

Cartéis em licitações: fronteiras entre a infração à ordem econômica e o ato de improbidade administrativa

Daniele de Oliveira Nunes²²¹

RESUMO

Partindo da análise da importância da concorrência para a escolha da proposta mais vantajosa à Administração Pública, o presente trabalho observa a ameaça que o cartel representa a essa finalidade. Em seguida, se propõe a identificar os elementos que caracterizam a formação de cartel entre concorrentes em licitações públicas, o que, ao mesmo tempo em que representa uma infração à ordem econômica, pode corresponder também a um ato de improbidade administrativa, a depender das circunstâncias concretas. A partir daí, o artigo se propõe a distinguir as situações em que o cartel configura uma infração à concorrência, na forma da Lei nº. 12.529, de 30 de novembro de 2011, daquelas em que concretiza um ato de improbidade administrativa, nos termos da Lei nº. 8.429, de 2 de junho de 1992.

Palavras-chave: Cartéis. Licitações públicas. Concorrência. Improbidade administrativa.

ABSTRACT

The article analyzes the importance of competition for choosing the best offer to the Public Administration in a public bidding, highlighting the reasons why cartels threat this purpose. Because of this, the article identifies the main features of the cartels organized by competitors in public biddings, a situation which represents an administrative infraction to the economy and which might coincide with an act of administrative misconduct in some cases. Therefore, this paper intends to distinguish the cartels in which it is possible to identify only an administrative infraction to competition, under Law n. 12,529, enacted on November 30th, 2011, from those which also qualify for an act of administrative misconduct, under Law n. 8,429, enacted on June 2nd, 1992.

Keywords: Cartels. Public biddings. Competition. Administrative misconduct.

Classificação JEL: K21

²²¹ Mestranda em Direito e Políticas Públicas na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO. Especialista em Direito Administrativo Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Advogada no escritório Leal Cotrim Jansen Advogados, com experiência nas áreas de Direito Administrativo, Regulatório e Civil.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A importância da concorrência nas licitações públicas; 3. O cartel como conduta prejudicial à concorrência nas licitações; 4. A Lei de Improbidade Administrativa e a observância dos princípios reitores da licitação; 5. A configuração do cartel em licitação como infração à ordem econômica; 5.1. Elementos que caracterizam o cartel como infração à ordem econômica; 5.2. Objetivos específicos usuais de cartéis em licitações públicas; 6. A configuração do cartel em licitação como ato de improbidade administrativa; 7. Conclusão; 8. Bibliografia.

1. Introdução

A busca por uma maior eficiência na atuação da Administração Pública tem sido uma nota constante das últimas décadas, especialmente desde a introdução da eficiência como princípio explicitamente consagrado no texto constitucional, no rol de princípios a que está submetido o agir administrativo. A crescente cobrança da sociedade por uma melhor gestão da coisa pública, resultando na prestação de melhores serviços públicos, tem sido feita em um contexto no qual os recursos públicos, sempre escassos, não têm sido suficientes nem mesmo para o atendimento das necessidades públicas mais basilares.

Essa imperiosa otimização dos recursos públicos – financeiros, humanos e operacionais – necessariamente passa por medidas que visem a obter melhores condições nas contratações públicas. Contratos com sobrepreços ou não executados a contento são uma realidade ainda muito presente no Brasil, muitas vezes decorrente de licitações mal conduzidas.

Frequentes também são as denúncias de fraudes em licitações, seja em decorrência da atuação de um competidor, isoladamente, seja como fruto de um conluio entre licitantes, com ou sem a colaboração de agentes públicos. Destinada a permitir a escolha objetiva da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, quando a licitação serve de cenário a indevidas restrições à concorrência que lhe é inerente, esse objetivo é ferido de morte. O incentivo que a ampla concorrência produz sobre os competidores, que em um cenário competitivo se esforçam para apresentar melhores propostas, inexistente na medida em que a competitividade do certame é restringida.

Não apenas a eficiência no emprego dos recursos públicos fica ameaçada nesse cenário, como também são violados outros princípios nucleares que visam a resguardar a probidade da Administração Pública, o que se reveste de ainda maior gravidade quando agentes públicos colaboram para que isso ocorra. Por isso, os cartéis, que por si já representam a mais grave infração à ordem econômica, são uma das ilegalidades mais sérias que podem ser praticadas em

licitações. Não à toa, o seu combate tem sido prioritário para as autoridades competentes nas esferas de responsabilidade que atrai, especialmente para a autoridade de defesa da concorrência e o Ministério Público.

Dessas circunstâncias decorre a relevância do tema do presente artigo. Dentre os diferentes tipos de responsabilidade que a formação de um cartel pode atrair – penal, civil (pelo simples ressarcimento ao erário ou por ato de improbidade administrativa) e administrativa –, optou-se por destacar-se duas delas, que guardam pontos de semelhança e diferença: a responsabilidade administrativa por infração à ordem econômica, na forma da Lei nº. 12.529, de 30 de novembro de 2011, e a responsabilidade por ato de improbidade administrativa, nos termos da Lei nº. 8.429, de 2 de junho de 1992.

O desenvolvimento do presente trabalho partirá da exposição, no capítulo 2, da essencialidade da concorrência para as licitações públicas, em contraposição à demonstração, no capítulo subsequente, das razões pelas quais a formação de cartéis nesses procedimentos é prejudicial. O capítulo 4, por sua vez, ocupará-se de revelar em que medida a Lei de Improbidade Administrativa tutela os bens jurídicos ameaçados pela cartelização nas licitações. Os capítulos 5 e 6 pretendem definir os elementos-chave para a caracterização dos cartéis como infração à ordem econômica, de um lado, e ato de improbidade administrativa, de outro, descortinando as semelhanças e as diferenças existentes entre as situações. Finalmente, a conclusão servirá à síntese dos resultados dessa reflexão, visando a contribuir, ainda que timidamente, com o esclarecimento de dois importantes meios de combate aos cartéis nas contratações públicas.

2. A importância da concorrência nas licitações públicas

A realização de licitação pública para a contratação de obras, serviços, compras e alienações pela Administração Pública é exigência constitucional, prevista no art. 37, inciso XXI, da Constituição da República Federativa do Brasil (“CRFB”), que somente pode ser afastada nos casos expressamente previstos em lei – mais especificamente, nos casos de dispensa e inexigibilidade, conforme estabelecido nos arts. 24 e 25 da Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993 (“Lei de Licitações”).²²²

²²² Vale notar, aqui, a distinção primordial entre as situações de dispensa e de inexigibilidade de licitação. No primeiro caso, a licitação é possível, mas foi dispensada pelo legislador nas específicas situações constantes do rol do art. 24 da Lei de Licitações, que é taxativo. A inexigibilidade de licitação, por sua vez, se verifica sempre que há inviabilidade de competição, sendo apenas exemplificativo o rol previsto no art. 25 da mesma lei.

A imposição constitucional tem como finalidade precípua garantir que, mediante a observância dos princípios que devem reger a sua atuação, a Administração Pública selecione a proposta que lhe seja mais vantajosa para cada contratação. Importante nota que essa definição permite formular é que a proposta mais vantajosa para a Administração Pública não é, necessariamente, aquela de melhor preço e/ou de melhor técnica, e sim aquela que também atenda às demais condições estabelecidas no correspondente instrumento convocatório, e, ainda mais relevante, com respeito aos princípios a que o procedimento e a Administração Pública se submetem.

