

EFEITOS CONTRATUAIS DA FORMAÇÃO DE CARTÉIS E COMBINAÇÃO DE PREÇOS NO ÂMBITO DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS: FALHAS DE MERCADO E CONSEQUÊNCIAS PARA AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

CONTRACTUAL EFFECTS OF CARTEL FORMATION AND PRICE
COMBINATION IN THE FIELD OF PUBLIC BIDDING: MARKET
FAILURES AND CONSEQUENCES FOR PUBLIC CONTRACTING
CONSEQUENCES

Paulo Afonso Cavichioli Carmona*
Alexandre Augusto Batista de Lima**

Como citar: CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli; LIMA, Alexandre Augusto Batista de. Efeitos contratuais da formação de cartéis e combinação de preços no âmbito das licitações públicas: falhas de mercado e consequências para as contratações públicas. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 1, p. 188-212, abr. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n1p.188. ISSN: 1980-511X

Resumo: O artigo discorre sobre os efeitos contratuais da formação de cartéis e da combinação de preços para as contratações públicas. A pesquisa tem cunho bibliográfico, documental, de natureza qualitativa, pelas análises realizadas, e exploratória, uma vez que chega a novas percepções, a partir do cotejamento de dados e informações reunidos. A problemática cinge-se a verificar quais são as consequências jurídico-contratuais da cartelização no âmbito dos contratos administrativos. Revela a importância da normatização inerente à proteção da livre concorrência para contenção das externalidades de mercado que possam atingir o mercado das contratações públicas. Analisa as relações existentes entre Economia e Direito e os caracteres da Análise Econômica do Direito como metodologia capaz de contribuir para uma maior eficiência da atividade administrativa. Examina a legislação sobre licitações, bem como os reflexos das condutas anticoncorrenciais para o setor público, com enfoque nos contratos administrativos decorrentes de licitações fraudadas. Finalmente, aponta que economia e direito são úteis para minimizar as externalidades decorrentes de atividades que infringem a concorrência no mercado das licitações públicas e que os contratos administrativos decorrentes de condutas ilícitas devem ser considerados nulos, retornando as partes para o *status quo ante* e o poder público ressarcido do prejuízo amealhado.

Palavras-chave: Cartéis. Licitações. Contratos Administrativos.

*Pós-doutorado pela Università del Salento, Lecce, Itália (2020); Doutor em Direito Urbanístico pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC/SP (2012), Mestre em Direito Urbanístico pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC/SP (2006), graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP (1995). Professor Titular de Direito Administrativo e Urbanístico do Programa de Mestrado/Doutorado de Direito e Políticas Públicas e do Mestrado de Arquitetura e Urbanismo do Centro Universitário de Brasília (UNICEUB). Líder do Grupo de Pesquisa em Direito Público e Política Urbana - GPDDPU (UNICEUB). Professor de Direito Administrativo e Urbanístico dos cursos de Especialização da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (FESMPDFT). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico (IBDU), do qual foi Coordenador do Centro-Oeste (mandatos 2013-2017). Foi membro do Conselho Deliberativo do Funpresp-Jud (mandatos 2012-2017). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) desde abril de 2000, atualmente titular da 7ª Vara de Fazenda Pública do Distrito Federal. Membro do IDASAN - Instituto de Direito Administrativo Sancionador.
E-mail: paulo.carmona@ceub.edu.br

**Doutor em Direito e Políticas Públicas Centro Universitário de Brasília (UNICEUB), Programa Interinstitucional com o Centro Universitário UNINOVAFAPI (2020), mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (2016), professor universitário e advogado.
E-mail: alexandreablima@hotmail.com

Abstract: This paper discusses the contractual effects of the formation of cartels and the combination of prices for public contracts. This research has a bibliographic, documentary, qualitative nature, due to the analyzes carried out, and exploratory, since it reaches new perceptions, based on the collection of data and information gathered. The problem is limited to verifying the legal and contractual consequences of cartelization in the scope of administrative contracts. This study reveals the importance of standardization inherent to the protection of free competition in order to contain market externalities that may affect the public procurement market. This paper analyzes the existing relations between Economy and Law and the characters of Economic Analysis of Law as a methodology capable of contributing to a greater efficiency of administrative activity. This research also examines bidding legislation, as well as the effects of anti-competitive conduct for the public sector, with a focus on administrative contracts arising from fraudulent bidding. Finally, it points out that economics and law are useful to minimize the externalities resulting from activities that infringe competition in the public bidding market and that the administrative contracts resulting from illegal conduct must be considered null, returning the parties to the status quo ante and the power public reimbursed for the loss collected.

Keywords: Cartels. Public Bids. Administrative Contracts.

INTRODUÇÃO

O artigo objetivará evidenciar as consequências jurídicas impostas aos contratos públicos e contratantes no caso de combinação de preços por participantes de licitações públicas, bem como analisar os contornos jurídicos conferidos às falhas de mercado no âmbito das contratações públicas e as possíveis consequências negativas que podem advir para a Administração Pública que interfiram na escolha da proposta mais vantajosa, tendo em vista a interlocução entre Direito e Economia.

A formação de consórcios entre empresas é prática permitida no âmbito das licitações públicas, entretanto, algumas formas de combinação de preços, estratégias e condutas que promovam uma elevação excessiva das propostas em prejuízo da Administração podem ser tidas como condutas ilícitas. Esses comportamentos infringem normas constitucionais e infraconstitucionais atinentes à Ordem Econômica, notadamente, concernentes à livre concorrência, e, também, afetam diretamente o interesse público, portanto, devem ser tidos como contrários ao Direito.

Nessa perspectiva, devem-se analisar as principais teorias que fazem uma aproximação entre Economia e Direito no sentido de perscrutar até onde as empresas podem se movimentar no mercado sem que isso acarrete uma conduta de infringência às normas da Ordem Econômica e às regras das licitações e contratações públicas. A investigação teórica ora desenvolvida é exploratória, de natureza analítica. Utiliza-se de abordagem dialético-interpretativa, como forma de investigar teorias afetas à Análise Econômica do Direito e ao Direito Público e Privado, com o intuito de buscar uma orientação sistemática que conduza ao resultado da presente pesquisa.

O método de interpretação é sistemático, analisando-se os institutos jurídicos, a legislação infraconstitucional, em consonância com o ordenamento jurídico-constitucional, a jurisprudência dos Tribunais e decisões dos órgãos de controle de Contas e a doutrina. A técnica de pesquisa empregada é bibliográfica e documental, de modo a extrair argumentos hábeis a elucidar as indagações suscitadas, bem como as principais fontes normativas que incluem a teoria da colusão, das falhas de mercado e das contratações públicas, com seus respectivos contornos jurídicos.

Assim, o texto desta pesquisa desenvolve-se em quatro eixos fundamentais. No primeiro, faz-se uma abordagem sobre o Direito e a Economia, tendo em vista a natureza intrínseca do ser humano e suas interações na sociedade e no mercado. Verifica-se como muito pertinente a aproximação entre o Direito e a ciência do comportamento humano frente à demanda por recursos escassos, i. e., a Economia. No segundo, desenvolve-se uma abordagem acerca da utilização do Direito como uma ferramenta, um instrumento, de correção das falhas do mercado, realizando contraponto entre teorias econômicas e jurídicas das contratações e licitações públicas.

Após, realiza-se a análise das leis de licitações e das modalidades nelas previstas com o intuito de verificar se os procedimentos adotados pela legislação pátria são capazes de prevenir com eficácia as infrações à Ordem Econômica. Na sequência, se analisa, especificamente, a questão dos efeitos das colusões, em especial, da combinação de preços, sob o enfoque das falhas de mercado e dos reflexos nas contratações públicas, o que encerra relevância à abordagem dos objetivos

das licitações e das eventuais condutas ilícitas que podem decorrer de tais ações, em prejuízo do interesse público e da Administração.

Ao final, se pode perceber que o Direito é um importante instrumento de correção das falhas de mercado e, em conjunto com ferramentas de análise econômica, se mostra eficaz no sentido de otimizar o mercado das contratações públicas, para limitar a formação de colusões, “cartéis”, ou práticas de combinação de preços por licitantes, que impliquem em restrição à escolha da proposta mais vantajosa para a Administração Pública e, em favorecimento ilícito de poucos empresários em detrimento da sociedade e do governo.

