

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
GRADUAÇÃO EM DIREITO

SARA LIMA MOREIRA

**A relevância da análise concorrencial na constituição de consórcios para participação
em licitações públicas**

Rio de Janeiro, novembro/2020

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
GRADUAÇÃO EM DIREITO

SARA LIMA MOREIRA

**A relevância da análise concorrencial na constituição de consórcios para participação
em licitações públicas**

Trabalho de Conclusão de Curso, sob a
orientação da professora **Patrícia Regina
Pinheiro Sampaio** apresentado à FGV
DIREITO RIO como requisito parcial para
obtenção de grau de bacharel em Direito.

Rio de Janeiro, novembro/2020

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
GRADUAÇÃO EM DIREITO

**A relevância da análise concorrencial na constituição de consórcios para participação
em licitações públicas**

Elaborado por SARA LIMA MOREIRA

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à FGV DIREITO RIO como
requisito parcial para obtenção de grau de
bacharel em Direito.

Comissão Examinadora:

Nome do orientador: Patrícia Regina Pinheiro Sampaio

Nome do Examinador 1: Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo

Nome do Examinador 2: Eduardo Ferreira Jordão

Assinaturas:

Patrícia Regina Pinheiro Sampaio

Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo

Eduardo Ferreira Jordão

Nota Final: _____

Rio de Janeiro, 10 de dezembro de 2020.

AGRADECIMENTOS

À minha família, sem a qual eu não estaria aqui hoje. Muito obrigada pelo apoio incondicional durante toda minha vida. Pelo esforço que vocês fizeram para que eu pudesse estar aqui hoje, em um lugar que vocês não tiveram a oportunidade de estar. Pelas portas que vocês abriram para mim. Pelo exemplo de pessoas que vocês são. Ao meu irmão, em especial, pelos abraços e beijos carinhosos, que, nos momentos mais difíceis, aqueceram meu coração.

Ao meu namorado Mateus, essa pessoa incrível que tenho o prazer de dividir a vida há mais de meia década. Obrigada pelos conselhos, pelo ombro amigo, pelo amor e por estar comigo em todos os momentos.

Às minhas queridas amigas que fiz na FGV e às que conheço antes mesmo da faculdade, por me aceitarem do jeito que eu sou e pelo apoio de sempre. Não vou mencionar nomes, para não correr o risco de favorecer mais umas do que outras, mas saibam, do fundo do meu coração, que eu não teria percorrido essa jornada sem vocês.

À professora Patrícia Sampaio, chefe e orientadora, modelo de pessoa e de profissional. Muito obrigada pelos ensinamentos, dentro e fora das salas de aula, e pelo seu suporte durante a elaboração desse trabalho.

À minha equipe no escritório Rennó, Penteado e Sampaio Advogados, com a qual tenho aprendido muito nos últimos dois anos e por meio da qual me apaixonei pelo Direito Regulatório e Concorrencial.

A todo o corpo administrativo da FGV, pela bolsa de estudos concedida, sem a qual eu não teria tido a oportunidade de estudar nessa instituição de excelência.

E, por fim, a todos os professores que tive a oportunidade de conhecer.

Muito obrigada a todos!

*“essa é a receita da vida
minha mãe disse
me abraçando enquanto eu chorava
pense nas flores que você planta
a cada ano no jardim
elas nos ensinam
que as pessoas murcham
caem
criam raiz
crescem
para florescer no final”.*

(Rupir Kaur – O que o sol faz com as flores

RESUMO

Este trabalho buscou analisar a admissibilidade de consórcios em licitações públicas que, na sistemática da atual Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011), não são mais averiguados previamente pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), diferentemente, portanto, do que ocorria durante a vigência da antiga Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 8.884/1994).

O objetivo almejado, portanto, era identificar em que momento deveria se dar a análise, pelo CADE, da constituição de consórcios em licitações públicas, de modo a identificar, se possível, o modelo que garantiria maior efetividade aos certames, seu caráter competitivo e o cumprimento dos princípios constitucionais.

Nesse sentido, foi realizada uma revisão bibliográfica a fim de compreender os pontos concernentes à formação de consórcios em licitações públicas e as questões concorrenciais inerentes ao procedimento. Posteriormente, analisou-se o entendimento jurisprudencial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e do Tribunal de Contas da União (TCU) acerca da constituição de consórcios para participar de licitações.

Por fim, a partir dos resultados obtidos, concluiu-se que o modelo anterior, em que era realizada uma análise prévia pelo órgão antitruste, não deveria ser retomado. Assim, argumentou-se que o modelo atual deveria ser mantido. Contudo, também se defendeu a necessidade de se estabelecer uma maior atribuição do CADE no processo de confecção dos editais de licitações da Administração Pública ou, ainda, de se realizar uma mudança no papel e no próprio desempenho da secretaria responsável pela advocacia da concorrência.

Palavras-chave: CADE; Consórcios; Lei nº. 8.884/1994; Lei nº. 12.529/2011; Licitações Públicas; TCU.

ABSTRACT

This paper was sought to analyze the admissibility of consortium in public procurements, which, in the current Competition Law (Law No. 12,529/2011), are no longer previously investigated by the Administrative Council for Economic Defense (CADE), differently, therefore, from what occurred during Law nº 8,884/1994.

The objective aimed was to identify whether CADE should analyze consortium arrangements to participate in public procurements, in order to identify, if possible, a model that could ensure greater effectiveness to the bids, their competitive character and compliance with constitutional principles.

In this sense, a bibliographic review was carried out to understand the points raised about the use of this instrument and the competitive issues inherent to the procedure. Subsequently, an analysis was made of the jurisprudential understanding of the Administrative Council for Economic Defense (CADE) and the Federal Audit Court (TCU) regarding the subject under analysis.

Finally, from the results obtained, the article concluded that the ideal would not be to return to the previous model, in which a previous analysis was carried out by the antitrust body. Thus, it was argued that the current model should be maintained. However, it was also argued that, in addition, CADE should have its role, in the structuring of bidding procedures, strengthened, or that at least the secretariat responsible for the competition advocacy should have its role changed.

Keywords: CADE; Consortium; Law No. 8.884/1994; Law No. 12.529/2011; Public procurement; TCU.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE OS CONSÓRCIOS	3
1.1. Conceito de consórcio.....	3
1.2. Consórcios em licitações públicas	5
1.3. Questões concorrenciais relacionadas às licitações públicas e à formação de consórcios para participação nos certames	8
1.3.1 A atuação do CADE na análise da participação de cartéis em licitações públicas e a mudança na legislação antitruste brasileira.....	13
1.3.1.1 O controle estrutural durante a vigência da Lei nº 8.884/1994	13
1.3.1.2 O controle de condutas previsto na Lei nº 12.529/2011	15
2. A FORMAÇÃO DE CONSÓRCIOS EM LICITAÇÕES PÚBLICAS E A ANÁLISE REALIZADA PELO TCU E PELO CADE.....	26
2.1. Análise de julgados do TCU e do CADE	27
2.1.1 Análise de casos do TCU	27
Parte 1	27
Parte 2	31
2.1.2 Análise de casos do CADE	34
Parte 1	34
Parte 2	37
2.2 Conclusões obtidas a partir da análise jurisprudencial	52
3. O PAPEL DO CADE (OU DA ANÁLISE CONCORRENCIAL) NA FORMAÇÃO DE CONSÓRCIOS EM LICITAÇÕES PÚBLICAS	61
CONCLUSÃO.....	69
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	72
ANEXO	83

INTRODUÇÃO

A realização de licitações pela Administração Pública não só é desejável – como forma de obter melhores preços e/ou produtos ou serviços –, como é uma obrigação imposta pela Constituição Brasileira (art. 37, XXI¹). Muitas vezes, porém, o objeto licitado não pode ser realizado por uma única empresa ou ainda são poucas aquelas que poderiam realizá-lo individualmente. Nesses casos, a ausência de consórcios levaria a uma redução na efetividade do procedimento licitatório já que, em tese, quanto maior o número de empresas ofertando o mesmo produto e/ou serviço, mais competitivas são as propostas apresentadas, o que, por sua vez, garante menores preços à Administração.

É nesse cenário que se torna importante a participação de empresas consorciadas, isto é, empresas que se juntam e se propõem a realizar o objeto licitado de forma associada, dado que, assim, haveria aumento do número de empresas (ou grupo de empresas) capazes de, efetivamente, apresentar suas propostas.

Ocorre que a constituição de consórcios tanto pode aumentar como reduzir a competitividade dos certames. Isso porque eles podem ser utilizados, inclusive, para implementação de cartéis.

Por essa razão, durante a vigência da antiga Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 8.884/1994), o consórcio vencedor de uma licitação tinha de submeter seu contrato ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)², autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, que tem como missão garantir e fomentar a livre concorrência no mercado brasileiro.

Na sistemática da atual Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011), por sua vez, a constituição de consórcios não é mais averiguada previamente pelo CADE, como ocorria anteriormente. Pelo contrário, eles somente são analisados *a posteriori*. Isso porque o parágrafo único do art. 90 da referida lei dispõe que não serão considerados atos de concentração, isto é, não são consideradas operações que devem ser notificadas previamente ao CADE, os

¹ Constituição Federal. 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.

² Conforme dispõe a súmula nº 3 do CADE, que prevê que “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”.

consórcios destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes³.

Nessa toada, o presente trabalho pretende analisar em que momento deve (ou deveria) se dar a análise, pelo CADE, da constituição de consórcios em licitações públicas, de modo a identificar, se possível, o modelo que garanta maior efetividade aos certames, seu caráter competitivo e o cumprimento dos princípios constitucionais. Analisar-se-á, portanto, se uma averiguação *a posteriori* é melhor; ou se, por outro lado, o ideal seria a realização de um exame prévio; ou ainda, se não existe melhor modelo.

Para atingir esse objetivo, inicialmente será feita uma revisão bibliográfica a fim de entender os principais pontos concernentes à formação de consórcios em licitações públicas e as questões concorrenciais inerentes ao procedimento. Posteriormente, será realizada uma análise do entendimento jurisprudencial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e do Tribunal de Contas da União (TCU) acerca da constituição de consórcios nas licitações. Por fim, a partir do entendimento jurisprudencial averiguado, serão expostas as considerações finais e, se possível, se apontará o melhor modelo para análise, pelo CADE, da constituição de consórcios em licitações públicas.

³ Lei nº 12.529/2011. Art. 90. (...) 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

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE OS CONSÓRCIOS

1.1. Conceito de consórcio

O termo “consórcio” tem origem no latim *consortium*, que compreende a junção de outras duas palavras: *consors*, que significa parceiro, e *sortis(tis)*, que significa sorte, destino (TEIXEIRA, 2017, p. 19). Dessa forma, o termo tem diversas acepções relacionadas a conceitos como união. Nesse sentido, por se tratar de palavra polissêmica, ela acaba por designar uma grande variedade de associações ou comunhão de interesses, desde a matrimonial até a empresarial (SILVA, F. 2015, p. 21 apud TEIXEIRA, 2017, p. 20).

No direito brasileiro, por exemplo, “consórcio” pode tanto indicar a união de pessoas físicas - como dispõe o Código Civil ao utilizar palavras como consorciado e consorte nos arts. 504 e 1.516, §3^o⁴, por exemplo -, como jurídicas - como dispõem, por exemplo, os arts. 278 e 279 da Lei nº 6.404/76⁵ (TEIXEIRA, 2017, p. 20). No presente trabalho, porém, importará apenas a união de pessoas jurídicas.

Nessa toada, conforme prevê o art. 278, *caput* e §1^o, da Lei nº 6.404/76⁶, consórcio é uma associação temporária entre duas ou mais pessoas jurídicas, por meio da qual as sociedades unem esforços para a consecução de um objetivo comum, sem que, contudo, percam sua independência (BITTENCOURT, 2016, p. 397).

⁴ Lei nº 10.406/02 (Código Civil). Art. 504. Não pode um condômino em coisa indivisível vender a sua parte a estranhos, se outro consorte a quiser, tanto por tanto. O condômino, a quem não se der conhecimento da venda, poderá, depositando o preço, haver para si a parte vendida a estranhos, se o requerer no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de decadência; Art. 1.516. (...) § 3º Será nulo o registro civil do casamento religioso se, antes dele, qualquer dos consorciados houver contraído com outrem casamento civil.

⁵ Lei nº 6.404/76. Art. 278. As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo. § 1º O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade. § 2º A falência de uma consorciada não se estende às demais, subsistindo o consórcio com as outras contratantes; os créditos que porventura tiver a falida serão apurados e pagos na forma prevista no contrato de consórcio. Art. 279. O consórcio será constituído mediante contrato aprovado pelo órgão da sociedade competente para autorizar a alienação de bens do ativo não circulante, do qual constarão: I - a designação do consórcio se houver; II - o empreendimento que constitua o objeto do consórcio; III - a duração, endereço e foro; IV - a definição das obrigações e responsabilidade de cada sociedade consorciada, e das prestações específicas; V - normas sobre recebimento de receitas e partilha de resultados; VI - normas sobre administração do consórcio, contabilização, representação das sociedades consorciadas e taxa de administração, se houver; VII - forma de deliberação sobre assuntos de interesse comum, com o número de votos que cabe a cada consorciado; VIII - contribuição de cada consorciado para as despesas comuns, se houver. Parágrafo único. O contrato de consórcio e suas alterações serão arquivados no registro do comércio do lugar da sua sede, devendo a certidão do arquivamento ser publicada.

⁶ Lei nº 6.404/76. Art. 278. As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo. § 1º O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.

Importante mencionar que, apesar da previsão desse tipo de consórcio estar disposta na Lei nº 6.404/76, outras sociedades, como as limitadas, por exemplo, podem se associar e formar consórcios, conforme prevê o *caput* do mencionado art. 278 (SILVA, A. 2017, p. 10).

Frise-se, porém, que consórcio não é um tipo de sociedade ou grupo de sociedade, pelo contrário, ele possui natureza puramente contratual (SILVA, A. 2017, p. 10; TEIXEIRA, 2017, p. 30). Dessa forma, não detém personalidade jurídica própria, conforme dispõe o já citado §1º do art. 278 da Lei nº 6.404/76. Não obstante, são obrigados a inscrever-se no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ) os consórcios constituídos na forma dos arts. 278 e 279 da Lei nº 6.404/76, conforme prevê o art. 4º, III da Instrução Normativa RFB nº 1863/2018⁷.

Ainda no que se refere ao caráter contratual do consórcio, vale ressaltar duas características desse tipo específico de contrato (TEIXEIRA, 2017, p. 30). Primeiro, exige-se colaboração, isto, é, trata-se de forma de uma associação por meio da qual os participantes necessariamente colaboram uns com os outros visando ao objetivo comum (TEIXEIRA, 2017, p. 32). Segundo, considerando que o objeto do consórcio será a execução de algum objetivo abrangido pelo objeto social das empresas que o formam, ele, geralmente, será um contrato empresarial (TEIXEIRA, 2017, p. 32).

São muitas as razões que ocasionam a formação de uma associação de empresas na forma de consórcio, mas elas podem ser resumidas da seguinte maneira (ESTEVEZ, 2011, p. 376 apud TEIXEIRA, 2017, p. 23):

De uma forma geral, os motivos consistem na conjugação de experiências, na reunião de recursos – sejam equipamentos, estrutura física, ferramental, pessoal especializado, capacidades financeiras, ou outros –, na otimização econômica do projeto, ou, ainda, no compartilhamento dos riscos envolvidos, que torna a associação o meio mais eficiente ou mesmo indispensável para viabilizá-lo.

Em regra, porém, o consórcio é formado com o objetivo de executar determinada(s) atividade(s) que os consorciados, por si sós, não poderiam realizar (BITTENCOURT, 2016, p. 398), como a execução de grandes obras de engenharia, acordos exploratórios de serviços de transporte, exploração de atividades minerais, dentre outros (SILVA, A. 2017, p. 10). Um exemplo é o consórcio Norte Energia, que teve por objeto a construção da atual terceira maior hidrelétrica do mundo. O referido consórcio contou com 9 (nove) empresas justamente por

⁷ Instrução Normativa RFB nº 1863/2018. Art. 4º São também obrigados a se inscrever no CNPJ: (...) III - grupos e consórcios de sociedades, constituídos, respectivamente, na forma prevista nos arts. 265 e 278 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976;

causa das dificuldades operacionais e dos investimentos necessários, com os quais nenhuma empresa, isoladamente, poderia lidar (TEIXEIRA, 2017, p. 23).

Nesse sentido, por ser um “multiplicador de oportunidades” para as empresas que o compõem, o consórcio tem importante aplicação nas licitações da Administração Pública, como passa-se a expor a seguir.

1.2. Consórcios em licitações públicas

Licitação é o processo administrativo direcionado a determinados fins (JUSTEN FILHO, 2016, p. 90), cuja realização é obrigatória (art. 37, XXI da Constituição Federal⁸) tanto pela Administração Pública quanto por outros entes especificados em lei⁹.

Nessa toada, salvo determinadas hipóteses, são precedidas de licitação “[a]s obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros” (art. 2º da Lei nº 8.666/93).

Com a sua realização, conforme prevê o *caput* do art. 3º da Lei nº 8.666/93, busca-se: (i) garantir a observância da isonomia; (ii) selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração; e (iii) promover o desenvolvimento nacional responsável¹⁰.

Todavia, para que, em sua execução, sejam atingidos os mencionados objetivos, é necessário que a licitação contenha caráter competitivo, posto que, dessa forma, conforme indica a OCDE (2012, p. 1), há (i) maior promoção da eficiência, (ii) garantia que os bens e serviços oferecidos a entidades públicas se aproximam mais de suas preferências, além de (iii)

⁸ Constituição Federal. 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.

⁹ Isso porque a Lei nº 8.666/93 dispõe que “Art. 1º (...) Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.”.

¹⁰ Lei nº 8.666/93. Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

produção de benefícios, tais como menores preços, melhoria da qualidade do serviço prestado, aumento da inovação e maior produtividade.

Por essa mesma razão, o art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 8.666/93 veda aos agentes públicos “admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo (...)”.

Além disso, por esse mesmo motivo, o inciso III, alínea *b* do art. 4º da Lei nº 4.717/1965 (Lei da Ação Popular) prevê a nulidade dos editais de licitação que contenham cláusulas restritivas da competição¹¹.

Dessa forma, é mais do que evidente que, dentro das licitações públicas, é de suma importância a garantia do caráter competitivo do procedimento.

Nesse sentido, como uma das formas de garantir maior competitividade aos certames, a Lei nº 8.666/93 prevê a possibilidade de se admitir a formação de consórcios para participação em licitações públicas¹².

Na hipótese prevista em lei, a associação entre duas ou mais pessoas jurídicas será o meio através do qual essas empresas potencializarão seus recursos e aptidões, de modo a executar o objeto a ser licitado.

A principal vantagem da participação dos consórcios em licitações diz respeito à ampliação da competitividade, isto é, aumenta-se o leque de empresas que atendem às condições impostas no edital (NIEBUHR, 2015, p. 449). Isso porque as pessoas jurídicas consorciadas possuem a liberdade de somarem aspectos relacionados à capacidade técnica e

¹¹ Lei nº 4.717/1965. Art. 4º São também nulos os seguintes atos ou contratos, praticados ou celebrados por quaisquer das pessoas ou entidades referidas no art. 1º. (...) III - A empreitada, a tarefa e a concessão do serviço público, quando: (...) b) no edital de concorrência forem incluídas cláusulas ou condições, que comprometam o seu caráter competitivo;

¹² Lei nº 8.666/93. 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. § 1º No consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira, observado o disposto no inciso II deste artigo. § 2º O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo.

qualificação econômico-financeira (NIEBUHR, 2015, p. 449). Dessa forma, empresas que, individualmente, não conseguiriam participar do certame, ao se reunirem com outras, passam a atender às condições editalícias, podendo participar da licitação. Nesse sentido, cita-se:

A exigência globalizada em uma única concorrência destinada a compra de uma variedade heterogênea de bens destinados a equipar entidade hospitalar não veda a competitividade entre as empresas concorrentes desde que o edital permita a **formação de consórcio que, ultima ratio, resulta no parcelamento das contratações de modo a ampliar o acesso de pequenas empresas no certame**, na inteligência harmônica das disposições contidas nos artigos 23, parágrafo 1 e 15, IV, com a redação do art. 33, todos da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993¹³.

Ademais, muito se argumenta que outra possível vantagem da formação de consórcios em licitações públicas seria o compartilhamento de informações entre os consorciados (OCDE, 2006, p. 29). Isso porque ao compartilharem informações particulares sobre um objeto de valor desconhecido, mas comum, os membros do consórcio conseguem chegar a uma estimativa mais precisa, de modo que podem oferecer valores mais agressivos (OCDE, 2006, p. 29).

Deve-se ressaltar, porém, que cabe à Administração Pública, quando da elaboração do edital da licitação, avaliar se permitirá, ou não, a participação de empresas em consórcio. Trata-se, portanto, de uma prerrogativa da Administração; uma autorização que possui natureza discricionária. Todavia, a decisão, tanto para admitir quanto para inadmitir a formação de consórcio, deve ser devidamente motivada, conforme entendimento já consolidado no TCU¹⁴.

Por outro lado, vale mencionar que existem situações em que, por razões de ordem técnica ou financeira, em nome do princípio da competitividade, há verdadeira necessidade de se prever tal autorização (BITTENCOURT, 2016, p. 399). Em outras palavras, existem hipóteses em que não há tanta liberdade para que a Administração Pública possa efetivamente escolher entre admitir ou inadmitir a formação do consórcio. Conforme afirma Mello (2013, p. 604) seriam os casos em que o “vulto, complexidade ou custo do empreendimento supera ou seria dificultoso para as pessoas isoladamente consideradas”. Nesse sentido, cita-se:

REPRESENTAÇÃO. CONCORRÊNCIA. TÉCNICA E PREÇO. GERENCIAMENTO DE OBRAS PORTUÁRIAS. PAC. ITAQUI/MA. POSSÍVEL RESTRIÇÃO AO CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME. CONTRATO EM PLENA EXECUÇÃO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. DETERMINAÇÕES. 1. O art. 33 da Lei de Licitações atribui à Administração a prerrogativa de admitir a

¹³ STJ, RMS nº 6.597-MS, 2ª Turma. Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Julg. 16.12.1996. DJ, 14 abr. 1997.

¹⁴ Nesse sentido, cita-se: TCU, Acórdão nº 1.165/2012, Plenário, TC 037.773/2011-9, Rel. Min. Raimundo Carreiro, 16.5.2012; TCU, Acórdão nº 2.831/2012, Plenário, TC-020.118/2012-0, Rel. Min. Ana Arraes, 17.10.2012; dentre outros.

participação de consórcios nas licitações. 2. **A regra, no procedimento licitatório, é a participação de empresas individualmente em disputa umas com as outras, permitindo-se a união de esforços quando questões de alta complexidade e de relevante vulto impeçam a participação isolada de empresas com condições de, sozinhas, atenderem todos os requisitos de habilitação exigidos no edital, casos em que a participação em consórcio ampliaria o leque de concorrentes.**¹⁵ (grifos próprios).

Frise-se, também, que é fundamental que a participação na forma de consórcios esteja expressamente prevista no edital da licitação, uma vez que na ausência de previsão sobre a matéria, entende-se pela negativa da participação de entes consorciados no certame (MOREIRA, 2004, p. 5).

Além disso, caso seja admitida a participação de empresas consorciadas na licitação, será necessário observar o disposto no art. 33 da Lei nº 8.666/93¹⁶.

Todavia, a formação de consórcio nem sempre é recomendável nos casos concretos, posto que este instrumento pode ser utilizado de forma a conduzir a resultados indesejáveis, como será exposto a seguir.

1.3. Questões concorrenciais relacionadas às licitações públicas e à formação de consórcios para participação nos certames

Conforme previamente evidenciado, o caráter competitivo dos certames é de suma importância para a própria efetividade do procedimento licitatório.

Prova disso é o fato de juristas e economistas de todo o mundo, bem como organismos internacionais, como a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)¹⁷ e a Organização das Nações Unidas (ONU)¹⁸, frequentemente debaterem o assunto, mais especificamente no que tange às potenciais restrições à concorrência em contratações públicas (CARVALHO, 2018, p. 7).

Ocorre que as próprias regras licitatórias, se elaboradas de forma imprudente, são capazes de limitar o caráter competitivo do certame (CARVALHO, 2018, p. 12-13). Há quem diga, inclusive, que o principal objetivo da política concorrencial deveria ser a luta contra restrições competitivas produzidas pela própria Administração Pública (GRAELLS, 2015, p. 7 apud CARVALHO, 2018, p. 17).

¹⁵ TCU, **Acórdão nº 1.417/2008**, Plenário, TC 007.535/2005-6, Rel. Min. Augusto Sherman, 23/07/2008.

¹⁶ Vide nota de rodapé nº 11.

¹⁷ Por exemplo: OCDE, 2007a; OCDE, 2007b.

¹⁸ Nesse sentido, cita-se: UNCTAD, 2012.

Porém, comumente, apontam-se como condutas anticompetitivas praticadas pelo Poder Público apenas as desnecessárias restrições à participação no certame licitatório e o abuso do poder de compra (CARVALHO, 2018, p. 19). Outros incluem, também, a dispensa ou inexigibilidade indevida de licitação¹⁹ e o seu direcionamento²⁰ (FIDALGO; SAMPAIO, 2020, p. 261), que podem ocorrer tanto por desídia da Administração Pública, quanto por ato de corrupção²¹.

Em consequência, observa-se que, muitas vezes, resta em segundo plano a análise do impacto das regras de participação muito abrangentes, como as que, por exemplo, não impõem restrições à formação de consórcios, as quais também podem gerar distorções competitivas provocadas pela própria Administração Pública.

Ora, há muito tempo, não há dúvida de que os consórcios facilitam a adoção, pelas empresas consorciadas, de medidas que suprimem a legítima concorrência²². Desse modo, observa-se que a formação de consórcios tanto pode fomentar quanto reduzir a concorrência em um procedimento licitatório (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 34)²³. Trata-se,

¹⁹ As hipóteses de inexigibilidade, exemplificativas previstas no art. 25 da Lei nº 8.666/93, são casos em que não há competição possível para contratação de determinado objeto. Já as hipóteses de dispensa de licitação, taxativamente previstas no art. 24 da Lei nº 8.666/93, são situações em que, apesar de em tese ser possível a realização do procedimento licitatório, o legislador optou por não a tornar obrigatória (FIDALGO; SAMPAIO, 2020, p. 261-263).

²⁰ “O direcionamento da licitação ocorre quando o administrador público do órgão licitante estabelece exigências de qualificação técnica e econômico-financeira, condições especiais que só determinada (s) empresa(s) possui (em), burlando assim a concorrência, excluindo a maioria das empresas interessadas do certame.” (SILVEIRA, 2009, p. 89-90).

²¹ “A melhor definição, no contexto analisado, é aquela que considera corrupção como o uso de cargo público para benefício particular, envolvendo sempre um agente público e um agente privado. Em outras palavras, consiste no uso do poder para obter vantagens ilícitas” (SILVEIRA, 2009, p. 87).

²² O próprio CADE, em mais de uma ocasião manifestou-se no sentido de que: “Tal entendimento não significa que o disposto no artigo 33 da Lei nº 8.666/9325 – que traz a autorização legal para a constituição de consórcios em licitações públicas – implica necessariamente uma inequívoca ameaça à competitividade nos certames. Apenas se quer, aqui, enfatizar que tal instituto – uma espécie de associação entre empresas – contém potenciais riscos para a dinâmica concorrencial das licitações públicas” (CADE, **Processo Administrativo nº 08700.001836/2016-11**, Anexo da Nota Técnica nº 4/2020, p. 15). Nesse sentido dispõe também MOREIRA, 2004, p. 20; dentre outros.

²³ Nesse sentido, cita-se também: TCU, **Acórdão nº 2.813/2004**, Primeira Câmara, TC-002.291/2004-8, Rel. Min. Relator Marcos Vinícius Vilaça, 09/11/2004; BRASIL, 2009: “23. A constituição de consórcios para o desenvolvimento de projetos contratados por meio de licitações (principalmente envolvendo obras públicas e projetos de infra-estrutura) pode ter tanto efeitos pró-competitivos quanto anti-competitivos. 24. Por um lado, o consórcio pode permitir a participação de pequenas empresas em contratações que, se não fosse pela oferta em conjunto, não lhes seria possível participar, por não disporem de recursos financeiros, técnicos ou humanos suficientes se consideradas individualmente. Assim, esse tipo de consórcio permite que um maior número de propostas sejam apresentadas ao contratante público. Por outro lado, empresas com condições de participarem sozinhas da licitação podem formar consórcios com o objetivo de eliminarem a concorrência entre si, o que possui caráter nitidamente anticoncorrencial”; CADE, **Processo Administrativo nº 08700.001836/2016-11**, Anexo da Nota Técnica nº 4/2020, p. 13-14: “A atuação de consórcios em licitações públicas pode ter efeitos pró-

portanto, de questão que precisa ser adequadamente analisada pela Administração Pública quando da edição do edital, tanto ao inadmitir como ao admitir a formação de consórcios.

O incremento da concorrência por meio da constituição de consórcios se daria nas hipóteses previamente mencionadas, por exemplo, ao possibilitar que empresas menores participem do certame (DEBROCK, 1983, p. 395) ou, ainda, quando viabiliza a execução de empreendimento de grande vulto, que não poderia ser realizado por uma só empresa (OCDE, 2007b, p. 10).

