

COORDENAÇÃO

FRANCISCO PEREIRA COUTINHO

RUTH SANTOS

MATHEUS SILVA

ATAS

DO II CURSO SOBRE
O COMBATE À CORRUPÇÃO
NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA


CEDIS

CEDIS CENTRO DE I&D
SOBRE DIREITO E SOCIEDADE

ATAS

DO II CURSO SOBRE
O COMBATE À CORRUPÇÃO
NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

COORDENAÇÃO

FRANCISCO PEREIRA COUTINHO

RUTH SANTOS

MATHEUS SILVA

ATAS

DO II CURSO SOBRE
O COMBATE À CORRUPÇÃO
NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA


CEDIS

CEDIS CENTRO DE I&D
SOBRE DIREITO E SOCIEDADE

**ATAS DO II CURSO SOBRE O COMBATE À CORRUPÇÃO
NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA**

COORDENAÇÃO

FRANCISCO PEREIRA COUTINHO

RUTH SANTOS

MATHEUS SILVA

EDIÇÃO

UNIVERSIDADE NOVA DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO

CEDIS, CENTRO DE I & D SOBRE DIREITO E SOCIEDADE

Campus de Campolide

1099-032 Lisboa

PORTUGAL

ABRIL 2020

ISBN

978-989-8985-04-0

Os dados e as opiniões inseridos na presente publicação
são da exclusiva responsabilidade do(s) seus(s) autor(es).

Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro
qualquer processo, sem prévia autorização escrita do editor,
é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infrator.

Nota introdutória

Esta obra é o resultado académico do *II Curso sobre Combate à Corrupção na Contratação Pública*, que decorreu de 18 a 26 de outubro de 2018 na Faculdade de Direito da Universidade NOVA de Lisboa. Tratou-se de uma iniciativa da Escola da Advocacia-Geral da União do Brasil (EAGU) e da Associação da Faculdade de Direito da Universidade NOVA de Lisboa (JURISNOVA) enquadrada em protocolo de cooperação celebrado em 2016 entre as duas instituições.

Os artigos que a seguir se publicam foram elaborados por servidores da AGU que frequentaram o curso, e objeto de um processo de seleção e revisão levado a cabo por professores e doutorandos da Faculdade de Direito da Universidade NOVA de Lisboa. Constituem um contributo relevante para o estudo do combate à corrupção na contratação pública na ordem jurídica brasileira, na medida em que incorporam perspetivas trazidas pelo direito português e pelo direito da União Europeia que foram objeto de análise detalhada durante o curso.

O curso e, consequentemente, a publicação deste livro só foi possível graças à visão e empenho da Direção da EAGU, a quem deixamos uma palavra especial de agradecimento.

Lisboa, 9 de abril de 2020

FRANCISCO PEREIRA COUTINHO
RUTH MARIA PEREIRA DOS SANTOS
MATHEUS PASSOS SILVA

O termo inicial do prazo prescricional da ação de indenização por danos concorrenciais na legislação brasileira. Breve análise comparativa da norma portuguesa

The initial term of the statute of limitations of the action of indemnity for competitive damages in the brazilian legislation. Brief comparative analysis of the portuguese norm

ANTONIO MARCOS GUERREIRO SALMEIRÃO ¹

Resumo: O presente artigo trata do termo inicial do prazo prescricional da ação de indenização por danos concorrenciais, a partir da análise das regras civilistas aplicáveis às infrações contra a ordem econômica, que são tipificadas como acordos entre concorrentes e abuso de posição dominante e permitem a ciência de sua prática em momentos distintos, aspecto que a atual legislação não diferencia para fins de determinação de quando se inicia o prazo de extinção do direito à pretensão reparatória. Realiza uma breve análise comparativa do tema com a legislação portuguesa, a qual dispõe sobre o prazo em comento, início de sua contagem e causa suspensiva. Também examina projeto de lei em trâmite no Congresso Nacional, que versa sobre regime jurídico específico para a prescrição das ações de indenização por perdas e danos decorrentes das violações às normas antitruste. Ao final, apresenta sugestão quanto à necessidade de a lei brasileira prever as condições aptas a compreender as diferentes formas e momentos de ciência do ilícito concorrencial e os adequados efeitos sobre a prescrição das providências adotadas pela autoridade concorrencial.

¹ Procurador Federal em exercício na Procuradoria Federal junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

Data de submissão: 29 de março de 2019.

Palavras-chave: Ação de indenização. Infrações concorrenciais. Ciência do ilícito. Prescrição. Análise comparativa. Legislação portuguesa.

Abstract: The present article deals with the initial term of the statute of limitations of the action of indemnity for competitive damages, based on the analysis of the civilian rules applicable to infractions against the economic order, which are typified as agreements between competitors and abuse of dominant position and allow the knowledge of its practice at different moments, an aspect that the current legislation does not differentiate for purposes of determining when the period of extinction of the right to reparatory claim begins. It makes a brief comparative analysis of the topic with the portuguese legislation, which provides for the period in question, the beginning of its count and cause suspensory. It also examines a bill in progress in the National Congress, which deals with specific legal regime for the damages actions due to violations of antitrust rules. In the end, it suggests that the brazilian law should provide for the conditions capable of understanding the different forms and moments of unequivocal comprehension of the competitive offense and the appropriate effects on the measures taken by the competition authority.

Keywords: Action for damages. Competitive violations. Knowledge of the illicit. The statute of limitations. Comparative analysis. Portuguese legislation.

Introdução

A repressão e dissuasão das infrações contra a ordem econômica resulta de imposição da Constituição Federal Brasileira de 1988, em que se prevê a observância aos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da defesa do consumidor². A carta constitucional³ ainda determina que a lei

² Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; (...). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 mar. 2019.

³ Art. 173. § 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 mar. 2019.

reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

A Lei nº 12.529/2011⁴ estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e atribuiu ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), por meio do Tribunal Administrativo, a competência para decidir sobre a existência de infração às normas concorrenciais e aplicar as penalidades previstas em lei. Observa-se que a atuação crescente do CADE no “*public enforcement*”⁵ tem permitido o conhecimento da existência das condutas concorrenciais ilícitas e dos prejuízos econômicos causados, bem como oferecido material probatório da ocorrência das práticas anticompetitivas para fins de ingresso de ações de ressarcimento.

A repressão a essas práticas não se limita apenas à seara administrativa, pois que a própria Lei de Defesa da Concorrência⁶ prevê o direito de os prejudicados ingressarem em juízo para obter a cessação de condutas e o recebimento de indenização por perdas e danos. As ações de indenização por infrações às regras de concorrência constituem a prática do “*private enforcement*”⁷ das normas de direito antitruste.

⁴ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 21 mar. 2019.

⁵ “*Public enforcement means that antitrust rules are enforced by state authorities. Normally public enforces are vest with special powers and use special procedures to investigate an infringement*”. In HÜSCHEL RATH, Kai e PEYER, Sebastian. *Public and Private Enforcement of Competition Law. A Differentiated Approach*. Disponível em <http://competitionpolicy.ac.uk/documents/8158338/8235394/CCP+Working+Paper+13-5.pdf/86d76261-eda5-4de7-af2a-51d9684e0c45>. Acesso em: 21 mar. 2019.

⁶ Lei nº 12.529/2011. Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 21 mar. 2019.

⁷ “*Private enforcement refers to individually initiated litigation, either as stand-alone or followon action, before a court to remedy an infringement of antitrust law*.” In HÜSCHEL RATH, Kai e PEYER, Sebastian. *Public and Private Enforcement of Competition Law. A Differentiated Approach*. Disponível em <<http://competitionpolicy.ac.uk/documents/8158338/8235394/CCP+Working+Paper+13-5.pdf/86d76261-eda5-4de7-af2a-51d9684e0c45>>. Acesso em: 21 mar. 2019.

Diferentemente de outros países, sobretudo dos Estados Unidos da América, onde há predominância do “*private enforcement*”, o Brasil ainda não reúne número considerável de ajuizamento dessas ações privadas, as quais poderiam exercer pressão sobre aqueles que desprezam o processo competitivo dos mercados, como um fator dissuasório a mais dos ilícitos concorrenciais, por meio de condenações judiciais a reparar os danos suportados pelos prejudicados, ao lado da sanção imposta pela autoridade concorrencial.

Entre as dificuldades para a disseminação dessas ações, há a que se apresenta em decorrência da ausência de regra específica do termo inicial do prazo prescricional da pretensão indenizatória. A regra geral consagra a teoria da “*actio nata*”, prevista no artigo 189 do Código Civil de 2002⁸, pela qual o curso da prescrição inicia-se com a lesão ou ameaça do direito, momento em que nasce a pretensão deduzível em juízo. Entretanto, a norma mostra-se de aplicação inviável às infrações concorrenciais, pois essas exigem a ciência da violação do direito. A jurisprudência dos tribunais brasileiros tem buscado superar as incertezas, baseada na prática de ações indenizatórias de natureza diversa e na regra de fluência do prazo prescricional referente a fato submetido também à persecução criminal.

De mais a mais, a definição do momento de ciência do ilícito concorrencial reveste-se de complexidade que exige análise das condutas anticompetitivas, para as quais a lei adotou critério de tipificação das práticas por acordos entre concorrentes e por abuso de posição dominante, distinção que enseja a possibilidade de reconhecer a existência da infração por maneiras e momentos distintos.

Em paralelo a isso, há uma proposta de alteração legislativa constante do Projeto de Lei do Senado nº 283/2016⁹, aprovado em 11 de dezembro de 2018, em caráter terminativo, pela Comissão de Assuntos Econômicos, e que seguiu para apreciação da Câmara Federal¹⁰. No mencionado projeto, em que se incluem alterações da Lei nº 12.529/2011, há a previsão de prazo

⁸ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 21 mar. 2019.

⁹ <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126392>. Acesso em: 21 mar. 2019.

¹⁰ Na Câmara Federal foi atribuído o nº PL 11275/2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2190209>. Acesso em 21 mar. 2019.

específico para ações de indenização por perdas e danos e do termo inicial de sua contagem.

A matéria referente às ações de indenização por infração ao direito da concorrência encontra tratamento detalhado na legislação comunitária europeia e na portuguesa. Em referência à necessidade de transpor a Diretiva 2014/104 do Parlamento Europeu e do Conselho, Portugal editou a Lei nº 23/2018, em que se dispõem sobre o prazo de prescrição, início de sua contagem e causa suspensiva.

O presente artigo pretende expor a controvérsia concernente à definição do termo inicial da prescrição e se propõe a comparar a temática em análise com as normas de concorrência do direito português, em consideração ainda às propostas legislativas em tramitação no parlamento brasileiro para incluir tratamento específico da prescrição a ser aplicada às ações de ressarcimento.

1. Os efeitos da ciência da violação do direito sobre o prazo prescricional

A prescrição é entendida como causa extintiva do direito de ação quando o seu titular não o exerce ao fim de certo lapso de tempo, pois a indefinição do seu exercício poderia causar instabilidade jurídica, ao perpetuar as obrigações e gerar incertezas nas relações sociais. O fundamento jurídico da prescrição está em, além de atender a um interesse privado, evitar a fragilidade do direito em prejuízo à ordem jurídico-social¹¹. Não se permite olvidar que, na precisa definição de Clóvis Beviláqua, “*prescrição é a perda da ação atribuída a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não-uso delas, durante um determinado espaço de tempo*”¹².

O artigo 206, parágrafo terceiro, inciso V, do Código Civil¹³, que prevê que o prazo prescricional é de três anos para ingresso da ação de reparação civil, é complementado pelo artigo 189, dispositivo esse inspirado na teoria da

¹¹ LEAL, Antonio Luiz da Câmara. *Da Prescrição e da Decadência*. São Paulo: editora Saraiva, 1939, p. 24.

¹² BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: editora Rio, 1980, p. 286.

¹³ Art. 206. Prescreve: (...) § 3º Em três anos: (...) V – a pretensão de reparação civil;

“*actio nata*” ao estabelecer que “*violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os artigos 205 e 206.*”

Segundo Câmara Leal, os requisitos da prescrição são a) a existência de ação exercitável; b) a inércia do titular da ação pelo seu não exercício; c) a continuidade dessa inércia por certo tempo; e d) ausência de algum fato de eficácia impeditiva, suspensiva ou interruptiva do curso da prescrição¹⁴. Em virtude desses elementos, pode-se considerar que inexistente inércia quando não há plena ciência da violação do direito, porquanto não se pode considerar exigível o direito quando a parte prejudicada ignorar o fato lesivo, ou não reunirem as condições capazes de presumir a sua ciência. Nesse sentido, já entendia o prestigiado doutrinador que a inércia teria que ser consciente¹⁵.

A regra contida no brocardo “*contra non valentem agere non currit praescriptio*” tem aplicação às causas que impedem ou suspendem o curso do prazo prescricional, segundo a qual na pendência de acontecimentos que impossibilitem alguém de agir não há inércia¹⁶. Embora não haja expressa previsão em nossa legislação, a prática não tem afastado a aplicabilidade do preceito, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal no sentido de que a prescrição da ação contra a Fazenda Pública para haver prejuízos sofridos só começa após cessar a coação, já que o prazo de extinção do direito não se verifica contra quem não pode agir¹⁷.

O referido preceito é aplicado às hipóteses não previstas pelo legislador, de maneira que, havendo motivação fática que impeça a ciência da violação, apenas a ocorrência da lesão não é suficiente para permitir que se afigure a inércia extintiva do direito. Embora a inferência não decorra diretamente do texto legal, o princípio da equidade permite a sua observância no que se refere à responsabilidade civil extracontratual originada de violação das normas *antitrust*, sobretudo quando se tratam de condutas dissimuladas, que reclamam que a fluência do prazo prescricional inicie com a ciência de ocorrência da infração.

¹⁴ LEAL, Da Prescrição ..., cit., p. 19.

¹⁵ LEAL, Da Prescrição ..., cit., 36-37.

¹⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Parte Geral*. São Paulo: editora Atlas, 2010, p. 582.

¹⁷ CAHALI, Yussef Said. *Prescrição e Decadência*. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 94.

Em recente decisão proferida em ação de ressarcimento movida por empresas do ramo da construção civil que tinham adquirido cimento de empresas cartelizadas, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo¹⁸ entendeu que o início do prazo não se dá necessariamente no momento em que ocorre a lesão ao direito, mas sim quando o titular do direito subjetivo violado obtém plena ciência da lesão e de sua extensão. Observa-se abaixo excerto da ementa do julgado, pertinente ao tema em discussão:

PRAZO PRESCRICIONAL – Aplicação da regra prevista no art. 206, § 3º, V, do Código Civil, e não daquela regra prevista no art. 205 do mesmo diploma – Precedentes – TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL – “Dies a quo” do prazo prescricional que corresponde à data da decisão do CADE, ao ensejo do julgamento de embargos de declaração – Somente se pode falar em violação do direito, no caso concreto, a partir do momento em que se reconheceu, na esfera administrativa, a prática de ato ilícito, por parte das demandadas, ao ensejo do julgamento dos embargos de declaração opostos contra a decisão do CADE, dado que, a rigor, foi somente nessa ocasião que a agravada, titular do direito subjetivo violado, passou a conhecer o fato e a extensão de suas consequências, de acordo com o princípio da “actio nata”. Precedentes – INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO – Ação indenizatória proposta antes do término do prazo prescricional de 3 anos, previsto no artigo 206, § 3º, V, do Código Civil – Inocorrência de prescrição, quer total, quer parcial, da pretensão agravada (Agravo de Instrumento nº 2103889-09-2018.8.26.0000, 32ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Caio Marcelo Mendes de Oliveira, j. 11.10.2018).

Os tribunais têm flexibilizado a regra de que o termo inicial da contagem da prescrição encontra-se no momento da lesão do direito. O Superior Tribunal de Justiça¹⁹ assim manifestou o seu entendimento no caso de indenização por danos materiais e morais advindos de contaminação

¹⁸ <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigoAnoUnificado=2103889-09.2018&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=2103889-09.2018.8.26.0000&dePesquisa=&uuiidCaptcha=&pbEnviar=Pesquisar#?cdDocumento=32>. Acesso: 21 mar. 2019.

¹⁹ https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201103106606&dt_publicacao=16/09/2014. Acesso: 21 mar. 2019.

ambiental, ressaltando que a inércia pode advir da falta de conhecimento do dano, conforme segue trecho da ementa do julgado:

Direito Civil. Responsabilidade civil. Recurso Especial. Indenização em virtude de danos materiais e morais oriundos de contaminação ambiental. Prescrição. Termo Inicial. Não ocorrência da prescrição. (...) 3. Contudo, na responsabilidade extracontratual, a aludida regra assume viés mais humanizados e voltado aos interesses sociais, admitindo-se como marco inicial não mais o momento da ocorrência da violação do direito, mas a data do conhecimento do ato ou fato do qual decorre o direito de agir, sob pena de se punir a vítima por uma negligência que não houve, olvidando-se o fato de que a aparente inércia pode ter decorrido da absoluta falta de conhecimento do dano. Inteligência da Súmula 278 do STJ (...) Recurso Especial nº 1.354.348-RS, Quarta Turma, Min. Luis Felipe Salomão, j. 26.08.2014.

Nessa linha, conquanto se possa apresentar solução adequada à controvérsia, verificam-se, por outro lado, algumas incertezas diante da compreensão dos fatos observados na dinâmica das relações econômicas e da complexidade do direito da concorrência. Não por outro motivo que os tribunais têm debatido a questão, embora não se tenha estabelecido entendimento seguro quanto ao momento de ciência da prática concorrencial ilícita.

2. O início do prazo prescricional das ações de reparação de danos concorrenciais

O artigo 47 da Lei nº 12.529/2011 autoriza que os prejudicados por infrações à ordem econômica ingressem em juízo para obter a cessação da prática e deduzir a pretensão indenizatória por perdas e danos, independentemente do inquérito ou processo administrativo. O dispositivo legal reconhece que poderá haver ações “*standalone*”, aquelas não precedidas de condenação por tribunal administrativo de concorrência, e as “*follow-on actions*”, as ações de responsabilidade civil resultantes de julgamento de conduta ilícita por autoridade concorrencial.

O referido diploma legal não prevê regra específica para o prazo prescricional, tampouco o termo inicial de sua contagem, atraindo a incidência das normas civilistas. Contudo, essas não apresentam adequada solução para as condutas anticompetitivas e, acima de tudo, para as que se desenvolvem

disfarçadamente, as quais, na maioria das vezes, permitem a ciência da violação do direito somente após regular investigação pela autoridade antitruste.

Ressalta-se que, embora a autoridade concorrential tenha agilizado a persecução e a aplicação da penalidade pela prática de infrações, o prazo trienal previsto no artigo 206, § 3º, inciso V, do Código Civil, mostra-se exíguo em caso de considerar a lesão como termo inicial da prescrição. Assim, a questão apresentada, que independe da duração do lapso temporal da prescrição, é a determinação do momento em que inicia a sua fluência, ou seja, a partir da prática da infração ou da sua ciência.

Percebe-se, portanto, que surge a controvérsia sobretudo na hipótese de a plena ciência da lesão ser possível somente em momento posterior à prática da infração, como no caso dos carteis ou influência de conduta comercial uniforme, que se consubstanciam de acordos secretos para restringir a concorrência, ao estabelecer preços, ao limitar a produção, ao dividir mercados e ao restringir ou eliminar a concorrência em licitações públicas. A natureza oculta é intrínseca a essas práticas, a fim de manter em segredo os acordos, pois é elemento constitutivo da conduta proteger os seus membros da exposição às forças de mercado e às pressões para controlar custos e inovar. Somente com a revelação da atividade do cartel é que se permite a ciência da conduta ilegal e dos danos causados pelas violações que afetam a eficiência da economia de mercado. No entanto, há casos que permitem o conhecimento da ofensa ao direito no momento de ocorrência da prática ilícita e antes mesmo da autoridade de concorrência.

Ao lado das condutas colusivas, a legislação permite a responsabilização de agentes econômicos por condutas unilaterais, mais conhecidas por abuso de posição dominante. Essas são as (i) condutas unilaterais horizontais, realizadas no mesmo nível de uma cadeia industrial ou de produção, em que se pressupõe a existência de uma relação de concorrência entre o agente econômico que pratica a infração e os demais agentes afetados pela prática; e as (ii) condutas unilaterais verticais, realizadas entre diferentes níveis de uma cadeia e que pressupõem a existência de uma relação de insumo, como a de fornecedor/cliente²⁰.

²⁰ GABAN, Eduardo Molan e DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. SP: Saraiva, 2012, 3ª Edição, pág. 139.

Como práticas de abuso de posição dominante por um agente econômico têm-se o aumento abusivo de preços, a discriminação de rivais, os preços predatórios, a venda casada, os acordos de exclusividade, a recusa de contratar, a fixação de preço de revenda, entre outras condutas possíveis de se afigurarem como anticompetitivas, ao utilizar do poder de mercado para prejudicar ou excluir a concorrência. Nessas hipóteses, a ciência da conformação da conduta lesiva pode ocorrer em momento anterior ao do conhecimento pela própria autoridade concorrencial, desde que as circunstâncias permitam reunir todos os elementos necessários para o conhecimento da prática do exercício abusivo do poder de mercado, essencial para a diferenciar concorrência vigorosa da prática abusiva²¹.

Apesar da natural predisposição para enumerar as causas que determinam o início da contagem do prazo prescricional, sobressai-se a impossibilidade de definir “*a priori*” os acontecimentos específicos que podem gerar esse efeito, principalmente quando se tratar de situações fáticas complexas. Dessa forma, o momento da ciência do cometimento de uma ofensa à legislação antitruste é o aspecto crucial e que permite a adoção de condições capazes de indicar que o lesado tenha conhecimento da ocorrência do ilícito.

Nesse sentido, analisam-se abaixo algumas peculiaridades e efeitos advindos da adoção da ciência da violação do direito como evento capaz de deflagrar o início do lapso prescricional, bem como situações fáticas que possam presumir esse conhecimento.

2.1. Ciência do ilícito concorrencial e do dano

Como mencionado, a infração anticoncorrencial, na maioria das vezes, não permite que os eventuais prejudicados tenham conhecimento no momento de sua prática. A natureza secreta de algumas das condutas anticompetitivas, como as práticas colusivas, impede a simultaneidade da ocorrência da violação e da ciência pelo prejudicado. Com efeito, a ciência do ilícito é um marco seguro para a fixação do termo inicial da prescrição, tanto em relação às condutas que não permitem a ciência da lesão quando da sua efetiva prática, como em relação àquelas que possibilitam esse

²¹ FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. SP: Editora RT, 1998, pág. 274.

conhecimento no momento de sua ocorrência ou antes das providências adotadas pelo órgão antitruste.

A propósito do que venha a ser compreendido como ciência do ilícito, deve-se ressaltar que não é nova a questão de um elemento subjetivo poder influir na prescrição. O Código de Defesa do Consumidor²² reconhece o caráter subjetivo da prescrição ao dispor que havendo acidente de consumo, o prazo prescricional tem início com o conhecimento do ilícito e de sua autoria.

Nas hipóteses de cartel, percebe-se intuitivamente que a prescrição não terá início a contar do conhecimento pelo prejudicado do preço praticado, o qual camufla o custo do sobrepreço decorrente da conduta anticoncorrencial, mas sim a partir da ciência da existência do próprio cartel, que ocorre, não raras vezes, apenas com a apuração do ilícito pela autoridade concorrencial. Há de se registrar que essa conduta evidencia-se como acordo entre agentes econômicos concorrentes que tenha por objeto a limitação à competitividade, independentemente dos efeitos gerados, por apresentarem grau suficiente de nocividade²³, permitindo que haja condenação por tribunal administrativo de concorrência, embora possa não gerar danos a terceiros.

