



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

Seção: Artigos Científicos

O necessário controle de concentração de “teaming arrangements” no Brasil: uma proposta de alteração legislativa

*The necessary merger control of teaming arrangements in Brazil:
a proposal for legislative amendment*

Allan Fuezi Barbosa

Resumo: Teaming arrangements correspondem aos agrupamentos entre concorrentes com vistas à participação em licitações. Na legislação brasileira anterior, a figura era analisada pelo CADE como um ato de concentração, sendo necessária a aprovação pela entidade para a regularidade do contrato público. Atualmente, a Lei n. 12.529/2011 prevê expressamente que tal modalidade de acordo não representa um ato de concentração, mas isso não significa uma imunidade antitruste quanto às condutas. Assim, diante dos riscos atrelados à reunião de concorrentes sem uma análise antitruste, propõe-se o reenquadramento normativo para que haja a apreciação estrutural desse ato antes da contratualização com o Poder Público.

Palavras-chave: *Teaming arrangements*; controle de concentração; contratação pública; alteração legislativa.

Abstract: Teaming arrangements are alliances among competitors in order to participate in public procurements. In the previous legislation, CADE analyzed this sort of act as a merger, requiring approval by the body, for the regularity of the public contract. Currently, Law n. 12.529/2011 expressly provides that such modality of agreement does not represent a merger, but it does not mean an anti-trust exemption regarding to the practices. Therefore, taking into account the relevant risks to competitors' agreement without any antitrust scrutiny, we defend the legislative amendment in view to make feasible the structural appraisal of this act, before formalizing the contract with the Public Power.

Keywords: Teaming arrangements; merger control; public procurement; legislative amendment.

Disponível no URL: www.revistas.usp.br/rdda

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v6i1p58-71>

Artigo submetido em: novembro de 2018 / **Aprovado em:** janeiro de 2019.

O NECESSÁRIO CONTROLE DE CONCENTRAÇÃO DE “TEAMING ARRANGEMENTS” NO BRASIL: UMA PROPOSTA DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA

Allan Fuezi BARBOSA*

Sumário: 1 Introdução; 2 “Teamings arrangements”: aspectos gerais; 3 Do ato de concentração da Lei n. 8.884/1994 à desnaturação da Lei n. 12.529/2011; 4 A necessidade de reenquadramento normativo: dos riscos colusivos; 5 Conclusão; 6 Referências bibliográficas.

1. Introdução

Após o final da Guerra Fria, com a vitória do capitalismo sobre o socialismo soviético, os programas públicos de contratação, sobretudo em matéria de defesa, passaram a ter uma significativa redução em decorrência da concepção de necessidade de um Estado menos presente na sociedade (POLK, 1999, p. 416). Ao mesmo tempo, elevou-se a importância do componente tecnológico nos certames públicos, de modo que a demanda por novos produtos e serviços passou a ser atrelada ao mencionado desenvolvimento tecnológico (KOVACIC, 1989, p. 1061). Não obstante, as autoridades estatais passaram a exigir dos agentes econômicos a assunção de maiores custos e riscos para o desenvolvimento de novos sistemas, enquanto, concomitantemente, aumentaram o estímulo à concorrência nas contratações (KOVACIC, 1989, p. 1061-1062).

Destarte, no contexto acima descrito, uma das alternativas desenvolvidas pelos agentes econômicos com vistas à maximização dos seus ganhos e à minimização dos respectivos riscos de atuação no mercado de contratações públicas fora o estabelecimento de agrupamentos com os concorrentes. Até, porque esses agrupamentos viabilizam sobretudo a redução das barreiras tecnológicas por meio do compartilhamento, o que permite a obtenção de economias de escala e a divisão dos riscos associados com o desenvolvimento de altas tecnologias (POLK, 1999, p. 416). Essa solução, por sua vez, atenderia ao anseio estatal de apresentação de uma proposta mais vantajosa (“value for money”)¹, através da viabilização da participação de um maior número de concorrentes nas licitações “[...] for satisfying vital political preconditions for obtaining support for or participating in new programs” (KOVACIC, 1989, p. 1062).

* *Mestrando em Direito da Concorrência e da Regulação pela Universidade de Lisboa, com período sanduíche na Universidade de Bolonha (Itália). Investigador Associado ao Centro de Investigação de Direito Europeu, Económico, Financeiro e Fiscal - CIDEEF (Universidade de Lisboa). Pós-Graduado em Direito Europeu em Acção - A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (Instituto de Direito Europeu - Universidade de Lisboa). Pós-Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSal) e em Administração pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).*

¹ No Brasil, consagrado no art. 3º, da Lei n. 8.666/1993.