A formação de consórcios, por outro lado, tem a capacidade de reduzir a concorrência ao permitir que empresas que teriam capacidade econômica, técnica e financeira para executar, isoladamente, o objeto licitado, se associem e apresentem uma proposta conjunta (OCDE, 2007b, p. 35)²⁴.

Nos referidos casos, o consórcio não só ocasiona a apresentação de um menor número de ofertas – dado que possíveis concorrentes optaram por se unir –, como também promove ofertas mais caras que aquelas que seriam oferecidas em um cenário em que as concorrentes competiriam entre si (OCDE, 2007b, p. 34). Nessas situações, portanto, não deveria ser permitida a participação em licitações na forma de consórcios.

Há, ainda, a possibilidade de a formação do consórcio ser utilizada pelos “participantes [do acordo colusivo] para discutirem e acordarem sobre os termos anticompetitivos, ou de outra forma conspirar anticompetitivamente, bem como [para possuírem] uma maior capacidade de detectar e punir desvios que prejudicariam o conluio”²⁵. Pode ser ainda utilizada, inclusive, para

competitivos ou anti-competitivos, a depender das características do mercado e do objeto licitado. De um lado, o consórcio pode incrementar a competitividade em determinado certame, ao permitir a participação de empresas em contratações das quais, se não fosse pela oferta na forma consorciada, não poderiam participar isoladamente, por ausência de capacidade técnica ou financeira. Por outro lado, como explicitado acima, há a possibilidade de empresas – que poderiam participar sozinhas da licitação – formarem consórcio com o intuito de, ao se aliarem a potenciais competidores, eliminarem a concorrência e dividirem o mercado entre si”; dentre outros.

²⁴ Cita-se, também: CADE, **Processo Administrativo nº 08700.001836/2016-11**, Anexo da Nota Técnica nº 4/2020, p. 13-14; CADE, **Processo Administrativo nº 08700.011835/2015-02**, Anexo da Nota Técnica nº 33/2017, p. 21.

²⁵ Tradução livre do seguinte trecho “Competitor collaborations may provide an opportunity for participants to discuss and agree on anticompetitive terms, or otherwise to collude anticompetitively, as well as a greater ability to detect and punish deviations that would undermine the collusion.” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2000, p. 15).

implementação de estratégias como “divisão de mercado” e “supressão de propostas”²⁶⁻²⁷, típicas de cartéis denominados *hardcore*, cujo conceito será explicitado a seguir.

Por exemplo, (i) quando as empresas participantes do suposto cartel definem quais delas farão parte de determinado consórcio – ao qual será destinado o contrato sob disputa – e quais participarão da licitação apenas para apresentar propostas de cobertura; (ii) ou ainda quando as empresas definem qual será o único consórcio a concorrer no certame, definindo que as recompensas às demais empresas dar-se-ão nas licitações vindouras. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 7).

Os cartéis são tradicionalmente divididos em dois tipos principais: (i) *hardcore*, que também são chamados de clássicos ou institucionalizados; e (ii) *softcore*, muitas vezes denominados como difusos ou não-institucionalizados (MARTINS, 2017, p. 49).

Conforme definido formalmente pela OCDE (1998, p. 2), o cartel *hardcore* seria:

an anticompetitive agreement, anticompetitive concerted practice, or anticompetitive arrangement by competitors to fix prices, make rigged bids (collusive tenders), establish output restrictions or quotas, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce.²⁸

É esse tipo de cartel, portanto, que faz uso de estratégias como “divisão de mercado”, “supressão de propostas”, “fixação de preços”, dentre muitas outras.

Como salientando na jurisprudência do CADE:

[...] Este tipo de cartel opera através de um mecanismo de coordenação institucionalizado, podendo ser reuniões periódicas, manuais de operação, princípios de comportamento etc. Isto é, sua ação não decorre de uma situação eventual de coordenação, mas da construção de mecanismos permanentes para alcançar seus objetivos²⁹.

Em vista disso, também resta pacificado o entendimento de que, para que seja constatada sua existência, 7 (sete) elementos precisam ser comprovados, quais sejam:

1) ser institucional; 2) ser perene; 3) ter estrutura organizacional para a operacionalização do cartel; 4) ter mecanismos de punição e bonificação para os membros; 5) fazer esforços pela ocultação e percepção da ilicitude; 6) distribuir

²⁶ Na divisão de mercado, os membros do cartel dividem um conjunto de licitações entre eles, ao passo que na supressão de propostas, combina-se que alguns membros deixarão de apresentar lance no certame, de modo a favorecer determinado membro, previamente escolhido (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 21-22).

²⁷ CADE, **Processo Administrativo nº 08700.001836/2016-11**, Anexo da Nota Técnica nº 4/2020, p. 14.

²⁸ O referido trecho pode ser traduzido como “um acordo anticompetitivo, uma prática anticompetitiva concertada ou um arranjo anticompetitivo entre concorrentes para fixar preços, fraudar licitações (propostas colusivas), estabelecer restrições na oferta ou quotas, ou dividir mercados por meio de alocação de clientes, fornecedores, área geográfica ou linhas de comércio” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 12).

²⁹ CADE, **Processo Administrativo nº 08012.002127/2002-14**, Voto do Conselheiro Relator Luiz Carlos Delorme Prado. Popularmente conhecido como “Cartel das britas”.

projetos buscando manter as participações de mercado e 7) fazer esforço para dificultar a atuação ou excluir players não alinhados.³⁰

Por outro lado, tem-se também os cartéis *softcore*, que seriam:

(...) um ato de coordenação da ação entre empresas com objetivo similar ao do cartel clássico, mas de caráter eventual e não institucionalizado. Esse é o caso quando um grupo de empresas decide reunir-se para coordenar um aumento de preço, muitas vezes em função de um evento externo que as afetou simultaneamente. Isto é, tal ação pode ser considerada eventual e não decorreu de uma organização permanente para coordenar as ações das empresas envolvidas.³¹

Considerando que os cartéis *hardcore* são tão “susceptíveis de prejudicar a concorrência e não ter nenhum benefício pró-competitivo significativo que não garantem o tempo e as despesas necessários para uma investigação particularizada de seus efeitos”, estes são analisados, pelos órgãos antitruste, a partir da regra *per se*, dado que, uma vez identificados, são considerados, de pronto, ilegais e não admitem justificativas³².

Já os cartéis *softcare*, por outro lado, por serem, em tese, menos gravosos, são analisados pela regra da razão, que “envolve uma investigação concreta sobre o efeito competitivo geral da prática”³³. Trata-se de entendimento defendido no âmbito do Conselho e na própria comunidade internacional³⁴.

³⁰ CADE, **Processo Administrativo nº 08700.001859/2010-31**, Voto da Conselheira Relatora Paula Farani de Azevedo Silveira.

³¹ Idem.

³² Trecho livremente traduzido. O texto original dispõe o seguinte: “Certain types of agreements are so likely to harm competition and to have no significant procompetitive benefit that they do not warrant the time and expense required for particularized inquiry into their effects. Once identified, such agreements are challenged as per se unlawful. All other agreements are evaluated under the rule of reason, which involves a factual inquiry into an agreement’s overall competitive effect. (...) ***Agreements Challenged as Per Se Illegal***. (...) The Agencies challenge such agreements, once identified, as per se illegal. Types of agreements that have been held per se illegal include agreements among competitors to fix prices or output, rig bids, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce. The courts conclusively presume such agreements, once identified, to be illegal, without inquiring into their claimed business purposes, anticompetitive harms, procompetitive benefits, or overall competitive effects.” (grifos originais) (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2000, p. 3-4).

³³ Trecho que também foi livremente traduzido. O texto original dispõe o seguinte: “(...) ***Agreements Analyzed under the Rule of Reason***. Agreements not challenged as per se illegal are analyzed under the rule of reason to determine their overall competitive effect. These include agreements of a type that otherwise might be considered per se illegal, provided they are reasonably related to, and reasonably necessary to achieve procompetitive benefits from, an efficiency-enhancing integration of economic activity. (...) Rule of reason analysis entails a flexible inquiry and varies in focus and detail depending on the nature of the agreement and market circumstances” (grifos originais) (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2000, p. 4).

³⁴ Nesse sentido, cita-se: “Desta forma, enquanto a lógica econômica e o que faz a comunidade internacional antitruste em geral relacionam análise per se (ou por objeto, de acordo com a lei nº 12.529/2011) a carteis *hardcore*; a análise de casos de soft carteis devem ser feitas pela regra da razão (ou por efeitos, de acordo com a lei nº 12.529/2011). É o que acontece com casos no setor de saúde, por exemplo, em que se observa às vezes poder compensatório”. (grifos originais) (CADE, **Processo Administrativo nº 08700.001859/2010-31**, Voto da Conselheira Relatora Paula Farani de Azevedo Silveira).

Em vista do exposto, verifica-se que a formação de consórcio geralmente é utilizada como uma das estratégias para implementação de cartéis *hardcore*, já que é mais fácil, por exemplo, dividir o mercado em dois ou três consórcios do que em várias empresas. Por essa mesma razão, sua utilização facilita, ainda, a imposição de mecanismos de monitoramento.

A aplicação de estratégias como as supracitadas – *i.e.* “divisão de mercado”, “supressão de propostas” e “fixação de preços” - necessariamente reduz a competitividade dos certames. Por exemplo, considerando um sobrepreço médio de 20% em cartéis em licitações, a Administração Pública pagaria, em média, 3% a 4% a mais de seu PIB ao adquirir produtos e/ou serviços na presença de cartéis (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 19).

Vale ressaltar, ainda, que a implementação de medidas como as citadas é facilitada em mercados em que há certa previsibilidade de ocorrência dos certames e os produtos ou serviços são similares entre si (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2019, p. 45). Nesses casos, existem verdadeiros incentivos para que, em vez de participarem individualmente, as empresas formem consórcios, com uma margem de preço superior ao cenário competitivo.

Dessa forma, observa-se que a formação de consórcio, quando realizada dentro dos parâmetros legais e da própria lógica comercial, é uma prática admitida legalmente, que constitui importante instrumento para realização de determinadas licitações³⁵. Todavia, quando sua finalidade é desvirtuada, ele pode ser utilizado, até mesmo por membros de um cartel, como mecanismo de implementação de estratégias anticompetitivas³⁶.

1.3.1 A atuação do CADE na análise da participação de cartéis em licitações públicas e a mudança na legislação antitruste brasileira

1.3.1.1 O controle estrutural durante a vigência da Lei nº 8.884/1994

A questão concorrencial inerente à formação de consórcios em licitações é tão inquietante que, à época da Lei nº 8.884/1994 (antiga Lei de Defesa da Concorrência), o CADE fixou o entendimento de que, com base no art. 54, §3º da referida lei, os consórcios vencedores de licitações públicas precisavam ser notificados como atos de concentração, para sua

³⁵ CADE, **Processo Administrativo nº 08700.001836/2016-11**, Anexo da Nota Técnica nº 4/2020, p. 15

³⁶ *Idem*, p. 14-15.

apreciação, através da até então existente Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça³⁷.

Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE. (...)

§ 3º Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ (quatrocentos milhões de reais). (Vide Medida Provisória nº 2.055-4, de 2000) (Redação dada pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

§ 4º Os atos de que trata o caput deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao CADE e outra à Seae. (Redação dada pela Lei nº 9.021, de 30.3.95) (grifos próprios)

O referido entendimento foi, inclusive, objeto da súmula nº. 3 do CADE, que previa o seguinte: “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”.

Naquela época, as operações de formação de consórcio para participação em licitações eram notificadas, conforme entendimento supramencionado, e analisados por meio de um procedimento sumário, em razão da previsão do inciso X do art. 6º da Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 01/2003³⁸.

O exame realizado buscava verificar, principalmente, se as empresas consorciadas teriam condições de apresentar, isoladamente, proposta para a execução do projeto que estava sendo contratado pela respectiva licitação (BRASIL, 2009, p. 7).

³⁷ Com a edição da Lei nº 12.529/11, a SDE foi extinta. Cabe atualmente à Superintendência-Geral (SG) parte das funções que eram realizadas pela SDE, dentre elas a instrução e parecer em atos de concentração. Disponível em <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/concorrenca/combate-a-carteis-em-licitacoes-26072017>>. Acesso em 03/06/2020.

³⁸ Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 01/2003. Art. 6º O Procedimento Sumário poderá ser aplicado, a critério das Secretarias, às seguintes categorias de operação: (...) X - outros casos: casos que, apesar de não abrangidos pelas categorias anteriores, forem considerados simples ou suficiente, a critério das Secretarias, a ponto de não merecerem uma análise mais aprofundada. (Inciso acrescentado pela Portaria SEAE/SDE nº 8, de 02.02.2004, DOU 04.02.2004)

Quanto mais fortes fossem as evidências de que uma ou mais das empresas consorciadas teriam tais condições, maior era a preocupação com os potenciais aspectos anticompetitivos do consórcio (BRASIL, 2009, p. 7).

Nesse cenário, verifica-se que, durante à vigência da Lei nº 8.884/94, o CADE realizava controle estrutural da formação de consórcios para participação em licitações públicas, dado que tal prática estava listada dentre os atos de concentrações empresariais que poderiam limitar ou prejudicar a concorrência e, por isso, precisavam ser submetidos à apreciação do Conselho. Contudo, como será exposto a seguir, o controle estrutural dos consórcios não foi mantido com a edição da Lei n.º 12.529/11.

1.3.1.2 O controle de condutas previsto na Lei nº 12.529/2011

Como introduzido anteriormente, sob a vigência da Lei nº 12.529/11 (nova Lei de Defesa da Concorrência), o controle estrutural dos consórcios não foi mantido. A Lei continua analisando os considerados “atos de concentração”, doravante como condição prévia à sua consumação (art. 88, §§2º e 3º, Lei nº 12.529/11)³⁹. Todavia, o diploma legislativo dispôs, expressamente, que os consórcios destinados às licitações promovidas pela Administração Pública e aos contratos delas decorrentes não serão considerados atos de concentração.

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. (grifos próprios)

Vale mencionar, porém, que a isenção contida no parágrafo único do art. 90 não estava prevista no projeto original da nova Lei de Defesa da Concorrência⁴⁰. Na verdade, ela foi resultado de uma subemenda à Emenda da Plenário nº. 37, de relatoria do Senador Francisco Dornelles, da Comissão de Serviços de Infraestrutura do Senado.

³⁹ Lei nº 12.529/11. Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: (...) § 2º O controle dos atos de concentração de que trata o caput deste artigo será prévio e realizado em, no máximo, 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda.

⁴⁰ Na Câmara dos Deputados pode-se encontrar o projeto da nova lei sob a terminologia “Projeto de Lei n.º. 5.877/2005”. No Senado Federal, por sua vez, o referido projeto pode ser encontrado com o termo “Projeto de Lei da Câmara nº. 6, de 2009”.

A justificativa apresentada pelo relator para essa previsão foi a seguinte:

[As alteração das redações] ao inciso IV do art.90 e parágrafo único, por sua vez, são medidas salutares, porque não se deve exigir a apresentação ao CADE de certo tipo de contrato associativo, caracterizado como consórcio ou joint venture, constituídos para a realização de empreendimento específico com prazo determinado e comumente utilizado para a participação de empresas em licitações, já que tal consórcio lida com prazos para habilitação e julgamento de propostas bem inferiores aos necessários para que o CADE autorize a operação. Ademais, o regime legal dos contratos oriundos de processos licitatórios já assegura, por sua própria natureza, a competitividade e a livre concorrência, não cabendo outra análise a propósito do mesmo tema.⁴¹

Desse modo, a partir dessa disposição, os consórcios para fins de participação em licitação não precisam mais ser notificados ao CADE quando da formação do acordo, conforme esclarece a própria autarquia:

O consórcio é definido por meio da celebração de um contrato entre as empresas participantes. Não há a criação de uma nova pessoa jurídica própria, nem as empresas que participam do consórcio tem suas personalidades jurídicas modificadas. Há a formação de um acordo, normalmente entre concorrentes, para a realização de uma atividade. Por isso, os consórcios devem ser notificados ao CADE, conforme consta no art. 90, IV, da Lei 12.529/1192. Contudo, o próprio artigo, no seu parágrafo único, destaca que “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”. **Assim, a Lei 12.529/11 afastou a necessidade de notificação ao CADE do consórcio entre empresas para a participação em licitações públicas.**⁴² (grifos próprios).

No entanto, importante frisar que os consórcios entre empresas para a participação em licitações públicas não deixaram de poder ser analisados pela entidade. Atualmente, eles podem ser examinados do ponto de vista estrutural, pelo CADE, com base no art. 88, §7º da Lei⁴³, que prevê que, mesmo em casos de atos de concentração que não precisem de notificação prévia, no prazo de 1 (um) ano a contar da respectiva data de consumação, o CADE pode requerer a submissão da operação. Nesse sentido, veja-se:

Embora seja competência discricionária do órgão licitante a autorização para que concorrentes atuem em consórcio em determinada licitação, é certo que tal discricionariedade – que, segundo os órgãos de controle, sequer é absoluta – não afasta a possibilidade de os órgãos de defesa da concorrência analisarem a formação de consórcios como elemento contextual que informa o mercado sob investigação – no

⁴¹ Parecer do Senador Francisco Dornelles, da Comissão de Serviços de Infraestrutura do Senado. Disponível em <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3933809&ts=1594039786635&disposition=inline>>. Acesso em 21/10/2020.

⁴² CADE, **Processo Administrativo nº 08700.011835/2015-02**, Anexo da Nota Técnica nº 33/2017, p. 57.

⁴³ Lei nº. 12.529/11. Art. 88 (...) § 7º É facultado ao Cade, no prazo de 1 (um) ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem no disposto neste artigo.

caso, determinada licitação ou conjunto de licitações – pelo enfoque da ponderação de riscos que tal instituto pode trazer ao potencial de competitividade do certame e à conduta das empresas licitantes. Ou seja, **mesmo sendo o consórcio figura jurídica lícita, e mesmo tendo sido ela autorizada pelos órgãos licitantes em um determinado certame, nada impede que o Cade analise as condições em que foi utilizada** e, do ponto de vista da Legislação de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011 e sua antecessora, Lei nº 8.884/94), conclua pela sua irregular utilização pelas empresas licitantes como meio de restringir a concorrência.⁴⁴ (grifos próprios).

Esta isenção de notificação não significa que os consórcios celebrados para a participação de licitações públicas não possam ter efeitos anticompetitivos. **Indica apenas que não é necessária uma análise prévia pela autoridade antitruste para a sua consumação, mas não a isenta de não poder cometer as infrações indicadas no artigo 36 da mesma Lei.** Se a formação do consórcio teve como objetivo precípua a redução da concorrência sem justificativas técnicas em termos de geração de eficiências, com potencial aumento de práticas abusivas, como a discriminação de preços, ela deve ser analisada sob o ponto de vista de sua potencialidade de gerar efeitos negativos à concorrência.⁴⁵ (grifos próprios).

Ocorre que, como o art. 88, §7º da Lei prevê apenas uma faculdade ao CADE, pode-se afirmar que o efetivo controle estrutural, de natureza obrigatória, da formação de consórcios para participação em licitações públicas não existe mais na vigência da nova Lei.

Contudo, a nova Lei, em seu art. 36, I, dispõe que constituem infração da ordem econômica os atos que possam limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência⁴⁶. Sendo assim, com base nesse dispositivo, caso sejam identificados indícios de consórcios utilizados para fins colusivos – com a implementação de estratégias como “divisão de mercado”, “supressão de propostas” e “fixação de preços”, previamente citadas neste trabalho –, o órgão poderá instaurar, por exemplo, inquéritos administrativos, a fim de investigar a conduta. Verifica-se, portanto, que a nova Lei previu, no que tange à formação de consórcios e várias outras práticas, que, em um primeiro momento, não suscitam questões concorrenciais, a realização de um controle de condutas, e não mais de estruturas.

O controle de condutas, diferentemente do controle de estruturas, averigua, como o próprio nome já indica, os atos que tenham, possivelmente, infringido a higidez da ordem econômica. Portanto, enquanto no controle estrutural tem-se uma atuação *ex ante*, no controle de condutas tem-se uma atuação *ex post*.

⁴⁴ CADE, **Processo Administrativo nº 08700.001836/2016-11**, Anexo da Nota Técnica nº 4/2020, p. 16.

⁴⁵ CADE, **Processo Administrativo nº 08700.011835/2015-02**, Anexo da Nota Técnica nº 33/2017, p. 57

⁴⁶ Lei nº. 12.529/11. Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (...).

É em razão dessa mudança de tipo de controle, inclusive, que, como se verificará na análise dos casos realizada no capítulo 3, a partir da vigência da nova Lei, a questão da formação de consórcios foi ventilada apenas em procedimentos preparatórios, inquéritos administrativos e processos administrativos, e não mais em atos de concentração, já que a lei removeu o controle estrutural – ao não prever mais a notificação obrigatória desses consórcios como “Ato de Concentração” –, mas não fez o mesmo com o controle de condutas, que continua sendo exercido pelo órgão.

Vale esclarecer também que o CADE restringiu o escopo da previsão do parágrafo único do art. 90, isto é, da isenção da obrigatoriedade de notificação, no âmbito da Consulta nº 08700.000207/2014-02, formulada pelo Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis (IBP) e julgada em 03 de abril de 2014.

Na referida consulta, o Instituto requereu que o Conselho se manifestasse sobre a obrigatoriedade de notificação das operações de cessão de direitos e obrigações que alteram a titularidade dos contratos de concessão para exploração e produção de petróleo e gás natural.

Isso porque, segundo a entidade, os contratos de cessão seriam decorrentes das licitações promovidas pela Administração Pública Direta e Indireta, se enquadrando, portanto, na hipótese de isenção de notificação prevista no artigo 90, parágrafo único, da Lei.

No entanto, o Conselho fixou o entendimento de que os referidos contratos não se enquadram na referida previsão, porque não seriam todos os contratos derivados da licitação que estariam dispensados de notificação, mas tão somente os contratos de concessão atrelados à licitação realizada. Nos termos do voto-vista do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo:

a cessão de direitos e obrigações que altera a titularidade de contrato de concessão de E&P não é contrato destinado ao contrato de concessão E&P, nos termos do previsto no parágrafo único do artigo 90 da Lei nº 12.529/2011. Não configuram, portanto, hipótese de isenção de notificação obrigatória ao CADE, devendo a esta autoridade serem submetidos.⁴⁷

⁴⁷ CADE, **Consulta nº 08700.000207/2014-02**, Voto-vista do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, p. 19.

Quanto ao “fundamento” da referida previsão, existem artigos da época da mudança legislativa em que se afirma que a ausência de submissão dos acordos de consórcios ao CADE estaria relacionada com o interesse de facilitar o Programa de Ação de Crescimento (PAC)⁴⁸.

Tal entendimento foi, inclusive, confirmado pelo atual Superintendente Geral, Alexandre Cordeiro Macedo, que afirmou na Nota Técnica nº. 37/2019, elaborada no âmbito do Inquérito Administrativo nº. 08700.003471/2019-11, que tal alteração legislativa objetivava “desburocratizar o processo e agilizar o então Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) do governo federal”.

44. Com a Lei nº 12.529/2011, que instituiu o controle prévio de atos de concentração econômica, o **legislador decidiu pela desobrigação da notificação obrigatória dos consórcios formados entre empresas para participar de licitações públicas, com vistas a desburocratizar o processo e agilizar o então Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) do governo federal.** Do contrário, sob o controle prévio, todos os consórcios formados entre empresas para participar de licitações públicas deveriam ser submetidos ao controle prévio de atos de concentração, independente de serem vitoriosos ou não. Tal isenção está prevista no parágrafo único do art. 90 da Lei nº 12.529/2011.⁴⁹

A mudança na lei concorrencial não significa, porém, que o controle estrutural não é mais realizado. A ideia, por trás da alteração legislativa, era de que o controle estrutural seria realizado pelas próprias agências reguladoras. Isso porque há uma repartição, não-estranha, de competências entre as autoridades reguladoras e concorrenciais no que diz respeito à aplicação da legislação de defesa da concorrência (SAMPAIO, 2013, p. 90), que é, portanto, passível de modificação⁵⁰.

Em linhas gerais, pode-se esclarecer que as autoridades de regulação econômica têm como atribuição “promover diretamente a livre concorrência nos mercados que apresentam

⁴⁸ Disponível em <<http://www.pnbe.org.br/cade-nao-vai-mais-avaliar-consorcios-e3m-licitacoes.html>>. Acesso em 25/05/2020.

⁴⁹ CADE. Inquérito Administrativo nº 08700.003471/2019-11, Nota Técnica nº. 37/2019.

⁵⁰ Sobre a repartição de competências entre as autoridades regulatórias e de defesa da concorrência, Sampaio (2013, p. 98) defende a existência da seguinte classificação: “a depender do mercado e do que dispuser o ordenamento jurídico poderá haver (i) incidência apenas das normas de defesa da concorrência no que tange às atividades perpetradas no mercado e, portanto, ausência de uma regulação setorial e da respectiva entidade reguladora; (ii) competências concorrentes, com ambas as entidades reguladora e concorrencial com atribuição para aplicar a legislação de defesa da concorrência; (iii) competências complementares, o que ocorrerá nas situações em que o marco normativo desenhar com precisão as atribuições do ente regulador e da entidade concorrencial, conferindo àquele a regulação técnica e econômica e a esta última, com exclusividade, a competência para aplicar a legislação antitruste; e (iv) competência apenas da autoridade reguladora para disciplinar o mercado, seja (iv.1) ela mesma aplicando as normas de defesa da concorrência; ou (iv.2) determinando o ordenamento jurídico a não incidência das normas concorrências sobre o mercado regulado”.

graves falhas, mediante exercício de poder normativo e emprego dos mais distintos instrumentos (assimetria regulatória, imposição do dever de acesso à rede, etc)” (SAMPAIO, 2013, p. 86).

Já os órgãos de defesa da concorrência, por outro lado, teriam um “papel mais indireto, pois atua[ria]m em casos específicos de atos de concentração e de alegação de condutas anticompetitivas” (SAMPAIO, 2013, p. 86).

Nesse sentido, a UNCTAD (2006, p. 4) entende que a autoridade reguladora teria atuação *ex ante*, buscando atenuar os efeitos do poder de mercado exercido pelos monopólios, por exemplo. De outro modo, a autoridade concorrencial teria como atribuição prevenir e penalizar condutas anticompetitivas, através de uma atuação *ex post*, exceto nos casos de análise de fusões, ressalva que, no Brasil, inclui não só esse tipo de operação, mas todos os casos listados na Lei nº. 12.529/11 como “Atos de Concentração” (UNCTAD, 2006, p. 4).

Vale ressaltar, contudo, que ainda que haja a necessidade de definir as competências de cada autoridade, muitos países reconhecem a imprescindibilidade de se estabelecer uma cooperação entre elas (UNCTAD, 2006, p. 9), principalmente como forma de construir políticas públicas cada vez mais coerentes e acertadas. Nesse sentido, inclusive, a Lei nº. 12.529/11, previu, por exemplo, em seu art. 10, XI, a possibilidade de celebração de “contratos e convênios com órgãos ou entidades nacionais”⁵¹.

Ocorre que, para que tal cooperação seja efetiva, faz-se necessário que não apenas as trocas entre as autoridades sejam tempestivas, como também que os pontos mais “críticos” sejam objeto dessas interações, a fim que se evite incoerências na implementação das políticas públicas (UNCTAD, 2006, p. 9).

Dessa maneira, com a edição da nova Lei de Defesa da Concorrência, verifica-se que o legislador optou por atribuir o controle estrutural às agências reguladoras, privilegiando o princípio da especialidade, já que estas conheceriam melhor o mercado em que atuam (SAMPAIO, 2013, p. 94) e poderiam, possivelmente, identificar, com maior facilidade, os gargalos existentes. Relevante evidenciar, por outro lado, que tais agências não detêm a *expertise* técnica acerca dos institutos típicos do direito antitruste (SAMPAIO, 2013, p. 99), de

⁵¹ Lei nº 12.529/11. Art. 10. Compete ao Presidente do Tribunal: (...) XI - firmar contratos e convênios com órgãos ou entidades nacionais e submeter, previamente, ao Ministro de Estado da Justiça os que devam ser celebrados com organismos estrangeiros ou internacionais; (...)

forma que nem sempre conseguirão empreender uma análise completa do ponto de vista concorrencial.

A fim de auxiliar, ainda que minimamente, tais agências reguladoras, quando da alteração legislativa, acreditava-se, ainda, que a até então existente Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) do Ministério da Fazenda⁵² - que naquele momento fazia pareceres às fusões que eram julgadas pelo CADE - passaria a assessorar a inclusão da perspectiva da concorrência nos editais das licitações⁵³.

Isso porque, nos termos do art. 3º da Lei nº. 12.529/11⁵⁴, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) seria formado pelo CADE e pela referida Secretaria, que, atualmente, denomina-se Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade (SEAE) e cujas competências estão listadas no art. 19 da mesma lei⁵⁵.

⁵² Conforme o Decreto nº 9.266/2018, a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) foi extinta e duas novas secretarias foram criadas: a Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (SEPRAC); e a Secretaria de Acompanhamento Fiscal, Energia e Loteria (SEFEL). De modo que, com a edição do referido Decreto, o papel de edição de pareceres do ponto de vista concorrencial passou a ser da SEPRAC. Posteriormente, contudo, foi criada a Secretaria de Avaliação, Planejamento, Energia e Loteria (SECAP), que sucedeu a SEFEL e a Secretaria Especial de Produtividade, Emprego e Competitividade (SEPEC), que sucedeu a SEPRAC e é formada por outras quatro secretarias, dentre as quais está a Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade (SEAE). Sendo assim, em razão das alterações acima, atualmente denomina-se Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade (SEAE), a secretaria responsável pela elaboração dos pareceres do ponto de vista concorrencial.