Por outro lado, também causam dúvidas no que se referem às práticas unilaterais, cuja conformação exige a demonstração de posição dominante e do seu abuso, que nem sempre são facilmente perceptíveis. Desse modo, para que se avaliem se estão preenchidos todos os requisitos de caracterização da prática ilícita e que permitam o conhecimento do direito lesado, deve-se ter em vista a eventual necessidade de ciência da própria posição dominante do agente econômico no mercado a que se relaciona a conduta abusiva.

No entanto, há condutas unilaterais que dispensam a posição dominante do agente infrator, não impedindo a configuração de um ilícito a ausência desse pressuposto exigível em outras práticas. Como exemplo, há os casos de “*sham litigation*”, que consiste no abuso do direito de petição

²² Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Art. 27. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso: 21 mar. 2019.

²³ SILVA, Miguel Moura e. *Direito da Concorrência*. Lisboa: AAFDL, 2018, pág. 633.

com finalidade anticompetitiva²⁴. Afigura-se a prática, portanto, quando forem apresentadas pretensões judiciais, ou em processos administrativos, revelando comportamento com o único objetivo de atingir um concorrente. Nessa hipótese, observa-se que o prejudicado possui todas as condições para desde já identificar a autoria, a conduta e os danos que lhe são causados, a permitir que se adotem as providências necessárias, não só para fazer cessar a prática, como para ressarcir-se dos prejuízos.

Assim, quanto à necessidade de qualificação jurídica da conduta, além do conhecimento do fato gerador da responsabilidade, entende-se que apenas as práticas unilaterais, na maioria dos casos, exigem a ciência de que haja posição dominante e de seu abuso em causa, para que então se possa entender presentes os elementos indicadores da prática anticompetitiva. Todavia, essa qualificação compreende apenas o quanto for necessário para o reconhecimento de que a prática represente uma infração ao direito da concorrência, de modo a exigir a constatação empírica do abuso de posição dominante, sem que haja a declaração de ilicitude por autoridade administrativa ou judicial.

Além da necessidade de considerar os tipos de infração à ordem econômica na determinação da ciência do ilícito concorrencial, perquire-se se o prejudicado deve ter conhecimento da extensão dos danos. Em outros dizeres, se é exigível que a conduta esteja elucidada em relação aos danos e prejuízos causados para que então seja possível considerar que os eventuais prejudicados possam tomar ciência da prática e ter como iniciado o curso do prazo prescricional.

Aqui, põe-se em causa a distinção entre dano e prejuízo. Segundo Flumignan²⁵, dano-evento é a lesão ao direito subjetivo ou ao interesse protegido por uma norma. Já o dano-prejuízo é a consequência dessa lesão. Para a caracterização do fenômeno jurídico do dano, pressuposto da responsabilidade civil e do dever de ressarcir, ambos precisam estar presentes.

Sendo o dano a ofensa ao bem juridicamente protegido ou ao direito subjacente, a sua ocorrência deve ser demonstrada na fase de conhecimento

²⁴ FRAZÃO, Ana. Direito da Concorrência. Pressupostos e perspectivas. SP: Saraiva, 2017, pág. 391.

²⁵ FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. *Dano-evento e Dano-prejuízo*. Dissertação apresentada para a obtenção do título de mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. SP: 2009. Disponível em: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-18112011-131559/.../COMPLETA.pdf. Acesso: 21 mar. 2019.

das ações de indenização, enquanto que a apuração do prejuízo, o *quantum debeat*, é apurado na fase de execução²⁶. É de se ressaltar como essa diferenciação restou expressamente tratada em ação coletiva, cuja sentença deve versar sobre o ressarcimento dos danos causados e não dos prejuízos sofridos, deferindo-se a definição da extensão da reparação para o momento da liquidação da sentença²⁷.

Portanto, é preciso entender que não se pode aplicar o entendimento de que, desconhecida a extensão do prejuízo, não surge para o eventual prejudicado o direito à pretensão ressarcitória, isso em favor do interesse social pela estabilidade das relações jurídicas, posto que o titular do direito violado seria negligente ao manter-se omissivo após a ciência da ocorrência do ilícito e de sua autoria, sob alegação de que não detinha a exata amplitude das perdas que lhe foram impingidas pela conduta ilícita.

Na hipótese de acolher-se a compreensão da necessidade de ciência apenas do dano genérico causado pela infração para então considerar existente o direito de ação exercitável²⁸, permitindo-se que o prejudicado possa pleitear a pretensão reparatória, mesmo não possuindo clareza quanto à extensão do danos, como, por exemplo, todos os elementos de formação do preço que lhe foi cobrado em função da atuação de cartelistas, abre-se a oportunidade de utilizar a produção probatória em juízo para aferir o prejuízo que lhe fora imposto pela conduta anticoncorrencial.

O argumento de que somente a partir da condenação pela autoridade concorrential haveria a certeza dos danos causados pela prática, a partir de quando permitiria a ciência do ilícito, causaria o deslocamento do termo inicial do prazo prescricional para a data de prolação da decisão condenatória, que, entretanto, pode não se fundamentar nos danos efetivos causados ao mercado, pois para a configuração de algumas infrações não se exige a produção de efeitos concretos, contentando-se com a potencialidade lesiva da conduta²⁹. Destarte, a decisão do CADE apenas assegura a demonstração da materialidade do ilícito e a causalidade entre a conduta e o eventual prejuízo a ser apurado em sede própria.

²⁶ VENOSA, *Direito Civil...*, cit., p. 346.

²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. São Paulo: editora Forense Universitária, 2001, p. 813/814.

²⁸ LEAL, *Da Prescrição ...*, cit., p. 19.

²⁹ FRAZÃO, *Direito ...*, cit., p. 273.

A demonstração da existência de prejuízo serve como pressuposto de reparação dos danos decorrentes de prática anticoncorrencial, que se insere nos elementos essenciais da responsabilidade civil, ou seja, ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima³⁰. À vista disso, não se observa que se possa exigir o conhecimento da exata extensão dos prejuízos sofridos para haver ocorrida a ciência do ilícito, que gera o direito à pretensão e a definição do marco inaugural do prazo prescricional. Os efeitos materiais decorrentes de uma conduta anticompetitiva apenas entrarão em cena quando da análise do mérito da ação judicial, no tocante ao nexo de causalidade entre a prática ilícita e o dano (genérico) e para a determinação da indenização pelos prejuízos concretos.

A questão que se apresenta é mais intrincada no caso de um cartel que influencia uma cadeia produtiva de determinado produto, em que consumidores indiretos adquirem um produto fabricado a partir do insumo cartelizado. Nessa situação, oportuniza-se a indagação quanto ao repasse aos preços do produto final pelos consumidores diretos (os fabricantes) aos consumidores indiretos, do custo do sobrepreço decorrente do cartel, situação em que se deslegitimaria a pretensão reparatória ou, pelo menos, da parte que tiver sido repassado aos preços. Veja-se, portanto, que os efetivos prejuízos causados aos prejudicados somente poderão ser demonstrados em sede de demanda reparatória.

Dessa forma, a interpretação sistemática e teleológica dos atuais dispositivos da Lei de Defesa da Concorrência não permite concluir pela necessidade de verificação prévia dos prejuízos como condição para a ação exercitável, de modo a não exigir que o prejudicado tenha conhecimento da extensão dos prejuízos, podendo ingressar com a ação judicial e ali amplamente demonstrar as consequências geradas pela conduta anticompetitiva.

2.2. Julgamento do processo administrativo pela autoridade de concorrência

Sustenta-se que o julgamento final do processo administrativo pelo CADE poderia determinar a ciência do ilícito. Entretanto, entende-se

³⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: editora Saraiva, 2018, p. 53.

que não há como definir regra geral de que a ciência possa suceder de determinada maneira, gerando mais incertezas a previsão de um fato ocasionador do efeito deflagrador do início da prescrição, porquanto ignoraria situações pelas quais seria possível que o prejudicado pudesse obter o pleno conhecimento do ilícito em momento anterior. Veja-se a situação em que se obtenha a ciência adrede reportada, ou em que se reúnam as condições para obtê-la, e, no entanto, restaria incerto o início do prazo prescricional, por provocar a controvérsia de que o prazo iniciaria apenas com a decisão da autoridade concorrencial.

A solução que melhor se amolda ao nosso ordenamento jurídico é a que permite a previsão de condições que abarquem as mais diversas situações fáticas. Com base nessa compreensão, a definição da ciência do ilícito concorrencial pode acomodar os mais diferentes fatos possíveis de serem verificados nas relações econômicas e de consumo.

De outro lado, argumenta-se que da investigação e do julgamento da violação das normas antitruste pelo CADE originam-se as únicas provas inequívocas do ilícito e que, por esse motivo, deveria ser considerada a decisão dessa autoridade o marco temporal para o início da prescrição. A Lei de Defesa da Concorrência atribui a competência ao órgão antitruste para decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas³¹. Por sua vez, os tribunais brasileiros têm reconhecido a competência do CADE para dirimir as questões econômicas necessárias à elucidação das condutas anticompetitivas³², resguardando ao Poder Judiciário, na maioria das vezes, apenas a análise jurídica.

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça tem o entendimento acerca da possibilidade de revisão judicial das decisões do CADE, inclusive quanto ao mérito concorrencial, o que pode ser observado no julgamento do

³¹ Lei nº 12.529/2011. Artigo 9º Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei: (...) II – decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei; III – decidir os processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica instaurados pela Superintendência-Geral; (...). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 21 mar. 2019.

³² Superior Tribunal de Justiça STJ, Recurso Especial nº 1535727/RS. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=57597605&num_registro=201501306323&data=20160620&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 21 mar. 2019.

Recurso Especial nº 1.181.643/RS³³. O Ministro relator Benjamin Herman asseverou que:

“Todo o argumento é reforçado pelo fato de que, muito embora seja institucionalmente um Tribunal Judicante, o CADE não perde sua vinculação ao Poder Executivo. Por essa razão, dentro da idéia de “checks and balances”, as decisões do CADE não fogem à regra da ampla revisão pelo Poder Judiciário, quer pelo aspecto horizontal (objeto da demanda), quer pelo vertical (profundida da cognição), em homenagem à cláusula de inafastabilidade inserida no artigo 5º, XXXV, da CF: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Estudos recentes bem demonstram que, na prática, os Tribunais levam a efeito essa prerrogativa e têm, em inúmeras oportunidades, reexaminado à exaustão decisões do CADE, seja para manutenção, seja para reforma de seu conteúdo (cfr. recente trabalho apresentado pela Sociedade Brasileira de Direito Público no seminário “As revisões judiciais das decisões do CADE”, realizado em novembro de 2010).

Tais motivos indicam que é equivocado – e inconstitucional – reduzir a atuação do Poder Judiciário a uma instância revisora de decisões do CADE (ou de qualquer instância da Administração), concentrando no órgão administrativo competência originária exclusiva para o exame de ilícito anticoncorrenciais. Isso contraria não só a Constituição Federal como também a idéia da mais ampla repressão de fatos jurídicos de múltipla incidência previstos, v.g., nos arts. 20 e 21 da Lei 8.884/1994, de elevada reprovabilidade social e profundos impactos sobre o jurisdicionado.”

Sem dúvida, a presunção de veracidade e legitimidade de que se revestem as decisões do CADE significa considerável passo em direção à constituição de suporte probatório do cometimento de ilícito anticompetitivo para fins de ressarcimento de danos. Contudo, o julgamento pela autoridade concorrencial não deve ser apresentada como forma de ciência do ilícito excludente de outras hipóteses, já que sequer milita em seu favor a presunção inelidível da existência da infração, em decorrência do princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, inciso XXXV, da CF), segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, como exposto no julgado acima referido.

³³ https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=12962438&num_registro=201000289274&data=20110520&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 21 mar. 2019.

Ademais, a independência das instâncias administrativa e civil, assentada no artigo 47³⁴ da Lei nº 12.529/2011, reconhece que a instauração do processo administrativo-concorrencial não exclui a possibilidade de o prejudicado vir a ter ciência do ilícito antes da autoridade competente e optar por buscar no Poder Judiciário o provimento para fazer cessar a conduta e exercer desde já a pretensão ao ressarcimento dos danos. Do exposto, não se deve condicionar exclusivamente ao julgamento da autoridade administrativa o surgimento da pretensão indenizatória, a partir de quando iniciaria o prazo prescricional.

Entretanto, há de se indagar a respeito do momento do início da contagem do prazo em casos de celebração de acordo de leniência³⁵, pelo qual um agente econômico (pessoa física ou jurídica) compromete-se a cessar a atividade ilícita e a cooperar na investigação, resultando na identificação dos demais envolvidos na conduta colusiva e na obtenção de informações e documentos que comprovem a infração anticoncorrencial, e, assim, ser declarada extinta a ação punitiva da administração pública, ou a redução da penalidade cabível, em relação ao signatário do acordo.

Nessa hipótese, entende-se que não há como suscitar a ciência do ilícito por parte de eventuais prejudicados e aptos a pretender a reparação civil antes de a autoridade concorrential emitir sua decisão definitiva. A uma, porque somente nasce a pretensão quando se verificar o conhecimento pelo lesado de que o direito foi violado. A duas, e em acréscimo à razão anterior, porque o acordo de leniência assegura tramitação sigilosa quanto à identidade dos signatários e restrição de acesso a conteúdo de documentos até a prolação da decisão do CADE³⁶.

³⁴ Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 21 mar. 2019.

³⁵ Artigos 86 e 87 da Lei nº 12.529/2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 21 mar. 2019.

³⁶ EDcl no REsp 1554986/SP, 3ª Turma do STJ, Ministro Marco Aurélio Bellizze, j. 20/01/2018. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1652684&num_registro=201502191117&data=20180306&formato=PDF. Acesso em: 21 mar. 2019.

2.3. Causa de natureza penal de impedimento de fluência do prazo prescricional

A fluência do prazo prescricional encontra um impedimento de natureza legal quando a apuração de um fato no juízo criminal sirva de suporte probatório à pretensão indenizatória. Trata-se do disposto no artigo 200 do Código Civil, segundo o qual “Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva.”

O artigo 935 do Código Civil dispõe que, embora a responsabilidade civil seja independente da penal, não se pode mais questionar sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando essas questões se acharem decididas no juízo criminal. O artigo 91, inciso I, do Código Penal³⁷, por seu turno, considera como um dos efeitos da condenação criminal o de tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime.

Desse modo, sempre que a apuração de um fato no juízo criminal puder condicionar a solução da decisão a ser proferida no juízo cível, estará caracterizada a circunstância apta a impedir a fluência do prazo prescricional, podendo o titular de um direito violado aguardar o desenrolar da ação penal, quando terá certeza da existência do fato que dará suporte à sua pretensão na esfera civil.

Há algumas condutas que se inserem no suporte normativo de mais de uma norma, como o caso do cartel que, além de ser infração contra a ordem econômica, é também considerado crime, consoante o disposto no artigo 4º da Lei nº 8.137/1990³⁸. Por conseguinte, não pode haver início do prazo prescricional da pretensão de reparação civil enquanto o fato estiver sendo apurado no juízo criminal.

Quanto à possibilidade de advir sentença absolutória, não se observa que o legislador tenha discriminado essa situação, de jeito que, não havendo negativa do fato ou da sua autoria, a prescrição correrá da sentença definitiva³⁹. E na possibilidade de ter sido aberto apenas o inquérito, o

³⁷ Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 21 mar. 2019.

³⁸ Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8137.htm. Acesso em: 21 mar. 2019.

³⁹ CAHALI, *Prescrição* ..., cit., p. 94.

Superior Tribunal de Justiça já entendeu que o impedimento previsto no artigo 200 do Código Civil aplica-se mesmo assim, “sendo irrelevante que a respectiva ação penal não tenha sido proposta, se houve a abertura do inquérito policial posteriormente arquivado”⁴⁰.

3. O projeto de lei do Senado Federal nº 283/2016

Tramita no parlamento brasileiro projeto de lei que altera a Lei de Defesa da Concorrência, em que se prevê prazo prescricional específico para as ações de ressarcimento de danos decorrentes de condutas anticoncorrenciais. Veja-se:

Art. 3º A Lei nº 12.529, de 30 de dezembro de 2011, passa a vigorar acrescida dos seguintes dispositivos:

“Art. 46-A Quando a ação de indenização por perdas e danos se originar do direito previsto no art. 47, não correrá a prescrição durante a vigência do inquérito ou processo administrativo no âmbito do CADE. (NR)

Parágrafo 1º Prescreve em 05 (cinco) anos a pretensão à reparação pelos danos causados pelas infrações à ordem econômica previstas no art. 36 deste Lei, iniciando-se a sua contagem a partir da ciência inequívoca do ilícito.

Parágrafo 2º Considera-se ocorrida a ciência inequívoca do ilícito, quando da publicação do julgamento final do processo administrativo pelo CADE. (NR).”

Embora a proposta legislativa venha em momento oportuno, percebe-se que a redação do texto poderá ensejar interpretações capazes de infirmar a pretendida segurança jurídica, desejável de se obter por meio de regras próprias aplicáveis à prescrição das ações reparatórias de danos concorrenciais.

De início, consoante a redação proposta ao artigo 46-A, “caput”, não resta claro qual das causas que não permitem o curso da prescrição durante o inquérito ou processo administrativo concursal está sendo considerada, para impossibilitar de haver como omissa o titular da pretensão

⁴⁰ REsp 920.582/RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, j. 18/09/2008). Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4167443&num_registro=200700177265&data=20081124&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 21 mar. 2019.

indenizatória. No impedimento, a razão que obsta o início do prazo é preexistente, enquanto que na suspensão o obstáculo exsurge no decorrer da sua fluência, computando-se o tempo decorrido anteriormente ao fato que ensejou a suspensão⁴¹.

Portanto, se a intenção do legislador é o de ressaltar a não fluência do prazo prescricional para aquele que tomou ciência da infração em momento anterior ao da instauração do procedimento administrativo, deveria fazê-lo em forma de suspensão do prazo, a partir da instauração de inquérito ou processo administrativo, permanecendo suspenso durante toda a sua tramitação.

Note-se, por isso, que há implicações diversas ao se considerar a alteração do fluxo do prazo prescricional para aqueles que têm ciência do ilícito antes do início da persecução administrativa (em que se deve computar o tempo decorrido anteriormente) e para aqueles que apenas a obtêm quando da própria providência adotada pela autoridade concorrencial (em que não haverá tempo decorrido a ser computado). Assim, a importância dessa distinção está em que se resguarde a estabilidade jurídica de possível procrastinação do exercício à pretensão reparatório civil.

Há de se acrescentar que diversos fatos poderão compreender a presunção de que se teve conhecimento da ocorrência do ilícito. Portanto, demonstra-se inviável de ser considerada como ciência a publicação do julgamento final do processo administrativo do CADE, como prevê o projeto de lei em comento (art. 46-A, § 2º), sendo a melhor alternativa permitir que seja qualquer meio pelo qual o prejudicado tenha conhecimento ou de que se possa presumi-lo. E mesmo que se busque a interpretação não excludente de outras hipóteses, como permite o disposto no § 1º do artigo 46-A, no caso de ser aprovado o texto da proposta legislativa, pode ser gerada insegurança jurídica ao suscitar dúvida em relação à causa que deva prevalecer, supondo ser possível que a ciência inequívoca do ilícito tenha ocorrido em momento anterior ao julgamento processo administrativo.

Por certo que o julgamento da conduta anticoncorrencial e a condenação dos responsáveis pela autoridade antitruste conferem certeza de ilicitude da conduta, de sorte que à decisão pode-se atribuir a qualidade de prova de ocorrência da infração e, nesse sentido, permitir que o prazo prescricional

⁴¹ VENOSA, *Direito Civil...*, cit., p. 577.

inicie nesse momento, porquanto a partir de então pode ser considerado de conhecimento público ou que dele se possa presumir a ciência do ilícito.

Entretanto, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional consagrado na Constituição Federal de 1988⁴² permite que as decisões proferidas pela autoridade de defesa da concorrência possam ser reformadas ou anuladas pelos tribunais e juízes, situação que ocasionaria insegurança jurídica ao adotar como marco temporal de início do curso da prescrição o julgamento do processo administrativo pelo CADE.

Por outro lado, mesmo diante dessa moldura normativo-constitucional, autoriza-se que, da publicação da decisão condenatória, se presuma a ciência (considerando que nem todas as decisões do órgão concursal são questionadas judicialmente) sem exclusão de outras causas. E mais, garantindo-se adequada publicidade da decisão da autoridade administrativa, amplia-se a possibilidade de os prejudicados terem conhecimento da prática anticoncorrencial, como é previsto no artigo 38, inciso I, da Lei nº 12.529/2011⁴³, que dispõe sobre a obrigatoriedade de publicação da condenação a expensas do infrator.

Impõe-se, portanto, que o prazo de prescrição deva iniciar com a ciência do ilícito, ou quando se possa presumi-la, por qualquer fato que seja capaz de demonstrar a prática da infração e que tenha causado danos ao titular do direito. Parece razoável, dessa maneira, que as providências adotadas por parte da autoridade concursal sirvam para os possíveis efeitos sobre o curso do prazo prescricional, e não como proposto no projeto de lei em análise, em que ora se apresenta a atuação administrativa como causa que influi sobre a prescrição, ora como ciência inequívoca do ilícito.

⁴² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (...) Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 21 mar. 2019.

⁴³ Art. 38. Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37 desta Lei, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente: I – a publicação, em meia página e a expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por 2 (dois) dias seguidos, de 1 (uma) a 3 (três) semanas consecutivas; (...) Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 21 mar. 2019.

No que tange ao prazo de 5 (cinco) anos previsto no projeto de lei, verifica-se que é suficiente para acautelar o interesse dos lesados, sendo mais longo que o prazo geral de 3 (três) anos disposto na legislação civil, e assim se mostra em consonância com a necessidade de favorecer o ingresso das ações reparatórias por danos concorrenciais e também de não alargar demasiadamente as contendas.

4. Análise comparativa da legislação portuguesa

O tema a ser apresentado nesta seção traz alguns aspectos importantes da legislação portuguesa, referentes às disposições sobre o prazo prescricional das ações em comento, e a análise comparativa com a legislação brasileira.

A Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014, estabelece regras que regem as ações de indenização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia. A diretiva foi adotada em atenção ao disposto nos artigos 101^o e 102^o do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)⁴⁴, que impõem a aplicação das regras de concorrência, em face de práticas de coordenação entre concorrentes (práticas de colusão) e abuso de posição dominante (práticas unilaterais).

O artigo 10^o da Diretiva 2014/104/UE⁴⁵ normatiza um regime relativo às regras da prescrição a ser observado pelos Estados-Membros, a permitir o exercício do direito de pedir a reparação dos danos causados por infração concorrencial, no prazo mínimo de 5 (cinco) anos.

A transposição da diretiva para o ordenamento português foi realizada por meio da Lei nº 23/2018⁴⁶, dispondo tanto sobre a violação dos artigos 101^o e 102^o do TFUE, como do direito interno da concorrência. O artigo 6^o assim prescreve acerca do prazo prescricional:

⁴⁴ Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF. Acesso em: 21 mar. 2019.

⁴⁵ Disponível em: <https://publications.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/19f5fc12-7c4b-11e4-97c9-01aa75ed71a1/language-pt/format-PDF/source-91947882>. Acesso em: 21 mar. 2019.

⁴⁶ Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/115456103/details/normal?q=lei+23+2018>. Acesso em: 21 mar. 2019.