1 DIREITO E ECONOMIA: O ESTUDO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO – AED

Direito e Economia têm uma relação muito próxima. Em que pese sejam ciências¹ distintas, apresentam uma inter-relação, uma interconexão, posto que as relações econômicas interferem nas relações jurídicas e vice-versa. Neste sentido, muitos fenômenos jurídicos permitem uma análise econômica. De início, é relevante consignar que a Economia é “a ciência que estuda como o ser humano toma decisões e se comporta em um mundo de recursos escassos e suas consequências”. (GICO JR., 2010, p. 08). Assim sendo, esta ciência leva em consideração o comportamento e a interação dos indivíduos entre si e com o mercado, com o objetivo de produção de riqueza.

É importante ressaltar que “o objeto da moderna ciência econômica abrange toda forma de comportamento humano que requer a tomada de decisão”, neste sentido, se mostra relevante a introdução da análise econômica no bojo do Direito e, especialmente, no campo do Direito Administrativo, posto que neste ramo a atuação discricionária da autoridade administrativa é regra, desde sob o manto da juridicidade. (GICO JR, 2016, p. 19)

Diante desse paradigma, se mostra útil o estudo e a aplicação da Análise Econômica do Direito - AED, que se pode conceber como um “campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito”, no contexto das contratações e licitações públicas. (GICO JR., 2010, p. 8).

A Análise Econômica do Direito pode ser desmembrada em duas categorias, a AED positiva e a AED normativa. (GICO JR, 2016, p. 20). No caso aqui contemplado quando se analisa se uma determinada empresa cometeu ou não uma fraude contra o processo licitatório se está

1 Há autores que não concebem o direito propriamente como uma ciência, mas como “a arte de regular o comportamento humano”. (Grifo nosso). (GICO JR., 2010, p. 08). Carlos Ari Sundfeld (2014, p. 129-130), afirma, por sua vez, que o direito não é ciência, mas o objeto de uma ciência, posição esta compartilhada por Eros Grau. (GRAU, 1988, p. 20). De outro lado, concebendo o direito como ciência, Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2014, p. 130) acentua que “a ciência jurídica passa a desenvolver aquela analítica especial, que se preocupa com a exegese das normas não como centro de sua atividade, mas como um dos instrumentos capazes de obter enunciados tecnológicos para a solução de conflitos possíveis. Este caráter tecnológico que a teoria guarda permite, por último separá-la de uma mera compreensão sociológica do Direito que se limita a descrever como se dá o comportamento, pois a finalidade da Ciência Jurídica permanece propiciar orientação para o modo como devem ocorrer os comportamentos procedimentais que visam uma decisão das questões conflitivas”.

diante de uma investigação de AED positiva, ou seja, mera análise de subsunção da conduta praticada com o texto positivado, sem qualquer juízo de valor. Também se estará diante uma AED positiva quando se “descreva ou avalie a eficiência de um determinado instituto, inquirindo sobre as consequências econômicas de diferentes arranjos normativos existentes”. (TIMM; GUARISSE, 2014, p. 159).

Entretanto, quando se perscruta se o conluio entre empresas e a combinação de preços devem ou não ser punidos. Nesse ponto estar-se-á verificando a denominada AED normativa, a busca aí vislumbra o dever ser, sob esta perspectiva se admite definir “a melhor forma de reger comportamentos e interpretar princípios e normas, adotando a perspectiva de um formulador de políticas públicas [...]” (TIMM; GUARISSE, 2014, p. 159). Desse modo, pode-se perceber que a AED normativa auxilia o operador do direito “a escolher entre as alternativas possíveis a mais eficiente, i.e., escolher o melhor arranjo institucional dado um valor (vetor normativo) predefinido”. (GICO JR, 2016, p. 21).

Perceba que este é justamente o papel da Administração Pública, uma vez que cabe ao gestor público agir, dentro dos limites determinados pela legislação edificada pelo Poder Legislativo, devendo, entretanto, diante da escassez de recursos, buscar a opção expressa dentro do quadro legislativo, que seja a mais eficiente para suplantam as demandas que se lhes apresentam.

Uma licitação pública deve respeitar as regras de mercado? “Na *juseconomia*, mercado significa contextos sociais nos quais a interação entre os agentes é livre para realizar trocas por meio de barganhas”. (GICO JR, 2016, p. 23). Nesse sentido, as trocas realizadas pela Administração Pública podem ser caracterizadas como um mercado, tendo em vista que, em regra, ocorrem livremente entre os agentes econômicos interessados em determinados objetos específicos e por meio de barganhas, que, nesse caso, podem se exprimir pelas propostas lançadas pelos concorrentes, lances e negociações no bojo do procedimento legalmente estabelecido. Importante registrar que nem sempre essas trocas acontecem de forma livre, pois a própria Constituição Federal de 1988 e a legislação infraconstitucional estabelecem, em determinadas situações, deveres de forma vinculada aos agentes, mesmo em sede de propostas, lances e negociações, o que não infirma a existência de um mercado.

Assim, os contratos administrativos se realizam em um ambiente de mercado e, portanto, devem respeitar as regras deste mercado. É relevante asseverar que um contrato pode ser compreendido como “uma transação de mercado entre duas ou mais partes”, sendo assim, um “meio de troca entre pessoas”. Nesse sentido, a existência dos contratos tem uma razão de ser na sociedade contemporânea, eles são necessários, pois ninguém é autossuficiente, nem mesmo o Estado, assim, é “inviável que cada pessoa produza tudo o que é necessário para a sua sobrevivência”. (TIMM; GUARISSE, 2014, p. 160). Daí a importância dos contratos, pois são instrumentos para criação de riqueza na sociedade. Os contratos trazem dois benefícios essenciais para a sociedade: o primeiro é que “os contratos permitem a distribuição do trabalho” e o segundo é que “geram riqueza na sociedade, na medida em que levam os bens para aqueles que mais os valorizam”. (TIMM; GUARISSE, 2014, p. 163-164).

Isso é aplicável aos contratos de um modo geral, mas não são excluídos dessas premissas os contratos públicos, posto que, em essência, possuem as mesmas concepções dos contratos de Direito Privado, em que pese tenham características peculiares em decorrência da presença do Estado como poder e, portanto, com prerrogativas peculiares na relação jurídico-contratual, com a obrigação de homenagear o interesse público.

Os contratos, geralmente, garantem melhorias de Pareto², pois são acordos de vontade e somente existem quando todas as partes envolvidas concordam com as suas cláusulas e com os seus termos. Ocorre que alguns fatores podem afastar o mercado do nível ótimo, esses fatores são denominados de falhas de mercado, tais como: as externalidades, as assimetrias de informação, concorrência imperfeita, bens públicos, mercados ausentes, os custos de transação e o monopólio, por exemplo. Daí porque uma das razões básicas pelas quais o governo intervém na economia é a de “melhorar a eficiência econômica, corrigindo as falhas de mercado”. (STIGLITZ; WALSH, 2003, p. 266-267).

Todos esses fatores podem impactar nos contratos e torná-los contratos ineficientes. Portanto, para que haja uma relação contratual eficiente, em um mercado qualquer, é necessário que se proteja a ordem econômica e a livre concorrência de atividades de particulares que possam implicar em fraude às relações contratuais, inclusive àquelas relações contratuais que envolvem o Poder Público. Dessa forma, compreende-se que a:

função fundamental do direito contratual (reconhecida como tal desde a época de Hobbes) é a de dissuadir os indivíduos de um comportamento oportunista em relação às demais partes do contrato, a fim de incentivar a cronologia ideal da atividade econômica e eliminar as custosas medidas de autoproteção. [...] interessa às partes minimizar os custos de cumprimento. O tribunal pode empregar esse interesse para completar um contrato segundo as diretrizes que as partes tenham aprovado no momento da celebração do contrato.” (POSNER, 2007, p. 162; 165).

Nesse sentido, Posner defende que uma das funções primordiais do Direito Contratual seria o de demover os contratantes de uma posição oportunista, ou seja, evitar que uma parte, por meio de condutas fraudulentas coloque a outra parte contratual em situação de clara desvantagem, comprometendo, assim, o equilíbrio contratual. Ademais, aponta o poder dirigente, que pode ser exercido pelo Poder Judiciário no âmbito dos contratos, especialmente, resguardando a boa-fé que deve permear a relação contratual.

