

A corrupção em processos licitatórios como fator determinante da formação de cartéis: uma abordagem econômica do ordenamento jurídico no mercado de compras governamentais\*

*Corruption in bidding processes as a determining factor in cartel formation: an economic approach to the legal system in the government procurement market*

*Emerson Ademir Borges de Oliveira\*\**

*Jorge Ferreira Lobo\*\*\**

---

\* Artigo recebido em 15 de setembro de 2022 e aprovado em 26 de dezembro de 2022. DOI: 10.12660/rda.v282.2023.90161.

\*\* Doutor e mestre em direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Estágio pós-doutoral pela Universidade de Coimbra. Professor Titular da Universidade de Marília (Unimar). Coordenador-adjunto do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Unimar. Advogado e parecerista. E-mail: emerson@unimar.br.

\*\*\* Possui graduação em ciências econômicas pela Universidade Federal do Pará (UFPA, 1997) e especialização em engenharia Ambiental pelo Uniceuma (2007), é mestrando em direito (análise econômica do direito — *law economics*) pela Unimar. Membro efetivo do Instituto Maranhense de Direito Administrativo (Imdam). E-mail: lobo.jorge@gmail.com.

## RESUMO

Este artigo tem por objetivo discutir a prática de fraudes e corrupção perpetradas por empresas e agentes públicos no mercado de compras governamentais e a formação de cartéis, com vistas a demonstrar a necessidade de implementação de controles *ex ante* e gestão de riscos fundamentada na nova lei de licitações. A partir da literatura sobre a formação de cartéis, pretende-se identificar os mecanismos que explicam as relações espúrias havidas entre os agentes públicos e empresas privadas, concebidas sob a égide da Lei nº 8.666/1993, que levaram à prática de fraudes e corrupção nas contratações públicas. Por fim, apresentamos a estruturação de linhas de defesa, com um sistema de mitigação de fraudes e corrupção, incorporado no novo marco regulatório das licitações. A metodologia aplicada é indutiva, tendo em vista que a análise busca uma conclusão a partir das evidências de casos concretos.

## PALAVRAS-CHAVE

análise econômica do direito — cartel — compras governamentais — corrupção — *compliance*

## ABSTRACT

The aim of this paper is discuss the practice of fraud and corruption perpetrated by companies and public agents in the government procurement market and formation of cartels, in order to demonstrate the need for implementation of ex-ant controls and risk management based on a new regulatory framework for bids. From the comparative literature on the formation of cartels, it is intended to identify the explanatory mechanisms of the spurious relationships between public agents and private companies, conceived under the aegis of law number 8.666/93, which led to the practice of fraud and corruption in public contracts. Finally, we present the structuring of lines of defense forming a fraud and corruption mitigation system, incorporated in the new regulatory framework for public procurement. The methodology applied is inductive, considering that the analysis seeks a conclusion from the evidence of concrete cases.

## KEYWORDS

economic analysis of law — cartel — government procurement — corruption — compliance

## Introdução

Antes de adentrarmos na análise do instituto legal sob o qual os cartéis florescem no Brasil, provocando perdas de toda ordem, importa ressaltar que o fenômeno da cartelização não é uma exclusividade brasileira, vez que se constitui em uma *falha de mercado* derivada do próprio sistema capitalista de produção, de tal forma que impende descortinar à luz do *law economics* a estrutura que se forma para o controle de certos nichos de mercado quando das aquisições de bens e serviços pelo governo.

Nesse diapasão, a mera análise normativa do direito já não se mostra suficiente para explicar tal fenômeno, há que se fazer um estudo mais acurado da ocorrência dos cartéis no sistema capitalista a partir de ferramentas da economia, para só então adentrarmos no ordenamento jurídico das contratações públicas, pois entender o *modus operandi* dos cartéis nas licitações públicas do Brasil é condição *sine qua non* para compreendermos o porquê dos pífios resultados obtidos pelas diversas operações policiais e até mesmo pelos órgãos de fiscalização, entre os quais destacam-se o Ministério Público e os tribunais administrativos.

É a partir do conhecimento da cartelização como um fenômeno econômico que se poderá construir uma análise normativa do instituto que rege as contratações públicas brasileiras para compreender e combater a corrupção de primeira ordem e de segunda ordem que leva à consolidação e proliferação dos cartéis sob a égide do obsoleto e ainda em vigor instituto regulatório das licitações — Lei nº 8.666/1993.<sup>1</sup>

A despeito do valoroso e intenso trabalho realizado pelas operações policiais de combate à corrupção e crimes econômicos, fica demonstrado que somente com o uso de novas ferramentas de *compliance* será possível reduzir em muito as atividades dos cartéis no mercado de compras governamentais.

---

<sup>1</sup> BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 01 abr. 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.133-de-1-de-abril-de-2021-311876884>. Acesso em: 10 jan. 2022.

Por fim, demonstramos como o novo marco regulatório nacional das licitações e contratos inclui no ordenamento jurídico pátrio novas ferramentas de mitigação dessa falha de mercado que permite a proliferação dos cartéis no setor de compras governamentais.

## 1. O princípio constitucional da livre concorrência e as falhas de mercado do sistema capitalista

Segundo a teoria clássica do preço de equilíbrio, ou da mão invisível de Adam Smith, as trocas (negociação entre ofertantes e demandantes) se dão em um mercado que tende ao preço de equilíbrio ou *market-clearing*; nesse modelo ideal de mercado os demandantes sempre estariam realizando sua aquisição de bens ou serviços da forma mais eficiente possível, ou seja, alocariam seus recursos financeiros objetivando aquisições com o menor preço possível. Apenas para efeito didático, ressalta-se que neste mercado, o de compras públicas, o governo em todas as suas esferas (União, estados e municípios) entra como consumidor, e não como Estado regulador, portanto, do lado da demanda, e submetido às regras de mercado, inclusive à maior delas: a livre concorrência – essencial ao alcance do equilíbrio de mercado no modelo da economia clássica.

Emery Kay Hunt, em *História do pensamento econômico*, exemplifica o modelo desenvolvido por Adam Smith nos seguintes termos:

Assim, o preço natural era um preço de equilíbrio determinado pelos custos de produção, mas estabelecido no mercado pelas forças de oferta e demanda; as flutuações do preço de mercado tenderiam a ficar em torno do preço natural. Pela teoria dos preços de Smith a quantidade demandada alocaria o capital pelas várias indústrias, determinando, assim, a composição ou as quantidades relativas das diferentes mercadorias produzidas. Entretanto o custo de produção determinaria, por si só, o preço de equilíbrio ou preço natural que tenderia a prevalecer em qualquer mercado.<sup>2</sup>

Coadunam com esse entendimento os professores Robert Pindyck e Daniel Rubinfeld no clássico manual de microeconomia:

---

<sup>2</sup> HUNT, E. K. *História do pensamento econômico*. 2. ed. [S.l.]: Campus, 2005. p. 93.

Trata-se da forma mais direta de ilustrar o modo de funcionamento da famosa mão invisível de Adam Smith, pois, de acordo com ela, a economia automaticamente alocará recursos de forma a alcançar a eficiência de Pareto sem a necessidade de um controle regulamentador. É a ação independente dos consumidores e dos produtores, que aceitam os preços como dados, o que permite aos mercados funcionarem de uma maneira economicamente eficiente.<sup>3</sup>

Portanto, ainda que o Estado possua o Poder Regulador, este mesmo Estado positivou o princípio da livre concorrência na Carta Magna de 1988 em seu artigo 170, inciso IV, submetendo-se a ele com todas as suas falhas e possibilidades (mundo do ser).