⁵³ Disponível em <<http://www.pnbe.org.br/cade-nao-vai-mais-avaliar-consorcios-em-licitacoes.html>>. Acesso em 25/05/2020.

⁵⁴ Lei nº 12.529/11. Art. 3º O SBDC é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, com as atribuições previstas nesta Lei.

⁵⁵ Lei nº 12.529/11. Art. 19. Compete à Secretaria de Acompanhamento Econômico promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade cabendo-lhe, especialmente, o seguinte: I - opinar, nos aspectos referentes à promoção da concorrência, sobre propostas de alterações de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados submetidos a consulta pública pelas agências reguladoras e, quando entender pertinente, sobre os pedidos de revisão de tarifas e as minutas; II - opinar, quando considerar pertinente, sobre minutas de atos normativos elaborados por qualquer entidade pública ou privada submetidos à consulta pública, nos aspectos referentes à promoção da concorrência; III - opinar, quando considerar pertinente, sobre proposições legislativas em tramitação no Congresso Nacional, nos aspectos referentes à promoção da concorrência; IV - elaborar estudos avaliando a situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica nacional, de ofício ou quando solicitada pelo Cade, pela Câmara de Comércio Exterior ou pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça ou órgão que vier a sucedê-lo; V - elaborar estudos setoriais que sirvam de insumo para a participação do Ministério da Fazenda na formulação de políticas públicas setoriais nos fóruns em que este Ministério tem assento; VI - propor a revisão de leis, regulamentos e outros atos normativos da administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal que afetem ou possam afetar a concorrência nos diversos setores econômicos do País; VII - manifestar-se, de ofício ou quando solicitada, a respeito do impacto concorrencial de medidas em discussão no âmbito de fóruns negociadores relativos às atividades de alteração tarifária, ao acesso a mercados e à defesa comercial, ressalvadas as competências dos órgãos envolvidos; VIII - encaminhar ao órgão competente representação para que este, a seu critério, adote as medidas legais cabíveis, sempre que for identificado ato normativo que tenha caráter anticompetitivo. § 1º Para o cumprimento de suas atribuições, a Secretaria de Acompanhamento Econômico

Na teoria, a referida Secretaria seria responsável pela “advocacia da concorrência”, que consiste em uma “atividade de cooperação institucional de natureza persuasiva (não repressiva) das autoridades protetoras da concorrência” (JORDÃO, 2009, p. 119) e que seria, supostamente, mais eficiente e menos custosa que uma ação antitruste (JORDÃO, 2009, p. 121)⁵⁶.

Dessa forma, para ser considerada “advocacia da concorrência” faz-se necessário que “a ação de promoção de concorrência que não esteja relacionada com o controle de atos de concentração (função preventiva) ou com a repressão de condutas anticompetitivas (função repressiva)” (RAGAZZO, 2007, p. 2).

Esse tipo de atividade possuiria dois objetivos básicos, quais sejam: “(i) difundir na sociedade civil os valores relacionados à competitividade; e (ii) persuadir entidades governamentais a atuarem de modo amigável aos princípios da concorrência e evitarem medidas que lhes sejam desnecessariamente lesivas” (JORDÃO, 2009, p. 120).

É importante ressaltar, contudo, que, desde a vigência da antiga Lei, há uma superposição das tarefas do CADE e da SEAE, no que tange à advocacia da concorrência, o que, além de desnecessário, onera os cofres públicos e pode acarretar posicionamentos contraditórios (JORDÃO, 2009, p. 129)⁵⁷.

poderá: I - requisitar informações e documentos de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal quando for o caso; II - celebrar acordos e convênios com órgãos ou entidades públicas ou privadas, federais, estaduais, municipais, do Distrito Federal e dos Territórios para avaliar e/ou sugerir medidas relacionadas à promoção da concorrência. § 2º A Secretaria de Acompanhamento Econômico divulgará anualmente relatório de suas ações voltadas para a promoção da concorrência.

⁵⁶ Jordão (2009, p. 121-122) ressalta a existência de cinco principais razões que sugerem ser a advocacia da concorrência uma forma mais efetiva de garantir o respeito às normas concorrenciais, são elas: (i) nos casos em que as condutas fogem à aplicação repressiva do direito antitruste, por gozarem de imunidade, decorrente de previsão legal expressa ou por se enquadrarem nos pressupostos das doutrinas imunizante, sua atuação persuasiva é a única forma de enfrentar o problema concorrencial; (ii) atinge também o chamado *soft-law*; (iii) é menos custosa, quando comparada a aplicação repressiva do direito antitruste; (iv) a divulgação dos estudos pode acabar repercutindo amplamente, enquanto uma ação antitruste tem efeitos pontuais e limitados; e (v) os efeitos de sua atuação podem ser sentidos mesmo antes que se produzam efeitos negativos para os consumidores e os concorrentes.

⁵⁷ Como explicita Jordão (2009, p. 139-140), tal superposição ocorre pois, na nova Lei, se atribuiu ao Plenário do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica funções como “responder consultas sobre condutas em andamento” (art. 9º, §1º); “instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica” (art. 9º, XV) e “requisitar dos órgãos e entidades da administração pública federal e requerer às autoridades dos Estados, Municípios, do Distrito Federal e dos Territórios as medidas necessárias ao cumprimento desta Lei” (art. 9º, VIII). Ao Presidente do Tribunal, por sua vez, atribuiu-se a função de “firmar contratos e convênios com órgãos ou entidades nacionais e submeter, previamente, ao Ministro de Estado da Justiça os que devam ser celebrados com organismos estrangeiros ou internacionais” (art. 10, XI). Já à Superintendência Geral do CADE previu-se as funções de “orientar os órgãos e entidades da administração pública quanto à adoção de medidas necessárias ao cumprimento desta Lei” (art. 13,

De todo modo, ainda que seja necessário definir um pouco mais a divisão das funções, deve-se frisar que a efetividade da advocacia da concorrência, realizada especialmente pela SEAE, está, indubitavelmente, atrelada (i) à sua capacidade de cooperação com outros órgãos, (ii) ao momento em que é realizada sua análise e (iii) à própria qualidade da análise realizada.

Na prática, todavia, não se observa uma participação ativa e qualitativa no tocante à participação desta Secretaria como “advogada da concorrência” na redação das previsões editalícias. Conforme dados disponibilizados no *site* do Ministério da Economia, entre 2015 e 2018, a então Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (SEPRAC)⁵⁸ elaborou apenas 26 (vinte e seis) documentos, dentre pareceres e notas técnicas, relacionados a editais de licitação⁵⁹, os quais foram listados no Anexo 1 do presente trabalho.

Ao analisar os referidos documentos, verificou-se que, mesmo quando a aludida Secretaria identificava que o edital de licitação admitia a formação de consórcio para participação no certame, não foi realizado qualquer comentário acerca dos possíveis efeitos anticompetitivos decorrentes da utilização deste instrumento. Em paralelo, também não foram listados “cuidados” básicos que o órgão licitante deveria ter ao se deparar com empresas consorciadas.

Ademais, tal número de pareceres e notas técnicas, relacionados a editais de licitação, é muitas vezes inferior à quantidade de licitações efetivamente realizadas nesse período, dado que, segundo a edição de 2018 do Informativo Anual de Projetos Concedidos de Infraestrutura

XIII); “desenvolver estudos e pesquisas objetivando orientar a política de prevenção de infrações da ordem econômica” (art. 13, XIV); e “instruir o público sobre as diversas formas de infração da ordem econômica e os modos de sua prevenção e repressão” (art. 13, XV). Por fim, manteve-se, ainda, a intimação, obrigatória, do CADE, nos processos judiciais em que se discuta a aplicação da lei antitruste (art. 119).

⁵⁸ Trata-se da sucessora da já citada SEAE em matéria de advocacia da concorrência, e que, atualmente, não existe mais, tendo sido substituída pela Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade (SEAE), em razão de nova mudança na estrutura do Ministério da Economia,

⁵⁹ Sobre o recorte dos pareceres, importante esclarecer que, em meados de junho de 2020, quando foi feita a referida análise, só estavam disponíveis os pareceres sobre licitação elaborados até 2018, mais especificamente até o “Parecer 134/2018”. Informações obtidas em <http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/notas-tecnicas/advocacia-da-concorrenca?b_start:int=0>. Acesso em 28/06/2020. Vale informar, porém, que os referidos documentos não estão mais disponíveis no link acima, pois os sites do Governo Federal foram todos incluídos no site “gov.br”. Dessa forma, as notas técnicas podem ser consultadas, atualmente, em <<https://www.gov.br/fazenda/pt-br/centrais-de-conteudos/notas-tecnicas-e-pareceres/notas-tecnicas-e-pareceres-sobre-advocacia-da-concorrenca>>. Acesso em 18/11/2020.

elaborado pela SEPRAC, entre 2015 e 2018 foram realizadas 101 (cento e uma) autorizações e licitações de infraestrutura, incluindo também renovações⁶⁰.

Por outro lado, ainda no que se refere à advocacia da concorrência, verifica-se a existência de recomendações gerais, como o “Guia de Combate a Cartéis em Licitação”, de autoria do próprio CADE e recentemente atualizado. Até mesmo as “Diretrizes para Combater o Conluio entre Concorrentes em Contratações Públicas”, publicadas pela OCDE em 2009 são extremamente válidas nesse sentido.

Todavia, esses documentos no estilo “cartilha” vêm sendo editados desde a vigência da Lei nº 8.884/1994, não constituindo uma novidade, nem tendo caráter determinante à atuação dos órgãos licitantes na confecção dos editais de licitação.

Vale mencionar, ainda, que, nos últimos anos, o CADE tem celebrado importantes convênios e memorandos com órgãos da Administração Pública, como Banco Central do Brasil, Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), e Ministérios Públicos de diversos estados⁶¹.

Na verdade, uma dessas atividades de cooperação foi praticada recentemente com o TCU, com o qual o CADE realizou Acordo de Cooperação Técnica (ACT), com o objetivo de combinar esforços no combate a condutas lesivas à ordem econômica em licitações públicas⁶².

No entanto, ainda assim, não é possível afirmar que há uma participação ativa e qualitativa do CADE, ou da SEAE, na confecção dos editais de licitação da Administração Pública. A SEAE, por vezes, comenta editais de licitação e sugere alterações. Todavia, como exposto previamente, mesmo quando redige pareceres, sua participação, no que tange à questão dos consórcios em licitações, é, por vezes, pouco profícua, já que não analisa minuciosamente, por exemplo, o impacto da admissão dos consórcios no âmbito do mercado relevante da licitação.

⁶⁰ Informações obtidas em <<http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/informativo-de-infraestrutura/arquivos/2018/informativo-anual-de-projetos-concedidos-2018>>. Acesso em 28/06/2020. Como explicitado na nota de rodapé nº 59, em razão de mudança no site, os documentos foram transferidos para a plataforma “gov.br”. Sendo assim, o referido documento pode ser encontrado em <<https://www.gov.br/fazenda/pt-br/centrais-de-conteudos/publicacoes/informativo-de-infraestrutura/informativo-anual-de-projetos-concedidos>>. Acesso em 18/11/2020.

⁶¹ Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/articulacao-entre-cade-e-tcu-no-combate-a-fraudes-a-licitacao-25012019#_ftn1>. Acesso em 25/05/2020.

⁶² Idem.

Dessa forma, considerando que outros órgãos como o TCU e a Controladoria-Geral da União (CGU) não realizam análise concorrencial, essa questão tende a permanecer em segundo plano, sendo, muitas vezes, averiguada apenas quando o procedimento licitatório já se encerrou e há dúvidas quanto aos verdadeiros interesses do consórcio vencedor, isto é, se ele tem, ou não, finalidade anticompetitiva.

Nesse sentido, são várias as notícias de inquéritos e até mesmo de processos administrativos relacionados a atos colusivos praticados por empresas consorciadas vencedoras de licitações. Por exemplo, em julho de 2019, o CADE condenou empresas e pessoas físicas por formação de cartéis em licitações públicas de trens e metrô realizadas em São Paulo, Distrito Federal, Minas Gerais e Rio Grande do Sul durante os anos de 1999 a 2013⁶³.

A título exemplificativo, cita-se, também, o caso dos 8 (oito) estádios de futebol da Copa do Mundo de 2014, que são objeto de processo administrativo instaurado para apurar supostas práticas anticompetitivas, que teriam consistido em “acordos de fixação de preços, entre concorrentes, divisão de mercado e alocação de projetos, por meio da formação de consórcios, da supressão de propostas, da apresentação de propostas de cobertura e da promessa futura de subcontratação”⁶⁴.

Nesse cenário, questiona-se a eficiência de uma análise posterior, dado que as condutas anticoncorrenciais já teriam sido praticadas. Indaga-se, ainda, se esse tipo de averiguação *ex post* não geraria incerteza jurídica e, por fim, se não geraria maiores ônus à consecução do interesse público do que bônus.

Imprescindível discutir, portanto, qual seria o momento ideal para que se realizasse a análise, pelo CADE, da constituição de consórcios em licitações públicas. Não se objetiva discutir o mérito da atuação do CADE, mas busca-se identificar de que forma sua participação, na realização dos certames, poderia ser mais eficiente. Essa é a proposta do presente trabalho, de modo que, concluídas essas considerações iniciais, passa-se à análise da jurisprudência do CADE e do TCU sobre a formação de consórcios em licitações públicas, a fim de identificar como esses órgãos têm analisado a questão.

⁶³ Por exemplo: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-multa-em-r-535-1-milhoes-cartel-de-trens-e-metros>>, acesso em 25/05/2020. Para maiores informações, v. Processo Administrativo nº 08700.004617/2013-41.

⁶⁴ Informações obtidas em <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/concorrenca/cade-processo-copa-do-mundo-17072019>>. Acesso em 28/06/2020. Para maiores informações, v. Processo administrativo nº 08700.006630/2016-88.

2. A FORMAÇÃO DE CONSÓRCIOS EM LICITAÇÕES PÚBLICAS E A ANÁLISE REALIZADA PELO TCU E PELO CADE

A fim de entender como a formação de consórcios em licitações públicas tem sido abordada no CADE e no TCU, optou-se por selecionar os termos de pesquisa “formação de consórcio” e “licitação”, conjuntamente, já que uma pesquisa com os termos “consórcio” combinado com “licitação” teria muitos resultados fora do escopo do presente trabalho.

Quanto ao intervalo de tempo a ser objeto da pesquisa, importante ressaltar que a nova Lei de Defesa da Concorrência, de nº 12.529/11, conforme dispõe o seu art. 128, só entrou em vigor 180 (cento e oitenta) dias depois de sua publicação oficial, que ocorreu em 30 de novembro de 2011. Em vista disso, a referida lei passou a vigorar em 29 de maio de 2012.

Por essa razão, desejava-se realizar a análise jurisprudencial em dois momentos distintos: (i) um antes da edição e vigência da nova Lei e (ii) outro depois da entrada em vigor da Lei. O objetivo da realização de uma análise jurisprudencial em dois momentos diferentes era identificar se, com a edição da nova Lei, houve mudança na apreciação da matéria por parte dos dois órgãos em questão, já que a análise, em si, da formação de consórcios para participação em licitações públicas mudou drasticamente, como exposto anteriormente.

No âmbito do Tribunal de Contas da União foi possível realizar a pesquisa no formato desejado. Em vista disso, no TCU, a pesquisa analisou dois períodos distintos, um entre 30/11/2009 e 30/11/2011, e outro entre 01/09/2018 e 01/09/2020.

Contudo, no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência, deparou-se com um contratempo. Isso porque, averiguou-se, empiricamente, que o referido Conselho iniciou a digitalização dos seus processos físicos em meados de 2014 e datou os documentos digitalizados com a data do início (ou da finalização) da digitalização do respectivo documento e não com a data da elaboração do documento. Por essa razão, ao selecionar, no sistema de pesquisa processual do órgão, as datas 30/11/2009 e 30/11/2011, a consulta não retornou resultados.

Assim, considerando que a pesquisa com os termos “formação de consórcio” e “licitação”, conjuntamente, sem qualquer filtro de data, retornou 252 (duzentos e cinquenta e dois) resultados, optou-se por centrar-se, inicialmente, no período de 01/01/2014 a 30/04/2015, verificando, porém, a data de elaboração do documento em questão, a fim de certificar que era anterior à edição e vigência da nova Lei.

Em seguida, realizou-se uma pesquisa mais recente, no período de 01/09/2018 e 01/09/2020, verificando sempre se o documento analisado foi editado no intervalo supracitado.

Por fim, frise-se que foi realizada uma triagem dos resultados obtidos por meio dos parâmetros acima, a fim de incluir no presente trabalho apenas os casos em que o TCU e o CADE analisaram a questão da formação, em si, de consórcio em licitação pública, apontando suas vantagens e desvantagens concorrenciais. Desse modo, foram excluídos resultados que, por exemplo, apenas continham empresas consorciadas ou que não discutiram as questões concorrenciais suscitadas pelos consórcios.

Feitos esses esclarecimentos, passa-se à exposição dos resultados obtidos.

2.1. Análise de julgados do TCU e do CADE

2.1.1 Análise de casos do TCU

Como exposto anteriormente, foram utilizados os termos de pesquisa “formação de consórcio” e “licitação”, conjuntamente, nos intervalos (i) de 30/11/2009 a 30/11/2011 e (ii) de 01/09/2018 a 01/09/2020.

Parte 1

Antes da edição e da vigência da nova Lei de Defesa da Concorrência, no período de 30/11/2009 a 30/11/2011, foram encontrados 45 (quarenta e cinco) resultados, dos quais apenas 5 (cinco) foram julgados relevantes para o escopo do presente trabalho - dado que foram estes que foram elaborados antes da nova Lei e, concomitantemente, discutiram as questões concorrenciais suscitadas pelos consórcios -, os quais foram listados na Tabela 1.

Tabela 1 – Casos do TCU anteriores à Lei nº 12.529/11

Número do Acórdão	Colegiado	Número do processo	Relator	Data da sessão
3171/2011	Plenário	002.509/2011-3	André de Carvalho	30/11/2011
11196/2011	Segunda Câmara	011.689/2009-1	Augusto Sherman	22/11/2011
2467/2010	Plenário	028.113/2009-1	Raimundo Carreiro	22/09/2010
2395/2010	Plenário	016.449/2010-0	Raimundo Carreiro	15/09/2010
1316/2010	Primeira Câmara	006.141/2008-1	Augusto Nardes	16/03/2010

Fonte: Dados extraídos do *site* do TCU, compilado pela autora. Consulta em set./out. 2020

O **Acórdão nº. 3171/2011 – Plenário** teve por objeto “o exame do Pregão nº 4/2011 conduzido pela Valec – Engenharia, Construções e Ferrovias S/A, que se destinava ao fornecimento de trilhos UIC-60 a serem empregados na EF-334 – Ferrovia de Integração Oeste-Leste (Fiol), no trecho de Ilhéus/BA a Barreiras/BA, e na extensão sul da EF-151 – Ferrovia Norte-Sul (FNS)”⁶⁵.

No bojo do mencionado acórdão, o relator André de Carvalho ressaltou se tratar de uma discricionariedade da Administração a opção por permitir ou vedar a participação de empresas em consórcio. No entanto, essa decisão deve ser limitada pelo interesse público e ser devidamente justificada, conforme disposto amplamente na jurisprudência do Tribunal, por exemplo, nos Acórdãos nº. 1.946/2006, nº. 1.678/2006, nº. 1.405/2006 e nº. 566/2006, todos do Plenário.

Isso porque, nos termos do relator,

a utilização de consórcio é uma forma de conjugação de esforços, seja para qualificação técnica, seja para qualificação econômico-financeira, que permite a empresa que, isoladamente, não atenderia às condições editalícias, participe de determinada licitação, unindo-se às que a suprem em um item ou outro. Em tese, implica ampliar o universo de licitantes, atendendo com isso também ao princípio da isonomia.

O Poder Público não pode dispor de tal instrumento quando bem entender. Deve averiguar se o objeto da licitação comporta ou não a execução por meio de empresas consorciadas. Entende-se que a complexidade, o valor, a amplitude e a peculiaridade da obra sejam determinantes na decisão de se admitir ou não o consórcio numa licitação

O **Acórdão nº. 11196/2011 – Segunda Câmara**, por sua vez, abordou o “relatório de auditoria realizada nas obras integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC na área de saneamento (PAC Saneamento) em Goiás, visando verificar a legalidade das transferências voluntárias por entes federais, das licitações e dos contratos celebrados no âmbito do referido programa”⁶⁶.

No âmbito do processo em que foi proferido o Acórdão acima, a Secretaria de Controle Externo de Goiás (Secex-GO) produziu relatório – com o qual o relator corroborou - no qual foi apontada como irregularidade a vedação, sem justificativa plausível, à participação de empresas em consórcio, dado que tal prática consistiria em uma restrição à competitividade.

⁶⁵ TCU, **Acórdão nº 3.171/2011**, Plenário, TC 002.509/2011-3, Rel. Min. André de Carvalho, 30/11/2011.

⁶⁶ TCU, **Acórdão nº 1.196/2011**, Segundo Câmara, TC 011.689/2009-1, Rel. Min. Augusto Sherman, 22/11/2011.

Ademais, para a referida unidade técnica, a justificativa de que o objetivo da vedação haveria sido o de contratar empresa mais especializada possível e o fato de várias empresas retirarem o edital para consulta não seriam suficientes para justificar a medida, posto que “é impossível de serem mensuradas quantas empresas deixaram de participar da concorrência em virtude da vedação de consórcio”.

O Acórdão nº. 2467/2010 – Plenário tratou de “representação com pedido de concessão de medida cautelar apresentada pela Sefti [Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação], em face de indícios de irregularidades constatados no edital da Concorrência AA nº 5/2009, promovida pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), do tipo técnica e preço, com a finalidade de contratar serviços técnicos especializados para implantação de processos de negócio do BNDES por intermédio da implementação do Programa de Aplicativos Desenvolvidos (PAD), englobando diversos serviços”⁶⁷.

No relatório do referido Acórdão, citando jurisprudência do Tribunal, reforçou-se que constitui prerrogativa da Administração a admissão de consórcios em licitações, justamente porque eles nem sempre garantem o aumento da competitividade do certame⁶⁸.

No caso em questão, o relator, discordando da unidade técnica, entendeu que (i) não havia cláusulas editalícias restritivas à competição e (ii) houve competição no certame, ponto que não foi prejudicado pela admissão de empresas consorciadas.

O Acórdão nº. 2395/2010 – Plenário tratou de “Representação formulada pela empresa Gab Engenharia Ltda., noticiando possíveis irregularidades na Concorrência 174/2010, sob a responsabilidade do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT”⁶⁹.

⁶⁷ TCU, **Acórdão nº 2.467/2010**, Plenário, TC 028.113/2009-1, Rel. Min. Raimundo Carreiro, 22/09/2011.

⁶⁸ Foi citado o seguinte trecho: “Relatório que antecede o Voto. 26. 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. Voto 5. Nesse sentido, estou de acordo com as conclusões obtidas pela Unidade Técnica no exame pontual de todas as alegações contidas na representação, as quais resultaram improcedentes, tendo em vista, basicamente, que: [...] b) nem sempre a participação de empresas em consórcio implica incremento de competitividade (associação de pequenas empresas para participação em conjunto), podendo vir a constituir, ao contrário, limitação à concorrência (diminuição do número de empresas de porte interessadas por integrarem um mesmo consórcio)”. (TCU, **Acórdão nº 2813/2004**, Primeira Câmara, TC 002.291/2004-8, Rel. Min. Vinícios Vilaça, 09/11/2004).

⁶⁹ TCU, **Acórdão nº 2.395/2010**, Plenário, TC 016.449/2010-0, Rel. Min. Raimundo Carreiro, 15/09/2010.

No voto do referido Acórdão, o relator reforçou que, ainda que seja uma discricionariedade da Administração a escolha de aceitar, ou não, a formação de consórcio, “essa escolha se justifica apenas sob certas circunstâncias, quando necessário aumentar a competitividade do certame, em face da complexidade do objeto ou das circunstâncias do mercado.”⁷⁰

Nesse sentido, cita ainda dois julgados do Tribunal, os quais reforçam que, geralmente, em se tratando de licitação de alta complexidade, admite-se a formação de consórcio⁷¹.

Por fim, o último caso listado na Tabela 1 é o **Acórdão nº. 1316/2010 – Primeira Câmara**, que se trata de pedido de reexame, interposto pela empresa Companhia Docas de Imbituba, contra o Acórdão nº 1.102/2009, da Primeira Câmara, que teve origem em representação encaminhada pelo Departamento de Polícia Federal, através da Superintendência Regional de Santa Catarina, que recebeu uma denúncia anônima sobre uma possível fraude em licitação para arrendamento do Terminal de Carga Geral do Porto de Imbituba, realizada pela empresa Companhia Docas de Imbituba⁷².

No voto do ministro relator, o pedido de reexame foi conhecido para, no mérito, ser parcialmente provido, “adequando-se a redação do item 1.5.1.1, mantendo-se nos exatos termos o item 1.5.1.2, e alterando-se o teor da determinação do item 1.5.2.”⁷³. Isso porque “a conduta censurada, objeto da determinação, não foi a vedação da participação de empresas em

⁷⁰ Idem.

⁷¹ Foram citados os seguintes trechos: (i) “16. Quando o objeto a ser licitado envolve questões de alta complexidade, via de regra, a Administração, com intuito de aumentar o número de participantes, admite a formação de consórcio. No entanto, **creio que essa hipótese não ocorre no contexto ora em análise, pois o objeto pretendido - aquisição de solução computacional para gestão técnica de serviços de TI - já não é mais novidade no âmbito da Administração Pública**, uma vez que esta vem buscando modernizar-se e adequar-se as práticas de boa gestão utilizadas na iniciativa privada, mormente no que concerne à área de TI.” (TCU, **Acórdão nº 280/2010**, Plenário, TC 016.975/2009-5, Rel. Ministro-substituto Marcos Bemquerer Costa, 24/02/2010) e (ii) “**Não prospera também o argumento de que a possibilidade de formação de consórcio no Edital afastaria e, ventual restrição à competitividade da licitação.** A constituição de consórcio visa, em última instância, a junção de esforços de 2 (duas) ou mais empresas para realização de determinado empreendimento, objetivando, sob a ótica da Administração Pública, proporcionar a participação de um maior número de empresas na competição, quando constatado que grande parte delas não teria condições de participar isoladamente do certame. No entanto, o caso não me parece requerer a formação de consórcio. Primeiro, porque **se a licitação fosse realizada separadamente para fornecimento de serviços de telefonia e de centrais telefônicas, as empresas no mercado teriam, sozinhas, condições de realizar o objeto da licitação.** Segundo, o consórcio, dada a transitoriedade que lhe é peculiar, mostra-se mais apropriado para consecução de objeto certo e determinado no tempo, a exemplo de obras, diversamente do que ocorre na espécie, em que se busca a contratação de serviços que rotineiramente farão parte das atividades do órgão.” (TCU, **Acórdão nº 2.295/2005**, Plenário, TC 016.565/2005-4, Rel. Ministro Benjamin Zymler, 13/12/2005).

⁷² TCU, **Acórdão nº 1.316/2010**, Primeira Câmara, TC 006.141/2008-1, Rel. Ministro Augusto Nardes, 16/10/2010.

⁷³ Idem.

consórcio, visto que tal decisão encontra-se no campo discricionário do administrador. O ponto em questão foi a ausência de justificativa razoável para tal vedação”⁷⁴.

Dessa forma, o Tribunal entendeu que, ainda que a decisão de admitir, ou não, a formação de consórcios constitua uma decisão discricionária do administrador, há o dever de fundamentação da referida decisão.

Parte 2

Depois da edição e da vigência da nova Lei de Defesa da Concorrência, no período de 01/09/2018 a 01/09/2020, foram encontrados 40 (quarenta) resultados, dos quais apenas 3 (três) foram julgados relevantes para o escopo do presente trabalho, por realizarem uma discussão material sobre a admissibilidade de consórcios em licitações públicas, os quais foram listados na Tabela 2.

Tabela 2 – Casos do TCU posteriores à Lei nº 12.529/11

Número do Acórdão	Colegiado	Número do processo	Relator	Data da sessão
2021/2020	Plenário	015.490/2019-0	Ana Arraes	05/08/2020
2633/2019	Plenário	036.330/2019-1	Raimundo Carreiro	30/10/2019
3750/2019	Primeira Câmara	004.365/2017-8	Walton Alencar Rodrigues	14/05/2019

Fonte: Dados extraídos do *site* do TCU, compilado pela autora. Consulta em set./out. 2020

O Acórdão nº. 2021/2020 – Plenário teve como objetivo “fiscalizar o procedimento licitatório e o contrato de fornecimento e substituição de três Bancos de Capacitores Série Fixos de 550 kV, equipamentos e sistemas associados, na Subestação de Samambaia/DF”⁷⁵.

Nesse caso, o relator compreendeu que deveria ser autorizada a formação de consórcios, como forma de “não ensejar restrição indevida ou comprometimento quanto a garantia da experiência da futura contratada”⁷⁶.

⁷⁴ Idem.

⁷⁵ TCU, **Acórdão nº 2.021/2020**, Plenário, TC 015.490/2019-0, Rel. Ministro Ana Arraes, 05/08/2020.

⁷⁶ Idem.

Já o **Acórdão nº. 2633/2019 – Plenário** tratou de “[r]epresentação formulada pela empresa LBL Engenharia e Construções Ltda. em razão de possíveis irregularidades na Concorrência 1/2019, cujo objeto é a contratação de empresa de engenharia para executar a obra de construção do Centro Rui Barbosa de Preservação de Bens Culturais”⁷⁷.

