

INSPER
LL.C. EM DIREIRO EMPRESARIAL

Antonio Furlan Neto

Combate aos cartéis em licitações públicas

São Paulo

2021

Antonio Furlan Neto

Combate aos cartéis em licitações públicas

Trabalho de conclusão de curso apresentado por Antonio Furlan Neto, com o objetivo de aprovação no LL.C em Direito Empresarial, no Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper).

Orientadora: Pamela Gabrielle Romeu Gomes Roque

São Paulo

2021

FURLAN NETO, Antonio.

COMBATE AOS CARTÉIS EM LICITAÇÕES PÚBLICAS /

Antonio Furlan Neto – São Paulo, 2021.

23 f.

Trabalho de Conclusão de Curso – Insper, 2021. Orientadora: Pamela Gabrielle Romeu Gomes Roque

1. Pregão eletrônico. 2. Cartéis em licitações. 3. Contrato administrativo. 4. Contratações Públicas.

RESUMO

A presente monografia tem como objetivo promover o combate aos cartéis em licitações públicas, tratará de forma científica sobre a contratação com a Administração Pública mais especificamente na modalidade pregão, e verificar como a modalidade eletrônica pode e se de fato pode ou não ser usado como ferramenta de prevenção e combate dos cartéis em licitações nas contratações públicas, na qual se trata da mais grave atitude anticoncorrencial, e abordará os prós e contras desta modalidade de contratação pela via eletrônica para a aquisição de bens e serviços comuns, sendo uma opção de contratação mais rápida para o ente público, mais barata para os participantes, e abrange um maior número de concorrentes e também mais transparente, entre outros aspectos mais aprofundados que serão tratados na presente monografia, contudo esta modalidade de contratação nem sempre é a melhor escolha para a administração pública, uma vez que em certas hipóteses partindo-se de julgados do tribunal de contas da união que consideram antieconômica a contratação via pregão presencial, contudo esse entendimento pela desvantajosidade do modo presencial de disputa é questionado, visto que existem situações em que o pregão eletrônico não constitui a forma mais eficiente, como abordaremos no decorrer do texto.

Cabe destacar a atualidade do tema na qual os cartéis em licitações vem a tempos presente nas contratações com a administração pública, e trataremos da aplicação tecnológica das contratações na modalidade eletrônica para combater essa antiga pratica anticoncorrencial, contudo muitas vezes se passa despercebido em razão das articulações das empresas participantes e da discricionariedade dos mesmos, na qual monta-se toda uma estrutura de empresas para se apresentar da forma mais transparente possível.

Na qual o presente artigo pretende trazer de uma forma técnica, objetiva e direta sobre a atuação dos cartéis em licitações, trazendo seu aspecto teórico e também pratico do tema, como situações reais, buscando assim uma nova perspectiva para os leitores com o intuito de informar e despertar o interesse daquelas companhias na qual possuem capacidade técnica e a expertise necessária e ainda não concorrem em processo licitatório.

A presente monografia tem uma conexão direta com as disciplinas: Relações Contratuais com o Estado e Limitações Jurídicas da concorrência, na qual contribuíram de diversas formas para a realização e desenvolvimento deste artigo.

Espero que o tema abordado possa contribuir para a comunidade acadêmica e de profissionais, tratando-se de um tema novo e atual na qual tem como ideia o uso e aplicação tecnológica, na qual ao longo das pesquisas e estudos realizados para a construção deste artigo não foi possível encontrar materiais e conteúdos que abordem especificamente do tema, sendo esse mais uma razão e motivação para o desenvolvimento desta pesquisa.

Palavras-chave: Pregão eletrônico. Contratos administrativo. Combate aos cartéis. Licitações

Abstract

This monograph aims to promote the fight against cartels in public tenders, will deal scientifically about the Contracting with the public administration more specifically in the electronic auction modality, and to verify how the electronic modality can and if in fact it can be used or not tool for the prevention and combat of cartels in public procurement bids, which deals with the most serious anti-competitive attitude, and will address the pros and cons of this type of contracting electronically for the purchase of common goods and services, being a contracting option faster for the public, cheaper for participants, and covers a greater number of competitors and also more transparent, among other more in-depth aspects that will be dealt with in this monograph, however this type of contract is not always the best choice for public administration, since in certain cases, starting with judgments of the court union accounts that consider hiring via face-to-face trading to be uneconomical, however this understanding due to the disadvantage of the face-to-face mode of dispute is questioned, since there are situations in which electronic trading is not the most efficient way, as we will address in the course of the text.

