



ARTIGO

Comportamento dos mercados e desafios para o controle das licitações e contratações públicas

* *Antônio Carlos dos Santos*

* *Élida Graziane Pinto*

“MADAME NATASHA¹

Madame Natasha aposentou-se depois de trabalhar 35 anos numa empreiteira. Ela torce para que a investigação do propinoduto dos transportes paulista provoque o banimento da palavra “consórcio” na designação de empreitadas de obras públicas.

Ela sabe que nove em dez “consórcios” são montados para diluir a competição entre as empresas. Ela não tem esperança de que essa prática mude, apenas defende o idioma.

1. Introdução

A nota do jornalista Elio Gaspari, sempre arguto e inteligente, nos leva à reflexão sobre as recentes notícias que têm dominado os jornais sobre o comportamento dos mercados e dos agentes econômicos em interação com o Poder Público. Assim como nos propõe o desafio de municiar a Administração Pública de meios efetivamente capazes de fazer frente aos seus efeitos perversos.

Eis, logo de saída, o duplo norte que buscamos abordar: (1) a lógica que alimenta o comportamento dos mercados para (2) identificar como melhor intervir de modo a tolher condutas danosas ao erário e a fomentar as práticas desejáveis nas contratações feitas pela Administração Pública.

¹ ELIO GASPARI - *in* Folha de São Paulo, 11/08/2013, pg. A-16.



ARTIGO

Fato é que o Estado não só precisa negociar com os agentes econômicos como consumidor e, por vezes, como fornecedor de bens, serviços e obras, mas também deve operar como instância superior – e tanto quanto possível neutra – de coordenação e controle, em prol do equilíbrio sistêmico da economia. Esta função estabilizadora, aliás, viabiliza as demais perspectivas alocativa e distributiva da ação governamental².

Nesse sentido, extraímos do art. 170 da Constituição de 1988 a convicção de que regular – direta ou indiretamente – o comportamento dos mercados é atividade incumbida ao Estado para que sejam atendidos princípios como a soberania nacional, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor e do meio ambiente, entre outros. Eis, portanto, o assento constitucional para o papel regulador das licitações inscrito no art. 3º da Lei Geral de Licitações, sobretudo após o advento da Lei nº 12.349, de 2.010, e no regime mais benéfico previsto na Lei Complementar nº 123, de 2.006.

Sob tal ótica ampliada, as licitações podem e devem ser manejadas como instrumento de regulação³ indutiva⁴ das condutas juridicamente⁵ desejáveis do mercado (como o

² Segundo Richard Musgrave, a função *alocativa* configura-se pelo fornecimento de bens públicos ou por meio do “processo pelo qual a totalidade dos recursos é dividida para utilização no setor público e no setor privado, e pelo qual se estabelece a composição do conjunto dos bens públicos”. A função *distributiva*, por sua vez, concerne aos “ajustes na distribuição de renda e riqueza para assegurar uma adequação àquilo que a sociedade considera como um estado ‘justo’ ou adequado de distribuição”. A função *estabilizadora* caracteriza-se pelo uso da política orçamentária visando à manutenção de objetivos macroeconômicos, como níveis de emprego elevados, estabilidade de preços, taxa adequada de crescimento econômico e estabilidade na balança de pagamentos (MUSGRAVE, Richard; MUSGRAVE, Peggy. *Finanças públicas: teoria e prática*. São Paulo: Edusp, 1980, p. 6).

³ Nos termos em que vem sendo suscitado pela doutrina (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010, p. 493; GARCIA, Flávio Amaral. *A Lei Complementar nº 123/06 e o seu impacto nas licitações públicas*, In: *Licitações e contratos administrativos – casos e polêmicas*, Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Juris, 2009, p. 67-69; e FERRAZ, Luciano. Função regulatória da licitação. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 19, ago/set/out 2009. Disponível no endereço:



ARTIGO

fomento às micro e pequenas empresas, ao desenvolvimento e à inovação tecnológica realizados no país, à geração de emprego e renda etc) e do terceiro setor⁶.

Mas não basta falar em “papel regulador”⁷ das licitações, sem que também o estendamos ao controle externo, na medida em que são os órgãos reguladores e fiscalizadores, como os Tribunais de Contas, que materializam, na prática, o alcance de quais seriam as condutas admitidas e quais as vedadas nas contratações públicas.