No relatório do referido Acórdão, o ministro relator, ao adotar as razões de decidir da unidade técnica, expressou o entendimento do Tribunal de que, em regra, admite-se a formação de consórcios quando o objeto a ser licitado envolver questões (i) de alta complexidade ou (ii) de relevante vulto, casos em que as empresas, isoladamente, não teriam condições de suprir os requisitos do edital. Ocorre que, no caso em análise, essa não seria a hipótese.

12. (...) O **objeto licitado não envolve questão de alta complexidade técnica nem apresenta grande vulto financeiro**, ambas as condições estão expressa e objetivamente definidas pela Lei 8.666/1993.

13. Licitação de alta complexidade técnica é “aquela que envolva alta especialização, como fator de extrema relevância para garantir a execução do objeto a ser contratado, ou que possa comprometer a continuidade da prestação de serviços públicos essenciais” (art. 30, § 9º, da Lei de Licitações).

14. Já a obra de grande vulto é aquela cujo valor estimado é superior a 25 vezes o limite da concorrência de obra e serviço de engenharia (art. 23, I, “c”, da Lei de Licitações), o qual, atualizado pelo Decreto 9.412/2018, é de R\$ 3.300.000,00. Portanto, deverão ser consideradas de grande vulto as contratações acima de R\$ 82.500.000,00.⁷⁸

Dessa forma, segundo o referido ministro, em entendimento que foi seguido pelo colegiado, foi correta a vedação de participação de consórcios na licitação. No entanto, no caso concreto não foi apresentada motivação para tal vedação, o que contraria a jurisprudência do Tribunal, tal como expresso anteriormente no bojo do presente trabalho. Por essa razão, o órgão licitante foi comunicado da falha para que esta não mais se repita.

Por fim, o último caso listado na Tabela 2 foi o **Acórdão nº. 3750/2019 – Primeira Câmara**, que tratou de representação formulada pela Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog), em razão de irregularidades na condução, pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep), da Concorrência nº. 1/2017, que buscava a “contratação de entidade especializada (individual ou consórcio) para a operacionalização de todas as atividades necessárias à aplicação dos instrumentos,

⁷⁷ TCU, **Acórdão nº 2.633/2019**, Plenário, TC 036.330/2019-1, Rel. Ministro Raimundo Carreiro, 30/10/2019.

⁷⁸ Idem.

processamento e análise dos resultados do Sistema de Avaliação da Educação Básica – SAEB 2017”⁷⁹.

Ocorre que, dentre as impropriedades identificadas pela Selog, na licitação acima, estava a “permissão de consórcio formado por empresas que teriam condições de prestar os serviços de forma isolada”, quais sejam, Cesgranrio e FGV, duas grandes aplicadoras de avaliações. Como resultado, o relator entendeu apropriado que “o Tribunal determine ao aludido Instituto que adote as medidas necessárias à correção de tais impropriedades, por ocasião da elaboração dos próximos editais destinados à contratação dos serviços atinentes ao Saeb”⁸⁰.

Antes de passar à análise de julgados do CADE, é relevante esclarecer, porém, que nenhum dos resultados obtidos no âmbito do TCU – listados nas Tabelas 1 e 2 – seriam, mesmo na vigência da lei anterior, de notificação obrigatória ao CADE, porque não se enquadram na atual conceituação de Atos de Concentração nem em sua antecessora⁸¹. Tratam-se de consórcios formados e regulados, única e exclusivamente, pela Lei nº 8.666/93.

Ademais, a análise deste Tribunal sobre o tema não é restrita a licitações para desestatização, mas abrange também as licitações para compras, prestação de serviços e realização de obras e serviços de engenharia

Passa-se, agora, à análise da jurisprudência do CADE.

⁷⁹ TCU, **Acórdão nº 3.750/2020**, Plenário, TC 004.365/2017-8, Rel. Ministro Walton Alencar Rodrigues, 14/05/2019.

⁸⁰ Idem.

⁸¹ Lei nº. 12.529/11. 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.

Lei nº 8.884/94. Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE. (...) § 3º Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais). (Vide Medida Provisória nº 2.055-4, de 2000) (Redação dada pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

2.1.2 Análise de casos do CADE

Conforme exposto, verificou-se, empiricamente, que o CADE iniciou a digitalização dos seus processos físicos em meados de 2014 e datou os documentos digitalizados com a data do início (ou da finalização) da digitalização do respectivo documento e não com a data da elaboração do documento. Por essa razão, não foi possível buscar documentos elaborados no período de 30/11/2009 e 30/11/2011, como foi feito com o TCU.

Ademais, também não foi possível realizar uma pesquisa só com os termos escolhidos, em razão da quantidade de resultados.

Por esses motivos, no CADE, foram utilizados os termos de pesquisa “formação de consórcio” e “licitação”, conjuntamente, nos intervalos (i) de 01/01/2014 a 30/04/2015 – verificando a data da elaboração do documento em questão, a fim de certificar que foi elaborado antes da edição e vigência da nova Lei – e (ii) de 01/09/2018 a 01/09/2020.

Por fim, relevante esclarecer que, nos resultados obtidos, os quais foram listados nas Tabelas 3 e 4, após a análise do processo em si, destacou-se na Tabela o documento que, naquele processo, melhor abordou a questão concorrencial atinente à formação de consórcio. Todavia, frise-se que outros documentos dos processos também foram examinados no presente trabalho, ainda que não tenham sido objeto de destaque.

Parte 1

Com o filtro do período de 01/01/2014 a 30/04/2015, a pesquisa retornou 44 (quarenta e quatro) resultados com os termos em questão, relativos a 29 (vinte e nove) processos distintos. Todavia, desses 29 (vinte e nove) foram selecionados apenas três (três) processos, listados na Tabela 3, dado que estes foram elaborados antes da nova Lei e abordaram, de forma relevante, o objeto do presente trabalho. Isto é, foram estes os que discutiram as questões concorrenciais suscitadas pelos consórcios.

Tabela 3 – Casos do CADE selecionados em pesquisa realizada no período de 01/01/2014 a 30/04/2015

Número do processo	Tipo de processo	Pessoas jurídicas interessadas	Data do documento	Documento relevante
08000.01213 8/2011-24	Ato de Concentração Sumário	Brasventos Miassaba 3, Geradora de Energia S.A, Furnas Centrais	05/08/2011	Parecer Técnico nº. 0671/2011/RJ COGCE/SEAE/MF e

		Elétricas do Norte do Brasil S.A, Malluceli Energia S.A		DPDE/SDE/MJ (fls. 391/392)
08000.01213 7/2011-80	Ato de Concentração Sumário	Rei dos Ventos 3 Geradora de Energia S.A, Furnas Centrais Elétricas S.A., Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A, J. Malucelli Energia S.A.	05/08/2011	Parecer Técnico nº. 0675/2011/RJ COGCE/SEAE/MF e DPDE/SDE/MJ (fls. 393/394)
08012.00850 8/2011-90	Ato de Concentração Sumário	Investimentos e Participações em Infra-Estrutura S.A., Odebrecht Participações e Investimentos S.A, e Concessionária Rota do Atlântico S.A.	16/08/2011	Parecer Técnico nº. 06050/2011/RJ COGCE/SEAE/MF e DPDE/SDE/MJ (fls. 166/167)

Fonte: Dados extraídos do *site* do CADE, compilado pela autora. Consulta em set./out. 2020

Os dois primeiros processos listados na Tabela 3, os **Atos de Concentração nºs. 08000.012138/2011-24 e 08000.012137/2011-80**, tratavam da constituição de consórcios para participação em processo licitatório, na modalidade leilão, promovido pela Agência Nacional de Energia Elétrica (“ANEEL”), com objetivo de Contratação de Energia de Reserva - mais especificamente energia elétrica proveniente de fonte eólica -, na forma dos arts. 3º e 3º-A da Lei nº. 10.848/04⁸², para início de suprimento em 10 de julho de 2012, conforme Portarias MME nº. 147/2009 e nº. 211/2009.

⁸² Lei nº. 10.848/04. Art. 3º O Poder Concedente homologará a quantidade de energia elétrica ou de reserva de capacidade a ser contratada para o atendimento de todas as necessidades do mercado nacional e a relação dos novos empreendimentos de geração que integrarão o processo licitatório, a título de referência. (Redação dada pela Medida Provisória nº 998, de 2020) § 1º Para os fins deste artigo, os concessionários e os autorizados de geração, as concessionárias, as permissionárias e as autorizadas de distribuição, os comercializadores e os consumidores enquadrados nos arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, deverão informar ao Poder Concedente a quantidade de energia necessária para atendimento a seu mercado ou sua carga. § 2º No edital de licitação para novos empreendimentos de geração elétrica, poderá constar porcentual mínimo de energia elétrica a ser destinada ao mercado regulado, podendo a energia remanescente ser destinada ao consumo próprio ou à comercialização para contratação livre. § 3º Com vistas em garantir a continuidade do fornecimento de energia elétrica, o Poder Concedente poderá definir reserva de capacidade de geração a ser contratada. (Regulamento). Art. 3º-A Os custos decorrentes da contratação de reserva de capacidade de geração de que trata o art. 3º, inclusive a energia de reserva, contendo, dentre outros, os custos administrativos, financeiros e encargos tributários, serão rateados entre todos os usuários finais de energia elétrica do SIN, incluídos os consumidores referidos nos art. 15 e art. 16 da Lei nº 9.074, de 1995, e no § 5º do art. 26 da Lei nº 9.427, de 1996, e os autoprodutores, esses apenas na parcela da energia elétrica decorrente da interligação ao SIN, conforme regulamento. (Redação dada pela Medida Provisória nº 998, de 2020) § 1º A regulamentação deverá prever a forma, os prazos e as condições da

Assim, em ambos, a SEAE, em seus pareceres técnicos, entendeu que, como essas operações se referiam à constituição de consórcio para comercializar energia elétrica já contratada através de leilão, eles não ocasionariam, teoricamente, impactos concorrenciais ao setor de geração de energia elétrica no Brasil.

O entendimento de que as operações não acarretariam prejuízos à concorrência foi compartilhado pelo Conselheiro Olavo Zago Chinaglia, relator em ambos os casos. Por essa razão, não foram realizadas análises concorrenciais detalhadas e ambos foram aprovados, na 505ª sessão ordinária de julgamento realizada em 07 de dezembro de 2011, pelo Plenário do Conselho, sem a imposição de restrições, ainda que tenham sido aplicadas multas em razão das notificações terem sido intempestivas.

Já o **Ato de Concentração nº. 08012.008508/2011-90** tratou da formação de consórcio entre a Investimentos e Participações em Infraestrutura S.A (“Invepar”) e a Odebrecht Participações e Investimentos S.A. (“OPI”) através da constituição de uma Sociedade com Propósito Específico (SPE), com finalidade de executar, gerir e fiscalizar os serviços delegados, tal como definidos no Edital para Concessão do Complexo Viário e Logístico de Suape.

Sobre as questões concorrenciais atinentes ao caso, o Parecer Técnico nº. 06050/2011/RJ COGCE/SEAE/MF e DPDE/SDE/MJ (fls. 166/167) dispôs que “o ato de concentração não suscitaria preocupações de ordem concorrencial no setor rodoviário brasileiro, uma vez que as Requerentes formaram tão-somente um consórcio com objeto limitado à exploração de concessão em regime de monopólio regulado pelo Poder Público”. Por essa razão, novamente não foi feita análise concorrencial tão esmiuçada.

Nesses termos, o Conselheiro Relator Alessandro Octaviani Luis compreendeu que o ato de concentração não gerava qualquer preocupação anticoncorrencial e, por esse motivo, a operação foi aprovada, na 449ª sessão ordinária de julgamento realizada em 14 de setembro de 2012 pelo Plenário do CADE, sem a imposição de restrições.

contratação de energia de que trata o caput deste artigo, bem como as diretrizes para a realização dos leilões a serem promovidos pela Agência Nacional de Energia Elétrica, direta ou indiretamente. (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 12.111, de 2009) § 2º Na hipótese de a energia de reserva ser proveniente de fonte nuclear, sua contratação será realizada diretamente com a Eletronuclear, constituída na forma da autorização contida no Decreto nº 76.803, de 16 de dezembro de 1975. (Incluído pela Lei nº 12.111, de 2009) Art. 3º-B. Fica caracterizada a exclusão de responsabilidade

Parte 2

Com o filtro do período de 01/09/2018 a 01/09/2020, a pesquisa retornou 39 (trinta e nove) resultados, relativos a 22 (vinte e dois) processos distintos. Todavia, desses 22 (vinte e dois) foram selecionados apenas 6 (seis) processos, listados na Tabela 4, dado que estes foram os casos em que (i) havia formação de consórcio para participação em licitação pública e (ii) a utilização do instrumento, em si, foi objeto de análise pelo Conselho, em razão da existência de possíveis efeitos anticompetitivos.

Tabela 4 – Casos do CADE selecionados em pesquisa realizada no período de 01/09/2018 a 01/09/2020

Número do processo	Tipo de processo	Pessoas jurídicas interessadas	Data do documento	Documento relevante	Status do processo
08700.00183 6/2016-11	Processo administrativo	Acciona Construcción S.A.; Construtora Almeida Costa Ltda.; Construtora Andrade Gutierrez S.A.; Construtora Barbosa Mello S.A.; Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A.; Carioca Christiani Nielsen Engenharia S.A.; CMT Engenharia Eireli.; Constran S.A. - Construções e Comércio; Convap Engenharia e Construções S.A.; Construtora Cowan S.A.; CR Almeida S.A. Engenharia e Construções; Delta Construções S.A.; Egesa Engenharia S.A.; Embratec Engenharia e Manutenção Ltda.; Estacon Engenharia S.A.; Construtora Estrutural Ltda.; Construtora	21/02/2020	Anexo da Nota Técnica nº 04/2020/SG-TRIAGEM CONDUTAS/SGA2/SG/CADE (SEI nº 0722920)	Em tramitação

		<p> Ferreira Guedes S.A.; FDS Engenharia de Oleo e Gas S.A.; Fuad Rassi Engenharia Industria e Comércio Ltda.; Galvão Engenharia S.A.; IESA Projetos, Equipamentos e Montagens S.A.; Tecnimont do Brasil Construção e Administração de Projetos Ltda.; Mendes Júnior Trading e Engenharia S.A.; Construtora OAS S.A.; Construtora Norberto Odebrecht S.A.; Ourivio Participações S.A.; Paviservice Serviços de Pavimentação Ltda.; Pavotec - Pavimentação e Terraplenagem Ltda.; Petra MG Industria e Comercio de Agregados Ltda.; Pelicano Construções S.A.; Construtora Queiroz Galvão S.A.; S.A. Paulista de Construções e Comércio; Construtora Sanches Tripoloni Ltda.; Serveng Civilsan S.A. Empresas Associadas de Engenharia; Servix Engenharia S.A.; Sobrado Construções Ltda.; Somague </p>			
--	--	--	--	--	--

		Engenharia S.A do Brasil; SPA Engenharia Indústria e Comércio Ltda.; Techint Engenharia e Construção S.A.; Empresa Tejofran de Saneamento e Serviços Ltda.; Tiisa - Infraestrutura e Investimentos S.A.; Toniolo Busnello S.A.; TOP Engenharia Ltda.; e Trier Engenharia S.A..			
08700.00663 0/2016-88	Processo administrativo	CADE Ex Officio, Andrade Gutierrez, Carioca Engenharia, CCCC, OAS, Queiroz Galvão, Odebrecht	16/07/2019	Anexo da Nota Técnica nº 68/2019 /CGAA8/SGA 2/SG/CADE (SEI nº 0634342)	Em tramitação
08700.00690 8/2018-89	Procedimento preparatório	Mercado de fabricação de softwares que fornecem recursos de tecnologia da informação para organizações públicas.	06/01/2020	Ofício nº 2/2020/SE/MS (Resp. ao Ofício nº 8166/19) (SEI nº 0704014)	Em tramitação
08700.00347 1/2019-11	Inquérito Administrativo	Raízen Combustíveis Ltda, Ipiranga Produtos de Petróleo S.A., BR Distribuidora S.A.	17/10/2019	Nota técnica nº 37/2019/CGA A3/SGA1/SG/ CADE (SEI nº 0672249)	Em tramitação
08700.00461 7/2013-41	Processo administrativo	Alstom Brasil Energia e Transporte Ltda, Balfour Beatty Rail Power Systems Brazil, Bombardier Transportation Brasil Ltda, CAF Brasil Indústria e Comércio, Caterpillar Brasil Ltda, Empresa	12/07/2019	Voto do Conselheiro João Paulo de Resende (SEI nº 0635922) e Nota Técnica nº 81, da Superintendência-Geral (vol. 1, fls. 02 – 160)	Foi proferida decisão

		Tejofran de Saneamento e Serviços Ltda, Hyundai-Rotem Co. Ltd., IESA Projetos Equipamentos e Montagens S.A., MGE Equipamentos e Serviços Rodoviários Ltda, Mitsui & Co. (Brasil) S.A., MPE - Montagens e Projetos Especiais S.A., PROCINT - Projetos e Consultoria Internacional S/C Ltda., Serveng-Civilsan S/A - Empresas Associadas de Engenharia, Siemens Ltda, TC/BR Tecnologia e Consultoria Brasileira S/A, Temoinsa do Brasil Ltda, Trans Sistemas de Transportes S.A			
08700.01183 5/2015-02	Processo administrativo	BT Brasil Serviços de Telecomunicações Ltda., Claro S.A., Oi Móvel S/A, Telefônica Brasil Ltda	25/08/2017	Anexo Nota Técnica nº 33 (SEI nº 0378893)	Em tramitação

Fonte: Dados extraídos do *site* do CADE, compilado pela autora. Consulta em set./out. 2020

O primeiro caso da Tabela 4, o **Processo Administrativo nº. 08700.001836/2016-11**, tem por objeto “apurar as infrações à ordem econômica (...) que teriam afetado o caráter competitivo das licitações da Valec - Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. (“Valec”) para contratação de obras civis de infraestrutura e superestrutura ferroviárias, obras de arte especiais

e serviços de engenharia para implantação da Ferrovia Norte e Sul – “FNS - EF-151” e, da Ferrovia de Integração Oeste e Leste – “FIOL - EF-334”, nos seguintes projetos”⁸³.

O caso iniciou-se quando a empresa Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A. (“Camargo Corrêa”) assinou Acordo de Leniência⁸⁴, no qual confessa sua participação como coautor de uma série de condutas anticompetitivas, a fim de obter os benefícios dispostos nos arts. 86 e 87 da Lei nº. 12.529/2011 e no Regimento Interno do CADE.

Em seu relato, a empresa explicitou que foram realizados (i) acordos de fixação de preços, (ii) divisão de mercado entre concorrentes, inclusive através da formação de consórcios e (iii) troca de informações concorrencialmente sensíveis,

a fim de prejudicar o caráter competitivo das licitações da Valec - Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. (“Valec”), no Brasil, nos processos licitatórios de obras civis de infraestrutura e superestrutura ferroviárias, obras de arte especiais e serviços de engenharia para implantação da Ferrovia Norte e Sul e da Ferrovia de Integração Oeste e Leste⁸⁵.

No Anexo da Nota Técnica nº 04/2020, por meio da qual foi determinada a instauração do processo administrativo em questão, a Superintendência-Geral do CADE ressaltou que as empresas participantes de cartéis em licitações utilizam uma série de estratégias para implementar suas condutas anticompetitivas e dentre elas a própria formação de consórcios que, se atrelada à divisão de mercado e supressão de propostas, por exemplo, também ocasiona a redução da competitividade dos certames.

Dessa forma, a formação de consórcios seria admitida legalmente, desde que sua finalidade não fosse desvirtuada. Por isso, a autorização prevista na Lei nº. 8.666/93 não seria algo “definitivo” ou uma “carta branca” para que o instrumento seja utilizado a bel prazer das empresas.

38. Tal entendimento não significa[iria] que o disposto no artigo 33 da Lei nº 8.666/93 – que traz a autorização legal para a constituição de consórcios em licitações públicas – implica necessariamente uma inequívoca ameaça à competitividade nos certames. Apenas se quer, aqui, enfatizar que tal instituto – uma espécie de associação entre

⁸³ CADE, **Processo Administrativo nº 08700.001836/2016-11**, Anexo da Nota Técnica nº 04/2020, p. 19.

⁸⁴ Atualmente, o CADE possui um “Programa de Leniência Antitruste”, o qual “possibilita às empresas e/ou indivíduos que participem, ou tenham participado, de um cartel ou outra prática anticoncorrencial, que, por denunciá-la ao CADE, obtenham total isenção, ou abrandamento, das multas e penas que lhes seriam aplicáveis, através da proposição de um acordo de leniência”. Maiores informações disponíveis no site do CADE e no Guia do Programa de Leniência Antitruste do Cade <<http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>>, acesso em 02/11/2020.

⁸⁵ Idem, p. 5.

empresas – contém potenciais riscos para a dinâmica concorrencial das licitações públicas. (...)

40. A formação de consórcios é, portanto, prática admitida legalmente e, quando adotada dentro dos parâmetros legais e da lógica comercial, constitui instrumento importante para a realização de determinadas licitações e execução de determinados contratos técnica ou economicamente mais complexos. No entanto, em desvirtuamento de sua finalidade, pode ser usado por membros de um cartel como mecanismo para implementação de suas estratégias anticompetitivas.⁸⁶

Vale esclarecer, porém, que o processo administrativo ainda está em tramitação, de modo que ainda não houve manifestação definitiva por parte do Plenário do CADE. Atualmente, o processo encontra-se em fase de notificação dos Representados para apresentação de defesa.

O segundo caso da Tabela 4 é o **Processo Administrativo nº. 08700.006630/2016-88** que, por sua vez, tem por objeto investigar “supostas práticas anticompetitivas no mercado de obras de construção civil, modernização e/ou reforma de instalações esportivas (“estádios de futebol”) destinados à Copa do Mundo do Brasil de 2014”⁸⁷.

Tal como no caso anterior, “as violações à ordem econômica (...) consistiriam em acordos (i) de fixação de preços, condições, vantagens e abstenções entre concorrentes e (ii) de divisão de mercado e alocação de projetos, por meio da formação de consórcio” e o caso em si iniciou-se quando a empresa Andrade Gutierrez Engenharia S.A. (“Andrade Gutierrez”) e seis funcionários e/ou ex-funcionários, chamados “Signatários”, celebraram Acordo de Leniência, no qual confessaram as práticas anticompetitivas, a fim de obter os benefícios previstos na legislação.

Segundo relatado pelos Signatários, pelo menos 5 (cinco) procedimentos licitatórios relacionados a obras de construção civil, modernização e/ou reforma de estádios de futebol foram objeto da conduta, quais sejam: (i) Estádio Nacional Mané Garrincha em Brasília/DF, (ii) Arena Amazônia em Manaus/AM, (iii) Arena Pernambuco em Recife/PE, (iv) Estádio do Maracanã no Rio de Janeiro/RJ e (v) Estádio Mineirão em Belo Horizonte/MG.

De todo modo, ainda que os objetos licitados tenham sido distintos, no que tange à formação de consórcios para participação em licitações, a Superintendência Geral, no Anexo da Nota Técnica nº 68/2019, por meio da qual foi determinada a instauração do processo administrativo em questão, elaborou os mesmos apontamentos apresentados no primeiro caso

⁸⁶ Idem, p. 15-16.

⁸⁷ CADE, **Processo Administrativo nº 08700.006630/2016-88**, Anexo da Nota Técnica nº 68/2020.

da Tabela 4, o Processo Administrativo nº. 08700.001836/2016-11, motivo pelo qual não os repetiremos. Novamente, porém, vale esclarecer que, tal como no caso anterior, o referido processo ainda está em tramitação e, portanto, ainda não foi proferida decisão final pelo Tribunal.

O terceiro caso da Tabela 4 é o **Procedimento Preparatório nº. 08700.006908/2018-89**, que tem por objeto investigar “as práticas comerciais adotadas por grandes fabricantes de Tecnologia da Informação (TI) na relação com a Administração Pública, quando da contratação de licenciamento de software e seus serviços agregados”⁸⁸.

O referido Procedimento foi instaurado em razão do Acórdão nº 2.569/2018, do Plenário do TCU, relativo ao Processo nº 030.236/2016-9, que tratou da identificação de uma série de cláusulas abusivas contidas em editais e contratos celebrados com grandes fornecedores de software.

Isso porque, no item 9.5 do Acórdão supracitado, o TCU fez menção ao CADE para que este avaliasse “a conveniência e a oportunidade de utilizar as análises a respeito de cláusulas abusivas identificadas junto a organizações públicas para efetuar ações no sentido de coibir essas práticas junto a organizações privadas”⁸⁹.

Em consequência da instauração do procedimento, a Superintendência-Geral do CADE enviou ofícios a uma série de órgãos e empresas a fim de obter subsídios para realizar sua análise. Dentre eles, foi enviado o Ofício nº 8166/2019/CGAA3/SGA1/SG/CADE ao Ministério da Saúde, o qual respondeu tempestivamente.

Entre os documentos juntados pelo Ministério nessa ocasião (SEI nº. 0704014), havia o “Estudo Técnico Preliminar da Contratação” relativo ao processo nº 25000.423992/2017-27, elaborado em cumprimento ao art. 9º, II, da IN 04/2014, do Ministério do Planejamento,

⁸⁸ CADE, **Procedimento Preparatório nº. 08700.006908/2018-89**, Ofício nº 4272/2019/CGAA3/SGA1/SG/CADE

⁸⁹“VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Auditoria Operacional com objetivo de avaliar as práticas comerciais adotadas por grandes fabricantes de Tecnologia da Informação (TI) na relação com a Administração Pública, quando da contratação de licenciamento de software e seus serviços agregados; ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, em: (...) 9.5. encaminhar cópia desta deliberação à 3ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, à Secretaria de Desenvolvimento Econômico do Ministério da Justiça e ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica para que avaliem a conveniência e a oportunidade de utilizar as análises a respeito de cláusulas abusivas identificadas junto a organizações públicas para efetuar ações no sentido de coibir essas práticas junto a organizações privadas;” (TCU, **Acórdão nº 2.569/2018**, Plenário, TC 030.236/2016-9, Rel. Min. Aroldo Cedraz, 07/11/2018).

Orçamento e Gestão⁹⁰, Orçamento e Gestão, que dispõe sobre o “processo de contratação de Soluções de Tecnologia da Informação pelos órgãos integrantes do Sistema de Administração de Recursos de Tecnologia da Informação e Informática (SISP) do Poder Executivo Federal”⁹¹.

O referido Estudo visava à:

contratação de empresas especializadas na prestação de serviços de Tecnologia da Informação (TI) envolvendo soluções em Arquitetura Orientada a Serviço (SOA) no Barramento Nacional de Saúde, pelo o período de 12 (doze) meses, na forma de serviços continuados, executados sob demanda e sem dedicação exclusiva de mão de obra, mensurados em Unidade de Serviço Técnico (UST)⁹².

Ocorre que um dos pontos analisados foi justamente a participação de empresas reunidas em consórcio, o que, naquela licitação, seria vedado, por uma série de razões, quais sejam:

- (i) O objeto a ser licitado é um serviço comum, que é prestado por diversas empresas;
- (ii) Gestão e fiscalização da execução contratual seriam comprometidas, em razão da “dificuldade em lidar com empresas que possuem processos de trabalhos diferentes e remunerações desiguais por profissionais alocados com atribuições similares”⁹³;
- (iii) Poderia haver conflito de interesses, já que “[n]o caso de prestação de serviços técnicos de sustentação da infraestrutura de TIC, as empresas consorciadas atuam como empresas individuais”⁹⁴, de modo que licitante e/ou contratante teria que se relacionar individualmente com cada participante, já que muitas vezes a empresa líder do consórcio não representaria as demais.

Ademais, no mesmo Estudo, foi feita referência à já citada jurisprudência do TCU, que compreende que a Administração Pública pode vedar a participação de empresas em consórcio, desde que justificadamente.

⁹⁰ Instrução Normativa nº 4/2014, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Art. 9º - A fase de Planejamento da Contratação consiste nas seguintes etapas: (...) II - Estudo Técnico Preliminar da Contratação;

⁹¹ Preâmbulo da Instrução Normativa nº 4/2014, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. “Dispõe sobre o processo de contratação de soluções de Tecnologia da Informação e Comunicação - TIC pelos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação - SISP do Poder Executivo Federal.”

⁹² CADE, **Procedimento Preparatório nº 08700.006908/2018-89**, Ofício nº 2/2020/SE/MS (Resp. ao Ofício nº 8166/19), p. 388.

⁹³ Idem, p. 418.

⁹⁴ Idem.

Ainda sobre o referido procedimento preparatório, vale esclarecer que este segue em tramitação, com a colheita de subsídios, pela Superintendência, a fim de apurar se houve, ou não, infração à ordem econômica nas práticas comerciais adotadas por algumas das grandes fabricantes de TI na relação com a Administração Pública.

Até o momento, portanto, a Superintendência produziu apenas o despacho de instauração do procedimento e expediu os ofícios para órgãos, não tendo elaborado, ainda, Nota Técnica com seu parecer.

Em quarto lugar, na Tabela 4, tem-se o **Inquérito Administrativo nº. 08700.003471/2019-11**, que foi instaurado para investigar possível prática prejudicial à livre concorrência, consistente na formação de consórcio pelas empresas Raízen Combustíveis Ltda, Ipiranga Produtos de Petróleo S.A. e BR Distribuidora S.A – os três maiores distribuidores nacionais de combustíveis líquidos, que detêm, conjuntamente, no primeiro semestre de 2019, cerca de 64% do mercado – para participar de leilões de arrendamento das áreas portuárias de Cabedelo/PB e Vitória/ES, destinadas justamente à movimentação e armazenagem de combustíveis líquidos.