Apesar da inegável importância dos agrupamentos de competidores no mundo², como qualquer acordo entre concorrentes, deles decorrem implicações concorrenciais que podem ensejar um potencial maléfico à sociedade, maior do que os benéficos a esses correlatos. Assim, a despeito de a atenção das autoridades governamentais, seja do ponto de vista concorrencial ou das contratações públicas, ter maior direcionamento ao combate às colusões envolvendo “sale of off-the-shelf goods and services”³, torna-se fundamental, no Brasil, a atenção concorrencial⁴ a institutos como “teaming arrangement”, que será a base do presente estudo.

2. “Teamings arrangements”: aspectos gerais

A contratação entre empresas concorrentes com vistas ao atendimento de alguma demanda na sociedade pode ocorrer sob inúmeras nomenclaturas não pacificadas na doutrina, uma vez que, como indica Paula Forgioni (2013, p. 398), a legislação brasileira não é clara quanto a esse aspecto, ainda que se possa diferenciar, de acordo com classificação adotada por Salomão Filho (2007, p. 351 ss.), os acordos de cooperação das associações de empresas, como também das “joint ventures”.

Os primeiros estariam adstritos aos fatos concorrenciais sensíveis (preço, quantidade ou repartição do mercado), enquanto as segundas à atividade de uma fase do ciclo produtivo ou à mera prestação de serviço para o ciclo produtivo, que a doutrina comercialista poderia enquadrar como o consórcio interno, no qual “[...] il vantaggio del partecipante è quello di poter fruire dei servizi dell’associazione[...]” (ASCARELLI, 1955, p. 290). Já as “joint ventures”, as quais podem ser compreendidas de modo amplificado⁵, pela atuação de modo economicamente independente das empresas que lhes dão ensejo, são formatadas para a realização de uma atividade econômica coincidente ou não com as que delas participam.

Por sua vez, as “joint ventures” são segmentadas entre as cooperativas, sobre as quais se verifica um “efeito de grupo” (Gruppeneffekt⁶), daquelas que são concentracionistas, ou seja, assumem as atividades preexistentes das empresas originá-

² Nesse aspecto, no âmbito da União Europeia, o n. 2, do art. 19o., da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho dispõe sobre a possibilidade de “agrupamentos de operadores econômicos”, cuja participação nos certames independe de forma, o que apenas pode ser exigido após a adjudicação do contrato. Assim, no dizer de Graells (2015, p. 336-337), o ordenamento jurídico da EU permite expressamente “teaming and joint bidding”, o que implica obrigatoriamente na inclusão nos ordenamentos dos respectivos Estados-membros dessa possibilidade.

³ Acerca dos acordos ilegais entre concorrentes, ver Kovacic (1988, p. 529-530).

⁴ E, assim, como afirma Kovacic (1989, p. 1063) “[e]xpanded attention to joint enterprises will require more careful consideration of statutory, regulatory, institutional, and industry arrangements that are largely alien to antitrust policymakers, practitioners, and courts”. Vide, ainda, Chierichella (1988, p. 555 ss.).

⁵ Em uma conceituação ainda mais ampla, coteje-se à lição de Hovenkamp (2005, p. 3): “A joint venture is a form of organization in which two or more firms agree to cooperate in producing some input that they would otherwise have produced individually, acquired on the market, or perhaps would have done without”.

⁶ Ver Immenga e Mestmäcker (1992, p. 186) e, em outra perspectiva, Silva Morais (2013, p. 161-162).

rias, as quais deixam de atuar naquela atividade (SALOMÃO FILHO, 2007, p. 359-360). Logo, na seara dos mercados públicos, quando os agentes econômicos se unem com vistas à participação de um certame licitatório, observa-se um evento concentracionista, uma vez que a sua criação tem fundamento na realização de um empreendimento ou obra, mesmo que no mercado das controladoras, que não poderia ter sido posta em prática “[...] financeira ou tecnologicamente por qualquer de seus membros em separado” (SALOMÃO FILHO, 2007, p. 361).

Assim, há o desaparecimento da singularidade de seus consorciados do mercado de uma contratação pública específica ou, nas palavras de Salomão Filho (2007, p. 362), “[...] nas concentrações sua simples realização elimina a concorrência, pois implica o desaparecimento (ao menos do ponto de vista econômico) de um dos concorrentes [...]”. Nesse aspecto, a doutrina comercialista brasileira considera tal modalidade de “joint venture” como um consórcio, o qual Engrácia Antunes (1993, p. 67) considera como “[...] apenas uma simples associação pontual entre empresas autônomas, com um mero objectivo de cooperação, em regra temporária e limitada, de resto, a áreas muito concretas da actividade económica das empresas envolvidas [...]”, enquanto meio de organização comum sem personalidade jurídica (§ 1º, do art. 278, Lei n. 6.404/1976).