Neste diapasão, conforme nos ensina o ilustre professor Eros Grau, o Estado brasileiro, por meio do constituinte de 1988, fez uma opção política pela adoção do sistema capitalista de livre concorrência erigindo-o à condição de princípio fundamental da ordem econômica nacional:

A livre concorrência é pela constituição de 1988 erigida à condição de princípio. Como tal contemplada no art. 170, IV, compõem-se, ao lado de outros, no grupo do que tem sido referido como “princípios da ordem econômica”. Trata-se, como já anotei, de princípio constitucional impositivo.<sup>4</sup>

De certa forma, ao adotar a livre concorrência como princípio constitucional norteador da ordem econômica, o Estado, quando na condição de demandante ou consumidor, submete-se ao modelo de equilíbrio — *marketing clearing* — estruturado pelos economistas clássicos e, por conseguinte, às falhas de mercado intrínsecas a esse modelo que afetam o equilíbrio geral de preços. A esse respeito, retomamos o entendimento do professor Eros Grau para demonstrar que o constituinte reconhece a falha de mercado — competição imperfeita — resultante do poder econômico, ao passo que ao reconhecê-lo não o controla e nem tampouco o faz desaparecer:

O§ 4º do art. 173 refere ‘abuso do poder econômico’. Vale dizer: a constituição de 1988 o reconhece. Não que não devesse fazê-lo, mesmo porque a circunstância de não o ter reconhecido não teria o condão de bani-lo da realidade. Apenas, no entanto tendo o reconhecido, soa estranha consagração principiológica da

---

<sup>3</sup> PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. Tradução Daniel Vieira. 8. ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2013. p. 602.

<sup>4</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 208.

livre concorrência. Para que tal não ocorresse, em presença da consagração do princípio, haveria o mencionado § 4º de dispor, 'A lei reprimirá os abusos decorrentes do exercício da atividade econômica...'. O que não obstante — repito — seria inteiramente em vão: nem por isso o poder econômico deixaria de se manifestar no mundo real — mundo do ser — a braçadas.<sup>5</sup>

Para que o ordenamento jurídico não venha a sucumbir ante a práxis econômica, resta, em última fronteira, a compreensão desse fenômeno de mercado à luz do *law and economics*. Para tanto, tomamos dos economistas a conceituação de cartel como fenômeno econômico demonstrando como esse comportamento pode se espalhar por todo e qualquer mercado, às expensas da Lei, atingindo e controlando, inclusive e principalmente, o lucrativo mercado de compras governamentais.

O setor de compras governamentais é um mercado e, portanto, deve ser estudado como tal, segundo as ferramentas do direito econômico disponíveis aos operadores do direito. A esse respeito, o professor Caliendo nos ensina que no mundo real os mercados competitivos apresentam falhas não abarcadas pelo modelo de equilíbrio inicial da economia clássica. Havendo, no caso da cartelização, uma falha de mercado decorrente da competição imperfeita, que ocorre quando determinado agente econômico detém tanto poder que impede que os outros agentes econômicos auferam benefícios do sistema de trocas. Tal situação ocorre, por exemplo, nos casos de monopólio ou oligopólio onde existe manipulação de preços para que ocorra uma transferência de recursos dos consumidores para os monopolistas.

Competição Imperfeita, ou seja, quando determinado agente econômico detém tanto poder que impede que os outros agentes econômicos auferam benefícios do sistema de trocas. Tal situação ocorre, por exemplo, nos casos de monopólio ou oligopólio onde existe manipulação de preços para que ocorra uma transferência de recursos dos consumidores para os monopolistas.<sup>6</sup>

Os economistas Pindyck e Rubinfeld, por sua vez, na clássica obra *Microeconomia*, estabelecem duas condições básicas para o sucesso de um cartel: a primeira delas é que os envolvidos no negócio sejam capazes de fazer e cumprir acordos relativos aos preços e às quantidades a serem ofertadas

---

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 208.

<sup>6</sup> CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier Brasil, 2009. p. 473.

no nicho de mercado que se quer controlar; a segunda condição é o poder de monopólio exercido pelo grupo de ofertantes.

Em um cartel, os produtores concordam explicitamente em agir em conjunto na determinação de preços e níveis de produção. Nem todos os produtores de um setor necessitam fazer parte do cartel e a maioria dos cartéis envolve apenas um subconjunto de produtores. Mas, se uma quantidade grande o bastante de produtores optar por aderir aos termos do acordo do cartel e se a demanda do mercado for suficientemente inelástica, o cartel poderá conseguir elevar os preços bem acima dos níveis competitivos.<sup>7</sup>

E seguem estabelecendo as condições necessárias para o sucesso do cartel:

CONDIÇÕES PARA O SUCESSO DO CARTEL: Há duas condições para que um cartel tenha êxito. A primeira delas é que venha a se formar uma organização estável, cujos membros sejam capazes de fazer acordos relativos a preços e níveis de produção, cumprindo, depois, os termos do acordo feito. A segunda condição para o sucesso do cartel é o potencial para imposição do poder de monopólio. O potencial do poder de monopólio pode ser considerado a condição mais importante para a obtenção de sucesso; se forem grandes os ganhos potenciais decorrentes da cooperação, os membros do cartel terão maior estímulo para resolver os problemas organizacionais.<sup>8</sup>

Necessário se faz acrescentar à estruturação do cartel demonstrado por Pindyck e Rubinfeld uma terceira condição fundamental para o sucesso dos cartéis nas compras governamentais: a corrupção dos agentes responsáveis pela realização e gerenciamento dos certames licitatórios, o que possibilita a consecução e a “legalização” das fraudes perpetradas em conluio com as empresas cartelizadas.

A prática de corrupção se mostra como fator preponderante para o sucesso dos cartéis no mercado de compras governamentais. Esta por sua vez tipificada no ordenamento jurídico brasileiro: (a) corrupção ativa praticada pelas empresas que aliciam os agentes públicos para de alguma forma sagrarem-se vencedoras do certame e/ou impedirem que demais empresas participem da testilha por meios supostamente legais; e (b) corrupção passiva quando esses mesmos agentes públicos sujeitam-se ao recebimento de vantagens financeiras em razão do cargo ou função que ocupam para facilitar a vitória do cartel em detrimento da livre competição.

---

<sup>7</sup> Robert S. Pindyck e Daniel L. Rubinfeld, *Microeconomia*, op. cit., p. 473.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 474.

O Código Penal Brasileiro assim tipifica a corrupção: solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem; e oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício. Porém, a questão que se coloca é: se a corrupção que é o principal pilar de sustentação dos cartéis no mercado de compras públicas está tipificada no código penal e sujeita a penas elevadas, sendo até, certo ponto, fácil identificá-la, por que é tão difícil combatê-la? Uma das respostas para essa intrigante questão está na excepcional pesquisa desenvolvida pelo professor Lino, publicada em seu intrigante artigo denominado *Fighting or supporting corruption? The role of public sector audit organizations in Brazil*, em que o autor identifica uma evolução no poder de corromper agentes públicos pelos cartéis. Para o autor, a corrupção em licitações se dá em dois níveis: (a) corrupção de primeira ordem, ocorrendo diretamente sobre os agentes públicos responsáveis pelas aquisições de bens e serviços; e (b) corrupção de segunda ordem, essa a mais grave, imposta aos agentes públicos de alto escalão das Cortes de Contas responsáveis por decidirem em última instância sobre a legalidade das avenças firmadas entre o poder público e a iniciativa privada, perpetrando dessa maneira uma justiça seletiva que valida e dá a necessária “legalidade” aos atos ilícitos praticados pelos cartéis em conluio com os agentes públicos.