It is worth highlighting the topicality of the theme in which bidding cartels have long been present in contracting with the public administration, and we will deal with the technological application of contracting in the electronic modality to combat this old anti-competitive practice, however many times it goes unnoticed due to the articulations of the participating companies and their discretion, in which a whole structure of companies is set up to present itself in the most transparent way possible.

In which this article intends to bring in a technical, objective and direct way about the performance of cartels in bids, bringing their theoretical and practical aspect of the theme, as real situations, thus seeking a new perspective for readers with the intuition to inform and to arouse the interest of those companies in which they have the technical capacity and the necessary expertise and do not yet compete in the bidding process.

This monograph has a direct connection with the disciplines: Contractual Relations with the State and Legal Limitations of the competition, in which they contributed in different ways to the realization and development of this article.

I hope that the topic addressed can contribute to the academic and professional community, as it is a new and current theme in which the idea is to use and apply

technology, which in the course of the research and studies carried out for the construction of this article does not it was possible to find materials and content that specifically address the theme, which is one more reason and motivation for the development of this research.

Keyword: Electronic auction. Administrative contracts. Fighting cartels. Bidding

Sumário

1	Introdução	8
2	Do Surgimento do Pregão Eletrônico.....	9
2.1	Do Procedimento.....	10
2.2	Das Diferença do Pregão Presencial e Eletrônico.....	12
3.	Dos Cartéis em Licitações Públicas.....	14
3.1	O Cartel em Licitações na Lei de Concorrência.....	15
3.2	Como Identificar um Cartel em Licitações Públicas.....	16
4	Do Combate aos Cartéis.....	18
4.1	O que Facilita a Formação dos Cartéis.....	18
4.2	Por que o Pregão Presencial é Ineficaz Contra essa Prática.....	18
4.3	Como o Pregão Eletrônico Mostra-se Eficaz ao Combate dos Cartéis.....	19
5	Considerações Finais.....	22

1 Introdução

De início cabe tratar do processo licitatório, na qual trata-se de disputa pública regrada, isto é, licitação¹, é condição indispensável para a consolidação e manutenção do Estado Democrático de Direito e de seus princípios reitores. Na qual busca-se a efetivação do princípio da economicidade, a administração pública se utiliza desse procedimento administrativo, cujo objetivo é obter a proposta mais vantajosa entre os participantes interessados, observando a igualdade de condições, consoante o disposto na lei 8.666/93, agora substituída pela lei 14.133/21 na qual trataremos adiante de mais detalhes desta lei.

Trata-se de um procedimento administrativo que visa à garantia da isonomia entre os licitantes, a seleção da melhor proposta dentre as apresentadas, com vistas à celebração de contrato, devendo observar tanto os princípios administrativos constitucionais, do caput do artigo 37 da CF, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, como os previstos na legislação infraconstitucional referente ao tema.

Como define Hely Lopes Meirelles:

[...] procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. (MEIRELLES, 1999, p. 23).

As licitações tem como objetivos assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto, bem como assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, à justa competição, evitar contratações com sobre preço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos e à incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável².

Diante do breve conceito de licitação, podemos adentrar no tema propriamente dito na qual veremos acerca do pregão, como modalidade de licitação, para aquisição de bens e serviços comuns, nas suas formas presenciais e eletrônica.

¹ GOMES DA SILVA, Wilton; VILELA, Cristiano de pinho. **Licitações sob o ponto de vista dos Tribunais de Contas**, 1 ed. São Paulo: alameda. 2011. P 19.

² Nunes de Moraes, Alexandre. **Licitações e Contratos lei 14.133, de 1 de abril de 2021**, 1 ed. São Paulo, editora imperium, 2021. P 21 e 22.

