

Consórcios empresariais em licitações de obras públicas: riscos concorrenciais e desafios regulatórios

Business Consortia in Public Works Procurement: Competitive Risks and Regulatory Challenges

Consortcios empresariales en licitaciones de obras públicas: riesgos competitivos y desafios regulatorios

Grupo temático 02 - Finanças Públicas e *Accountability*

Andrea Lúcia Freire do Nascimento, Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP).

Carolina Helena Coelho Antunes Fontes, Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP).

RESUMO

A utilização de consórcios empresariais em licitações de obras públicas apresenta caráter ambíguo no ordenamento jurídico brasileiro. Embora sejam reconhecidos como instrumentos de viabilização de contratos complexos e de ampliação da concorrência, tais arranjos também podem facilitar práticas colusivas em mercados concentrados. O artigo analisa os riscos concorrenciais associados à formação de consórcios em contratações públicas de infraestrutura, à luz do Direito Administrativo Sancionador e da defesa da concorrência. Com base em análise qualitativa da legislação, da prática decisória do Cade e de diretrizes internacionais, identificam-se fragilidades regulatórias relacionadas à governança, à transparência e à responsabilização dos consorciados. Ao final, são propostas diretrizes voltadas à mitigação desses riscos, com vistas ao fortalecimento da integridade e da concorrência nas contratações públicas.

Palavras-chave: Consórcios empresariais; Contratações públicas; Concorrência; Direito Administrativo Sancionador; Obras públicas de infraestrutura.

ABSTRACT

The use of business consortia in public works procurement displays an ambiguous character within the Brazilian legal framework. Although recognized as legitimate instruments for enabling complex contracts and expanding competition, such arrangements may also facilitate collusive practices in concentrated markets. This article examines the competitive risks associated with the formation of consortia in public infrastructure procurement, in light of Administrative Sanctioning Law and competition policy. Based on a qualitative analysis of procurement legislation, Cade's decisional practice, and international guidelines, the study identifies regulatory weaknesses related to governance, transparency, and the allocation of responsibility among consortium members. Finally, the article proposes regulatory guidelines aimed at mitigating these risks and strengthening integrity and competition in public procurement.

Keywords: Business consortia; Public procurement; Competition; Administrative Sanctioning Law; Public infrastructure works.

RESUMEN

La utilización de consorcios empresariales en licitaciones de obras públicas presenta un carácter ambiguo en el ordenamiento jurídico brasileño. Aunque son reconocidos como instrumentos para viabilizar contratos complejos y ampliar la competencia, tales arreglos también pueden facilitar prácticas colusorias en mercados concentrados. El artículo analiza los riesgos competitivos asociados a la formación de consorcios en contrataciones públicas de infraestructura, a la luz del Derecho Administrativo Sancionador y del derecho de defensa de la competencia. Con base en un análisis cualitativo de la legislación, de la práctica decisoria del Cade y de directrices internacionales, se identifican fragilidades regulatorias relacionadas con la gobernanza, la transparencia y la responsabilidad de los consorciados. Finalmente, se proponen directrices orientadas a la mitigación de estos riesgos, con miras al fortalecimiento de la integridad y de la competencia en las contrataciones públicas.

Palabras clave: Consorcios empresariales; Contrataciones públicas; Competencia; Derecho Administrativo Sancionador; Obras públicas de infraestructura.

1. Introdução:

A utilização de consórcios empresariais nas contratações públicas brasileiras apresenta uma natureza ambígua. De um lado, eles cumprem uma função legítima ao possibilitar que empresas que sozinhas não teriam porte técnico ou financeiro se unam para disputar grandes contratos, viabilizando a execução de obras de alta complexidade técnica e elevada exigência financeira. De outro, a experiência administrativa e a jurisprudência concorrencial têm demonstrado que esse arranjo também pode funcionar como mecanismo de coordenação anticompetitiva, facilitando práticas colusivas e divisão de mercado, especialmente em setores concentrados como o de obras públicas de infraestrutura. Trata-se de tema diretamente relacionado à eficiência do gasto público e aos mecanismos de *accountability* nas contratações estatais.

Essa ambivalência apresenta desafios relevantes para a atuação do Estado tanto no plano da contratação pública quanto no âmbito da defesa da concorrência. No campo do antitruste, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) tem identificado a utilização estratégica de consórcios como instrumento de viabilização de cartéis em licitações, notadamente em mercados caracterizados por barreiras à entrada, repetição de certames e interação frequente entre os mesmos agentes econômicos. Diversas investigações conduzidas pelo Cade, especialmente no contexto da Operação Lava Jato, reforçam esse diagnóstico ao evidenciar que, em diversos casos, consórcios podem ser usados para simular disputa em licitações de grande vulto. Esses episódios evidenciam impactos relevantes sobre integridade e a qualidade do gasto público. No plano das contratações públicas, por sua vez, a Lei nº 14.133/2021 reforçou o papel da Administração como gestora de riscos contratuais, atribuindo maior responsabilidade na prevenção, detecção e repressão de condutas que comprometam a competitividade e a eficiência das contratações. Porém, note-se que a nova Lei de Licitações manteve a previsão legal dos consórcios, mas deixou lacunas relevantes em relação a mecanismos de controle, governança e responsabilização, o que repercute diretamente sobre a economicidade e a transparência nas contratações públicas. Sem diretrizes claras, abre-se espaço para que o instituto seja instrumentalizado em práticas colusivas, dificultando a entrada de novos concorrentes e criando uma aparência de falsa competição.