O art. 37, *caput*, da CRFB, impõe à Administração Pública a observância aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, sendo, ainda, apontados pela doutrina outros princípios que estariam implicitamente incluídos nesse rol, tais como a finalidade, a motivação, a proporcionalidade, a autoexecutoriedade e a autotutela, a presunção de veracidade e a continuidade das atividades administrativas.²²³

Por sua vez, o art. 3º da Lei de Licitações preconiza que a licitação deve transcorrer segundo os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos demais princípios que lhes são correlatos – dentre os quais a doutrina inclui o princípio da competitividade ou da concorrência.

De fato, a doutrina aponta que a competição é da própria índole da licitação,²²⁴ sendo pressuposto dela.²²⁵ O mesmo entendimento é adotado pelo Tribunal de Contas da União, onde reiteradamente se destaca que “*competição e consequente busca dos melhores preços à Administração são fundamentos de qualquer modalidade licitatória*”.²²⁶ Também o Poder Judiciário adota a visão segundo a qual a competição é inerente à licitação, como bem se vê no acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.070/RN, em 29/11/2007:

²²³ O rol de princípios implícitos varia significativamente conforme o doutrinador que deles trate. Por isso, e considerando não ser esse ponto o foco do presente trabalho, optou-se por apenas apontar aqui alguns dos princípios implícitos elencados por alguns doutrinadores, especialmente por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo, 16ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014), Alexandre Santos de Aragão (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2012) e Maria Sylvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo, 26ª edição. São Paulo: Atlas, 2013).

²²⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 292.

²²⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e Contrato Administrativo, 15ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 28.

²²⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.615/2008-Plenário. Entidade: Furnas Centrais Elétricas S.A. Interessado: Associação Brasileira de Consultores de Engenharia – ABCE. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Brasília, 13 de agosto de 2008.

(...) 3. A licitação é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Está voltada a um duplo objetivo: o de proporcionar à Administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso - o melhor negócio - e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condições, à contratação pretendida pela Administração. Imposição do interesse público, seu pressuposto é a competição. Procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia, a função da licitação é a de viabilizar, através da mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. A competição visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração. (...)

Assim é porque a busca por uma maior competição permite a ampliação da oferta dos bens ou serviços que a Administração Pública deseja adquirir, incentivando os potenciais competidores a aprimorarem seus processos produtivos e, conseqüentemente, a formularem melhores propostas sob os aspectos técnico e econômico, ao encontro do objetivo primordial da licitação. É impossível não perceber, neste ponto, a intimidade que existe entre uma licitação verdadeiramente competitiva e o princípio da eficiência. Nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:²²⁷

Entendida, assim, a eficiência administrativa, como a melhor realização possível da gestão dos interesses públicos, posta em termos de plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade, ela se apresenta, simultaneamente, como um atributo técnico da administração, como uma exigência ética a ser atendida, no sentido weberiano de resultados, e, coroando a relação, como uma característica jurídica exigível, de boa administração dos interesses públicos.

Inegável é, também, a relação entre uma ampla competição nas licitações e os princípios da isonomia, da moralidade, da impessoalidade e da isonomia. A preservação da concorrência nas licitações é fundamental para garantir a todos aqueles que tenham interesse e condições de contratar com a Administração Pública a possibilidade de fazê-lo, em igualdade de condições. Restrições indevidas à competição representam o contrário: um ilegítimo e injustificado privilégio a certos competidores, que prejudica o interesse público.

Por tudo isso, embora não esteja expressa como princípio no rol do art. 3º da Lei de Licitações, a competição é um importante guia hermenêutico, segundo o qual, diante de variadas interpretações em determinada situação, seja privilegiada aquela que permita uma disputa mais ampla. Mais do que isso, sendo inerente à licitação e fundamental ao respeito aos

²²⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo, 16ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 182-183.

demais princípios reitores do procedimento e da conduta da Administração Pública, ela também deve ser buscada ao longo de todo o procedimento, desde a sua fase interna.

Com efeito, a relevância da concorrência para a licitação é a razão pela qual a sua preservação e a sua ampliação são buscadas por uma série de dispositivos daquele diploma legal. Na verdade, a própria CRFB, exatamente no art. 37, inciso XXI, prevê que os respectivos instrumentos convocatórios somente podem permitir exigências de qualificação técnica e econômica que sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Nessa esteira, também o art. 3º, §1º, inciso I, da Lei de Licitações veda aos agentes públicos que prevejam, admitam, tolerem ou incluam nos editais, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação. Outros dispositivos daquele mesmo diploma legal seguem nessa linha, como aquele que prevê modalidades de licitação tão mais favoráveis à competição quanto maior seja o valor estimado do objeto licitado (art. 23), aqueles que estabelecem taxativamente o rol de documentos que podem ser exigidos para fins de habilitação (arts. 27 a 31), aquele que determina o parcelamento das obras, serviços e compras até o limite que seja viável (art. 23, §1º), e aquele que caracteriza como crime a conduta que represente frustração ou fraude ao caráter competitivo do certame (art. 90).²²⁸

É importante, contudo, lembrar que o estabelecimento de certas barreiras à competição não é, por si só, prejudicial ao interesse público e inconstitucional. Afinal, a ampliação da concorrência não é um valor em si mesmo, justificando-se na medida em que permita atingir a melhor proposta para a Administração Pública. Algumas dessas barreiras são necessárias, por exemplo, para evitar que sociedades incapazes de executar o objeto licitado tenham chances de ganhar a licitação, o que iria de encontro à finalidade última do procedimento, que, como já se disse, é selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública.²²⁹ Não é outro o motivo pelo qual o texto constitucional permite que os instrumentos convocatórios contenham exigências de qualificação, ressalvando, no entanto, que elas devem ser indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações licitadas. Outro exemplo é a imposição de

²²⁸ Não obstante, é pertinente lembrar o olhar crítico que parte da doutrina lança sobre a Lei de Licitações. Nessa linha, Carlos Ari Sunfeld argumenta que a lei foi fruto do *lobby* de empreiteiras com atuação já consolidada em obras públicas, razão pela qual, a seu ver, regulamentou a disputa de modo a dificultar o acesso de novas empresas a esse mercado – por exemplo, ao estabelecer, como requisito de qualificação técnica, a demonstração de experiência anterior em contratos similares, no lugar de permitir alternativas como o oferecimento de garantias financeiras amplas por empresas que não tenham tal bagagem. Assim, o procedimento geral estabelecido pela Lei de Licitações seria, em seu entendimento, um jogo de dados viciados, que teria como objetivo controlar e limitar a incidência do princípio da concorrência nesse mercado. (Contratações públicas e o princípio da concorrência. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). Contratações públicas e seu controle. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 22-23).

²²⁹ RIBEIRO, Maurício Portugal. Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos. São Paulo: Atlas, 2011, p. 14.

parcelamento do objeto, que somente deve ocorrer se não implicar em obstáculos como um elevado número de procedimentos para seleção - tornando excessivamente oneroso o trabalho da Administração Pública, sob o ponto de vista do emprego de recursos humanos e da dificuldade de controle, a colocar em risco a economia de escala e a celeridade da contratação e, assim, a própria seleção da proposta mais vantajosa.²³⁰

De todo modo, a regra geral é que as obras, serviços, compras e alienações da Administração Pública sejam contratadas em licitações nas quais se busque a máxima ampliação possível da concorrência, sempre na medida em que contribua para a seleção da proposta mais vantajosa em cada caso.

3. O cartel como conduta prejudicial à concorrência nas licitações

O cartel representa um acordo entre agentes econômicos que atuam no mesmo mercado relevante, visando a construir uma limitação artificial e ilegítima da concorrência. Embora alguns doutrinadores se concentrem em definir o cartel como o acordo que represente combinação de preços,²³¹ esta não é um elemento indispensável à sua configuração. Os ajustes que configuram cartéis podem ter outros objetos, como a fixação de quotas de produção e/ou a divisão de clientes e/ou de áreas de atuação.