2. Do Surgimento do Pregão Eletrônico

O pregão eletrônico foi criado pela Lei Federal n 10.520/2002 (lei do pregão), responsável pela introdução do pregão presencial, sendo posteriormente regulamentado pelo Decreto n 5.450/2005. Cabe ressaltar que a lei dos pregões 10.520/02 está com os dias contatos pois a nova lei de licitações e dos contratos administrativos 14.133/2021, passará a regulamentar em uma só lei os pregões, as licitações e os contratos administrativos. A antiga lei dos pregões fica vigente até 4 de abril de 2023, junto com a lei 8.666/93 que também está com os dias contados.

Cabe destacar o art. 194 da nova lei 14.133/21, que prevê que a lei entrara em vigor na data de sua publicação, ou seja, não haverá o período de *vacatio legis*. Eis que haverá um período de transição, caso em que a nova lei convivera por dois anos com as leis antigas, ficando a critério da autoridade administrativa a sua aplicação, devendo ser indicada no edital de licitação a opção escolhida e vedada a aplicação combinada das citadas leis, ou seja, se já escolhem aplicar a lei 14.133/21, que ainda esta em fase de adaptação, ou se continuam a usar as leis 8.666/93 e 10.520/02, exceto quanto às disposições penais da lei 8.666/93, que foram revogadas de imediato.

Sendo o pregão destinado a aquisição de bens e serviços comuns, ou seja, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo instrumento convocatório (edital), por meio de especificações usuais no mercado. O pregão , não se presta para aquisição de qualquer bem ou serviço, mas tão somente para os comuns.³

Segundo Justen Filho:

“pregão é a modalidade de licitação de tipo menor preço, destinada à seleção da proposta mais vantajosa de contratação de bem ou serviço comum, caracterizada pela existência de uma fase competitiva inicial, em que os licitantes dispõem do ônus de formular propostas sucessivas, e de uma fase posterior de verificação dos requisitos de habilitação e de satisfatoriedade das ofertas”.

O seu objetivo principal é aumentar a quantidade de participantes e baratear o processo licitatório. Por não se exigir a presença dos licitantes, o natural é que haja maior número de participantes, podendo ser eles de todas as regiões do país.

³ Neste sentido, Diógenes Gasparini. *Direito administrativo*. 6 ed. São Paulo: Saraiva.2001. p. 466

O barateamento advém da simplificação do processo e do afastamento de diversas etapas burocráticas que tornavam mais lenta a contratação com a administração pública.

2.1 Do Procedimento

O procedimento do pregão eletrônico segue as mesmas fases do pregão comum (presencial), na qual o procedimento inicia-se com a publicação do instrumento convocatório no Diário Oficial do respectivo ente federado ou, não existindo, em jornal de grande circulação local. Recomendável, ainda, a sua publicação em meios eletrônicos e em jornais de grande circulação quando se tratar de contratações de grandes valores.

Na qual o fornecedor interessado em participar do pregão eletrônico deve se cadastrar por meio do *website* do órgão solicitante (art. 3 do Decreto 5.450/05). Na qual o sistema eletrônico será dotado de recursos de criptografia e de autenticação que garantem condições de segurança em todas as etapas do procedimento.

Ao cadastramento se segue a concessão de uma chave de identificação e de senha, que permite o acesso para a certificação da empresa. Esses dados podem ser utilizados em qualquer pregão na forma eletrônica, a menos que sejam cancelados por solicitação do credenciado.

Não se admite a utilização desta espécie de pregão para a contratação de obras de engenharia, locações imobiliárias e alienações em geral (art. 6 do Decreto 5.450/05).

Será estabelecido um prazo mínimo de 8 (oito) dias para a apresentação das propostas.

O edital poderá ser impugnado por qualquer pessoa até dois dias úteis antes da data fixada para a abertura da sessão pública. A impugnação será decidida no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas pelo pregoeiro e, se acolhida, será designada e publicada nova data para o certame.

Depois da divulgação do edital, os licitantes deverão encaminhar, por meio exclusivamente eletrônico, proposta com a descrição do objeto ofertado e o preço, até a data e hora marcadas para a abertura da sessão. As propostas podem ser substituídas ou retiradas até a abertura da sessão.