Nesse contexto, ganha centralidade o debate acerca da atividade administrativa sancionatória nos contratos públicos, especialmente quanto à função das sanções administrativas como instrumentos de gestão e de indução de comportamentos conformes ao interesse público. A doutrina contemporânea do Direito Administrativo Sancionador tem se afastado progressivamente da concepção tradicional de sanção como resposta automática e meramente repressiva à infração, passando a compreendê-la como ferramenta regulatória inserida em uma estratégia mais ampla de governança pública, orientada por critérios de eficiência, proporcionalidade e efetividade (Voronoff, 2019). Como destaca a literatura de análise econômica das licitações e contratos administrativos, sanções mal calibradas podem reduzir o número de participantes aptos a competir em futuros certames, aumentar custos de transação e, paradoxalmente, reforçar estruturas de mercado mais propícias à colusão (Nóbrega; Camelo; Torres, 2022).

Destarte, o presente artigo analisa os riscos regulatórios associados à permissão de consórcios em licitações de obras públicas, articulando as diretrizes do Direito Administrativo Sancionador e da defesa da concorrência. Parte-se da premissa de que os consórcios possuem natureza ambígua, pois são simultaneamente instrumentos legítimos de viabilização contratual e potenciais vetores de práticas colusivas, o que exige abordagem regulatória sofisticada. Assim, o artigo examina e propõe diretrizes regulatórias capazes de mitigar as distorções observadas na prática investigatória do Cade. A proposta não se limita a identificar falhas normativas, mas também indica caminhos para fortalecer a integridade concorrencial e ampliar a transparência nos processos de contratação pública.

Diante desse quadro, o artigo busca responder à seguinte pergunta de pesquisa: em que medida o regime jurídico atualmente aplicável à formação de consórcios empresariais em licitações de obras públicas de infraestrutura é capaz de mitigar riscos concorrenciais e quais fragilidades regulatórias podem ser identificadas a partir da prática investigatória do Cade? Parte-se da hipótese de que ausência de diretrizes claras de governança, transparência e responsabilização nos consórcios empresariais favorece práticas anticompetitivas, perpetua estruturas oligopolizadas e reduz a efetividade das licitações públicas como instrumentos de promoção da concorrência. Metodologicamente, adota-se abordagem qualitativa, de natureza jurídico-institucional e analítica, baseada na revisão da legislação de contratações públicas, no exame da doutrina especializada, na análise de

decisões e documentos institucionais do Cade relativos a cartéis em licitações de obras de infraestrutura, bem como em diretrizes internacionais sobre contratações públicas e cooperação entre concorrentes. A partir desse percurso analítico, o artigo identifica fragilidades regulatórias e propõe um conjunto de diretrizes voltadas à mitigação de riscos concorrenciais associados aos consórcios empresariais, com foco no fortalecimento da integridade, da transparência, da concorrência e da eficiência do gasto público nas contratações públicas de infraestrutura.

2. Referencial Teórico

2.1. Consórcios empresariais: função econômica e jurídica

Os consórcios empresariais constituem instrumento jurídico tradicionalmente admitido no ordenamento brasileiro como forma de cooperação entre empresas para a realização de empreendimentos de maior porte ou complexidade. No âmbito das contratações públicas, especialmente em obras de infraestrutura, à luz da análise econômica das licitações, a constituição de consórcios pode funcionar como mecanismo capaz de ampliar a participação de agentes econômicos, permitir a reunião de capacidades técnicas e financeiras complementares e viabilizar a participação de empresas que, isoladamente, não atenderiam aos requisitos do certame. (Nóbrega; Camelo; Torres, 2022; OECD, 2009; European Commission, 2023).

A legislação brasileira referente a licitações tradicionalmente permite a formação de consórcios, considerando os mecanismos legítimos de integração de capacidades técnicas e financeiras entre empresas para a execução de contratos públicos de maior complexidade. A possibilidade de formação de consórcios, presente desde a Lei nº 8.666/1993 (art. 33), foi mantida e ampliada pela nova Lei nº 14.133/2021 (art. 15), que apresenta diretrizes mais contemporâneas de governança nas contratações públicas (Brasil, 2021). A lógica do consórcio parte da premissa de que empresas que não possuem, individualmente, todos os requisitos técnicos, operacionais ou financeiros, podem se associar e, com isso, terem condições de concorrer com os *players* consolidados e de maior porte econômico – o que deveria promover, em tese, maior concorrência, levando a uma competição por preços mais acirrada (Justen Filho, 2021).

Sob a perspectiva econômica, a literatura sobre contratações públicas reconhece que a formação de consórcios ou *joint bidding* pode funcionar como instrumento de eficiência ao permitir a redução de custos de transação, a agregação de capacidades produtivas e financeiras e a ampliação do número de ofertantes efetivos, especialmente em contratos complexos de infraestrutura (OECD, 2011; OECD, 2009). Em mercados marcados por economias de escala e escopo, a cooperação entre empresas pode gerar ganhos de eficiência alocativa e produtiva, viabilizando propostas que não seriam apresentadas isoladamente (Motta, 2004), em consonância com a análise econômica das licitações desenvolvida por Nóbrega, Camelo e Torres (2022).

Ou seja, originalmente, os consórcios foram concebidos como instrumento para ampliar a competição, permitindo que empresas de pequeno e médio porte, sem estrutura técnica ou financeira suficiente, unissem esforços para disputar contratos públicos de maior envergadura. Essa configuração, ao reunir competências distintas e repartir riscos contratuais, tinha potencial para democratizar o acesso às contratações públicas, estimular a diversidade de fornecedores e induzir práticas mais eficientes e inovadoras nas contratações públicas.

Entretanto, a admissão jurídica dos consórcios não é acompanhada, na Lei nº 14.133/2021, de um conjunto robusto de regras específicas voltadas à governança interna, à transparência das relações entre os consorciados ou à responsabilização individual em caso de infrações concorrenciais. Embora a legislação trate da responsabilidade solidária dos integrantes do consórcio perante a Administração, ela pouco avança no enfrentamento dos riscos concorrenciais associados à cooperação entre empresas potencialmente rivais, sobretudo quando se trata de mercados concentrados e com reduzido número de *players* aptos a disputar contratos de grande vulto.