É preciso compreender as mecânicas conjunturais da nova economia, pois os agentes econômicos tendem, por natureza, a ser reciprocamente cooperativos e a fazer acordos para mitigar a competição entre eles, desafiando a economicidade do ajuste em desfavor dos consumidores e da sociedade. Diante de tal tendência, somos forçados a antecipar conclusão no sentido de que, diferentemente do resultado esperado pelo legislador, mapas de preços de pesquisa de mercado com outras empresas do próprio mercado local não se prestam a comprovar a independência objetiva e a materialidade fática da cotação feita.

A hipótese que pretendemos testar e, ao final, comprovar é a de que, com o advento da *internet*, a Administração Pública e os seus respectivos órgãos fiscalizatórios podem

<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-19-AGOSTO-2009-LUCIANO-FERRAZ.pdf> e
acessado em 23 de setembro de 2013).

⁴ Tal rota de indução é consonante com o teor meramente indicativo do planejamento estatal nos termos em que o art. 174 da Constituição Federal predispõe.

⁵ Vide, a esse respeito, os arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123/2006 e os parágrafos 5º a 13 do art. 3º da Lei 8.666/1993.

⁶ Essa, aliás, foi a linha-mestra do voto-vista do Ministro Luiz Fux na ADI 1923, que analisa a constitucionalidade da Lei 9.637/1998, a qual dispôs sobre as organizações sociais e seu regime de parceria com o Estado, na forma dos contratos de gestão.

⁷ Papel esse fortalecido pela nova redação do art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993, dada pela Lei nº 12.349, de 15/12/2010.



ARTIGO

e devem desenvolver novas formas ampliadas de coleta de preços e análise de custos como variáveis exógenas ao processo de licitação e contratação pública em análise. Exemplificamos nossa proposta, logo de saída, com a experiência de formação de preços das empresas aéreas, os quais são disponibilizados em função de variáveis com alta/baixa temporada, reserva antecipada, rota, equipamento etc.

Consideramos, de plano, ser possível que esses mesmos padrões sejam desenvolvidos para revelar, em macrorregiões, os custos e os preços, por exemplo, de mochila de uniforme escolar, notebook, concreto usinado, metro quadrado de construção de moradia popular, homem/hora de serviço de limpeza, segurança e serviços gerais, dentre outros.

Assim como a Lei nº 8.666, de 1.993, foi alterada tendo em mira o alcance de tal função regulatória das licitações e contratações públicas, também os órgãos de controle precisam reorientar o foco da sua atuação priorizando o controle de custos e o controle concomitante, ao invés da tradicional abordagem formal e posterior. Diante da imensa complexidade na nova economia, exames prévios, auditorias operacionais, acompanhamento de gestão se mostram mais eficientes do que exames posteriores à sua execução. Esses são os caminhos que nos são abertos como desafios prementes, como veremos a seguir.

2. Realidade oligopolista e o desafio de controlar a mitigação da concorrência

Neste capítulo, retomamos a lição econômica para conhecer e enfrentar a realidade dos mercados, a qual, se for deixada por si só, é tendente a refutar a mais ampla e



ARTIGO

isonômica competição e a ensejar ajustes que frustram os fins almejados pela Lei Geral de Licitações e pela própria Administração contratante.

Pois bem, sabemos que há dois extremos nos mercados: num deles, está o monopólio, no qual apenas uma empresa vende um bem e não existem produtos similares substitutos. Em tal cenário, o agente econômico, como único produtor, pode se beneficiar de seu controle sobre o preço e quantidade a ser produzida, de maneira que os lucros diferem daqueles que seriam obtidos em mercado competitivo. Em geral, a quantidade de produção do monopolista será menor que o nível ótimo e seu preço será maior do que aqueles praticados em mercados competitivos.

No outro extremo está a concorrência perfeita, na qual muitas firmas vendem bens e serviços que são perfeitamente substitutos entre si. A principal característica de tal mercado de ampla concorrência é a impossibilidade de os agentes econômicos criarem situações para geração de lucros extraordinários. Os mercados de produtos agrícolas, na maioria das vezes, chegam perto de ser perfeitamente competitivos.

Ocorre, contudo, que tanto a concorrência perfeita, quanto o monopólio puro são modelos teóricos. A realidade econômica indica existir algum tipo de competição e outro tanto de domínio de moldes monopolistas. A evidência dos fatos nos ensina, em suma, que o que prevalece no mundo ocidental (incluído o Brasil) é o mercado oligopolista.