Conforme destaca André Feliciano Lino, há no Brasil um segundo nível de corrupção que tem levado os tribunais administrativos e judiciais a praticarem uma justiça seletiva em desfavor da sociedade e em benefício das empresas cartelizadas:

*An in-depth knowledge of corruption processes and what facilitates them is made more difficult by the hidden nature of the phenomenon. Moreover, the literature has often focused on first-order corruption, i.e., when actors abuse their power to break or reinterpret rules and norms looking for private gains (Zyglidopoulos, 2016). Much less is known about actors changing the rules and norms for their private gain – characterized as second-order corruption (Zyglidopoulos et al., 2017; Cooper, Dacin & Palmer, 2013). [...] The Brazilian Courts of Accounts appears to be an interesting setting for the observation of both first- and second-order corruption as Magistrates have been shown to be frequently involved in bribery and kickbacks, while also having the power to interpret, formulate, and change intraorganizational rules and norms.<sup>9</sup>*

---

<sup>9</sup> LINO, André Feliciano et al. *Fighting or supporting corruption? The role of public sector audit organizations in Brazil*, *Critical Perspectives on Accounting*, v. 83, 2022, <https://doi.org/10.1016/j.cpa.2021.102384>.

De outra banda, o professor Marcos Nóbrega, em artigo publicado na *Revista Brasileira de Direito Público*, afirma que o problema está na modelagem dos certames, os quais se mostram incapazes de garantir procedimentos licitatórios mais eficientes. Para ele, há uma assimetria da informação entre o governo, como demandante, e as empresas potenciais fornecedoras de bens e serviços. Tal assimetria da informação provoca o afastamento das empresas mais competitivas, as quais poderiam equilibrar o preço e reduzir a influência dos cartéis no mercado de compras governamentais. O autor assegura, ainda, que o Poder Judiciário e os tribunais administrativos, ao observarem apenas as regras jurídicas, vêm sucessivamente negligenciando essa falha de mercado — assimetria da informação —, validada a partir do permissivo legal estabelecido pelo regulamento brasileiro das licitações e contratos.

É impressionante como o tema da informação (ou falta dela) é negligenciado pelo Direito brasileiro, quer seja pela legislação ou (o que parece mais grave) pelos seus aplicadores. O Poder Judiciário em geral, e os Tribunais de Contas em particular, vivem em um mundo que não existe mais. Internalizam as regras jurídicas como se operássemos em um ambiente ideal pensado pelos doutrinadores neoclássicos do século XIX. Um mundo onde teríamos informação perfeita, racionalidade absoluta, contratos completos e ausência de custos de transação.<sup>10</sup>

Em sintonia com Nóbrega, Caliendo já apontava para essa distorção de mercado em que o mercado jamais conseguiria alocar de forma eficiente os bens demandados (*market failure*); senão vejamos:

Informação assimétrica (*informational asymmetry*) ou problemas de informações decorrentes da natureza de determinadas operações ou bens. Tal situação ocorre especialmente quando determinado agente detém informações privadas que não estão disponíveis de modo integral para outros agentes ou consumidores. Assim, por exemplo, no caso da contratação de um mecânico ou corretor na bolsa, o consumidor não dispõe de informações suficientes para determinar se o contrato está sendo cumprido de modo satisfatório ou não. Outras classes de bens que possuem estas características são os bens públicos (*public goods*); recursos comuns (*common resources*) e bens escassos (*scarce goods*).<sup>11</sup>

Clarificado está que o mercado de compras governamentais, ao sujeitar-se ao princípio da livre concorrência, está sujeito às falhas de mercado intrínsecas

---

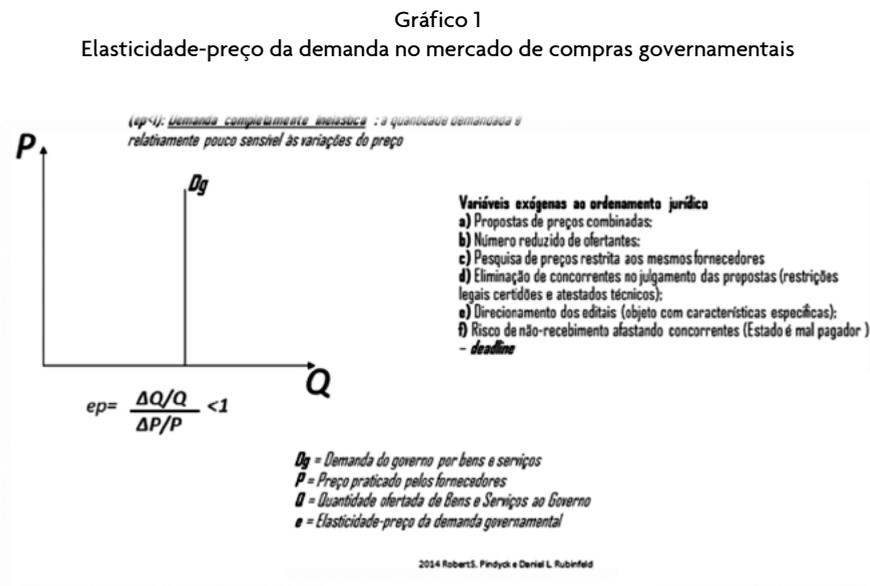
<sup>10</sup> NÓBREGA, Marcos. *Direito e Economia da Infraestrutura*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2019. p. 2.

<sup>11</sup> Paulo Caliendo, *Direito tributário e análise econômica*, op. cit., p. 76.

ao sistema capitalista de produção e comércio, pelo que nas seções seguintes iremos demonstrar o *modus operandi* dos cartéis nos certames licitatórios e como empresas e agentes do governo agem em conluio para perpetrar as fraudes que garantem a “legalidade” das contratações às expensas do velho estatuto das compras públicas.

### 1.1 A teoria dos jogos e a formação dos cartéis no mercado de compras governamentais

Para clarificar o comportamento das empresas no mercado de compras governamentais e formação dos cartéis, se faz necessário um esforço didático a partir da demonstração do conceito de “elasticidade-preço da demanda” o qual irá influenciar diretamente na proposição a ser apresentada no gráfico 1:



Fonte: Gráfico adaptado pelos autores a partir do modelo econômico de elasticidade da demanda.

O gráfico demonstra que a demanda do governo por bens e serviços é completamente inelástica, vez que o governo continuará comprando uma quantidade fixa de bens e serviços independentemente do preço apresentado

pelas empresas licitantes. Estabelecido esse corolário da ciência econômica, poder-se-á aplicar a teoria dos jogos para demonstrar que as empresas, ao acudirem a um chamamento do governo para fornecerem algum bem ou serviço, na maioria das vezes atuam de forma colaborativa entre si para evitar uma competição acirrada, eliminando os efeitos positivos do princípio da concorrência insculpido na lei de licitações e contratos.

Em um processo licitatório com apenas duas ou três empresas para um determinado objeto (caso comum em pregões), inicialmente a empresa A irá elevar seu preço permitindo que a empresa B ganhe o certame, o que inicialmente pode parecer um despropósito, já que o objetivo de qualquer empresa é sempre ganhar o certame, porém considerando que as empresas participam de diversos certames oferecendo os mesmos tipos de objeto, a empresa B em uma segunda rodada irá elevar seus preços permitindo que a empresa A ganhe. Essa atuação conjunta leva a uma outra distorção de mercado denominada cartelização, expurgando da competição os demais concorrentes, ou seja, aqueles não possuem grandes margens competitivas e nem ganho de escala, ou não conseguem operar no médio prazo com preços negativos ou preços abaixo da linha de custos operacionais. Neste caso, os jogos cooperativos são prejudiciais ao demandante, vez que os preços de aquisição se mantêm acima dos preços médios de mercado.

No mundo real esse jogo é largamente conhecido como “propostas de cobertura”, usadas frequentemente para validar a regra concorrencial e enquadrar o processo de compra nas exigências previstas no artigo 45, inciso I, da lei de licitações e contratos, ou em se tratando da modalidade pregão, no artigo 4º, inciso X, de tal forma que a estratégia de validação se repetia independentemente de qual fosse a modalidade licitatória a ser aplicada nas aquisições. Pelo que ficou constatado, na mesma ilustração, que o velho regulamento das contratações públicas não logrou abarcar, nem tampouco organizar as relações de mercado a que se propôs. Senão vejamos o dispõem as Leis nº 8.666/93<sup>12</sup> e nº 10.520/2002<sup>13</sup> que, até então, regulamentam e estruturam o jogo.