Artigo 6º

Prazo de prescrição

1 – Sem prejuízo do prazo de prescrição, previsto no artigo 309.º do Código Civil, a contar do facto danoso, o direito de indemnização prescreve no prazo de cinco anos a contar da data em que o lesado teve conhecimento, ou da data em que se possa razoavelmente presumir que teve conhecimento:

a) Do comportamento em causa, e de que este constitui uma infração ao direito da concorrência;

b) Da identidade do infrator; e

c) Do facto de a infração ao direito da concorrência lhe ter causado danos, ainda que com desconhecimento da extensão integral dos danos.

2 – O prazo de prescrição só começa a correr depois de cessar a infração ao direito da concorrência.

3 – “omissis”

4 – O prazo de prescrição suspende-se se uma autoridade de concorrência der início a uma investigação relativa à infração com a qual a ação de indemnização esteja relacionada, nomeadamente nos termos do n.º 1 do artigo 17.º e do n.º 1 do artigo 18.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

5 – A suspensão a que se refere o número anterior não termina antes de decorrido um ano após a existência da infração ter sido declarada por decisão definitiva de uma autoridade de concorrência ou por decisão judicial transitada em julgado, ou após o processo ter sido de outro modo concluído.

6 – “omissis”

7 – “omissis”

O legislador português adotou a instauração do procedimento de investigação administrativa como hipótese de suspensão do prazo prescricional, cujo curso assim se mantém até um ano após a infração ser declarada por decisão definitiva da autoridade de concorrência ou por decisão judicial transitada em julgado, ou após o processo ter sido de outro modo concluído.

João Espírito Santo Noronha⁴⁷ ressalta que a adoção de providências por parte da autoridade de concorrência enseja que o curso do prazo seja

⁴⁷ NORONHA, João Espírito Santo. *Litigância jurídico-privada e direito da concorrência – A Diretiva n.º 2014/104/EU, de 26 de novembro de 2014: divulgação de elementos de prova, efeitos das decisões nacionais, prazos de prescrição e responsabilidade solidária*. Disponível em: http://opac.cej.mj.pt/Opac/Pages/Search/Results.aspx?Database=10351_BIBLIO&SearchText=AUT=%22Noronha,%20Jo%C3%A3o%20Esp%C3%ADrito%20Santo%22. Acesso em: 21 mar. 2019

suspensão (n^{os} 4 e 5). Quanto à permanência do efeito suspensivo após ter sido proferida decisão definitiva, acrescenta que

“iniciando a autoridade nacional um procedimento relativo a um indício de infração, o prazo prescricional que eventualmente se encontra já a correr (por se terem já verificado todas as circunstâncias a que alude o no. 2) deixará de correr e só será retomada a contagem após decisão definitiva (da autoridade que instaurou o procedimento ou de instância de revisão da sua decisão), seja a mesma no sentido de declarar uma infração ou não; o recomeço da contagem do prazo terá que garantir, no mínimo, o intervalo de um ano, contado desde o momento em que a referida decisão se tornou definitiva.”

Observa-se, portanto, que a solução encontrada pelo legislador comunitário e português, de aplicação da regra de conhecimento do ilícito, permite o início da contagem do prazo prescricional em momento anterior à declaração de existência do ilícito, suspendendo-se o prazo em relação àquelas condutas cuja fluência da prescrição tenha sido iniciada com o conhecimento pelo prejudicado da prática antes de a autoridade da concorrência ter adotado alguma providência, ou que sejam preexistentes as condições pelas quais se presumam a ciência do ilícito.

No que se refere ao período em que se manterá suspenso o prazo de prescrição, de um ano após a decisão administrativa ou judicial, ressalta-se que, em atenção ao ordenamento jurídico brasileiro, parece injustificável no caso específico de alguém que tenha obtido o conhecimento da lesão em momento anterior à instauração do inquérito ou processo administrativo, porquanto motivaria um adiamento desarrazoável do reinício do prazo prescricional suspenso.

De modo geral, as disposições legais portuguesas estão mais consentâneas com os tipos diversos de infração ao direito da concorrência, ou seja, os acordos e práticas concertadas entre concorrentes e o abuso de posição dominante, que se diferenciam quanto ao momento possível de ciência de sua prática, como evidenciado alhures.

Outro dispositivo de suma importância é o n^o 2 do artigo 6^o da Lei n^o 23/2018, que determina que o prazo de prescrição só começa a correr depois de cessar a infração ao direito da concorrência. A questão toma relevo, acima de tudo, em se tratando de práticas continuadas. A lei

brasileira de defesa da concorrência⁴⁸ prevê que a punição administrativa prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data da prática do ilícito ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessada a prática do ilícito. Portanto, conclui-se que, em vista do reconhecimento dos efeitos da permanência ou continuidade da prática ilícita sobre o prazo prescricional para a administração, seria conveniente que se previsse que o prazo de prescrição da pretensão indenizatória também iniciasse não antes do término da conduta ilícita.

A razão da distinção exposta é que as condutas continuadas são praticadas em contexto de mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes. Dessa maneira, a definição do termo “*a quo*” da prescrição após a cessação do ilícito visaria assegurar o maior prazo prescricional possível, em consideração a característica principal das infrações anticoncorrenciais, qual seja, a prática contínua e reiterada de atos que almejam o efeito exclusionário de empresas concorrentes, inexistindo, para tanto, motivos de reconhecê-lo para a administração pública e não para o particular quanto à sua pretensão indenizatória, porquanto se trata de mesma razão fática.

Ainda, quanto ao que se refere à ciência inequívoca, da proposta de legislação brasileira apenas consta que se considera ocorrida quando da publicação do julgamento final do processo administrativo pelo CADE, momento em que se iniciaria o prazo prescricional (PLS nº 283/2016, artigo 3º). Por outro lado, a Lei Portuguesa nº 23/2018 prevê as circunstâncias que autorizam considerar que o prejudicado pelos atos praticados pelo infrator das normas antitruste teve ciência do ilícito, ou das quais se possa presumi-la (nº 1 do art. 6º), quais sejam: a) conhecimento do comportamento em causa e de que este constitui uma infração ao direito da concorrência; b) do fato de a infração ao direito da concorrência lhe ter causado dano; e c) da identidade do infrator.

⁴⁸ Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Art. 46. Prescrevem em 5 (cinco) anos as ações punitivas da administração pública federal, direta e indireta, objetivando apurar infrações da ordem econômica, contados da data da prática do ilícito ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessada a prática do ilícito. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 21 mar. 2019.

Como bem enfatiza João Espírito Santo Noronha⁴⁹, a presença cumulativa das circunstâncias previstas no regime comunitário (nº 2 do artigo 10º da Diretiva 2014/104/UE)⁵⁰, que permitem considerar que o lesado teve a ciência do ilícito, ou das quais se possa presumi-la, repetidas pela legislação portuguesa, propicia obter marco seguro quanto ao início do decurso da prescrição.

Portanto, diferentemente do regramento atual e da proposta legislativa em trâmite no Congresso Nacional Brasileiro, o direito português prevê expressamente as condições para que se tenha por cientificado um eventual lesado acerca da existência do ilícito concorrencial. Tratam-se de situações cuja presença conjunta permite a certeza de que o titular do direito à pretensão indenizatória reconheça que a conduta é contrária à norma antitruste e o prejudica.

Por fim, a legislação portuguesa também consagrou o trânsito em julgado da decisão judicial que declara a existência da infração como marco para a definição do término da suspensão do prazo prescricional, ao lado da própria decisão da autoridade de concorrência. Ao que tudo demonstra, semelhante previsão na legislação brasileira encontraria respaldo no princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, pois que decisão administrativa submete-se à possibilidade de reexame pelo Poder Judiciário, em caso de quem se sentir lesado em seu direito ingressar com uma ação judicial.

Considerações finais

A discussão acerca do termo “*a quo*” do prazo prescricional da pretensão indenizatória, decorrente dos efeitos da prática de ilícitos concorrenciais, suscita a questão da indispensável ciência do cometimento da infração, ou da presença das condições capazes de fazer presumir o seu conhecimento,

⁴⁹ NORONHA, *Litigância jurídico-privada ...*, cit. Disponível em: http://opac.cej.mj.pt/Opac/Pages/Search/Results.aspx?Database=10351_BIBLIO&SearchText=AUT=%22Noronha,%20Jo%C3%A3o%20Esp%C3%ADrito%20Santo%22. Acesso: 21 mar. 2019.

⁵⁰ Disponível em: <https://publications.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/19f5fc12-7c4b-11e4-97c9-01aa75ed71a1/language-pt>. Acesso em: 21 mar. 2019.

contrapondo-se à regra de que o início da contagem da prescrição encontra-se no momento da lesão do direito.

A ciência inequívoca do ilícito anticompetitivo pode ocorrer em circunstâncias e momentos diversos, a depender do tipo de violação da norma antitruste, quais sejam, as condutas coordenadas entre concorrentes e as unilaterais. Na primeira hipótese, cuja característica precípua é o caráter oculto de sua prática, permite-se a ciência apenas quando da revelação da atividade cartelista, na maioria das vezes, pela autoridade antitruste. Já na segunda, observa-se que, recorrentemente, o conhecimento de sua ilicitude coincide com o momento de sua prática.

Nesse sentido, a distinção do momento da ciência permite determinar os efeitos das providências adotadas pela autoridade antitruste, pois, em se verificando que antecede a estas, impõe-se a suspensão do prazo prescricional já iniciado, enquanto perdurar a tramitação do processo administrativo, ou de eventual processo judicial. Por outro lado, em casos de a ciência do ilícito decorrer da atuação da autoridade administrativa ou judicial, considera impedido o início do referido prazo, até que se tenha a decisão definitiva.

Outra questão que se impõe é a de que a ciência do ilícito concorrencial não pressupõe o conhecimento da extensão dos prejuízos decorrentes. Sendo assim, a ciência de sua prática não implica necessariamente o conhecimento dos prejuízos para que se tenha iniciado o curso do prazo prescricional. O dano concreto é pressuposto da reparação, que se insere nos elementos essenciais da responsabilidade civil, cuja demonstração é dada por meio da produção probatória em juízo.

Quanto ao julgamento do processo administrativo como ciência inequívoca do ilícito, observa-se que a adoção de um fato específico poderia gerar mais incertezas, porquanto ignoraria circunstâncias anteriores pelas quais o prejudicado obteria o pleno conhecimento do ilícito, a restar incerto o início do prazo prescricional ao ocasionar a controvérsia. Não obstante, pelo Projeto de Lei do Senado Federal nº 283/2016, considera-se ocorrida a ciência inequívoca do ilícito quando da publicação do julgamento final do processo administrativo. As incertezas dessa formulação podem advir de diversos aspectos, pois mesmo a interpretação não excludente de outras hipóteses, conforme previsto no § 1º do artigo 46-A, no caso de o texto alcançar a promulgação como lei, poderá suscitar dúvida em relação à causa que deverá prevalecer para a definição do marco inaugural do prazo prescricional.

Em referência ainda ao projeto de lei, constata-se que seu texto pretende assegurar que a prescrição não correrá durante a vigência do inquérito ou do processo administrativo no âmbito do CADE. Observa-se assim que a proposição legislativa apresenta a atuação administrativa ora como causa que influi no curso da prescrição, ora como determinante para a ciência inequívoca do ilícito. Diante disso, entende que as providências por parte da autoridade antitruste devam ser consideradas para os efeitos sobre o curso do prazo prescricional, deixando as causas de ciência do ilícito com a formatação que possa acomodar as mais diversas situações fáticas.

Em análise comparativa, é possível observar que a lei portuguesa não permite que se inicie o curso do prazo prescricional antes de o prejudicado ter conhecimento, ou de poder razoavelmente presumir que teve ciência do comportamento que constitui uma infração ao direito da concorrência, de lhe ter causado dano e da identidade do infrator. Essas condições propiciam um marco seguro quanto ao início do decurso da prescrição, para quaisquer condutas anticompetitivas.

O diploma legal português ainda prevê a suspensão do prazo prescricional durante procedimento adotado por autoridade relativo a um indício de infração anticoncorrencial, que retomará seu curso após intervalo de um ano, a contar desde o momento em que decisão administrativa ou judicial tornar-se definitiva. Contudo, semelhante previsão não se conciliaria com o ordenamento jurídico brasileiro, porquanto motivaria um adiamento desarrazoável do reinício do prazo suspenso em relação àquele tenha obtido o conhecimento da lesão em momento anterior à instauração do inquérito ou processo administrativo.

Ainda, a necessidade de utilização das provas a serem reunidas em procedimento administrativo instaurado por autoridade antitruste, bem como a de demonstração de existência do ilícito, para fins de ajuizamento da pretensão indenizatória por perdas e danos, não deve orientar a definição do marco inaugural da prescrição, porquanto para isso o ordenamento jurídico dispõe de instrumentos que asseguram esses objetivos e podem ser incorporados à legislação (causas suspensivas ou que impedem o início do prazo prescricional), a garantir que a futura lei não suscite mais dúvidas e incertezas.

Em conclusão, deve-se continuar a perseguir a necessária segurança jurídica no que se refere ao regramento da prescrição da pretensão à reparação de danos, por meio de dispositivos legais que garantam adequado

tratamento aos efeitos das providências e decisões adotadas por autoridade administrativa ou judicial e permitam que, para a determinação do início do prazo prescricional, adotem-se condições aptas a compreender os momentos e formas pelos quais pode ocorrer a ciência do ilícito nos diferentes tipos de ofensa às normas concorrenciais.

Referências

Livros

- BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Rio, 1980.
- CAHALI, Yussef Said. *Prescrição e Decadência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- FRAZÃO, Ana. *Direito da Concorrência. Pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GABAN, Eduardo Molan e DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2018.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. São Paulo: Forense Universitária, 2001.
- LEAL, Antonio Luiz da Câmara. *Da Prescrição e da Decadência*. São Paulo: Saraiva, 1939.
- SILVA, Matheus Passos. Metodologia: oficina de redação de artigos científicos. In: *II Curso de Combate à Corrupção na Contratação Pública*. 18 a 26 de outubro de 2018. Lisboa: Universidade Nova Lisboa.
- SILVA, Miguel Moura e. *Direito da Concorrência*. Lisboa: AAFDL, 2018.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2010.

Tese online

- FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. *Dano-evento e Dano-prejuízo*. Dissertação apresentada para a obtenção do título de mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. SP: 2009. Disponível em: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-18112011-131559/.../COMPLETA.pdf. Acesso: 21 mar. 2019.

Artigo de Revista online

HÜSCHEL RATH, Kai e PEYER, Sebastian. *Public and Private Enforcement of Competition Law. A Differentiated Approach*. Disponível em <http://competitionpolicy.ac.uk/documents/8158338/8235394/CCP+Working+Paper+13-5.pdf/86d76261-eda5-4de7-af2a-51d9684e0c45>. Acesso em: 21 mar. 2019.

NORONHA, João Espírito Santo. *Litigância jurídico-privada e direito da concorrência – A Diretiva nº 2014/104/EU, de 26 de novembro de 2014: divulgação de elementos de prova, efeitos das decisões nacionais, prazos de prescrição e responsabilidade solidária*. Disponível em: http://opac.cej.mj.pt/Opac/Pages/Search/Results.aspx?Database=10351_BIBLIO&SearchText=AUT=%22Noronha,%20Jo%C3%A3o%20Esp%C3%ADrito%20Santo%22. Acesso: 21 mar. 2019.

Legislação

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 mar. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em 21 mar. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em 21 mar. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 21 mar. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em 21 mar. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal*. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 21 mar. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8137.htm. Acesso em: 21 mar. 2019.

PORTUGAL. *Lei nº 23, de 5 de junho de 2018*. Disponível em <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/115456103/details/normal?q=lei+23+2018>. Acesso em: 21 mar. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e da Comissão, de 26 de novembro de 2016*. Disponível em: <https://publications.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/19f5fc12-7c4b-11e4-97c9-01aa75ed71a1/language-pt.%20Acesso%20em:%2021%20mar.%202019>. Acesso em: 21 mar. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=PT.%20Acesso%20em:%2021%20mar.%202019>. Acesso em 21 mar. 2019.

Projeto de lei

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 283, de 2016. Altera a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126392>. Acesso em: 21 mar. 2019.

Jurisprudência

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.354.348/RS, Quarta Turma. Julgado em 27 de maio de 2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35707720&num_registro=201103106606&data=20140916&tipo=41&formato=PDF. Acesso em: 21 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1535727/RS. Quarta Turma. Julgado em 10 de maio de 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=57597605&num_registro=201501306323&data=20160620&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 21 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1554986/SP, Terceira Turma. Julgado em 20 de janeiro de 2018. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1652684&num_registro=201502191117&data=20180306&formato=PDF. Acesso em: 21 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 920.582/RJ. Quinta Turma. Julgado em 18 de setembro de 2008. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4167443&num_registro=200700177265&data=20081124&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 21 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.181.643. Segunda Turma. Julgado em 1º de março de 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=12965069&num_registro=201000289274&data=20110520&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 21 mar. 2019.

BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo 2103889-09.2018.8.26.0000, Seção de Direito Privado. Julgado em 11 de outubro de 2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=2103889-09.2018&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=2103889-09.2018.8.26.0000&dePesquisa=&uuidCaptcha=&pbEnviar=Pesquisar#?cdDocumento=32>. Acesso: 21 mar. 2019.

Procedimento simplificado de consulta ao mercado como condição para uso privativo de espaços públicos por serviços de mobilidade urbana na economia do compartilhamento

Simplified procedure of market consultation as condition to private exclusive use of public areas by urban mobility services on the sharing economy

BRÁULIO GOMES MENDES DINIZ

Resumo: Este artigo demonstra os benefícios decorrentes da utilização de um procedimento simplificado, mas transparente, para regularizar a ocupação do espaço público pelos novos serviços de mobilidade urbana operados via plataforma no que se denomina economia do compartilhamento (*sharing economy*). A partir de uma revisão de bibliografia do direito brasileiro sobre uso privativo de bens públicos por particulares, combinada com a perspectiva econômica do uso rival e não excludente de bens comuns, destaca-se a importância de se formalizar o uso privativo do espaço urbano. O *déficit* normativo sobre esse tema no direito brasileiro, assim como a indiferenciação entre os sistemas jurídico e político em nível local, contudo, criam um ambiente institucional frágil e sujeito a práticas corruptivas, que tendem a se agravar com a intensificação da disputa pelo espaço urbano provocada pelo advento dos novos serviços de mobilidade. Para viabilizar a operação e o desenvolvimento desses novos serviços e, ao mesmo tempo, garantir a isonomia de acesso ao espaço público entre prestadores, propõe-se a adoção de institutos jurídicos mais simples e precários, precedidos de procedimento simplificado e transparente semelhante à consulta preliminar ao mercado prevista no Código dos Contratos Públicos de Portugal.

Palavras Chave: *Bens públicos. Uso privativo. Mobilidade urbana. Economia do compartilhamento. Transparência.*

Abstract: This article shows the benefits caused by a simple, but transparent, procedure to regularize public areas occupation by new urban mobility services based on platforms, as known as the sharing economy. From a bibliography review of Brazilian law on exclusive private use of public goods, combined to the economic outlook of rival and non-excluding use of the commons, is highlighted the relevance to become formal this exclusive use of urban areas. The current deficit of rules on this subject in Brazilian law, as well the undifferentiation between legal and political systems at local level, however, lead to an institutional environment fragile and subject to corruptive practices, which tend to become worse due to public area's contests caused by new urban mobility services' emergence. To allow the working and development of this new mobility services and, at the same time, to ensure equal access opportunities to providers, it is suggested the adoption of simpler and provisional legal acts, after a transparent procedure like the Portugal Public Contracts Code's market consultation.

Keywords: *Public goods. Excluding use. Urban mobility. Sharing economy. Transparency.*

1. Introdução

A partir de 2013, a população brasileira passou a ocupar as ruas em manifestações e protestos que ainda desafiam inúmeras pesquisas no âmbito das ciências sociais. Apesar das pautas difusas e heterogêneas, os problemas de mobilidade urbana são indicados como uma das causas dessa insatisfação popular, o que pode ser verificado, por exemplo, no protagonismo e adesão às ideias do Movimento Passe Livre (MPL)¹. Outra correlação entre os citados movimentos e o destaque da mobilidade urbana na agenda política brasileira pode ser encontrada na subsequente inclusão do transporte no rol dos direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição Federal, processo de emenda constitucional que contou com intensa participação do MPL².

¹ GOHN, Maria da Glória. *Manifestações e protestos no Brasil: correntes e contracorrentes na atualidade*. São Paulo: Cortez, 2017, p. 13-35.

² BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Emenda Constitucional nº 90, de 15 de setembro de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc90.htm>. Acesso em: 07 mar.2019. O registro da participação intensiva do MPL no processo parlamentar pode ser verificado especificamente

Alheio a esse cenário brasileiro de convulsão social e instabilidade política, o desenvolvimento de novas tecnologias de comunicação em rede vem demonstrando um infinito potencial para a resolução de variados problemas, dentre eles os de mobilidade urbana. A denominada quarta revolução industrial combina novas tecnologias para alterar significativamente não só modelos de negócio, mas também a forma como pessoas e bens circulam no meio urbano³. Exemplo disso é o surgimento de serviços inovadores de transporte como os do Uber, a partir do uso conjugado da internet, do GPS (*Global Positioning System*), dos telefones móveis inteligentes (*smartphones*) e dos pagamentos por meio eletrônico⁴.

Apesar dos grandes avanços nas comunicações eletrônicas, os problemas de mobilidade urbana a serem enfrentados continuam a existir de fato no mundo físico. Trata-se de um problema inerente à escassez de um bem público de uso comum, que são as vias de circulação de pessoas e cargas no espaço urbano. Apesar de as novas tecnologias de comunicação remodelarem o conceito de espaço, criando o denominado “espaço de fluxos” para superar muitos dos obstáculos e distâncias típicos do “espaço físico”, este continua a existir, com os problemas que lhe são inerentes⁵. Além disso, a intensiva utilização de comunicações eletrônicas (virtuais) para eliminar os problemas de mobilidade urbana (físicos) pode vir acompanhada de novos impactos no já conturbado espaço físico urbano.

no Parecer da Comissão Especial, de autoria do Deputado Nilmário Miranda, emitido em 19 de novembro de 2013, acessível por meio de busca no portal eletrônico da Câmara dos Deputados pelo número da Proposta de Emenda Constitucional – PEC: nº 90, de 2011 (BRASIL. Câmara dos Deputados. *Pesquisa simplificada*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/busca-portal/proposicoes/pesquisa-simplificada>>. Acesso em: 06 dez.2018.

³ “We are witnessing profound shifts across all industries, marked by the emergence of new business models, the disruption of incumbents and the reshaping of production, consumption, transportation and delivery systems” (SCHWAB, Klaus. *The fourth industrial revolution*. Genebra: World Economic Forum, 2016, p. 7).

⁴ PASCUAL, Gabriel Doménech. La regulación de la economía colaborativa (El caso ‘Uber contra el taxi’). *Revista Ceflegal – CEF*, n. 175-176, p. 61-104, ago./set. 2015, p. 86-88. Disponível em <https://www.academia.edu/15360185/La_regulacion_de_la_economia_colaborativa._El_caso_Uber_contra_el_taxi>. Acesso em: 06 abr.2016, p. 66-67.

⁵ CASTELLS, Manuel et al. *Comunicação móvel e sociedade: uma perspectiva global*. Trad.: Rita Cheta. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 220-228.