Na sessão pública pela rede dos computadores, será feita a desclassificação dos que não atenderem as exigências do Edital. De acordo com o art. 23 do Decreto, o próprio sistema ordenará, automaticamente, as propostas classificadas, que poderão participar da fase de lances.

Os licitantes poderão oferecer lances sucessivos, desde que reduzindo o valor proposto, observados o horário fixado para abertura da sessão e as regras estabelecidas no edital. Durante a sessão os licitantes serão informados, em tempo real, do valor do menor lance registrado.

Depois de estabelecida e aceita a menor proposta, passa-se a análise da habilitação, baseada em documentos apresentados por e-mail, no prazo previsto no edital (art. 25 § 2 e 3). Se a primeira colocada for desclassificada, verifica-se a documentação da segunda, e assim por diante.

Ao final da sessão, os proponentes podem manifestar a intenção de interpor recursos, quando lhes será concedido o prazo de três dias para apresentar as razões de recurso, ficando os demais licitantes intimados para apresentação de contrarrazões em igual prazo, contado a partir do término do prazo do recorrente (art. 26 do decreto).

O objeto será adjudicado depois do julgamento dos recursos interpostos. Quando convocado a assinar o contrato, o licitante deverá comprovar as condições de habilitação constantes do edital⁴.

⁴ GOMES DA SILVA, Wilton; VILELA, Cristiano de pinho. **Licitações sob o ponto de vista dos Tribunais de Contas**, 1 ed. São Paulo: alameda. 2011. P 155, 156 e 157.

2.2 Das Diferença do Pregão Presencial e Eletrônico

Do procedimento dos pregoes presenciais e eletrônicos, se iniciam da mesma forma começando com a publicação do instrumento convocatório no Diário Oficial do respectivo ente federado.

Na qual a data da apresentação das propostas não poderá ser inferior a 8(oito) dias da ultima publicação do instrumento convocatório e no dia, hora, local designados, será realizado a sessão publica para recebimento das propostas. Dai começam as diferenças após a abertura da sessão, os interessados ou seus respectivos representantes apresentarão declaração dando ciência de que cumprem plenamente os requisitos de habilitação e entregarão os envelopes contendo a indicação do objeto e do preço oferecido.

Procede-se, então, a abertura e a verificação da conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos ne Edital. No curso da sessão, o interessado que apresentou o valor mais baixo e os das ofertas com preços até 10% (dez por cento) superiores aquela poderão fazer novos lances verbais sucessivos, até a verificação do vencedor.

No caso de não haver pelo menos 3 (três) ofertas nas condições do edital, poderão os autores das melhores propostas, até o máximo de 3 (três), oferecer novos lances verbais e sucessivos, quaisquer que sejam os preços ofertados.

Como critério de classificação e julgamento, a Administração adotará o menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificados técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no instrumento convocatório. Assim, verifica-se que não há pregão tipo preço e técnica, pois, por se tratar de contratação de bens e serviços comuns, a técnica é apenas fator “habilitatório” e não classificatório.

Após essa fase, o pregoeiro, deverá decidir motivadamente a respeito da aceitabilidade da proposta classificada em primeiro lugar. Em seguida, determinará a abertura do envelope contendo os documentos de habilitação do licitante que apresentou a melhor proposta.

Atendidas as exigências fixadas no Edital, o licitante será declarado vencedor. Se, ao contrário, o licitante não atender as exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará as ofertas subsequentes, na ordem de classificação, até que seja apurada uma proposta que atenda as exigências do Edital. Situação esta, que poderá o pregoeiro negociar diretamente com o licitante para que seja obtido um preço menor. Passada a fase dos eventuais recursos, a licitação será homologada pela autoridade competente e o adjudicatário, convocado para assinar o contrato no prazo definido em edital.

3. Dos Cartéis em Licitações Públicas

O cartel em licitação consiste no conluio entre agentes econômicos com o objetivo de eliminar ou restringir a concorrência dos processos de contratação de bens e serviços pela Administração Pública.

Essa conduta altera a situação normal e esperada de efetiva concorrência do certame, imputando ao Estado condições menos favoráveis na contratação de bens e serviços, tais como preços mais elevados, produtos e serviços de qualidade inferior ou aquisição de quantidade menor do que a desejada.