---

<sup>12</sup> BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm). Acesso em: 10 jan. 2022.

<sup>13</sup> BRASIL. *Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002*. Institui modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 jul. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110520.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm). Acesso em: 10 jan. 2022.

Ressalta-se que o novo marco regulatório das licitações (Lei nº 14.133/2021),<sup>14</sup> apesar de trazer como inovação o critério de “maior desconto”, ainda mantém as mesmas regras de jogo fundamentadas em lances e menor preço para declaração do vencedor.

Constatado que todos os ofertantes conhecem as regras e critérios estabelecidos pelo demandante por meio do edital de chamamento e são capazes de trocar informações entre si antes do início do jogo (sessão pública de licitação), o que os leva a fazer movimentos cooperativos (combinando previamente os lances ou ajustando previamente os valores das propostas de preços) para determinar quem sairá vencedor da avença, podendo inclusive distribuir, por meio da barganha ou da trapaça,<sup>15</sup> os certames de forma hegemônica, determinando que empresa será contemplada com um naco da demanda governamental, como bem asseverou Luciano Benetti Timm:

De acordo com a teoria da barganha, em um jogo cooperativo, como é o acordo privado, as partes irão cooperar na tentativa de direcionar o bem ou o serviço à parte que o valorize mais. Isto ocorrerá contanto que as partes concordem com o montante de saldo positivo a ser dividido entre elas. Em relações negociais de curto prazo, as partes tendem a não considerar as diversas consequências de suas atitudes (principalmente quando não existirem sanções informais, como à reputação ou lista de devedores). Pelo fato de a outra parte ser capaz de prever esta estratégia dominante (faltosa), ela pode evitar a realização do negócio.<sup>16</sup>

Do escólio do professor Luciano Timm se conclui haver um jogo cooperativo no mercado de compras governamentais que ocorre quando os participantes podem negociar contratos vinculativos de cumprimento obrigatório entre si, o que lhes permite planejar estratégias em conjunto para fraudar o sistema estabelecido pela lei de licitações.

Pelo que fica demonstrado que os regulamentos de compras governamentais ainda se fundamentam no já superado modelo de preço de equilíbrio, no qual supostamente as empresas tenderiam a uma disputa de mercado “saudável” onde sagrar-se-ia vencedora aquela que oferecesse o bem ou serviço para o governo com o menor preço possível, atingindo-se dessa forma

---

<sup>14</sup> BRASIL, *Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, *op. cit.*

<sup>15</sup> Prática corriqueira entre empresas cartelizadas que acodem aos certames licitatórios é a do pagamento de uma certa “taxa de desistência” paga aos demais partícipes do certame para que estes desistam de oferecer lances ou sequer participem da sessão de licitação.

<sup>16</sup> TIMM, Luciano Benetti. *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 24.

o preço de equilíbrio entre os ofertantes e a administração pública agora sujeita às regras do já superado modelo de preço de equilíbrio ou *market-clearing*.

## 2. A fragilidade do instituto das contratações públicas brasileiro e a institucionalização das práticas de fraude e corrupção

Os princípios norteadores das contratações públicas no Brasil insculpidos no artigo 3º da Lei nº 8.666 de 1993<sup>17</sup> sempre estiveram restritos ao alcance dos princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, assim como os resultados almejados e atingidos nos certames licitatórios estiveram presos à busca do atendimento do critério de menor preço, propiciando um campo fértil para a consecução de fraudes e corrupção de toda sorte amparadas na exploração das fragilidades existentes naquele regramento jurídico.

Da simples observação do estatuto, que, de fato, ainda rege as compras governamentais até 1º de abril de 2023, pode-se abstrair a facilidade com que os cartéis manipulam as licitações afastando os demais concorrentes dentro da mais completa “legalidade”, vez que o princípio da publicidade — um dos grandes indicadores de ilegalidade — poderia ser cumprido apenas com a divulgação da minuta do edital em *Diário Oficial* (quase nunca lido) e a publicação em jornal de grande circulação, cuja definição — jornal de grande circulação — é ainda hoje desconhecida de todos. De outra banda, os princípios da moralidade e impessoalidade, por serem de difícil interpretação, quando utilizados como sustentação em processos acusatórios, são facilmente derrubados pelas defesas dos acusados. Por fim, o princípio da legalidade, que nos casos reais se constitui basicamente na exigência de certidões, atestados de capacidade técnica e cumprimento de prazos editalícios, é talvez o mais utilizado pelos cartéis e agentes governamentais corruptos para “legalizar” a prática de fraudes em todas as instâncias governamentais, possibilitando a corrupção de primeira e segunda ordem.<sup>18</sup> Desprovido de princípios

---

<sup>17</sup> BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal. *op. cit.*

<sup>18</sup> A corrupção de primeira ordem ocorre quando agentes públicos responsáveis pelas aquisições governamentais manipulam o resultado dos certames em favor das empresas cartelizadas. A corrupção de segunda ordem ocorre quando membros do alto escalão das Cortes, sejam

fundamentais ao disciplinamento da ordem econômica, o estatuto dos contratos administrativos que regula o mercado de compras governamentais acaba por conduzir os agentes públicos responsáveis pelas aquisições de bens e serviços, e até mesmo os do alto escalão dos tribunais as quais cabe decidir sobre a legalidade dos atos e fatos, à aplicação da norma jurídica ao mero arbítrio e quase sempre em benefício dos cartéis.

Há que se destacar, ainda, o critério do menor preço, constante do texto do artigo 65 da lei de licitações, que há muito vem sendo usado como instrumento garantidor das práticas de cartel nas compras governamentais, vez que as empresas cartelizadas se utilizam desse regulamento para afastarem seus concorrentes; o que no mercado aberto se constituiria como prática de *dumping*, no mercado de compras governamentais acaba sendo “legalizado” pela administração. O leitor poderia imaginar que os cartéis de alguma forma não poderiam operar para sempre com preços abaixo da linha de custos, mas o que ocorre na prática é uma combinação de preços mínimos para garantir o contrato e logo a seguir a elevação do valor contratual pela inclusão de termos aditivos de valor permitidos em lei, vez que lei permite acréscimos de até 50% nos valores inicialmente avençados.

Tal critério — o de menor preço — é um tema que ainda carece de discussão mais aprofundada, posto que foi mantido pela nova lei de licitações e contratos; porém, importa ressaltar que o princípio da eficiência insculpido no artigo 37 da carta magna nacional vem sendo paulatinamente negligenciado pela administração pública em benefício do critério de menor nas compras governamentais, dada a ocorrência de sucessivos termos aditivos na execução dos contratos, o que não se coaduna em nenhum momento com o princípio da eficiência.

Até a promulgação da Lei nº 14.133/2021,<sup>19</sup> não havia no ordenamento jurídico pátrio norma geral que admitisse o conteúdo eminentemente de direito econômico da matéria, restando aos operadores do direito a discussão no âmbito do direito penal utilizando-se dos frágeis princípios do direito administrativo — legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência e publicidade — para perpetrar o combate às fraudes e corrupção nas compras governamentais.

---

administrativas ou judiciais, exararam decisões que validam os ilícitos e as fraudes cometidas em primeira ordem.