Destarte, em seguimento à compreensão comercialista, no âmbito das contratações públicas, por força da autorização concedida pelo art. 33, da Lei n. 8.666/1993, nota-se formalmente a possibilidade de estabelecimento de contratos entre concorrentes, direcionado à participação em licitações sob a modalidade de consórcio. Por óbvio, essa possibilidade de contratação com terceiros (*in casu*, a Administração Pública) restringir-se-ia à modalidade instrumental do consórcio (CARVALHO-SA, 1998, p. 343), ou seja, de natureza externa. Isso, “[p]erciò nei consorzi (con attività esterna) tra imprenditori il contenuto dell’obbligo del consorzio è analogo a quello del proponente nel contratto di agenzia (o secondo i casi, di commissione o di somministrazione con esclusiva) [...]” (ASCARELLI, 1955, p. 299) e, logo, “[...] os associados não se apresentam individualmente perante terceiros, mas por meio duma organização comum” (VENTURA 1981, p. 613).

Nesse passo, o consórcio entre concorrentes, com o objeto de fornecimento de produto ou de prestação de serviço, conjuntamente, para a Administração Pública, tem a natureza de atividade externa, com o correlato impedimento desses agentes econômicos – individualmente considerados – de participar como concorrentes nas licitações públicas em que apresentam propostas de modo consorciado. Esse fato, pois, enquadra-se na figura concentracionista das parcerias, uma vez que aqueles agentes consorciados são excluídos do mercado público de uma contratação específica.

⁷ Para tanto, deve-se atender às condições dispostas no referido artigo, ou o disposto na respectiva legislação de licitações, uma vez que a competência legislativa específica é de cada ente federativo, consoante o artigo 22, *caput* e inciso XXVII, da Constituição Federal de 1988.

Outrossim, partindo-se dessa compreensão de consórcio (sem personalidade jurídica) com atividade externa (perante à Administração Pública) para a participação em processos licitatórios, deve-se ultrapassar a definição ampla supramencionada de “joint venture concentracionista”⁸ com vistas à utilização de um termo mais apropriado para esse mercado específico, qual seja, o de “teaming arrangements”.

Essa denominação, defendida pela doutrina norteamericana, bem como no Federal Acquisition Regulation (FAR)⁹, consiste no fato de que há tão-somente uma regulação contratual para fins de participação em um certame público, sem a criação de uma outra entidade, como ocorre na maioria das vezes (POLK, 1999, p. 423), apesar do tratamento assemelhado dessa figura em comparação com a “joint venture”, mormente de viés concentracionista. Isso decorre do fato de que não deveria haver distinção, para a análise concorrencial, dessas figuras, uma vez que “[b]oth are evaluated using the same factors considered in determining the legality of a merger” (POLK, 1999, p. 437), a despeito de Kovacic (1989, p. 1060, nota de rodapé 2) entender que a escolha da estrutura do negócio pode afetar a forma de apreciação pelas autoridades competentes. O presente trabalho, pois, em razão da previsão destacada da figura na legislação brasileira, opta pela designação de “teaming arrangement”.

De todo modo, independentemente da designação utilizável para o instituto, o “teaming arrangement”, expressão similarmente adotada por parte da doutrina europeia (GRAELLS, 2015, p. 336), tem os seus fundamentos e justificativas lastreadas em variados ganhos de eficiência, “[...] including the spreading of technical and financial risk, the realization of scale economies in research and development, and the assembly of complementary technical expertise” (KOVACIC, 1989, p. 1086), com benefícios para os consorciados e para a Administração Pública¹⁰. De um modo geral, existem cerca de cinco benefícios pró-competitivos dessas cooperações empresariais, conforme elenco proposto por Kovacic (1989, p. 1098-1101), quais sejam:

⁸ Em defesa da perspectiva ampla, ver Kattan (1998, p. 937).

⁹ Na realidade norteamericana, as cooperações em contratações públicas são reguladas pelos estatutos normativos do *Sherman Act*, do *Clayton Act*, do *Federal Trade Commission Act* – todos de natureza concorrencial –, para além do *Federal Acquisition Regulation*, ainda que esse último diploma não faça uma clara distinção entre a “joint venture” e o “teaming arrangement”.

¹⁰ Algumas dos fundamentos dessa figura estão presentes na versão de 2005, do FAR (Estados Unidos), especialmente o n. 9.602: “*General. (a) Contractor team arrangements may be desirable from both a Government and industry standpoint in order to enable the companies involved to— (1) Complement each other’s unique capabilities; and (2) Offer the Government the best combination of performance, cost, and delivery for the system or product being acquired. (b) Contractor team arrangements may be particularly appropriate in complex research and development acquisitions, but may be used in other appropriate acquisitions, including production. (c) The companies involved normally form a contractor team arrangement before submitting an offer. However, they may enter into an arrangement later in the acquisition process, including after contract award.*”.