Em outras palavras, o cartel em licitação mina os esforços da Administração Pública em empregar de forma eficiente e eficaz seus recursos, com vistas a prover os bens e serviços necessários à população e promover o desenvolvimento do país, sendo, portanto, prejudicial a toda a sociedade

Para que o Estado empregue seus recursos de maneira apropriada, seus contratos precisam ser feitos com base na melhor proposta para a Administração, considerando, dentre outras coisas, qualidade e preço do bem ou serviço. O certame deve respeitar elevados padrões de isonomia, qualidade e eficiência, sem favorecer qualquer dos participantes. Assim, é de fundamental importância que as licitações sejam transparentes e econômicas. Esses princípios estão intimamente relacionados à concorrência em uma licitação. Licitações com regras transparentes e amplamente conhecidas facilitam a participação do maior número de licitantes, aumentando a competitividade e, conseqüentemente, resultando em propostas mais vantajosas. Para o Estado, portanto, a efetiva competição entre as empresas nas licitações que promove é a verdadeira “alma do negócio”.

De acordo com a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)⁵, tais conluios retiram recursos dos adquirentes e contribuintes,

⁵ Ver: OCDE. Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas (2009). Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/cartels/44162082.pdf>>.

diminuem a confiança do público no processo competitivo e enfraquecem os benefícios de um mercado competitivo.

3.1 O Cartel em Licitações na Lei de Concorrência

De uma forma geral, um cartel consiste em acordo ou prática concertada entre concorrentes para fixar preços, estabelecer quotas ou restringir produção, dividir mercados de atuação e alinhar qualquer variável concorrencialmente sensível, tanto em concorrências públicas como contratações privadas, sendo considerado universalmente a mais grave infração à ordem econômica⁶

Ainda segundo a OCDE, os cartéis:

(...) causam danos a consumidores e negócios que adquirem seus produtos, por meio do aumento de preço ou da restrição da oferta. Como resultado, alguns adquirentes decidem não comprar o produto ao preço determinado pelo cartel ou compram-no em menor quantidade. Assim, os adquirentes pagam mais pela quantidade que compram, o que possibilita, mesmo sem saber, a transferência de riquezas aos operadores do cartel. Além disso, os cartéis geram desperdício e ineficiência. Eles protegem seus membros da completa exposição às forças de mercado, reduzindo a pressão pelo controle de gastos e para inovação, o que acarreta a perda de competitividade de uma economia nacional⁷.

Conforme apontado anteriormente, dentre as diversas formas de cartel, os cartéis em licitação são especialmente graves, uma vez que impedem ou prejudicam a aquisição pela Administração Pública de produtos e serviços pelo menor preço e da melhor qualidade, causando graves prejuízos ao erário e, conseqüentemente, aos contribuintes.

Sendo considerada uma conduta anticompetitiva da mais alta gravidade, a prática de cartel encontra-se prevista na Lei Brasileira de Defesa da Concorrência (Lei no 12.529/2011) em seu artigo 36, § 3o, inciso I, alínea “d”:

⁶ Vide jurisprudência do Cade, como: Nota Técnica no 24/2015 da Superintendência-Geral que instaurou o Processo Administrativo no 08700.007351/2015-51; Nota Técnica da Superintendência-Geral que instaurou o Processo Administrativo no 08012.008821/2008-22, bem como o voto do Conselheiro-Relator Gilvandro Vasconcelos no mesmo caso; Nota Técnica da extinta SDE no Processo Administrativo no 08012.005255/2010-11.

⁷ Tradução livre de “Hard Core Cartels”, preparado pelo Fórum Conjunto de Comércio e Concorrência da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE): 2003, p. 8.

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:

(...)

§ 3º. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;

b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;

c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;

d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública.

3.2 Como Identificar um Cartel em Licitações Públicas

Eis uma das tarefas mais difíceis pois trata-se de uma estrutura inteligente na qual as empresas que fazem parte dos cartéis, conscientes da ilicitude da conduta que estão cometendo e temendo que sejam descobertos, em especial pelo aumento da punição de cartéis nos últimos anos e por se tratar da mais grave atitude anticoncorrencial, os membros de um cartel com frequência, são extremamente cuidadosos e discretos com as informações compartilhadas, com as reuniões e com a realização e implementação dos seus acordos.