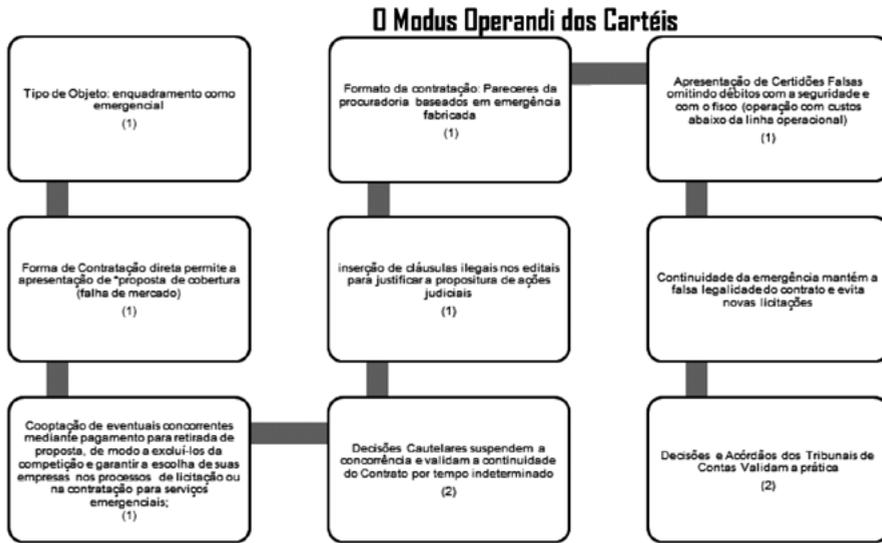
<sup>19</sup> BRASIL, *Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, Lei de Licitações e Contratos Administrativos, op. cit.*

### 3. Uma análise do *modus operandi* dos cartéis nas compras governamentais sob a égide da Lei nº 8.666, de 1993

Como ficou demonstrado no capítulo anterior, em geral os cartéis se aproveitam do próprio ordenamento jurídico das licitações para engendram suas práticas desleais de mercado, atuando sempre da mesma maneira nos dois *fronts* que compõem o processo de compras governamentais: a eliminação de concorrentes e a corrupção dos agentes que representam o Estado como demandante e, em última instância, como órgãos julgadores dos certames. Note-se que o Estado é, de uma banda, comprador de bens e serviços, quando a administração pública realiza aquisições de produtos das empresas existentes no mercado, e nesse caso dita as regras da compra por meio do uso da lei de licitações. E, de outra banda, o julgador podendo definir a empresa que irá obter o sucesso no certame, o que permite a cooptação de seus agentes, os quais podem estruturar na forma da lei o procedimento que irá garantir a manutenção das práticas de fraude e corrupção, inclusive junto do alto escalão dos órgãos julgadores, que garantirão o sucesso dos cartéis. Esta posição *sui generis* do Estado no mercado de compras governamentais como consumidor e julgador cria uma condição de mercado que foge ao controle do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e às regras já pacificadas pelo código do consumidor entre ofertantes e demandantes, o que abre um questionamento há muito negligenciado pelo ordenamento jurídico das licitações.

Aqui apresentamos uma simplificação do *modus operandi* dos cartéis no mercado de compras governamentais, evidenciando que todas as atividades ilícitas perpetradas por empresas e agentes governamentais ocorrem sob a falsa legalidade permitida pelos regramentos insculpidos na Lei nº 8.666/1993.

Figura 1  
 O *modus operandi* dos cartéis<sup>20</sup> no mercado de compras governamentais segundo a Lei nº 8.666/1993



(1) Corrupção de Primeira Ordem  
 (2) Corrupção de Segunda Ordem  
 Fonte: *Vision law* elaborado pelos autores.

O *vision law* anterior demonstra que houve um avanço nas atividades de controle e garantia dos contratos pelas empresas cartelizadas com a inclusão do alto escalão, das cortes administrativas e judiciais, que se mostraram sujeitos à cooptação quando chamados a julgarem os processos de contratações públicas, o que demonstra a ampla atuação dos cartéis, inclusive no âmbito dos tribunais administrativos e judiciários.

A partir da identificação do *modus operandi* dos cartéis nas compras públicas, as operações policiais foram intensificadas no Brasil, em especial nas administrações estaduais e municipais que são mais suscetíveis ao assédio das empresas cartelizadas. Todavia, tais operações não diminuíram o ímpeto das empresas em se apropriar dessa falha de mercado não reconhecida pelo regulamento pátrio. Na próxima seção será demonstrada a ação da

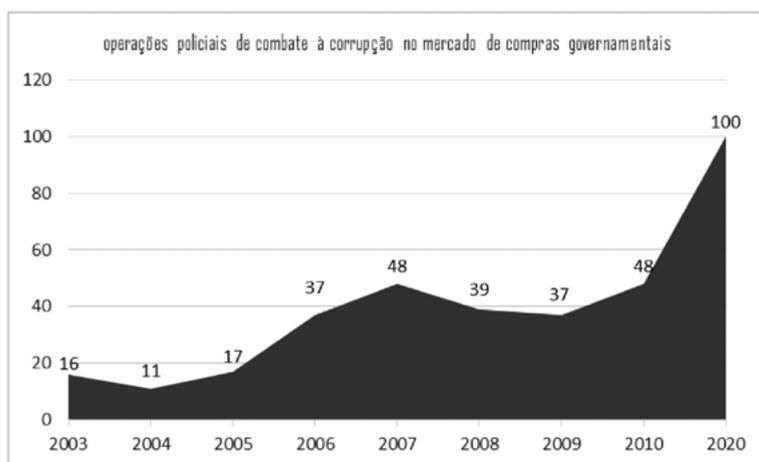
<sup>20</sup> Estrutura baseada nos artigos: *Compliance as a tool to fight cartridge Creation in public bidding and corruption; Emerson Borges at all; Meritum 2020 e; Fighting or supporting corruption? The role of public sector audit organizations in Brazil; Critical Perspectives on Accounting.*

Polícia Federal sobre os cartéis e agentes corruptos e, ao mesmo tempo, a incapacidade legal de contenção das práticas desleais de mercado.

#### 4. As operações policiais e o combate aos efeitos das práticas de cartel no mercado de compras governamentais

No Brasil, as operações policiais de combate à corrupção em processos licitatórios têm se intensificado nos últimos anos, porém um olhar mais acurado sobre os dados consolidados revela que, ressalvado o valoroso trabalho desenvolvido pela Polícia Federal com suporte técnico do Ministério Público, o que se tem combatido são os efeitos e não as causas da corrupção no mercado de compras governamentais. Importa ressaltar que os cartéis, ou organizações criminosas como se convencionou chamar, têm se reproduzido nesse mercado como miríades, sempre utilizando o mesmo *modus operandi*, o que se verifica pelo aumento quantitativo das operações policiais deflagradas nos últimos anos, o que não resultou em uma diminuição das atividades dos cartéis. Senão vejamos:

Gráfico 2  
Evolução das operações policiais de combate à corrupção



Fonte: POLÍCIA FEDERAL. Polícia Federal completa mais de 100 operações contra fraudes relacionadas às ações de enfrentamento à pandemia. *Sítio da Polícia Federal*, 19 jul. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/pf/pt-br/assuntos/noticias/2021/07/policia-federal-completa-mais-de-100-operacoes-contras-fraudes-relacionadas-as-acoes-de-enfrentamento-a-pandemia>. Acesso em: 10 jan. 2022; COSTA, A. T. M.; MACHADO, B. A.; ZACKSESKI, C. (Org.). *Investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos: uma pesquisa empírica no sistema de justiça federal*. Brasília: ESMPU, 2016.

De 2003 a 2010, quando os dados das operações realizadas pela Polícia Federal passaram a ser consolidados e divulgados no site do Departamento de Polícia Federal (DPF), as investigações relacionadas exclusivamente com o combate à criminalidade econômica e corrupção saltaram de 16 para 48, mantendo-se essa média nos anos de 2007 a 2010, sendo este o último ano em que o DPF estratificou os dados relacionados com criminalidade e corrupção, passando a partir de 2011 a apresentar suas operações como um todo. Clarificado está neste recorte temporal que as práticas de corrupção e fraudes nas contratações públicas não diminuíram, ao contrário, se mantiveram constantes.

