



## Tribunais de Contas podem atualizar controle de mecanismos de mercado

“MADAME NATASHA<sup>[1]</sup>

*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.”*

A nota do jornalista Elio Gaspari nos leva à reflexão sobre as 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 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.

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.

Nesse sentido, extraímos do artigo 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 12.349/2010, e no regime mais benéfico previsto na LC 123/2006.

Sob tal ótica ampliada, as licitações podem e devem ser manejadas como instrumento de regulação indutiva das condutas juridicamente desejáveis do mercado (como o 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 setor.

Mas não basta falar em “papel regulador” 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 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 e 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.

Com o advento da *internet*, a Administração Pública e os seus respectivos órgãos fiscalizatórios podem 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.

É 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 8666/1993 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.

### **Realidade oligopolista**

A realidade dos mercados, se deixada por si só, é tendente a refutar a mais ampla e isonômica competição e a ensejar ajustes que frustram os fins almejados pela Lei Geral de Licitações e pela própria Administração contratante.

Há dois extremos nos mercados: o monopólio, no qual apenas uma empresa vende um bem e não existem produtos similares substitutos e, no outro, a concorrência perfeita, na qual muitas firmas vendem bens e serviços que são perfeitamente substitutos entre si.

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 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 redução de preço lançando o setor num cenário indesejável a



---

todos os partícipes, qual seja: a guerra de preços.

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?

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 Smith<sup>[2]</sup>: “*Pessoas do mesmo negócio raramente se encontram, mesmo para alegria e diversão, mas a conversa termina em conspiração contra o público ou alguma maquinação para aumentar preços*”.

Nessa esteira é que Madame Natasha, citada por Elio Gaspari, tem razão quando aponta o consórcio assentido pela Lei 8666/1993 (art. 33) como mais um facilitador 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, o truste envolve arranjos societários que visam aumentar o poder econômico do agente e traz, 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 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. Agindo como monopólio, o cartel une as empresas que maximizam seus lucros através da fixação de cotas de produção e preços.

A 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, perceptível em diversas facetas<sup>[3]</sup>:

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;
- 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.

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 (artigo 170, IV), que deve ser perseguido pelo Estado, na forma do artigo 173, parágrafo 4º da CR/88.

Mas reprimir práticas oligopolistas nocivas e fomentar a livre concorrência não é função exclusiva dos órgãos especializados na defesa da ordem econômica propugnada pela nossa Constituição. 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. Com 20 anos de vigência, a Lei Federal 8666/1993 precisa ser confrontada com a sua atualidade, sem que isso signifique qualquer demérito para seu legado moralizante e padronizador (donde se extraí o seu máximo cuidado com a impessoalidade, a legalidade estrita e a publicidade).

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.

### **Desafios para os Tribunais de Contas**

Não se trata de buscar nova legislação, mas nova leitura para 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 dos vários meios já disponíveis para tal releitura. O caminho certamente passa pelo acompanhamento concomitante das licitações e contratos, em uma lógica de malha fina de informações e automatização de diagnóstico de falhas.

Como vimos, 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.

A prevenção dos casos de frustração do caráter competitivo das licitações e de lesão à economicidade dos contratos administrativos deve ser 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 a ponta do *iceberg*. 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 tais Cortes também precisam eleger prioridades na abordagem (ao invés da desgastante e impossível pretensão de controlar tudo), com critérios transparentes e eficazes de amostragem.

Não pode o Estado, na economia da veloz e interligada mudança tecnológica, principalmente por meio dos seus órgãos reguladores e fiscalizadores, continuar com seus surrados métodos burocráticos e ultrapassados, caminhando a passos de cágado para lidar com os sofisticados impasses causados pelos mercados oligopolistas.

Os órgãos de controle, sob pena de se tornarem o “ornato aparatoso e inútil” citado por Ruy Barbosa, devem se modernizar, adquirir agilidade, privilegiando os controles prévio e concomitante em detrimento do subsequente, quando o interesse público já foi lesionado.

Em síntese, a Administração Pública precisa reduzir a distância que a 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 de Gaudêncio Torquato<sup>[4]</sup>: “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.”

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

[2] A Riqueza das Nações (1776), Livro I, Capítulo 10, parte II.

[3] 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.



[4] Gaudêncio Torquato – O ESTADO NO PICO DA CRISE in O Estado de São Paulo, 06/10/2013, pg. A2

**Date Created**  
04/11/2013