Assim, a limitação artificial da concorrência que resulta da formação de cartéis consiste em uma ilegítima padronização de preços e/ou restrição da oferta de certos bens ou serviços. Além de ter um impacto negativo sobre os preços dos bens e serviços envolvidos no ajuste, o cartel também prejudica a inovação, neutralizando incentivos para que os agentes econômicos aprimorem os seus processos produtivos. Portanto, o bem-estar econômico, de um modo geral, é fortemente prejudicado pela formação de um cartel.

Quando formados no âmbito de licitações, os cartéis ainda provocam outros efeitos negativos. Muitas vezes, o grande poder econômico dos cartéis facilita a captura de agentes públicos, que podem passar a servir aos interesses dos integrantes dos cartéis, no lugar do interesse público – apesar de o envolvimento de tais agentes não ser um elemento imprescindível à caracterização do cartel em uma licitação. Nesse cenário, não apenas a

²³⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 5.301/2013 – 2ª Câmara. Entidade: Município de Floriano/PI. Interessado: Ministério Público Federal (MPF) – Procuradoria da República no Município de Floriano/PI. Relator: André Luis de Carvalho. Brasília, 03 de setembro de 2013.

²³¹ É o caso do conceito trazido por Leonardo Vizeu Figueiredo, que define cartel como “*um acordo abusivo de agentes econômicos, representando combinação de preços, a fim de restringir a variedade de produtos e dividir os mercados para manter suas receitas sempre estáveis*”. (FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Lições de Direito Econômico, 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 309).

competitividade do certame é ferida de morte, mas, dada a intrínseca relação que ela mantém com os princípios mais basilares da Administração Pública, estes também são violados por aqueles a quem é confiada a gestão da coisa pública, o que contribui para uma progressiva perda de credibilidade do corpo burocrático estatal, enfraquecendo-o institucionalmente. Como se verá adiante, essa situação é de extrema relevância para a caracterização da improbidade administrativa.

Noutro giro, a formação de cartéis leva à seleção de propostas com preços mais elevados e/ou com aspectos técnicos menos satisfatórios do que aqueles que poderiam ser esperados em um ambiente concorrencial. Isso pode significar o dispêndio de recursos muito além dos necessários para o custeio de obras ou serviços de baixa qualidade, quando seria possível obter resultados mais favoráveis com um gasto igual ou menor, caso houvesse competição nos respectivos certames.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) ressalta que os efeitos nocivos dos cartéis formados em licitações são ainda mais perigosos do que aqueles provocados por cartéis que atuam no setor privado, *“na medida em que prejudicam a prestação do serviço público e representam desvios de dinheiro público, lesando todos os contribuintes”*.²³² A jurisprudência daquele órgão de defesa da concorrência, nesse sentido, destaca:²³³

No caso de cartéis em licitações o incremento de preços acontece às custas dos cofres públicos, o que reduz a possibilidade de o poder público prestar maior volume de serviços ou reduzir o custo dos disponibilizados. Através de acordos prévios e variadas estratégias, os cartéis acabam por impedir que a Administração adquira seus produtos e serviços ao menor preço e nas melhores condições possíveis.

É vigorosamente prejudicada, nessa medida, a eficiência que se espera da atuação da Administração Pública, uma vez que ela impõe ao gestor o dever de *“obter a maior realização*

²³² BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.008821/2008-22. Representante: Secretaria de Direito Econômico ex officio. Representados: Aurobindo Farmacêutica do Brasil Ltda e AB Farmo Química Ltda., (sucidadas por Aurobindo Pharma Indústria Farmacêutica Ltda.), Brasvit Indústria e Comércio Ltda., Pharma Nostra Comercial Ltda., César Augusto Alexandre Fonseca, Daniela Bosso Fujiki, Flávio Garcia da Silva, Francisco Sampaio Vieira de Faria, José Augusto Alves Lucas, Premanandam Modapohala, Ronaldo Alexandre Fonseca e Vittorio Tedeschi. Relator: Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo. Brasília, 20 de janeiro de 2016.

²³³ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.000030/2011-50. Representante: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Representadas: Scar Rio Peças e Serviços Ltda., Multi Service de Duque de Caxias Comércio e Locação de Veículos Ltda., Toesa Service Ltda., Troiakar Danaren Oficina Multimarcas Ltda. e Peça Oil Distribuidora Ltda. Relator: Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo. Brasília, 09 de dezembro de 2015.

*possível das finalidades do ordenamento jurídico, com os menores ônus possíveis, tanto para o Estado, inclusive de índole financeira, como para as liberdades dos cidadãos”.*²³⁴

A questão relacionada ao preço, especificamente, tem sido objeto de relevantes esforços das leis orçamentárias e dos órgãos de controle ao longo dos últimos anos, talvez por envolver aspectos um pouco mais objetivos do que as questões relacionadas aos aspectos técnicos das contratações. A Lei nº. 10.524, de 25 de julho de 2002 (“Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2003”), foi pioneira ao prever que o custo das obras e dos serviços de engenharia contratados e executados com recursos da União Federal deveria ter como referência aqueles definidos no Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil – SINAPI, podendo superá-los, no máximo, em até 30% (trinta por cento). Nas leis de diretrizes orçamentárias de todos os anos seguintes,²³⁵ tal exigência foi mantida e aprimorada, permitindo que também se utilize como referência o Sistema de Custos de Obras Rodoviárias – SICRO, mas deixando de tolerar excessos, salvo nos casos em que as especificidades da obra ou do serviço tornem inadequados tais referenciais de preços. A questão acabou sendo disciplinada de modo geral pelo Decreto nº. 7.983, de 8 de abril de 2013.

Os órgãos de controle, em um movimento iniciado no Tribunal de Contas da União, vêm, gradativamente, adotando uma postura mais rígida em relação a sobrepreços a partir dessas previsões legais, sendo bastante excepcionais os julgados que admitem orçamentos com custos que superem os referenciais.²³⁶ É bem verdade que a adoção desses referenciais, muitas vezes, não é suficiente para afastar a elevação de preços que pode resultar da formação de um cartel. É razoável crer que os incentivos gerados por uma ampla concorrência no certame, em diversos casos, poderiam levar os licitantes a reduzirem ainda mais os seus preços, comparativamente à existência desses referenciais. De qualquer forma, trata-se de uma baliza, mesmo que ainda imperfeita e passível de muitas melhorias, capaz de guiar com algum nível de objetividade a análise da adequação dos preços dos contratos administrativos.²³⁷

Não é demais lembrar, ainda, o óbvio: os recursos públicos são também escassos, de modo que a alocação de recursos em uma determinada contratação sempre representa a

²³⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 73.

²³⁵ A exceção foi a Lei nº. 12.919, de 24 de dezembro de 2013, referente às diretrizes orçamentárias de 2014. Considerando a edição do Decreto nº. 7.983, de 8 de abril de 2013, que tratou do assunto, a previsão que aquela lei continha foi vetada pela Presidente da República.

²³⁶ Em geral, o Tribunal de Contas da União hesita em abandonar os referenciais de preços mesmo quando eles não se mostram totalmente adequados ao objeto licitado, preferindo fazer ajustes nas composições de seus custos unitários para, em seguida, utilizar essas composições casuisticamente elaboradas como referência para o controle.

²³⁷ Vale ressaltar que a utilização dessas tabelas de preços deve ser feita apenas a título de referência, não sendo obrigatória a sua observância, desde que com a devida justificativa por parte do gestor público.

priorização de uma necessidade pública em detrimento de outras. Mal atendida a primeira, tem-se um prejuízo ainda maior a ser suportado pela sociedade: nem as demandas deixadas de lado pelo gestor são atendidas, nem são adequadamente solucionados os problemas públicos priorizados.