Essa lacuna regulatória assume especial relevância quando se considera que o consórcio, enquanto forma de coordenação entre concorrentes, pode extrapolar sua função legítima de viabilização da execução do objeto da licitação e passar a operar como mecanismo de restrição à concorrência. A literatura antitruste destaca que acordos de cooperação horizontal, quando não devidamente delimitados, podem facilitar a troca de informações sensíveis, a coordenação de estratégias comerciais e a divisão de mercados, reduzindo a incerteza competitiva que caracteriza ambientes concorrenciais efetivos (Motta, 2004).

2.2. O mercado brasileiro de engenharia e construção civil e os riscos concorrenciais relacionados à formação de consórcio.

O mercado brasileiro de engenharia e construção civil possui um conjunto de características estruturais que influencia diretamente seu grau de concorrência e seu funcionamento, especialmente no que diz respeito às contratações públicas por meio de licitações para realização de grandes obras. Trata-se de um setor altamente intensivo em capital, tecnicamente complexo e historicamente dependente da demanda estatal (Ipea, 2010).

Primeiramente, a dependência do setor público como principal contratante é uma marca histórica do setor de engenharia civil no Brasil. Segundo levantamento do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), cerca de 70% das grandes obras de infraestrutura no país são financiadas ou diretamente contratadas pelo Estado, nas diferentes esferas (federal, estadual e municipal) (Ipea, 2010).

Além disso, o setor é caracterizado por elevadas barreiras à entrada, que se manifestam tanto no plano econômico quanto no regulatório. Do ponto de vista econômico, importante destacar o alto custo de aquisição de equipamentos, a necessidade de possuir e manter ativos específicos (máquinas pesadas, plantas de produção de insumos e equipes técnicas, por exemplo) e os riscos associados à imprevisibilidade dos pagamentos públicos em determinados contextos. No que diz respeito ao ponto de vista regulatório, a exigência de atestados de capacidade técnica para participação em licitações, bem como um histórico de atuação anterior, amplia a vantagem competitiva das empresas já consolidadas e que já realizaram outras obras, tornando ainda mais difícil a entrada de novos *players* (Garofano, 2020).

Tais características têm impacto na dinâmica concorrencial do setor. Tem-se que um número relativamente pequeno de grandes empreiteiras participa de forma recorrente das licitações de maior valor, geralmente associadas às obras de maior porte ou maior complexidade técnica, formando um mercado oligopolizado, em que as empresas têm histórico de atuação conjunta, ora em consórcios, ora em subcontratações. Tais características e a concentração de mercado também são documentadas pelo Cade. Tem-se que o setor em tela é um dos mais investigados por formação de cartéis e práticas colusivas em certames públicos (Cade, 2021).

Como destaca o Tribunal de Contas da União (TCU) (2008, p.76), outra característica do setor é a baixa diversificação dos produtos e serviços ofertados, o que acaba por limitar a possibilidade de diferenciação entre os *players* e facilita estratégias de conluio. Em geral, os serviços são prestados com base em especificações técnicas padronizadas fornecidas pelo próprio edital, o que reduz a margem para inovação e aumenta a semelhança das propostas.

Ademais, a entrada de novos agentes é dificultada também devido a situações de instabilidade institucional e econômica, que diminuem a previsibilidade das contratações públicas e a capacidade de planejamento das empresas menores para participar das grandes licitações. Em ciclos de retração econômica, por exemplo, o número de licitações é reduzido, favorecendo ainda mais os grandes *players* que possuem reservas financeiras, uma quantidade ampla de equipamentos e uma maior capacidade de mobilização e contratação de trabalhadores (Fernandes et al., 2020).

Assim, apesar de sua vocação teórica para ampliar a competição, a literatura antitruste e a experiência institucional brasileira mostram que, no setor de obras e serviços de engenharia e construção civil, em especial, o instrumento de consórcio tem sido utilizado para viabilizar práticas de cartelização em muitos casos, permitindo acordos prévios de divisão de mercado, apresentação de propostas de cobertura e alternância de propostas, violando os princípios constitucionais da isonomia, economicidade e moralidade nas contratações públicas (Cade, 2021). Evidências de casos conduzidos pelo Cade revelam que empresas já estabelecidas no mercado se valem de tais arranjos não para incluir novos concorrentes, mas para restringir o ambiente competitivo. Nessas situações, o consórcio passa a operar como um mecanismo de coordenação entre agentes dominantes, distorcendo a livre concorrência e comprometendo os resultados esperados das licitações.

A gravidade dessa prática foi evidenciada em diversos casos da Operação Lava Jato, nos quais empresas de grande porte do setor de engenharia foram investigadas e condenadas por formação de cartel, sendo que a organização de concorrentes em consórcios foi uma estratégia amplamente utilizada com o intuito de fraudar o caráter competitivo das licitações – inclusive com apoio de agentes públicos, em alguns casos — conforme pode ser constatado pelas investigações da autoridade antitruste brasileira. Na análise do órgão antitruste, esse uso fraudulento de instrumentos jurídicos lícitos revela um padrão de colusão sofisticada, de difícil detecção pelos mecanismos tradicionais de investigação (Cade, 2021).

2.3. Atividade administrativa sancionatória nas contratações públicas e a gestão dos riscos concorrenciais associados aos consórcios

A análise dos consórcios empresariais em licitações de obras públicas de infraestrutura deve ser acompanhada de uma reflexão acerca da atividade administrativa sancionatória no âmbito das contratações públicas. A permissão normativa da formação de consórcios — sem, no entanto, o estabelecimento de regras específicas voltadas à sua efetiva condução —, aliada às características estruturais do mercado de engenharia e construção civil, impõe à Administração Pública o desafio de estruturar mecanismos eficazes de prevenção, detecção e repressão de condutas que comprometam o caráter competitivo das licitações, sem inviabilizar, por outro lado, a execução de contratos de grande porte e complexidade técnica.