Deve-se ressaltar, ainda, que o Direito Contratual tem claramente a função de “facilitar, mediante trocas voluntárias, a movimentação de recursos no mercado para sua maior utilidade”. (POSNER, 2007, p. 169). Desse modo, o comportamento monopolista apresenta-se como um problema a ser enfrentado pelo Direito Contratual, posto que “um monopolista (ou cartel) poderia ter um incentivo maior do que uma empresa competitiva para declarar falsamente as qualidades de

2 TIMM e GUARISSE (2014, p. 164) explicam que a Melhoria de Pareto comporta “mudanças de alocação que satisfaçam dois requisitos: i) deixem pelo menos um indivíduo em posição melhor e ii) não deixem nenhum outro em pior situação”.

seu produto”. Além disso: “o monopólio implica uma fraude”. (POSNER, 2007, p. 190; 194). O monopólio representa um problema para as relações contratuais pois:

sob o monopólio, o comprador não tem boas alternativas para negociar com o vendedor, se encontra, portanto, dentro de certos limites, em situação de obrigar o comprador a aceitar termos, que, em um mercado competitivo, seriam melhorados por outro vendedor. (POSNER, 2007, p. 196).

Destarte, o monopólio tem por efeito uma dissimulação da demanda de um produto, o que implica que alguns clientes preferem prescindir do produto a pagar o preço monopólico. Portanto, um consumidor que enfrente um mercado monopolizado tem uma escolha real e ele desejará que se trate de uma escolha informada. (POSNER, 2007, p. 196).

Os princípios fundamentais dos danos contratuais, são os seguintes: “A perda de confiança do contratado; a perda de esperança; os danos líquidos; os danos consequenciais; a restituição; o cumprimento específico e, por fim, uma penalidade pecuniária especificada no contrato ou outros danos punitivos.” (POSNER, 2007, p. 199).

Destarte, as falhas de mercado podem levar a danos contratuais o que deve ser previsto nos contratos públicos, especialmente, nos contratos administrativos, como forma de coibir práticas usuais que tentam burlar as normas impostas às licitações públicas. Nesse ponto, é importante destacar, entretanto, o papel que o Direito pode assumir, como instrumento de correção dessas falhas de mercado, no sentido de imprimir às pessoas a máxima liberdade no seu direito de contratar sem infringir as regras inerentes à livre concorrência.

2 DIREITO COMO INSTRUMENTO DE CORREÇÃO DAS FALHAS DE MERCADO: “CARTELIZAÇÃO” OU COMBINAÇÃO DE PREÇOS NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS COMO INFRINGÊNCIA À ORDEM ECONÔMICA E AO PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA

O Direito é um importante instrumento de correção das falhas de mercado. Por conta disso, proíbe algumas condutas de agentes econômicos, tendo em vista que estas acabam por infirmar a própria ordem constitucional positivada. Um exemplo dessa situação ocorre em relação à formação de cartéis, que será abordada nesta seção sob a ótica das contratações públicas.

O setor público realiza atividade econômica, ainda que de acordo com a Constituição de 1988 esta atividade seja realizada apenas de modo residual, consoante preceitua o artigo 173 da Constituição: “[...], a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”. (BRASIL, 1988; grifo nosso).

Nessa interação com o mercado o Estado necessita, em regra, adquirir bens e serviços perante empresas em diversos setores da economia e o faz mediante um processo de contratação

que para ser legítimo deve respeitar diversos preceitos erigidos pela Constituição Federal de 1988, tais como os Princípios da Legalidade, da Isonomia e da Impessoalidade, sem prejuízo de outras normas de *status* constitucional e a regulamentação legal trazida pela lei n.º 8.666/1993.

A Constituição determina³ que as contratações públicas devem ser precedidas obrigatoriamente de licitação, ressalvadas as situações expressamente elencadas na Lei de Licitações e Contratos que podem ensejar situações de inexigibilidade ou dispensa de licitação e que deve ser assegurada a igualdade de condições a todos os concorrentes, observando as regras e princípios norteadores da Administração Pública.

A Ordem Econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IV – livre concorrência. (BRASIL, 1988). (Grifos nossos).

A Constituição Federal ao garantir tais direitos, tratou da livre concorrência de uma maneira geral, remetendo à legislação infraconstitucional o tratamento específico, quanto à instrumentalização da proteção da concorrência, promovendo uma proteção ampla, geral e irrestrita do mercado e da livre iniciativa. A proteção da concorrência “no mercado público é objeto de um sistema normativo especial, composto de normas administrativas, financeiras e penais, cuja aplicação é objeto de controles institucionais de intensidade variada”. (SUNDFELD, 2013, p. 26)

Inicialmente, no campo legislativo infraconstitucional, importa destacar que o Brasil promulgou, em 2011, a Lei n.º 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; e dá outras providências. A referida legislação traçou, portanto, as diretrizes gerais a ser adotadas pelo Estado no que tange às iniciativas de combate a ações que infrinjam a ordem econômica estabelecida constitucionalmente e revogou a legislação infraconstitucional que tratava anteriormente da matéria, a Lei n.º 8.884/94.

Dentre os importantes aspectos trazidos pela legislação em apreço, deve-se destacar, o artigo 116⁴, que alterando a redação do artigo 4º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, determina que constitui crime contra a Ordem Econômica “abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas”. (BRASIL, 2011).

As normas infraconstitucionais que se referem às infrações contra a ordem econômica atribuem “concreção aos princípios da liberdade de iniciativa, da livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores e da repressão ao abuso do poder econômico, em coerência com a Constituição de 1988”. (GRAU, 2015, p. 209). Nesse sentido, a fraude à licitação é ato ilícito que ofende de forma grave preceitos constitucionais da Administração

3 Art. 37, XXI: “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

4 O art. 4º da, passa a vigorar com a seguinte redação: «Art. 4º. [...] I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas”;

Pública, carecendo de sanção proporcional, de forma a punir o infrator e a repelir intenções futuras de prática de tal ato faltoso.

Nesse ponto, faz-se necessária uma importante indagação no sentido de delimitar do ponto de vista conceitual, diferenças essenciais entre colusão, cartel e combinação de preços, posto que não são sinônimos, tendo cada um destes institutos suas próprias delimitações conceituais. Diante disso cumpre questionar: O que caracteriza um cartel?

Os elementos jurídicos da definição de Cartel, de acordo com a doutrina, são quatro: 1) o sujeito, que deve ser concorrente e não necessariamente uma empresa ou empresário; 2) Acordo, colusão ou ato; 3) Manutenção da autonomia dos agentes e 4) Tendência à dominação do mercado que é o elemento essencial da caracterização do cartel. (GICO JR., 2006, p. 172).

Cartel consiste, assim, em um acordo, combinação de preços, na restrição da oferta de produtos ou serviços, no óbice às suas aquisições, colusão ou ato entre concorrentes com o intuito de, mesmo mantendo a autonomia produtiva interna de cada agente, aumentar os preços cobrados no mercado, com o intuito de falsear a concorrência ou de dominar um determinado mercado, ou seja, o cidadão ou consumidor acaba pagando mais caro por bens e serviços, que, se submetidos a um regime de livre concorrência, teriam um preço reduzido.

Em outras palavras, de um modo mais técnico, em consonância com o Anexo I da Resolução n.º 20 do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE pode-se dizer que cartéis são:

acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos aos de monopólio. (GICO JR., 2006, p. 169; BRASIL, 1999).

O cartel é um ato ilícito. Assim, não se constitui em um mero abuso de direito, como se poderia supor diante de uma rápida leitura do texto legal, mas sim em uma infringência à norma jurídica, sendo, portanto, um ato ilícito. Quando isso acontece todas as partes envolvidas nessas transações – a indústria, o comércio, o país, os consumidores – são prejudicados. Os produtos encarecem, o poder aquisitivo do cidadão enfraquece e o salário rende menos no final do mês. Os mesmos prejuízos são sentidos quando esta prática ocorre nas contratações públicas.

Diante da dificuldade de comprovação do conluio entre licitantes, é possível afirmar-se da existência de conluio entre licitantes a partir de prova indiciária, em consonância com manifestação do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento RE 68.006-MG⁵

Para exemplificar, pode-se citar o caso ocorrido em São Paulo, no qual a Polícia Federal, em conjunto com o CADE, investigou um suposto cartel engendrado por empresas do ramo de conexões de PVC e polipropileno, em licitações públicas de obras de infraestrutura em saneamento de água.

A prática das empresas envolvia, neste caso, as seguintes condutas: conluio entre as

5 No mesmo sentido, Acórdão 1.267/2011-TCU-Plenário.

empresas para frustrar o caráter competitivo das licitações públicas; fixação de preços e condições comerciais; abstenção de participação em licitações; acordos para divisão de clientes e lotes entre concorrentes e o compartilhamento de informações comercialmente sensíveis. A situação descrita se disseminou por 13 (treze) estados da federação, e ocorreu entre os anos de 2004 e 2015. (FAUSTO MACÊDO, 2017).⁶

Outro caso emblemático que se insere nesse contexto é o dos leilões da concessão das usinas hidrelétricas do Complexo do Rio Madeira (Santo Antônio e Jirau), uma das maiores obras dos últimos tempos e integrante do PAC – Programa de Aceleração do Crescimento, do governo federal. Esse caso se notabilizou pela disputa, tanto administrativa, no âmbito da SDE – Secretaria de Direito Econômico do CADE, quanto judicial, em torno dos ajustes de exclusividade celebrados por uma das participantes do certame com os fornecedores de turbinas e geradores, tendo em vista o potencial lesivo destes acordos à concorrência. (AZEVEDO, 2010).