4. A Lei de Improbidade Administrativa e a observância dos princípios reitores da licitação

Se, por um lado, o cartel representa uma violação a diversos princípios que regem a licitação e a atuação da Administração Pública, podendo culminar em prejuízos graves, não apenas financeiros, ao interesse público, por outro lado, a responsabilização por atos de improbidade administrativa é medida que visa a punir atos que tenham essa finalidade e, consequentemente, inibir outros indivíduos a incorrerem em sua prática.

A preocupação do constituinte originário com a preservação da probidade da Administração Pública é refletida na previsão do art. 37, §4º, da CRFB, nos termos da qual os atos de improbidade administrativa devem culminar na suspensão dos direitos políticos, na perda da função pública, se for o caso, na indisponibilidade de bens e no ressarcimento ao erário, na forma da lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

A compreensão do sentido do termo improbidade é facilitada pelas lições de José Antonio Lisbôa Neiva,²³⁸ quando parte da etimologia do vocábulo:

No aspecto etimológico, improbidade derivaria do latim *improbitas*, expressão que significa má qualidade, imoralidade ou malícia. Isto nos leva a concluir que a improbidade revelaria a qualidade do homem que não procede bem, que age indignamente, porque não tem caráter. Improbidade seria o atributo daquele que é ímprobo, ou seja, aquele que é moralmente mau, violador das regras legais ou morais. Vincula-se, portanto, ao sentido de desonestidade, má fama, incorreção, má índole.

A conexão estreita entre a probidade e a observância dos princípios aos quais a atuação da Administração Pública está vinculada é destacada por Emerson Garcia,²³⁹ que os entende fundamentais para a verificação da primeira, embora acredite que a legalidade e a moralidade são seus vetores primordiais.

²³⁸ NEIVA, José Antonio Lisbôa. Improbidade administrativa: legislação comentada artigo por artigo: doutrina, legislação e jurisprudência, 3ª edição. Niterói: Ímpetus, 2012, p. 6.

²³⁹ GARCIA, Emerson. Improbidade administrativa, 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 108.

A Lei nº. 8.429, de 2 de junho de 1992 (“Lei de Improbidade Administrativa”), foi promulgada para atender à previsão constitucional e disciplinar a questão. Nessa linha, previu três grupos de atos de improbidade administrativa, listando de modo meramente exemplificativo condutas que podem pertencer a cada um deles: (i) aqueles que importam enriquecimento ilícito; (ii) aqueles que causam prejuízo ao erário e (iii) aqueles que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Reservada para o momento oportuno deste trabalho a discussão acerca da medida em que infrações à ordem econômica podem configurar atos ímprobos, é seguro adiantar que a Lei de Improbidade Administrativa pode ser uma aliada no combate às indevidas restrições à concorrência em licitações promovidas pela Administração Pública, notadamente quando elas derivam ou se relacionam, em algum grau, com a formação de cartéis.

Afinal, como se viu nos capítulos precedentes, a preservação e a promoção da concorrência em uma licitação são fundamentais, relacionando-se de maneira íntima com os demais princípios reitores do procedimento e da Administração Pública. Desse modo, como também se disse, a formação de cartéis em certames públicos concretiza violação a esses princípios, podendo, ou não, gerar prejuízos financeiros ao erário.

Todavia, merece destaque a gravidade das sanções prevista na Lei de Improbidade Administrativa, o que requer um zelo ainda maior em sua aplicação. A condenação pela prática de ato de improbidade poderá envolver a determinação de ressarcimento integral do dano causado ao erário, quando for o caso, mas também poderá ensejar a perda da função pública daquele que a exerça, a suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, o pagamento de multa correspondente a até três vezes o valor do acréscimo patrimonial, se ele houver ocorrido, e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos.

Ainda mais grave é que a jurisprudência construiu o raciocínio de que, nas ações de improbidade administrativa, o *periculum in mora* é presumido, o que permite que seja concedida medida cautelar, inclusive liminarmente, de indisponibilidade dos bens dos réus,²⁴⁰ que poderá perdurar por anos a fio, até o julgamento do feito – que, ao final, poderá eximir os réus de qualquer responsabilidade.

²⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1366721/BA. Recorrente: Ministério Público Federal e outro. Recorrido: C. C. de S. Relator: Ministro Og Fernandes. Brasília, 26 de fevereiro de 2014.

Diante disso, o ajuizamento indistinto de ações de improbidade administrativa pode levar a nefastas consequências, até mesmo para indivíduos que venham a ser inocentados, o que exige cautela na interpretação e na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa.

5. A configuração do cartel em licitação como infração à ordem econômica

A configuração de cartéis no âmbito de licitações depende da presença dos mesmos elementos que os caracterizam quando formados em esferas distintas. A sua atuação é que pode assumir contornos distintos em licitações, dadas as características específicas desses procedimentos.

5.1 Elementos que caracterizam o cartel como infração à ordem econômica

A sistemática adotada pela Lei de Defesa da Concorrência permite a configuração das infrações à ordem econômica a partir da constatação da existência de dois elementos (i) a prática de uma conduta que tenha potencial ou efetivo efeito danoso ao mercado, dentre aqueles mencionados nos incisos do mesmo artigo, sendo meramente exemplificativo o rol de seu art. 36, §3º; e (ii) um nexos causal entre a conduta apurada e o dano potencial ou efetivo. Desse modo, as infrações são constatadas ainda que os seus efeitos danosos não sejam alcançados, e caracterizadas independentemente do elemento subjetivo, tornando-se irrelevante a constatação de culpa ou dolo por parte do infrator – salvo com relação aos administradores das empresas envolvidas, que devem ter caracterizado dolo ou culpa, nos termos do art. 37, inciso III, da Lei de Defesa da Concorrência.

É bastante amplo o leque de atores que podem ser considerados infratores nestes termos. Conforme o art. 31 da Lei de Defesa da Concorrência, ela se aplica a toda e qualquer pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal. Podem ser solidariamente responsabilizados com o agente econômico, inclusive, seus dirigentes e administradores (caso, repita-se, seja comprovado que agiram com dolo ou culpa), além das demais sociedades empresárias ou entidades do grupo econômico, de fato ou de direito.

Trata-se, nesse caso, de responsabilidade administrativa, uma vez que a apuração da infração e a aplicação das respectivas sanções são feitas por órgão da própria Administração Pública.

Os cartéis têm previsão específica na Lei de Defesa da Concorrência – embora essa explícita consagração não seja imprescindível, considerando a tipicidade aberta pela qual o legislador optou, expressada no *caput* do art. 36. Os incisos I e II do §3º desse mesmo artigo definem como condutas que representam infração à ordem econômica:

- I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:
 - a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;
 - b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;
 - c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;
 - d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;
- II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

Extrai-se da previsão legal que o cartel é configurado diante de um acordo explícito ou implícito entre concorrentes para restringir a concorrência, definindo as condutas que devem ser adotadas por cada um de seus integrantes. Mais precisa é a explanação da Superintendência-Geral do CADE sobre o tema.²⁴¹

Especificamente com relação aos cartéis, podemos dizer que, doutrinariamente, cartel é uma ação coletiva entre empresas concorrentes cujo objetivo é propiciar um acordo entre concorrentes para, principalmente, fixar preços ou quotas de produção, dividir clientes e mercados de atuação, bem como combinar preços e ajustar vantagens em concorrências públicas e privadas. As empresas que agem em conluio podem ganhar os benefícios de um monopólio como se fossem uma única empresa monopolista.