Nesse contexto, a atividade administrativa sancionatória deve ser compreendida de forma mais ampla, não apenas como resposta *ex post* a infrações já consumadas, mas deve servir também como instrumento de gestão de riscos regulatórios inerentes ao próprio desenho institucional das contratações públicas. A doutrina contemporânea do Direito Administrativo Sancionador tem destacado que as sanções administrativas exercem função indutora de comportamentos, orientando os agentes econômicos quanto aos limites de atuação legítima e às consequências associadas a desvios do ordenamento jurídico, inclusive no âmbito concorrencial (Voronoff, 2019). Tal compreensão afasta a visão simplista meramente punitiva da sanção e reforça seu papel estruturante na organização dos mercados regulados.

No caso específico dos consórcios empresariais, a ausência de diretrizes claras quanto à governança interna, à transparência das relações entre os consorciados e à responsabilização individual por práticas anticoncorrenciais fragiliza a capacidade preventiva do regime jurídico das contratações públicas. Embora a Lei nº 14.133/2021 atribua à Administração maior protagonismo no planejamento e na gestão contratual, inclusive com ênfase na identificação e mitigação de riscos, ela não estabelece parâmetros específicos voltados ao controle concorrencial dos consórcios, limitando-se a admitir sua participação e a prever responsabilidade solidária perante o poder público.

A experiência institucional do Cade evidencia que essa lacuna regulatória não só pode como, frequentemente, é explorada de forma estratégica por agentes econômicos, que se valem de instrumentos jurídicos lícitos para estruturar arranjos colusivos sofisticados, valendo-se de consórcios como meio de simulação de concorrência, permitindo a coordenação prévia de propostas, a divisão de mercados e a alternância de vencedores em licitações de obras públicas de infraestrutura (Cade, 2021).

No cenário internacional, diretrizes como as Horizontal Guidelines (2023) da Comissão Europeia e as orientações das Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors da Federal Trade Commission (FTC, 2020) destacam a importância de regras claras para consórcios entre concorrentes, com foco em prevenir acordos de fixação de preços e divisão de mercado. Essas referências ressaltam mecanismos de governança interna, transparência ativa e avaliação de riscos concorrenciais como elementos essenciais para mitigar condutas colusivas.

Diante desse cenário, a articulação entre o Direito Administrativo Sancionador e o antitruste revela-se essencial para o enfrentamento dos riscos concorrenciais associados à formação de consórcios, considerando-se que respostas exclusivamente repressivas, concentradas na aplicação de sanções após a detecção do ilícito, tendem a produzir efeitos limitados sobre a estrutura do mercado e sobre os incentivos dos agentes econômicos — além de ser mais dispendioso para os cofres públicos.

Assim, a literatura especializada tem ressaltado a necessidade de adoção de abordagens regulatórias que combinem instrumentos sancionatórios, mecanismos de transparência e critérios objetivos de avaliação de riscos concorrenciais desde a fase de planejamento da contratação (OECD, 2011). Essa perspectiva dialoga diretamente com os objetivos do regime contemporâneo de contratações públicas, que busca conciliar eficiência, integridade e competição, reconhecendo que a proteção da concorrência constitui elemento central para a realização do interesse público nas licitações de obras de infraestrutura (OECD, 2011; OECD, 2009; Brasil, 2021; Cade, 2021).

Nesse sentido, a compreensão da atividade administrativa sancionatória como instrumento de gestão permite deslocar o foco do debate da simples admissibilidade dos consórcios para a análise das condições sob as quais sua utilização é compatível com a preservação do ambiente competitivo. Tal abordagem fornece o suporte teórico necessário para a formulação de diretrizes regulatórias capazes de mitigar as distorções observadas na prática investigatória do Cade, fortalecendo a integridade concorrencial e ampliando a transparência nos processos de

contratação pública, sem afastar, de forma antecipada, um instituto que desempenha papel relevante na viabilização de grandes projetos de infraestrutura.

3. Metodologia

O estudo adota abordagem qualitativa, de natureza jurídico-institucional, com objetivo exploratório e analítico. A pesquisa baseia-se em análise documental da Lei nº 14.133/2021, de decisões e guias do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) sobre cartéis em licitações de obras públicas, bem como de diretrizes internacionais relativas à cooperação entre concorrentes e prevenção de colusão em compras públicas.

A investigação concentra-se no setor de infraestrutura, caracterizado por elevada concentração de mercado e recorrência de interações entre os mesmos agentes econômicos. A partir da articulação entre o Direito Administrativo Sancionador e o direito da concorrência, busca-se identificar fragilidades regulatórias e propor diretrizes voltadas à mitigação de riscos concorrenciais.

Trata-se de estudo jurídico-analítico, sem caráter empírico-quantitativo, orientado à formulação de proposições normativas e institucionais.

4. Lacunas normativas e fragilidades na fiscalização de consórcios em licitações de obras públicas de infraestrutura

Apesar de a legislação brasileira autorizar explicitamente a formação de consórcios em processos licitatórios, conforme prevê a Lei nº 14.133/2021 (art.15), ela deixa de abordar pontos centrais para assegurar a integridade desses arranjos, conforme já mencionado. Questões como a definição de modelos mínimos de governança, os deveres de transparência e os mecanismos de responsabilização permanecem em aberto. Na prática, os consórcios são tratados apenas como uma faculdade organizacional das empresas, sem que sejam estabelecidas regras normativas mínimas que orientem sua dinâmica interna, como procedimentos de tomada de decisão, instrumentos de fiscalização recíproca ou meios adequados de resolução de disputas — aspectos essenciais ao seu funcionamento.