A demanda judicial originou-se a partir de uma das licitantes, no sentido de garantir a cláusula de exclusividade, entretanto, antes de ser julgado o mérito da demanda, a empresa concorrente resolveu acatar as exigências do CADE e assinou Termo de Compromisso de Cessação de Prática (TCC) com o CADE, em 29 de outubro de 2007. Nesse caso, específico a atuação administrativa do CADE acabou por ser eficaz e restabeleceu a concorrência em questão, resultando em uma expressiva economia para a Administração Pública⁷.

Mais um evento de licitação pública em que a competitividade fora contaminada por condutas infringentes à concorrência foi o de empresas que atuam no ramo de pedra britada na Região Metropolitana de São Paulo. Nesse caso, a atuação consistia na fixação de preços que restringia a produção e fraudava as licitações públicas.

Nessa ocasião, a SDE tomou providências administrativas para tentar conter a atuação das empresas em conluio e no sentido de proteger a concorrência. De acordo com o CADE, em decisão de 2004, as empresas incidiram na prática de cartel e impôs multas a estas empresas. A atuação do CADE após o processo administrativo foi confirmada pela Justiça Federal do Distrito Federal. (FONSECA; CARMO, 2013).

Outra situação emblemática, que teve repercussão nacional, foi o do Cartel do Metrô, formado por empreiteiras que durante 16 (Dezesseis) anos comandaram as licitações envolvendo a construção de metrô em sete estados da federação, São Paulo, Rio de Janeiro, Bahia, Ceará, Minas Gerais, Paraná e Rio Grande do Sul e, ainda, no Distrito Federal.

Neste esquema fraudulento, pelo menos, 21 (vinte e uma) licitações foram atingidas, durante os anos de 1998 e 2014. Nesse caso, em especial, tendo em vista que algumas das empresas envolvidas assinaram acordo de leniência estas podem ser beneficiadas com a extinção da ação punitiva da administração pública; com a redução de um a dois terços da penalidade, desde que

6 FAUSTO MACÊDO (Brasil). *Jornal Estadão*. **PF ataca cartel em licitações de saneamento em pelo menos 13 Estados**. 2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/pf-ataka-cartel-em-licitacoes-de-saneamento-em-sao-paulo/>>. Acesso em: 03 jan. 2021.

7 O lance vencedor do leilão da Usina Santo Antônio foi de R\$78,87 por MWh, constitui deságio de 35,4% em relação ao preço teto de R\$122,00 por MWh, o que representa uma economia de até R\$16,4 bilhões diferidos nos 30 anos da concessão para os consumidores brasileiros de eletricidade.

8 Cf. Processo Administrativo - CADE n.º 08012.008678/2007-98. Conselheiro-Relator Luís Fernando Schwartz.

haja colaboração efetiva com as investigações e, também, poderão continuar celebrando contratos com a Administração Pública.⁹

A execução de cartelização, em qualquer setor da economia, sem dúvida, resulta em infringência à Ordem Econômica, pois não permite a ampla concorrência e competição no mercado, criando preços artificiais, em prejuízo da sociedade e beneficiando poucos empresários, que passam a ditar os preços praticados no mercado. A Lei n.º 12.529/2011, entretanto, permite que aqueles que cometeram essa natureza de crimes sejam beneficiados por acordos de leniência, consoante se depreende do artigo 87, que determina:

Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência. Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo. (BRASIL, 2011).

É relevante destacar que, de acordo com a Lei n.º 8.666/1993, artigo 90, consiste em crime “frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação”. Destarte, qualquer combinação de preços que implique fraude ao caráter competitivo do certame licitatório constitui crime punível pela legislação especial. (BRASIL, 1993).

Deve-se advertir que a conduta tipificada no artigo 90 da Lei n.º 8.666/1993, pode ser decorrente da formação de um cartel, propriamente, mas também pode ocorrer por outra forma de colusão¹⁰, ainda que não configure formalmente ou juridicamente um cartel. Assim, a conduta prevista na lei de licitações envolve a mera combinação ou fraude que implique em infringência ao caráter competitivo daquele certame e não necessariamente em uma dominação de um mercado relevante.

Não se duvida que a cartelização em si pode gerar prejuízos às contratações públicas, pois em um mercado cartelizado todos os adquirentes serão prejudicados, sejam eles meros consumidores individuais, sejam pessoas jurídicas estatais. Contudo, a lei de licitações não repele especificamente os cartéis, mas sim toda e qualquer fraude, combinação ou ajuste que frustrar o caráter competitivo do certame. Assim, percebe-se que a legislação pátria situa a conduta de combinação de preços para frustrar a competitividade do certame licitatório e conseqüente infringir o princípio da livre concorrência no terreno das condutas criminosas, devendo assim também ser consideradas.

9 Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/12/18/acordo-de-empregadora-com-lava-jato-aponta-cartel-no-metro-em-sete-estados-e-no-df.htm>. Acesso em: 18. jan. 2021.

10 Ajuste secreto e fraudulento entre duas ou mais partes, com prejuízo para terceiro; conluio. (GICO, 2006, p. 169).

Além disso, não se pode olvidar que, em tese, a referida conduta de combinação de preços merece reprimenda, também, no campo administrativo e cível, por exemplo, no âmbito da improbidade administrativa, consoante preconiza a Lei n.º 8.429/92, com a redação dada pela Lei n.º 14.230/21.

O arcabouço legislativo nacional procura, portanto, proteger a Ordem Econômica, a livre iniciativa e a concorrência nas contratações públicas por meio da criação de fatos típicos, que impõem penas aos infratores, promovendo a competitividade no ambiente das licitações e contratos administrativos.

3 AS MODALIDADES DE LICITAÇÃO PREVISTAS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA, OBJETIVOS E SUA (INEFETIVIDADE NA PREVENÇÃO À FORMAÇÃO DOS CARTÉIS OU DE COMBINAÇÃO DE PREÇOS POR LICITANTES.

De acordo com a Legislação brasileira sete são as modalidades de licitações previstas. A Lei de Licitações e Contratos n.º 8.666/1993, prevê cinco destas modalidades: Convite, Tomada de Preços, Concorrência, Leilão e Convite.

Destas modalidades citadas as que interessam para a aquisição de bens e serviços no mercado são as três primeiras, posto que a modalidade leilão se refere às ocasiões em que a Administração Pública aliena algum tipo de bem e a modalidade concurso se refere a licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, consoante se depreende do artigo 22 da Lei de Licitações e Contratos. (BRASIL, 1993).

As três primeiras modalidades mencionadas acima, Convite, Tomada de Preços e Concorrência são úteis para a aquisição de bens e serviços no mercado e, portanto, estipulam um procedimento de disputa entre concorrentes, os quais concorrem pelo objeto da contratação pública, mediante oferta da proposta mais vantajosa para a administração pública.

A Lei n.º 9.472 de 1997 criou uma modalidade de licitação própria das Agências Reguladoras, autarquias especiais, integradas à Administração Pública Indireta dos entes federados que as criarem, dotando estas de maior autonomia gerencial. Porém, estabeleceu que a contratação de obras e serviços de engenharia civil destas agências está sujeita ao processo das licitações previsto em lei geral para a Administração Pública, ou seja, esses objetos continuam sendo submetidos à licitação na forma da previsão legal da Lei n.º 8.666/1993.

Entretanto, determinou que, nos casos não relativos a contratação de obras e serviços de engenharia civil, a Agência poderá utilizar procedimentos próprios de contratação, nas modalidades de consulta e pregão. Desse modo, se percebe que a legislação buscou conferir uma flexibilidade maior às contratações ocorridas no âmbito das Agências Reguladoras, com a finalidade de lhes proporcionar uma maior autonomia e evitar os entraves burocráticos criados pela Lei n.º 8.666/1993. A Lei n.º 10.520/2002, no mesmo sentido, prevê a modalidade pregão, que estabelece

um procedimento específico para compras de bens ou serviços que sejam considerados comuns nos termos desta legislação.