²⁴¹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Nota Técnica nº. 92/2015/CGAA2/SGA1/SG/CADE. Processo Administrativo nº 08700.000758/2003-71. Representantes: Fundação de Seguridade Social - GEAP; Associação dos Sistemas de Autogestão em Saúde Próprios de Empresas do Espírito Santo - ASASPE/ES; União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde - UNIDAS; Sindicato Nacional das Empresas de Medicina de Grupo - SINAMGE; e Saúde Assistência Médica. Representados: Associação de Hospitais, Clínicas e Prestadores de Serviços Afins à Área de Saúde do Espírito Santo - AHCES; Associação Médica do Estado do Espírito Santo - AMES; Conselho Regional de Medicina do Estado do Espírito Santo - CRM/ES; Sindicato dos Médicos do Espírito Santo - SIMES; Sindicato dos Estabelecimentos de Serviços de Saúde do Estado do Espírito Santo - SINDHES; União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde - UNIDAS; Centro Hospitalar Granmater Ltda. - Granmater; Hospital da Associação dos Funcionários Públicos do Espírito Santo - AFPES; Hospital Evangélico de Cachoeiro de Itapemirim; Hospital Evangélico de Vila Velha / Associação Evangélica Beneficente Espírito Santense; Hospital Santa Mônica Ltda.; Hospital Meridional; Hospital Metropolitano S/A; Hospital Praia da Costa Ltda.; Casa de Saúde Santa Maria S/A; Maternidade Santa Paula Ltda.; Hospital Santa Rita de Cassia Vitoria/AFECC Associação Feminina Educação Combate Câncer; Maternidade Santa Úrsula de Vitória SC Ltda.; Casa de Saúde São Bernardo; Hospital e Maternidade São Francisco de Assis Ltda.; Hospital São Luiz Ltda.; Unimed Sul Capixaba Cooperativa de Trabalho Médico; Vitória Apart Hospital S/A e Arlindo Borges Pereira. Brasília, 22 de dezembro de 2015.

Desse modo, um cartel de preço, por exemplo, tende a coordenar a ação dos agentes de mercado com o intuito de determinar o preço mais benéfico para si, tal qual uma empresa monopolista faz.

Pelo cartel, constitui-se, então, uma associação entre agentes econômicos que, expressa ou tacitamente, acordam em coordenar as decisões estratégicas, no tocante às variáveis relevantes do ponto de vista concorrencial. Tal coordenação, quando se refere a preços, se dá com o objetivo de estabelecer uma negociação ilegítima de preço, permitindo, desse modo, uma comparação das estimativas de demanda, capacidade instalada, curvas de custos entre outros pontos, podendo ser resolvidas as diferenças com o intuito de se achar um consenso acerca do equilíbrio de preço/produção que trará mais lucro aos agentes em conluio, em prejuízo dos adquirentes de seus serviços (e, no final, os consumidores).

A caracterização de um cartel, pela doutrina e jurisprudência antitruste resulta, pois, de uma ampla gama de eventos relacionados direta ou indiretamente a acordos entre concorrentes sobre as mais diversas condições comerciais.

Reitere-se, aqui, que esses ajustes podem ter objetos diversos da simples fixação de preços de bens ou serviços, que sejam com ela combinados ou não, como a fixação de quotas de produção e/ou a divisão de clientes e/ou de áreas de atuação. A fixação de preços idênticos no âmbito de cartéis, aliás, vem caindo em desuso, como aponta artigo de Tereza Cristine Almeida Braga, assessora do CADE:²⁴²

A identidade de preços não é obrigatória em um cartel, porquanto os conspiradores podem combinar outros tipos de elementos (margens, custos, condições de pagamento, rateio de mercados, entre outros). Hoje em dia, os cartéis que ainda estão em atividade já perceberam que o alinhamento de preços é bastante arriscado e, por isso, preferem linearizar outros tipos de segredos de negócio. Na realização de diligências de busca e apreensão, por exemplo, é possível angariar evidências de combinações entre concorrentes que não se refiram a preços, mas que comprovem o conluio, tais como preços próximos em produtos de distintas qualidade ou procedência, lances com centavos exatamente idênticos e presença de um habilitado que sempre se abstém de apresentar lances. Desse modo, a observância da similaridade dos preços é relevante, mas não é crucial para se declarar a existência de um cartel.

A rigidez da lei fica nítida diante do seu esforço para tipificar todos os tipos de participação relevante no cartel, incluindo desde o acordo firme até a manipulação e a influência. De todo modo, o acordo de vontades entre dois ou mais competidores é o ponto nodal da caracterização do cartel, aliado à potencialidade de que resulte nos efeitos danosos que a legislação busca proteger.

Por esse motivo, a prova da comunicação entre seus integrantes é o principal ponto de análise em tais casos.²⁴³ Guarda relevância para esse aspecto o fato de que a licitação, sendo um procedimento formal que deve ter publicidade e dispensar tratamento isonômico aos

²⁴² BRAGA, Teresa Cristina Almeida. CADE, Cartéis e Licitações: um Novo Nicho da Política Antitruste Brasileira. In: Revista de Defesa da Concorrência, vol. 3, nº 1, maio/2015, p. 108-132.

²⁴³ Idem.

licitantes, demanda que todas as comunicações entre eles e a Comissão de Licitação sejam registradas nos autos e divulgadas, pelo menos, aos demais competidores. Da análise dos termos de pedidos de esclarecimentos, impugnações, recursos e propostas, bem como da documentação que os acompanha, podem surgir indícios e até mesmo provas conclusivas da formação do cartel.

5.2 Objetivos específicos usuais de cartéis em licitações públicas

Como se adiantou, os cartéis podem ter um ou mais intuitos, sendo a fixação de preços apenas um deles. Não é diferente com os cartéis formados em licitações, havendo certos objetivos mais recorrentes nesses casos, que podem ser adotados pelos primeiros isolada ou conjuntamente. Segundo cartilha elaborada pelo Departamento de Proteção e Defesa Econômica da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça,²⁴⁴ esses objetivos, em geral, são os seguintes:

- a) Fixação de preços, na qual há um acordo firmado entre concorrentes para aumentar ou fixar preços e impedir que as propostas fiquem abaixo de um “preço base”.
- b) Direcionamento privado da licitação, em que há a definição de quem irá vencer determinado certame ou uma série de processos licitatórios, bem como as condições nas quais essas licitações serão adjudicadas.
- c) Divisão de mercado, representada pela divisão de um conjunto de licitações entre membros do cartel, que, assim, deixam de concorrer entre si em cada uma delas. Por exemplo, as empresas A, B e C fazem um acordo pelo qual a empresa A apenas participa de licitações na região Nordeste, a empresa B na região Sul e a empresa C na região Sudeste.
- d) Supressão de propostas, modalidade na qual concorrentes que eram esperados na licitação não comparecem ou, comparecendo, retiram a proposta formulada, com intuito de favorecer um determinado licitante, previamente escolhido.
- e) Apresentação de propostas “*pro forma*”, caracterizada quando alguns concorrentes formulam propostas com preços muito altos para serem aceitos ou entregam propostas com vícios reconhecidamente desclassificatórios. O objetivo dessa conduta é, em regra, direcionar a licitação para um concorrente em especial.
- f) Rodízio, acordo pelo qual os concorrentes alternam-se entre os vencedores de uma licitação específica. Por exemplo, as empresas A, B e C combinam que a primeira licitação será vencida pela empresa A, a segunda pela empresa B, a terceira pela empresa C e assim sucessivamente.
- g) Sub-contratação, pela qual concorrentes não participam das licitações ou desistem das suas propostas, a fim de serem sub-contratados pelos vencedores. O vencedor da licitação a um preço supra-competitivo divide o sobre-preço com o subcontratado.