Essa ausência normativa contrasta com diretrizes internacionais que reconhecem a necessidade de parâmetros mínimos de governança para arranjos cooperativos entre concorrentes, especialmente em mercados sensíveis à colusão, como o de contratação de obras públicas de infraestrutura (OECD, 2011; European Commission, 2023). Ademais, a ausência de tais parâmetros normativos gera um ambiente de insegurança institucional e amplia o espaço para comportamentos oportunistas, na medida em que reduz a previsibilidade regulatória e dificulta a atuação preventiva da Administração Pública. Como apontam as diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (2011), a falta de regras claras sobre a estrutura e o funcionamento de consórcios pode comprometer a capacidade do Estado de identificar riscos concorrenciais ainda na fase de planejamento da contratação.

Um dos pontos críticos do regime jurídico atual é a ausência de definição clara sobre a responsabilidade das empresas consorciadas. Embora a legislação preveja, em termos gerais, a responsabilidade solidária dos consorciados perante a Administração Pública, essa previsão revela-se insuficiente, além de dificultar o trabalho de responsabilização individual em situações de ilícitos administrativos, fraudes contratuais, desvio de recursos públicos ou práticas anticompetitivas.

Na prática administrativa e investigativa, observa-se que a indefinição quanto à imputação individual de condutas pode transformar o consórcio em um mecanismo de dispersão de responsabilidades, dificultando a identificação do papel desempenhado por cada empresa na execução contratual ou na prática de ilícitos. Assim, em certos contextos, o consórcio é utilizado como verdadeira “cortina contratual”, na qual a imputação de condutas ilegais se dispersa entre os membros do arranjo, criando obstáculos à atuação da Administração Pública e dos órgãos de controle externo.

Essa dificuldade de individualização da conduta ilícita tem sido reiteradamente observada em investigações conduzidas pelo Cade, especialmente em casos envolvendo cartéis em licitações de obras públicas, nos quais consórcios foram utilizados para mascarar acordos de divisão de mercado, apresentação de propostas de cobertura e alternância de vencedores (Cade, 2021). A ausência de regras mais claras sobre responsabilização contribui, assim, para o retardamento da aplicação de sanções e para a redução do efeito dissuasório do regime sancionatório.

O ordenamento jurídico atual também falha ao não prever a criação de um cadastro unificado, padronizado e de acesso público que permita o acompanhamento contínuo da formação e da atuação dos consórcios empresariais em licitações públicas. Informações cruciais para a análise de riscos concorrenciais, como os termos dos acordos consorciais, o grau de participação de cada empresa, o histórico de parcerias anteriores entre os mesmos agentes e os dados de execução contratual, permanecem dispersas em diferentes sistemas e plataformas, quando não restritas ao escopo documental do edital e do processo específico.

Essa fragmentação informacional dificulta o monitoramento longitudinal e comparativo dos consórcios, tanto por parte de órgãos públicos quanto por pesquisadores ou entidades da sociedade civil. Como ressaltado pela literatura internacional sobre contratações públicas, a ausência de bases de dados integradas compromete a capacidade do Estado de identificar padrões recorrentes de comportamento e de atuar preventivamente na mitigação de riscos concorrenciais (OECD, 2009; OECD, 2011).

Na prática, essa fragmentação de informações acaba criando um ambiente de opacidade que limita a ação preventiva do Estado. Em vez de atuar de forma a prevenir que as irregularidades ocorram, a Administração Pública acaba reagindo apenas após a eclosão de escândalos ou denúncias, como se viu em diversos processos relacionados à Operação Lava Jato. Ou seja, a atividade de controle do Estado segue presa a uma lógica de “apagar incêndios”, o que gera custos institucionais elevados e reduz a efetividade da fiscalização. Órgãos como o TCU, os tribunais de contas estaduais e o próprio Cade acabam sendo compelidos a atuar com base em evidências fragmentadas, exigindo investigações longas, complexas e custosas para reconstituir estruturas contratuais e redes de relacionamento empresarial que poderiam ser mais facilmente detectadas caso houvesse maior padronização e transparência nos registros de consórcios (TCU, 2008; Cade, 2021).

O conjunto dessas lacunas normativas e informacionais compromete a efetividade dos controles administrativos e concorrenciais e limita o papel das sanções administrativas como instrumentos de gestão e de indução de comportamentos aderentes ao interesse público. Conforme assinala a doutrina do Direito Administrativo Sancionador, a eficácia da sanção não se restringe à punição *ex post*, mas depende da clareza das regras, da previsibilidade das consequências jurídicas e de condições institucionais adequadas para a aplicação efetiva das sanções (Voronoff, 2019).

Quando o regime jurídico falha em estabelecer parâmetros mínimos de governança e transparência, a sanção perde parte de sua função preventiva e indutora, tornando-se menos capaz de alterar os incentivos dos agentes econômicos. Esse cenário contribui para a perpetuação de práticas abusivas e estratégias de ocultação de vínculos entre empresas, especialmente em mercados concentrados e com baixa rotatividade de participantes, como o de obras públicas de infraestrutura.

Diante disso, mostra-se imprescindível a adoção de uma abordagem regulatória mais assertiva, que combine exigências mínimas de estrutura organizacional interna dos consórcios com mecanismos robustos de transparência pública e interoperabilidade de dados, como forma de alinhar os incentivos dos agentes privados com os princípios constitucionais da legalidade, moralidade e eficiência nas contratações públicas, bem como para fortalecer a capacidade preventiva e sancionatória do Estado nas contratações públicas.