Como restou esclarecido pela Superintendência-Geral, o objeto da investigação é justamente “averiguar [o] possível prejuízo ao erário público e à competição intraportuária decorrente da participação em consórcio das Representadas”⁹⁵, ou seja, o que está em análise, nesse caso, é a formação do consórcio em si, que, frise-se, era autorizada nos editais de licitação dos mencionados leilões, sem ter sido objeto de qualquer reprimenda pela antiga Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (SEPRAC).

Na verdade, em manifestação apresentada pelo Ministério da Infraestrutura, por meio da Secretaria de Portos e Transportes Aquaviários (SEI nº. 0671189), afirmou-se, expressamente, que “Quando da análise dos ambientes concorrenciais para o desenho dos editais referentes aos leilões nos Portos de Cabedelo e Vitória, **concluiu-se pela desnecessidade de qualquer espécie de vedação à participação de consórcios nos certames**” (grifos próprios). Veja-se:

9.6. Do Caso Concreto: Da Inexistência de Preocupações de Ordem Concorrencial com as Licitações de Cabedelo e Vitória
(...)
a) Da Desnecessidade de Atuação Ex Ante

⁹⁵ CADE, **Inquérito Administrativo nº 08700.003471/2019-11**, Nota Técnica nº. 37/2019.

9.6.3. **Quando da análise dos ambientes concorrenciais para o desenho dos editais referentes aos leilões nos Portos de Cabedelo e Vitória, concluiu-se pela desnecessidade de qualquer espécie de vedação à participação de consórcios nos certames.**

9.6.4. Concluiu-se que eventual posição dominante nos Portos em questão pode ser tempestivamente contestada em caso de aumento supracompetitivo de preços. Para além dos arrendamentos de Ipiranga, Raízen e BR Distribuidora, existe, em adição à iminência de novas entradas no mercado (arrendamentos e/ou autorizações), (i) no Porto de Vitória: terminais privados detidos pela Oiltanking e pela Transpetro (TGL), além da pressão competitiva exercida pelo Porto de Barra do Riacho (ii) no Porto de Cabedelo: o Tecab, além da pressão competitiva exercida pelo Porto de Suape e pela Refinaria de Abreu e Lima, de propriedade da Petrobras. Há, portanto, competição (efetiva ou potencial) suficiente de pressionar o nível de preços naqueles mercados a patamares competitivos tanto no Porto de Vitória quanto no Porto de Cabedelo. (grifos próprios)⁹⁶

Ademais, antes da realização dos leilões de arrendamento das áreas portuárias de Cabedelo/PB e Vitória/ES, a antiga SEPRAC – atualmente denominada Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade (SEAE) – redigiu, para cada leilão, os Pareceres n^{os}. 27/2018⁹⁷ e 28/2018⁹⁸, apresentando considerações sobre as Audiências Públicas n^{os}. 3/2018 e 02/2018, realizadas pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), “com a intenção de contribuir para o aprimoramento do arcabouço regulatório do setor portuário”.

À época, a SEPRAC constatou que as minutas dos editais de licitação apresentadas pela ANTAQ possibilitavam a participação de empresas de forma isolada ou em consórcio. No entanto, não realizou qualquer comentário ou sugestão acerca das questões concorrenciais inerentes à essa questão. Na ocasião, limitou-se a sugerir que não fosse prevista “a obrigação

⁹⁶ CADE, **Inquérito Administrativo nº 08700.003471/2019-11**, Anexo de e-mail da Secretaria Nacional de Portos e Transportes Aquaviários – SNPTA, em resposta ao Ofício nº 6089/2019 (SEI nº. 0671189).

⁹⁷ MINISTÉRIO DA FAZENDA. Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência - SEPRAC. **Parecer nº 27/2018**. Assunto: Audiência Pública nº 3/2018, da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), que tem por objetivo obter contribuições, subsídios e sugestões para o aprimoramento das minutas jurídicas e técnicas (edital de licitação, contrato de arrendamento, documentos técnicos e seus respectivos anexos), necessários à realização de certame licitatório referente aos seguintes arrendamentos: terminais portuários para movimentação de graneis líquidos combustíveis localizados no Porto Organizado de Cabedelo/PB (códigos AI-01, AE-10 e AE-11). Disponível em <<https://www.gov.br/fazenda/pt-br/centrais-de-conteudos/notas-tecnicas-e-pareceres/advocacia-da-concorrenca/2018/parecer-27-2018/view>>. Acesso em 26/11/2020.

⁹⁸ MINISTÉRIO DA FAZENDA. Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência - SEPRAC. **Parecer nº 28/2018**. Assunto: Audiência Pública nº 2/2018, da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), que tem por objetivo obter contribuições, subsídios e sugestões para o aprimoramento das minutas jurídicas e técnicas (edital de licitação, contrato de arrendamento, documentos técnicos e seus respectivos anexos), necessários à realização de certame licitatório referente ao arrendamento de terminal portuário destinado à movimentação de graneis líquidos combustíveis, localizado no Porto Organizado de Vitória/ES, denominado VIX-30. Disponível <<https://www.gov.br/fazenda/pt-br/centrais-de-conteudos/notas-tecnicas-e-pareceres/advocacia-da-concorrenca/2018/parecer-28-2018/view>>. Acesso em 26/11/2020.

de, no caso de consórcio formado por empresas estrangeiras e brasileiras, a liderança do consórcio seja exercida por alguma destas em detrimento daquelas”.

No âmbito do procedimento preparatório listado na Tabela 4, por sua vez, na Nota Técnica nº 37/2019, documento por meio do qual decidiu-se pela conversão de procedimento preparatório em inquérito administrativo, a Superintendência frisou que a formação de consórcio para participação em licitações não é, de pronto, vedada, inclusive porque ela pode gerar eficiências para o mercado.

No referido documento, ressaltou-se, ainda, que, em algumas situações, o consórcio pode configurar uma infração à ordem econômica, o que, por sua vez, demanda a atuação do CADE. Nessas situações, segundo a Superintendência, aplica-se a previsão do inciso I do art. 36 da Lei nº. 12.529/11, que dispõe que constituem infração da ordem econômica os atos que, sob qualquer forma manifestados, possam limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência. Ademais, nos termos desse dispositivo, não se exigiria a comprovação do intuito anticoncorrencial na prática questionada, mas sim o efetivo prejuízo à concorrência.

Nessa mesma Nota Técnica, o Superintendente Geral ressaltou, ainda, que a análise, pelo CADE, da formação de consórcios em licitações públicas não significa que o Conselho objetive tomar o controle realizado em regulação específica ou setorial. Muito pelo contrário. Cuidam-se de análises distintas:

já que nem a Lei de Licitações e tampouco os editais específicos formulados pelas autoridades concedentes tratam das questões específicas atinentes aos efeitos sobre a ordem econômica da atuação consorciada de empresas concorrentes em licitações para a outorga ou concessão de infra-estrutura relevante para um setor econômico.⁹⁹

Assim, no caso em questão, segundo a Superintendência, haveria:

indícios de que o consórcio formado pelas três maiores distribuidoras do país foi formado pelas Representadas com o intuito de fraudar o caráter competitivo das licitações ora analisadas, na medida em que os três maiores players concordaram em não competir, apresentando propostas conjuntas. Ainda que as Representadas argumentem que as outras empresas possíveis licitantes não saberiam da formação do consórcio em questão previamente ao oferecimento de propostas — o que se reputa ser pouco provável pelas características do mercado, conforme já debatido —, a Raízen, a Ipiranga e a BR sabiam, ao acordarem entre si de atuar conjuntamente nos quatro leilões, que não enfrentariam a concorrência de seus principais concorrentes, inexistindo, desse modo, incentivos a apresentar as melhores propostas por cada lote.

⁹⁹ CADE, **Inquérito Administrativo nº 08700.003471/2019-11**, Nota Técnica nº. 37/2019.

Nesse cenário, mesmo que alguma empresa ou consórcio de empresas menores decidisse participar dos certames, não teria chance de competir com o poder econômico das três maiores distribuidoras de combustíveis atuando conjuntamente.¹⁰⁰

Dessa forma, em razão desses indícios, decidiu-se pela instauração do inquérito administrativo, que, atualmente, ainda está em tramitação.

O quinto caso, na Tabela 4, é o **Processo Administrativo nº. 08700.004617/2013-41**, instaurado para investigar a formação de um suposto “cartel em licitações públicas destinadas à aquisição de material rodante e sistemas auxiliares e manutenção de trens e metrô”¹⁰¹.

Novamente, a investigação teve início com a celebração de Acordo de Leniência, dessa vez com as empresas Siemens Ltda. e Siemens AG e alguns de seus funcionários.

Esse caso, porém, diferentemente dos demais, já foi julgado pelo Plenário do Tribunal¹⁰², tendo sido reconhecida a realização de práticas colusivas por várias das empresas Representadas.

¹⁰⁰ Idem.

¹⁰¹ CADE, **Processo Administrativo nº 08700.004617/2013-41**, Voto do Conselheiro Relator, João Paulo de Resende.

¹⁰² A decisão foi proferida nos seguintes termos: “O Plenário, por unanimidade: i) declarou a extinção da pretensão punitiva em razão do cumprimento integral das obrigações do Acordo de Leniência em relação aos Representados: Siemens AG; Siemens Ltda.; Newton José Leme; Everton Rheinheimer; Jan-Malte Hans; Peter Andreas Goltz; Nelson Branco Marchetti; e Daniel Mischa Leibold; ii) determinou o arquivamento do processo sem julgamento de mérito por reconhecimento de ilegitimidade passiva com relação às Representadas RHA do Brasil Serviços de Infraestrutura Ltda. e Caterpillar Brasil Ltda.; iii) determinou o arquivamento do processo por ausência ou insuficiência de provas em relação aos Representados: Hyundai-Rotem Co. Ltd., Albert Fernando Blum, Antonio Joaquim Charro, Homero Lobo de Vasconcellos, Júlio César Leitão, Maria Aparecida Ramos Bartholetti, Paulo Munk Machado, Philippe Delleur, Ricardo Mario Lamenza Alzogaray, Rinaldo Marques Tsuruda; Rodrigo Otávio Lobo da Costa; iv) determinou o arquivamento do processo pela ocorrência de prescrição da pretensão punitiva em relação aos Representados: Lucy Elisabete Pereira Teixeira (Constech Assessoria e Consultoria Internacional Ltda.); Procint - Projetos e Consultoria Internacional S/C Ltda.; Arthur Gomes Teixeira; e Murilo Rodrigues da Cunha; v) determinou o desmembramento do processo com relação aos Representados Edyval Antônio Campanelli Junior e Haroldo Oliveira de Carvalho; vi) determinou a condenação de Alstom Brasil Energia e Transporte Ltda.; Bombardier Transportation Brasil Ltda.; CAF Brasil Indústria e Comércio Ltda.; IESA Projetos Equipamentos e Montagens S.A.; MGE Equipamentos e Serviços Rodoviários Ltda.; Mitsui & Co. (Brasil) S.A. (sucessora da Mitsui Brasileira Importação - Exportação S.A.); MPE - Montagens e Projetos Especiais S.A.; TC/BR Tecnologia e Consultoria Brasileira S.A.; Empresa Tejofran de Saneamento e Serviços Ltda.; Temoinsa do Brasil Ltda.; Trans Sistemas de Transportes S.A.; Adagir de Salles Abreu Filho; Amador Francisco Rodriguez Peñin; Andoni Sarasola Altuna; Andras Mukics Mesics; Ben-Hur Coutinho Viana de Souza; Carlos Alberto Alves Roso; Carlos Alberto Penna Leopoldo; Carlos Eduardo Teixeira; David Lopes; Edgard Camargo de Toledo Filho; Edson Yassuo Hira; Eduardo Cesar Basaglia; Fleury Pissaia; Francisco de Assiz Perroni; Francisco Essi Amigo; Isidro Ramon Fondevila Quinonero; José Manuel Uribe Regueiro; Juarez Barcellos Filho; Luiz Antonio Taulois da Costa; Luiz Fernando Ferrari; Manuel Carlos do Rio Filho; Marcelo Zugaiar dos Santos; Marco Antônio Barreiro Contin; Marco Vinicius Barbi Missawa; Marcos José Ribeiro; Masao Suzuki; Massimo Andrea Giavina Bianchi; Maurício Evandro Chagas Memória; Paulo José de Carvalho Borges Júnior; Paulo Rubens Fontenele Albuquerque; Phillipe Emile Michel Dufosse; Reinaldo Goulart de Andrade; Renato Grillo Ely; Ronaldo Hikari Moriyama; Rosângela Lorena de Sousa Tsuruda; Ruy Marcos Grieco; Sergio Valente Lombardi; Stephanie Brun-Brunet; Telmo Giolito Porto; Wagner Ibarrola; Wagner Tadeu Ribeiro; e Wilson Daré; pela prática das condutas previstas no art. 20,

Em seu voto, o Conselheiro Relator, João Paulo de Resende, ressaltou que, em tese, nesse caso, a formação de consórcios poderia ter sido necessária tecnicamente, para que fosse possível atender os requisitos dos editais. Contudo, as provas juntadas teriam comprovado que “os consórcios e subcontratações não eram apenas fruto de necessidades técnico-financeiras, mas sim resultantes de uma divisão de mercado entre concorrentes”¹⁰³.

Na verdade, ao analisar o instrumento de consórcio, o Conselheiro ressaltou que seu principal objetivo é o de permitir que mais empresas participem dos certames e, assim, se obtenha preços mais competitivos. Entretanto, ele também poderia conduzir ao resultado oposto, caso utilizado de forma indevida.

98. (...) o objetivo precípua dos consórcios seria aumentar a competitividade dos certames, permitindo que empresas se unissem para poderem atender ao objeto licitado e para apresentarem propostas mais competitivas.

99. Isso não significa, no entanto, que tal instituto não possa conduzir a resultados indesejáveis ou ser utilizado de forma indevida; ao contrário, o mesmo autor reconhece que a permissão da formação de consórcios aumenta o risco de tentativas de dominação de mercado e eliminação da concorrência[11].

100. Nesse sentido, por exemplo, as estratégias de *divisão de mercado* e *supressão de propostas* podem ser implementadas por intermédio da formação de consórcios nas licitações e, quando isso ocorre, o consórcio é formado não em razão da necessidade

incisos I a IV, c/c. art. 21, incisos I, III, IV e VIII, da Lei nº 8.884/1994, bem como art. 36, incisos I a IV c/c § 3º, inciso I, alíneas "a", "c" e "d", da Lei nº 12.529/2011 e, por maioria, determinou a aplicação das multas constantes do voto do Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia. Vencido o Conselheiro Relator no tocante à dosimetria das multas aplicadas. O Plenário, por maioria, determinou o arquivamento do processo em relação a Serveng-Civisan S.A.; Antonio Dias Felipe; José Ricardo Garcia Valladão; Moises Smaire Neto; Paulo Roberto Stuart; Ronaldo Cavalieri. Vencido o Conselheiro Relator no tocante à estas pessoas. O Plenário, por unanimidade, aplicou à Alstom Brasil Energia e Transporte Ltda. penalidade de proibição de participar, direta ou indiretamente, de licitações tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, envolvendo a aquisição e manutenção de material rodante, sistemas auxiliares e suas partes integrantes, junto à Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal, bem como entidades de administração indireta, por cinco anos, a contar da publicação da decisão, nos termos do inciso II do art. 38 da Lei nº 12.529/2011. Vencida neste ponto a Conselheira Polyanna Ferreira Silva Vilanova. O Plenário, por maioria, determinou a expedição de recomendação aos órgãos públicos competentes para que não seja concedido parcelamento de tributos federais devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos, nos termos da alínea 'b' do inciso IV do art. 38 da Lei nº 12.529/2011, pelo prazo de cinco anos, em relação às Representadas Alstom Brasil Energia e Transporte Ltda., Bombardier Transportation Brasil Ltda. e CAF Brasil Indústria e Comércio Ltda.; o Presidente do Cade fez uso do voto de qualidade previsto no art. 135 do Regimento Interno do Cade. Vencidos o Conselheiro Relator e a Conselheira Polyanna Ferreira Silva Vilanova. O Plenário, por unanimidade, determinou expedição de ofício com cópia da decisão ao Ministério Público do Estado de São Paulo (MP-SP), ao Ministério Público do Rio Grande do Sul (MP-RS), ao Ministério Público de Minas Gerais (MP-MG), ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MP-DFT), ao Departamento de Polícia Federal, ao Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União; ao Tribunal de Contas da União; ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo; à Corregedoria Geral da Administração do Governo do Estado de São Paulo; ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, para ciência e eventuais providências julgadas cabíveis.” (Trecho da certidão de julgamento da 146ª sessão ordinária de julgamento, realizada em 08 de 2019 e publicada no Diário Oficial da União em 16/07/2019).

¹⁰³ CADE, **Processo Administrativo nº 08700.004617/2013-41**, Voto do Conselheiro Relator, João Paulo de Resende.

ou conveniência econômica para as empresas participantes do certame, mas com vistas a implementar um acordo anticompetitivo. Tais consórcios “de fachada” reduzem a competitividade do certame – haja vista que potenciais concorrentes *suprimem suas propostas* individuais, pois passam a ser parte integrante do consórcio – e alocam as parcelas do objeto licitado às consorciadas, o que constitui, ao fim e ao cabo, na *partilha do mercado* entre tais empresas.

101. Tal entendimento não significa que o disposto no art. 33 da Lei nº 8.666/1993^[12] – que traz a autorização legal para a constituição de consórcios em licitações públicas – implica necessariamente uma inequívoca ameaça à competitividade nos certames. Apenas se quer, aqui, enfatizar que tal instituto contém potenciais riscos para a dinâmica concorrencial das licitações públicas^[13].¹⁰⁴

Vale ressaltar, ainda, que, no bojo do mesmo processo, o possível caráter anticompetitivo da formação de consórcios já havia sido apontado pela Superintendência-Geral na Nota Técnica nº 81, documento por meio do qual foi sugerida a transformação do até então inquérito em processo administrativo e através do qual frisou-se que:

29. Consórcios e subcontratações de empresas em licitações públicas são, portanto, práticas admitidas legalmente e, quando adotadas dentro dos parâmetros legais e da lógica comercial, constituem instrumentos importantes para a realização de determinadas licitações e execução de determinados contratos técnica ou economicamente mais complexos. No entanto, em desvirtuamento de sua finalidade, podem ser usados por membros de um cartel como mecanismos para implementação de suas estratégias anticompetitivas.

30. A questão concorrencial surge, portanto, quando a formação de consórcios e a subcontratação são utilizados como instrumentos para dissimular acordos colusivos previamente negociados pelas empresas. Por exemplo, (i) quando as empresas participantes do suposto cartel definem quais delas farão parte de determinado consórcio - ao qual será destinado o contrato sob disputa - e quais participarão da licitação apenas para apresentar propostas de cobertura; (ii) ou quando determinada empresa licitante desiste de uma ação judicial ou recurso administrativo, sendo recompensada com a posterior subcontratação pelo consórcio beneficiado por tal desistência; (iii) ou mesmo quando as empresas discutem, antes da licitação, a futura subcontratação de potenciais concorrentes, de forma a eliminar competidores e/ou recompensar a colaboração da futura subcontratada em outros certames; (iv) ou ainda quando as empresas definem qual será o único consórcio a concorrer no certame, definindo que as recompensas às demais empresas dar-se-á por intermédio de sua subcontratação.

31. Embora seja competência discricionária do órgão licitante a autorização para que concorrentes atuem em consórcio em determinada licitação ou subcontratem parte do objeto licitado, é certo que tal discricionariedade - que, segundo os órgãos de controle, sequer é absoluta¹⁹ - não afasta a possibilidade de os órgãos de defesa da concorrência analisarem a formação de consórcios e as subcontratações como elementos contextuais que informam o mercado sob investigação - no caso, determinada licitação ou conjunto de licitações - pelo enfoque da ponderação de riscos que tais institutos podem trazer ao potencial de competitividade do certame e à conduta das empresas licitantes²⁰. Ou seja, mesmo sendo o consórcio e a subcontratação figuras jurídicas lícitas, e mesmo tendo sido elas autorizadas pelos órgãos licitantes em um determinado certame, nada impede que o Cadê analise as condições em que foram utilizadas e, do ponto de vista da Legislação de Defesa da Concorrência (Lei nº

¹⁰⁴ Idem.

12.529/12011 e sua antecessora, Lei nº 8.884/94), conclua pela sua irregular utilização pelas empresas licitantes como meio de restringir a concorrência.¹⁰⁵

Por fim, o último caso listado na Tabela 4 é o **Processo Administrativo nº. 08700.011835/2015-02**, cujo objeto é a investigação de um suposto “acordo entre concorrentes associado a condutas unilaterais de discriminação de preços e recusa de contratar”¹⁰⁶ no setor de telecomunicações.

Esse caso, diferentemente dos anteriores, teve início com a apresentação de representação por parte da empresa BT Brasil Serviços de Telecomunicações Ltda. (“BT”) em face das empresas Claro S.A. (“Claro”), Oi Móvel S.A. (“OI”) e Telefônica Brasil S.A. (“Telefônica”).

Segundo a BT, a formação de consórcio pelas três empresas diminuiria a competição no mercado, mas, além disso, estas teriam realizado discriminação de preço e se “recusado a contratar circuitos de comunicação necessários à formação da proposta da BT”¹⁰⁷ para participação no Pregão Eletrônico nº 144/2015, realizado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (“Correios”).

No âmbito do Anexo da Nota Técnica nº 33 - documento por meio do qual foi sugerida a instauração de processo administrativo -, a Superintendência-Geral ressaltou, mais uma vez, que ainda que a isenção do parágrafo único do art. 90 da Lei nº 12.529/11 tenha afastado a necessidade de notificação de consórcio para a participação em licitações públicas, ela

não significa que os consórcios celebrados para a participação de licitações públicas não possam ter efeitos anticompetitivos. Indica apenas que não é necessária uma análise prévia pela autoridade antitruste para a sua consumação, mas não a isenta de não poder cometer as infrações indicadas no artigo 36 da mesma.¹⁰⁸

Por essa razão, no caso em análise, a denúncia da BT teria sido averiguada “sob o prisma de que a formação de um consórcio por empresas concorrentes não as isenta de inibir a competição no mercado”¹⁰⁹, por isso seria necessário analisar (i) se as investigadas detêm poder de mercado, (ii) o potencial de danos à concorrência em razão da prática e (iii) se existem

¹⁰⁵ CADE, **Processo Administrativo nº 08700.004617/2013-41**, Nota Técnica nº 81, da Superintendência-Geral (vol. 1, p. 11-12).

¹⁰⁶ CADE, **Processo Administrativo nº 08700.011835/2015-02**, Anexo da Nota Técnica nº 33.

¹⁰⁷ Idem, p. 3.

¹⁰⁸ Idem, p. 57.

¹⁰⁹ Idem, p. 58.

justificativas suficientes para a atuação conjunta das empresas. O processo administrativo, porém, ainda não foi encerrado.

Expostas as pesquisas jurisprudenciais realizadas, passa-se à análise dos resultados obtidos.

2.2 Conclusões obtidas a partir da análise jurisprudencial

A partir do exame dos julgados do TCU listados nas Tabelas 1 e 2, verifica-se que o entendimento do referido Tribunal não se alterou com a mudança da lei concorrencial. Os Ministros julgadores permanecem afirmando, resumidamente, que: (i) a opção, pela admissão da formação de consórcios para participação em licitação pública, é uma opção da Administração; (ii) a escolha, de admitir ou inadmitir, deve ser devidamente motivada; e (ii) em regra, admitem-se consórcios quando o objeto a ser licitado envolve questões de alta complexidade ou de relevante vulto, casos em que as empresas, isoladamente, não teriam condições de suprir os requisitos do edital.

Por outro lado, ao se debruçar sobre os resultados do CADE, principalmente no Procedimento Preparatório nº. 08700.006908/2018-89, contido na Tabela 4, observa-se que ainda que a questão da formação de consórcio esteja sendo levada a sério, uma análise do ponto de vista concorrencial ainda não é feita, qualitativamente, quando da confecção dos editais de licitação.

Ademais, mesmo quando as questões concorrenciais são, de fato, analisadas quando da elaboração do edital de licitação e o órgão licitante decide autorizar a formação de consórcios, sem qualquer reprimenda por parte da Secretaria responsável pela advocacia da concorrência, como foi o caso do Inquérito Administrativo nº. 08700.003471/2019-11¹¹⁰, também listado na Tabela 4, ainda assim, o CADE tem questionado se, de fato, no caso concreto, poderia ter sido formado consórcio.

Acerca do papel da atual SEAE - secretaria responsável pela advocacia da concorrência -, relevante rememorar que, como exposto no item 1.3.1.2 do presente trabalho, entre 2015 e

¹¹⁰ Como mencionado anteriormente, no Inquérito Administrativo nº. 08700.003471/2019-11, a antiga Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (SEPRAC) – atualmente denominada Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade (SEAE) – redigiu os Pareceres nos 27/2018 e 28/2018, nos quais constatou que as minutas dos editais de licitação apresentadas pela ANTAQ possibilitavam a participação de empresas de forma isolada ou em consórcio. No entanto, não realizou qualquer comentário ou sugestão acerca das questões concorrenciais inerentes à essa questão.

2018, tal Secretaria elaborou apenas 26 (vinte e seis) pareceres e notas técnicas, relacionados a editais de licitação, os quais foram elencados no Anexo 1. Todavia, a partir desses documentos, verificou-se que, mesmo quando a aludida Secretaria identificava que o edital de licitação admitia a formação de consórcio para participação no certame, não realizava qualquer comentário acerca dos possíveis efeitos anticompetitivos decorrentes da utilização deste instrumento.

Já especificamente sobre o mencionado Inquérito Administrativo nº. 08700.003471/2019-11, este tem como objeto investigar justamente a formação de um consórcio pelas empresas Raízen, Ipiranga e BR Distribuidora para participar de uma série de leilões, prática que não havia sido vedada pelo edital da licitação e que não havia sido questionada pela então SEPRAC (atualmente substituída pela SEAE).

Verifica-se, portanto, que esse caso é claramente distinto dos demais casos listados na Tabela 4, que, como informado, aconteceram após a vigência da nova Lei. No mencionado inquérito, o que está em análise é se a formação de consórcio, por si só, isto é, se a própria celebração do contrato de consórcio, em si, teria configurado prática prejudicial à livre concorrência. Nos demais casos, por outro lado, a formação do consórcio foi, supostamente, apenas uma das várias táticas utilizadas para implementação de práticas colusivas, como o cartel *hardcore*.

No entanto, considerando que (i) a formação de consórcios para participação em licitações públicas não é de notificação obrigatória ao CADE; que (ii) tais consórcios não são mais analisados estruturalmente pelo referido órgão; e que, por fim, (iii) não há qualquer vedação à sua constituição, na nova Lei, o caso em questão suscita um questionamento interessante: se o Tribunal do CADE entender que houve, sim, conduta anticoncorrencial na formação do referido consórcio, qual será o fundamento legal utilizado para subsidiar a condenação das empresas envolvidas? A conduta será enquadrada na regra geral do art. 36, inciso I da Lei nº. 12.529/11¹¹¹, sob o argumento de que a vedação à uniformização de conduta está amplamente prevista na referida Lei? Ou será que o Tribunal entenderá que se está diante de um cartel *softcore*?

¹¹¹ Lei nº. 12.529/11. Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (...).

Para além disso, relevante questionar também se o Tribunal ignorará que o edital da licitação autorizava expressamente a formação de consórcios e que a Secretaria responsável pela advocacia concorrencial analisou o referido edital. Tratam-se de perguntas que, por ora, não podem ser respondidas, já que o inquérito ainda não foi finalizado. Deve-se aguardar, portanto, seu encerramento, para observarmos o entendimento que será adotado pelo Conselho.

Ademais, vale frisar também que, se compararmos as Tabelas 3 e 4, verifica-se que houve uma mudança no “tipo” de processo analisado. Isso se deu porque, como exposto anteriormente, a partir da vigência da nova Lei, a questão da formação de consórcios passou a ser ventilada apenas em procedimentos preparatórios, inquéritos administrativos e processos administrativos, e não mais em atos de concentração, já que a lei não repetiu a previsão de notificação obrigatória de consórcios para participação em licitação pública. Por essa razão, os “tipos” de processos analisados nas Tabelas 3 e 4 são distintos.

Por fim, analisando os três casos do CADE listados na Tabela 3, verifica-se que em nenhum deles se estava diante de situação envolvendo questão concorrencialmente sensível. Todos eles tratavam de questões mais simples, de modo que a formação de consórcio para participação em determinada licitação não oferecia riscos.

A partir desses resultados, questiona-se se a alteração do momento da análise da formação de consórcios em licitações públicas de *ex ante* para *ex post* não teria se tratado de uma decisão de cunho estritamente prático e não do resultado de uma discussão sobre em que momento esse tipo de operação deve ser analisada.

Em outras palavras, se não haveria sido o interesse de reduzir o volume de atos de concentração analisados pelo Conselho, por exemplo, a motivação para tal alteração. Contudo, não foram encontradas evidências que confirmassem tal hipótese. Na verdade, não é possível afirmar nem ao menos que foi o interesse em reduzir a quantidade de Atos de Concentração analisados o que motivou a alteração legislativa.