²⁴⁴ BRASIL. Departamento de Proteção e Defesa Econômica da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. Combate a cartéis em licitações – guia prático para pregoeiros e membros de comissões de licitação. Brasília, 2008. Disponível em < http://www.comprasnet.gov.br/banner/seguro/cartilha_licitacao.pdf>. Acesso em 06 de novembro de 2015.

As estratégias acima podem ser utilizadas em uma ou mais licitações, de um ou diversos órgãos públicos ou entidades da Administração Pública de um ou mais entes federados, isolada ou simultaneamente. Diversos casos recentemente apreciados pelo CADE envolveram cartéis com um ou vários dos objetivos acima elencados.

A supressão de proposta foi constatada pelo CADE em processo envolvendo licitantes em certame promovido pela Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – Sabesp para a contratação das obras do Lote 03 do Sistema Produtor de Água Mambu/Branco. Durante o processo, apurou-se que os dois licitantes melhor colocados acordaram que realizariam a execução conjunta das obras, o que levou a melhor colocada a desistir da licitação, ensejando a contratação de proposta cujo valor era 23,1% superior²⁴⁵.

Em setembro de 2015, o CADE condenou seis empresas, atuantes no mercado de aquecedores solares, também pela formação de cartel. Entendeu o órgão de defesa da concorrência que, ao longo da instrução, restou demonstrada a existência de um conluio entre aqueles agentes econômicos, que, durante o certame, (i) realizaram lances idênticos, (ii) dividiram os lotes licitados entre si e (iii) acordaram a subcontratação de uma delas por outra²⁴⁶.

Analisando a conduta de empresas fabricantes de portas de segurança detectoras de metais, em julgamento realizado em novembro de 2015, o CADE concluiu que, em licitações realizadas entre 2002 e 2008, as empresas investigadas combinaram nada menos do que três das estratégias acima elencadas: a apresentação de propostas fictícias, o rodízio de propostas e a divisão do mercado²⁴⁷.

Como se vê, essas nocivas práticas têm sido constante objeto de análise por parte do CADE, no âmbito de suas competências.

6. A configuração do cartel em licitação como ato de improbidade administrativa

²⁴⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Cade condena cartel em licitação realizada pela Sabesp. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?f84cda2ec75db37f8bb88bd86ed2>>. Acesso em 20 de novembro de 2015.

²⁴⁶ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Cade condena cartel em licitações de aquecedores solares. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?af8290996ba077bc49f648192a2b>>. Acesso em 20 de novembro de 2015.

²⁴⁷ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08700.011276/2013-60. Representante: CADE *ex officio*. Representados: Walter Marzagão Beringhs e Amilton Bento. Relator: Conselheiro João Paulo de Resende. Brasília, 17 de novembro de 2015.

Em que pese a gravidade da infração à ordem econômica ora analisada, há que se investigar se a formação de cartel sempre configura também um ato de improbidade administrativa. Para tanto, é imperioso o exame dos elementos que caracterizam o ato de improbidade administrativa, a permitir averiguar se eles se identificam com aqueles elencados no capítulo precedente.

Ao definir as condutas que devem ser consideradas como atos ímprobos, a Lei de Improbidade Administrativa adotou uma tipicidade aberta, no que se assemelha à Lei de Defesa da Concorrência. Classificando tais condutas em três grupos distintos, os arts. 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade Administrativa adotaram definições capazes de permitir que as mais diversas situações neles se enquadrem, ainda que não se identifiquem com as condutas específicas elencadas nas listas desdobradas nos incisos desses artigos.

Com efeito, o art. 9º da referida lei preceitua que é ato de improbidade administrativa que importa enriquecimento ilícito a obtenção de qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades submetidas à lei. O art. 10, por sua vez, caracteriza como ímproba qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens e haveres das mesmas entidades. Finalmente, o art. 11 preconiza que qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública.

Esses termos, por si, nos permitem fazer a primeira consideração crucial para o presente trabalho, relacionada ao papel do elemento subjetivo para a configuração do ato de improbidade administrativa, no que se distingue severamente da Lei de Defesa da Concorrência.

A tendência consolidada na doutrina e na jurisprudência é no sentido de que a presença do dolo é fundamental para a caracterização dos ilícitos estabelecidos nos arts. 9º e 11 do aludido diploma legal, muito embora eles silenciem a respeito – ao contrário do que faz o art. 10, que permite a responsabilização por ato praticado com dolo ou culpa (culpa grave, segundo o posicionamento consolidado). Assim, como entende a jurisprudência firmada no Superior Tribunal de Justiça,

o ato ilegal só adquire os contornos de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvada pela má-intenção do administrador, caracterizando a conduta dolosa; a aplicação das severas sanções previstas na Lei 8.429/92 é aceitável, e mesmo recomendável, para a punição do

administrador desonesto (conduta dolosa) e não daquele que apenas foi inábil (conduta culposa).²⁴⁸

Segundo essa interpretação, não se pode presumir que seria objetiva a responsabilidade pelas condutas definidas nos arts. 9 e 11, a partir do silêncio do legislador acerca do elemento subjetivo que permitiria caracteriza os tipos.²⁴⁹ Entendimento contrário estaria em desacordo com o regime geral de responsabilidade subjetiva dos agentes causadores de danos à Administração Pública, estabelecido no art. 37, §6º, da CRFB. Por outro lado, aqueles dispositivos também não consignam explicitamente a responsabilidade por ato culposos, como faz o art. 10, de modo que resta apenas a possibilidade de entender que consagram responsabilidade por ato praticado com dolo.²⁵⁰

É o que restou pacificado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº. 479.812/SP, da relatoria do Ministro Teori Zavascki, pela Primeira Seção,²⁵¹ e vem sendo reiterado em julgados posteriores, como no acórdão que retrata o julgamento do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº. 20.747/SP, em 17/11/2011, pela Primeira Turma daquele Tribunal Superior:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FRAUDE NO RESSARCIMENTO DE GASTOS POR PARLAMENTAR. ART. 9º DA LEI N. 8.429/92. SUFICIÊNCIA DE DOLO GENÉRICO NA CONDUTA GERADORA DO ENRIQUECIMENTO OU CONTRA AS NORMAS. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE CONSIGNA DOLO E ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. PENAS APLICADAS EM ATENÇÃO À PROPORCIONALIDADE. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 7/STJ TAMBÉM AO RECURSO PELA ALÍNEA C DO DISSÍDIO CONSTITUCIONAL.

1. Hipótese na qual se discute ato de improbidade administrativa decorrente do uso de documentos falsos por parlamentar, por trinta e quatro vezes, com o fim de ressarcimento de gastos.

(...)

3. A configuração dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa (atos de Improbidade Administrativa que causam prejuízo ao erário), à luz da atual jurisprudência do STJ, exige a presença do efetivo dano ao erário (critério objetivo) e, ao menos, culpa, o mesmo não ocorrendo com os tipos previstos nos arts. 9º e 11 da mesma lei (enriquecimento ilícito e atos de Improbidade Administrativa que atentam contra os princípios da Administração

²⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1258529/MG. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Francisco Carlos Delfino. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 03 de setembro de 2013.

²⁴⁹ FAZZIO JUNIOR, Waldo. Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2012, p. 132.

²⁵⁰ Idem, p. 302.

²⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº. 479812/SP. Embargante: Aster Produtos Médicos Ltda. Embargado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 25 de agosto de 2010.

Pública), os quais se prendem ao volitivo do agente (critério subjetivo) e exige-se o dolo.