Os procedimentos trazidos pelas leis 9.472/1997 e 10.520/2002 não trazem regra específica relativa à possível combinação de preços entre os participantes do processo licitatório, restando, portanto, à lei geral de Licitações e contratos e à legislação que tratam das infringências à ordem econômica, como 8137/90, que considera como crime contra a ordem econômica o acordo entre empresas com objetivo de fixar artificialmente os preços ou quantidades dos produtos e serviços, de controlar um mercado, limitando a concorrência; e à lei nº 12.529/11, que trata da estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção, repressão às infrações contra a ordem econômica e delinea em seu texto os atos que compreendem a formação de cartel, essa incumbência. Ocorre, que, mesmo a Lei nº 8.666/1993 somente traz regras que são capazes de sancionar ou punir as empresas que agirem de forma fraudulenta durante o processo licitatório, penal ou administrativamente, posteriormente ao fato, não sendo capazes de prevenir ou coibir as ações delituosas dos fraudadores.

Consoante a Lei nº 8.666/93 a licitação tem por objetivos garantir a observância do princípio constitucional da isonomia; a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Assim sendo, percebe-se que a prática de combinação de preços atenta aos objetivos da lei de licitações, posto que a contratação de empresa que proponha um preço irreal afronta o segundo objetivo apresentado, uma vez que não haverá, nesse caso, uma escolha vantajosa para a Administração Pública, mas sim uma contratação que prejudicará o Estado e a sociedade.

A legislação das licitações promove, ainda, a proteção da competitividade do certame ao determinar a proibição aos agentes públicos de “admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo”. Entretanto, essas disposições normativas não são suficientes para afastar os conluíus e a combinação de preços do campo das licitações públicas. (BRASIL, 1993)

Isso leva a um problema que pode ser bem comum na prática da Administração Pública que é o de a Administração sagrar vencedora da licitação uma empresa ou consórcio de empresas que praticou atos ilícitos de combinação de preços, cartel ou outra infração à Ordem Econômica e com isso liquidou a concorrência e a competitividade do certame quando da sua ocorrência.

Percebe-se, portanto, que, mesmo esta conduta sendo considerada criminosa e fraudulenta, a legislação em vigor não consegue coibir a sua ocorrência de forma preventiva, pois, a legislação trata de punir a conduta depois de ocorrida, no âmbito penal, Lei nº 8.137/90 e Lei nº 8.666/1993, ou administrativo, Lei nº 12.529/11. Contudo, devem ser verificadas quais as consequências dessa prática no que tange ao contrato administrativo em si.

4 AS COLUSÕES E SUAS CONSEQUÊNCIAS NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: EFEITOS DA COMBINAÇÃO DE PREÇOS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Deve-se observar, primeiramente, que a conduta de formação de cartéis se configura em uma conduta criminosa, sendo, portanto, um ilícito penal, sem prejuízo, por óbvio, das consequências cíveis e administrativas, como aquelas ensejadoras da configuração de atos de improbidade administrativa. A conduta referida configura, portanto, também um ilícito administrativo, atraindo, assim, a atuação do CADE na repressão e no combate da prática ilícita. Desse modo, deve-se perguntar: Quais as consequências do ponto de vista dos contratos administrativos da contratação pública contaminada por um processo de cartelização?

Deve-se ressaltar que a contratação realizada mediante fraude pode implicar em diversas situações adversas para o interesse público, como: Redução do espectro da concorrência e consequentemente da competitividade do certame licitatório, retirando a possibilidade de obtenção da proposta mais vantajosa para a administração pública que é um dos objetivos máximos das licitações¹¹.

Outro ponto importante é que as fraudes acampam por afastar do campo competitivo das licitações as Microempresas e as Empresas de Pequeno Porte, posto que as atividades de conluio das grandes empresas acabam por inviabilizar a atuação de empresas pequenas nesses ramos, pois estas não têm condição de competir em igualdade de condições com as grandes empresas, o que implica infringência ao Princípio da Isonomia aplicável às contratações públicas.

A terceira consequência que se poderia apontar é o prejuízo do erário do ponto de vista econômico, posto que o conluio leva ao superfaturamento dos contratos e das obrigações financeiras do Estado, desse modo, o Estado acaba pagando mais ou gastando mais do que iria gastar se a disputa tivesse ocorrido em ambiente concorrencial.

Além disso, a prática de cartéis e combinações entre empresas pode levar à contaminação da própria Administração Pública, criando um grande lastro de corrupção que não somente ficaria adstrito ao âmbito privado, mas que se dissemina pelas entranhas da Administração Pública, como se pode constatar, por exemplo, em diversas situações decorrentes das investigações da Operação Lava Jato¹² ao analisar contratos da Petrobrás, que constatou esquemas que ocorriam dentro do governo do Rio de Janeiro ou, ainda, quando leva à corrupção de servidores para facilitar o direcionamento das licitações para alguma empresa ou grupo empresarial pré-determinado.

Ademais, o processo de Cartelização implica em infringência ao princípio da Isonomia, posto que restringe o caráter competitivo do certame, criando uma competição desigual entre licitantes cartelizados e não cartelizados, reduzindo a proteção daqueles que desejam ser licitantes e, portanto, criando um *discrímen* ilegal.

11 Art. 3º, Lei n.º 8.666/93. A licitação **destina-se a** garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a **seleção da proposta mais vantajosa para a administração** e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (BRASIL, 1993)

12 Para mais informações sobre a Operação “Lava Jato”, ver: <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em 11. jan. 2021.

Além do mais, a cartelização causa uma Ineficiência da gestão pública; pois os recursos públicos, que já são escassos e devem ser aplicados de forma otimizada na melhoria de bem-estar para a população, são transferidos, com prejuízo para o Estado, para grandes empreiteiras sem compromisso com o interesse da coletividade. Isso porque se mantido o ambiente concorrencial o custo das contratações seria muito reduzido e este recurso restante poderia ser utilizado em outros serviços e obras, beneficiando de forma mais abrangente a população. Em que pese não se perca de vista toda essa gama de prejuízos gerais que são causados à Administração Pública pela prática ilegal da combinação de preços, da cartelização e de outras condutas anticompetitivas previstas na legislação, deve-se verificar quais as consequências dessas condutas para os contratos administrativos em si.

Nesse ponto, importante assinalar que um contrato administrativo é, antes de tudo, um acordo de vontades e se trata, em sentido amplo, de um negócio jurídico (MELLO, Marcos, 2007, p. 159; JUSTEN FILHO, 2012, p. 421) Pode ser conceituado como um “ajuste firmado entre a Administração Pública e um particular, regulado basicamente pelo direito público, e tendo como objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza o interesse público” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 175). Ou ainda, de acordo com Marçal Justen Filho (2012, p. 420) acordos de vontade destinados a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente, e que, “uma das partes, atuando no exercício da função administrativa, é investida de competências para inovar unilateralmente as condições contratuais e em que se assegura a intangibilidade da equação econômico-financeira original”.

Desse modo, para que o contrato jurídico seja eficaz é necessário, inicialmente, que ele exista e, em segundo lugar, que ele seja um negócio jurídico válido, para então produzir os seus efeitos. De acordo com Pontes de Miranda (2012, p. 77) o fato jurídico é o “fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica: portanto, o fato de que amanhã, agora, ou mais tarde, talvez condicionalmente ou talvez não dimane eficácia jurídica”. Assim, o contrato administrativo, enquanto negócio jurídico, se mostra como uma espécie de fato jurídico.

Entretanto, a doutrina administrativista majoritária distingue entre o contrato administrativo e o contrato da administração, este é tido como aquele negócio jurídico que se rege por normas de direito privado, civil, e tem por finalidade a prática de negócios jurídicos típicos do direito comum, como pode ocorrer, por exemplo, com um contrato de locação ou de abertura de conta corrente em uma instituição privada. Enquanto aquele é regido por normas de direito público, mais especificamente, normas de direito administrativo e se destinam à execução de obras e serviços públicos ou de fornecimento de materiais, como pode se dar, por exemplo, em uma obra para construção de uma linha de metrô (CRETELLA JÚNIOR, 2002, p. 15; MELLO, Celso, 2012, p. 627-633; MEDAUAR, 2005, p. 242; FIGUEIREDO, 2004, p. 511; NOHARA, 2017. p. 417-418; DI PIETRO, 2014, p. 268).

