collusion”. The MIT Press, 2010.

Motta, M.: Competition Policy: Theory and Practice. Cambridge University Press, 2005.

OCDE: Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement. 2009.

Olson, M.: “The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups.”. Harvard University Press, 1965.

Rezende, R. M.: “O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: Comentários à Lei nº 12.462”. Texto para Discussão 100. Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado. Agosto 2011.

Secretaria de Direito Econômico (SDE): Combate a Cartéis em licitações: Guia Prático para pregoeiros e membros da Comissão de Licitação.
<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={9F537202-913E-4969-9ECB->