Considerada essa dualidade entre o “espaço de fluxos” e o “espaço físico”, bem como a confusão que pode existir entre ambos, não é difícil imaginar um cenário em que uma nova ideia para a mobilidade urbana em nível de comunicações virtuais (espaço de fluxos) acabe por malograr seu objetivo principal quando transposta para o ambiente urbano. Cita-se como exemplo o caso das estações de bicicletas ou patinetes instaladas clandestinamente em ruas e calçadas ou mesmo o depósito aleatório desses bens ao longo de espaços públicos destinados à circulação de pessoas e cargas, quando então uma solução de mobilidade urbana transforma-se, na verdade, em um novo problema urbano⁶.

Nesse ponto, é preciso considerar que o ambiente urbano figura como ativo valioso e fundamental para determinadas atividades econômicas⁷. Em razão disso, seu uso exclusivo por particulares, em regra, deve sujeitar-se a concorrência. Na nova economia do compartilhamento via plataformas virtuais, o primeiro obstáculo para se instaurar uma disputa entre particulares é a assimetria de informação entre o agente privado inovador e o poder público não proativo em questões da inovação, cenário provável num contexto de rápidos avanços tecnológicos, como já diagnosticado, por exemplo, no registro de desconhecimento por técnicos do governo sobre o fenômeno da computação em nuvem⁸.

Um pequeno número de empresas e um nível reduzido ou nulo de entradas no mercado fazem parte de um cenário que abre espaço para conluíus⁹. Nas questões urbanísticas, os problemas se agravam devido a uma persistente indiferenciação entre os sistemas político e

⁶ BOWLES, Nellie; STREITFELD, David. Electric Scooters Are Causing Havoc. This Man Is Shrugging It Off. *The New York Times*. 20 abr.2018. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2018/04/20/technology/electric-scooters-are-causing-havoc-this-man-is-shrugging-it-off.html>>. Acesso em: 26 fev.2019.

⁷ PRESTES, Vanêsa Buzelato. *Corrupção urbanística: da ausência de diferenciação entre direito e política no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 166-168.

⁸ MEDEIROS, Marcos Fernando M.; SOUSA NETO, Manoel Veras. Computação em nuvem e governança da Internet no governo brasileiro: um estudo de caso com gestores de TI. *Universitas Gestão e TI*, Brasília, v. 7, n. 1-2, p. 137-148, jan./dez. 2017.

⁹ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Diretrizes para Combater o Conluio entre Concorrentes em Contratações Públicas*. Disponível em: <<http://www.comprasnet.gov.br/banner/seguro/diretrizes-ocde.pdf>>; também em <<http://www.oecd.org/competition/cartels/44162082.pdf>>. Acesso em: 11 ago.2015.

jurídico¹⁰, com tendências à concessão de direitos como mera decorrência de uma situação ocasional de detenção do poder. As consequências diante disso serão naturalmente a exploração de privilégios, os favorecimentos indevidos e a corrupção. Em termos jurídicos, tais condutas acabam por violar não só os princípios constitucionais que regem a atividade econômica, como a livre concorrência, mas principalmente aqueles que orientam a atividade administrativa, como a isonomia, a moralidade e a impessoalidade.

O objetivo do presente estudo é fornecer elementos para que soluções inovadoras em serviços de mobilidade urbana possam ser aproveitadas pelo poder público sem prejuízo à concorrência. Para tanto, os problemas de mobilidade urbana serão concebidos como uma disputa pelo acesso a bens públicos de uso comum, esclarecendo-se que isso ocorre mesmo no caso de serviços baseados em plataformas digitais, cuja concorrência não se dá no “espaço de fluxos”, mas sim na busca pelo uso privilegiado do “espaço físico” (bens de uso comum). Diante disso, recomenda-se que o poder público ordinariamente desinformado sobre a novidade, utilize-se de um procedimento público simplificado e minimamente transparente de consulta ao mercado independente do instrumento jurídico a ser adotado para se deferir o uso privativo, mecanismo que, dentre outros benefícios, afastaria a possibilidade de acesso privilegiado e não isonômico a bens públicos de uso comum e permitiria ganhos informacionais que beneficiariam futuros procedimentos concorrenciais mais complexos.

A pesquisa adota uma técnica eminentemente bibliográfica e documental. Inicia-se por considerações doutrinárias sobre o regime de utilização privativa dos bens públicos de uso comum no Brasil, em especial aqueles afetados à mobilidade urbana. Em seguida, considera estudos recentes sobre a prestação de serviços em plataformas virtuais para defender a subsistência de um aspecto físico a ser considerado e a utilização de procedimentos mais simplificados para se deferir o uso de espaços públicos necessários a tais serviços quando voltados para a mobilidade urbana. Por fim, são enunciados procedimentos prévios à fase competitiva existentes no Brasil e no Direito Português sobre contratação pública para demonstrar os ganhos de transparência e concorrência que proporcionam em especial num cenário

¹⁰ PRESTES, *Corrupção urbanística...*, cit., p. 158-159.

de inovação, complexidade, assimetria de informações e rápidas evoluções em modelos de prestação de serviço.

2. O problema jurídico-econômico da mobilidade urbana a partir da ideia de concorrência pelo acesso a bens de uso comum

A regulamentação geral dos bens públicos no Brasil encontra-se no Código Civil¹¹. No seu art. 98, o Código utiliza o critério da titularidade para separar os bens públicos dos privados. Definido o que é bem público (aqueles de titularidade de pessoas jurídicas de direito público), o Código então os separa conforme o uso (art. 99) e descreve em seguida (arts. 100 a 103) o regime jurídico aplicável a cada um dos três tipos previstos. Para melhor entendimento, os dispositivos seguem transcritos abaixo:

Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

Art. 99. São bens públicos:

I – os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II – os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III – os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

[...]

¹¹ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm >. Acesso em: 07 mar.2019.

Art. 103. O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem.

(g.n.)

Como se nota, a classificação de determinado bem em tal ou qual categoria depende do tipo de uso ou destinação. Essa vinculação do bem estático à dinâmica de seu uso é feita por instituto específico que a doutrina denomina afetação. Assim, os chamados bens “de uso comum do povo” estão necessariamente afetados a uma utilização indistinta, compartilhada com qualquer pessoa em situação de igualdade com as demais. Da mesma forma os bens “de uso especial” devem ser utilizados eminentemente pelo órgão público a quem foi atribuída a tarefa de desenvolver ali suas atividades. E, por fim, os bens “dominicais”, não dedicados pela lei ou por ato administrativo a nenhuma função específica, remanescem públicos apenas pelo critério da titularidade.

Para estudar os tipos de uso possíveis de determinados bens públicos, os instrumentos jurídicos mais adequados para se formalizar um uso privativo e os procedimentos previamente exigidos, é necessário primeiro identificar o tipo de afetação existente no caso concreto. Sob essa perspectiva, a divisão legal tripartite (de uso comum; de uso especial e dominicais) torna-se desinteressante e cede para uma classificação em apenas duas categorias: os bens que constituem o domínio público do estado (de uso comum e especial) e aqueles de domínio privado do estado (dominicais)¹². A partir dessa classificação bipartida, cumpre identificar se o bem pertence ao domínio público do estado – afetados, pois, a uma função pública – ou ao domínio privado – públicos apenas na titularidade, mas desvinculados de qualquer função social estatal.

Sobre os bens de uso comum do povo, foco deste trabalho, deve-se considerar que as ruas e praças, por exemplo, são assim enquadradas porque estão acessíveis a todos indistintamente. “A praça! A praça é do povo/ Como o céu é do condor”¹³. Esses versos bem delineiam a liberdade de uso

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Uso privativo de bem público por particular*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 16.

¹³ ALVES, Castro. O povo ao poder. *Obra poética completa*. Capítulo IV: Poesias Dispersas. Versão Amazon Kindle.

característica de dois diferentes tipos de bens públicos (a praça e os céus). Apesar de a utilização ser livre quanto aos usuários (qualquer um pode utilizar), não existe a mesma liberdade quanto à finalidade desse uso (não é lícito dar ao bem público a finalidade que o usuário bem entender). Os bens públicos desempenham funções principais, cada um à sua maneira: as ruas, denominadas logradouros públicos, servem ao trânsito¹⁴ e as praças, com suas diferentes funções ao longo da história, formam espaços de encontros e convivência social, como uma extensão pública do ambiente privado da casa¹⁵.

Quando as ruas não mais servem ao tráfego nem as praças, à convivência, torna-se necessário um arranjo jurídico para legitimar esse deslocamento de finalidade. É a partir dessa ideia que se separa o uso normal do anormal. Considerada a possibilidade de um bem de uso comum ser alocado em outra função igualmente pública, porém desvirtuada d'aqueloutro original, tem-se o que se chama uso anormal¹⁶. Por exemplo, quando se interdita ruas em volta da praça para uma apresentação cultural aberta ao público, a praça mantém sua função (uso normal) e as ruas passam a ter um uso anormal. Ocorre um fictício alargamento da extensão da praça até as ruas, que se tornam não mais espaço de tráfego, mas de convivência. Mantém-se, contudo, o uso comum, livremente franqueado, porém com outra finalidade. Nesse caso, não só a praça será do povo, mas também as ruas.

Com o avanço das novas tecnologias, a compatibilização do uso normal com o anormal tende a ficar mais complexa, considerada a multiplicidade de usos possíveis que um determinado bem público integrante da infraestrutura urbana pode suportar, como a transformação de antigas estações de telefone público em pontos de acesso à internet¹⁷. A abordagem simplificada de afetação a uma função principal e outras acessórias será incrementada pelo debate acerca da multiplicidade de usos possíveis que um bem pode

¹⁴ MARRARA, Thiago. *Bens públicos: domínio urbano: infra-estruturas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 165-169.

¹⁵ SALDANHA, Nelson. *O jardim e a praça: ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica*. Porto Alegre: Fabris, 1986.

¹⁶ DI PIETRO, *Uso privativo...*, cit., p. 24-26.

¹⁷ BERG, Nate. New Yorkers to get free Wi-Fi via old phone booths in Google-founded project. *CNS NEWS*. 29 jun. 2015. Disponível em: < <https://www.theguardian.com/cities/2015/jun/29/new-york-free-wi-fi-phone-booths-google-sidewalk-labs>>. Acesso em: 14 mar. 2019.

suportar em termos de utilidades públicas¹⁸. A partir dessa combinação de usos possíveis que emerge das novas tecnologias, surgem os potenciais conflitos, inclusive entre dois ou mais usos tidos como normais, apontado por Marrara como, provavelmente, o de mais difícil solução jurídica¹⁹.

É nesse ponto que se evidencia a demanda por um aproveitamento mais racional dos bens públicos e dos recursos naturais, tema para o qual a teoria econômica apresenta os seguintes conceitos: o uso pode ser do tipo rival ou não rival, mas também pode ser excludente ou não excludente, classificação que serve de base para estudos sobre o uso eficiente de bens comuns. Se a utilização de uma pessoa reflete na de outrem, instaurando-se uma natural disputa, fala-se em uso rival; na medida em que um sujeito de direito tem o poder de excluir o uso de outrem, pode-se falar em uso excludente ou poderes de exclusão²⁰.

Com base em critérios de rivalidade e poderes de exclusão, discute-se, do ponto de vista jurídico-econômico, o nível ótimo de apropriação privada. Em outras palavras, o dilema envolve a quantidade de poderes de exclusão que o Direito concederá aos particulares para evitar a rivalidade no uso ou a decisão política por uma apropriação ou regulação públicas como forma de garantir o uso racional²¹. Nesse ponto, pode-se seguramente afirmar que as vias congestionadas configuram um problema econômico de uso rival e não excludente, o que demanda regulação estatal, residindo aí as razões para que o Poder Público assumira papel relevante na organização da mobilidade urbana²².

Problemas urbanísticos como as limitadas vagas de estacionamentos pagos ou livres no centro da cidade são expressamente citados como uma tragédia decorrente do uso dos bens comuns já na abordagem seminal de Hardin²³. Em termos atuais, em especial no âmbito do Direito brasileiro, já

¹⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 385-446.

¹⁹ MARRARA, *Bens públicos...*, cit., p. 220.

²⁰ GANS, Joshua et al. *Principles of economics*. 5ed. Sydney: Cengage Learning, 2012, p. 209-250.

²¹ ARAÚJO, Fernando. *A tragédia dos baldios e dos anti-baldios: o problema econômico do nível ótimo de apropriação*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 10-59.

²² GANS, Joshua et al. *Principles...*, cit., p. 244-247.

²³ HARDIN, Garrett. The Tragedy of the Commons. *Science*. New Series, Vol. 162, Issue nº 3859, 13 dez.1968, p. 1245.

se tem uma percepção de que os direitos à mobilidade urbana se realizam justamente por meio de coordenação estatal: “restrições administrativas e de ordem pública legalmente estabelecidas” com vistas a “tutelar formas adequadas de mobilidade”²⁴.

Uma das formas de acabar com a natural rivalidade no uso dos bens comuns é a formalização de instrumentos jurídicos que delimitam espaços de uso privativo. Sem abordar aqui os tipos de instrumento que retiram seu *nomen iuris* da própria legislação, a doutrina brasileira trabalha com três formas jurídicas tradicionais de deferir o uso privativo de bem público: a autorização de uso, a permissão de uso e a concessão de uso. Os tipos variam conforme os requisitos mais ou menos discricionários para a celebração do ato, o que conduz a uma maior ou menor estabilidade (ou precariedade) da relação jurídica: “No direito brasileiro a autorização de uso é, em regra, a forma mais precária de utilização privativa de bem público, [...]; e a concessão é a mais estável, [...]. A permissão é a modalidade intermediária, admitindo, por sua vez, diferentes graus de precariedade”²⁵.

Em face da reconhecida imprecisão terminológica na utilização das três expressões citadas acima²⁶, alguns preferem concentrar-se na substância da relação jurídica, tomando os institutos pelo que são, não pelo nome que lhe seja dado. Ainda assim, restariam três grupos gradativamente modulados conforme se ofereça precariedade ou estabilidade à relação: as modalidades unilaterais discricionárias; as unilaterais vinculadas e as modalidades contratuais²⁷. Mais ou menos na mesma linha de gradação conforme a estabilidade, Moreira Neto separa as modalidades em legal, contratual, unilateral ou complexas²⁸.

Essa gradação entre atos mais simples e discricionários – comumente chamados de autorização de uso – e outros mais complexos e vinculados, já considerados verdadeiros contratos – denominados concessão de uso –,

²⁴ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 508-509.

²⁵ DI PIETRO, *Uso privativo...*, cit., p. 38.

²⁶ *Ibidem*, p. 27-29.

²⁷ MARRARA, *Bens públicos...*, cit., p. 135-147.

²⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, Edição Digital, Capítulo XIII, Seção I, 100.3.

servem não só para conferir uma maior ou menor estabilidade à relação entre a Administração Pública e o particular, mas também para determinar a necessidade ou não de se instaurar um procedimento competitivo prévio à celebração do ato²⁹.

A obrigatoriedade de competição para acesso a contratos públicos configura norma constitucional realizadora dos princípios que regem a atividade administrativa. A Constituição Federal³⁰, no seu art. 37, *caput*, institui os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, para em seguida, no seu inciso XXI, tornar obrigatória a licitação como procedimento prévio às contratações que enumera, ressalvados os casos previstos em lei. Eros Grau ressalta que mesmo na inexistência de tal regra constitucional, “ainda assim algum processo seletivo, informado pelo princípio da isonomia, impor-se-ia em razão do princípio republicano”³¹.

É com base nessa ideia-guia que a doutrina exige a realização de licitação quando existam outros interessados, mesmo quando se trata de procedimentos mais simples de uso privativo de bem público, como a autorização³². É também por isso que, de forma mais genérica, afirma-se a necessidade de “procedimentos licitatórios” mesmo quando da “outorga de uso por meio de instrumentos de natureza unilateral discricionária”³³. Esses mesmos princípios implicitamente fundamentam a legislação brasileira quando, independente do nome dado ao instituto, algumas vezes deixa

²⁹ Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 1190-1197; DI PIETRO, *Uso privativo...*, cit., p. 89, quando fala que a autorização, em regra, dispensa licitação se não houver outros interessados e MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 948, quando trata do uso privativo anormal dos bens de uso especial e sustenta que a licitação seria exigível nos casos de permissão e concessão de uso, excluindo os casos de autorização.

³⁰ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 07 mar.2019.

³¹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 106.

³² DI PIETRO, *Uso privativo...*, cit., p. 89.

³³ MARRARA, *Bens públicos...*, cit., p. 134.

expressa a necessidade de licitação para uso privativo de bens públicos por particulares “quando houver condições de competitividade”³⁴.

Num cenário de serviços urbanos inovadores que demandam o uso privativo dos bens públicos de uso comum, a primeira dificuldade que se coloca para o gestor é a falta de informações sobre o novo serviço. Naturalmente, terá ainda menos conhecimento sobre a existência de outros interessados ou de condições de competitividade. Por fim, ainda que se conheçam tais características, resta saber qual procedimento competitivo seria esse diante de um contexto de inovação e de completa desinformação do Poder Público.

Os termos “licitação” ou “procedimentos licitatórios”, via de regra, remetem a uma finalidade de busca por uma proposta mais vantajosa do ponto de vista econômico. Ordinariamente, busca-se o menor preço, uma combinação entre técnica e preço ou algum tipo de retorno econômico, competição que, em mercados ainda em formação e pouco maduros, será de difícil estruturação, sem considerar, no caso da mobilidade urbana, questões adicionais específicas de engenharia de trânsito a serem consideradas para se estruturar tal procedimento. Diante de tão grandes exigências para se estruturar uma licitação, é preciso refletir sobre procedimentos alternativos que garantam acesso isonômico ao bem público sem que a oportunidade de aproveitar o novo serviço em tempos de mudanças tão velozes se perca em meio à prática de atos burocráticos inadequados aos fins pretendidos.

Assim, como forma de, primeiramente, conhecer e avaliar a maturidade do mercado inovador em questão e, ainda em sede preliminar, deliberar sobre condições de competitividade para em seguida estruturar um procedimento competitivo, torna-se fundamental, mesmo nos atos precários de deferimento de uso privativo de espaço público, dirigir-se ao mercado por procedimentos que garantam isonomia, impessoalidade e publicidade, mas que não necessariamente se estruturam em forma de licitação. Pode-se entender tal alternativa como uma adaptação do Direito em face das novas tecnologias; um necessário isomorfismo devido à inadequação

³⁴ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 9.636, de 15 de maio de 1998*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9636.htm>. Acesso em: 07 mar.2019. art. 18, §5º; e BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Decreto nº 3.725, de 10 de janeiro de 2001*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3725.htm>. Acesso em: 07 mar.2019, art. 13, inciso IX.

de soluções tradicionais para lidar com a maneira pela qual irrompem as novas tecnologias no cenário jurídico³⁵.

3. Igualização do procedimento público previamente necessário ao deferimento de uso privativo de espaço público para serviços inovadores de mobilidade urbana

Os novos serviços de mobilidade que têm se desenvolvido com o uso da tecnologia são frequentemente associados à denominada economia colaborativa ou do compartilhamento (*sharing economy*). Não é o objetivo aqui discutir os diferentes usos que a expressão tem ganhado, sua defesa ou crítica, senão destacar o intensivo uso da tecnologia e a dependência crônica dela para engendrar tais redes de compartilhamento.

Ainda que a denominada *sharing economy* seja usualmente associada a uma relação jurídica entre particulares (*peer-to-peer* ou P2P), é possível incluir nessa categoria os casos de prestação de serviço de empresas para consumidores (*business-to-consumer* ou B2C), neste último caso em muito se assemelhando a uma atividade econômica comum, embora significativamente virtualizada. O ponto que ora se destaca é a necessária presença de uma plataforma virtual (*platform-based sharing economy*) e a ocorrência de competição entre plataformas³⁶. Prova disso é a associação do termo *sharing economy* a uma economia das plataformas pela *Federal Trade Commission* americana³⁷.

³⁵ PEDROSO NETO, Marcos. Os novos valores do direito nas organizações: isomorfismo pelas novas tecnologias e análise econômica do direito. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). *Tecnologia jurídica & direito digital: II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia – 2018*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 325-347.

³⁶ DEMARY, Vera. Competition in the Sharing Economy. *Cologne Institute for Economic Research. IW policy paper 19/2015*. Jul. 2015. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/290096428_Competition_in_the_Sharing_Economy>. Acesso em: 16 mar.2019.

³⁷ “[...]. These platforms, collectively dubbed the ‘sharing economy’ by many observers, establish marketplaces that enable transactions between numerous suppliers (who frequently are individuals or small entities) and consumers. These platforms, and the parties transacting on them, are capitalizing on the widespread adoption of internet and smartphone technology and significantly reshaping how products and services are provided. [...]” (ESTADOS UNIDOS

A inclusão de uma plataforma virtual como condição para celebração de negócios jurídicos adiciona mais uma parte na relação contratual, transformando-a de bilateral em triangular³⁸. A partir do momento em que as relações contratuais se expandem em triangulação ou em redes mais complexas formadas por diferentes tipos contratuais estruturados conjuntamente para a realização de uma operação econômica, faz-se necessário resgatar a ideia de Enzo Roppo quando separa o conceito jurídico de contrato de sua concepção econômica, de modo que o “contrato-conceito jurídico [...] resulta instrumental” em relação ao que chama de “contrato-operação econômica”³⁹.

É justamente a partir dessa ideia de “complexidade de pluralidade das relações econômicas, frente à relativa inércia dos modelos jurídico-contratuais”⁴⁰ que se constrói a noção de contratos coligados ou de coligação contratual. Considerado o modelo de negócio que emerge da denominada *sharing economy* ou economia de compartilhamento via plataformas, nunca se estará diante de um só tipo contratual, mas de variados tipos, cada qual com suas especificidades⁴¹. Quando se trata de um serviço inovador de mobilidade urbana, no entanto, uma das relações envolve o uso privativo de bem público, tipo jurídico sujeito a regras específicas, como foi visto no tópico anterior.

DA AMÉRICA. Federal Trade Commission. *The “Sharing” Economy: Issues Facing Platforms, Participants & Regulators*. Nov. 2016, p. 1. Disponível em: <https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/sharing-economy-issues-facing-platforms-participants-regulators-federal-trade-commission-staff/p151200_ftc_staff_report_on_the_sharing_economy.pdf>. Acesso em: 18 fev.2019).

³⁸ CARVALHO, Joana. Campos. From bilateral to triangular: concluding contracts in the collaborative economy. In: *The sharing economy: legal problems of a permutations and combinations society*. REDINHA, Maria Regina; GUIMARÃES; Maria Raquel; FERNANTES; Francisco Liberal (editores). Newcastle: Cambridge Scholars Publishing, 2019, p. 196-209; e ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *The “Sharing” Economy...*, cit., p. 3.

³⁹ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad.: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 8-11.

⁴⁰ MARINO, Francisco Paulo Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 01.

⁴¹ CHAVES, Dagoberto L. M. M. O direito das plataformas: as relações entre múltiplos agentes. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 187-210.

Feito esse esclarecimento, pode-se então afirmar que, seja nas relações B2C ou P2P, quando tais operações econômicas se estruturam para serviços de mobilidade urbana, o uso privativo de bem público de uso comum por particular poderá configurar significativa vantagem concorrencial de uma plataforma em detrimento de outra. Já se disse na introdução do presente trabalho que o espaço urbano tem relevante valor econômico⁴², logo a disputa pelo acesso a ele entre plataformas precisa ser conhecida pelo regulador da mobilidade urbana não só como forma de aproveitar a competitividade para incrementar os modais de transporte urbano, mas também para escolher os serviços de maior utilidade.