Nos oligopólios há poucas firmas, de modo que cada uma se preocupa com a reação das rivais a qualquer política que adote. Se um oligopolista reduz seu preço, teme que seus rivais façam o mesmo e assim não obterá vantagem competitiva alguma e ainda terá suas margens de lucro deterioradas. Pior ainda, um competidor pode reagir a uma



ARTIGO

redução de preço lançando o setor num cenário indesejável a todos os partícipes, qual seja: a guerra de preços. Diferentes oligopolistas se comportam de modos diferentes e estão sempre divididos entre cooperar e competir com as demais empresas do setor.

Por conseguinte, o oligopolista sempre pensa estrategicamente: “entrar em conluio ou competir?” Se não pode haver um conluio explícito (por força de legislações restritivas), como reduzir a eficácia da competição adotando, por exemplo, práticas restritivas? Como barrar a entrada de novos concorrentes? Como os rivais reagirão às suas ações?

A noção fundamental ligada ao oligopólio é a da interdependência econômica. Se todos os produtores são importantes ou possuem uma faixa relevante do mercado, as decisões sobre preço e produção são interdependentes, visto que as medidas adotadas por uma empresa influem no comportamento das demais do setor. Em síntese, o comportamento do produtor oligopolista é marcado por decisões estratégicas.

Abstraindo-se de qualquer juízo de valoração ético-legal, as empresas oligopolistas encontram mais razões para cooperar (frustrando os interesses dos consumidores e da sociedade) do que para competir, como seria ideal.

Reunidas em câmaras setoriais, em sindicatos patronais ou mesmo em reuniões sociais, as empresas oligopolistas coordenam-se para agir em conluio, atuando como se fossem monopólios e dividem os lucros que daí resultam. A prevalência do conluio ou colusão entre grandes empresas é fenômeno que foi registrado, de há muito, pelo precursor da moderna economia Adam Smith⁸: “*Pessoas do mesmo negócio raramente*

⁸ A Riqueza das Nações (1776), Livro I, Capítulo 10, parte II.



ARTIGO

se encontram, mesmo para alegria e diversão, mas a conversa termina em conspiração contra o público ou alguma maquinação para aumentar preços”.

É da essência do mercado estruturado em oligopólios a cooperação entre firmas, visando enfrentar grandes empreendimentos ou empreitadas de elevada complexidade. Nessa esteira é que Madame Natasha, citada pelo jornalista Elio Gaspari, tem razão quando aponta a possibilidade de consórcio assentida pela Lei Federal nº 8.666, de 1.993 (artigo 33), como mais uma forma facilitadora da cooperação entre empresas, em detrimento da concorrência.

Fato é que – quer a legislação tolere níveis de associação entre firmas como os consórcios, quer as abomine – surgem com grande evidência as formas abusivas de concertação praticadas nos mercados, a saber: o truste e o cartel.

De um lado, temos o truste, a envolver arranjos societários que visam aumentar o poder econômico do agente e trazer, no mais das vezes, restrições à competitividade, na medida em que fusões, aquisições de controle acionário de concorrentes, incorporações, acordos operacionais, práticas de vendas casadas, dentre outras, levam à excessiva concentração de mercado.

Do outro, o cartel, que funciona como grupo de empresas que opera em conluio (ou seja, em acordo para prejudicar ou extrair vantagem ilícita), revestindo-se de estrutura de organização, formal ou informal, de produtores dentro de um setor, que determina o volume a ser produzido e a política de preços para as empresas que o compõe. Ele se caracteriza, pois, pelo reconhecimento da interdependência das empresas oligopolistas de determinando setor que, agindo como monopolistas, tendem se unir e a maximizar seus lucros através da fixação de cotas de produção e preços entre os



ARTIGO

diferentes membros do cartel. São acordos instáveis, considerando que normalmente operam com certa capacidade ociosa, o que incentiva que cada membro do cartel tente burlar os demais.

Além da aludida instabilidade, outro problema enfrentado pelo cartel é o de distribuir o lucro extraordinário entre as empresas participantes. As maiores empresas tendem a pleitear e a receber a maior parcela dos lucros extraordinários, levando à tensa possibilidade de expurgo das empresas menores e à migração do cartel do sistema de oligopólio para o de monopólio.