5. Diretrizes normativas e institucionais para mitigação de riscos concorrenciais na formação de consórcios em licitações de obras públicas de infraestrutura

Os apontamentos a seguir resultam da análise qualitativa de decisões e documentos institucionais do Cade, da revisão normativa do regime jurídico das contratações públicas e do exame de diretrizes internacionais sobre cooperação entre concorrentes e integridade em licitações públicas. Não se pretende aqui esgotar o tema, mas oferecer reflexões preliminares que evidenciam como lacunas na governança, na transparência e na responsabilização dos integrantes dos consórcios empresariais podem favorecer condutas anticompetitivas e limitar a efetividade das licitações públicas como instrumentos de promoção da concorrência e da eficiência administrativa.

Com base nas fragilidades regulatórias identificadas, apresenta-se a seguir um conjunto de propostas voltadas à mitigação de riscos concorrenciais associados aos consórcios empresariais, articulando instrumentos normativos, mecanismos de governança e ferramentas institucionais de fiscalização, em consonância com os objetivos do regime contemporâneo de contratações públicas, com o que preconiza o direito antitruste e com a lógica do Direito Administrativo Sancionador enquanto instrumento de gestão.

5.1. Clareza normativa sobre a responsabilidade dos consorciados

É essencial que a legislação brasileira avance na definição clara e objetiva da responsabilidade das empresas integrantes de um consórcio, especialmente em contratações com a Administração Pública. Recomenda-se que a regra geral estabeleça, de forma expressa, a responsabilidade solidária entre os consorciados por todas as obrigações assumidas perante o poder público, salvo disposição expressa em sentido diverso, devidamente justificada, analisada e aceita pela Administração contratante.

Essa previsão normativa fortalece a *accountability* individual de cada empresa participante e desincentiva o uso do consórcio como instrumento de pulverização de riscos jurídicos ou de ocultação de responsabilidades, fenômeno reiteradamente identificado na prática investigatória do Cade em casos de cartel em licitações públicas, especialmente quando o objeto se refere a obras de infraestrutura (Cade, 2021). Além disso, ao tornar mais previsível o regime de responsabilização, reforça-se a função indutora das sanções administrativas, elemento central da abordagem contemporânea do Direito Administrativo Sancionador, consoante já mencionado (Voronoff, 2019).

A definição legal da solidariedade, combinada com a exigência de cláusulas contratuais padronizadas, também tem o condão de reduzir disputas interpretativas em fases de execução contratual ou de apuração de ilícitos administrativos, além de facilitar a atuação de órgãos de controle e do Poder Judiciário em casos de irregularidades. Ao tornar mais previsível o regime de responsabilização, cria-se um ambiente de maior segurança jurídica para todos os agentes envolvidos.

5.2. Exigência de estrutura mínima de governança dos consórcios

Recomenda-se que a formação de consórcios venha acompanhada da exigência de estruturas mínimas de governança, proporcionais ao porte, à complexidade e ao valor do contrato. Tais mecanismos podem ser exigidos como parte das condições de habilitação ou incluídos como cláusulas obrigatórias no edital e no instrumento contratual, sendo considerados essenciais para equilibrar relações internas e reduzir abusos da empresa líder, em linha com boas práticas internacionais identificadas pela Comissão Europeia (European Commission, 2023) e pela OCDE (OECD, 2011).

Dentre os elementos que devem compor essa estrutura mínima, destacam-se:

- Representação paritária ou proporcional de todas as empresas consorciadas nos processos decisórios internos;
- Adoção de controles internos básicos, como mecanismos de *compliance*, canais de denúncia e políticas de integridade;
- Procedimentos claros de resolução de conflitos internos, com definição prévia de métodos adequados (tais como mediação, arbitragem, dentre outros);
- Obrigação de transparência nas decisões internas, com registro formal das deliberações e dos fluxos de comunicação entre as empresas.

A exigência de governança mínima funciona como um redutor de assimetrias internas entre os consorciados e como salvaguarda contra abusos de poder por parte da empresa líder, além de contribuir para a prevenção da troca indevida de informações sensíveis e da coordenação anticoncorrencial e de promover maior alinhamento com os princípios da boa-fé e do interesse público na execução dos contratos administrativos.

5.3. Registro público obrigatório de consórcios

Propõe-se a criação de um cadastro nacional unificado, padronizado e de acesso público contendo informações essenciais sobre todos os consórcios constituídos para fins de participação em licitações públicas, tanto federais quanto estaduais e municipais. O repositório deve ser alimentado de forma compulsória pelos entes licitantes e atualizado periodicamente, preferencialmente com interoperabilidade com os sistemas já existentes, como o ComprasNet, o Portal da Transparência e o Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (SICAF).

Entre os dados mínimos a serem disponibilizados, incluem-se:

- Identificação dos CNPJs das empresas consorciadas e da eventual empresa líder;
- Objeto e escopo do contrato licitado;

- Termo de constituição do consórcio e sua vigência;
- Histórico de execução contratual (inadimplências, sanções, aditivos, valores efetivamente pagos, dentre outros parâmetros);
- Dados sobre participações anteriores das empresas integrantes do consórcio em certames públicos, em consórcio ou sozinhas, tenham sido vitoriosas ou não.

A existência desse cadastro permitirá o cruzamento automatizado de dados, a identificação de padrões de comportamento, incluindo a associação recorrente entre os mesmos agentes econômicos, e a construção de indicadores objetivos de risco concorrencial, facilitando o monitoramento por parte dos órgãos de controle e da própria sociedade civil. É, portanto, uma medida de transparência ativa e de reforço institucional da capacidade preventiva do Estado (OECD, 2009; OECD, 2011).

5.4. Incentivos à participação de micro e pequenas empresas (MPEs)

Apesar de as MPEs representarem a maior parte do tecido empresarial brasileiro, sua participação em grandes licitações públicas ainda é limitada, em razão de barreiras técnicas, financeiras e de escala inerentes a contratos de maior vulto (Brasil, 2023; Sebrae, 2023; OECD, 2017). Diante do papel do Estado como importante consumidor de bens e serviços e da relevância das micro e pequenas empresas para a geração de empregos e para a economia, o estímulo à sua participação em licitações públicas contribui simultaneamente para o aumento da concorrência e para a consecução de objetivos sociais das contratações públicas (Karjalainen; Kemppainen, 2008).