A preparação de uma licitação para escolha de um serviço inovador, como já se disse, não é tarefa das mais simples, considerado o baixo nível de informação. Afinal de contas, estruturar um procedimento competitivo implica preparar um projeto básico, definir a forma de obtenção da proposta mais vantajosa, equalizar prazos etc. É justamente por desconhecer os novos serviços, seu funcionamento, impacto e concorrentes, que o Poder Público deverá utilizar-se da gradação doutrinariamente construída entre autorização, permissão e concessão de uso como ferramenta de gestão dessas inovações em serviços de mobilidade urbana.

Conforme visto anteriormente, a doutrina tradicional exige sempre licitação para uma concessão de uso, dada a sua complexidade, estabilidade e outros requisitos. Diante disso, um cenário indesejado é que o Poder Público torne complexa – i.e., utilize o instituto da concessão de uso – um tipo de relação cujo objeto sequer conhece. Atos preparatórios de uma licitação sobre o que não se conhece redundará em inútil gasto de energia, trabalho inconclusivo e possível perda da oportunidade gerada pela nova tecnologia.

Como regra, portanto, a Administração deve trabalhar com hipóteses como a autorização e a permissão de uso, precedidas dos atos de publicidade necessários ao conhecimento do mercado, o que resulta num procedimento mais simples e rápido, mas não menos transparente do que uma licitação propriamente dita. Porque não será realizado o procedimento licitatório constitucionalmente previsto, o agente privado não contará com a estabilidade típica de um contrato administrativo celebrado após regular licitação. Como será visto no tópico seguinte, já existem no Direito brasileiro, e no

⁴² PRESTES, *Corrupção urbanística...*, cit., p. 166-168.

português de forma ainda mais específica, institutos mais simples e ainda prévios ao efetivo procedimento concorrencial voltados para a transparência e publicidade no âmbito das contratações públicas.

Antes disso, no entanto, é preciso reforçar as razões por que se faz necessária uma maior transparência nesses atos administrativos que deferem o uso privativo do espaço público urbano. De antemão, pode-se afirmar que se trata de uma medida de publicidade para compensar um *déficit* de legalidade, aqui entendido como a falta ou imprecisão de leis sobre o tema, fato reconhecido pela doutrina⁴³. Em estudo geral sobre as várias formas de concessão, Floriano de Azevedo Marques Neto estima que as concessões urbanísticas sejam

[...] talvez a mais controversa das modalidades concessórias, seja pelo déficit normativo (ausência de uma lei geral regramdo a modalidade), seja pela amplitude de seus objetivos, seja ainda pelo fato de que seu objeto não é enquadrável singelamente nas classes de delegação de serviço, obra ou uso do bem.⁴⁴

A falta de leis claras – ou de qualquer lei – sobre a questão do uso privativo de bens públicos por particulares é apenas um exemplo das fragilidades institucionais que marcam as questões urbanas. Numa concepção sistêmica do ordenamento jurídico, pode-se dizer que as regras, amplamente consideradas, é que dão forma e autonomia ao sistema jurídico. Quando não existe essa autonomia, o que existem são formas pré-modernas de organização, época em que o Direito se subordinava diretamente à política, ideia incompatível com a concepção de Estado Democrático de Direito.

Em organizações estatais modernas, os sistemas político e jurídico mantêm cada qual sua autonomia e seus códigos próprios. Sob essa forma moderna de relacionamento entre direito e política, o sistema político (poder/não poder), ao mesmo tempo em que estrutura o sistema jurídico (lícito/ilícito), também por ele se condiciona, numa comunicação recíproca que se opera através da Constituição⁴⁵. Somente se “pode” fazer aquilo – e

⁴³ DI PIETRO, *Uso privativo ...*, cit., p. 118.

⁴⁴ *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 313.

⁴⁵ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 79-106.

dentro dos limites – que o sistema jurídico considera “lícito” e somente é lícito aquilo que o sistema político assim o define, estando aí a raiz do princípio da legalidade em que se baseia o Estado de Direito.

Nas questões urbanísticas, as dificuldades podem, de fato, estar associadas a essa confusão sistêmica em que situações de poder determinam o que é lícito sem o intermédio de uma lei formal. Os riscos de corrupção urbanística têm sua origem justamente na ainda frágil distinção entre o sistema político e o sistema jurídico para resolver questões locais. Dentre outros prejuízos, essa indiferenciação sistêmica seria a razão, por exemplo, para que “maiorias de ocasião” obstassem um planejamento de longo prazo⁴⁶.

Num ambiente em que a legalidade é débil, os demais princípios que regem a atividade administrativa, como a publicidade e a impessoalidade, precisam ser acionados com maior frequência para que se preserve a autonomia do sistema jurídico em relação ao sistema político. Decisões administrativas baseadas em regras inexistentes ou imprecisas possuem frágil amparo no princípio da legalidade. Quando, além disso, não incorporam sequer o efeito desinfetante da transparência e da publicidade, estarão inevitavelmente mais sujeitas à denominada corrupção urbanística.

Diante da possível inadequação de um procedimento complexo como a licitação, propõe-se aqui a utilização de mecanismos alternativos igualmente transparentes e isonômicos como forma de se aproveitar os benefícios de um serviço de mobilidade urbana inovador e muitas vezes único, ao menos até um momento futuro em que outros mais eficientes ou concorrentes resolvam explorar o mesmo serviço, criando as condições para a seleção de uma proposta mais vantajosa. Os procedimentos ora propostos poderão resolver três problemas decorrentes da natural assimetria de informação do poder público: primeiro, o desconhecimento sobre o mercado; segundo, uma avaliação sobre as condições de competitividade e, terceiro, avaliar os novos modais de transporte disponíveis e que possivelmente se integrarão ao sistema local de mobilidade urbana.

A partir desses procedimentos, diferentes soluções poderão ser adotadas, como a simples emissão de ato administrativo que, a despeito de precário, consiga eliminar a rivalidade natural decorrente do uso comum e deferir poderes de exclusão, contribuindo para uma melhor ordenação do espaço

⁴⁶ PRESTES, *Corrupção urbanística...*, cit., p. 158-9.

urbano. Tal medida servirá, ainda, de incentivo ao desenvolvimento do serviço sem a necessidade de entrega de um direito estável ao particular que não participou de procedimento competitivo.

Um segundo benefício que poderá resultar de tais procedimentos é a capacidade de atender a todos os interessados, o que permitirá a utilização de instrumentos mais estáveis, como a permissão de uso sem licitação, dada a inexistência de maturidade do mercado para se estabelecer uma competição entre os agentes. Por fim, num momento futuro, de maior amadurecimento, a Administração poderá aproveitar a experiência dessa fase inicial de funcionamento em condições de uso precária para estruturar uma verdadeira licitação de serviço que se harmonize aos demais previstos no plano de mobilidade urbana.

Por fim, cumpre registrar que, num contexto em que o uso exclusivo estará baseado em ato precário, caberá ao agente privado precificar o risco dessa instabilidade, considerada a impossibilidade de o poder público deferir-lhe um direito estável sem a certeza da existência atual ou iminente de concorrentes. No próximo tópico, serão abordados alguns procedimentos que podem servir de base para as medidas de transparência e publicidade a serem adotadas pela Administração Pública nos casos objeto deste trabalho.

4. Alguns procedimentos concorrenciais prévios à contratação pública no Brasil e em Portugal

A vigente lei geral de licitação brasileira (Lei nº 8.666, de 1993)⁴⁷ não estabelece procedimentos concorrenciais prévios à licitação. No art. 114, até contempla uma fase de pré-qualificação como forma de avaliação antecipada da qualificação técnica das empresas, mas para realização de objeto já definido, finalidade que destoa do objeto do presente trabalho. A preparação de uma etapa competitiva, com os respectivos estudos consolidados num projeto básico ou documento equivalente, está discriminada nos artigos 7º a 17, variando conforme o objeto seja uma compra, um serviço, uma alienação, uma obra ou reforma etc.

⁴⁷ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm >. Acesso em: 07 mar.2019.

Dentro do sistema brasileiro de contratações públicas, foram criados subsistemas com relativa autonomia em face Lei nº 8.666, de 1993⁴⁸. Além disso, existe uma extensa regulamentação infraconstitucional com normas especificamente voltadas para a fase interna de procedimentos concorrenciais em contratações específicas, como serviços terceirizados, soluções de tecnologia da informação, dentre outros, não cabendo aqui uma análise mais detida de cada uma dessas normas.

No contexto legal supracitado, fica claro que a regulação da fase interna de uma licitação no Brasil varia conforme seu objeto, inexistindo regra específica quando se trata de uso exclusivo de espaço público. Conforme já exposto, a doutrina, com base em princípios constitucionais, sustenta a necessidade de licitação quando verificadas condições de competitividade, o que desafia procedimentos preliminares até mesmo para saber se estão presentes as tais condições para licitar. Em razão dessa necessidade de um ambiente propício à competição, a legislação existente para as contratações em geral dificilmente poderá ser utilizada no caso ora em estudo, ainda que por analogia, uma vez que inexistem informações sobre as condições de competitividade quando se trata de serviços inovadores de mobilidade.

Nesse cenário, é fundamental que exista um procedimento prévio à estruturação de uma licitação, até mesmo para saber se ela é viável. Tal procedimento, que não será uma licitação, deve, por um lado, ser eficiente a ponto de não se perder tempo demasiado que anule o benefício que o novo serviço traria para o ambiente urbano; e por outro, garantir etapas fundamentais especialmente dedicadas ao conhecimento da nova tecnologia e seus prestadores. Apesar de criar mais uma “unidade de procedimento”⁴⁹, esse custo adicional se justifica em razão dos benefícios experimentados, como a eventual percepção do ineditismo da solução e da conseguinte inviabilidade de competição, situação em que a Administração poderá

⁴⁸ MOREIRA, Egon Bockman; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação pública: a Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 33-44.

⁴⁹ PASCUAL, Gabriel Doménech. Hacia la Simplificación de los Procedimientos Administrativos. In: MACHO, Luis Míguez, CERREDA, Marcos Almeida; IGLESIAS, Diana Santiago (Coord.). *Actas del IX Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo: Santiago de Compostela, 7 y 8 de febrero de 2014*, 2014, p. 18.

utilizar-se de instrumentos jurídicos menos complexos e mais expeditos sem perda de transparência nem violação à isonomia.

Além da abreviação de fases, existem outros benefícios verificados em experiências semelhantes. No caso dos contratos tradicionais de concessão (metrô, serviço de iluminação pública etc.), há registros de que a utilização do procedimento prévio de manifestação de interesse reforçou a concorrência entre agentes privados, trazendo a competição para o momento anterior à efetiva disputa pelo objeto da concessão, o que proporcionou ganhos informacionais para a Administração Pública e aprimoramento dos futuros contratos⁵⁰.

No contexto das contratações públicas europeias, as Diretivas que orientam a legislação dos Estados-membro permitem que estes definam autonomamente quais bens e serviços irão ser contratados no mercado – sujeitos, pois, a ampla concorrência – e aqueles que serão providos internamente pelo Estado e suas empresas, contratações denominadas *in house*. Como não existem critérios objetivos para balizar essa decisão estatal, o ideal seria que tal opção ocorresse de forma transparente e objetiva⁵¹, em mais um exemplo do recurso à publicidade como compensação pela ausência de critérios legais para a prática do ato. O entendimento amoldar-se à perfeição ao caso do presente estudo, em que autorizações de uso serão concedidas ou negadas sem qualquer critério ou procedimento legal específico para tanto.

Os exemplos citados acima em regra estão relacionados a complexas exigências e à oferta de serviços há muito tempo conhecidos pela Administração Pública, como coleta de lixo e iluminação pública. O mesmo não ocorre quando se trata de novos serviços de mobilidade urbana oferecidos em plataforma sob a forma de economia do compartilhamento (*sharing economy*). Nesses casos, para conhecer o serviço e avaliar seus potenciais benefícios, a cidade terá que oferecer-se como laboratório de testes, o que demanda a emissão de autorizações, permissões e concessões de uso. Esses atos (ou

⁵⁰ LIMA, Mário Márcio Saadi. *O procedimento de manifestação de interesse à luz do ordenamento jurídico brasileiro*. VALIM. Rafael; DAL POZZO. Augusto Neves (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 147-159.

⁵¹ JANSSEN, Willem A. *Regulating the Pre-procurement Phase: Context and Perspectives*. In: *Public Administration, Governance and Globalization: Innovation and Knowledge Sharing*. Vol. 14. THAI, Khi V. (editor). Suíça: Springer, 2015, p. 221-235.

contratos) administrativos serão ferramentas no processo informacional necessário a uma futura licitação mais sofisticada para exploração dos novos serviços na cidade.

Para essas contratações que não possuem a complexidade de uma concessão, mas, por outro lado, referem-se a objetos pouco conhecidos pelo Poder Público, revelam-se úteis dois procedimentos previstos no Código dos Contratos Públicos (CCP) de Portugal, alterado em 2017⁵² para incorporar as Diretivas europeias de contratação pública. Trata-se da consulta prévia do art. 27º-A, a ser utilizada nos casos de contratação direta sem realização de procedimento competitivo, e da consulta preliminar ao mercado do art. 35º, ambos adotados como “medida de transparência e boa gestão pública”⁵³.

A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)⁵⁴ apresenta uma lista de pontos a serem considerados na elaboração do processo de contratação pública como forma de combater o conluio entre concorrentes. Na “lista de questões a considerar”, a obtenção de informações para estruturar o certame é uma delas, o que indica a relevância dessa fase pré-competitiva na prevenção de desvios e garantia da concorrência.

No Brasil, o órgão de controle de contas em nível de federal – Tribunal de Contas da União (TCU) – distingue os procedimentos de pesquisa de preços, de um lado, da pesquisa de mercado, de outro, esta última necessária ao conhecimento das condições econômicas em que se desenvolve o bem ou serviço a ser contratado⁵⁵. Na legislação de relações com organizações da sociedade civil (Lei nº 13.019, de 2014), o Estado se abre a propostas de entidades não estatais, mas estabelece um procedimento de chamamento público mesmo nos chamados “termos de fomento”, quando a parceria é proposta pela organização da sociedade civil (art. 2º, VII, VIII e XII)⁵⁶.

⁵² PORTUGAL. *Código dos Contratos Públicos*. 10 ed. Coimbra: Almedina, 2018.

⁵³ *Ibidem*, p. 30.

⁵⁴ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Diretrizes* ..., cit.

⁵⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010, p. 87.

⁵⁶ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13019.htm >. Acesso em: 07 mar.2019.

Pode-se afirmar, então, que existe uma tendência na adoção de procedimentos públicos e transparentes mesmo na fase pré-concorrencial, o que não se configura necessariamente uma etapa competitiva, voltada para a busca de uma melhor proposta no que se poderia dizer ser uma licitação, mas num processo de outros objetivos, dentre eles a busca de informações sobre o funcionamento do mercado por meio da concessão de iguais oportunidades entre os potenciais interessados.

Importa notar que a complexidade desses procedimentos pré-competitivos varia conforme o objeto a ser contratado, logo não parece adequado utilizar um procedimento complexo como a manifestação de interesse prévia a um contrato de concessão de serviço público quando a simples pesquisa de mercado recomendada pelo TCU revela-se suficiente para estruturar uma contratação mais simples, porém de objeto até então desconhecido da Administração. Da mesma forma, o chamamento público de que trata a mencionada Lei nº 13.019, de 2014, não se confunde com uma licitação propriamente dita, sob quaisquer das modalidades previstas no Direito brasileiro.

Quando se trata de serviços inovadores de mobilidade urbana prestados por meio de plataformas que, não obstante o intenso fluxo de transações no meio virtual (“espaço de fluxos”), demandam o uso privativo do espaço público urbano, é preciso adotar mecanismos que garantam transparência e isonomia mesmo que à primeira vista tal tipo de serviço seja único. À falta de previsão legal e da inadequação de procedimentos complexos e demorados, a adoção de mecanismo informacional semelhante à consulta preliminar ao mercado de que trata o art. 35º do Código dos Contratos Públicos (CCP) de Portugal revela-se a medida mais adequada.

Conforme as soluções inovadoras de mobilidade urbana via plataforma forem sendo conhecidas e o mercado se apresentar maduro o suficiente para uma concorrência e contratação mais sofisticada, então restará justificada a adoção de procedimentos mais complexos e onerosos, os quais darão suporte a instrumentos jurídicos mais estáveis, como uma concessão de uso por período de tempo mais alongado. Para não tornar a inovação tecnológica em mobilidade uma solução natimorta ou sem condições para se desenvolver, deve-se aviar a celebração de instrumentos jurídicos mais simples, como a autorização ou a permissão de uso, superando-se o pensamento tradicional de logo se estruturar um complexo processo de licitação, o que poderá ser

inviável ou, no mínimo, prematuro num contexto de inovações tecnológicas e constantes transformações das soluções técnicas adotadas.

Considerações finais

Ao final deste trabalho, fica demonstrada a necessidade de evolução do entendimento jurídico sobre o uso privativo de espaço público por particular quando se trata dos novos serviços mobilidade urbana operados por meio de plataformas virtuais no âmbito da denominada economia do compartilhamento (*sharing economy*).

A partir do momento em que agentes privados oferecem serviços inovadores até então desconhecidos, mas que demandam o uso privativo de bens públicos de uso comum, como ruas e calçadas, é necessário aprimorar o entendimento usual de que a Administração Pública deve imediatamente fazer uma licitação se constatadas condições de competitividade. Em regra, sequer haverá conhecimento suficiente sobre os serviços, menos ainda se conhecendo as condições de competitividade do novo mercado. Nessas circunstâncias, o foco precisa ser deslocado para a fase que antecede inclusive a preparação da licitação.

O principal problema, como restou demonstrado, é que a falta de regras sobre o tema no Direito brasileiro implica perda da autonomia do sistema jurídico em face do sistema político, remanescendo ambos indiferenciados no nível local. Esse cenário, aliado à emergência de novos serviços de mobilidade ávidos pelo acesso exclusivo a espaços urbanos, acaba dando margem para a prática de atos corruptivos no que se denomina corrupção urbanística.

A solução proposta é o incremento de transparência e publicidade não só como compensação à falta de regras (*déficit* de legalidade), mas também para garantir a impessoalidade, a isonomia e a livre concorrência entre os serviços inovadores que precisam do acesso privativo ao espaço público como condição para o desenvolvimento de soluções de mobilidade urbana.

O procedimento a ser utilizado deverá variar conforme o nível de estabilidade jurídica que será oferecido ao particular. Naturalmente, uma concessão de uso demandaria a preparação de uma licitação e a superveniência de uma relação jurídica mais complexa formalizada em contrato. Por outro lado, instrumentos mais céleres e, em contrapartida, mais precários,

poderão – e, a depender do caso, deverão – ser utilizados como regra, dada a velocidade das mudanças tecnológicas e o prejuízo causado pela falta ou demora numa condição essencial de operação: o uso privativo do espaço público.

Como forma de prevenir conluio e acesso privilegiado a bens públicos pelos emergentes serviços de mobilidade urbana, a proposta apresentada foi adoção de um procedimento prévio semelhante à consulta preliminar ao mercado de que trata o art. 35º do Código dos Contratos Públicos (CCP) de Portugal. Com os ganhos informacionais que tal medida permite, ela servirá também para que o Poder Público verifique a existência ou não das condições de competitividade necessárias para a realização de uma licitação. Inexistentes tais condições, atos de autorização ou permissão de uso, mais simples e expeditos, poderão ser utilizados e serão fundamentais para o desenvolvimento dos novos serviços de mobilidade urbana.

Referências

- ALVES, Castro. O povo ao poder. *Obra poética completa*. Versão Amazon Kindle.
- ARAÚJO, Fernando. *A tragédia dos baldios e dos anti-baldios: o problema econômico do nível ótimo de apropriação*. Coimbra: Almedina, 2008.
- BERG, Nate. New Yorkers to get free Wi-Fi via old phone booths in Google-founded project. *CNS NEWS*. 29 jun.2015. Disponível em: < <https://www.theguardian.com/cities/2015/jun/29/new-york-free-wi-fi-phone-booths-google-sidewalk-labs>>. Acesso em: 14 mar.2019.
- BOWLES, Nellie; STREITFELD, David. Electric Scooters Are Causing Havoc. This Man Is Shrugging It Off. *The New York Times*. 20 abr.2018. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2018/04/20/technology/electric-scooters-are-causing-havoc-this-man-is-shrugging-it-off.html>>. Acesso em: 26 fev.2019.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Pesquisa simplificada*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/busca-portal/proposicoes/pesquisa-simplificada>>. Acesso em: 06 dez.2018.
- _____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 07 mar.2019.

- ____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Decreto nº 3.725, de 10 de janeiro de 2001*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3725.htm>. Acesso em: 07 mar.2019.
- ____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Emenda Constitucional nº 90, de 15 de setembro de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc90.htm>. Acesso em: 07 mar.2019.
- ____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 07 mar.2019.
- ____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 9.636, de 15 de maio de 1998*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9636.htm>. Acesso em: 07 mar.2019.
- ____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 07 mar.2019.
- ____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13019.htm>. Acesso em: 07 mar.2019.
- ____. Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.
- CARVALHO, Joana. Campos. From bilateral to triangular: concluding contracts in the collaborative economy. In: *The sharing economy: legal problems of a permutations and combinations society*. REDINHA, Maria Regina; GUIMARÃES; Maria Raquel; FERNANTES; Francisco Liberal (editores). Newcastle: Cambridge Scholars Publishing, 2019.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- CASTELLS, Manuel; FERNANDES-ARDÈVOL, Mireia; QIU, Jack Linchuan; e SEY, Ara. *Comunicação móvel e sociedade: uma perspectiva global*. Trad. Rita Cheta. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.
- CHAVES, Dagoberto L. M. M. O direito das plataformas: as relações entre múltiplos agentes. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

- DEMARY, Vera. Competition in the Sharing Economy. *Cologne Institute for Economic Research. IW policy paper 19/2015*. Jul. 2015. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/290096428_Competition_in_the_Sharing_Economy>. Acesso em: 16 mar.2019.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Uso privativo de bem público por particular*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Trade Commission. *The “Sharing” Economy: Issues Facing Platforms, Participants & Regulators*. Nov. 2016. Disponível em: <https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/sharing-economy-issues-facing-platforms-participants-regulators-federal-trade-commission-staff/p151200_ftc_staff_report_on_the_sharing_economy.pdf>. Acesso em: 18 fev.2019.
- GANS, Joshua; KING, Stephen; STONECASH, Robin; MANKIW, N. Gregory. *Principles of economics*. 5ed. Sydney: Cengage Learning, 2012.
- GOHN, Maria da Glória. *Manifestações e protestos no Brasil: correntes e contracorrentes na atualidade*. São Paulo: Cortez, 2017.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- HARDIN, Garrett. The Tragedy of the Commons. *Science*. New Series, Vol. 162, Issue nº 3859, 13 dez.1968, p. 1243-1248.
- JANSSEN, Willem A. *Regulating the Pre-procurement Phase: Context and Perspectives*. In: Public Administration, Governance and Globalization: Innovation and Knowledge Sharing. Vol. 14. THAI, Khi V. (editor). Suíça: Springer, 2015.
- LIMA, Mário Márcio Saadi. *O procedimento de manifestação de interesse à luz do ordenamento jurídico brasileiro*. VALIM. Rafael; DAL POZZO. Augusto Neves (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- MARINO, Francisco Paulo Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2008.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- _____. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- MARRARA, Thiago. *Bens públicos: domínio urbano: infra-estruturas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- MEDEIROS, Marcos Fernando M.; SOUSA NETO, Manoel Veras. Computação em nuvem e governança da Internet no governo brasileiro: um estudo de caso com gestores de TI. *Universitas Gestão e TI*, Brasília, v. 7, n. 1-2, p. 137-148, jan./dez. 2017.

- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- MOREIRA, Egon Bockman; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação pública: a Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC*. São Paulo: Malheiros, 2012
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, Edição Digital
- NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Diretrizes para Combater o Conluio entre Concorrentes em Contratações Públicas*. Disponível em: <<http://www.comprasnet.gov.br/banner/seguo/diretrizes-ocde.pdf>>; também em <<http://www.oecd.org/competition/cartels/44162082.pdf>>. Acesso em: 11 ago.2015.
- PASCUAL, Gabriel Doménech. Hacia la Simplificación de los Procedimientos Administrativos. In: MACHO, Luis Míguez, CERREDA, Marcos Almeida; IGLESIAS, Diana Santiago (Coord.). *Actas del IX Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo: Santiago de Compostela, 7 y 8 de febrero de 2014*, 2014.
- _____. La regulación de la economía colaborativa (El caso ‘Uber contra el taxi’). *Revista Ceflegal – CEF*, n. 175-176, p. 61-104, ago./set. 2015, p. 86-88. Disponível em <https://www.academia.edu/15360185/La_regulacion_de_la_economia_colaborativa._El_caso_Uber_contra_el_taxi>. Acesso em: 06 abr. 2016.
- PEDROSO NETO, Marcos. Os novos valores do direito nas organizações: isomorfismo pelas novas tecnologias e análise econômica do direito. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). *Tecnologia jurídica & direito digital: II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia – 2018*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- PORTUGAL. *Código dos Contratos Públicos*. 10 ed. Coimbra: Almedina, 2018.
- PRESTES, Vanêsa Buzelato. *Corrupção urbanística: da ausência de diferenciação entre direito e política no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad.: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.
- SALDANHA, Nelson. *O jardim e a praça: ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica*. Porto Alegre: Fabris, 1986.

SCHWAB, Klaus. *The fourth industrial revolution*. Genebra: World Economic Forum, 2016.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Centralização de compras governamentais: considerações sobre a experiência europeia e brasileira

Centralizing public procurement: considerations about the european and brazilian experience

CARLA MARIA DE MEDEIROS PIRÁ¹

MARIANA BEZERRA NÓBREGA SERQUIZ DE AZEVEDO²

Resumo: O presente artigo visa a analisar a experiência da centralização das compras governamentais nos ordenamentos jurídicos europeu e brasileiro. A pesquisa tem como foco principal o estudo do arcabouço jurídico-normativo que define regras para a utilização de técnicas e instrumentos com fins de realizar procedimentos para contratações públicas de forma centralizada. Nesse escopo, será revista a Diretriz UE 2014/24 e sua transposição para a legislação portuguesa, bem como descritas duas experiências brasileiras em compras coletivas: a central de compras implantada no âmbito do extinto Ministério do Planejamento, hoje Ministério da Economia, e a iniciativa de compras colaborativas realizada pela Advocacia-Geral da União.

Palavras-chave: *Compras governamentais. Centralização. Diretriz UE 2014/24. Compras coletivas e colaborativas no Brasil.*

Abstract: This article aims to analyze the experience of centralizing government procurement in the European and Brazilian legal systems. The research has as main focus the study of the juridical-normative framework that defines

¹ Procuradora da Fazenda Nacional em atuação na Divisão de Consultoria e Assessoramento em Direito Administrativo da Procuradoria-Regional da Fazenda Nacional na 3ª Região.

² Procuradora da Fazenda Nacional em atuação na Divisão de Consultoria e Assessoramento em Direito Administrativo da Procuradoria-Regional da Fazenda Nacional na 3ª Região.

Data de submissão: 30 de setembro de 2019.

rules for the use of techniques and instruments to carry out public procurement procedures in a centralized way. The EU Directive 2014/24 and its transposition into Portuguese legislation will be reviewed, as well as described two Brazilian's experiences: the purchasing center established under the extinct Ministry of Planning, now the Ministry of Economy, and the collaborative purchasing initiative carried out by the Federal Attorney General.

Keywords: *Public Procurement. Centralizing. EU Directive 2014/24. Collective and collaborative purchases in Brazil.*

Introdução

Um tema que tem recebido destaque no âmbito do Direito Administrativo, bem como na área da gestão pública, é o papel do Estado como entidade adjudicante. Nesse ponto, merece especial atenção observar de que maneira a União Europeia vem fomentando a gestão administrativa no sentido de aprimorar procedimentos e instrumentos capazes de lidar com o desafio de gastar menos e melhor.

Nesse âmbito, surgiu a necessidade de estudar o notório poder de compra do Estado através da observação da gestão de procedimentos que dão conta da realização das compras públicas.

Em uma primeira aproximação, inferiu-se que na Europa, há algum tempo, existe a tendência de promover compras governamentais de forma centralizada, admitindo-se que esta é uma forma de privilegiar a economia de escala e a profissionalização/especialização desta atividade. Esta prática também vem sendo utilizada no Brasil, notadamente no âmbito da Administração Federal.

Assim, a pesquisa foi idealizada tendo como foco principal o tema da centralização das compras governamentais, buscando-se observar em que medida este instrumento vem sendo implementado na Europa, bem como descrever as iniciativas brasileiras e trazer sugestões para melhoria da performance nacional.

O objetivo geral que se propõe é observar a centralização de compras como um instrumento de gestão, concretizando os princípios da eficiência e da economicidade dos gastos públicos.

A hipótese levantada é que há mais benefícios do que riscos na centralização das compras públicas.

A elaboração do presente trabalho foi calcada na pesquisa em leis e normas que constroem o arcabouço jurídico-legal para a realização de atividades de compras e contratações de forma centralizada e criação de centrais de compras pelos governos.

O método que se utiliza neste estudo pode ser classificado com estruturalista, no qual o modelo para análise da realidade é construído a partir da própria realidade³.

Destarte, a técnica para o desenvolvimento do trabalho foi preponderantemente a de pesquisa bibliográfica, feita, em regra, nos sítios governamentais. Também foi utilizado o material disponibilizado pela coordenação do II Curso de Combate à Corrupção na Contratação Pública⁴, bem como artigos escritos sobre o tema, em especial sobre a diretiva legislativa geral relativa aos contratos públicos, aplicável a todos os Estados-Membros da União Europeia (UE) – Diretiva 2014/24⁵.

No caso brasileiro, observou-se os procedimentos administrativos adotados em dois órgãos do Governo Federal, quais sejam, o Ministério da Economia⁶ e a Advocacia-Geral da União, que buscam promover processos de licitação centralizados.

Na primeira seção do presente artigo, a experiência europeia será revista na perspectiva da diretiva emanada pelo Parlamento Europeu, Diretiva 2014/24, de 26 de fevereiro de 2014, que dispõe sobre a contratação pública e seu papel fundamental como um dos instrumentos a utilizar para

³ SILVA, Matheus Passos. Metodologia: oficina de redação de artigos científicos. In: II Curso de Combate à Corrupção na Contratação Pública. 18 a 26 de outubro de 2018. Lisboa: Universidade Nova de Lisboa, p. 28.

⁴ II Curso de Combate à Corrupção na Contratação Pública, realizado de 18 a 26 de outubro de 2018, na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, Portugal.

⁵ https://europa.eu/european-union/law/find-legislation_pt

⁶ Vale ressaltar que o Ministério da Economia foi criado pela Lei nº 13.844, de 18 de junho de 2019, decorrente da transformação do Ministério da Fazenda, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, do Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços e do Ministério do Trabalho. Antes da referida Lei, a Central de Compras governamentais existente no âmbito da Administração Pública Federal, que será tratada no decorrer deste trabalho, estava vinculada ao então denominado Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

alcançar um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo, assegurando simultaneamente a utilização mais eficiente dos fundos públicos⁷.

No caso, a Diretiva 2014/24 traz, em suas considerações iniciais, as bases para a implementação de um sistema centralizado de compras⁸.

A análise das proposições europeias será feita com o auxílio da pesquisa feita por Ignacio Herrera Anchustegui⁹, em que o autor discute o modelo de centrais de compras, denominadas “CPBs, *Central Purchasing Bodies*”, como agentes que agem em nome das entidades adjudicantes com vistas

⁷ Estratégia Europa 2020, estabelecida na Comunicação da Comissão da UE, de 3 de março de 2010, intitulada «Europa 2020, uma estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo».

⁸ Extrai-se da Diretiva 2014/24: “(69) As técnicas de aquisição centralizada são cada vez mais utilizadas na maioria dos Estados-Membros. As centrais de compras são encarregadas das aquisições, da gestão dos sistemas de aquisição dinâmicos ou da adjudicação de contratos/ celebração de acordos-quadro por conta de outras autoridades adjudicantes, a título oneroso ou não. As autoridades adjudicantes para as quais é celebrado um acordo-quadro deverão poder utilizá-lo para aquisições individuais ou repetitivas. Dado o grande volume de compras, estas técnicas poderão contribuir para aumentar a concorrência e contribuir para profissionalizar as aquisições públicas. Deverá por conseguinte ser prevista uma definição da União de «central de compras» especificamente para as autoridades adjudicantes, e deverá ser especificado que as centrais de compras funcionam de duas maneiras distintas.

Em primeiro lugar, as centrais de compras deverão ser capazes de funcionar como grossistas para a compra, armazenagem e revenda ou, em segundo lugar, como intermediários para a adjudicação de contratos, a gestão de sistemas de aquisição dinâmicos ou a celebração de acordos-quadro a serem utilizados pelas autoridades adjudicantes. Este papel de intermediário poderá, em certos casos, ser desempenhado através da realização autónoma dos procedimentos de adjudicação relevantes, sem instruções detalhadas das autoridades adjudicantes em causa, e, noutros casos, efetuando os procedimentos de adjudicação relevantes de acordo com as instruções das autoridades adjudicantes em causa, em seu nome e por sua conta”.

Além disso, deverão ser estabelecidas regras relativas à repartição da responsabilidade pela observância das obrigações previstas na presente diretiva entre, por um lado, a central de compras e, por outro, as autoridades adjudicantes que efetuam aquisições a partir ou através dessa central. Se a condução dos procedimentos de contratação for da exclusiva responsabilidade da central de compras, esta também deverá ser exclusiva e diretamente responsável pela legalidade dos procedimentos. Se uma autoridade adjudicante tomar a seu cargo algumas partes do procedimento, por exemplo a reabertura do concurso ao abrigo de um acordo-quadro ou a adjudicação de contratos específicos com base num sistema de aquisição dinâmico, deverá essa autoridade continuar a ser responsável pelas etapas que orienta.

⁹ ANCHUSTEGHI, Ignacio Herrera. *Centralizing public procurement and competitiveness in Directive 2014/24*. Faculty of Law, University of Bergen, Noruega, p.1-25, 2015.

a proceder compras em massa de insumos necessários à prestação de serviços públicos.

Na seção 2, descreve-se a experiência do governo brasileiro na realização de compras coletivas e colaborativas e, na seção 3, como resultado da pesquisa, pretende-se pontuar semelhanças e diferenças entre os modelos de centralização de compras adotados em Portugal e no Brasil e alinhar alguns benefícios e riscos gerados pela centralização.

Em síntese, no presente artigo pretende-se rever os modelos voltados à centralização das contratações públicas na Europa e descrever as ações brasileiras neste sentido, apontando os benefícios e as dificuldades encontradas na sua implementação.

1. Centrais de Compras Públicas na União Europeia

1.1. A Diretiva UE 2014/24 relativa aos contratos públicos

O melhor valor para o dinheiro e a redução das despesas públicas são algumas das principais políticas adotadas pela Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e pelo Conselho da União Europeia em relação às aquisições e aos contratos públicos.

Numa perspectiva histórica sobre contratações públicas, as centrais de compras foram introduzidas nas diretrizes europeias pela Diretiva 2004/18¹⁰, que estabeleceu poucas regras sobre a agregação de demandas.

¹⁰ Artigo 1º

[...]

10. «Central de compras» é uma entidade adjudicante que:

- adquire fornecimentos e/ou serviços destinados a entidades adjudicantes ou
- procede à adjudicação de contratos públicos ou celebra acordos-quadro de obras, de fornecimento ou de serviços destinados a entidades adjudicantes.

[...]

Artigo 11º

Contratos públicos e acordos-quadro celebrados por centrais de compras

1. Os Estados-Membros podem prever a possibilidade de as entidades adjudicantes contratarem empreitadas de obras, fornecimentos e/ou serviços recorrendo a uma central de compras.

Contudo, a centralização de compras públicas não é um procedimento recente nos países da Europa. Segundo estudos da OCDE, nos idos de 1941, tem-se registro do estabelecimento de uma central de compras na Finlândia e, em 1949, há notícias desta prática também na França¹¹.

Pesquisa feita em 2015, na Universidade de Bergen, Noruega, indicou que após o advento da Diretiva 2004/18, em 2012, a maioria dos países da UE (exceto Estônia, Alemanha e Luxemburgo) já haviam incorporado tais diretrizes às suas legislações nacionais permitindo a criação de centrais de compras¹².

Infere-se, pois, que a contratação pública no âmbito da União Europeia vem apresentando forte tendência para a agregação da demanda a fim de obter economia de escala, incluindo redução de preços e custos de transações, bem como a profissionalização da gestão de compras e contratações e a otimização da elaboração dos instrumentos e formas de contratação pública.

Neste sentido, a legislação vem possibilitar o cumprimento destes objetivos, concentrando as aquisições em função do número de autoridades adjudicantes envolvidas, ou, do volume e valor dos contratos ao longo do tempo.

De outro giro, a agregação e a centralização das aquisições também mereceram o olhar atento do legislador ultramarino, no sentido de promover o acompanhamento das compras públicas para evitar a concentração excessiva do poder de compra nas mãos do Estado, o que, hipoteticamente, poderia proporcionar situações de conluio entre fornecedores e mesmo abalar a concorrência. Neste caso, o Estado atuaria no regime de monopsonio, ou seja, único comprador¹³.

2. Considera-se que as entidades adjudicantes que contratam empreitadas de obras, fornecimentos e/ou serviços recorrendo a uma central de compras nos casos referidos no n.º 10 do artigo 1.º cumpriram o disposto na presente directiva sempre que a referida central de compras o tenha cumprido.

¹¹ OECD (2011) 36, in Anchusteghi, *Centralizing public procurement...*, cit., p. 3.

¹² European Commission (2012) 25, in Anchusteghi, *Centralizing public procurement...*, cit., p. 3.

¹³ Em economia, monopsonio ou monopsonio é uma forma de mercado com apenas um comprador, chamado de monopsonista. É um tipo de competição imperfeita, inverso ao caso do monopólio, onde existe apenas um vendedor e vários compradores. O termo foi introduzido por Joan Robinson. Fonte: Wikipédia, acesso em 02 jan. 2018.

A contratação pública foi considerada como tendo papel fundamental na estratégia da União Europeia estabelecida na Comunicação da Comissão, de 3 de março de 2010, intitulada “Europa 2020”.

Destarte, as normas europeias de 2004 foram revistas em 2014 para a sua modernização, a fim de aumentar a eficiência da despesa pública, em particular facilitando a participação das pequenas e médias empresas, denominadas daqui por diante PME, na contratação pública, e de permitir que os adquirentes utilizem melhor os contratos públicos para apoiar objetivos sociais comuns.

Na prática, os dados disponíveis apontaram para o crescimento do número de contratos públicos adjudicados por meio de centrais de compras em alguns Estados-Membros da UE, passando de 3% em 2006, para mais de 10% em 2012¹⁴.

Assim, com base na observação do caso europeu, no que concerne à gestão das aquisições e contratações públicas, infere-se que há uma forte tendência para a agregação da demanda por parte dos adquirentes públicos, com a finalidade de obter economias de escala, incluindo a redução dos preços e dos custos das transações, e também com vistas à profissionalização das Administrações na gestão dos contratos públicos.

Como já dito anteriormente, é possível cumprir este objetivo concentrando as aquisições em função do número de autoridades adjudicantes envolvidas ou do volume e valor dos contratos ao longo do tempo, sem olvidar da necessidade de fomentar oportunidades de acesso ao mercado para as PME.

Por outro lado, há que se enfatizar a preocupação europeia com o acompanhamento das ações de forma a evitar a concentração excessiva do poder de compra e situações de conluio, como também proporcionar transparência aos processos e preservar a ampla concorrência.

Pois bem, observadas as considerações iniciais das diretivas europeias, passa-se a analisar o arcabouço legislativo que permite às entidades adjudicantes utilizar a intermediação de terceiros com a finalidade de adjudicar contratos públicos em seu nome.

¹⁴ European Commission *Annual Public Procurement Implementation Review 2012* Brussels (2012) 25, in Anchusteghi, *Centralizing public procurement...*, cit., p. 3.

Estas, são as denominadas “centrais de compras”, que podem ser agentes públicos ou privados, podem ou não ter o objetivo de lucro, mas estão sob o âmbito de aplicação da lei de contratos públicos europeia.

Em síntese, esses organismos tem a finalidade de permitir que as entidades adjudicantes possam adquirir bens em condições mais favoráveis. Em outras palavras, atuam de forma especializada com a função de realizar os procedimentos para a contratação pública em nome de outras entidades adjudicantes, constituindo compradores profissionais voltados à prestação de serviços públicos.

A Diretiva 2014/24 define as linhas gerais para implementação destes organismos, estabelecendo dois modos de funcionamento¹⁵. No primeiro, serão capazes de atuar como atacadistas, na compra, armazenagem e revenda. E, de outra forma, atuarão como intermediários na adjudicação de contratos, gestão de sistemas de aquisição dinâmicos ou celebração de acordos-quadro, instrumentos que serão discutidos a seguir.

Ressalta-se, no entanto, que não há imposição para que os membros da UE adotem a forma agregada de compras, mas sim uma indicação desta prática, respeitando a discricionariedade dos Estados na organização de seus serviços públicos e prevenindo a centralização excessiva.

Nas considerações preliminares da Diretiva em vigor, consta, em linhas gerais, que a formalização de centrais de compras não pode nem deve impedir as práticas de contratação conjunta ocasionais, tampouco inibir a prática de recorrer a prestadores de serviço que preparam e gerem os procedimentos de compras em nome e por conta das autoridades adjudicantes.

Na UE, a contratação conjunta pode assumir formas diferentes, desde contratos coordenados, mediante a preparação de especificações técnicas comuns para as obras, fornecimentos ou serviços que serão adquiridos por várias autoridades adjudicantes, cada uma das quais levará a cabo um concurso separado, até situações em que as autoridades adjudicantes em causa organizam em conjunto o certame, quer atuando em conjunto, quer incumbindo uma autoridade adjudicante da gestão do procedimento de contratação em nome de todas as autoridades adjudicantes¹⁶.

¹⁵ Diretiva 2014/24 – Considerações (69).

¹⁶ Diretiva 2014/24 – Considerações (71).

Pois bem, para melhor elucidar as práticas europeias que visam à contratação agregada, analisa-se o Capítulo II da Diretiva 2014/24, que trata de técnicas e instrumentos para a contratação pública eletrônica e agregada.

Nos seus artigos 33^o a 39^o, são elencados sete procedimentos, a saber: a celebração de acordos-quadro (artigo 33^o); os sistemas de aquisição dinâmicos (artigo 34^o); os leilões eletrônicos (artigo 35^o); os catálogos eletrônicos (artigo 36^o); as atividades de compras centralizadas e centrais de compras (artigo 37^o); as iniciativas conjuntas de aquisições ocasionais (artigo 38^o) e os contratos que envolvem autoridades adjudicantes de vários Estados-Membros (artigo 39^o).

Apesar de o foco desta pesquisa recair nos procedimentos destinados à realização de compras centralizadas, far-se-á um breve resumo dos procedimentos indicados na diretriz europeia que vislumbram a contratação pública de forma agregada com o intuito de ampliar o conhecimento e informar o leitor não habituado à legislação europeia.

O primeiro instrumento apontado é o acordo-quadro.

Segundo o artigo 33^o, um acordo-quadro é um acordo entre uma ou mais autoridades adjudicantes e um ou mais operadores econômicos, que tem por objeto fixar os termos gerais de contratos que serão celebrados durante um determinado período, nomeadamente em matéria de preços e, se necessário, das quantidades previstas.

Na prática¹⁷, trata-se de um acordo celebrado entre uma ou várias entidades adjudicantes (entidades públicas) e uma ou mais entidades (fornecedores, prestadores de serviços e empreiteiros), com vista a disciplinar relações contratuais futuras, mediante a fixação antecipada dos respectivos termos, sendo que da celebração de contratos ao abrigo de acordos quadro não podem resultar alterações substanciais das condições consagradas nestes últimos.

Assim, os acordos-quadro visam a pré-qualificar fornecedores e estabelecer condições e requisitos que estes são obrigados a cumprir, em termos de preços, prazos, níveis de serviço e qualidade do serviço, entre outros aspectos.

Os sistemas de aquisição dinâmicos, por sua vez, são definidos no artigo 34^o, para a compra de bens ou serviços de uso corrente geralmente

¹⁷ <https://centralcompras.mediotejo.pt/index.php/entidades-aderentes/o-que-sao-acordos-quadro>. Acesso em 26 nov. 2018.

disponíveis no mercado e cujas características satisfaçam as exigências das autoridades adjudicantes, funcionando como um processo inteiramente eletrônico e aberto, durante o período de vigência, a qualquer operador econômico que satisfaça os critérios de seleção.

Outro procedimento elencado na norma é o leilão eletrônico, regulado no artigo 35º. Este procedimento poderá ser utilizado pelas entidades adjudicantes, com novos preços, mais baixos, e/ou novos valores relativamente a determinados elementos das propostas.

Para o efeito, as autoridades adjudicantes organizam o leilão eletrônico como um procedimento eletrônico repetitivo, desencadeado após uma primeira avaliação completa das propostas, que lhes permita classificar as mesmas com base em métodos automáticos de avaliação.

Certos contratos públicos de serviços e certos contratos de empreitada de obras públicas relativos às realizações intelectuais, que não podem ser classificados por métodos de avaliação automática/padronizadas, não podem ser objeto de leilões eletrônicos.

No artigo 36º, está a regulamentação dos catálogos eletrônicos, que, em verdade, configuram uma forma de apresentação de propostas exigida pela autoridade em atos convocatórios de concursos para celebração de acordos-quadro ou pelo sistema de aquisição dinâmico.

Por fim, o artigo 37º trata das atividades de compras centralizadas e das centrais de compras, que constituem o foco principal desta pesquisa.

A norma trouxe a possibilidade de os Estados-Membros adquirirem bens e/ou serviços de uma central de compras que oferece a atividade de compras centralizadas, bem como igualmente previu a possibilidade de utilização de contratos adjudicados por uma central de compras, recorrendo a sistemas de aquisição dinâmicos ou utilizando acordos-quadro celebrados por uma central de compras.

Para implementar esta forma de aquisição agregada, as autoridades adjudicantes poderão celebrar contrato público de serviços para a prestação de atividades de compras centralizadas com uma central de compras, ou mesmo para a prestação de serviços auxiliares à gestão das compras públicas.