Fato é que tal busca do lucro extraordinário pelo cartel quando interage com a Administração Pública, via cooperação ou conluio (ajuste esse que é vedado legalmente), materializa-se, no mais das vezes, pelo superfaturamento, em diversas facetas, algumas das quais exemplificamos⁹ a seguir:

- a) Medição de quantidades superiores às efetivamente executadas ou fornecidas;
- b) Má qualidade na execução de obras e serviços de engenharia que resulte em redução na qualidade, vida útil ou segurança;
- c) Pagamento de obras, bens e serviços por preços manifestamente superiores à média praticada pelo mercado ou incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, bem como pela prática de preços unitários acima dessa tendência central de mercado;

⁹ Conforme lição extraída de Silva Filho, Laércio de Oliveira. *Perícias e superfaturamento em obras públicas: o que não vai para o papel*. XII Simpósio Nacional de Auditoria em Obras Públicas – Brasília – DF, novembro, 2008.



ARTIGO

- d) Não manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contratado em desfavor da Administração, por meio da alteração de quantidades (jogo de planilha) e/ou preços (alterações de cláusulas financeiras) durante a execução da obra;
- e) Alteração de cláusulas financeiras, gerando recebimentos contratuais antecipados, distorção do cronograma físico-financeiro, prorrogação injustificada do prazo contratual ou reajustamento irregulares.

Ora, diante de tais hipóteses absolutamente corriqueiras na vida real e na dinâmica dos mercados, não pode a Administração Pública restar inerte, nem tampouco chamar para si apenas o papel de repressora e aplicadora de sanções aos responsáveis por ilícitos já consumados.

É preciso, pois, que reconheçamos a realidade dos fatos, para que, em tendo consciência das nossas atuais limitações normativas e analíticas, enxerguemos onde os órgãos de controle interno e externo da Administração Pública têm sido míopes no alcance de alguns dos principais objetivos almejados pela Lei Geral de Licitações, como o são a mais ampla e isonômica competição e a proposta mais vantajosa para o interesse público.

O desafio é de evitar o abuso do poder econômico por parte das empresas contratadas, na medida em que a livre concorrência – mais do que modelo teórico – é princípio constitucional (art. 170, IV) e não se trata de quimera inalcançável. Como já havíamos suscitado, ela é encontrável no mercado (como, por exemplo, na produção agrícola difusa) e deve ser induzida e fomentada pelo Estado regulador.



ARTIGO

Vale lembrarmos aqui que concorrer é correr junto, é disputar a preferência de quem procura bem ou serviço ofertado. Essa disputa deve dar-se sem estorvo, livre do abuso do poder econômico, como bem enunciado pela Constituição Federal em seu art. 173, § 4º, dispondo que *“a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”*.

Como vimos desde o início, reprimir os cartéis e os trustes, dentre outras práticas oligopolistas nocivas, e fomentar a livre concorrência não é função exclusiva dos órgãos especializados na defesa da ordem econômica propugnada pela nossa Constituição de 1988. Tal mister também se espraia e impacta as licitações e as contratações públicas, as quais – recorrente e infelizmente – sofrem com estratégias predatórias que lesam o erário e mitigam a eficácia e a efetividade das políticas públicas.

Nesse cenário, cabe aos órgãos reguladores e fiscalizadores compreender as mecânicas conjunturais da nova economia. Um exemplo claro de defasagem interpretativa está na constatação feita pela Madame Natasha (célebre personagem linguístico criado pelo jornalista Elio Gaspari) de que a figura dos consórcios (art. 33 da Lei Geral de Licitações) milita contra a ampliação da concorrência, diferentemente do que fora almejado pelo legislador pátrio em 1.993.

Atualmente, com o decurso de 20 anos de sua promulgação, a Lei Federal nº 8.666, de 1993, precisa ser confrontada com a sua atualidade, sem que isso signifique qualquer demérito para todo o seu legado moralizante e padronizador (donde se extraí o seu máximo cuidado com a impessoalidade, a legalidade estrita e a publicidade).



ARTIGO

Na atual quadra da história e da evolução econômica global, forçosamente somos levados a concluir, em um segundo exemplo de necessidade de atualização interpretativa da Lei de Licitações, que aceitar mapas de preços de pesquisa de mercado com outras empresas do próprio mercado revela-se como uma conduta ingênua e pouco eficaz para o fim pretendido.

Enfim, os desafios estão postos nos processos de prestação de contas que chegam cotidianamente para apreciação dos órgãos de controle, mas, para enfrentá-los, precisamos de novas abordagens e instrumentos de resolução dos problemas que eles encerram.