Um contrato sem partes, sem objeto, ou com partes e objetos ineficazes será sem dúvida um contrato inexistente, seja ele um contrato de direito privado, seja um contrato administrativo. É que o ato administrativo nulo às vezes é chamado de inexistente. Da inexistência, fala-se,

naturalmente, no sentido puramente jurídico, da não-adequação do ato para exprimir os efeitos que são propícios: não no sentido da inexistência material, porque, ainda assim, o ato nulo é uma realidade de fato, que apresenta algumas características exteriores do ato administrativo (ITALIA; LANDI; POTENZA, 2002, p. 174).¹³

Desse modo, devemos indagar quais as consequências que a combinação de preços pode gerar para a validade e eficácia do contrato administrativo. Sem prejuízo, no sentido macroeconômico, das consequências da combinação de preços para as contratações públicas de um modo geral e para o mercado das contratações públicas já aventadas.

Assim sendo, faz-se necessário verificar os aspectos formais da realização de um contrato administrativo que tenha sido objeto de fraude, seja, especificamente, pela prática de cartelização, seja pela prática menos abrangente de combinação de preços ou outra conduta restritiva da concorrência.

Para que se realize a formalização de um contrato administrativo é essencial que ele seja precedido de um processo formal, estabelecido por lei, que é denominado de licitação. A Constituição Federal impõe o dever de licitar no artigo 37, XXI.¹⁴ A licitação permite, assim, que a Administração Pública escolha, dentre os vários pretendentes à contratação pública, de acordo com o Princípio da Isonomia e da Impessoalidade, aquele que apresente a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, tendo em vista que a finalidade do processo é o interesse público e não o enriquecimento do particular (DI PIETRO, 2014, p. 385).¹⁵

A grande pergunta que se pode fazer nessa ordem de ideias é a seguinte: Se o licitante vencedor realizou combinação de preços ou formou um cartel em determinado setor da economia em prejuízo da Administração Pública, esse contrato administrativo existe? Em existindo esse contrato, ele é válido? e, em terceiro lugar, sendo válido, ele é eficaz?¹⁶ No primeiro plano, o da existência, verifica-se, que o negócio jurídico contratual para se constituir deve apresentar a exteriorização da vontade; a consciência da vontade e o resultado lícito e possível (MELLO,

13 *Si è che l'atto amministrativo nullo viene talvolta denominato inesistente. Di inesistenza si parla, beninteso, nel senso puramente giuridico, de non idoneità dell'atto a spingere gli effetti che gli sono propri: non già nel senso de inesistenza material, perché anzi per più l'atto nullo è una realtà de fatto, che presenta qualche carattere esteriore dell'ato amministrativo.*

14 Artigo 37, XXI, CF/88. ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações **serão contratados mediante processo de licitação pública** que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (BRASIL, 1988, grifo nosso).

15 Ainda que possa acontecer o enriquecimento do particular mediante a contratação com o Estado, este não o fim último desta contratação, que tem por escopo maior a realização dos interesses da coletividade, ou seja, o interesse público primário. Com fundamento na doutrina italiana, especialmente, na explanação de Renato Alessi, Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 62-64) distingue interesse público primário do interesse público secundário, expondo que “não existe coincidência necessária ente interesse público e interesse do Estado e demais pessoas de Direito Público”. Desse modo, Barroso (2005, p. XIII) estatui, na mesma linha, que “(...) O interesse público secundário –, o da pessoa jurídica de direito público, do erário – jamais desfrutará de supremacia *a priori* e abstrata em face do interesse particular”. Por outro lado, o interesse público primário, concebendo-se este como aquele “constituído em valores fundamentais, como justiça e segurança, há de desfrutar de supremacia em um sistema constitucional e democrático. (...) o interesse público primário desfruta de supremacia porque não é passível de ponderação. Ele é o parâmetro da ponderação.”

16 Nesse ponto, é importante observar que um ato ou contrato administrativo, mesmo sendo inválido, poderá vir a ser eficaz, tendo em vista o atributo da Presunção de Legitimidade, até que venha a ser anulado pela própria Administração Pública no exercício da autotutela ou pelo Poder Judiciário, em sede de controle externo. (DÍEZ, 1980, p. 224).

MARCOS, 2007, p. 145-155).

Desde já, que há um grave defeito nesse negócio jurídico, posto que a vontade da Administração Pública de contratar com uma suposta empresa A, por exemplo, vencedora de uma licitação pública, se dá tendo em vista que aquela fora a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, pois se outra fosse a proposta mais vantajosa, por exemplo, de uma empresa B, certamente, a Administração Pública não firmaria contrato com a empresa A, mas sim com a empresa B.

Ocorre que, ao fraudar o procedimento licitatório, mediante combinação de preços, a empresa A induziu a erro a Administração Pública, posto que essa imaginava estar contratando com aquela empresa que apresentou a proposta mais vantajosa – objetivo do certame licitatório –, o que ocorre somente sob o aspecto formal, posto que, em essência, em substância, a proposta apresentada pela empresa A se tornou imbatível, não por ser a mais vantajosa para a Administração Pública, mas por ter sido arquitetado um conluio que afastou os concorrentes e impôs um resultado virtual, iníquo e desigual, não compatível com a realidade dos preços do mercado.

Entretanto, mesmo na teoria geral dos contratos, a regra do contrato nulo está cada vez mais mitigada, inclusive, de acordo com o Código Civil de 2002 somente se considera nulo o contrato nos casos do vício social de simulação;¹⁷ na maioria das outras situações – erro, dolo, coação, estado de perigo ou fraude contra credores – se entende, que o contrato é anulável e não nulo. (DINIZ, 2009, p. 464 e 465; GOMES, 2007, p. 381-382; BRASIL, 2002).

Todavia, no âmbito do direito administrativo, é cogente perceber que um contrato praticado em desconformidade com a lei, ou seja, ilegal, seja por ilegalidade intrínseca ao negócio jurídico ou à licitação que lhe precede é um contrato nulo (CRETILLA JÚNIOR, 2002, p. 15; MELLO, Celso, 2012, p. 641-642; MEDAUAR, 2005, p. 181 e 234; DI PIETRO, 2014, p. 274 e 450). Isso porque “o acordo de vontades que gera o contrato administrativo está submetido ao rigor legal. A vontade do administrador está regrada pelos limites impostos pela legislação”. (TORRES, 2017, p. 62). É nulo o ato quando lhe falta um elemento essencial.¹⁸ (ITALIA; LANDI; POTENZA, 2002, p. 239).

Desse modo, do ponto de vista do Direito Administrativo, ainda que se possa cogitar da existência da avença entre a Administração Pública e a Empresa que pratica cartel ou combinação de preços, no plano da validade, esse contrato seria inválido e, portanto, nulo, posto que firmado em desconformidade com a lei, mediante o cometimento de fraude, crime e, eivado de má-fé por parte do licitante vencedor. Destarte, “a invalidação do contrato administrativo consiste na sua desconstituição, com supressão dos seus efeitos típicos, por motivo de incompatibilidade com a ordem jurídica” (FIGUEIREDO, 2008, p. 554).

Contudo, na prática, pode ser que essa situação da fraude, do cartel ou da combinação de preços somente seja verificada ou constatada pela Administração Pública, depois de um certo

17 Consoante o ensinamento de Orlando Gomes (2007, p. 381-382) a simulação ocorre “quando em um contrato se verifica, para enganar terceiro, intencional divergência entre a vontade real e a vontade declarada pelas partes. Com a simulação, visa-se alcançar fim contrário à lei”.

18 Tradução livre do original: “È nullo l'atto cui manca un elemento essenziale”.

tempo e, sendo assim, que o contrato administrativo tenha sido eficaz, ou seja, tenha produzido seus efeitos jurídicos por um determinado período de tempo, posto que não fora anulado, por ato da própria Administração Pública, no exercício da autotutela, e nem pelo Poder Judiciário.¹⁹ Este é também o entendimento do Supremo Tribunal Federal que já decidiu no sentido de que “diante de suspeitas de ilegalidade, a Administração Pública há de exercer seu poder-dever de anular seus próprios atos, sem que isso importe em desrespeito ao princípio da segurança jurídica ou da confiança”.²⁰

Nesse caso, é relevante analisar, quais as consequências disso para a Administração Pública e para a empresa licitante vencedora e fraudulenta, que já pode ter executado parte do objeto ou do serviço contratado pela administração. A Administração Pública tem alguma obrigação perante a contratada? A contratada tem direito a receber pelo que já executou com base no contrato fraudulento? A Lei n.º 8.666/93 estabelece que:

Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa. (BRASIL, 1993, grifo nosso).

É evidente que a execução do contrato já realizada por particular que de boa-fé, não tenha dado causa à nulidade do contrato, não pode prejudicar o particular, vedando-se o enriquecimento sem causa da Administração, de modo, que, nesse caso, o contratado teria direito a indenização pelo que já houvesse executado. (JUSTEN FILHO, 2012, p. 534; MELLO, Celso, 2012, p. 662). No mesmo sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça nos termos dos julgados nos Recursos Especiais de n.º 876.140/SE e 753.039/PR.