4. O caso em exame, relativo à improbidade administrativa decorrente de enriquecimento ilícito, amolda-se aos atos de improbidade censurados pelo art. 9º da Lei 8.429/1992. Nesse passo, o elemento subjetivo necessário à configuração de improbidade administrativa é o dolo eventual ou genérico de realizar conduta que gere o indevido enriquecimento ou que atente contra os princípios da Administração Pública, não se exigindo a presença de intenção específica, pois a atuação deliberada em desrespeito ao patrimônio público e às normas legais, cujo desconhecimento é inescusável, evidencia a presença do dolo.

Reluz, portanto, uma constatação fundamental para o presente trabalho: embora a configuração do cartel como infração à ordem econômica independa de dolo ou culpa dos agentes econômicos (exceto dos administradores das empresas envolvidas, como se viu), a análise do elemento subjetivo, com a constatação de dolo ou de culpa grave, é indispensável à configuração dos atos de improbidade administrativa.

O sujeito ativo do ato de improbidade administrativa representa outro ponto nodal desta análise. O art. 1º da Lei de Improbidade Administrativa define que os atos de improbidade poderão ser assim considerados se praticados “*por qualquer agente público, servidor ou não*”, contra a Administração direta ou indireta e as entidades que menciona em seu *caput* e em seu parágrafo único.

O dispositivo é complementado pelo art. 2º daquela mesma lei, segundo o qual deve ser considerado agente público, para tais efeitos, “*todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função*” nas mesmas entidades, e o art. 3º submete à Lei de Improbidade Administrativa todo aquele que, “*mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta*”.

Visualizando-se nesse cenário a formação de cartel em uma licitação, a indagação que se coloca é se os particulares envolvidos no ajuste praticam ato de improbidade administrativa ao fazerem o conluio, se agirem independentemente da participação de um agente público.

A resposta dada pelo entendimento dominante é negativa. Não se vislumbra ato de improbidade administrativa quando praticado isoladamente por particulares, sem a participação de um agente público. Assim se diz porque, nos termos do art. 3º da Lei de Improbidade Administrativa, para ser considerada ato ímprobo, a conduta do particular deve corresponder a uma das seguintes situações: (i) o terceiro desperta no agente público interesse em praticar o ato de improbidade, induzindo-o a fazê-lo; (ii) o terceiro concorre para a prática do ato de improbidade, participação esta que pode consistir na divisão de tarefas com o agente público

ou na mera prestação de auxílio material; ou (iii) o terceiro não exerce qualquer influência sobre o *animus* do agente ou presta qualquer contribuição à prática do ato de improbidade, limitando-se em se beneficiar do produto do ilícito.²⁵²

Esse é o posicionamento que se consolidou na jurisprudência, especialmente a partir do acórdão proferido no julgamento do Recurso Especial nº. 896.044/PA, da relatoria do Ministro Herman Benjamin, realizado no dia 16/09/2010:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. DANO AO ERÁRIO. EMPRESA BENEFICIADA. AUSÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO.

1. Cuidam os autos de Ação Civil Pública fundada em improbidade administrativa decorrente de pagamentos indevidos, supostamente respaldados em contratos fraudulentos e sem ter havido efetiva contraprestação, feitos com verba da Fundação Nacional de Saúde no Pará às empresas Timbira Serviços Gerais Ltda. e Timbira Serviços de Vigilância, em 1998.

(...)

7. A conduta dos agentes públicos, que constitui o foco da LIA, pauta-se especificamente pelos seus deveres funcionais e independe da responsabilização da empresa que se beneficiou com a improbidade.

8. Convém registrar que a recíproca não é verdadeira, tendo em vista que os particulares não podem ser responsabilizados com base na LIA sem que figure no pólo passivo um agente público responsável pelo ato questionado, o que não impede, contudo, o eventual ajuizamento de Ação Civil Pública comum para obter o ressarcimento do Erário. Precedente do STJ.

9. Na hipótese, o Juízo de 1º grau condenou os agentes públicos responsáveis pelas irregularidades e também o particular que representava as empresas beneficiadas com pagamentos indevidos, mostrando-se equivocada a anulação da sentença por ausência de inclusão, no pólo passivo, da pessoa jurídica beneficiada.

10. Recurso Especial provido.

Por conseguinte, para que configure ato de improbidade administrativa, sujeitando os envolvidos às graves sanções que a lei prevê, a formação de cartel em licitação necessariamente deve contar com a colaboração de um agente público que aja ao menos com culpa grave (se se pretender enquadrar a conduta no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa) ou com dolo (se a conduta se subsumir aos tipos previstos na aludida lei).

Apesar de a participação do agente público ser dispensável para o cartel, como infração à ordem econômica, é comum ter notícias de sua ocorrência, mesmo porque facilita a atuação dos licitantes que se cartelizaram. Se o cartel conta com o auxílio de um ou mais membros da Comissão de Licitação ou do Pregoeiro, conforme o caso, a condução do procedimento em seu benefício é um destacado auxílio às intenções do grupo. Pode o gestor capturado, por exemplo, adotar maior rigidez na análise da documentação dos demais competidores, inabilitando-os ou

²⁵² GARCIA, Emerson. Improbidade administrativa, 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 366-367.

desclassificando-os por conta de falhas meramente formais,²⁵³ designar a realização das sessões das etapas subsequentes com pequeno intervalo relativamente à divulgação do resultado da etapa imediatamente anterior – o que dificulta a elaboração de qualquer recurso administrativo ou de medidas judiciais pelos licitantes prejudicados –, ou até mesmo compartilhar informações privilegiadas com os integrantes do cartel, em detrimento dos demais competidores.

7. Conclusão

As reflexões desenvolvidas no presente trabalho embasam constatações que nos parecem relevantes para o tema objeto de estudo.

Viu-se, em primeiro lugar, que a concorrência é considerada um pressuposto da licitação, elemento que lhe é inerente. As restrições à competitividade, nessa esteira, apenas se justificam quando e na medida em que pretenderem alcançar finalidades legítimas perseguidas pela Administração Pública, as quais também irão guiar a seleção da proposta mais vantajosa.

A atuação de cartéis em licitações, ao restringir artificial e ilegitimamente a concorrência nesses certames, gera consequências negativas graves não apenas à eficiência da aplicação dos recursos públicos envolvidos, mas também à probidade que deve guiar a gestão da coisa pública. Nesse cenário, a depender das circunstâncias concretas, a atuação de cartel em uma licitação poderá configurar infração à ordem econômica, isoladamente, ou também um ato de improbidade administrativa.

Em ambos os casos, os tipos são abertos, a permitir o enquadramento de diferentes situações específicas às hipóteses formuladas, em que pese representarem diferentes esferas de responsabilização: administrativa, no caso de infração à ordem econômica apurada e censurada na forma da Lei de Defesa da Concorrência, e civil por improbidade administrativa, no caso da prática de algum das condutas abrangidas pelos arts. 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

A responsabilização dos agentes econômicos que tenham participado de conluio em uma licitação independe da demonstração de que agiram com culpa ou com dolo, sendo objetiva – salvo com relação aos administradores das empresas envolvidas. Nisso, difere-se da responsabilização pela prática de ato de improbidade administrativa, que necessariamente exige

²⁵³ O formalismo exacerbado tem sido encarado como prejudicial à própria finalidade da licitação, pelo que não tem sido inadmitido pela doutrina e pela jurisprudência, inclusive dos órgãos de controle. Veja-se, a propósito, julgamento realizado pelo Tribunal de Contas da União recentemente, refletido no Acórdão nº. 1.795/2015-Plenário, Relator Ministro José Múcio, que ressaltou o prejuízo que o formalismo exagerado no julgamento das propostas gera à competitividade do certame.

a demonstração do elemento subjetivo dos sujeitos ativos, mais especificamente, de dolo ou culpa grave de sua parte.