3. Conclusão: desafios para a prática dos Tribunais de Contas

Não se trata de buscar nova legislação, mas uma nova leitura para a sua aplicação. No Estado de São Paulo, por exemplo, a Lei Leiva (Lei estadual nº 9.076, de 2 de fevereiro de 1995) é um caminho para tal releitura. Quando da assinatura do contrato, qualquer variação do cronograma físico-financeiro superior a 10% do contrato original deve ser justificada para este Tribunal de Contas.

Já há instrumento jurídico para analisar o comportamento indevidamente cooperativo dos mercados, o que falta é deslocar a origem das fontes de pesquisa, testar a composição de custos, assim como, em outras sendas, precisamos passar a questionar a eleição das entidades beneficiárias de repasses, a densidade dos seus respectivos planos de trabalho e a justificativa das admissões temporárias, dentre outras nuances. O caminho certamente passa pelo acompanhamento concomitante das licitações e



ARTIGO

contratos, em uma lógica de malha fina de informações e automatização de diagnóstico de falhas.

Fato é que os mercados evoluíram nos últimos vinte anos em suas estratégias de cooperação e conluio, mas os agentes públicos não cuidaram de enfrentar tal linha de comportamento predatório e anticompetitivo.

No que nos afeta em nossas competências constitucionais e legais, consideramos que a prevenção dos casos de frustração do caráter competitivo das licitações e de lesão à economicidade dos contratos administrativos deve ser uma meta proativa dos Tribunais de Contas e não uma constatação *a posteriori* de fatos consumados, com o saldo de dano ao erário a ser perseguido para eventual pretensão de ressarcimento.

Rever os consórcios, como sugerido pela Madame Natasha, é apenas uma ponta de vários *icebergs*. Há inúmeros esforços que podem ser empreendidos em prol da renovação da capacidade de controle dos Tribunais de Contas, quer seja para o controle de preços e custos, quer seja para o controle concomitante da execução contratual. Mas é preciso lembrarmos também que os próprios Tribunais de Contas precisam eleger prioridades na abordagem (ao invés da desgastante e impossível pretensão de controlar tudo), com critérios transparentes e eficazes de amostragem.

A sociedade se moderniza a passos muito largos, as organizações privadas, a par das novas tecnologias, reciclam-se permanentemente e operam em escalas cada vez maiores. Sabemos, enfim, que produtos e serviços disponíveis são cada vez mais complexos e processados em velocidade surpreendentes.

Não pode o Estado, nessa nova economia, principalmente por meio dos seus órgãos reguladores e fiscalizadores, continuar com seus surrados métodos burocráticos e



ARTIGO

ultrapassados, caminhando a passos de cágado para lidar com os sofisticados impasses causados pelos mercados oligopolistas.

Tais órgãos reguladores e fiscalizadores, sob pena de tornarem-se o “ornato aparatoso e inútil” citado por Ruy Barbosa, devem se modernizar, adquirir agilidade, privilegiando o controle prévio ou *ex-ante* e o concomitante ou *pari-passu* em detrimento do controle subsequente ou *a posteriori*, quando o interesse público já foi lesionado.

Em síntese, a Administração e, dentro dela os seus órgãos de controle, precisam reduzir a distância que os separa da sociedade. Atualizar é preciso, até para que possamos aprender com as lições das manifestações de junho último e ir ao encontro do saneamento das situações que nos levam a termos de ouvir calados as considerações do Professor Gaudêncio Torquato¹⁰: ***“A ciência política ensina que Estado e sociedade formam um todo indivisível. A prática mostra que, ao menos entre nós, Estado e sociedade compõem uma dualidade em escancarado desnível. Nosso corpo social anda a passos mais avançados que o esqueleto do Estado. [...] Desse cenário conflituoso emerge a ideia de que a sociedade nunca esteve tão ativa, enquanto o Estado nunca foi tão reativo, lerdo, sem rumo. Seja qual for o espaço da administração, as amostras de ineficiência e incúria se multiplicam.”***

* Antônio Carlos dos Santos é Auditor do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCESP)

* Élica Graziane Pinto é Procuradora do Ministério Público de Contas do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCESP)

¹⁰ Gaudêncio Torquato – O ESTADO NO PICO DA CRISE in O Estado de São Paulo, 06/10/2013, pg.