a) a busca por estruturas de negócios mais eficientes para satisfazer os requisitos do ente público contratante, como se observa em Kitch (1985, p. 964-965), especificamente sobre o setor de petróleo;

b) o aumento da capacidade competitiva de cada agente econômico envolvido diante da transferência de tecnologia e know-how, o que implica a redução de barreiras à entrada por conta da mitigação de eventuais vantagens comparativas nesse aspecto. Isso, para além da redução de barreiras à entrada e de mobilidade, o que aumenta o nível de rivalidade nos mercados públicos, como observado por Moody Jr. e Kruvant (1988, p. 281), segundo os quais “[...] that joint bidding tends to raise the number of bids received by the government. The lowering of entry barriers apparently more than offsets any cooption of rivals”;

c) economias de escala em pesquisa e desenvolvimento (P&D), que são muito custosos, evitando-se, assim, a duplicação de esforços;

d) dissolução do risco financeiro relacionado a inúmeros projetos atuais e futuros (BRODLEY, 1982, p. 1570-1571 e KITCH, 1985, p. 963);

e) redução das barreiras políticas e regulatórias que desincentivam a participação de empresas estrangeiras em certames públicos, já que, nas palavras de Kovacic (1989, p. 1101), “[f]irms with the technical and financial capability to bid independently may find that their only path to participation in a sheltered domestic market is an alliance with a domestic firm”.

Por outro lado, como um contrato firmado entre competidores, o “teaming arrangement”, pela sua natureza concentracionista, implica a imposição de limites à utilização em licitações, o que, para Graells (2015, p. 340), é fundamental para não ocorrência de distorções competitivas diretas nos processos de contratação pública, como a proibição de um membro fazer parte de mais de um consórcio para o mesmo projeto, ou mesmo competir individualmente com este, entre outras hipóteses. Afinal, nas considerações de Paula Forgioni (2013, p. 398-399), apesar dos consorciados não perderem a autonomia decisória, podem ter “[...] sua liberdade limitada na medida em que se vinculam para consecução de escopo comum”, o que pode “[...] alterar as condições de mercado e, nessa medida, objeto de preocupação antitruste”.

Isto posto, deve-se observar de que modo o ordenamento jurídico brasileiro trata essa figura, desde a legislação anterior até os dias atuais, com vistas ao desenvolvimento de posicionamento mais adequado sobre a questão.

3. Do ato de concentração da Lei n. 8.884/1994 à desnaturação da Lei n. 12.529/2011

Primeiramente, é importante notar que o corrente regime geral das licitações no Brasil (criado em 1993) existe antes mesmo da vigência da Lei n. 8.884/1994 (lei concorrencial anterior à atual), inclusive quanto à possibilidade de participação de consórcios nos procedimentos de contratação pública (“teaming arrangements”). Esse fato se deve, provavelmente, à necessidade de intensificação da competição pelo incremento no número de participantes. Conforme lecionam Moody Jr. e Kruvant (1988, p. 284), “[...] while joint bidding reduces the number of solo bidders on a given tract, it increases the total number of independent bids by reducing the cost and risk of bidding”.

Ocorre que, com a lei antitruste de 1994, por força de seu art. 54, os contratos relativos à constituição dos consórcios deveriam ser aprovados pelo CADE, diante do preceito da doutrina mundial de que “[...] a competition law perspective seems to be that teaming and joint bidding must contribute to intensifying competition within the tender while not generating significant competitive distortions in the market” (GRAELLS, 2015, p. 339). Naquele contexto, entretanto, o prazo dessa submissão (para as hipóteses de compulsoriedade dos atos em comento) era de até quinze dias úteis de sua realização, pelo que se designava de controle *a posteriori* dos atos de concentração, quando era “[...] inconteste, contudo, a contradição entre o regime de autorização escolhido pelo artigo 54 e a finalidade preventiva da lei contida no seu artigo 1º” (ANDRADE, 2002, p. 311).

Nesse sentido, importante destacar que a obrigatoriedade de submissão dos consórcios em licitações era evidente, quando atendidos os demais requisitos normativos, tanto que o CADE (2007) editou a Súmula n. 3 para regular o termo inicial para a contagem do prazo para a submissão da concentração relativa à contratação pública, nos seguintes termos:

Nos atos de concentração realizados com o propósito específico de participação em determinada licitação pública, o termo inicial do prazo do art. 54, § 4º, da Lei 8.884/94 é a data da celebração do contrato de concessão.

Assim, dever-se-ia aprovar os atos de concentração relativos aos contratos firmados para a participação de concorrentes, conjuntamente, em processos licitatórios, desde que atendidos os imperativos do § 1º. do art. 54, quanto à eficiência, desenvolvimento tecnológico, produtividade, qualidade dos bens e serviços, entre outros.