Porém, no caso de má-fé do contratado, como ocorrente nos casos de cartel ou combinação de preços, que deve ser comprovada, garantindo-se a ampla defesa e o contraditório, a nulidade do contrato não pode favorecer a este, sendo, portanto, neste caso, inviável a percepção de qualquer indenização pela empresa contratada ante à invalidade do contrato firmado com a Administração Pública. Nesse sentido:

As prescrições formais, que devem ser cumpridas por serem necessárias à legalidade dos contratos, são, por vezes, desatendidas, embora a prestação do administrado, seja a entrega de um bem ou a realização de obra ou serviço, já tenha sido executada, total ou parcialmente. Quando isso ocorre tem-se uma execução de

¹⁹ **Súmula 343, STF.** A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos. **Súmula 473/STF:** “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

²⁰ STF. Processo n.º **ARE 899816 AgR**, Relator Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma, julgamento em 7.3.2017, DJe de 24.3.2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12625762>. Acesso em 12.01.2021.

fato, sendo relevante perquirir, desde logo, se houve ou não boa-fé de administrado executor. Todavia, como a boa-fé se presume, salvo prova em contrário não poderá ser considerado existir malícia no procedimento administrativo pelo fato de haver fornecido bens ou prestado serviços à Administração, devendo ser, por isso, indenizados, pois é inadmissível o enriquecimento sem causa. (MOREIRA NETO, 2006, p. 177)

Diante disso, se deve extrair que o contrato administrativo nulo em decorrência de cartel ou fraude na licitação, por má-fé do contratante evidenciada, não produz efeitos jurídicos, devendo as partes, particular e Administração Pública, retornarem para o *status quo ante*. Pois, “se a licitação não for válida, não poderá gerar contrato válido” (FIGUEIREDO, 2008, p. 529).

Entretanto, este não tem sido o posicionamento do TCU²¹ quando aprecia casos de contratos administrativos em que ocorre suspeita de cartel ou de combinação de preços em detrimento da Administração. Na maior parte das vezes o Tribunal de contas opta apenas pela declaração de inidoneidade da empresa que incidiu na prática ilícita para contratar com Administração Pública, realizando a dosimetria, em cada caso, para decidir sobre a extensão da pena aplicada, como ocorreu no caso envolvendo a Eletrobrás Termonuclear S.A., em que o Tribunal decidiu que “pode considerar na dosimetria da pena o fornecimento de informações que venham a contribuir com as apurações e o reconhecimento da participação nos ilícitos”.²²

É interessante observar, ainda, que o TCU tem desenvolvido métodos econométricos para aferir o montante do prejuízo causado à Administração Pública nos contratos administrativos afetados por cartéis e outras formas de infringência à Ordem Econômica. Nesse sentido, o tribunal realizou trabalho com o fito de “estimar o potencial prejuízo global ocorrido na Petrobras em face de eventual cartelização das contratações ocorridas na Diretoria de Abastecimento da companhia, no período entre 1997 e 2015”.²³

Nesse caso, especificamente, o tribunal estimou o potencial prejuízo causado na Petrobras na redução dos descontos nas licitações, no período de 1997 a 2015, em razão da existência dos cartéis na Diretoria de Abastecimento, em 17% (dezessete por cento) em relação à estimativa das licitações tomando por base metodologia econométrica e dados de regressão consagrados internacionalmente e já aceitos inclusive pelo STF.²⁴

Esse estudo realizado pelo TCU mostra-se muito importante no sentido de demonstrar de forma empírica o efetivo prejuízo destas condutas nocivas à concorrência aos contratos públicos,

21 ACÓRDÃO 2546/2017 ATA 46/2017 – PLENÁRIO; ACÓRDÃO 2342/2017 ATA 42/2017 – PLENÁRIO; ACÓRDÃO 2319/2017 ATA 41/2017 – PLENÁRIO; ACÓRDÃO 1545/2017 ATA 27/2017 – PLENÁRIO; ACÓRDÃO 1348/2017 ATA 24/2017 – PLENÁRIO; ACÓRDÃO 1083/2017 ATA 18/2017 – PLENÁRIO; ACÓRDÃO 483/2017 ATA 9/2017 – PLENÁRIO; ACÓRDÃO 3052/2016 ATA 49/2016 – PLENÁRIO; ACÓRDÃO 1583/2016 ATA 24/2016 – PLENÁRIO; ACÓRDÃO 3089/2015 ATA 50/2015 – PLENÁRIO; ACÓRDÃO 1531/2014 ATA 19/2014 – PLENÁRIO; ACÓRDÃO 2692/2012 ATA 39/2012 – PLENÁRIO; ACÓRDÃO 121/2012 ATA 2/2012 – PLENÁRIO; ACÓRDÃO 29/2010 ATA 1/2010 – PLENÁRIO; ACÓRDÃO 336/2008 ATA 06/2008 – PLENÁRIO; ACÓRDÃO 1533/2006 ATA 34/2006 – PLENÁRIO; ACÓRDÃO 291/2006 ATA 10/2006 – PLENÁRIO; ACÓRDÃO 290/2006 ATA 10/2006 – PLENÁRIO; ACÓRDÃO 289/2006 ATA 10/2006 – PLENÁRIO; ACÓRDÃO 288/2006 ATA 10/2006 – PLENÁRIO; ACÓRDÃO 287/2006 ATA 10/2006 – PLENÁRIO.

22 Processo n.º TC 016.991/2015-0 [Apensos: TC 011.765/2012-7, TC 017.445/2016-7].

23 Processo n.º TC 005.081/2015-7.

24 Ver RE 68.006-MG.

e, ainda, por possibilitar uma efetiva reparação do erário público em face das ilicitudes contra si perpetradas. Entretanto, nesse caso, o TCU limitou-se a encaminhar estes dados para alguns órgãos administrativos para que tomassem as devidas providências, ou seja, não opinou, indicou, determinou ou sugeriu a declaração de nulidade dos contratos administrativos firmados nestas condições.

Contudo, revela-se muito adequado que o tribunal se utilize de técnicas econométricas de detecção de cartéis e quantificação de danos, objetivando comprovar a ocorrência destas práticas colusivas, nas licitações e contratações públicas, com o fim de ampliar a repressão a cartéis em mercados públicos. Além disso, percebe-se, ainda, em alguns processos, que o TCU ordena a suspensão dos pagamentos pela Administração Pública, quando ocorre a situação de fraude ao processo licitatório. Neste sentido:

determinou à Eletrobras Termonuclear S.A. (Eletronuclear) **que se abstinhasse de efetuar pagamentos às empresas Engevix Engenharia e Projetos S.A. e AF Consult do Brasil Ltda., até o limite dos montantes apurados na representação (peça 82)**, no âmbito dos contratos GAC.T/AS-4500160692 (projetos do pacote Civil 2 – edificações convencionais), GAC.T/CT- 4500151462 (projetos do pacote Eletromecânico 1 – circuito primário, nuclear) e GAC.T/CT- 4500146846 (projetos do pacote Eletromecânico 2 – circuito secundário, convencional, grifo nosso).²⁵ (BRASIL, 2018).

Daí pode-se perceber que o entendimento da corte de contas não tem sido pela inteligência da nulidade dos contratos administrativos derivados de condutas colusivas o que, de certo modo, afronta o Princípio da Legalidade e a jurisprudência do STJ que já se manifestou em determinadas circunstâncias que o contrato administrativo ilegal é nulo (REsp 1121501/RJ, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/10/2017, DJe 08/11/2017).

Assim, levando em consideração o mesmo entendimento e raciocínio lógico-jurídico, a contratação de empresa que vence uma licitação mediante conluio, cartel, combinação de preços ou outra modalidade de infração à concorrência ou à ordem econômica, gera lesão ao erário, conforme já constatado empiricamente pelo TCU, mediante estudos econométricos, e, ainda, porque o Poder Público perde a oportunidade de contratar proposta mais vantajosa, dando ensejo, nesse caso, também a dano *in re ipsa*, decorrente da própria ilegalidade do ato praticado.

Entretanto, insta pontuar a observação pertinente de Juarez Freitas (1997, p. 193), sendo a qual: “correções hermenêuticas e legislativas devem ser feitas na legislação que regula as licitações e os contratos administrativos, cuidando para não instabilizar em excesso as relações contratuais, de um lado, nem permitir retrocessos éticos, de outra parte”. Observe-se, ainda, que, nesse caso, não haveria que se falar em qualquer indenização a ser paga pelo Poder Público ou em devolução de valores às empresas contratadas, ainda que decorrente de prestação de serviços executas pela pseudocontratada, pois, nessa circunstância, a má-fé, inerente ao conluio, afasta a aplicação do parágrafo único do artigo 59 da Lei de Licitações e Contratos.