A partir do parecer do Relator da Comissão Especial de Defesa da Concorrência, o Deputado Ciro Gomes (PSB-CE)¹¹², no Projeto de que originou a edição da nova Lei, por exemplo, verifica-se apenas que havia o interesse em reduzir o volume de atos de concentração julgados. No referido documento o Deputado dispôs o seguinte:

¹¹² Parecer do Deputado Ciro Gomes, relator da Comissão Especial de Defesa da Concorrência. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=569577>. Acesso 21.10.2020.

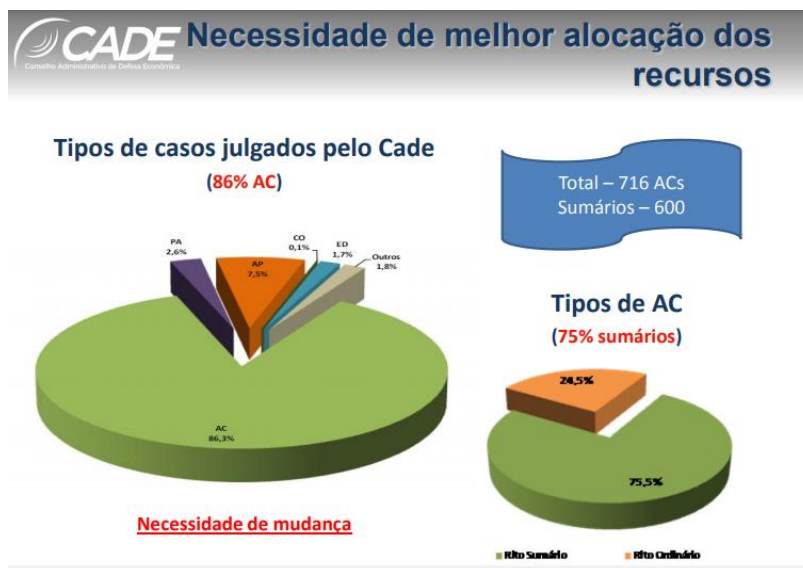
cerca de 95% dos atos de concentração julgados pelo CADE são aprovados sem qualquer restrição. Outro dado importante é que 75% dos atos de concentração são julgados passando pelo rito sumário. **Ou seja, pelo menos $\frac{3}{4}$ dos atos de concentração nunca deveriam demandar uma decisão colegiada mais complexa. Até 20% dos atos de concentração poderão requerer uma investigação mais minuciosa que aqueles $\frac{3}{4}$.** Uma parcela muito pequena desses 20% pode ser remetida ao Tribunal, para depois ser considerada como não passível de intervenção. Por fim, seriam 5% que o Tribunal decidiria por rejeitar ou impor condições para a aprovação. Ora, demandar que o Tribunal trabalhe sobre os 100% é desperdiçar uma grande parte do tempo e recursos que poderiam ser utilizados para efetuar uma análise mais profunda nos 5% de casos que realmente vão interessar para melhorar o bem-estar de milhões de brasileiros.¹¹³ (grifos próprios)

O interesse de reduzir a quantidade de Atos de Concentração a serem julgados foi evidenciado também pelo então Presidente do CADE, o Conselheiro Vinicius Marques de Carvalho, em apresentação no seminário “Os primeiros passos da Nova Lei do Cade: 120 dias de aplicação da Lei 12.529/11”, realizado em outubro de 2012, por meio da qual ressaltou a necessidade de se realizar melhor alocação dos recursos, pois o Tribunal, até aquele momento, julgava mais Atos de Concentração de procedimento sumário – que, como exposto, não exigem exame detalhado - do que de procedimento ordinário – que seriam os casos que, tradicionalmente, exigiriam análise aprimorada¹¹⁴. Veja-se:

¹¹³ Idem.

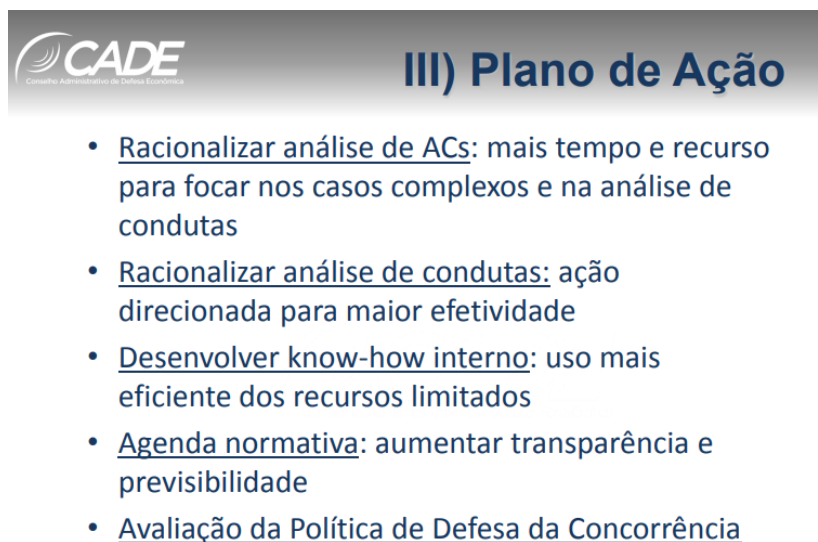
¹¹⁴ CARVALHO, Vinicius Marques de. Apresentação “Nova Lei do Cade: um balanço dos primeiros 120 dias” realizada no Seminário “Os Primeiros passos da Nova Lei do Cade: 120 dias de aplicação da Lei 12.529/11”, de outubro de 2012. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/servicos/imprensa/balancos-e-apresentacoes/apresentacao-nova-lei-do-cade-um-balanco-dos-primeiros-120-dias/view>>. Acesso em 03.11.2020.

Figura 1 – Tipos de casos e de atos de concentração julgados



Fonte: Retirado da apresentação “Nova Lei do Cade: um balanço dos primeiros 120 dias”, do então Presidente do CADE em outubro de 2012.

Figura 2 – Plano de Ação para os próximos anos do Conselho



Fonte: Retirado da apresentação “Nova Lei do Cade: um balanço dos primeiros 120 dias”, do então Presidente do CADE em outubro de 2012.

No entanto, mesmo diante do referido parecer e da apresentação do então Presidente do CADE, não é possível afirmar que a alteração legislativa, que mudou toda a sistemática dos Atos de Concentração e acabou afastando a análise da formação de consórcios para participação

em licitações públicas, foi empreendida para que houvesse uma redução na quantidade de atos de concentração julgados pelo Conselho.

Isso porque, à época da vigência da antiga Lei, havia também uma forte pressão do mercado, para que o modelo de notificação de operações enquadradas como “Ato de Concentração” fosse alterado. Ademais, argumentava-se também que o modelo adotado causava muita insegurança jurídica, porque era possível que fossem realizadas licitações que, ao final, não seriam concluídas, caso o CADE entendesse que os consórcios vencedores não estariam “aprovados”. Tratam-se de questões que, porém, não foram objeto deste trabalho.

De todo modo, a fim de ilustrar a quantidade de casos do tipo “Ato de Concentração” que são julgados pelo Conselho, solicitou-se, ao CADE, via Plataforma Integrada de Ouvidoria e Acesso à Informação (“Fala.BR”), sob o nº. 08198.032241/2020-11, os números dos Atos de Concentração julgados antes da vigência da Lei nº 12.529/11 (isto é, antes de 29 de maio de 2012) e quais foram os julgados depois da vigência da referida Lei. Solicitou-se ainda, subsidiariamente, os números dos Atos de Concentração julgados até o presente momento.

Em resposta, o CADE forneceu planilha contendo todos os Atos de Concentração julgados desde os anos 2000, destacando as seguintes informações: (i) número do processo, (ii) número da sessão de julgamento, (iii) data da sessão, (iv) ano de julgamento e (v) decisão de mérito¹¹⁵.

O mérito, por sua vez, foi classificado pelo Conselho, na resposta ao requerimento realizado, em (v.1) aprovado sem restrições, (v.2) aprovado com restrições, (v.3) não conhecido, (v.4) reprovado, (v.5) perda de objeto, (v.6) não subsumível (v.7) arquivado e (v.8) rejeitado¹¹⁶.

A partir das informações disponibilizadas, elaborou-se a Tabela 5 e o Gráfico 1, expostos a seguir.

¹¹⁵ Frise-se, porém, que nem todos os campos estavam inteiramente preenchidos.

¹¹⁶ Os termos “não subsumível”, “arquivado” e “rejeitado” não foram utilizados em todos os anos. Ressalte-se, ainda, que em alguns processos o campo de “decisão” não foi preenchido. Por esses motivos, a quantidade de atos julgados em um ou outro sentido podem estar com uma pequena margem de erro para mais ou para menos.

Tabela 5 – Quantidade de Atos de Concentração aprovados, entre 2000 e 2019, com e sem aplicação de restrições e reprovados¹¹⁷

Ano	Total de Atos de Concentração julgados	Total de Atos de Concentração julgados sem restrição	Total de Atos de Concentração aprovados com restrição	Total de Atos de Concentração reprovados
2000	519	493	13	2
2001	578	558	12	-
2002	503	474	11	-
2003	528	491	9	-
2004	651	574	43	1
2005	497	345	37	-
2006	402	352	20	-
2007	563	493	37	-
2008	638	546	57	1
2009	474	431	19	1
2010	660	587	27	1
2011	716	653	43	-
2012	834	760	39	4
2013	443	382	47	3
2014	443	412	20	1
2015	412	378	7	1
2016	390	360	6	-
2017	379	356	5	3
2018	405	384	6	1
2019	437	409	5	-

Fonte: Dados obtidos com o CADE, compilado pela autora.

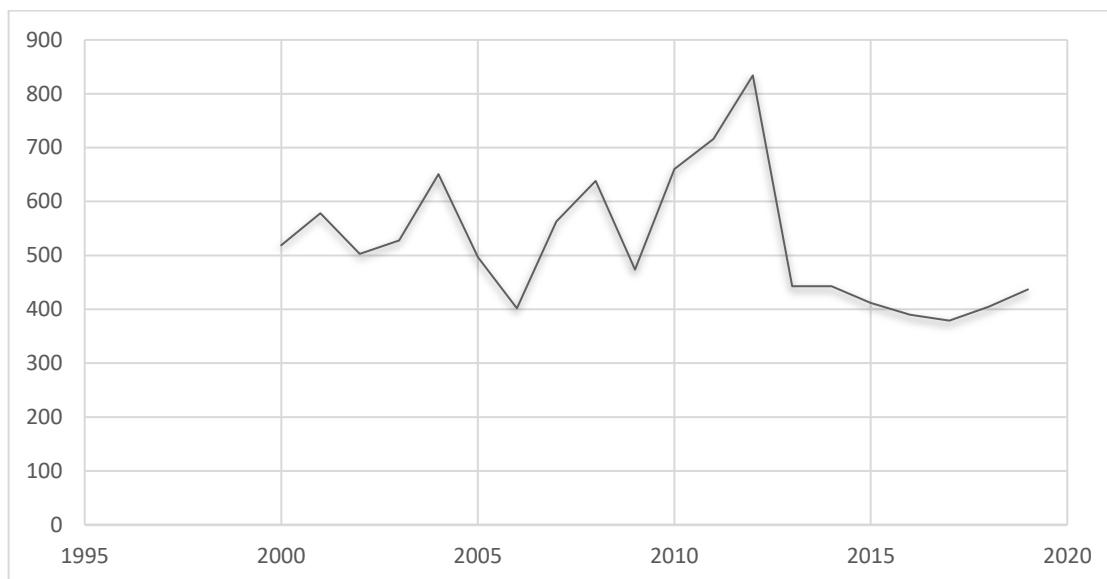
Como exposto no Tabela 5, em 2011, foram julgados 716 casos; em 2012, 834; e em 2013, 443. Ou seja, houve uma redução no primeiro ano em que vigorou apenas a Lei nova¹¹⁸. Redução está que se manteve nos anos seguintes, como demonstra o Gráfico 1.

O Gráfico 1 mostra, ainda, que, desde a edição da nova Lei, a quantidade de atos de concentração julgados passou a sofrer pouca variação.

¹¹⁷ Relevante esclarecer também que em alguns anos não foram apontados atos de concentração reprovados. Sendo assim, faz-se necessário ressaltar que a tabela elaborada a partir dos dados obtidos com o CADE pode conter erro.

¹¹⁸ Como exposto, 2012 foi um ano “híbrido”, já que, como exposto, até 28 de maio de 2012 vigorou a lei antiga. Sendo assim, 2013 foi o primeiro ano em que vigorou apenas a nova Lei.

Gráfico 1 – Quantidade de Atos de Concentração julgados pelo CADE entre 2000 e 2019



Fonte: Dados obtidos com o CADE, compilado pela autora.

Verificou-se, portanto, que, com a edição da nova Lei, houve, de fato, diminuição do volume de Atos de Concentração julgados. No entanto, a partir das informações fornecidas pelo CADE, em resposta à solicitação realizada via Fala.BR, não foi possível identificar quantos dos Atos de Concentração anteriores à edição da nova Lei eram relativos a consórcios em licitações públicas.

Ademais, em razão da quantidade encontrada de casos no CADE, anteriores à edição da nova Lei, que versassem sobre a formação de consórcios para participação em licitações públicas – listados na Tabela 3 –, não nos parece que era significativo o volume de casos sobre essa temática. Sendo assim, é provável que os resultados obtidos no Gráfico 1, isto é, a redução na quantidade de Atos de Concentração julgados pelo CADE entre 2000 e 2019, tenham sido motivados por outras alterações empreendidas pela nova Lei, as quais, porém, não foram analisadas no presente trabalho.

Superada a questão do que motivou a alteração legislativa da sistemática de Atos de Concentração, fica o questionamento acerca da realização ou não de uma análise dos impactos que tal medida poderia trazer aos casos de formação de consórcios em licitações públicas que teriam questões concorrenciais a serem analisadas pelo Tribunal e que, com a mudança,

acabaram ficando “livres” de uma averiguação prévia. O presente trabalho, contudo, não conseguiu apontar uma resposta à tal indagação.

A partir da pesquisa jurisprudencial realizada, cujos resultados foram ponderados neste item 2.2 em conjunto com (i) a quantidade de Atos de Concentração julgados pelo CADE antes e depois da mudança da Lei de Defesa da Concorrência; (ii) os documentos legislativos produzidos durante a tramitação do Projeto de Lei que originou a edição da Lei nº 12.529/2011; e (iii) a apresentação do então Presidente do CADE, em seminário ocorrido após 120 dias de vigência da nova Lei, o que se pode afirmar é que não foi encontrado documento que tenha realizado tal análise dos impactos da alteração legislativa, o que, frise-se, por si só, não significa que o exame não tenha sido efetuado.

Assim, em vista do previamente exposto, passa-se, a seguir, às considerações acerca do papel do CADE (ou da análise concorrencial) na formação de consórcios em licitações públicas.

3. O PAPEL DO CADE (OU DA ANÁLISE CONCORRENCIAL) NA FORMAÇÃO DE CONSÓRCIOS EM LICITAÇÕES PÚBLICAS

No presente trabalho, esclareceu-se a importância da concorrência nos procedimentos licitatórios, questão que é constantemente debatida por uma série de organismos internacionais e pelos próprios Estados em busca de formas que a privilegiem. Explicitou-se também, inclusive por meio da jurisprudência analisada, que os consórcios possuem a capacidade de, por vezes, aumentar o caráter competitivo dos certames e, em outras situações, diminuí-lo.

Existiriam, ainda, fatores indicativos das hipóteses em que possivelmente o consórcio teria efeito positivo, sendo os casos em que objeto a ser licitado envolve questões de alta complexidade ou de relevante vulto, como exaustivamente prevê a jurisprudência do TCU. No entanto, mesmo nesses casos presenciam-se situações em que empresas que, isoladamente, teriam condições de cumprir os requisitos do edital, optam por se consorciarem para fins colusivos.

Verificou-se, portanto, que não há uma “receita pronta” ou um manual que liste as situações em que a entidade responsável pela licitação deverá vedar ou admitir a formação de consórcios. Trata-se de questão que, inevitavelmente, deve ser analisada no caso concreto, como era feito pelo CADE na vigência da antiga Lei.

A referida prática, porém, aparentemente foi considerada contraproducente, uma vez que boa parte dos consórcios analisados como “Atos de Concentração” eram considerados como “sem questões concorrencialmente sensíveis”, como demonstrado previamente. Tanto é assim que houve a mudança na Lei, também explorada no presente trabalho.

Portanto, qual seria a solução? Trata-se de questão extremamente relevante. Afinal, de que adianta a análise pelo Tribunal Antitruste quando a prática anticoncorrencial já foi cometida durante anos e o direito difuso da sociedade a um ambiente concorrencial não distorcido já foi violado? Isto é, qual seria a eficiência desse tipo de análise? Será que uma averiguação *ex post* não gera mais incerteza jurídica e não mais atrapalha a consecução do interesse público do que ajuda?

Por outro lado, ao mesmo tempo, de que adianta “afogar” o Tribunal com uma quantidade gigantesca de casos a serem analisados que na maior parte das vezes não suscitam questões concorrenciais sensíveis? Será que isso não obsta a análise dos casos que demandam mais tempo e atenção? Trata-se, portanto, de um verdadeiro impasse.

Ocorre que é notório na doutrina – econômica, pelo menos – que os indivíduos respondem a incentivos e, para parte dos estudiosos, também seria manifesto que as pessoas possuiriam a tendência de se comportarem de maneira a maximizar sua satisfação pessoal¹¹⁹.

Ainda que esse modelo de racionalidade, defendido pela teoria econômica neoclássica, tenha sido objeto de severas críticas nas últimas décadas, inclusive pela economia comportamental, segmento que traz “conhecimentos da psicologia para o estudo das questões econômicas” e, possivelmente, oferece uma visão mais realista do comportamento humano (MANKIW, 2005, p. 479), até hoje defende-se “a importância da concessão dos incentivos corretos para o alcance dos resultados almejados” (AGUIAR, 2018, p. 42).

Neste sentido, até mesmo a estrutura regulatória, de uma forma ou de outra, pode incentivar algum tipo específico de comportamento por parte dos atores econômicos. Nos últimos anos, por exemplo, tem-se defendido o uso do *nudge*, técnica regulatória por meio da qual, sem reduzir a liberdade de escolha dos indivíduos, se oferecem “incentivos” aos regulados (PORTO; GAROUPA, 2020, p. 59), como forma de direcionar suas ações para a conduta desejada pelo aplicador (CARDOSO; FEITOSA NETO, 2019, p. 81).

Conforme esclarecem Thaler e Sustein (2008), *nudge* seria “*any aspect of the choice architecture that alters people’s behavior in a predictable way without forbidding any options or significantly changing their economic incentives. To count as a mere nudge, the intervention must be easy and cheap to avoid. Nudges are not mandates*”¹²⁰.

Segundo Porto e Garoupa (2020, p. 59), o Reino Unido, por exemplo, criou um *Nudge Insight Team*, também chamado de *Nudge Unit*, com a finalidade de implementar a economia comportamental nas políticas públicas. Já no Brasil, mais especificamente na cidade do Rio de Janeiro, foi criado o Nudge-Rio, “cuja missão é disseminar o conceito e realizar projetos de Ciência Comportamental Aplicada, principalmente com a metodologia Nudge, (...) com o intuito de aumentar a efetividade de iniciativas políticas públicas, beneficiando o cidadão”¹²¹.

¹¹⁹ Para ver mais sobre o tema, v. POSNER, 1992, p. 4. “The concept of man as a rational maximizer of his self-interest implies that people respond to incentives – that if a person’s surroundings change in such a way that he could increase his satisfactions by altering his behavior, he will do so”.

¹²⁰ Em tradução livre, o trecho dispõe que *nudge* seria “qualquer aspecto da arquitetura da escolha que altere o comportamento das pessoas de uma maneira previsível sem proibir opções ou alterar significativamente seus incentivos econômicos. Para contar como um simples *nudge*, a intervenção deve ser fácil e barata de se evitar. *Nudges* não são mandatos”.

¹²¹ Informação retirada do *site* da Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro, disponível em <<http://www.rio.rj.gov.br/web/fjg/exibeconteudo?id=8060290>>. Acesso em 13.11.2020.

Assim sendo, ainda que uns atribuam maior e outros menor importância, os indivíduos realmente reagem a incentivos e, portanto, os marcos regulatórios possuem papel relevante no *modus operandi* dos atores econômicos. Será, então, que ao realizar a referida alteração legislativa na Lei de Defesa da Concorrência - retirando a atuação obrigatória do CADE na análise dos consórcios formados para participação em licitações públicas -, indiretamente, criou-se um incentivo para que os agentes passassem a utilizar esse instrumento para fins colusivos?

Para responder esse questionamento, imagine-se, por exemplo, que uma empresa não conhece todos os *players* do mercado em que atua, muito menos sabe quais são suas fraquezas e vantagens, analisadas comparativamente com as de seus concorrentes.

Agora, suponhamos que essa mesma empresa esteja participando, já faz um tempo, de uma série de licitações sempre com (quase) os mesmos *players*. Conforme os certames forem sendo realizados, essa empresa obterá maiores informações sobre seus concorrentes, ao observar, por exemplo, as situações em que as empresas são habilitadas e inabilitadas; as localidades em que as empresas optam por participar e, portanto, possuem maior interesse; os preços praticados pelas empresas e os seus custos para formação desses preços; assim como a qualidade dos produtos e serviços tradicionalmente oferecidos¹²².

Esse cenário - em que são realizadas, com frequência, licitações com a participação dos mesmos *players* - acaba por criar um ambiente propício para uma maior aproximação dessas empresas, o que pode ocasionar (ou não) em uma maior troca de informações entre elas.

Dessa forma, é provável que, nesse mesmo cenário descrito anteriormente, os indivíduos possuam acesso a uma gama de informações que não só os permite antever, de certa forma, as propostas dos concorrentes e oferecer propostas mais prováveis de serem as ganhadoras¹²³, como também chegar a uma conclusão de que seria possível maximizar seu retorno financeiro de outra forma, através, por exemplo, da celebração de acordos anticompetitivos com seus concorrentes, dos quais, depois de tantas licitações, já estabeleceu certa “proximidade”.

¹²² Tais pontos que já foram elencados pelo CADE como elementos que facilitam a formação de cartéis. Para verificação dos demais elementos que favorecem a formação de cartel, v. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. 2019, p. 33.

¹²³ Frise-se que, porém, isso não significa necessariamente uma melhor proposta para a Administração Pública, mas certamente significa uma melhor proposta para a empresa em questão, dado que ela poderá cobrar o maior preço possível que lhe permita ganhar o procedimento, o que pode acarretar, ou não, em um preço mais baixo para o órgão licitante.

As chances desses indivíduos optarem pela celebração de acordos anticompetitivos seria ainda mais fortalecida se a legislação aplicável - que veda, por exemplo a prática de tais conchavos - prever penalidades que, se comparadas com o retorno financeiro que a prática colusiva produziria, são insignificantes. Ou, ainda, se for baixa a probabilidade de condenação.

Nas referidas hipóteses, tais indivíduos não hesitarão em perseguir o caminho que maximiza seus próprios interesses. Trata-se de comportamento completamente racional e justificável, já que os ganhos excederiam as perspectivas de perda.

Em vista disso, mais do que nunca, a estrutura regulatória faz diferença, de modo que através dela é possível criar incentivos ou desincentivos à atuação colusiva das empresas. É nesse ponto que entra a questão da formação de consórcios para participação em licitações públicas.

Pela análise jurisprudencial realizada e pelo histórico de julgamento de Atos de Concentração listados previamente, é possível compreender que o caminho a ser seguido não é a realização de uma análise prévia de cada consórcio pelo órgão antitruste, o que atrapalharia, sobremaneira, sua atuação no dia a dia, como ocorreu no passado.

Contudo, isso não significa que uma análise concorrencial da formação de consórcios em licitações públicas não deva ser feita ou, melhor, que o parâmetro concorrencial não deva ser levado em consideração na realização de certames. Pelo contrário. A questão concorrencial deve sim ser considerada.

O problema reside no fato de que a admissão, como regra formal, da formação de consórcios em licitações públicas faz surgir, para o Poder Público, “custos de *compliance*”, se for utilizada a terminologia cunhada por North (2018). Ou seja, com esse tipo de norma faz-se necessário prever um método de verdadeiro *enforcement* do direito antitruste, que garanta a utilização adequada do instituto, que ateste quando a regra criada for transgredida, assim como mensure o grau de transgressão e detenha o transgressor.

Dessa forma, na prática, ao admitir, como regra, a formação de consórcios em licitações públicas, o Poder Público passa a ter a “obrigação” de averiguar, caso a caso, se determinado consórcio em determinada licitação foi formado “corretamente” ou se sua constituição configuraria um ilícito concorrencial.

Ocorre que, conforme dados disponibilizados no *site* “Portal da Transparência”, só no último ano, 2019, foram realizadas 145.966 (cento e quarenta e cinco mil novecentas e noventa e seis) licitações com contratações e o valor total dessas contratações, realizadas por meio de

licitação, dispensa ou inexigibilidade, ultrapassa o montante de 64 (sessenta e quatro) bilhões de reais¹²⁴.

Sendo assim, a partir da quantidade de licitações públicas realizadas no país por ano e os valores envolvidos nesses certames, verifica-se que é grande o referido custo de *compliance*. Tanto é assim que muitas vezes os consórcios anticompetitivos só são identificados quando as práticas negativas já foram aplicadas. Faz-se necessário, portanto, formular um “meio termo”, pois não basta a atuação do órgão *a posteriori*, quando as consequências não podem mais ser evitadas e sim, no máximo, remediadas.

Nessa toada, defende-se que, além da atuação *ex post* empreendida pelo órgão através do controle de condutas, faz-se necessária uma participação mais ativa do CADE no processo de confecção dos editais de licitações da Administração Pública. Não basta a edição das já mencionadas recomendações gerais ou ainda a celebração de convênios e memorandos com órgãos da Administração Pública.

No supramencionado “Guia de Combate a Cartéis em Licitação”, por exemplo, o CADE apresenta uma série de recomendações para desenho de editais, que podem ser utilizadas para “prevenção e redução do risco de formação de conluíus em contratações públicas” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2019, p. 50). Dentre elas há, inclusive, uma direcionada à formação de consórcios, que dispõe o seguinte:

III.2. O que pode ser feito para reduzir o risco de cartel em licitações⁴¹

Tendo em vista tudo o que já foi exposto, segue breve checklist com medidas que podem ser adotadas para prevenção e redução do risco de formação de conluíus em contratações públicas:

(...)

(II) Recomendações para desenho de editais:

- Consórcios: avaliar a adoção de critérios que estimulem a competitividade, de forma a incentivar a participação de “entrantes” no mercado e evitar que tal instituto seja utilizado para “redução estratégica da demanda” (fato prejudicial para a valoração do ativo, na perspectiva do concedente). (p. 51)

Ocorre que, sem tirar o mérito da elaboração do referido Guia, que pode auxiliar nos processos de confecção dos editais para licitação, seria ingênuo acreditar que isso é suficiente. No que tange à contratação pública e a necessidade da realização de análises concorrenciais, o autor espanhol Estella (2009, p. 214), por exemplo, entende que para as questões mais problemáticas, como a formação de cartéis e outras condutas colusivas e/ou anticompetitivas

¹²⁴ Informações disponíveis em <<http://www.portalttransparencia.gov.br/licitacoes?ano=2019>>. Acesso em 23/11/2020.

nas licitações, a intervenção dos organismos de defesa da concorrência é especialmente apto a prevenir ou detectar quaisquer infrações à legislação vigente.

Em paralelo, verifica-se, também, que não é possível acreditar que o controle estrutural esteja sendo feito, de forma satisfatória, pelas agências reguladoras, tal como se pretendia com a alteração da lei concorrencial, até porque, como apontado anteriormente, estas não possuem *expertise* técnica no âmbito do direito da concorrência.

Tanto é assim que o Superintendente Geral do CADE ressaltou, expressamente, em Nota Técnica elaborada nos autos do Inquérito Administrativo nº 08700.003471/2019-11, que a Lei nº. 8.666/93 e os editais de licitação formulados pelas autoridades concedentes não “(...) tratam das questões específicas atinentes aos efeitos sobre a ordem econômica da atuação consorciada de empresas concorrentes (...)”¹²⁵. Observa-se, portanto, que o próprio Superintendente reconhece a falta de *expertise* dos órgãos licitantes em matérias específicas do direito antitruste.

Ademais, as várias investigações do CADE após a vigência da nova Lei revelam, na verdade, que, a partir do momento em que foi retirado o controle estrutural realizado pelo órgão antitruste, ampliou-se a possibilidade de utilização do consórcio como mecanismo facilitador de colusão. Tais fatos evidenciam, portanto, que a tese de que controle concorrencial já seria realizado no âmbito regulatório não prospera.

Por fim, verifica-se que o papel da atual Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade (SEAE), com a elaboração de pareceres e notas técnicas, também tem sido insuficiente no que tange à análise da formação de consórcios em licitações públicas.

Como exposto previamente, entre 2015 e 2018, tal Secretaria elaborou apenas 26 (vinte e seis) pareceres e notas técnicas, relacionados a editais de licitação, os quais foram elencados no Anexo 1. Contudo, a partir desses documentos, aferiu-se que, mesmo quando a Secretaria identificava que o edital de licitação admitia a formação de consórcio para participação no certame, não realizava qualquer comentário acerca dos possíveis efeitos anticompetitivos decorrentes da utilização do instrumento.