Com o advento da Lei n. 12.529/2011, em matéria dos atos de concentração, verificou-se inúmeras inovações positivas (artigos 88, caput, e 90), sobretudo a partir da

obrigatoriedade de submissão prévia de alguns desses atos ao CADE¹¹, obrigatoriedade que pode ser considerada como uma cláusula suspensiva tácita, na conformidade do art. 125, do Código Civil Brasileiro (FORGIONI, 2013, p. 420). Isso, de acordo com Oliveira e Rodas (2013, p. 112) enseja muitos benefícios relacionados à não concretização dos efeitos negativos, à segurança jurídica e à desnecessidade de custeamento de uma desconstituição da concentração.

Entretanto, para efeitos de “teaming arrangements”, ensejou-se uma mudança significativamente temerosa. A partir da nova legislação, excepcionou-se da espécie de ato de concentração o caso de empresas que celebram contratos associativos, consórcios ou joint ventures destinados às licitações públicas. Nesse aspecto, ver o parágrafo único, do art. 90, in verbis:

Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do caput, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes.

Com efeito, sequer o CADE poderia fazer jus à faculdade de requerimento de submissão dos atos de concentração que não se enquadrem no disposto no art. 88 – no prazo de um ano, a contar da respectiva data de consumação (§ 7º, art. 88, Lei n. 12.529/2011) –, de modo que as empresas partícipes do ato não se submetem a qualquer controle na formação de estruturas de “teaming arrangements”, mesmo que com implicações na livre concorrência. Afinal, trata-se de uma desnaturação da figura que poderia atender a todos os requisitos para constituir um ato de concentração, mas não o é por determinação legal, o que, aprioristicamente, poderia ser considerada como uma “imunidade concorrencial”.

Entretanto, a consideração da existência de uma “imunidade” antitruste para o setor de contratação pública é equivocada, uma vez que a desqualificação do ato como concentracionista para fins concorrenciais não o exime de eventual apreciação, enquanto conduta anticompetitiva, porquanto “[...] there is no antitrust immunity even if the Government encourages the alliance” (POLK, 1999, p. 447), o que pode ser ratificado pelo art. 36 da Lei Antitruste atual. Observa-se semelhante previsão sobre a possibilidade de enquadramento como conduta anticompetitiva no sistema concorrencial da União Europeia, como afirma Graells (2015, p. 338):

In this regard, teaming and joint bidding must be seen as instances of collaboration between undertakings and, consequently, should be prohibited if they have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition (ex art 101(1) TFEU), unless (i) they meet the requirements for the legal exemption of article

¹¹ Como os volumes de negócios dispostos nos incisos do art. 88, com as alterações realizadas pela Portaria Interministerial (do Ministério da Justiça e do Ministério da Fazenda) n. 94/2012 e, no caso de grupos econômicos, o quanto disposto no art. 4º, da Resolução do CADE n. 2, de 2012.

101(3) TFEU, (ii) they can be considered de minimis, or (iii) they are otherwise exempted from the general prohibition.

No mesmo sentido acerca da possibilidade de verificação de uma prática anticoncorrencial decorrente da formação de um agrupamentos empresariais, coteje-se o julgamento, pelo Bundeskartellamt, do Fusionskontrollverfahren B7-31/14, por meio da qual se reconheceu, no título III da decisão, que a revisão de um ato de concentração não seria objeto do dispositivo relativo à concentração empresarial (§ 36, n. 1, do GWB), mas da regra atinente à conduta, seja alemã (§ 1 GWB) e/ou da União Europeia (101.^o, n.^o 1, do TFUE), as quais podem ser aplicadas simultaneamente.

Nesse aspecto, torna-se relevante observar os fundamentos de uma eventual modificação legislativa, uma vez que a figura anticompetitiva mais danosa – a conduta – pode ocorrer, a despeito da impossibilidade de consideração de um ato tipicamente concentracionista como tal. Seguindo-se a visão mundial de que “[...] from an economic point of view, the competition fact of public procurement has been a largely neglected area of study” (GRAELLS, 2015, p. 61), parece que a formulação normativa ora vigente no Brasil menosprezou o potencial lesivo dos “teaming arrangements”.

4. Necessidade de reenquadramento normativo: dos riscos colusivos

Historicamente, os consórcios – instrumento previsto na lei de licitações para a formalização dos “teaming arrangements” –, quando utilizados como meios de normatização da concorrência recíproca da atividade externa, eram denominados de “carteis”, a despeito de não denotar à época um ilícito. Nesse sentido, o instituto era considerado por Ascarelli (1955, p. 291), quando da legislação italiana anterior, da seguinte forma:

I contratti che disciplinano la concorrenza sono invero tutti normativi, e normativi esterni secondo la terminologia sopra proposta, perchè tutti disciplinano contratti che la parte vincolata concluderà con terzi (limitandone il prezzo o l'oggetto e via dicendo); disciplinano poi la concorrenza reciproca i consorzi e i cartelli (contratti plurilaterali).