A existência de cartéis pode chegar ao conhecimento do Cade por diversas maneiras, podendo ser denunciada pelas próprias empresas ou pessoas envolvidas, casos que poderão receber uma redução das penalidades ou até mesmo imunidade, como veremos adiante. Por terceiros interessados ou outros concorrentes que

tentam concorrer de boa-fé no processo licitatório, e acaba frustrando-se sem ter alguma chance de competição.

Cabe ressaltar a existência de alguns mecanismos de combate e repressão aos cartéis, apenas para o conhecimento e existência dessas ferramentas na qual fazem parte: I – acordo de leniência; II- Termo de Compromisso de Cessação da Prática – TCC; III – Representações e Clique-Denúncia⁸; IV - Busca e Apreensões; V - Análise Econômica e *Screening*.

⁸ O Clique-Denúncia admite acusações realizadas por qualquer cidadão relacionadas a cartel, a outras condutas anticompetitivas, além de atos de concentração.

4 Do Combate aos Cartéis

4.1 O que Facilita a Formação dos Cartéis

São características que contribuem com a formação dos cartéis, a homogeneidade dos produtos e serviços, ausência de substitutos e baixa alteração tecnológica: quando os produtos ou serviços a serem adquiridos apresentam pouca ou nenhuma diferenciação torna-se mais fácil chegar a um acordo, já que os cartelistas precisarão definir em conjunto apenas uma variável de fácil controle e mensuração: o preço. No caso das compras públicas, isso é particularmente observado, já que, em grande parte das licitações, não há diferenças significativas de qualidade e/ou tecnologia nos produtos e serviços licitados, tratando-se de bens e serviços comuns. Além disso, quando há poucos substitutos para aquele produto, ou ainda, quando o produto não envolve grandes mudanças em termos de tecnologia, as empresas têm maior segurança do sucesso do seu acordo e garantia de que ele perdurará por um tempo maior⁹.

4.2 Por que o Pregão Presencial é Ineficaz Contra essa Prática

Sendo Como já mencionado, podemos verificar que as características básicas da modalidade pregão por si só, já favorece a formação dos cartéis. Nesse sentido:

Na qual o pregão destina-se a aquisição de bens e serviços comuns, ou seja, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo instrumento convocatório (edital), por meio de especificações usuais no mercado. O pregão , não se presta para aquisição de qualquer bem ou serviço, mas tão somente para os comuns.

⁹ Guia de combate aos cartéis em licitações (CADE), disponível em: <http://en.cade.gov.br/topics/publications/guidelines/guia-de-carteis-em-licitacao-versao-final.pdf>, p.19.

Extrai-se portanto que o pregão na modalidade presencial não se faz eficaz no que diz respeito ao combate dos cartéis, uma vez que suas próprias características favorecem essa prática anticoncorrencial que por sua vez trata-se da mais grave.

Pelo contrário diante do que se tratou percebe-se que as características básicas da contratação na modalidade pregão é um prato cheio para a formação dos cartéis, especificamente na modalidade presencial.

Na contratação na modalidade presencial diante de suas características básicas já mencionadas, que favorecia que as empresas integrantes dos cartéis, acordassem, combinassem e até a oferecer propostas para abstenção da participação de outros concorrentes na licitação.

Também é de costume nessa pratica acordarem os preços de bens ou serviços a serem ofertados, bem como efetuavam a divisão de mercado, ou seja, combinavam entre si uma delimitação de sua atuação cartelista, podendo ser essa delimitação geográfica, ou por objeto contratado escolhiam qual empresa ficaria vencedora de cada licitação ou de cada item ou lote dentro de um mesmo processo licitatório.

4.3 Como o Pregão Eletrônico Mostra-se Eficaz ao Combate dos Cartéis

Como já tratado até o presente momento nesta monografia, já abordamos das características dos pregões, seu surgimento, sua delimitação, bem como da formação dos cartéis, o seu “modus operandi”, agora trataremos de como o pregão eletrônico se mostra eficiente no combate as práticas dos cartéis.