Quanto ao resultado do estudo levado a cabo pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), chama a atenção o alto índice de arquivamento, pelo Ministério Público, dos processos derivados das operações de combate aos crimes em licitação levadas a cabo pela Polícia Federal. Isto ocorre porque, para determinar o destino da investigação policial, o Ministério Público poderá fazer um pedido de mais diligência, manifestação de denúncia ou arquivamento por entender que não há indício de autoria e materialidade do crime.

Tabela 1  
Percentual de inquéritos policiais de crimes em licitação arquivados pelo Ministério Público em 2012

UF	DENÚNCIA	ARQUIVAMENTO	TOTAL	% ARQUIVAMENTO
SP	6	31	37	83,78%
DF	16	75	91	82,42%
PR	6	25	31	80,65%
PE	7	21	28	75,00%
OUTROS	118	295	413	71,43%

Fonte: A. T. M. Costa, B. A. Machado e C. Zackseski, *Investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos*, op. cit.

Ainda que os dados consolidados pelos pesquisadores sejam de 2012 e, até certo ponto, antigos, importa ressaltar que, já na fase de instrução procedimental do Ministério Público, em média, 70% a 80% dos inquéritos policiais (IPLs) são arquivados por falta de materialidade do crime ou de indício de autoria. Conforme destacam os autores da pesquisa: “Os procuradores

da República participantes (entrevistas e grupos focais) foram unânimes em apontar falhas nas investigações conduzidas por meio dos inquéritos policiais e relatam diferentes impressões quanto aos percentuais de inquéritos concluídos que são devolvidos para novas investigações”.

Um estudo mais atualizado do possível desdobramento das denúncias em ação penal e a tramitação processual no âmbito do Poder Judiciário poderia levar a conclusões óbvias de arquivamento e anulação dos processos, o que só confirmaria haver uma falha na persecução penal em processos derivados de crimes em licitação redundando em ausência de justa causa (materialidade/ autoria).

À guisa de exemplo, inserimos no Gráfico 2 as operações de combate às fraudes em contratações governamentais no ano de 2020 correspondentes à fase mais aguda da pandemia de Covid-19, quando a Polícia Federal voltou a concentrar suas operações no combate à corrupção e à criminalidade econômica. Somente naquele ano, a Polícia Federal contabilizou 100 operações<sup>21</sup> contra desvios de verbas públicas por meio de aquisições fraudulentas de bens e serviços pelos entes públicos, entre as quais destacam-se: *Virus Infection, Placebo, Para Bellum, Sangria, Nudus, TRIS IN IDEM, S.O.S e Desvid-19*. O que demonstra não ter havido um arrefecimento das atividades dos cartéis. Pelo que se conclui que as ações investigatórias ensejadoras da persecução dos atos de corrupção e delitos econômicos em geral tratam da recuperação de prejuízos impostos ao Estado e à sociedade pelas empresas cartelizadas e seus facilitadores e não das causas que levam a esses desvios.

No artigo “O compliance como ferramenta de combate à criação de cartéis em licitações públicas e corrupção”, Emerson Borges de Oliveira, Guilherme Bohac e Nayara Ferras identificam os pontos levantados na peça acusatória da Ação Penal 510-STJ que tratava da Operação Jaleco Branco realizada em sede inquisitorial no estado da Bahia com vistas a combater suposta formação de cartel em processos licitatórios daquele estado, demonstrando que a estrutura montada pelas empresas cartelizadas com o intuito de monopolizarem as contratações naquele estado nada mais é do que uma prática já conhecida pelos economistas como “competição imperfeita”. Senão vejamos o ocorrido na Operação Jaleco Branco:

---

<sup>21</sup> SITE DA POLÍCIA FEDERAL: Polícia Federal completa mais de 100 operações contra fraudes relacionadas às ações de enfrentamento à pandemia. Fonte: <https://www.gov.br/pf/pt-br/assuntos/noticias/2021/07/policia-federal-completa-mais-de-100-operacoes-contras-fraudes-relacionadas-as-acoes-de-enfrentamento-a-pandemia>. Acesso em: 21 fev. 2022.

As licitações, na área de atuação do grupo, eram sempre precedidas de ajuste entre eles para decidir quem figuraria como concorrente e quem venceria o certame, afetando, de modo a extinguir do certame público, a livre concorrência. O vencedor escolhido pela quadrilha, como contraprestação por ter sido contemplado com a contratação junto ao Poder Público, efetuava o pagamento em dinheiro ou a entrega de bens, geralmente veículos, aos empresários concorrentes e aos desistentes do certame.

Desta forma, todos os envolvidos acabavam sendo beneficiados com o contrato público, em maior ou menor valor, a depender do potencial de suas empresas e da participação efetiva para conclusão da fraude.<sup>22</sup>

Para os autores, a prática de cartel nas contratações públicas foi identificada diversas vezes nos últimos anos, o que resultou em uma grande quantidade de operações policiais buscando combater tal ilícito.

Partindo do trabalho realizado pelo autores supracitados, podemos estruturar as práticas de ilícitos e fraudes perpetradas por todos os cartéis quando da sua atuação no mercado de compras governamentais, quais sejam: (a) A combinação de preços havida entre os partícipes do certame ocorre bem antes da sessão de lances, ou do envio dos envelopes de propostas previstos na antiga, mas ainda vigente, Lei nº 8.666/1993 e na sua correlata Lei nº 10.520/2000, ambas com prazo de revogação previsto para 1º de abril de 2023, data a partir da qual as compras públicas serão regidas exclusivamente pelo novo marco regulatório das licitações e contratos administrativos; (b) O reduzido número de ofertantes que acodem ao edital de chamamento da administração para ofertarem seus bens e serviços, na maioria dos certames, facilita a combinação de preços e elimina a possibilidade de uma disputa pelo menor preço, ainda que a lei estabeleça a possibilidade de lances ou ofertas redutoras dos preços iniciais, na prática, o que ocorre — mundo do ser e do dever ser — é um acordo antecipado entre empresas e empresas ou entre empresas e agentes públicos corruptíveis; (c) A pesquisa de preços que se apresentaria no regramento das licitações como uma forma de parametrizar os preços das aquisições governamentais com os preços praticados no mercado fica reduzida aos mesmos fornecedores, não havendo como coibir essa prática de forma legal, vez que a lei não estabelece qualquer restrição da participação dos mesmos fornecedores em diversas pesquisas realizadas pelo

---

<sup>22</sup> OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de; HARO, Guilherme Prado Bohac de; FERRAS, Nayara Iraidy Moraes. O compliance como ferramenta de combate à criação de cartéis em licitações públicas e corrupção. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 15, n. 2, p. 321-339, maio/ago. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i2.8162>.

setor de compras — as conhecidas propostas de cobertura; (d) A utilização do formalismo exacerbado que leva à eliminação de concorrentes no julgamento das propostas com a imposição de restrições legais por meio do direcionamento dos editais, da exigência de certidões e atestados técnicos, que na sua origem intentavam prevenir a entrada de empresas economicamente incapazes de realizar a oferta de bens e serviços à administração pública, acaba por gerar um excesso de legalidade desviando as licitações para resultados pouco eficientes, com a consequente manutenção de preços elevados, pelo que se configura o formalismo exacerbado; e, (e) por fim, a ocorrência do *deadline* — risco de não recebimento — afastando concorrentes que porventura ganhem a licitação e não sejam partícipes do esquema de controle de preços imposto pelas empresas cartelizadas em conluio com os agentes que representam a administração pelo lado da demanda.<sup>23</sup>

Com exceção do *deadline*, todas as demais práticas implementadas pelos cartéis, ainda que facilmente identificadas nas operações policiais de combate à formação de cartel, não chegavam a ser tipificadas pelo código penal e não possuíam o devido tratamento como matéria de direito econômico, restando aos tribunais e aos operadores do direito discuti-las no âmbito do direito administrativo. Assim, por não possuírem o devido tratamento na ordem econômica nacional, as práticas de corrupção e fraude perpetradas contra a lei de licitações por empresas e agentes públicos possibilitavam a obtenção de benefícios legais pelos transgressores no transcórre do processo de julgamento das operações policiais, o que incentivava entrada de novas empresas no sistema de cartelização ou até do retorno das empresas flagradas em tais práticas desleais ao vantajoso mercado de compras governamentais, num infundável ciclo de combate aos efeitos e manutenção das causas.