Destarte, ainda que a concepção hodierna do consórcio seja para uma forma de organização comum¹², os riscos atrelados à formação desses carteis, ora tidos como ilegais pelas normas da concorrência, estão evidentes diante da redução dos custos de cartelização. Hovenkamp (2005, p. 30) explana que:

“The existence of the venture may reduce the costs of collusion by giving members an opportunity to communicate, standardize prod-

¹² Atualmente, o art. 2602 do *Codice Civile* o consórcio instituiria uma forma de “*organizzazione comune*”, ao invés de regulação da concorrência recíproca.

ucts or sales terms, or do other things that make collusion less costly. As a result, the market power inquiry in joint activity cases need not be as elaborate as in a monopolization case”.

Logo, como leciona Hovenkamp (2005, p. 19), as “joint ventures” podem violar as normas concorrenciais, “[...] when they permit the participants to reduce marketwide output, increase prices, diminish innovation, reduce product quality, or exclude rivals in ways that are detrimental to economic competition”. Particularmente em relação às regras concorrenciais em licitações, a despeito de ser um mercado específico, nota-se a presença dos mesmos aspectos capazes de geração de distorções no mercado, com resultados sub-ótimos ou ineficientes (GRAELLS, 2015, p. 64), como verificados em inúmeros estudos de organismos internacionais, como o da OCDE (2016, p. 49). Ou seja, o teaming arrangement, enquanto figura que concentra os concorrentes no mercado, deveria presumir a necessidade de submissão ao CADE do contrato balizador da formação do consórcio como um ato de concentração empresarial, mas a legislação brasileira assim não entende.

Dessa maneira, como a potencialidade de efeitos danosos dos “teaming agreements” assemelha-se aos demais mercados, presume-se que a legislação em vigor se rendeu, quanto à política brasileira de análise horizontal, aos comentários distorcidos de que a “hostilidade” da implementação da análise concorrencial supostamente subestimaria os benefícios econômicos que os agrupamentos entre agentes econômicos podem gerar, bem como a facilitação inventiva desses consórcios, sem contar o melhor posicionamento das empresas nacionais em comparação com os concorrentes estrangeiros (KOVACIC, 1989, p. 1112-1113). Há que se observar, também, a possibilidade de argumentação de que a autoridade pública contratante poderia verificar o risco de ocorrência de alguma prática lesiva pelos concorrentes, o que dispensaria a apreciação pelo CADE.

Esses argumentos, de grande viés retórico, contudo, não se sustentam na prática, uma vez que a liberação total dos “teaming agreements”, tal como ocorre hoje na legislação brasileira, apenas fomenta o desenvolvimento de agrupamentos que darão ensejo, quando já não são formados com essa finalidade, à prática de cartéis, muitos dos quais seriam prontamente rejeitáveis pela autoridade concorrencial, na hipótese de uma análise estrutural. Não se pode considerar que uma autoridade responsável pela contratação pública teria o instrumental necessário à verificação do cometimento de um ilícito concorrencial. Como leciona Kovacic (1989, p. 1072):

The antitrust statutes and public procurement statutes and regulations establish a mix of public and private enforcement regimes to ensure compliance with the legal competition rules governing cooperative ventures. Each system provides a distinctive set of remedies to deter and punish prohibited conduct.

Sob a atual legislação brasileira, por exemplo, no Processo Administrativo nº 08012.008184/2011-90, julgado em 09 de abril de 2015, de relatoria do Conselheiro Gilvandro Araújo, especialmente nos parágrafos 83 a 85, comprovou-se que as empresas integrantes de consórcio para participação de licitações na área de prestação de serviço de radares de vias públicas eram compostas por sócios com relações familiares, algumas delas com mesmo representante legal. A partir desse caso, pois, nota-se que um mero escrutínio concorrencial ensejaria a suspeita de uma eventual formação de um cartel, uma vez que o CADE teria a competência e disporia da capacidade técnica para a verificação do cometimento de infração à ordem econômica, ainda que considerado como regular pelo Tribunal de Contas do Estado, a teor do que fora decidido no referido processo, com os fundamentos constantes no parágrafo 28.