Começando pelo seu alcance, no pregão eletrônico desde que já previamente cadastrado no sistema digital toda e qualquer empresa que consiga ou tenha a capacidade técnica prevista no instrumento convocatório pode participar, não se limitando como no pregão presencial à aqueles presente fisicamente na sessão pública, aqui estamos falando de uma abrangência nacional, não tendo limite de empresas participantes podendo ter centenas delas. Lembrando que mesmo que a empresa não tenha capacidade técnica ou não consiga atender a documentação exigida no instrumento convocatório, ela conseguirá participar da disputa, não sendo um requisito de participação e sim de habilitação o que aconteceria nesse caso a empresa não conseguiria ser habilitada caso fosse vencedora.

Segundo Marçal Justen Filho (2013, p.20):

“o pregão apresenta três vantagens marcantes em relação às modalidades tradicionais de licitação previstas na Lei nº 8666. Em termos essenciais, as vantagens são (a) o potencial incremento das vantagens econômicas em favor da Administração, (b) a ampliação do universo de licitantes e (c) a simplificação do procedimento licitatório. Outras vantagens poderiam ser apontadas, tal como a redução de custos no pregão eletrônico (que dispensa a presença física e outras despesas) e a maior rapidez na conclusão do certame”.

Tornando-se está, talvez a mais importante vantagem no combate dos cartéis, que devido ao alcance e o ilimitado campo de participantes, fica muito mais difícil, até impossível a atuação dos cartéis no sentido de retirar concorrentes do processo, o que na modalidade presencial é bem comum na prática verificar no dia do certame integrantes das empresas cartelistas trabalhando na retirada dos concorrentes, seja os coagindo ou oferecendo preços em dinheiro, sendo vantajoso em razão da vantagem a ser auferida na presente atuação.

Nesse sentido outra vantagem da modalidade eletrônica no combate aos cartéis é no que tange os integrantes do grupo à combinar as propostas dos lances, na qual na modalidade presencial se torna uma tarefa fácil para os cartelistas, uma vez superada a retirada dos concorrentes e já previamente definida a proposta vencedora consegue-se o resultado desejado.

Na qual na modalidade presencial apenas as propostas mais vantajosas vão para fases de lances verbais, ou seja, as propostas até 10% da mais baixa ofertada. O que não ocorre na modalidade eletrônica, pois todos os participantes independente do valor de sua proposta inicial ofertada a qualquer momento desde que não encerrada a fase dos lances poderá efetuar um lance mais baixo.

Uma característica básica que pode ser considerada eficaz no combate dos cartéis é a ausência física do pregoeiro e da comissão de licitação, como também da sessão solene, o que trás uma maior confiança para o processo.

Outra delas é a transparência e publicidade dos atos onde todos os interessados podem acompanhar o certame, sendo que tudo aquilo que foi tratado fica registrado em ata de audiência, com informações do chat, e dos lances.

5. Considerações Finais

Podemos verificar no presente artigo que o pregão eletrônico é um aprimoramento do pregão presencial, como demonstrado no transcorrer do texto, tendo como objetivo dos processos licitatórios como um todo a proposta mais vantajosa à administração pública, em razão da ampla competitividade entre os licitantes, bem como aos princípios da economicidade e eficiência.

Modalidade esta que por vezes se mostrou eficiente no combate à prática dos cartéis em licitações públicas, não sendo essa a vontade inicial do legislador, o que acabou sendo mais um benefício a se agregar a esta modalidade.

Modalidade esta que em decorrência tecnológica tende a cada vez mais ser aplicada e com sistemas cada vez mais aprimorados, sendo que a nova lei 14.133 trás a obrigatoriedade da realização da licitação sob a forma eletrônica como expresso no § 2 do art. 17.

Fato é que, os avanços tecnológicos dos últimos anos, alteraram os modelos de negócios existentes. Nas licitações não foram diferentes em especial o pregão, na modalidade eletrônica, possibilitou a adequação da Administração Pública a esse novo contexto permitindo aquisições menos burocráticas que as demais modalidades da Lei 8.666/93. Sendo uma modalidade que transformou as licitações públicas, pois trouxe inovações que proporcionaram celeridade ao processo com a inversão das fases e a consequente habilitação apenas do licitante classificado em primeiro lugar.