Neste sentido, disserta Nóbrega:

No campo doutrinário, um olhar para trás aponta que o estudo jurídico da licitação raramente tentou explicar, prever e entender o comportamento dos atores envolvidos nos processos de contratação pública. No mais das vezes, o trabalho dos juristas restou confinado à mera análise descritiva das normas positivadas na lei.<sup>24</sup>

Assim fica demonstrado que a atuação *ex post* de combate à corrupção, ainda que extremamente necessária, não é capaz de mitigar as ações dos

---

<sup>23</sup> *Ibid.*

<sup>24</sup> NÓBREGA, Marcos. *Direito e economia da infraestrutura*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2019. p. 21.

cartéis e evitar a cooptação de servidores públicos. A esse respeito, trataremos dos avanços proporcionados pelo novo marco regulatório das compras governamentais e a novas ferramentas de *compliance*, nela inseridas pelo legislador, com vistas ao exercício deste controle *ex ante* baseado na gestão de riscos.

## 5. A nova Lei nº 14.133/2021 e as três linhas de defesa para o gerenciamento de riscos e controle de fraudes em licitações

Em organizações privadas a corrupção e a fraude são tratadas como riscos do negócio aos quais todas as empresas que disputam o mercado estão sujeitas, sejam desvios de conduta interna, vazamento de informações à concorrência, roubo de dados ou desfalques financeiros. Nelas, as auditorias internas trabalham em conjunto com a área de segurança da Tecnologia da Informação e, em muitos casos, contam ainda com as auditorias externas. Esse combate às fraudes na iniciativa privada é tido como “gestão de riscos”. Tal comportamento no mercado privado demonstra que as fraudes e a corrupção não são um caso isolado do mercado de compras governamentais, mas são, sim, um fenômeno do próprio modelo competitivo de mercado que, se não controlado, pode levar à absorção de custos elevadíssimos em qualquer segmento do negócio, seja pelo lado da demanda, seja pelo lado da oferta (exclusão de fornecedores pelo lado da oferta e elevação de preços dos bens e serviços para o governo enquanto demandante).

Tratar a corrupção como um risco do negócio — falha de mercado — e não como um tipo penal é questão *sine qua non* para mitigar a formação dos cartéis no mercado de compras governamentais, parafraseando o ilustre professor Eros Grau — reconhecer a corrupção como um tipo penal não impedirá que os cartéis se manifestem no mundo real — mundo do ser — a braçadas. A questão que se coloca é: como estruturar um sistema de controle e prevenção — não de combate como se tem hoje — de fraudes e corrupção no setor de compras governamentais nos moldes do mercado privado?

O novo marco regulatório das licitações e contratos, Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, deu um grande passo nessa direção ao incorporar inúmeros princípios e regramentos já consolidados em países como os EUA e parte da Europa, que tratam as suas compras governamentais baseadas em resultados. Nesses países, os bens e serviços adquiridos pelo governo devem ser unicamente aqueles que propiciam algum resultado que possa ser

realmente útil à população. Assim é que o novo ordenamento jurídico das contratações públicas no Brasil expande os princípios do velho e obsoleto Limpe,<sup>25</sup> insculpidos no artigo 3º da Lei nº 8.666/1993 e vastamente difundido nos manuais de direito administrativo para incorporar princípios de mercado ao rígido sistema legalista imposto às compras governamentais em 1993. Senão vejamos:

A nova Lei de Licitações e contratos adota o modelo de *compliance* já amplamente utilizado no mercado privado, ao incorporar ao arcabouço jurídico das contratações públicas os princípios da eficiência e eficácia, planejamento, transparência e segregação de funções, princípios estes que quando trabalhados em conjunto eliminam o formalismo exacerbado e permitem a mitigação da influência dos cartéis sobre a demanda governamental, propiciando a estruturação de um sistema gestão de riscos por meio das linhas de defesa necessárias à mitigação da ocorrência de corrupção nos certames licitatórios.

A Lei nº 14.133, promulgada em 1º de abril de 2021, contempla, em seu artigo 5º, diversas ferramentas, entre as quais destacam-se a eficiência, o planejamento, a transparência, a eficácia e a segregação de funções, todos, colhidos a partir do sistema jurídico dos países que utilizam o *common law* combinado com normativos já presentes na regulamentação infralegal de compras governamentais, porém não incorporados pela lei nº 8.666, de 1993.

Os princípios da eficiência e da eficácia resgatam no mercado de compras governamentais o conceito de custo-benefício dos economistas, dando às avenças firmadas entre o governo e as empresas fornecedoras de bens e serviços a garantia de que os recursos alocados se converterão em benefícios reais à sociedade. Já o princípio do planejamento está relacionado ao nível gerencial, o que possibilitará a redução das compras emergenciais e aquisições desnecessárias ou em excesso.

Por outro lado, a segregação de funções e a gestão por competência, ao reduzir o poder decisório havido nas mãos de uns poucos membros da administração, minimizam a ação dos cartéis sobre agentes públicos sem a devida capacidade de atuar com segurança jurídica nas contratações públicas.

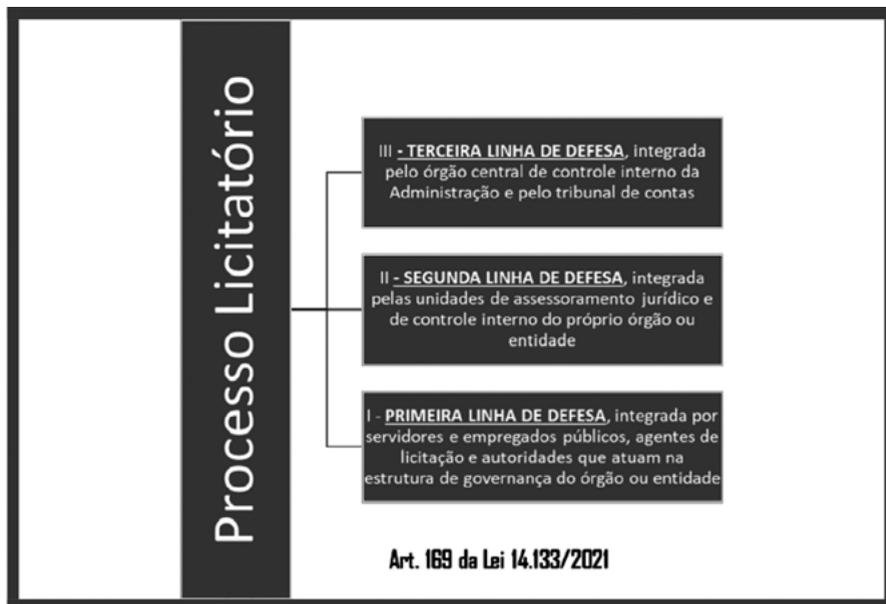
Aqui apresentamos uma simplificação do sistema proposto na Lei nº 14.133/2021, e por ela referenciado como linhas de defesa:

---

<sup>25</sup> Sigla para os princípios comuns da Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Figura 2

As três linhas de defesa para o gerenciamento de riscos e controles de fraudes em licitações previstas na Lei nº 14.133/2021



Fonte: Própria pesquisa, adaptada da Lei nº 14.133/2021.

As linhas de defesa estabelecidas na nova Lei de Licitações e Contratos (LLC) são integradas pelos servidores que atuam na administração, assessoria jurídica, controle interno e controle externo, e visam prioritariamente a consolidação das práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos, de controle preventivo de fraudes e corrupção nos moldes dos mais modernos sistemas de mitigação de fraudes de corrupção já utilizados nos mercados privados.