Nesse contexto, uma regulação eficaz dos consórcios deve contemplar incentivos concretos à inclusão dessas empresas nos arranjos consorciados, de forma a cumprir a função de inclusão originalmente atribuída a esse instrumento pelo legislador.

Entre os mecanismos possíveis, destacam-se:

- Pontuação adicional nos critérios de julgamento para consórcios que incluam MPEs em percentual mínimo relevante;
- Condições facilitadas de habilitação técnica e econômica para MPEs integrantes de consórcios;
- Subdivisão dos objetos contratuais em lotes menores, para permitir a atuação de consórcios compostos por empresas de menor porte em partes do contrato, quando tecnicamente viável;
- Estímulos contratuais à subcontratação de MPEs vinculadas ao consórcio como fornecedoras locais ou prestadoras de serviços acessórios.

Essas medidas têm o potencial de não apenas promover a concorrência e a desconcentração do mercado, mas também de gerar efeitos distributivos positivos, favorecendo a geração de empregos e o desenvolvimento regional.

5.5. Auditorias cruzadas e uso de modelagem preditiva na fiscalização

Para além do aprimoramento normativo, o enfrentamento do uso abusivo de consórcios requer a adoção de ferramentas tecnológicas que potencializem a capacidade do Estado de detectar riscos concorrenciais de forma proativa.

Recomenda-se que órgãos como o Cade, o TCU e os tribunais de contas estaduais adotem metodologias de auditoria cruzada e modelagem preditiva voltadas a:

- Mapear vínculos societários e comportamentais entre empresas que atuam em consórcios;
- Detectar a recorrência de parcerias entre os mesmos agentes em licitações distintas e sob diferentes composições;
- Classificar o risco de colusão com base em variáveis como frequência de vitória conjunta, valor dos contratos, tipo de edital e padrão de propostas apresentadas.

Com o apoio dessas tecnologias, torna-se possível gerar “red flags” (sinais de alerta) que orientem a atuação preventiva dos órgãos de controle e propiciem investigações mais aprofundadas, antes mesmo da formalização dos contratos, reduzindo a dependência de respostas exclusivamente reativas e fortalecendo a função dissuasória do regime sancionatório.

Ainda, com o uso contínuo de ferramentas que adotem metodologias de auditoria cruzada e modelagem preditiva, será possível a identificação e sistematização de riscos regulatórios associados a determinadas práticas consorciais, e, conseqüentemente, a proposição de recomendações normativas e legais em sede de *advocacy*, tais

como restrições à formação de consórcios entre empresas com histórico de parceria reiterada, dentre outros, como forma de prevenir a ocorrência de ilícitos concorrenciais.

Repisa-se que as propostas apresentadas nesta seção não têm a pretensão de encerrar a discussão sobre a regulação de consórcios. Elas constituem contribuições iniciais para o debate, indicando caminhos possíveis para o aperfeiçoamento da Lei nº 14.133/2021 e para o fortalecimento institucional dos órgãos de controle e de defesa da concorrência. Ao articular mecanismos regulatórios, incentivos à inclusão de MPEs e ferramentas tecnológicas, este trabalho oferece subsídios práticos e teóricos que podem inspirar análises futuras e discussões mais amplas sobre a integridade e a concorrência nas contratações públicas de infraestrutura.

6. Conclusão

A análise desenvolvida ao longo deste artigo evidencia uma assimetria relevante entre o papel atribuído aos consórcios empresariais no regime jurídico das contratações públicas, que tradicionalmente o justifica como instrumento de ampliação da concorrência e de inclusão de empresas de menor porte, e a forma como tais arranjos têm sido utilizados na prática, especialmente em licitações de obras públicas de infraestrutura. Os achados aqui reunidos confirmam a hipótese de que lacunas normativas, aliadas a fragilidades institucionais na fiscalização, podem contribuir para a ocorrência de distorções concorrenciais, comprometendo a efetividade das licitações como instrumentos de promoção da concorrência e de realização do interesse público.

A partir da articulação entre o Direito Administrativo Sancionador e a defesa da concorrência, o estudo demonstrou que a ausência de parâmetros mínimos de governança, transparência e responsabilização nos consórcios empresariais favorece o uso estratégico dessas estruturas como mecanismos de coordenação entre concorrentes e de dispersão de responsabilidades jurídicas, com potenciais efeitos adversos à integridade das contratações públicas. Em mercados caracterizados por elevada concentração, repetição de certames e padronização dos editais, como o de obras públicas de infraestrutura, além das mencionadas limitações institucionais na capacidade de detecção de práticas colusivas, o consórcio empresarial revela-se uma ferramenta ambígua: capaz, simultaneamente, de viabilizar a execução de contratos complexos e servir como veículo para condutas anticompetitivas. Essa ambivalência reforça a necessidade de reflexão crítica e de propostas regulatórias que preservem os benefícios do instituto sem negligenciar seus riscos estruturais.

Nesse contexto, a atividade administrativa sancionatória não pode ser compreendida apenas como resposta repressiva a ilícitos já consumados, mas como instrumento de gestão regulatória voltado à indução de comportamentos corretos e à mitigação de riscos estruturais. A análise empreendida indica que a simples autorização formal dos consórcios, desacompanhada de salvaguardas institucionais adequadas, enfraquece a função preventiva do regime sancionatório e limita a capacidade do Estado de atuar de forma proativa diante de riscos concorrenciais previsíveis.