25 Processo TC 021.542/2016-3 [Apenso: TC 021.694/2016-8]

CONCLUSÃO

O Direito e a Economia têm uma conexão muito relevante, de modo que as leis não podem ser vistas somente como figuras abstratas, mas devem ser consideradas nos contextos dos comportamentos humanos e do mercado. Nesse sentido, tanto a AED positiva quanto a AED normativa podem ser úteis para a compreensão de diversos fenômenos jurídicos, entre eles os que implicam infringência da livre concorrência dos mercados de contratações públicas.

Dessa forma, o Estado, no intuito de proteção do bem-estar coletivo, seja em relação ao interesse público primário ou secundário, deve realizar ações no sentido de coibir condutas que sejam aliciadoras dos Princípios da Ordem Econômica, e impliquem infrações à livre concorrência, com prejuízo patrimonial ao erário público.

Além disso, deve-se ponderar que o cartel e as atividades de conluio assemelhadas a ele, no campo das licitações, devem ser consideradas uma externalidade negativa que enseja infringência à livre concorrência e à ordem econômica nas contratações públicas. Destarte, desponta o Direito como uma forma de mitigação desta externalidade, no sentido de promover um ambiente de concorrência ampla e leal no bojo das licitações e contratações públicas.

Contudo, percebe-se que as modalidades de licitação previstas na legislação brasileira se mostram pouco efetivas no escopo de realizar a prevenção à formação dos cartéis ou de combinação de preços por licitantes, uma vez que já prevenindo estas externalidades, prescrevem fatos típicos e sanções para aqueles que infringem o sistema de contratações públicas prevista na legislação. De modo que os infratores respondem nas esferas civil, administrativa e criminal.

Restou evidenciado que o contrato administrativo decorrente de processo licitatório no qual houve cartelização, combinação de preços, ou outras condutas ilícitas que infringem a concorrência e Ordem Econômica é nulo, e que esta declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir.

Destarte, não há como manter válido um contrato administrativo viciado *ab initio*, devendo o contratado infrator ser ainda condenado a indenizar os prejuízos causados à administração e aferidos mediante metodologia econométrica pelos órgãos de controle de contas. Além disso, devem os agentes públicos responsáveis pela contratação viciada receber punições nas esferas penal, cível e administrativa, como forma de proteção e elogio ao interesse público.

Neste contexto, pode-se perceber, ainda, que o particular que deu causa à fraude, por agir de má-fé, não pode dela se beneficiar. Ao mesmo tempo, o particular com envolvimento na prática de cartel, combinação de preços ou outra infração à ordem econômica, sem prejuízo das penalidades cabíveis, nos âmbitos civil e criminal, não tem direito, além disso, a receber qualquer valor decorrente do contrato administrativo nulo. Do mesmo modo, os agentes públicos que, eventualmente, tenham concorrido ou facilitado a ocorrência da fraude **não podem** dela extrair benefícios e devem sofrer as punições devidas em todas as esferas, inclusive, as decorrentes da legislação que impõe sanções em virtude da prática de atos de improbidade administrativa.

REFERÊNCIAS

AFFONSO, Julia; MACEDO, Fausto. PF ataca cartel em licitações de saneamento em pelo menos 13 Estados. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 27 de nov. 2017. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/pf-ataca-cartel-em-licitacoes-de-saneamento-em-sao-paulo/>. Acesso em: 03 jan. 2021.

AZEVEDO, Paulo Furquim de. **Restrições verticais e defesa da concorrência: a experiência brasileira**. São Paulo: FGV, 2010. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/6895>. Acesso em 03 jan. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Prefácio. *In*: SARMENTO, Daniel. (org.) **Interesses públicos vs. interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Recurso Extraordinário nº 68.006. Relator: Ministro Aliomar Baleeiro. Brasília, DF, 09 de outubro de 1969. **Diário da Justiça (DJ)**. Brasília: DJ, 14 nov. 1969. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur127731/false>. Acesso em: 25 fev. 2021.

BRASIL. Congresso. Senado. Constituição (1988). Constituição Federal de 1988, de 05 de outubro de 1988. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL - 1988. Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Diário Oficial da União (D.O.U.), 05 out. 1988. p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 jan. 2021.

BRASIL. Congresso. Senado. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. **ESTRUTURA O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA; DISPÕE SOBRE A PREVENÇÃO E REPRESSÃO ÀS INFRAÇÕES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA; ALTERA A LEI Nº 8.137, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1990, O DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941 - CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, E A LEI Nº 7.347, DE 24 DE JULHO DE 1985; REVOGA DISPOSITIVOS DA LEI Nº 8.884, DE 11 DE JUNHO DE 1994, E A LEI Nº 9.781, DE 19 DE JANEIRO DE 1999; E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS**. Brasília, DF: Diário Oficial da União (D.O.U.), 01 dez. 2011. p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em: 25 jan. 2021.

BRASIL. Resolução nº 20, de 09 de junho de 1999. Dispõe, de forma complementar, sobre o processo administrativo, nos termos do art. 51 da Lei 8.884/94. **Resolução N.º 20 do CADE**. Brasília, DF: Diário Oficial da União (D.O.U.), 09 jun. 1999. Disponível em: <http://antigo.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-20-de-9-de-junho-de-1999.pdf/view>. Acesso em: 20 jun. 2021.

BRASIL. Congresso. Senado. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **REGULAMENTA O ART. 37, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, INSTITUI NORMAS PARA LICITAÇÕES E CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. Lei de Licitações e Contratos**. Brasília, DF: Diário Oficial da União

(D.O.U.), 22 jun. 1993. p. 8269. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 26 jun. 2021.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Representação (RP) nº 02154220163. Interessados/Responsáveis: Responsáveis: AF-Consult Ltd (15.702.776/0001-20); Eletrobras Termonuclear S.A. (42.540.211/0001-67); Engevix Engenharia e Projetos S.A. (00.103.582/0001-31). Relator: Ministro Bruno Dantas. Brasília, DF, 12 de setembro de 2018. Brasília: Diário Oficial da União (D.O.U.). Disponível em: <https://tcu.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/478452548/representacao-repr-rp-2154220163/inteiro-teor-478452568>. Acesso em: 25 nov. 2021.

BRASIL. Congresso. Senado. Lei Ordinária nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Código Civil**. Brasília, DF: Diário Oficial da União (D.O.U.), 11 jan. 2002. p. 1. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 22 jan. 2021.

BERNARDES DE MELLO, Marcos. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2014.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo: contratos administrativos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 3

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIEZ, Manuel Maria. **Manual de derecho administrativo**. Buenos Aires: Plus Ultra, 1980.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. e CARMO, Aendria de Souza (2013). A Defesa da Concorrência e a Concretização dos Princípios da Ordem Econômica Constitucional. **XXII Encontro Nacional do Conpedi/Unicuriitba, Direito e Economia**, 40 - 69, Curitiba, Brasil. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/unicuriitba/livro.php?gt=82>. Acesso em 03 jan. 2021.

FREITAS, Juarez. **Estudos de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

GICO JR, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 7-33, 2010. DOI: <http://dx.doi.org/10.18836/2178-0587/ealr.v1n1p7-33>.

GICO JR, Ivo Teixeira. Introdução à análise econômica do direito. *In*: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (coord.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 17-26. ISBN 978-85-450-0138-6.

GICO JR, Ivo Teixeira. **Cartel**: teoria unificada da colusão. São Paulo: Lex Editora, 2006.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 19. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GRAU, Eros. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: Editora RT, 1988.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2015.

ITALIA, Vittorio; LANDI, Guido; POTENZA, Giuseppe. **Manuale di diritto amministrativo**. 13. ed. Milão: Giufrè Editore, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Tomo I.

POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. 2. ed. México: FCE, 2007.

STIGLITZ, Joseph E.; WALSH, Carl E. **Introdução à microeconomia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. Contratações públicas e o princípio da concorrência. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013.

TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise econômica dos

contratos. *In*: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

TORRES, Rony Chaves Lopes de. **Leis de licitações públicas comentadas**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

Como citar: CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli; LIMA, Alexandre Augusto Batista de. Efeitos contratuais da formação de cartéis e combinação de preços no âmbito das licitações públicas: falhas de mercado e consequências para as contratações públicas. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 1, p. 188-212, abr. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n1p. 188. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 13/02/2021

Aprovado em: 19/04/2022