Ainda sobre técnicas e instrumentos para contratação agregada, a Diretiva 2014/24 trata, nos seus artigos 38º e 39º, das iniciativas conjuntas de duas ou mais entidades adjudicantes para executar determinadas aquisições e sobre contratos que envolvem autoridades adjudicantes de vários Estados-Membros da UE. Destaca-se que a norma estabelece que

os Estados-Membros não podem proibir as suas autoridades adjudicantes de recorrer a atividades de compras centralizadas oferecidas por centrais de compras situadas noutro Estado-Membro.

Assim, sob o manto das diretrizes gerais, mediante transposição para as respectivas ordens jurídicas internas, os Estados-Membros da UE podem praticar as atividades de compras centralizadas e instituir centrais de compras de acordo com suas especificidades.

Mas, afinal, o que é uma central de compras no modelo europeu? Qual a natureza de sua relação com as entidades adjudicantes?

As respostas a estas perguntas são importantes para esclarecer em que medida a experiência europeia poderá contribuir para o aprimoramento do processo de centralização de compras governamentais que ora se desenvolve no Brasil, especificamente no âmbito do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e da Advocacia-Geral da União, assuntos que serão objeto de discussão na próxima seção e nas conclusões deste trabalho.

Para responder o questionamento, buscou-se apoio em estudos sobre a Diretiva 2014/24 realizado na Universidade de Bergen, conforme já mencionado na introdução deste trabalho¹⁸. Em síntese, as centrais de compras são consideradas “agentes” que atuam no nome da entidade compradora na adjudicação de contratos públicos, podem ter natureza pública ou privada e são instituídas sob as legislações nacionais da UE, em regra, sob a forma de empresas públicas.

Quanto aos recursos para o financiamento de suas atividades, no aludido estudo, são descritas quatro formas de obtê-los, a saber: (i) recursos inteiramente públicos advindos dos governos dos Estados-Membros; (ii) recursos obtidos pelo pagamento de taxas de administração pelas autoridades contratantes que se utilizam de seus serviços; (iii) pagamento de taxas pelos fornecedores que desejarem submeter suas propostas; e (iv) uma combinação das formas de financiamento anteriores.

Importante destacar o caráter institucional das centrais de compras, conforme previsto nas definições trazidas no artigo 2º da Diretiva 2014/24.

No modelo europeu, nota-se ainda que as centrais de compras podem atuar tão somente no apoio às entidades adjudicantes, por meio das denominadas “*Atividades de aquisição auxiliares*”.

¹⁸ Anchusteghi, *Centralizing public procurement...*, cit., p. 3.

Neste caso, a própria autoridade adjudicante promove o procedimento da contratação, buscando infraestrutura técnica para a gestão dos procedimentos que visam a contratação pública, bem como o aconselhamento para tomada de decisões, nas ditas centrais de compras.

Em linhas gerais, o que se pôde depreender da pesquisa foi que a constituição de centrais de compras visa a incorporar ao setor público técnicas já consagradas no setor privado que têm por objetivo fortalecer o poder de compra, gerar economia de escala, reduzir custos e aumentar a competição entre os fornecedores. Além disso, outro ponto em destaque é o fato de as centrais de compras promoverem a especialização de profissionais para atuar nas contratações públicas, fomentando a *expertise* em setores específicos que exigem conhecimentos e experiência.

1.2. A transposição das diretrizes da UE para a legislação portuguesa

Como exemplo da adoção das técnicas de centralização de compras públicas na Europa, será então observada a experiência portuguesa, através da transposição das orientações da Diretiva 2014/24 para legislação interna daquele país.

De fato, a legislação portuguesa, no Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro de 2008, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto de 2017¹⁹, denominado Código do Contratos Públicos – CCP, admitiu a constituição de centrais de compras pelas entidades adjudicantes, trazendo regramento específico nos artigos 260º a 266º²⁰.

¹⁹ O decreto foi retificado pelas declarações de retificação n.º 36-A/2017, de 30 de outubro de 2017 e n.º 42/2017, de 30 de novembro de 2017.

²⁰ Artigo 260.º Centrais de compras

1 – As entidades adjudicantes referidas nos n.ºs 1 e 2 do artigo 2.º podem constituir centrais de compras para centralizar a contratação de empreitadas de obras públicas, de locação e de aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços.

[...]

Artigo 261.º Principais atividades das centrais de compras

1 – As centrais de compras destinam-se a:

a) Adjudicar propostas de execução de empreitadas de obras públicas, de fornecimento de bens móveis e de prestação de serviços, a pedido e em representação das entidades adjudicantes;

No caso português, o CCP estabeleceu que as centrais de compras poderão ser constituídas pelas entidades adjudicantes, definidas no aludido diploma legal como sendo: o Estado e suas regiões autónomas; as autarquias locais; os institutos públicos; as entidades administrativas independentes; as fundações e associações públicas e outras entidades descritas no artigo 2º do código.

A legislação portuguesa também admite a contratação de centrais de compras situadas em outros Estados-Membros da UE, caso estas ofereçam condições mais vantajosas.

Mais minudente é o Decreto-Lei nº 200/2008, de 9 de outubro de 2008, que estabeleceu o regime jurídico das centrais de compras e os princípios orientadores para o exercício de suas atividades.

O decreto português define as centrais de compras como sistemas de negociação e aquisição centralizados em benefício de entidades adjudicantes. Como principal atividade destas centrais, consta a adjudicação de propostas, a pedido e em representação das entidades adjudicantes, na locação ou aquisição de bens e serviços, bem como a celebração dos denominados acordos-quadro, anteriormente mencionados neste trabalho.

No Estado Português, no que respeita à centralização de compras, já foi implementado o sistema nacional de compras públicas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 37/2007, de 19 de fevereiro de 2007, que possui dois principais núcleos: a Agência Nacional de Compras Públicas e as unidades ministeriais de compras.

Desta forma, o Decreto-Lei nº 200/2008 ratificou a existência destas centrais criadas no Decreto-Lei nº 37/2007 e determinou que somente

b) Locar ou adquirir bens móveis ou adquirir serviços destinados a entidades adjudicantes, nomeadamente por forma a promover o agrupamento de encomendas;

c) Celebrar acordos-quadro, designados contratos públicos de aprovisionamento, que tenham por objeto a posterior celebração de contratos de empreitadas de obras públicas ou de locação ou de aquisição de bens móveis ou de aquisição de serviços;

d) Instituir sistemas de aquisição dinâmicos para utilização por parte das entidades adjudicantes pelos mesmos abrangidos;

e) Instituir catálogos eletrónicos para utilização por parte das entidades adjudicantes;

f) Adjudicar contratos públicos de prestação de atividades auxiliares de aquisição, que consistam no apoio às atividades de aquisição.

[...]

poderão ser criadas outras centrais pelo Estado em casos excepcionais, no âmbito de um setor específico e mediante autorização prévia.

Prosseguindo-se, vê-se que o regime jurídico aplicável à constituição de centrais de compras em Portugal prevê que podem assumir as funções de centrais de compras quaisquer entidades, públicas ou privadas, ou ainda serviços públicos, ainda que desprovidos de personalidade jurídica.

Importante a ser destacado, dentre as previsões do Decreto-Lei nº 200/2008, são os cinco princípios orientadores da constituição e do funcionamento das centrais de compras, assim dispostos no seu artigo 3º: (a) segregação das funções de contratação e de pagamentos; (b) utilização de ferramentas de compras eletrônicas, por meio de catálogos eletrônicos e outros; (c) adoção de práticas aquisitivas por via eletrônica com a participação de negociadores e especialistas, com vistas à redução de custos; (d) preferência pela aquisição de bens e serviços que promovam a proteção ambiental e outros interesses protegidos constitucionalmente e (e) promoção da ampla concorrência entre os fornecedores.

A legislação lusa ainda admite que a gestão das centrais de compras seja delegada total ou parcialmente a terceiros, desde que haja previsão para tal no ato de constituição e seja celebrado contrato de gestão específico, com a aferição da idoneidade, qualificação técnica e capacidade financeira adequadas, consoante as regras que regem a seleção e contratação pública de terceiros.

Por derradeiro, remarcar-se que a criação de centrais de compras deve ser precedida de estudo de viabilidade e racionalidade econômico-financeira. Tais estudos, devem comprovar, além da viabilidade econômico-financeira, os ganhos de qualidade e eficiência, bem como dispor sobre a conformidade de sua atuação com o regime legal aplicável.

Pois bem. Para implementar a política de compras centralizadas, o governo português criou a Entidade de Serviços Partilhados da Administração²¹, ESAP, pelo Decreto-Lei n.º 117-A, de 14 de junho de 2012, cuja missão é assegurar o desenvolvimento e a prestação de serviços partilhados no âmbito da Administração Pública, bem como conceber, gerir e avaliar o sistema nacional de compras.

²¹ <https://www.espap.gov.pt/Paginas/home.aspx>. Acesso em: 27 set. 2019.

No âmbito de compras públicas, a ESAP tem as atribuições de gerir, avaliar e desenvolver o Sistema Nacional de Compras Públicas (SNCP), que propicia às entidades adquirentes públicas instrumentos de contratação centralizada de bens e serviços.

Além destas atribuições, a entidade implementa estratégias de compra e negociação para as categorias de produtos e serviços cuja aquisição seja centralizada, preservando e incrementando os níveis de concorrência no mercado.

Não menos importante é a função que desempenha no sentido de monitorar e avaliar o desempenho do SNCP. De acordo com os dados constantes no sítio eletrónico da ESAP²², existem atualmente 10 acordos-quadro em vigência, mais de 23.000 produtos disponíveis no catálogo, 260 procedimentos de compras centralizados, atendendo a mais de 1.800 entidades vinculadas ao SNCP e apontando para uma redução média de 14,62% em relação aos preços de referência.

Assim, feita esta breve revisão da legislação europeia e portuguesa sobre a atividade de compras governamentais centralizadas, criação e funcionamento de centrais de compras, passa-se, então, na seção 2, a descrever as iniciativas do Governo Brasileiro neste âmbito que vêm sendo implementadas pelo Ministério da Economia e pela Advocacia-Geral da União.

2. A experiência brasileira na centralização de compras governamentais

2.1. As Compras Coletivas no âmbito do Ministério da Economia: a Central de Compras

a) Criação e escopo da Central de Compras

A implementação de estratégias de centralização de compras públicas no Brasil foi decorrente da constante demanda social por serviços públicos de melhor qualidade e mais eficiência na gestão dos recursos públicos.

²² SP Compras Públicas em números: <https://www.espap.gov.pt/spcp/Paginas/spcp.aspx>. Acesso em 27 set. 2019.

Desde janeiro de 2012, o Governo Federal buscava desenvolver estratégias de centralização de compras públicas, tendo por objetivo estabelecer modelos inovadores de aquisição e contratação que representavam gastos expressivos ou de objetos adquiridos por vários órgãos ou entidades²³.

Como fruto de diversos estudos, através do Decreto n.º 8.189, de 21 de janeiro de 2014²⁴, foi criada a Central de Compras e Contratações, como uma unidade integrante do então Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão²⁵, com o objetivo de, no âmbito do Poder Executivo Federal, desenvolver e implementar modelos, mecanismos e procedimentos para aquisição e contratação centralizada de bens e serviços de uso em comum pelos órgãos e entidades, bem como realizar as licitações para as contratações correspondentes.

Nesse escopo, o modelo a ser adotado seria o supra corporativo, em que a instituição Central de Compras é formalmente criada, na qualidade de instituição com um propósito específico, e age em nome dos parceiros em três frentes, quais sejam, a) procedimentos licitatórios, b) contratação e c) gestão administrativa, e seus processos seriam novos, otimizados, eficientes e suportados por uma plataforma tecnológica integrada aos demais sistemas corporativos da Administração Pública Federal²⁶.

Dentre os objetivos que justificaram a criação da Central de Compras e Contratações, pode-se destacar: a) o aumento da eficiência na gestão dos recursos públicos, por meio de economias processuais e ganhos de escala obtidos com a centralização de funções de compra e contratação de bens e serviços de uso em comum; b) o desenvolvimento de uma estrutura administrativa e um corpo técnico especializado e exclusivamente dedicado

²³ BRASIL. Ministério do Planejamento, Assessoria Especial para Modernização da Gestão Orçamento e Gestão (MPOG). *Central de Compras e Contratações do Governo Federal*. Editor: Escola Nacional de Administração Pública (Enap), p. 176-194, 2016. Disponível em: <<http://repositorio.enap.gov.br/handle/1/2726>>. Acesso em: 24 dez. 2018, p. 179-183.

²⁴ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Decreto nº 8.189, de 21 de janeiro de 2014*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8189.htm>. Acesso em: 13 jan. 2019.

²⁵ Ressalte-se que o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, juntamente com os Ministérios da Fazenda, da Indústria, Comércio Exterior e Serviços e do Trabalho, foi transformado pela Lei nº 13.844, de 18 de junho de 2019, no atual Ministério da Economia.

²⁶ BRASIL. Ministério do Planejamento, Assessoria Especial para Modernização da Gestão Orçamento e Gestão (MPOG) *Central de Compras...*, cit., p. 183.

ao planejamento, execução e gestão das funções de compra e contratações de bens e serviços de uso em comum; c) a racionalização e automatização dos processos referentes às funções de compra; d) o desenvolvimento, a proposição e a implementação de modelos, mecanismos, processos e procedimentos para aquisição e contratação centralizadas de bens e serviços de usos em comum pelos órgãos e entidades; e) o planejamento, coordenação, controle e operacionalização das atividades relacionadas à inteligência e à estratégia de licitação, aquisição e contratação de bens e serviços de uso em comum, a partir da demanda estimada pelos órgãos e entidades; e f) a utilização do poder de compra do Estado para estimular práticas inovadoras e sustentáveis no mercado²⁷.

Ademais, a Central de Compras tem como um dos seus fatores orientadores a sustentabilidade, visando, em seus projetos, a fomentar as microempresas e empresas de pequeno porte, bem como exigir e observar práticas de condutas éticas e responsáveis entre empregador e empregado; inserir especificações e exigências ambientalmente corretas, estimulando novas cadeias produtivas e que têm na preservação ambiental sua diretriz e causa; e buscar alternativas vantajosas à Administração, gerando relações eficazes, eficientes e efetivas para o poder público²⁸.

Atualmente, a Central de Compras é uma unidade integrante da Secretaria de Gestão da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia e está regulamentada pelo Decreto nº 9.745, de 8 de abril de 2019²⁹.

Conforme estabelecem as disposições do Decreto nº 9.745, de 2019, as licitações para contratação de bens e serviços de uso em comum pelos órgãos da administração pública do Poder Executivo federal serão efetuadas prioritariamente por intermédio da Central de Compras e as contratações poderão ser executadas e operadas de forma centralizada.

²⁷ BRASIL. Ministério do Planejamento, Assessoria Especial para Modernização da Gestão Orçamento e Gestão (MPOG) *Central de Compras...*, cit., p. 184-185.

²⁸ BRASIL. Ministério do Planejamento, Assessoria Especial para Modernização da Gestão Orçamento e Gestão (MPOG) *Central de Compras...*, cit., p. 193.

²⁹ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto nº 9.745, de 8 de abril de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9745.htm#art13>. Acesso em: 15 set. 2019.

Nesse contexto, desde a sua criação, a Central de Compras já protagonizou experiências bem-sucedidas, que tiveram como resultados positivos, além da economia de recursos públicos, uma maior eficiência nos serviços contratados, com a implementação de novas modelagens, e a incorporação de tecnologia e processos inovadores às rotinas da Administração³⁰.

Dentre as contratações observadas no âmbito da Central de Compras, pode-se destacar aquela relativa à compra direta de passagens aéreas, no ano de 2014. Nesse procedimento, buscou-se a habilitação de empresas aéreas interessadas em fornecer passagens para a Administração Pública sem intermédio de agências de viagens, gerando, entre outros resultados, maior transparência sobre os valores pagos, redução de servidores envolvidos com a emissão, otimização do processo de emissão de bilhetes, através da busca automatizada diretamente nas companhias aérea, o controle de passagens e maior controle do processo³¹.

Segundo estudo realizado por Henrique Savonitti Miranda³², coube à Central de Compras realizar o processo de habilitação das empresas interessadas, bem como promover as negociações nas quais se estabeleceram os benefícios financeiros, prazos de reserva, acesso aos sistemas das companhias e o procedimento de confirmação de utilização dos bilhetes. Dessa forma, segundo o autor, a economia obtida com a introdução no novo modo de realização de compra direta de passagens aéreas foi de R\$ 3,1 milhões entre janeiro e junho de 2016 e o percentual médio de economicidade obtido com a compra direta foi de 22,43% no ano de 2015, 17,28% em 2016 e 16,28% em 2017³³.

³⁰ ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Entrevista Sobre a Central de Compras do Ministério do Planejamento com a Diretora Virgínia Bracarense Lopes. *Escola Nacional de Administração Pública*, 2017. Disponível em: <<https://comunidades.enap.gov.br/mod/forum/discuss.php?d=100>>. Acesso em: 14 jan. 2019.

³¹ PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO – Ministério da Economia. *Aquisição direta de passagens aéreas*. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/acesso-a-informacao/licitacoes-e-contratos/central-de-compras/projetos-finalizados/aquisicao-direta-de-passagens-aereas>>. Acesso em: 15 set. 2019.

³² MIRANDA, Henrique Savonitti. *Compra direta de passagens aéreas*. Casos SEGES renovando a gestão pública. Escola Nacional de Administração Pública (Enap). 1-Out-2018. 16 p. Disponível em: <<http://repositorio.enap.gov.br/handle/1/3460>>. Acesso em: 25 dez. 2018.

³³ MIRANDA, Henrique Savonitti. *Compra direta de...* cit., p. 10.

Ainda, pode-se citar a contratação de telefonia móvel, também em 2014, a qual consistiu em um projeto em parceria com a então Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação. Nessa contratação, foram registrados resultados muito positivos, com a participação de setenta e oito órgãos da Administração Pública Federal em Brasília, Rio de Janeiro e São Paulo, e o percentual de redução de despesas foi de 43,56% em relação aos contratos vigentes³⁴.

Um dos projetos mais atuais é o denominado TáxiGov, que, entre os anos de 2014 e 2017, teve como objetivo buscar um novo modelo de sistema de transporte de servidores públicos, culminando no agenciamento de táxis para atender aos servidores e colaboradores do Poder Executivo Federal, em exercício no Distrito Federal, que necessitavam se deslocar em função de atividades administrativas. Conforme relata Virgínia Bracarense Lopes, o caso foi o primeiro objeto operado no conceito de Centro de Serviços Compartilhados, em que a Central de Compras contrata o fornecedor e passa a ser a provedora do serviço aos órgãos da Administração Direta, representando desoneração das unidades dos Ministérios com atividades de gestão de contratos e pagamentos³⁵.

Conforme dados divulgados em estudo de Leila G. Ollaik³⁶, a implementação do modelo permitiu o uso de tecnologia mais moderna, bem como, no agregado, houve redução de gastos de 60% em relação ao modelo anterior, além de melhoria da qualidade do serviço.

b) Riscos e dificuldades a serem enfrentados

Os resultados favoráveis obtidos pela Central de Compras têm sido bastante expressivos, de forma que cada vez mais está sendo buscada a

³⁴ MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO. *Telefonia Móvel*. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, 2015. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/aceso-a-informacao/licitacoes-e-contratos/central-de-compras/projetos-finalizados/telefonia-movel>>. Acesso em: 14 jan. 2019.

³⁵ ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. *Entrevista Sobre a Central...*, cit.

³⁶ OLLAIK, Leila G. *TáxiGov: inovando no serviço de mobilidade de servidores*. Coleção: Casos SEGES renovando a gestão pública. Escola Nacional de Administração Pública (Enap). 1-Out-2018. 17 p. Disponível em: <<http://repositorio.enap.gov.br/handle/1/3454>>. Acesso em: 25 dez. 2018.

ampliação do projeto e o aperfeiçoamento da sua modelagem. No entanto, alguns riscos e deficiências podem ser notados.

Conforme identificou o então Ministério do Planejamento³⁷, constitui-se como dificuldade a existência de barreiras culturais dos órgãos e entidades, devido à resistência à perda de atribuições e autonomia advindas da centralização das compras, bem como a resistência à mudança de procedimentos e rotinas. Também é um gargalo a adaptação dos órgãos e entidades ao modelo centralizado. Para essas problemáticas, foi implementado o diálogo junto aos órgãos e realização de treinamentos, visando a conscientizar e sensibilizar quantos às vantagens e benefícios do modelo.

Ademais, pode-se citar a dificuldade de captação de profissionais especializados em atividades estratégicas de logística e compras no âmbito do setor público. A medida que vem sendo adotada é realizar processos seletivos para a agregação de novos talentos, além da parceria com instituições com especialidade nos objetos absorvidos, por meio da atuação de grupos de trabalho³⁸.

Além dessas dificuldades encontradas pelo próprio Ministério do Planejamento, vale citar algumas identificadas pelo Tribunal de Contas da União no processo de acompanhamento nº 017.778/2016-6, iniciado pelo órgão com vistas a acompanhar a condução das contratações centralizadas realizadas por meio da Central de Compras.

Com efeito, conforme externado no Acórdão nº 2348/2017³⁹, o acompanhamento foi motivado pela possibilidade de existência de riscos nas compras centralizadas, tais como o não atendimento ao princípio da sustentabilidade e práticas que poderiam atentar contra a legalidade, legitimidade e economicidade dos certames, principalmente em face do grande poder de compra dos processos centralizados pelo órgão. Identificou-se, ainda, possíveis riscos de concentração de mercado, prejudicial à estrutura

³⁷ BRASIL. Ministério do Planejamento, Assessoria Especial para Modernização da Gestão Orçamento e Gestão (MPOG) *Central de Compras...*, cit., p. 191.

³⁸ ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. *Entrevista Sobre a Central...*, cit.

³⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº. 2348/2017 – Plenário, de 18 out. 2017. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A2348%2520ANOACORDAO%253A2017/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 17 jan. 2019.

concorrencial, deficiências no planejamento de licitações, e riscos inerentes à concentração de recursos envolvendo elevada materialidade.

Nesse contexto, o Tribunal de Contas da União recomendou à Secretaria de Gestão do então Ministério do Planejamento, que avaliasse a conveniência e a oportunidade de estabelecer diretrizes para as aquisições da Central de Compras, principalmente quanto ao aspecto de sustentabilidade, gestão de riscos nas aquisições e capacitação dos seus gestores, com vistas ao aperfeiçoamento das atividades dessa Central. Ainda, em relação à própria Central de Compras, recomendou que fosse realizada a gestão de risco de suas aquisições, principalmente quanto aos aspectos de sustentabilidade do fornecimento, e elaborasse modelos de processos de aquisições e dos respectivos artefatos a serem produzidos, a fim de aperfeiçoar as aquisições centralizadas no âmbito da Administração Pública Federal.

Diante de todos esses aspectos, observa-se que ainda resta muito a ser desenvolvido acerca do tema, devendo ser constantemente aperfeiçoado o modelo atualmente existente, a fim de minimizar os riscos já identificados. Conforme aponta Virgínia Bracarense Lopes⁴⁰, em entrevista sobre a Central de Compras, a realidade atual ainda carece de normativos que disciplinem, por exemplo, novas formas de contratação, ou até que regulamentem práticas que, para o Governo Federal, só estão sedimentadas em doutrina ou jurisprudência. Segundo ela, outras melhorias relacionam-se à regulamentação das formas de interação entre o mercado e a administração, a fim de trazer mais transparência para os procedimentos e segurança para os gestores públicos, retirando a carga negativa e estereótipo que existe em relação às situações em que a Administração precisa conversar e, às vezes, construir soluções conjuntamente com o mercado. Conforme afirma, “algumas soluções também vêm a partir de ferramentas de tecnologia da informação, pois ter dados é ter capacidade de decisão e, assim, poder definir políticas públicas de compras mais eficientes”⁴¹.