Ademais, o pregão, especialmente na sua forma eletrônica, proporcionou à licitantes de todas as regiões do país a participação em processos licitatórios, ampliando a competitividade e expandido a oportunidade para maior participação de empresas nestes processos, o que acaba sendo um atributo forte no combate dos cartéis, uma vez que não se consegue coagir ou corromper os licitantes para deixarem de participar da disputa, como ocorre nos pregões presenciais.

Além do incremento da competitividade, o pregão oferece maior transparência, pois qualquer cidadão pode averiguar os processos, basta ter acesso à internet.

De forma geral, o pregão eletrônico constitui-se em um importante instrumento de fortalecimento dos princípios e valores constantes na Constituição Federal e demais Leis que objetivam o controle de todos os processos licitatórios.

Assim, entende-se que umas das vantagens do pregão, especialmente na sua modalidade eletrônica, em razão das suas características básicas é sua eficiência no combate aos cartéis, uma vez que as características que contribuem na formação dos cartéis, em quase sua totalidade são às mesmas características básicas das contratações na modalidade presencial, se tornando assim a contratação na modalidade presencial um prato cheio para a atuação dos cartéis.

Como demonstrado neste artigo por vezes a modalidade eletrônica se mostrou mais vantajosa em relação a modalidade presencial em diversos aspectos em especial no combate aos cartéis em licitações públicas.

Referências

ALEXANDRE LEVIN. Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura | vol. 4/2018 | p. 195 - 219 | Jan - Mar / 2018 | DTR\2018\10336

BORGES DE OLIVEIRA, EMERSON ADEMIR; BOHAC DE HARO, GUILHERME PRADO; MORAES FERRAS, NAYARA IRAIDY. Meritum: Revista de Direito da Universidade FUMEC, mai-ago2020, Vol. 15 Issue 2, p321-339, 19p. Publisher: Meritum: Revista de Direito da Universidade FUMEC., Base de dados: Complementary Index

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Sistema de Registros de preços e pregão. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

FLAVIA DANIEL VIANNA. Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura | vol. 4/2018 | p. 221 - 231 | Jan - Mar / 2018 | DTR\2018\10337, disponível em:

<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/as-vantagens-e-desvantagens-do-pregao-eletronico-na-administracao-publica>

Guia de combate aos cartéis em licitações (CADE), disponível em: <http://en.cade.gov.br/topics/publications/guidelines/guia-de-carteis-em-licitacao-versao-final.pdf>

Guia pratico para pregoeiros e membros de comissões de licitação. Disponível em: http://www.comprasnet.gov.br/banner/seguro/cartilha_licitacao.pdf

GOMES DA SILVA, Wilton; VILELA, Cristiano de pinho. **Licitações sob o ponto de vista dos Tribunais de Contas**, 1 ed. São Paulo: alameda. 2011.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**. 5. ed. rev. atual e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão: (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico)**. 6. ed. rev e atual. de acordo com a Lei Federal nº 10.520/2002 e os Decretos Federais nº 3.555/00 e 5.450/05. São Paulo: Dialética, 2013.

NUNES DE MORAES, Alexandre. **Licitações e Contratos lei 14.133 de 2021**, 1 ed. São Paulo: Imperium 2021.

PESTANA, Márcio. **Licitações públicas no Brasil: Exame integrado das Leis 8.666/1993 e 10.520/2002**. São Paulo: Atlas, 2013.

SANTOS, Volnei Moreira dos, **A lei do pregão no município: uma visão prática e operacional** / Volnei Moreira dos Santos. – Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008 232p.

TEIXEIRA, ALEXANDER HAERING G.. Revista Percurso, 2020, Vol. 1 Issue 32, p275-278, 4p. Publisher: Revista Percurso., Base de dados: Complementary Index.

Legislação

Brasil. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm

Brasil. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/L8666cons.htm.

Brasil. Decreto nº 5.504, de 05 de agosto de 2005. Estabelece a exigência de utilização do pregão, preferencialmente na forma eletrônica, para entes públicos ou privados, e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br/Ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5504.htm .

Brasil. Decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019, que regulamenta a licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da administração pública federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10024.htm