Tal conduta, por parte da Secretaria, é extremamente preocupante, dado que, em razão da falta de análise do ponto de vista concorrencial da admissão da formação de consórcios em determinada licitação, é possível que, posteriormente, quando o CADE realizar o controle de condutas, com base na nova Lei, ele identifique indícios de que o instrumento não poderia ter

¹²⁵ CADE, **Inquérito Administrativo nº 08700.003471/2019-11**, Nota Técnica nº. 37/2019.

sido utilizado naquele caso e que, por conseguinte, a formação daquele consórcio configurou um ilícito concorrencial.

É o caso do mencionado Inquérito Administrativo nº. 08700.003471/2019-11¹²⁶, em que (i) as questões concorrenciais foram analisadas quando da elaboração do edital de licitação; (ii) que, com base nisso, decidiu-se autorizar a formação de consórcios; e, ainda, (iii) que houve manifestação da secretaria responsável pela advocacia da concorrência - à época realizado pela SEPRAC -, que, naquela ocasião, não apresentou sem qualquer comentário sobre a admissão da formação de consórcios.

Tais fatos, contudo, não impediram a instauração do inquérito administrativo, com o questionamento, por parte do CADE, sobre se, de fato, no caso concreto, poderia ter sido formado consórcio.

É evidente, portanto, que esse papel concedido à atual SEAE foi superestimado e que seus pareceres, por si só, não impedem que os ilícitos anticoncorrenciais sejam cometidos no âmbito das licitações públicas com o auxílio da constituição de consórcios.

Por essas razões, defende-se a necessidade de se estabelecer uma maior atribuição do CADE no processo de confecção dos editais de licitações da Administração Pública ou de se realizar uma mudança no papel e no próprio desempenho da SEAE.

Em verdade, talvez não fosse necessário conceder, obrigatoriamente, ao CADE um papel na redação dos referidos editais de licitação. Seria possível que tal atribuição continuasse sendo exercida pela Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade, através da elaboração de pareceres, por meio dos quais seriam apresentadas sugestões e recomendações ao órgão licitante.

Todavia, para que continue sendo confiado à SEAE o importante papel no processo de confecção dos editais de licitação, é primordial que a referida Secretaria empreenda análises mais detalhadas e aprofundadas no que tange aos editais de licitação, ao menos nos grandes projetos de infraestrutura.

¹²⁶ Como mencionado anteriormente, no Inquérito Administrativo nº. 08700.003471/2019-11, a antiga Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (SEPRAC) – atualmente denominada Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade (SEAE) – redigiu os Pareceres nos 27/2018 e 28/2018, nos quais constatou que as minutas dos editais de licitação apresentadas pela ANTAQ possibilitavam a participação de empresas de forma isolada ou em consórcio. No entanto, não realizou qualquer comentário ou sugestão acerca das questões concorrenciais inerentes à essa questão.

Seria o caso, por exemplo, de incluir sua participação também em um segundo momento, após à habilitação dos licitantes e não apenas na fase de Audiências Públicas. Tudo isso para que a situação analisada no Inquérito Administrativo nº. 08700.003471/2019-11 não volte a se repetir.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou analisar em que momento deveria se dar a análise, pelo CADE, da constituição de consórcios em licitações públicas, com o intuito de identificar, se possível, o modelo que garantisse maior efetividade aos certames, seu caráter competitivo e o cumprimento dos princípios constitucionais.

Como visto, houve uma mudança no papel do referido Conselho com o passar dos anos, uma vez que, durante a vigência da antiga Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 8.884/1994), o consórcio vencedor de uma licitação para concessão tinha de submeter seu contrato ao CADE para análise como ato de concentração, ao passo que, na sistemática da atual Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011), por sua vez, a constituição de consórcios não é mais averiguada previamente pelo órgão.

Nesse sentido, inicialmente foram explorados a conceituação de consórcios, o seu papel nas licitações públicas, as questões concorrenciais atinentes a eles e a mudança de atuação do CADE no que tange a sua formação nos procedimentos licitatórios. Nessa toada, explicitou-se que, com a alteração da lei concorrencial, o Conselho deixou de realizar um controle estrutural da constituição de consórcios para participação em licitações públicas e passou a efetuar apenas um controle de condutas.

Evidenciou-se, ainda, que a advocacia da concorrência, exercida, principalmente, pela atual SEAE, tem se mostrado insuficiente para apontar as questões concorrenciais relativas aos editais de licitação, especialmente no que tange à formação de consórcios.

Ao se analisar os 26 (vinte e seis) pareceres relativos à editais de licitação emitidos pela referida Secretaria no período de 2015 a 2018, foi possível observar que (i), mesmo quando se identificava que o edital de licitação admitia a formação de consórcio para participação no certame, a mencionada Secretaria não era realizava qualquer comentário acerca dos possíveis efeitos anticompetitivos decorrentes da utilização deste instrumento; que (ii) nos casos em que era admitida a participação de empresas consorciadas também não eram listados “cuidados” básicos que o órgão licitante deveria ter ao lidar com a aplicação do instrumento; e, por fim, que (iii) tal número de pareceres relacionados a editais de licitação é muitas vezes inferior à quantidade de certames efetivamente realizadas nesse período.

Em seguida, realizou-se a análise da jurisprudência do CADE e do TCU sobre a formação de consórcios em licitações públicas, a fim de identificar como esses órgãos têm examinado a questão.

Com relação aos julgados do TCU, verificou-se que o Tribunal não alterou seu entendimento com a mudança da lei concorrencial e que continua afirmando, resumidamente, que: (i) a opção, pela admissão da formação de consórcios para participação em licitação pública, é uma opção da Administração; (ii) a escolha, de admitir ou inadmitir, deve ser devidamente motivada; e (iii) em regra, admitem-se consórcios quando o objeto a ser licitado envolve questões de alta complexidade ou de relevante vulto, casos em que as empresas, isoladamente, não teriam condições de suprir os requisitos do edital.

Ressaltou-se, ainda, também com relação aos julgados do TCU, que (a) que nenhum dos resultados obtidos no âmbito da referida Corte seriam, mesmo na vigência da lei anterior, de notificação obrigatória ao CADE, porque não se enquadram na atual conceituação de Atos de Concentração nem em sua antecessora; e que (b) a análise deste Tribunal sobre o tema não é restrita a licitações para desestatização, mas abrange também as licitações para compras, prestação de serviços e realização de obras e serviços de engenharia.

Por outro lado, a partir dos resultados obtidos, no CADE, anteriores à edição da nova Lei, verificou-se que, à época, não eram comuns – ou, ao menos, foi o que apontou o resultado da pesquisa - casos envolvendo questão concorrencialmente sensível. Dessa forma, em todos os casos analisados a formação de consórcio para participação em determinada licitação não oferecia riscos.

No que tange aos resultados obtidos, no CADE, após à edição da nova Lei, por sua vez, o cenário não foi o mesmo. Como a partir da vigência da referida lei, a questão da formação de consórcios passou a ser ventilada apenas em procedimentos preparatórios, inquéritos administrativos e processos administrativos, foram justamente esses tipos de processos que foram identificados na pesquisa empreendida e, frise-se, que em todos eles foram reconhecidos indícios de questões concorrencialmente sensíveis, inclusive relativos aos consórcios em si ou à sua forma de utilização, que indicavam ter sido empregados como mecanismo facilitador de colusão.

Posteriormente, ponderou-se os resultados obtidos na análise jurisprudencial com (i) a quantidade de Atos de Concentração julgados pelo CADE antes e depois da mudança da Lei de Defesa da Concorrência; (ii) os documentos legislativos produzidos durante a tramitação do Projeto de Lei que originou a edição da Lei nº 12.529/2011; e (iii) a apresentação do então Presidente do CADE, em seminário ocorrido após 120 dias de vigência da nova Lei.

Com isso, verificou-se que (a) com a edição da nova Lei houve, de fato, diminuição do volume de Atos de Concentração julgados; e que (b) a partir das informações fornecidas pelo CADE, em resposta à solicitação realizada via Fala.BR, não era possível identificar quantos dos Atos de Concentração anteriores à edição da nova Lei eram relativos à formação de consórcios em licitações públicas.

Ademais, verificou-se também, a partir da apresentação do até então presidente do CADE e de parecer elaborado durante a tramitação do Projeto de Lei que originou a edição da nova Lei, que, à época da vigência da antiga Lei, havia o interesse de alterar a sistemática de submissão dos Atos de Concentração para que o Tribunal analisasse um menor número desse tipo de caso.

A despeito disso, porém, concluiu-se que não é possível afirmar que a alteração legislativa, que mudou toda a sistemática dos Atos de Concentração e acabou afastando a análise da formação de consórcios para participação em licitações públicas, foi empreendida por essas razões.

Posteriormente, ao analisar tal panorama fático, defendeu-se que não seria ideal regressar ao modelo anterior, em que o CADE realizava uma averiguação *ex ante* dos consórcios formados para participação em licitações públicas. Contudo, aduziu-se também que não basta a atuação do órgão *ex post*, como é feito atualmente, pois, nessas situações, as consequências não podem mais ser evitadas e sim, no máximo, remediadas.

Assim, sustentou-se que não se deve conceder, ao CADE, um mero papel de “averiguador” prévio ou posterior dos consórcios para participação em licitações públicas. Nesse sentido, defendeu-se a necessidade de se estabelecer uma maior atribuição do referido Conselho no processo de confecção dos editais de licitações da Administração Pública ou, ainda, de se realizar uma mudança no papel e no próprio desempenho da SEAE, para que os pareceres elaborados no âmbito das licitações tenham o condão de efetivamente identificar todas as questões concorrencialmente sensíveis, dentre as quais a própria constituição de consórcios.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Livros, artigos e apresentações em seminários

BITTENCOURT, Sidney. **Licitação Passo A Passo**: Comentando Todos Os Artigos da Lei Nº 8.666/93. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CARDOSO, Henrique Ribeiro; FEITOSA NETO, Pedro Meneses. **Direito Regulatório Comportamental**: vida selvagem e sustentabilidade no contexto da agenda 2030. Revista Brasileira de Direito Animal, Salvador, v.14, n. 03, p.74-97, Set-Dez 2019

CARVALHO, Victor Aguiar de. **Cartéis em licitação**: concorrência, incentivos e prevenção aos conluios nas contratações públicas. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2018.

CARVALHO, Vinicius Marques de. **Apresentação “Nova Lei do Cade: um balanço dos primeiros 120 dias”**, realizada no Seminário “Os Primeiros passos da Nova Lei do Cade: 120 dias de aplicação da Lei 12.529/11”, de outubro de 2012. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/servicos/imprensa/balancos-e-apresentacoes/apresentacao-nova-lei-do-cade-um-balanco-dos-primeiros-120-dias/view>>. Acesso em 03/11/2020.

DEBROCK, Larry M.; SMITH, James L. Joint Bidding, Information Pooling, and the Performance of Petroleum Lease Auctions. **The Bell Journal of Economics**, vol. 14, n. 2, 1983.

ESTELLA, Fernando Díez. ¿Quién aplica el Derecho Antitrust a la contratación pública?. In: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE LA COMUNITAT VALENCIANA. **Crisis Económica y Política de Competencia**. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2009.

FIDALGO, Carolina Barros; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Indícios de irregularidades em licitações e apresentação de propostas por licitantes e substratos para a elaboração de programas de compliance. In: CYRINO, André; MIGUEIS, Anna Carolina; PIMENTEL, Fernanda Morgan (Coord.). **Direito Administrativo e Corrupção**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 253-276.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Restrições regulatórias à concorrência**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 17ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MANKIW, Gregory. **Introdução à economia**. 3 ed. São Paulo: Thomson, 2005.

MARTINS, Diogo Lucas. **A quem pertence o aftermarket automotivo?** Práticas anticompetitivas no mercado de reparação veicular brasileiro - uma reflexão crítica sobre a jurisprudência do CADE. 2017. 167 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. Disponível em <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUBD-AYSFR/1/disserta_o_diogo_lucas_martins.pdf>. Acesso em 21/11/2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

MOREIRA, Egon Bockmann. Os consórcios empresariais e as licitações públicas (considerações em torno do art. 33 da Lei nº 8.666/93). **Revista Brasileira de Direito Público**, ano 17, n. 6, abr./ jun. 2004.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NORTH, Douglass. **Instituições, mudança institucional e desempenho econômico**. São Paulo: Três Estrelas, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. São Paulo: Atlas, 2020.

POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 4. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1992.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Análise Econômica da Regulação: O Papel da Advocacia da Concorrência. In: **Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE)**, 2007, Brasília, Distrito Federal. eScholarship Repository University of California, 2007.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro **Regulação e concorrência: A atuação do CADE em setores de infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, Aline Cavalcante dos Reis. Os consórcios empresariais e a Lei Anticorrupção – nº 12.846/2013 solidariedade e possíveis repercussões no processo administrativo de responsabilização. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, ano 17, n. 197, p. 9-18, jul. 2017.

SILVEIRA, Angélica Moreira Dresch da. A função consultiva da Advocacia-Geral da União na prevenção da corrupção nas licitações e contratações públicas. **Revista da AGU**, v. 8, n. 20, p. 79-117, abr./jun. 2009. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/280>>. Acesso em 28/06/2020.

SIMON, Herbert. Rationality in Psychology and Economics, p. S211. **The Journal of Business**, vol. 59, n. 4, out. 1986. Disponível em <https://pdfs.semanticscholar.org/289a/b04a0ce2a9615728ca693ddd59bbe0bd6696.pdf?_ga=2.255648525.428320762.1605137987-979784214.1605137987>. Acesso em 11/11/2020.

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

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness**. New Haven & London: Yale University Press. 2008.

2. Notícias e sites oficiais

A NudgeRio. Por Fundação João Goulart, no site da Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro. Disponível em <<http://www.rio.rj.gov.br/web/fjg/exibeconteudo?id=8060290>>. Acesso em 13/11/2020.

ADAMI, Mateus Piva, et al. Articulação entre CADE e TCU no combate a fraudes à licitação: Impressões a partir do acordo de cooperação técnica. **Jota**, 25 jan. 2019. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/articulacao-entre-cade-e-tcu-no-combate-a-fraudes-a-licitacao-25012019#_ftn1>. Acesso em 25/05/2020.

ALVARENGA, Darlan. Mapa das privatizações: governo tem 119 projetos anunciados e prevê realizar mais 22 leilões até fim do ano. **G1**, 8 out. 2019. Disponível em <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/10/08/mapa-das-privatizacoes-governo-tem-119-projetos-anunciados-e-preve-realizar-mais-22-leiloes-ate-fim-do-ano.ghtml>>. Acesso em 14/10/2019.

AZEVEDO, Rita. Cegonheiros cobravam até 40% a mais no frete com esquema de cartel, diz PF. **Valor Econômico**, São Paulo, 17 out. 2019. Disponível em <<https://valor.globo.com/brasil/noticia/2019/10/17/cegonheiros-cobravam-at-40-pontos-percentuais-a-mais-no-frete-com-esquema-de-cartel-diz-pf.ghtml>>. Acesso em 14/10/2019.

BRITO, Carlos. Leilão de petróleo da ANP arrecada R\$ 8,9 bilhões em bônus e bate novo recorde. **G1**, 10 out. 2019. Disponível em <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/10/10/anp-leilao-36-blocos-de-exploracao-de-petroleo-veja-os-resultados.ghtml>>. Acesso 14/10/2019.

Cade multa em R\$ 535,1 milhões cartel de trens e metrô. **Cade**, 08 de jul. 2019. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-multa-em-r-535-1-milhoes-cartel-de-trens-e-metros>>. Acesso em 25/05/2020.

Cade não vai mais avaliar consórcios em licitações. **Pensamento Nacional das Bases Empresariais (PNBE)**, 16 abr. 2012. Disponível em <<http://www.pnbe.org.br/cade-nao-vai-mais-avaliar-consorcios-em-licitacoes.html>>. Acesso em 25/05/2020.

Cade realiza busca e apreensão em investigação de cartel em licitações no RJ. **Cade**, 12 mar. 2019 <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-realiza-busca-e-apreensao-em-investigacao-de-cartel-em-licitacoes-no-rj>>. Acesso 14/10/2019.

CASAGRANDE, Paulo L. Combate a cartéis em licitações. **Jota**, 26 jul. 2017. Disponível em <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/concorrenca/combate-a-carteis-em-licitacoes-26072017>>. Acesso em 03/06/2020.

Licitações com contratação realizada em 2019. Disponível em <<http://www.portaltransparencia.gov.br/licitacoes?ano=2019>>. Acesso em 23/11/2020.

PIMENTA, Guilherme; LEORATTI, Alexandre. Cade abre processo para apurar cartel em oito estádios da Copa de 2014. **Jota**, 17 jul. 2019. Disponível em <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/concorrenca/cade-processo-copa-do-mundo-17072019>>. Acesso em 28/06/2020.

3. Documentos oficiais

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO (UNCTAD). **Competition policy and public procurement**, 2012. Disponível em <https://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpd14_en.pdf>. Acesso em 01/06/2020.

_____. **Best practices for defining respective competences and settling of cases which involve joint action of competition authorities and regulatory bodies**, 2006. Disponível em <https://unctad.org/system/files/official-document/tdrbpconf6d13rev1_en.pdf>. Acesso em 27/11/2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Department of Justice; Federal Trade Commission. **Antitrust guidelines for collaborations among competitors**. Abr./2000. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf>. Acesso em 20/11/2020.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Guia Combate a Cartéis em Licitação**, dez./2019, p. 33, disponível em <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-de-combate-a-carteis-em-licitacao-versao-final-1.pdf>.

_____. Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE. **Aplicação do Direito da Concorrência a Licitações Públicas: Cartéis**. 2014. Disponível em <http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/apostilas/advocacia-da-concorrenca/2-seae_aplicacao_direito_concorrenca_licitacoes_publicas_carteis.pdf>.

_____. Secretaria de Direito Econômico – SDE. **Guia de Análise de Denúncias sobre Possíveis Infrações Concorrenciais em Licitações**. Portaria SDE nº 51, de 3 julho de 2009.

MINISTÉRIO DA FAZENDA; MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Secretaria de Direito Econômico - SDE e Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE. **Portaria Conjunta SEA/ SDE nº 1, de 18 de fevereiro de 2003**. Estabelece o Procedimento Sumário para a Análise de Atos de Concentração - Procedimento Sumário, no âmbito da SEAE e SDE.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência - SEPRAC. **Parecer nº 27/2018**. Assunto: Audiência Pública nº 3/2018, da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), que tem por objetivo obter contribuições, subsídios e sugestões para o aprimoramento das minutas jurídicas e técnicas (edital de licitação, contrato de arrendamento, documentos técnicos e seus respectivos anexos), necessários à realização de certame licitatório referente aos seguintes arrendamentos: terminais portuários para movimentação de graneis líquidos combustíveis localizados no Porto Organizado de Cabedelo/PB (códigos AI-01, AE-10 e AE-11). Disponível em <<https://www.gov.br/fazenda/pt-br/centrais-de-conteudos/notas-tecnicas-e-pareceres/advocacia-da-concorrenca/2018/parecer-27-2018/view>>. Acesso em 26/11/2020.

_____. Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência - SEPRAC. **Parecer nº 28/2018**. Assunto: Audiência Pública nº 2/2018, da Agência Nacional de

Transportes Aquaviários (Antaq), que tem por objetivo obter contribuições, subsídios e sugestões para o aprimoramento das minutas jurídicas e técnicas (edital de licitação, contrato de arrendamento, documentos técnicos e seus respectivos anexos), necessários à realização de certame licitatório referente ao arrendamento de terminal portuário destinado à movimentação de graneis líquidos combustíveis, localizado no Porto Organizado de Vitória/ES, denominado VIX-30. Disponível <<https://www.gov.br/fazenda/pt-br/centrais-de-contenudos/notas-tecnicas-e-pareceres/advocacia-da-concorrenca/2018/parecer-28-2018/view>>. Acesso em 26/11/2020.

_____. Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência – SEPRAC; Secretaria de Acompanhamento Fiscal, Energia e Loteria – SEFEL. **Informativo Anual - Projetos Concedidos De Infraestrutura**, 2018. Anteriormente disponível em <<http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-contenudos/publicacoes/informativo-de-infraestrutura/arquivos/2018/informativo-anual-de-projetos-concedidos-2018>>. Acesso em 28/06/2020. Atualmente disponível em <<https://www.gov.br/fazenda/pt-br/centrais-de-contenudos/publicacoes/informativo-de-infraestrutura/informativo-anual-de-projetos-concedidos>>. Acesso em 18/11/2020.

_____. Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência - SEPRAC; Secretaria de Acompanhamento Fiscal, Energia e Loteria - SEFEL. **Pareceres e notas técnicas sobre advocacia da concorrência elaborados pela Seprac e pela Sefel**. Anteriormente disponível em <http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-contenudos/notas-tecnicas/advocacia-da-concorrenca?b_start:int=0>. Acesso em 28/06/2020. Atualmente disponível em <<https://www.gov.br/fazenda/pt-br/centrais-de-contenudos/notas-tecnicas-e-pareceres/notas-tecnicas-e-pareceres-sobre-advocacia-da-concorrenca>>. Acesso em 18/11/2020.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Public Procurement: The role of competition authorities in promoting competition**, 2007a. Disponível em <<https://www.oecd.org/daf/competition/cartels/39891049.pdf>>. Acesso em 01/06/2020.

_____. **Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas**, 2009. Disponível em <<https://www.oecd.org/daf/competition/cartels/44162082.pdf>>. Acesso em 02/06/2020.

_____. **Policy Brief: Competition Policy and Concessions**, 2007b. Disponível em <<https://www.oecd.org/competition/cartels/38706036.pdf>>. Acesso em 01/06/2020.

_____. **Policy Roundtables: Competition in Bidding Markets**, 2006. Disponível em <<https://www.oecd.org/daf/competition/cartels/38773965.pdf>>. Acesso em 03/06/2020.

_____. **Recommendation of the council concerning effective action against hard core cartels**, 1998. Disponível em <<http://www.oecd.org/daf/competition/2350130.pdf>>. Acesso em 20/11/2020.

_____. **Recommendation of the OECD Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement**, 2012. Disponível em <<https://www.oecd.org/daf/competition/RecommendationOnFightingBidRigging2012.pdf>>. Acesso em 03/06/2020.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL. **Instrução Normativa RFB nº 1863, de 27 de dezembro de 2018**. Dispõe sobre o Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ).

4. Legislação e projetos de lei

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5.877, de 12 de setembro de 2005**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Parecer do Deputado Ciro Gomes (PSB-CE), relator da Comissão Especial de Defesa da Concorrência. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=569577>. Acesso em 21/10/2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988.

_____. **Decreto nº 9.266/2018**. Altera o Decreto nº 9.003, de 13 de março de 2017, que aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério da Fazenda, remaneja cargos em comissão e funções de confiança, substitui cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS por Funções Comissionadas do Poder Executivo - FCPE, e altera o Decreto nº 9.075, de 6 de junho de 2017, que dispõe sobre a composição e as competências da Comissão de Financiamentos Externos.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil.

_____. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências.

_____. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965**. Regula a ação popular.

_____. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações.

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

_____. **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.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei da Câmara nº. 6, de 2009**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985;

revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Parecer do Senador Francisco Dornelles, da Comissão de Serviços de Infraestrutura do Senado. Disponível em <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3933809&ts=1594039786635&disposition=inline>>. Acesso em 21.10.2020.

5. Jurisprudência

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE. Ato de Concentração Sumário nº 08000.012137/2011-80. Representadas: Rei Dos Ventos 3 Geradora De Energia S.A (“Rei dos Ventos 3”), Furnas Centrais Elétricas S.A, (“Furnas”), Centrais Elétricas do Norte do Brasil (“Eletronorte”) e J. Malluceli Energia S.A. (“J. Malucelli Energia”). Parecer Técnico nº. 0675/2011/RJ COGCE/SEAE/MF e DPDE/SDE/MJ.

_____. **Ato de Concentração Sumário nº 08000.012138/2011-24.** Representadas: Brasventos Miassaba 3 Geradora Energia S.A (“Miassaba 3”), Furnas Centrais Elétricas S.A, (“Furnas”), Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. (“Eletronorte”) e J. Malluceli Energia S.A. (“J. Malucelli Energia”). Parecer Técnico nº. 0671/2011/RJ COGCE/SEAE/MF e DPDE/SDE/MJ.

_____. **Ato de Concentração Sumário nº 08012.008508/2011-90.** Requerentes: Investimentos e Participações em Infra-Estrutura S.A. (“Invepar”) e Oberecht Participações e Investimentos S.A. (“OPI”). Parecer Técnico nº. 06050/2011/RJ COGCE/SEAE/MF e DPDE/SDE/MJ.

_____. **Consulta nº 08700.000207/2014-02.** Requerente: Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis (“IBP”). Voto-vista do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo

_____. **Inquérito administrativo nº 08700.003471/2019-11.** Representadas: Raízen Combustíveis S.A., Petrobras Distribuidora S.A. e Ipiranga Produtos de Petróleo S.A. Nota técnica nº 37/2019.

_____. **Inquérito Administrativo nº 08700.003471/2019-11.** Representadas: Raízen Combustíveis S.A., Petrobras Distribuidora S.A. e Ipiranga Produtos de Petróleo S.A. Anexo de e-mail da Secretaria Nacional de Portos e Transportes Aquaviários – SNPTA, em resposta ao Ofício nº 6089/2019 (SEI nº. 0671189).

_____. **Procedimento preparatório nº 08700.006908/2018-89.** Ofício nº 2/2020/SE/MS (Resp. ao Ofício nº 8166/19).

_____. **Processo administrativo nº 08700.001836/2016-11.** Representados: Construtora Andrade Gutierrez S.A. (“Andrade Gutierrez”), Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A. (“CCCC”), Mendes Junior Trading Engenharia S.A. (“Mendes Júnior”), SPA Engenharia, Indústria e Comercio Ltda (“SPA”), Pavotec Pavimentação e Terraplanagem Ltda. (“Pavotec”), Construtora OAS S.A. (“OAS”), Constran S.A. Construções e Comércio (“Constran”), Construtora Norberto Odebrecht (“Odebrecht”), Construtora Queiroz Galvão S.A (“Queiroz

Galvão”), C.R. Almeida Engenharia de Obras (“CR Almeida”), Galvão Engenharia S.A. (“Galvão Eng.”), Carioca Christiani Nielsen Engenharia S/A (“Carioca Eng.”), CMT Engenharia Ltda. (“CMT”), Construtora Almeida Costa Ltda. (“Almeida Costa”), Construtora Barbosa Mello (“Barbosa Mello”), Construtora Cowan S.A. (“Cowan”), Construtora Ourivio S.A. (“Ourivio”), Construtora Sanches Tripoloni Ltda. (“Sanches Tripoloni”), Convap Engenharia e Construção S/A (“Convap”), Delta Construções S/A (“Delta”), Egesa Engenharia S.A. (“Egesa”), Embratrec - Empresa Brasileira de Terraplenagem e Construções Ltda. (“Embratrec”), Empresa Tejofran de Saneamento e Serviços Gerais Ltda. (“Tejofran”), Estacon Engenharia S.A. (“Estacon”), Fuad Rassi Engenharia Indústria e Comércio Ltda. (“Fuad Rassi”), Fidens Engenharia S.A. (“Fidens”), Paviservice – Serviços de Pavimentação Ltda. (“Paviservice”), Pedra Sul Mineração Ltda. (“Pedra Sul”), Pelicano Construções S.A. (“Pelicano”), S.A. Paulista Construção e Comércio (“S.A. Paulista”), Serveng – Civilsan S/A Empresas Associadas de Engenharia (“Serveng”), Servix Engenharia S/A (“Servix”), Sobrado Construção Ltda. (“Sobrado”), Somague Mph Construções S.A. (“Somague”), TIISA Triunfo Iesa-Infra Estrutura S.A. (atual Tiisa – Infraestrutura e Investimentos S.A – “Tiisa”), Top Construtora & Engenharia Ltda. (“Top”) e TRIER – Engenharia Ltda. (“TRIER”). Anexo da Nota Técnica nº 4/2020.