A primeira linha de defesa, que é de responsabilidade da administração do órgão demandante, tem incorporado aos seus trabalhos o princípio do planejamento, passando a utilizar em seus processos de aquisição de bens e serviços ferramentas como Matriz de Risco e Plano Anual de Contratações. Ferramentas estas que por si só já coíbem a proliferação de contratações emergenciais e a ocorrência de obras paralisadas por indicativo de fraudes em certames licitatórios, e levam ao atingimento de aquisições com maior eficiência e eficácia.

A segunda linha de defesa, por sua vez, resgata o controle prévio de legalidade ao inserir o assessoramento jurídico da administração como responsável pela apreciação de todos os elementos indispensáveis à contratação e com exposição dos pressupostos de fato e de direito (art. 53). Importa ressaltar que na legislação anterior o assessor jurídico funcionava como mero parecerista totalmente dissociado do controle das licitações.

A terceira linha de defesa impõe limites ao poder decisório dos tribunais administrativos mitigando o perigo de dano reverso nas decisões daquelas cortes de contas e, por consequência, reduzindo a chamada corrupção de segunda ordem levada a efeito pelos cartéis. Na prática, os Tribunais de Contas passam a ser órgãos de *compliance* exarando suas decisões fundadas no princípio do interesse público, apresentando alternativas de correções de desvios (impropriedades formais, erros ou falhas) a serem implementadas pela administração, o que, em última instância, eliminaria as chamadas decisões cautelares que viabilizam em sua maioria as contratações emergenciais na forma da lei.

Por fim, os relatórios de informação técnica — peças que compõem a instrução processual necessária à formação do juízo de valor do conselheiro relator que preside o processo de julgamento — deverão apresentar em seu corpo proposições e alternativas de correção de falhas procedimentais nos mesmos moldes dos relatórios das auditorias externas privadas, sendo úteis à orientação e ao bom andamento das atividades de contratação de bens e serviços da administração pública, e, conforme pugnado no artigo 75, de modo a evitar que interesses pessoais e interpretações tendenciosas interfiram na apresentação e no tratamento dos fatos levantados.

Em geral, as decisões cautelares dos tribunais administrativos fundamentadas no *fumus boni iuris* e no *periculum in mora*, e instruídas a partir de relatórios baseados apenas em frágeis indícios de irregularidades, pouco ou quase nenhum efeito surtiam no combate à corrupção; ao contrário, viabilizavam a prática dos cartéis. Por outro lado, as Decisões Terminativas eram vagas ou minimalistas, mostrando-se inúteis à orientação dos órgãos da administração para correção e prevenção de erros futuros nas compras governamentais.

O reposicionamento dos tribunais administrativos como órgãos de *compliance* é um grande avanço na legislação brasileira, posto que esses órgãos são, em última instância, quem na administração pública detém o maior conhecimento e capacidade técnica para propor soluções de gestão de risco ao mercado de compras governamentais.

Outro avanço da nova lei de licitações foi a revogação dos artigos 89 a 108 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que tratavam de crimes em licitações, e a inclusão do Capítulo II-B do Título XI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), corrigindo uma falha no processo de fiscalização dos contratos firmados entre a administração pública e as empresas fornecedoras de bens e serviços, acrescentando 12 tipos penais ao código penal, todos correspondentes à prática de corrupção, restando ao código de licitações apenas regular o regime jurídico aplicável às licitações e contratos administrativos, sem prejuízo da punição daqueles que cometerem ilícitos na condução e julgamentos dos processos licitatórios. Tal reposicionamento impede que as cortes administrativas atuem como tribunais judiciais, reduzindo a influência dos cartéis sobre seus magistrados.

## Conclusão

A baixa probabilidade de condenação em processos derivados de crimes em licitações é o elemento preponderante para a continuidade das práticas de corrupção de primeira e segunda ordem. Assim, a opção pela corrupção é sempre racional pois implica a comparação entre a vantagem obtida com a prática de ilicitudes (fraude ou trapaça) com o cálculo da probabilidade de prisão, de condenação e, finalmente, da severidade da pena.

As operações deflagradas pela Polícia Federal, a exemplo da Operação Jaleco Branco, a maioria com suporte técnico da Controladoria-Geral da União e do Ministério Público, alicerçaram sua tese no mesmo modelo investigatório e de instrução processual, por meio do qual se identificava a ocorrência de ofensa aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade para configurar a ocorrência da prática de cartelização nas compras governamentais.

Assim, como não se atacava o cerne da questão, a oferta de bens ou serviços para os governos municipais e/ou estaduais voltava a ser controlada por um novo grupo de fornecedores, os quais em alguns casos se constituíam de empresas criadas pelos mesmos sócios ou parceiros daquelas que caíram em desgraça nas operações policiais. Quase sempre com nomes impactantes, as operações policiais demonstraram que o arcabouço jurídico pátrio possuía uma incapacidade de identificar a prática de corrupção e fraude como um desequilíbrio de mercado a ser combatido com ferramentas de *compliance* mais consistentes. Pelo que algumas restaram demolidas no âmbito do Poder

Judiciário, não impedindo que os cartéis se reproduzissem à sombra da velha e obsoleta Lei de Licitações.

A lição que se tira das operações policiais de combate à cartelização é a falta, no ordenamento jurídico brasileiro, de um conjunto de leis e regulamentos que estejam integrados da realidade econômica, capazes de mitigar o alto custo da desonestidade pago pela sociedade em função da competição imperfeita existente no mercado de compras governamentais.

A nova Lei de Licitações e Contratos surge para equilibrar os efeitos da concorrência imperfeita existente no mercado de compras governamentais implementando ferramentas já conhecidas dos países estrangeiros e do mercado privado, como o controle prévio de legalidade, o planejamento das contratações e a matriz de risco nos contratos de aquisições de bens e serviços para o poder público, impondo garantias legais à gestão de risco e ao *compliance*.

## Referências

BRASIL. *Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021*. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 01 abr. 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.133-de-1-de-abril-de-2021-311876884>. Acesso em: 10 jan. 2022.

BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm). Acesso em: 10 jan. 2022.

BRASIL. *Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002*. Institui modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 jul. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110520.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm). Acesso em: 10 jan. 2022.

CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier Brasil, 2009.

COSTA, A. T. M.; MACHADO, B. A.; ZACKSESKI, C. (Org.). *Investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos: uma pesquisa empírica no sistema de justiça federal*. Brasília: ESMPU, 2016.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

HUNT, E. K. *História do pensamento econômico*. 2. ed. [S.l.]: Campus, 2005.

LINO, André Feliciano et al. Fighting or supporting corruption? The role of public sector audit organizations in Brazil, *Critical Perspectives on Accounting*, v. 83, 2022, <https://doi.org/10.1016/j.cpa.2021.102384>.

NÓBREGA, Marcos. *Direito e economia da infraestrutura*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2019.

OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de; HARO, Guilherme Prado Bohac de; FERRAS, Nayara Iraidy Moraes. O compliance como ferramenta de combate à criação de cartéis em licitações públicas e corrupção. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 15, n. 2, p. 321-339, maio/ago. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i2.8162>.

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. Tradução Daniel Vieira. 8. ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2013.

POLÍCIA FEDERAL. Polícia Federal completa mais de 100 operações contra fraudes relacionadas às ações de enfrentamento à pandemia. *Sítio da polícia federal*, 19 jul. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/pf/pt-br/assuntos/noticias/2021/07/policia-federal-completa-mais-de-100-operacoes-contrafraudes-relacionadas-asacoes-deenfrentamento-a-pandemia>. Acesso em: 10 jan. 2022.

TIMM, Luciano Benetti. *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Editora Atlas, 2012.