Nesse sentido, como forma de prevenção das perdas de orçamento público em detrimento de eventual prática de condutas anticompetitivas decorrentes de uma contratação questionável de alguns consórcios empresariais em determinadas licitações, importa construir (e reformular) um sistema licitatório mais orientado à competição (GRAELLS, 2015, p. 77). No caso em estudo, essa modificação pode ocorrer através de uma análise concorrencial prévia do contrato celebrado entre os agentes econômicos, independentemente de outras searas administrativas, porquanto ao CADE compete, primariamente, a tutela da institucionalidade da concorrência no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, a importância de uma análise concorrencial pelo CADE não estaria apenas em proibir o agrupamento acaso seja notadamente danoso à concorrência, mas também em estruturar a operação, de modo a mitigar os riscos anticompetitivos atrelados ao consórcio, por meio de salvaguardas em relação à duração do empreendimento (KOVACIC, 1989, p. 1098), bem como à independência dos preços e à possibilidade de saída dos membros (BRODLEY, 1982, p. 1547-1550 e GRAELLS, 2015, p. 340). Adotadas tais medidas, o “teaming agreement” tem grande possibilidade de êxito, mormente em circunstâncias nas quais o objeto contrato tem alto custo, o alcance do requisito tecnológico depende da utilização da expertise complementar de cada consorciado e a cooperação entre as empresas não pode ocorrer de meio menos drástico (POLK, 1999, p. 445).

Por outro lado, a despeito da análise concorrencial de todas as circunstâncias importantes para fins da disciplina poder suscitar a aprovação direta do contrato entre concorrentes, ou mesmo a readequação do seus termos, a mudança legislativa ora proposta igualmente deve ensejar eventual proibição pelo CADE¹³. De todo modo, a decisão, em qualquer hipótese, deve ocorrer sob a “rule of reason”, com fundamento no market share das empresas combinadas, na substitutibilidade do produto no mercado, na elevação de índices de concentração no mercado relevante

¹³ Nos EUA, ver o caso *Brown Shoe Co. V. United States*, 370 U.S.294 (1984).

em causa, na facilidade de entrada no mercado, bem como nas eficiências criadas pelo agrupamento (POLK, 1999, p. 418). Segundo Polk (1999, p. 427), também deve-se observar a estrutura da indústria, os fatos peculiares da operacionalização das empresas nessa indústria, inclusive com os respectivos poderes de mercado, para além da história da duração da restrição e a sua racionalidade¹⁴.

Nas palavras de Hovenkamp (2005, p. 32):

“In sum, the scope of the Market power inquiry must dwell on the potential for incremental gains from collusion. If the venture creates no economies whatsoever but promises only gains from collusion, then high formation costs will make its creations less likely”¹⁵.

Dessa forma, o contexto nacional de desenvolvimento de um ambiente competitivo para as licitações enseja a superação da norma disposta no parágrafo único, do artigo 90 da atual Lei da Concorrência. Isso, porque a análise concorrencial prévia dos contratos de consórcio firmados entre os agentes econômicos licitantes (“teaming arrangements”) poderá viabilizar um contexto com menor potencialidade de ocorrência de condutas anticompetitivas decorrentes do relacionamento entre concorrentes.

Todavia, isso não representará uma proibição generalizada dos contratos firmados, porquanto ocorrerá sob a égide da flexível “rule of reason”, de modo que o instrumento apenas será rejeitado na hipótese de impossibilidade de readequação na conformidade das exigências do CADE. Esta autarquia, por sua vez, já tem o procedimento lastreado na flexibilidade de análise dos atos de concentração, conforme o disposto na Resolução n. 2/2012 do referido Conselho, a qual apenas ensejará mudanças pontuais para a contemplação de especificidades dos mercados públicos.

Enfim, como a atual disposição normativa impõe uma regra de notificação prévia dos atos de concentração que se enquadrem na normatização concorrencial para esses casos, entende-se que, diferentemente da ora descontextualizada Súmula 3 do CADE, os atos devem ser notificados entre o anúncio do vencedor e a assinatura do contrato público pelos agentes em questão. Isso se deve ao fundamento de uma interpretação extensiva do § 2º do artigo 33 da Lei de Licitações, pois “[o] licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo” (BRASIL, 1993), o que implica o atendimento à imposição de antecedência da análise pela autarquia.

¹⁴ Ver, ainda, o julgamento da Suprema Corte, no caso *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting Sys., Inc.*, 441 U.S. 1, 20, 24 (1979).

¹⁵ Para tanto, coteje-se ao julgamento norteamericano da Suprema Corte, no caso *NCAA v. Board of Univ. of Okla.*, 468 U.S. 85 (1984).

Em todo caso, salienta-se que, para cada nova licitação em que determinados agentes participem, ainda que com os mesmos consorciados e para a igual entidade pública, deverá haver uma nova submissão do ato de concentração ao CADE. A necessidade de submissão de cada ato de concentração consorcial mesmo que das mesmas empresas, inclusive, já tem previsão na legislação alemã, com fundamento no n. 2, § 37, GWB, porquanto cada hipótese corresponde a um potencial colusivo distinto, a ser verificado pela autoridade da concorrência.

5. Conclusão

Há uma grande relevância na permissão de “teaming agreements” em certames públicos, seja para a consecução dos objetivos da Administração Pública, como também dos agentes econômicos. Ocorre que, como qualquer contrato firmado entre competidores de um mercado em causa, acaba por ensejar preocupações concorrenciais, notadamente pelo desenvolvimento de um meio propício à colusão.