_____. **Processo administrativo nº 08700.004617/2013-41.** Representados: Alstom Brasil Energia e Transporte Ltda, Balfour Beatty Rail Power Systems Brazil, Bombardier Transportation Brasil Ltda., CAF Brasil Indústria e Comércio, Caterpillar Brasil Ltda, Empresa Tejofran de Saneamento e Serviços Ltda, Hyundai-Rotem Co. Ltd., IESA Projetos Equipamentos e Montagens S.A., MGE Equipamentos e Serviços Rodoviários Ltda, Mitsui & Co. (Brasil) S.A., MPE - Montagens e Projetos Especiais S.A., PROCINT - Projetos e Consultoria Internacional S/C Ltda., Serveng-Civilsan S/A - Empresas Associadas de Engenharia, Siemens Ltda, TC/BR Tecnologia e Consultoria Brasileira S/A, Temoinsa do Brasil Ltda, Trans Sistemas de Transportes S.A, Lucy Elisabete Pereira Teixeira (representando ConsTech Assessoria e Consultoria Internacional Ltda.), Adagir de Salles Abreu Filho, Albert Fernando Blum, Amador Francisco Rodriguez Peñin, Andoni Sarasola Altuna, Andras Mukics Mesics, Antonio Joaquim Charro, Antonio Dias Felipe, Arthur Gomes Teixeira, Ben-Hur Coutinho Viana de Souza, Carlos Alberto Alves Roso, Carlos Alberto Penna Leopoldo, Carlos Eduardo Teixeira, Daniel Mischa Leibold, David Lopes, Edgard Camargo de Toledo Filho, Edson Yassuo Hira, Eduardo Cesar Basaglia, Edyval Antônio Campanelli Junior, Everton Rheinheimer, Fleury Pissaia, Francisco de Assiz Perroni, Francisco Essi Amigo, Haroldo Oliveira de Carvalho, Homero Lobo de Vasconsellos, Isidro Ramon Fondevila Quinonero, Jan-Malte Hans Jochen Orthmann, José Manuel Uribe Regueiro, José Ricardo Garcia Valladão, Juarez Barcellos Filho, Júlio César Leitão, Luiz Antonio Taulois da Costa, Luiz Fernando Ferrari, Manuel Carlos do Rio Filho, Marcelo Zugaiar dos Santos, Marco Antônio Barreiro Contin, Marco Vinicius Barbi Missawa, Marcos José Ribeiro, Maria Aparecida Ramos Bartholetti, Masao Suzuki, Massimo Andrea Giavina Bianchi, Maurício Evandro Chagas Memória, Moises Smaire Neto, Murilo Rodrigues da Cunha, Nelson Branco Marchetti, Newton José Leme Duarte, Paulo José de Carvalho Borges Junior, Paulo Munk Machado, Paulo Roberto Stuart, Paulo Rubens Fontenele Albuquerque, Peter Andreas Golitz, Phillipe Emile Michel Dufosse, Philippe Delleur, Reinaldo Goulart de Andrade, Renato Grillo Ely, Ricardo Mario Lamenza Alzogarray, Rinaldo Marques Tsuruda, Rodrigo Otávio Lobo da Costa, Ronaldo Cavalieri, Ronaldo Hikari Moriyama, Rosângela Lorena de Sousa Tsuruda, Ruy Marcos

Grieco, Sergio Valente Lombardi, Stephanie Brun-Brunet, Telmo Giolito Porto, Wagner Ibarrola, Wagner Tadeu Ribeiro e Wilson Daré. Voto do Conselheiro João Paulo de Resende.

_____. **Processo administrativo nº 08700.004617/2013-41.** Representados: Alstom Brasil Energia e Transporte Ltda, Balfour Beatty Rail Power Systems Brazil, Bombardier Transportation Brasil Ltda., CAF Brasil Indústria e Comércio, Caterpillar Brasil Ltda, Empresa Tejofran de Saneamento e Serviços Ltda, Hyundai-Rotem Co. Ltd., IESA Projetos Equipamentos e Montagens S.A., MGE Equipamentos e Serviços Rodoviários Ltda, Mitsui & Co. (Brasil) S.A., MPE - Montagens e Projetos Especiais S.A., PROCINT - Projetos e Consultoria Internacional S/C Ltda., Serveng-Civilsan S/A - Empresas Associadas de Engenharia, Siemens Ltda, TC/BR Tecnologia e Consultoria Brasileira S/A, Temoinisa do Brasil Ltda, Trans Sistemas de Transportes S.A, Lucy Elisabete Pereira Teixeira (representando ConsTech Assessoria e Consultoria Internacional Ltda.), Adagir de Salles Abreu Filho, Albert Fernando Blum, Amador Francisco Rodriguez Peñin, Andoni Sarasola Altuna, Andras Mukics Mesics, Antonio Joaquim Charro, Antonio Dias Felipe, Arthur Gomes Teixeira, Ben-Hur Coutinho Viana de Souza, Carlos Alberto Alves Roso, Carlos Alberto Penna Leopoldo, Carlos Eduardo Teixeira, Daniel Mischa Leibold, David Lopes, Edgard Camargo de Toledo Filho, Edson Yassuo Hira, Eduardo Cesar Basaglia, Edyval Antônio Campanelli Junior, Everton Rheinheimer, Fleury Pissaia, Francisco de Assiz Perroni, Francisco Essi Amigo, Haroldo Oliveira de Carvalho, Homero Lobo de Vasconsellos, Isidro Ramon Fondevila Quinonero, Jan-Malte Hans Jochen Orthmann, José Manuel Uribe Regueiro, José Ricardo Garcia Valladão, Juarez Barcellos Filho, Júlio César Leitão, Luiz Antonio Taulois da Costa, Luiz Fernando Ferrari, Manuel Carlos do Rio Filho, Marcelo Zugaiar dos Santos, Marco Antônio Barreiro Contin, Marco Vinicius Barbi Missawa, Marcos José Ribeiro, Maria Aparecida Ramos Bartholetti, Masao Suzuki, Massimo Andrea Giavina Bianchi, Maurício Evandro Chagas Memória, Moises Smaire Neto, Murilo Rodrigues da Cunha, Nelson Branco Marchetti, Newton José Leme Duarte, Paulo José de Carvalho Borges Junior, Paulo Munk Machado, Paulo Roberto Stuart, Paulo Rubens Fontenele Albuquerque, Peter Andreas Goltz, Phillipe Emile Michel Dufosse, Philippe Delleur, Reinaldo Goulart de Andrade, Renato Grillo Ely, Ricardo Mario Lamenza Alzogarray, Rinaldo Marques Tsuruda, Rodrigo Otávio Lobo da Costa, Ronaldo Cavalieri, Ronaldo Hikari Moriyama, Rosângela Lorena de Sousa Tsuruda, Ruy Marcos Grieco, Sergio Valente Lombardi, Stephanie Brun-Brunet, Telmo Giolito Porto, Wagner Ibarrola, Wagner Tadeu Ribeiro e Wilson Daré. Nota Técnica nº 81, da Superintendência Geral.

_____. **Processo administrativo nº 08700.004617/2013-41.** Representados: Alstom Brasil Energia e Transporte Ltda, Balfour Beatty Rail Power Systems Brazil, Bombardier Transportation Brasil Ltda., CAF Brasil Indústria e Comércio, Caterpillar Brasil Ltda, Empresa Tejofran de Saneamento e Serviços Ltda, Hyundai-Rotem Co. Ltd., IESA Projetos Equipamentos e Montagens S.A., MGE Equipamentos e Serviços Rodoviários Ltda, Mitsui & Co. (Brasil) S.A., MPE - Montagens e Projetos Especiais S.A., PROCINT - Projetos e Consultoria Internacional S/C Ltda., Serveng-Civilsan S/A - Empresas Associadas de Engenharia, Siemens Ltda, TC/BR Tecnologia e Consultoria Brasileira S/A, Temoinisa do Brasil Ltda, Trans Sistemas de Transportes S.A, Lucy Elisabete Pereira Teixeira (representando ConsTech Assessoria e Consultoria Internacional Ltda.), Adagir de Salles Abreu Filho, Albert Fernando Blum, Amador Francisco Rodriguez Peñin, Andoni Sarasola Altuna, Andras Mukics Mesics, Antonio Joaquim Charro, Antonio Dias Felipe, Arthur Gomes Teixeira, Ben-Hur Coutinho Viana de Souza, Carlos Alberto Alves Roso, Carlos Alberto Penna Leopoldo, Carlos Eduardo Teixeira, Daniel Mischa Leibold, David Lopes, Edgard Camargo de Toledo Filho,

Edson Yassuo Hira, Eduardo Cesar Basaglia, Edyval Antônio Campanelli Junior, Everton Rheinheimer, Fleury Pissaia, Francisco de Assiz Perroni, Francisco Essi Amigo, Haroldo Oliveira de Carvalho, Homero Lobo de Vasconsellos, Isidro Ramon Fondevila Quinonero, Jan-Malte Hans Jochen Orthmann, José Manuel Uribe Regueiro, José Ricardo Garcia Valladão, Juarez Barcellos Filho, Júlio César Leitão, Luiz Antonio Taulois da Costa, Luiz Fernando Ferrari, Manuel Carlos do Rio Filho, Marcelo Zugaia dos Santos, Marco Antônio Barreiro Contin, Marco Vinicius Barbi Missawa, Marcos José Ribeiro, Maria Aparecida Ramos Bartholetti, Masao Suzuki, Massimo Andrea Giavina Bianchi, Maurício Evandro Chagas Memória, Moises Smaire Neto, Murilo Rodrigues da Cunha, Nelson Branco Marchetti, Newton José Leme Duarte, Paulo José de Carvalho Borges Junior, Paulo Munk Machado, Paulo Roberto Stuart, Paulo Rubens Fontenele Albuquerque, Peter Andreas Golitz, Phillipe Emile Michel Dufosse, Philippe Delleur, Reinaldo Goulart de Andrade, Renato Grillo Ely, Ricardo Mario Lamenza Alzogarray, Rinaldo Marques Tsuruda, Rodrigo Otávio Lobo da Costa, Ronaldo Cavalieri, Ronaldo Hikari Moriyama, Rosângela Lorena de Sousa Tsuruda, Ruy Marcos Grieco, Sergio Valente Lombardi, Stephanie Brun-Brunet, Telmo Giolito Porto, Wagner Ibarrola, Wagner Tadeu Ribeiro e Wilson Daré. Decisão do Plenário.

_____. **Processo administrativo nº 08700.006630/2016-88.** Representados: Construções e Comércio Camargo Correa S.A. (“CCCC”); Construtora Andrade Gutierrez S.A. (“Andrade Gutierrez”); Construtora Norberto Odebrecht S.A. (“Odebrecht”); Construtora OAS S.A. (“OAS”); e Construtora Queiroz Galvão S.A. (“Queiroz Galvão”). Anexo da Nota Técnica nº 68/2019.

_____. **Processo administrativo nº 08700.011835/2015-02.** Representadas: Claro S.A., Oi Móvel S.A. e Telefônica Brasil S.A. Anexo da Nota Técnica nº 33/2017.

_____. **Processo Administrativo nº 08700.001859/2010-31.** Representante: Associação Rádio Táxi Alternativa. Representados: Associação das Centrais de Rádio Táxi de Curitiba - ACERT, Associação dos Cotistas de Rádio Táxi Sereia, Associação dos Cotistas de Rádio Táxi Curitiba, Associação Rádio Teletáxi (atual Rádio Táxi Brasil), Associação Rádio Táxi Paraná, Associação Rodo Rádio Táxi Capital, Associação Rádio Táxi Faixa Vermelha, Alexandre Ferreira, Joaquim Adir da Rocha, Sérgio Luiz de Araújo, Joil José Mores, Gilmar Abreu e Silva e Agostinho Ferreira. Voto da Conselheira Relatora Paula Farani de Azevedo Silveira.

_____. **Processo Administrativo nº 08012.002127/2002-14.** Representados: Sindicato da Indústria de Mineração de Pedra Britada do Estado de São Paulo (SINDPEDRAS); Basalto Pedreira e Pavimentadora Ltda.; Constran S/A Construções e Comércio; Bmbu S/A Engenharia e Comércio; Entrando; Geocal Mineração Ltda.; Holdercim Brasil S/A; Indústria e Comércio de Extração de Areia Khouri Ltda.; Itapissera Mineração Ltda.; Iudice Mineração Ltda.; Mendes Júnior S/A; Mineração Britabrás; Mineração Pedrix Ltda.; Panorama Indústria de Granitos S/A; Paupedra Pedreira, Pav. e Construções Ltda.; Pedreira Cachoeira S/A; Pedreira Cantareira S/A; Pedreira Dutra Ltda.; Pedreira Mariutti Ltda.; Pedreira Santa Isabel Ltda.; Pedreiras São Matheus/Lajeados S/A; Pedreira Sargon Ltda.; Reage Indústria e Comércio S/A; e Sarpav Mineradora Ltda./Minerpav Mineradora Ltda. (Sarpav Mineradora Ltda.). Voto do Conselheiro Relator Luiz Carlos Delorme Prado.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. **Recurso em Mandado de Segurança nº 6.597-MS**, 2ª Turma. Recorrente: General Eletric do Brasil S/A. Recorrido: Estado do Mato Grosso do Sul. Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Julg. 16.12.1996. DJ, 14 abr. 1997.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. **Acórdão nº 1.165/2012**, Plenário, TC 037.773/2011-9, Rel. Min. Raimundo Carreiro, 16.5.2012

_____. **Acórdão nº 1.417/2008**, Plenário, TC 007.535/2005-6, Rel. Min. Augusto Sherman, 23/07/2008.

_____. **Acórdão nº 1.196/2011**, Segundo Câmara, TC 011.689/2009-1, Rel. Min. Augusto Sherman, 22/11/2011.

_____. **Acórdão nº 1.316/2010**, Primeira Câmara, TC 006.141/2008-1, Rel. Ministro Augusto Nardes, 16/10/2010.

_____. **Acórdão nº 2.813/2004**, Primeira Câmara, TC-002.291/2004-8, Rel. Min. Relator Marcos Vinícius Vilaça, 09/11/2004.

_____. **Acórdão nº 2.831/2012**, Plenário, TC-020.118/2012-0, Rel. Min. Ana Arraes, 17.10.2012.

_____. **Acórdão nº 2.021/2020**, Plenário, TC 015.490/2019-0, Rel. Ministro Ana Arraes, 05/08/2020

_____. **Acórdão nº 2.395/2010**, Plenário, TC 016.449/2010-0, Rel. Min. Raimundo Carreiro, 15/09/2010.

_____. **Acórdão nº 2.467/2010**, Plenário, TC 028.113/2009-1, Rel. Min. Raimundo Carreiro, 22/09/2011.

_____. **Acórdão nº 3.171/2011**, Plenário, TC 002.509/2011-3, Rel. Min. André de Carvalho, 30/11/2011

_____. **Acórdão nº 3.750/2020**, Plenário, TC 004.365/2017-8, Rel. Ministro Walton Alencar Rodrigues, 14/05/2019.

_____. **Acórdão nº 2.633/2019**, Plenário, TC 036.330/2019-1, Rel. Ministro Raimundo Carreiro, 30/10/2019.

ANEXO

Anexo 1 - Pareceres e notas técnicas relacionados à editais de licitação elaborados pela Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (SEPRAC) entre 2015 e 2018

Número do Parecer ou Nota Técnica	Assunto	Análise pela Secretaria sobre a admissibilidade, ou não, da formação de consórcio na licitação
Parecer 134/2018	Manifestação na Consulta Pública acerca da proposta de 1º "Edital de Concessão de Unidade de Conteúdo Local - UCL" no âmbito do Programa de Estímulo à Competitividade da Cadeia Produtiva, ao Desenvolvimento e ao Aprimoramento de Fornecedores do Setor de Petróleo e Gás Natural (Pedefor).	Não há menção à consórcio
Parecer 70/2018	Audiência Pública nº 010/2018, da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), com o objetivo de colher subsídios, com vistas à proposta de subconcessão à iniciativa privada da malha ferroviária da Ferrovia de Integração Oeste-Leste - FIOL, trecho compreendido entre Ilhéus/BA e Caetité/BA.	Não há menção à consórcio
Parecer 60/2018	Audiência Pública nº 09/2018, da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), que tem por objetivo obter contribuições, subsídios e sugestões para o aprimoramento das minutas jurídicas e técnicas (edital de licitação, contrato de arrendamento, documentos técnicos e seus respectivos anexos), necessários à realização de certame licitatório referente ao arrendamento de terminal portuário dedicado à movimentação e armazenagem de veículos (cargas Ro-Ro), localizado no Porto Organizado de Suape/PE, denominado SUA-01.	O edital autorizava consórcio. Mas sobre isso só há, como sugestão, que "Não haja a obrigação de, no caso de consórcio formado por empresas estrangeiras e brasileiras, a liderança do consórcio seja exercida por alguma destas em detrimento daquelas"
Parecer 61/2018	Audiência Pública nº 10/2018, da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), que tem por objetivo obter contribuições, subsídios e sugestões para o aprimoramento das minutas jurídicas e técnicas (edital de licitação, contrato de arrendamento, documentos técnicos e seus respectivos anexos), necessários à realização de certame licitatório referente ao arrendamento de terminal portuário dedicado à movimentação e	O edital autorizava consórcio. Mas sobre isso só há, como sugestão, que "Não haja a obrigação de, no caso de consórcio formado por empresas estrangeiras e brasileiras, a liderança do consórcio seja

	armazenagem de contêineres, localizado no Porto Organizado de Suape/PE, denominado SUA-05.	exercida por alguma destas em detrimento daquelas"
Parecer 48/2018	Audiência Pública nº 07/2018, da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), que tem por objetivo obter contribuições, subsídios e sugestões para o aprimoramento das minutas jurídicas e técnicas (edital de licitação, contrato de arrendamento, documentos técnicos e seus respectivos anexos), necessários à realização de certame licitatório referente ao arrendamento de terminal portuário destinado à movimentação de graneis líquidos combustíveis, localizado no porto organizado de Santos, denominado STS-13A	O edital autorizava consórcio. Mas sobre isso só há, como sugestão, que "Não haja a obrigação de, no caso de consórcio formado por empresas estrangeiras e brasileiras, a liderança do consórcio seja exercida por alguma destas em detrimento daquelas"
Parecer 43/2018	Audiência Pública nº 11/2018, da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac), que apresenta as minutas de edital de licitação, contrato de concessão e respectivos anexos relativos à concessão da ampliação, manutenção e exploração dos aeroportos de Recife/PE, Maceió/AL, Aracaju/SE, João Pessoa/PB, Campina Grande/PB e Juazeiro do Norte/CE, formando o Bloco Nordeste; dos aeroportos de Vitória/ES e Macaé/RJ, formando o Bloco Sudeste; e dos aeroportos de Cuiabá/MT, Sinop/MT, Barra do Garças/MT, Rondonópolis/MT e Alta Floresta/MT, formando o Bloco Centro-Oeste	O edital autorizava consórcio. Mas sobre isso só há, como sugestão, que a Anac avalie a não obrigatoriedade de que o proponente seja operador aeroportuário – ou que, no caso de consórcio, não seja obrigatória a participação de consorciado que seja operador aeroportuário -.
Parecer 28/2018	Audiência Pública nº 2/2018, da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), que tem por objetivo obter contribuições, subsídios e sugestões para o aprimoramento das minutas jurídicas e técnicas (edital de licitação, contrato de arrendamento, documentos técnicos e seus respectivos anexos), necessários à realização de certame licitatório referente ao arrendamento de terminal portuário destinado à movimentação de graneis líquidos combustíveis, localizado no Porto Organizado de Vitória/ES, denominado VIX-30	O edital autorizava consórcio. Mas sobre isso só há, como sugestão, que "Não haja a obrigação de, no caso de consórcio formado por empresas estrangeiras e brasileiras, a liderança do consórcio seja exercida por alguma destas em detrimento daquelas"

Parecer 27/2018	Audiência Pública nº 3/2018, da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), que tem por objetivo obter contribuições, subsídios e sugestões para o aprimoramento das minutas jurídicas e técnicas (edital de licitação, contrato de arrendamento, documentos técnicos e seus respectivos anexos), necessários à realização de certame licitatório referente aos seguintes arrendamentos: terminais portuários para movimentação de graneis líquidos combustíveis localizados no Porto Organizado de Cabedelo/PB (códigos AI-01, AE-10 e AE-11)	O edital autorizava consórcio. Mas sobre isso só há, como sugestão, que "Não haja a obrigação de, no caso de consórcio formado por empresas estrangeiras e brasileiras, a liderança do consórcio seja exercida por alguma destas em detrimento daquelas"
Parecer 25/2018	Audiência Pública nº 1/2018, da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), que tem por objetivo obter contribuições, subsídios e sugestões para o aprimoramento das minutas jurídicas e técnicas (edital de licitação, contrato de arrendamento, documentos técnicos e seus respectivos anexos), necessários à realização de certame licitatório referente aos seguintes arrendamentos: terminais portuários para movimentação de graneis líquidos combustíveis, sendo cinco áreas no Porto Organizado de Belém/PA (códigos BEL 2A, BEL 2B, BEL 04, BEL 08 e BEL 09) e uma área no Porto Organizado de Vila do Conde/PA (código VDC 12).	O edital autorizava consórcio. Mas sobre isso só há, como sugestão, que "Não haja a obrigação de, no caso de consórcio formado por empresas estrangeiras e brasileiras, a liderança do consórcio seja exercida por alguma destas em detrimento daquelas"
Parecer 222/2017	Audiência Pública nº 007/2017 da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), com o objetivo de permitir o aprimoramento das Minutas de Edital, de Contrato e dos Estudos Técnicos que se prestarão a disciplinar as condições em que se dará a subconcessão, à iniciativa privada, do trecho ferroviário compreendido entre os municípios de Porto Nacional, no estado de Tocantins e Estrela d'Oeste, no estado de São Paulo, projeto integrante do Programa de Parcerias de Investimentos do Governo Federal.	O edital autorizava consórcios formados por empresas brasileiras e estrangeiras. Mas sobre isso só há, como sugestão, "que o edital explicita a condição aplicável a essa situação"

<p>Parecer 173/2017</p>	<p>Audiência Pública nº 005/2017, da ANTT, com o objetivo de tornar público, colher sugestões e contribuições às minutas de Edital e Contrato, ao Programa de Exploração da Rodovia e aos Estudos de Viabilidade, para a concessão do Lote Rodoviário BR-364/365/GO/MG, no trecho entre o entroncamento com a BR-060 (A) e o entroncamento com a LMG-479 (Contorno Oeste de Uberlândia/MG).</p>	<p>O edital autorizava consórcios, inclusive os formados exclusivamente por empresas estrangeiras. Por isso, sugere: (i) que a ANTT explicita no edital as regras de desempate aplicáveis a consórcios formados exclusivamente por empresas estrangeiras e (ii) que enquadre a licitação na categoria internacional.</p>
<p>Parecer 80/2017</p>	<p>Audiência Pública nº 001/2017, da ANTT, com o objetivo de tornar público, colher sugestões e contribuições às minutas de Edital e Contrato, ao Programa de Exploração da Rodovia e aos Estudos de Viabilidade, para concessão da Rodovia BR-101/290/386/448/SC/RS, no trecho da BR-101/SC, do km 455,9 até a divisa SC/RS; da BR-101/RS, entre a divisa SC/RS até o entroncamento com a BR-290 (Osório); da BR-290/RS, no entroncamento com a BR-101 (A) (Osório) até o km 98; da BR-386, no entroncamento com a BR-285/377 (B) (para Passo Fundo) até o entroncamento com a BR-448; e da BR-448, no entroncamento com a BR-386 até o entroncamento com a BR 116/290.</p>	<p>O edital autorizava consórcios, inclusive os formados exclusivamente por empresas estrangeiras. Por isso, sugere: (i) que a ANTT explicita no Edital as regras de desempate aplicáveis a consórcios formados exclusivamente por empresas estrangeiras e (ii) que enquadre a licitação na categoria internacional.</p>
<p>Parecer 79/2017</p>	<p>Audiência Pública nº 1/2017, da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), que tem por objetivo obter contribuições, subsídios e sugestões para o aprimoramento das minutas jurídicas e técnicas (edital de licitação, contrato de arrendamento, documentos técnicos e seus respectivos anexos), necessários à realização de certame licitatório referente ao arrendamento do terminal portuário para movimentação de papel e celulose, no porto organizado de Paranaguá, no Estado do Paraná, denominado PAR01.</p>	<p>Não há menção à consórcio</p>

Parecer 78/2017	Audiência Pública nº 3/2017, da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), que tem por objetivo obter contribuições, subsídios e sugestões para o aprimoramento das minutas jurídicas e técnicas (edital de licitação, contrato de arrendamento, documentos técnicos e seus respectivos anexos), necessários à realização de certame licitatório referente ao arrendamento do terminal portuário para movimentação de papel e celulose, no porto organizado de Itaqui, no estado do Maranhão, denominada IQI18.	Não há menção à consórcio
Parecer 77/2017	Audiência Pública nº 2/2017, da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), que tem por objetivo obter contribuições, subsídios e sugestões para o aprimoramento das minutas jurídicas e técnicas (edital de licitação, contrato de arrendamento, documentos técnicos e seus respectivos anexos), necessários à realização de certame licitatório referente ao arrendamento do terminal portuário de veículos no porto organizado de Paranaguá, no Estado do Paraná, denominado PAR12	Não há menção à consórcio
Nota Técnica 23/2017	Impacto concorrencial do item 5.15.1 do Edital de Leilão 1/2016 da Agência Nacional de Aviação Civil. Processos TC 035.257/2015-6, TC 035.260/2015-7, TC 035.261/2015-3 e TC 035.263/2015-6.	Deixa implícito que há a possibilidade de participação em consórcio. Mas não há sugestão de restrição à sua formação, por exemplo.
Parecer 209/2017	Audiência Pública nº 5/2017, da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), que tem por objetivo obter contribuições, subsídios e sugestões para o aprimoramento dos documentos técnicos e jurídicos relativos à realização de certame licitatório referente ao arrendamento do terminal portuário destinado à movimentação e armazenagem de cavaco de madeira, localizado na poligonal do porto organizado de Santana/AP, denominado MCP01.	Não há menção à consórcio
Parecer 152/2016	Audiência Pública nº 1/2016 da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), que trata das minutas jurídicas e técnicas (edital de licitação, contrato de arrendamento, documentos técnicos e seus respectivos anexos) para a realização de certame licitatório para o arrendamento do Terminal Marítimo de Passageiros do Porto de Fortaleza/CE.	Deixa implícito que há a possibilidade de participação em consórcio, ao sugerir a alteração de uma das cláusulas para conste "Empresa Líder do Consórcio" e não somente "Empresa

		Líder". Mas não há sugestão de restrição à sua formação, por exemplo.
Parecer 150/2016	A audiência pública visa colher subsídios e informações para o aprimoramento da minuta do edital e respectivos anexos do Leilão 3/2016-ANEEL, denominado 1º Leilão de Energia de Reserva (1º LER, de 2016), destinado à contratação de energia elétrica proveniente de novos empreendimentos de geração, a partir das fontes solar fotovoltaica e hidrelétrica, com início de suprimento de energia elétrica em 1º.7.2018 para fonte solar e 1º.3.2020 para fonte hidrelétrica, conforme Portaria 104/2016, do Ministério de Minas e Energia (MME).	Não há menção à consórcio
Parecer 136/2016	A audiência pública visa colher subsídios e sugestões para o aprimoramento das minutas jurídicas e técnicas dos documentos relativos ao certame licitatório para arrendamento do terminal marítimo de passageiros do porto de Fortaleza.	Não há menção à consórcio
Parecer 121/2016	Audiência Pública nº 006/2016 da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, com o objetivo de tornar público, colher sugestões e contribuições à proposta de inclusão de novos investimentos no Contrato de Concessão Edital nº 005/2007, Rodovia BR-153/SP, trecho divisa MG/SP – divisa SP/PR (Concessionária Triunfo Transbrasiliana S/A), referentes às obras de duplicação da rodovia BR-153/SP, entre o km 0,00 e o km 51,70, denominado Lote 01, e entre o km 162,00 e o km 195,00, denominado Lote 03, em extensões de 51,7 km e de 33,0 km, respectivamente, em atendimento às diretrizes estabelecidas pelo Ministro de Estado dos Transportes por meio da Portaria nº 378, de 07 de dezembro de 2015, acerca de novos investimentos em concessões existentes, no âmbito do Programa de Investimentos em Logística – PIL/2015.	Não há menção à consórcio
Parecer 33/2016	Audiência Pública nº 001/2016 da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, com o objetivo de tornar público e colher contribuições sobre minuta de Contrato e Edital e Estudos Técnicos do trecho ferroviário compreendido entre Ouro Verde de Goiás/GO e Três Lagoas/MS, projeto integrante da segunda etapa do Programa de Investimentos em Logística do Governo Federal.	Não há menção à consórcio

Parecer 31/2016	Audiência Pública nº 14/2015, da ANTT, com o objetivo de tomar público, colher sugestões e contribuições às minutas de Edital e Contrato, ao Programa de Exploração da Rodovia e aos Estudos de Viabilidade, para concessão da Rodovia BR- 163/230/MT/PA, no trecho da BR-163 do entroncamento com a MT-220 até o entroncamento com a BR-230 (A); e da BR-230 do entroncamento com a BR-163 (B) (Campo Verde/PA) até Miritituba/PA.	O edital autorizava consórcios, inclusive os formados exclusivamente por empresas estrangeiras. Por isso, sugere: (i) que a ANTT explicita no edital as regras de desempate aplicáveis a consórcios formados exclusivamente por empresas estrangeiras e (ii) que enquadre a licitação na categoria internacional.
Parecer 295/2015	Audiência Pública nº 09/2015, da ANTT, que disponibiliza minutas de edital, contrato, do programa de exploração da rodovia e dos estudos de viabilidade para concessão da Rodovia BR-364/060/MT/GO, no trecho da BR-364 do entroncamento com a BR-163(A) (Rondonópolis) até o entroncamento com a BR-060(A) (Jataí); e da BR-060 do entroncamento com a BR-364(A) (Jataí) até Goiânia.	O edital autorizava consórcios. Sobre isso, porém, sugeriu-se apenas que fosse explicitado que seria permitido consórcios formados exclusivamente por empresas estrangeiras.
Parecer 256/2015	Audiência Pública nº 08/2015, da ANTT, que disponibiliza minutas de edital, contrato, do programa de exploração da rodovia e dos estudos de viabilidade para concessão da rodovia BR-364/365/GO/MG, no trecho entre o entrocamento com a BR-060(A) (Jataí/GO) e o entrocamento com a LMG-479 (Contorno Oeste de Uberlândia/MG).	O edital autorizava consórcios. Sobre isso, porém, sugeriu-se apenas que fosse explicitado que seria permitido consórcios formados exclusivamente por empresas estrangeiras.
Parecer 170/2015	Consulta Pública nº13/2015, da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), que apresenta o pré-edital e a minuta do contrato de concessão da 13ª Rodada de Licitações de blocos para exploração e produção de petróleo e gás natural.	Não há menção à consórcio

Fonte: Dados extraídos do *site* do CADE (antiga versão), compilado pela autora. Consulta em jun. 2020