As sugestões delineadas, como a definição clara da responsabilidade solidária entre consorciados, a exigência de estruturas mínimas de governança, a criação de um registro público nacional unificado e o estímulo à participação de micro e pequenas empresas, buscam contribuir para o reequilíbrio dos incentivos presentes no modelo atual. Pretende-se preservar os benefícios econômicos e operacionais dos consórcios, sem negligenciar os riscos concorrenciais associados à cooperação entre empresas potencialmente rivais.

Nesse sentido, o uso de tecnologias emergentes, como inteligência artificial e análise de dados, mostra-se ferramenta promissora para órgãos de controle, com o potencial de ampliar a capacidade estatal de monitorar a atuação dos consórcios e prevenir desvios antes que se consolidem em fraudes ou cartéis, permitindo a identificação precoce de padrões suspeitos e reduzindo a dependência de estratégias exclusivamente repressivas e *ex post*. Trata-se de uma estratégia que alia inovação regulatória e transformação digital, elevando o padrão de vigilância e integridade nas contratações públicas.

Por fim, reconhece-se que o presente trabalho não esgota o tema. Pesquisas futuras poderão avaliar empiricamente o impacto de registros públicos unificados e ferramentas preditivas sobre a prevenção de cartéis; examinar como diferentes modelos de governança interna influenciam o desempenho e a integridade dos consórcios; e explorar as barreiras e incentivos percebidos por micro e pequenas empresas para sua participação em grandes obras públicas. Avançar na regulação dos consórcios empresariais, portanto, envolve não apenas o aperfeiçoamento normativo, mas também o fortalecimento institucional e o aprofundamento do debate acadêmico e regulatório, com vistas à construção de um ambiente contratual mais transparente, competitivo e alinhado aos princípios constitucionais que orientam a Administração Pública.

Referências:

Amorim, V. (2024). Celebração de acordos negociais para o afastamento condicional da aplicação de sanções em contratos administrativos. *Observatório da Nova Lei de Licitações*.

Brasil. (2021). *Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021: Lei de Licitações e Contratos Administrativos*.
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm

Brasil. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. (2019). *Guia de combate a cartéis em licitações*.
<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-de-combate-a-carteis-em-licitacao-versao-final-1.pdf>

Brasil. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. (2021). *Guia de combate a cartéis em licitações*.
<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-de-combate-a-carteis-em-licitacao-versao-final-1.pdf>

Brasil. Ministério do Desenvolvimento, Indústria, Comércio e Serviços. (2023). *Mapa de empresas: 2º quadrimestre de 2023*. <https://www.gov.br/empresas-e-negocios/pt-br/mapa-de-empresas>

European Commission. (2022). *Antitrust: Commission invites comments on draft revised rules on horizontal cooperation agreements between companies*. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_1371

European Commission. (2023a). *Antitrust: Commission adopts new horizontal block exemption regulations and horizontal guidelines*. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_2990

European Commission. (2023b). *Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal cooperation agreements*. Official Journal of the European Union, C 259, 1–112. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52023XC0721\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52023XC0721(01))

Fernandes, R. A. S., Pinto, V. H. L., Alves, R. L., Galdino, T., & Ribeiro, G. G. (2020). Mudanças na estrutura de mercado brasileiro da construção civil de 2004 a 2017. <https://brsa.org.br/wp-content/uploads/wpcf7-submissions/1423/IDENTIFICADO-Enaber-2020.pdf>

Garofano, R. (2020, July 23). Saneamento básico em perspectiva: Barreiras de entrada e as licitações do setor. *Garofano Advogados*. <https://garofano.com.br/saneamento-basico-em-perspectiva-barreiras-de-entrada-e-as-licitacoes-do-setor/>

Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. (2010). *Infraestrutura econômica no Brasil: Diagnósticos e perspectivas para 2025* (Vol. 1). Ipea.

Justen Filho, M. (2023). *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas* (2ª ed.). Thomson Reuters.

Karjalainen, K., & Kempainen, K. (2008). The involvement of small- and medium-sized enterprises in public procurement: Impact of resources, electronic systems and enterprise size. *Journal of Purchasing & Supply Management*, 14(4), 230–240. <https://doi.org/10.1016/j.pursup.2008.08.003>

Motta, M. (2004). *Competition policy: Theory and practice*. Cambridge University Press.



ARTIGO

Nóbrega, M., Camelo, B., & Torres, R. C. L. (2022). *Análise econômica das licitações e contratos: De acordo com a Lei nº 14.133/2021*. Fórum.

OECD. (2009). *Guidelines for fighting bid rigging in public procurement*. OECD Publishing.

OECD. (2011). *Public procurement and competition*. OECD Publishing.

OECD. (2017). *Public procurement for innovation: Good practices and strategies*. OECD Publishing.
<https://doi.org/10.1787/9789264265820-en>

Sebrae. (2023). Brasil bate recorde histórico na abertura de pequenos negócios.
<https://agenciasebrae.com.br/dados/brasil-bate-recorde-historico-na-abertura-de-pequenos-negocios/>

Tribunal de Contas da União. (2008). *Direito público e licitações: Estudos de caso*. TCU.

United States Department of Justice & Federal Trade Commission. (2000). *Antitrust guidelines for collaborations among competitors*. <https://www.justice.gov/atr/antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors>

United States Federal Trade Commission. (2020). *Dealings with competitors*. <https://www.ftc.gov/advice-guidance/competition-guidance/guide-antitrust-laws/dealings-competitors>

Vicari, N. (2023). Consórcio entre concorrentes e as recentes orientações da Comissão Europeia constantes do Horizontal Guidelines de 2023. *Revista de Defesa da Concorrência*, 11(1), 47–68.
<https://doi.org/10.52896/rdc.v11i1.1026>

Voronoff, A. (2019). *Direito administrativo sancionador no Brasil: Justificação, interpretação e aplicação*. Fórum.