Por outro lado, para a caracterização do cartel como infração à ordem econômica, é irrelevante a colaboração de um agente público – cuja participação, todavia, também ensejará a aplicação das sanções cabíveis, tendo em vista que as sanções da Lei de Defesa da Concorrência também se aplicam a qualquer pessoa física que tenha praticado as condutas censuradas. O mesmo não acontece na configuração do ato de improbidade administrativa, que somente existirá caso o agente público efetivamente participe, de forma consciente, da conduta reprovável. Cartéis cuja atuação não conta com o auxílio de um agente público, dessa forma, não incorrem em ato de improbidade administrativa.

O combate à atuação dos cartéis pode e deve se valer de ambos os instrumentos. Tanto a defesa da concorrência quanto a repressão aos atos de improbidade administrativa vem evoluindo no Brasil ao longo das últimas décadas, representando um esforço louvável direcionado à construção de uma Administração Pública cada vez mais identificada aos princípios que regem a sua atuação. É preciso, contudo, atentar para as especificidades das diferentes esferas de responsabilidade pela adoção de determinada conduta, permitindo o refinamento desse combate, especialmente porque cada um desses âmbitos de responsabilidade envolve providências e sanções graves, as quais somente se legitimam na medida em que efetivamente configuradas as situações que ensejam a sua aplicação.

8. Bibliografia

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BRAGA, Teresa Cristina Almeida. CADE, Cartéis e Licitações: um Novo Nicho da Política Antitruste Brasileira. In: Revista de Defesa da Concorrência, vol. 3, nº 1, maio/2015, p. 108-132.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Cade condena cartel em licitações de aquecedores solares. Disponível em:

<<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?af8290996ba077bc49f648192a2b>>. Acesso em 20 de novembro de 2015.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Cade condena cartel em licitação realizada pela Sabesp. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?f84cda2ec75db37f8bb88bd86ed2>>. Acesso em 20 de novembro de 2015.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.000030/2011-50. Representante: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Representadas: Scar Rio Peças e Serviços Ltda., Multi Service de Duque de Caxias Comércio e Locação de Veículos Ltda., Toesa Service Ltda., Troiakar Danaren Oficina Multimarcas Ltda. e Peça Oil Distribuidora Ltda. Relator: Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo. Brasília, 09 de dezembro de 2015.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.008821/2008-22. Representante: Secretaria de Direito Econômico ex officio. Representados: Aurobindo Farmacêutica do Brasil Ltda e AB Farmo Química Ltda., (sucidadas por Aurobindo Pharma Indústria Farmacêutica Ltda.), Brasvit Indústria e Comércio Ltda., Pharma Nostra Comercial Ltda., César Augusto Alexandre Fonseca, Daniela Bosso Fujiki, Flávio Garcia da Silva, Francisco Sampaio Vieira de Faria, José Augusto Alves Lucas, Premanandam Modapohala, Ronaldo Alexandre Fonseca e Vittorio Tedeschi. Relator: Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo. Brasília, 20 de janeiro de 2016.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Nota Técnica nº. 92/2015/CGAA2/SGA1/SG/CADE. Processo Administrativo nº 08700.000758/2003-71. Representantes: Fundação de Seguridade Social - GEAP; Associação dos Sistemas de Autogestão em Saúde Próprios de Empresas do Espírito Santo - ASASPE/ES; União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde - UNIDAS; Sindicato Nacional das Empresas de Medicina de Grupo - SINAMGE; e Saúde Assistência Médica. Representados: Associação de Hospitais, Clínicas e Prestadores de Serviços Afins à Área de Saúde do Espírito Santo - AHCES; Associação Médica do Estado do Espírito Santo - AMES; Conselho Regional de Medicina do Estado do Espírito Santo - CRM/ES; Sindicato dos Médicos do Espírito Santo - SIMES; Sindicato dos Estabelecimentos de Serviços de Saúde do Estado do Espírito Santo -

SINDHES; União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde - UNIDAS; Centro Hospitalar Granmater Ltda. - Granmater; Hospital da Associação dos Funcionários Públicos do Espírito Santo - AFPE; Hospital Evangélico de Cachoeiro de Itapemirim; Hospital Evangélico de Vila Velha / Associação Evangélica Beneficente Espírito Santense; Hospital Santa Mônica Ltda.; Hospital Meridional; Hospital Metropolitano S/A; Hospital Praia da Costa Ltda.; Casa de Saúde Santa Maria S/A; Maternidade Santa Paula Ltda.; Hospital Santa Rita de Cassia Vitória/AFECC Associação Feminina Educação Combate Câncer; Maternidade Santa Úrsula de Vitória SC Ltda.; Casa de Saúde São Bernardo; Hospital e Maternidade São Francisco de Assis Ltda.; Hospital São Luiz Ltda.; Unimed Sul Capixaba Cooperativa de Trabalho Médico; Vitória Apart Hospital S/A e Arlindo Borges Pereira. Brasília, 22 de dezembro de 2015.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08700.011276/2013-60. Representante: CADE *ex officio*. Representados: Walter Marzagão Beringhs e Amilton Bento. Relator: Conselheiro João Paulo de Resende. Brasília, 17 de novembro de 2015.

BRASIL. Departamento de Proteção e Defesa Econômica da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. Combate a cartéis em licitações – guia prático para pregoeiros e membros de comissões de licitação. Brasília, 2008. Disponível em <http://www.comprasnet.gov.br/banner/seguro/cartilha_licitacao.pdf>. Acesso em 06 de novembro de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº. 20.747/SP. Agravante: Mário Sérgio Cazeri. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Benedito Gonçalves. Brasília, 17 de novembro de 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº. 479812/SP. Embargante: Aster Produtos Médicos Ltda. Embargado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 25 de agosto de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 896.044/PA. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorridos: Noélia Maria Maués Dias Nascimento e outra. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 16 de setembro de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1258529/MG. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Francisco Carlos Delfino. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 03 de setembro de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1366721/BA. Recorrente: Ministério Público Federal e outro. Recorrido: C. C. de S. Relator: Ministro Og Fernandes. Brasília, 26 de fevereiro de 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº. 1.795/2015-Plenário. Representante: Abbad, Barreto, Dolabella e Fiel Advogados Associados. Entidade: CELG Distribuição S.A. Relator: Ministro José Múcio. Brasília, 22 de julho de 2015.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.615/2008-Plenário. Entidade: Furnas Centrais Elétricas S.A. Interessado: Associação Brasileira de Consultores de Engenharia – ABCE. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Brasília, 13 de agosto de 2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 5.301/2013 – 2ª Câmara. Entidade: Município de Floriano/PI. Interessado: Ministério Público Federal (MPF) – Procuradoria da República no Município de Floriano/PI. Relator: Ministro André Luis de Carvalho. Brasília, 03 de setembro de 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo, 26ª edição. São Paulo: Atlas, 2013.
FAZZIO JUNIOR, Waldo. Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2012.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Lições de direito econômico, 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GARCIA, Emerson. Improbidade administrativa, 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e contrato administrativo, 15ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo, 16ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NEIVA, José Antonio Lisbôa. Improbidade administrativa: legislação comentada artigo por artigo: doutrina, legislação e jurisprudência, 3ª edição. Niterói: Ímpetus, 2012.

RIBEIRO, Maurício Portugal. Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos. São Paulo: Atlas, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. Contratações públicas e o princípio da concorrência. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). Contratações públicas e seu controle. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 22-23.