Nesse sentido, a despeito da anterior legislação concorrencial brasileira ter previsto o controle, pelo CADE, dos atos de concentração dos consórcios licitatórios, inclusive com previsão sumulada específica para a contagem de prazo, o novo diploma legal desnaturou expressamente essa figura do rol de possibilidades de configuração de um ato de concentração, para fins da mencionada lei. Isso, por sua vez, não deu ensejo a uma imunidade concorrencial, porquanto o respectivo relacionamento estabelecido entre os competidores, através do contrato de agrupamento, poderia ser submetido a uma análise de conduta anticompetitiva, por conta da possibilidade do cometimento de alguma infração concorrencial.

Dessa maneira, diante da clara possibilidade de ocorrência de práticas anticompetitivas gravosas, propõe-se a necessidade de uma reforma legislativa, de modo a reincluir no microsistema concorrencial brasileiro a figura do “teaming agreement” como um ato de concentração, passível de controle estrutural. Logo, para todo ato – in casu, contrato – firmado para a participação conjunta de concorrentes em contratações públicas, desde que atendidos os demais requisitos firmados na normatização concorrencial, deverá haver o imperativo de submissão à apreciação pelo CADE, o qual poderá, sob os parâmetros da “rule of reason”, sugerir alterações no instrumento, aprová-lo de plano, ou rejeitá-lo.

6. Referências bibliográficas

ANDRADE, Maria Cecília. *Controle de concentrações de empresas: estudo da experiência comunitária e a aplicação do artigo 54 da Lei 8.884/94*. São Paulo: Singular, 2002.

ANTUNES, José A. Engracia. *Os grupos de sociedades*. Coimbra: Almedina, 1993.

ASCARELLI, Tullio. *Saggi di Diritto Commerciale*. Milão: Giuffrè, 1955.

BRASIL, República Federativa do. *Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993*.

- _____. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011.
- BRODLEY, Joseph F. *Joint ventures and antitrust policy*. In: Harvard Law Review, vol. 95, n. 7, 1982, p. 1521-1590.
- CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, tomo II, vol. 4. São Paulo: Saraiva, 1998.
- CHIERICHELLA, John W. *Antitrust Considerations Affecting Teaming Agreements*. In: Antitrust Law Journal, vol. 57, n. 2, 1988, p. 555-562.
- ECONÔMICA, Conselho Administrativo de Defesa. *Súmula 3*, de 21 de setembro de 2007, publicada no Diário Oficial da União nº 183, Seção 1, página 32.
- ECONÔMICO, Organização para a Cooperação e Desenvolvimento. *Fighting bid rigging in public procurement: Report on implementing the OECD Recommendation*. Paris: OCDE, 2016.
- FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 6ª. Ed. São Paulo: RT, 2013.
- GRAELLS, Albert Sánchez. *Public procurement and the EU competition rules*. 2a ed. Oxford: Hart, 2015.
- HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust Law: an analysis of antitrust principles and their application*, vol. XIII, 2a. ed. Nova Iorque: Aspen, 2005.
- IMMENGA U.; MESTMÄCKER, E. J. *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: Kommentar*. Munique: Beck, 1992.
- KATTAN, Joseph. *Antitrust analysis of technology joint ventures: allocative efficiency and the rewards of innovation*. In: Antitrust Law Journal, vol. 61, n. 3, 1993, p. 937-973.
- KITCH, Edmund W. *The Antitrust Economics of Joint Ventures*. In: Antitrust Law Journal, vol. 54, n. 1985, p. 957.
- KOVACIC, William E. *Antitrust Analysis of Joint Ventures and Teaming Arrangements Involving Government Contractors*. In: Antitrust Law Journal, American Bar Association, vol. 58, n. 3, 1989, p. 1059-1115.
- _____. *Illegal Agreements with Competitors*. In: Antitrust Law Journal, vol. 57, n. 2, 1988, p. 517-541.
- MOODY JR., C. E.; KRUVANT, W. J. *Joint bidding, entry, and the price of OCS leases*. In: The RAND Journal of Economics, vol. 19, n. 2, 1988, p. 276-284.
- MORAIS, Luís Silva. *Joint ventures and EU Competition Law*. Oxford: Hart, 2013.
- OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. São Paulo: RT, 2013.
- POLK, Wendy A. *Antitrust implications in government contractor joint venture and teaming combinations*. In: Public Contract Law Journal. Vol. 28, n. 3, primavera 1999, p. 415-448.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. 3^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

VENTURA, Raul. *Primeiras notas sobre o contrato de consórcio*. In: Revista da Ordem dos Advogados, ano 41, 1981, p. 609-649.