⁴⁰ ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. *Entrevista Sobre a Central...*, cit.

⁴¹ ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. *Entrevista Sobre a Central...*, cit.

2.2. As Compras Colaborativas no âmbito da Advocacia-Geral da União

O projeto Compras Colaborativas originou-se de uma iniciativa conjunta de órgãos da Administração Pública Federal no estado de São Paulo, visando à troca de informações e melhores soluções em contratações com objetos idênticos realizadas por diferentes órgãos públicos.

Como antecedente ao referido projeto, tem-se a constituição do Grupo de Trabalho de Termo de Referência (GTTR), em fevereiro de 2013, no âmbito da Escola da Advocacia-Geral da União em São Paulo (EAGU/SP) e da Superintendência de Administração em São Paulo (SAD/SP), com o objetivo de promover a experiência de licitações conjuntas no âmbito dos órgãos assessorados pela Advocacia-Geral da União, tendo como metodologia inicial sondá-los sobre o interesse em participar de licitações conjuntas, ranquear os objetos de contratação mais buscados pelos órgãos, dividir os órgãos em grupos e escolher seus responsáveis, bem como iniciar os trabalhos para a concretização de licitações conjuntas⁴².

O GTTR selecionou alguns objetos prioritários, tais como serviços de telefonia móvel, serviços de limpeza e de manutenção predial, e realizou licitações que contaram com a participação de diversos órgãos. Conforme informações fornecidas pela Advocacia-Geral da União, o GTTR chegou a contar com cerca de oitenta participantes, representantes de vinte e oito órgãos envolvidos⁴³.

O resultado dessas licitações gerou, além de economia de recursos públicos⁴⁴, diversos resultados positivos, tais como o compartilhamento da informação e o consequente aprendizado dos servidores envolvidos; a maior proximidade e interação da Consultoria Jurídica da União no desenvolvimento dos trabalhos, contribuindo efetivamente para o conteúdo das minutas de editais e contratos; bem como a possibilidade de alguns órgãos

⁴² ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *Antecedentes Históricos do Projeto Compras Colaborativas*. 23 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/noticia/historico-gtecc--441805>>. Acesso em 17 jan. 2019.

⁴³ ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *Antecedentes...*, cit.

⁴⁴ Dados divulgados pela Advocacia-Geral da União demonstram que na contratação de telefonia móvel, por exemplo, houveram 22 órgãos participantes e uma economia de R\$ 2.949.790,67, equivalente a 79% do valor estimado. (cf. ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *Antecedentes...*, cit.)

menores contratarem serviços que não conseguiriam em uma licitação isolada⁴⁵.

Um segundo passo da iniciativa consistiu na constituição do denominado Grupo de Trabalho e Estudos de Compras Colaborativas (GTECC), que se deu por meio da Ordem de Serviço Conjunta⁴⁶ da Consultoria Jurídica da União no Estado de São Paulo (CJU/SP), Escola da Advocacia-Geral da União em São Paulo (EAGU/SP), Superintendência de Administração em São Paulo (SAD/SP) e Centro de Tecnologia da Informação Renato Archer (CTI), publicada no Boletim de Serviço da Advocacia-Geral da União n.º 45, de 10 de novembro de 2014, e da celebração de Termos de Cooperação com os órgãos participantes.

Essa regulamentação, através da referida Ordem de Serviço Conjunta, teve como alguns dos principais fins estabelecer uma ferramenta de comunicação adequada entre os órgãos, definir uma metodologia de trabalho clara e estabelecer com maior clareza os papéis dos atores envolvidos.

Assim, restaram definidos os principais objetivos do Grupo, expostos no artigo 2º da Ordem de Serviço Conjunta⁴⁷, quais sejam: a) reunir servidores e advogados públicos cujo trabalho estivesse voltado à área de compras públicas; b) organizar os trabalhos de maneira a aproveitar o esforço de cada qual em prol não só do órgão a que pertença, mas também do conjunto de órgãos com representantes no grupo; c) estudar as questões jurídicas advindas desse desiderato e propor soluções; e d) promover o aproveitamento da experiência acumulada por especialidade de contratação.

Importante ressaltar que o GTECC teve como fundamentos, dentre outros, a cooperação, o intercâmbio de conhecimentos, informações e experiências, convergência de esforços, e a divisão de trabalhos, conforme identificado no artigo 3º da Ordem de Serviço Conjunta⁴⁸, de forma que resta claro que a iniciativa visava, principalmente, a proporcionar aos órgãos

⁴⁵ ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *Antecedentes...*, cit.

⁴⁶ BRASIL. Consultoria Jurídica da União no Estado de São Paulo – CJU/SP, Escola da Advocacia-Geral da União em São Paulo – EAGU/SP, Superintendência de Administração em São Paulo – SAD/SP e Centro de Tecnologia da Informação Renato Archer – CTI. *Ordem de Serviço Conjunta*. Publicação: Boletim de Serviço da Advocacia-Geral da União n.º 45, de 10 de novembro de 2014.

⁴⁷ BRASIL. Consultoria Jurídica da União no Estado de São Paulo..., cit.

⁴⁸ BRASIL. Consultoria Jurídica da União no Estado de São Paulo..., cit.

contratantes a possibilidade de compartilhar experiências e informações obtidas nas compras públicas, a fim de aperfeiçoar os instrumentos convocatórios e, em última análise, alcançar uma maior eficiência e economia de recursos públicos.

Como evolução do Projeto, foi editada a Ordem de Serviço Conjunta nº 01, de 17 de abril de 2018⁴⁹, desta vez tendo como órgãos protagonistas a CJU/SP, a EAGU/SP, a SAD/SP, a Procuradoria-Regional da Fazenda Nacional na 3ª Região e a Consultoria Jurídica da União no Município de São José dos Campos, que passou a constituir um novo Grupo de Trabalho e Estudos de Compras Colaborativas.

Nessa nova Ordem de Serviço alguns aspectos foram aperfeiçoados. Passou a constar como objetivo expresso do Grupo o desenvolvimento e aprimoramento de modelos de licitações e contratos voltados à eficiência e economicidade nas compras públicas, conforme consta no seu artigo 2º, inciso IV. Ademais, restou estabelecido que o GTECC contará com um Coordenador-Geral, um Coordenador de Estudos e um Coordenador Administrativo, e funcionará a partir das indicações, pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, dos temas de interesse e dos respectivos representantes, e dependerá do apoio logístico e material desses órgãos e entidades.

Dessa forma, os referidos órgãos assessorados poderão, no bojo do referido projeto, realizar procedimentos licitatórios de forma conjunta, compartilhando o conhecimento adquirido com vistas à economia de recursos públicos e tempo. Ademais, os conhecimentos que serão compartilhados poderão favorecer o aperfeiçoamento das etapas de planejamento das licitações, elaboração de estudos preliminares, gerenciamento e mapeamento de riscos e a operacionalização das licitações. Assim, os órgãos podem se organizar para compras de maior porte, participando conjuntamente de todas as etapas do procedimento.

Nas licitações realizadas no âmbito do referido projeto, pôde-se identificar, como principais vantagens, o compartilhamento de conhecimento

⁴⁹ BRASIL. Consultoria Jurídica da União no Estado de São Paulo – CJU/SP, a Escola da Advocacia-Geral da União em São Paulo – EAGU/SP, a Superintendência de Administração em São Paulo – SAD/SP, a Procuradoria-Regional da Fazenda Nacional na 3ª Região e a Consultoria Jurídica da União no Município de São José dos Campos. *Ordem de Serviço Conjunta nº. 01, de 17 de abril de 2018.*

técnico especializado, o que proporcionou uma maior qualidade à licitação e ao objeto contratado, economia de escala, redução dos custos internos da licitação e no tempo do procedimento, bem como maior celeridade na atuação da consultoria jurídica e favorecimento do diálogo entre os órgãos técnicos e jurídicos⁵⁰.

Não obstante os benefícios e vantagens já observados, quando da realização da presente pesquisa chamou a atenção a escassa divulgação institucional acerca dos resultados obtidos pelo Grupo de Compras Colaborativas. Ademais, ainda se observa uma baixa institucionalidade da medida, não existindo atos normativos que regulamentem os procedimentos, princípios e normas a serem seguidos pelos órgãos participantes das referidas contratações, mas apenas as Ordens de Serviços e Termos de Cooperação referidas neste artigo.

No entanto, observa-se que os estudos estão em crescente evolução, sobretudo no âmbito da Consultoria Jurídica da União no Estado de São Paulo, esperando-se que a iniciativa seja consolidada e aperfeiçoada a fim de alcançar maiores economias e licitações cada vez mais sustentáveis e eficientes.

Considerações Finais

Em síntese, após revisitar a experiência europeia e a nacional, pode-se arriscar afirmar de que a centralização de compras governamentais é uma realidade no século XXI.

Notadamente, fazendo-se uma comparação com a situação brasileira, em termos regulatórios, os países da Europa contam com um arcabouço legal já bastante desenvolvido. Desde 2004, com as primeiras diretrizes gerais, a maioria dos seus países-membros já fez a transposição para as respectivas legislações internas.

No cenário brasileiro, somente a partir do ano de 2014, na busca pela racionalização nos gastos públicos, tanto na economia de escala das

⁵⁰ CARRIJO, Adriano Dutra; FUKAGAWA, Egle M. Andrade de Souza. *I Workshop sobre Compras Centralizadas*. Compras Colaborativas. 2016. 29 slides. Disponível em: <<http://www2.fab.mil.br/celog/index.php/ultimas-noticias/2-uncategorised/185-apworkshop>>. Acesso em: 08 jan. 2019.

aquisições governamentais, quanto na redução de custos administrativos inerentes à atividade de contratações públicas, a Administração Pública passou a se organizar no sentido de criar instrumentos para a centralização.

Desta feita, é possível observar que os objetivos principais da centralização de compras é a obtenção de economia de escala e maior eficiência. Ademais, há uma busca pela profissionalização das administrações na gestão dos contratos, bem como um incentivo ao aperfeiçoamento técnico no desenho dos procedimentos das contratações e na definição dos objetos a serem adquiridos.

A grosso modo, o modelo da Central de Compras e Contratações, como uma unidade integrante do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, assemelha-se ao modelo português, no que concerne a sua criação como unidade ministerial de compras. Contudo, o Estado português já implementou um sistema nacional de compras públicas, integrando unidades já existentes, e as novas centrais somente poderão ser criadas no âmbito de um setor específico e com autorização do governo central e mediante estudos de viabilidade econômico-financeira e comprovação de ganhos de qualidade e eficiência.

Já a iniciativa denominada Compras Colaborativas, efetivada no âmbito da Advocacia-Geral da União, pode ser comparada, com as devidas cautelas, com a “*atividades de aquisições auxiliares*” previstas no artigo 38º da Diretiva 2014/24 da UE.

Neste modelo, não há efetivamente a criação de uma entidade destacada com atribuição de adjudicar contratos públicos, mas sim uma ação coordenada por um órgão da Administração que concentra a demanda de outros e atua na preparação dos processos que visam à contratação de bens e serviços pelos órgãos participantes.

Embora seja possível uma tentativa de aproximação entre os modelos brasileiros e aqueles adotados no âmbito da legislação europeia, é assente a existência de muitas diferenças. Pode-se concluir que os modelos brasileiros ainda demandam um maior aperfeiçoamento, devido ao potencial de alcançar uma maior eficiência e economicidade nas atividades atinentes às compras governamentais.

Assim, vislumbra-se a importância de maior divulgação dos resultados, bem como a edição de regras e normas que sejam mais claras e que melhor definam os contornos dessas formas de contratações centralizadas no Brasil.

Como sugestão para a continuidade da pesquisa sobre a centralização de compras no Brasil, sugere-se a análise da performance de ambos os modelos, com intuito de verificar em que medida se verificou a redução nos preços, o incremento da qualidade das aquisições, bem como a esperada redução de custos administrativos, de forma a estabelecer o modelo mais condizente com a prática administrativa brasileira, evitando duplicidade de esforços.

Referências

- ANCHUSTEGHI, Ignacio Herrera. Centralizing public procurement and competitiveness in Directive 2014/24. Faculty of Law, University of Bergen, Noruega, p.1-25, 2015.
- ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *Antecedentes Históricos do Projeto Compras Colaborativas*. 23 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/noticia/historico-gtecc--441805>>. Acesso em 17 jan. 2019.
- BRASIL. Consultoria Jurídica da União no Estado de São Paulo – CJU/SP, Escola da Advocacia-Geral da União em São Paulo – EAGU/SP, Superintendência de Administração em São Paulo – SAD/SP e Centro de Tecnologia da Informação Renato Archer – CTI. *Ordem de Serviço Conjunta*. Publicação: Boletim de Serviço da Advocacia-Geral da União nº 45, de 10 de novembro de 2014.
- BRASIL. Consultoria Jurídica da União no Estado de São Paulo – CJU/SP, a Escola da Advocacia-Geral da União em São Paulo – EAGU/SP, a Superintendência de Administração em São Paulo – SAD/SP, a Procuradoria-Regional da Fazenda Nacional na 3ª Região e a Consultoria Jurídica da União no Município de São José dos Campos. *Ordem de Serviço Conjunta nº. 01, de 17 de abril de 2018*.
- BRASIL. Ministério do Planejamento, Assessoria Especial para Modernização da Gestão Orçamento e Gestão (MPOG). *Central de Compras e Contratações do Governo Federal*. Editor: Escola Nacional de Administração Pública (Enap), p. 176-194, 2016. Disponível em: <<http://repositorio.enap.gov.br/handle/1/2726>>. Acesso em: 24 dez. 2018.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Decreto nº 8.189, de 21 de janeiro de 2014*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8189.htm>. Acesso em: 13 jan. 2019.

- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto nº 9.745, de 8 de abril de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9745.htm#art13>. Acesso em: 15 set. 2019.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº. 2348/2017 – Plenário, de 18 out. 2017. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A2348%2520ANOA%253A2017/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 17 jan. 2019.
- CARRIJO, Adriano Dutra; FUKAGAWA, Egle M. Andrade de Souza. *I Workshop sobre Compras Centralizadas*. Compras Colaborativas. 2016. 29 slides. Disponível em: <<http://www2.fab.mil.br/celog/index.php/ultimas-noticias/2-unca-categorised/185-apworkshop>>. Acesso em: 08 jan. 2019.
- ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Entrevista Sobre a Central de Compras do Ministério do Planejamento com a Diretora Virgínia Bracarense Lopes. *Escola Nacional de Administração Pública*, 2017. Disponível em: <<https://comunidades.enap.gov.br/mod/forum/discuss.php?d=100>>. Acesso em: 14 jan. 2019.
- GOVERNO FEDERAL. *Sobre a Central de Compras*. Portal de Compras. Disponível em: <<https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/central-de-compras>>. Acesso em: 13 jan. 2019.
- MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO. *Telefonia Móvel*. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, 2015. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/aceso-a-informacao/licitacoes-e-contratos/central-de-compras/projetos-finalizados/telefonia-movel>>. Acesso em: 14 jan. 2019
- MIRANDA, Henrique Savonitti. Compra direta de passagens aéreas. Casos SEGES renovando a gestão pública. Escola Nacional de Administração Pública (Enap). 1-Out-2018. 16 p. Disponível em: <<http://repositorio.enap.gov.br/handle/1/3460>>. Acesso em: 25 dez. 2018
- OLLAIK, Leila G. TáxiGov: inovando no serviço de mobilidade de servidores. Coleção: Casos SEGES renovando a gestão pública. Escola Nacional de Administração Pública (Enap). 1-Out-2018. 17 p. Disponível em: <<http://repositorio.enap.gov.br/handle/1/3454>>. Acesso em: 25 dez. 2018.
- PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO – Ministério da Economia. Aquisição direta de passagens aéreas. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/aceso-a-informacao/licitacoes-e-contratos/central-de-compras/projetos-finalizados/telefonia-movel>>. Acesso em: 14 jan. 2019

-de-compras/projetos-finalizados/aquisicao-direta-de-passagens-aereas>. Acesso em: 15 set. 2019.

PORTUGAL. Decreto-Lei nº 18/2008. Código dos Contratos Públicos. Disponível em <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34455475/view>. Acesso em: nov. 2018.

PORTUGAL. Decreto-Lei nº 200/2008. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/452883/details/normal?q=decreto+lei+200%2F2008>. Acesso em: dez. 2018.

SILVA, Matheus Passos. Metodologia: oficina de redação de artigos científicos. In: II Curso de Combate à Corrupção na Contratação Pública. 18 a 26 de outubro de 2018. Lisboa: Universidade Nova de Lisboa.

UE. Diretiva 2014/24. Disponível em: https://europa.eu/european-union/law/find-legislation_pt. Acesso em: nov. 2018.

UE Diretiva 2004/18. Disponível em: https://europa.eu/european-union/law/find-legislation_pt. Acesso em: nov. 2018.

Reflexões sobre caminhos para a evolução do sistema brasileiro de combate à corrupção

Reflections on paths for the evolution of the brazilian system of combating corruption

ESTEVÃO DAUDT SELLES¹

Resumo: A corrupção é fenômeno que atinge e prejudica, em alguma medida, todas as nações, estando relacionada, para muitos, à própria natureza humana. No Brasil, o tema ganhou especial atenção nas últimas duas décadas, quando se desvelaram grandes episódios de desvirtuamento do trato com a coisa e recursos públicos. Daí a relevância dos recentes debates travados a respeito do desenvolvimento de mecanismos capazes de atuar no combate preventivo e repressivo de atos de corrupção. A proposta deste trabalho se insere exatamente nesse contexto, pretendendo-se contribuir, de algum modo, na discussão a respeito dos caminhos possíveis para a evolução do aparato normativo do Estado, especialmente no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa e da Lei Anticorrupção, tidas como marcos do processo de despenalização do sistema. Com base em uma análise crítica dos principais instrumentos criados pela Lei Anticorrupção, quais sejam, o *compliance* e o acordo de leniência, propõe-se, ao final, alternativas para o aperfeiçoamento do sistema.

Palavras-chave: *Corrupção. Responsabilidade civil e administrativa. Compliance. Acordo de leniência.*

Abstract: Corruption is a phenomenon that affects and harms, to some extent, all nations, being related, for many, to human nature itself. In Brazil, the theme gained special attention in the last two decades, when great episodes of

¹ Procurador Federal. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense.
Data de submissão: 29 de março de 2019.

distortion of the deal with the thing and public resources were revealed. Hence the relevance of recent debates about the development of mechanisms capable of acting in the preventive and repressive combat of acts of corruption. The proposal of this work is inserted exactly in this context, intending to contribute, in some way, to the discussion about the possible ways for the evolution of the normative apparatus of the State, especially in the ambit of the Law of Administrative Improbability and Anti-Corruption Law, considered as process of decriminalization of the system. Based on a critical analysis of the main instruments created by the Anti-Corruption Law, namely, compliance and leniency agreement, it is proposed, in the end, alternatives for the improvement of the system.

Keywords: *Corruption. Civil and administrative liability. Compliance. Leniency agreement.*

Introdução

A corrupção é fenômeno social antigo, difuso, que não possui fronteiras delimitadas. Em sentido amplo, diz respeito não somente à infração penal assim denominada – a própria previsão do tipo penal traduz passo logicamente posterior, de resposta do Estado a uma situação de fato preexistente –, mas abrange toda e qualquer conduta que implique no uso indevido do poder público para benefício particular.

Em outros termos, altera-se a finalidade pública que deve nortear o Estado a fim de buscar-se atender a desígnios privados, em flagrante prejuízo da moralidade com que deve ser tratada a coisa pública. Trata-se, ao fim e ao cabo, de perversão dos fins últimos do Estado, que põe em risco o próprio sentido de sua existência.

Em maior ou menor grau, a corrupção atinge tanto nações com elevado nível de desenvolvimento econômico e social, como países menos abastados. Tal percepção é registrada pelo Escritório das Nações Unidas para Combate ao Crime Organizado e às Drogas, ao passo em que se reconhece que a “corrupção é um complexo fenômeno social, político e econômico que afeta todos os países do mundo”². Por essa razão, o debate a respeito

² UNODC. United Nations Office on Drugs and Crime Escritório de Ligação e Parceria no Brasil. *UNODC e Corrupção*. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corrupcao/index.html>. Acesso em: 15 de março de 2019.

do aperfeiçoamento de métodos para a prevenção e repressão de práticas corruptivas é tema de especial relevo em todas as regiões do planeta.

Especialmente no contexto brasileiro, o combate à corrupção recebeu ainda maior evidência nos últimos 15 (quinze) anos, diante do desvelamento do esquema de corrupção e compra de votos de parlamentares que ficou conhecido como “Mensalão” e, mais recentemente, da criação da chamada operação “Lava-jato”³ (apenas para indicar os casos mais conhecidos), que tornaram temas afetos à corrupção assuntos corriqueiros no cotidiano da população. Empresários de elevado poder aquisitivo, políticos e ex-políticos foram (e continuam sendo, no caso desta última operação, ainda em curso) responsabilizados pelos ilícitos cometidos, o que, ao mesmo tempo em que demonstra o bom funcionamento do arcabouço normativo pátrio, aponta também para a crescente necessidade de aprimoramento dos instrumentos legalmente previstos, dada a multiplicidade e magnitude dos episódios verificados.

A comunidade internacional percebeu que o combate à corrupção exigia mais do que apenas a repressão por meio dos tradicionais instrumentos do Direito Penal, demandando a criação de mecanismos diversos, em esferas distintas de responsabilidade. É nesse contexto de debate a respeito da evolução das técnicas de combate à corrupção que se insere este trabalho. A proposta é analisar criticamente os principais instrumentos de combate à corrupção disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro, em especial nesse contexto de despenalização do sistema, objetivando, ao final, contribuir de algum modo na indicação de possíveis vias de desenvolvimento do aparato normativo a respeito do tema.

Para o atingimento do objetivo proposto – qual seja, o de investigar possíveis vias de aprimoramento do sistema pátrio de combate à corrupção

³ A operação Lava Jato, iniciada em março de 2014, é considerada a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro da história do Brasil. De acordo com informações do Ministério Público Federal, estima-se que o volume de recursos desviados dos cofres da Petrobras, maior estatal do país, alcance bilhões de reais. Nesse esquema fraudulento, grandes empreiteiras organizadas em cartel pagavam propina para altos executivos da estatal e outros agentes públicos. O valor da propina variava de 1% a 5% do montante total de contratos bilionários superfaturados. Esse suborno era distribuído por meio de operadores financeiros do esquema, incluindo doleiros investigados na primeira etapa. MPF. *Caso Lava-Jato*. Entenda o caso. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em: 15 de março de 2019.

– o artigo divide-se em três partes principais. Na primeira, é efetuada uma abordagem da tutela da moralidade na Constituição da República de 1988⁴ (CRFB), tida como fundamento normativo do combate à corrupção, a fim de perquirir sobre o tratamento dado pelo Constituinte à matéria.

Em seguida, passa-se a retratar o novo ambiente normativo criado com a promulgação da Lei de Improbidade Administrativa (LIA)⁵ e da Lei Anticorrupção (LAC)⁶ no tratamento da corrupção nas searas de responsabilidade civil e administrativa, buscando-se, ainda, demonstrar os principais avanços proporcionados por esses diplomas legais. Na sequência, conclui-se o desenvolvimento do artigo com uma abordagem do *compliance* e do acordo de leniência, tidos como os principais e inovadores instrumentos concebidos pela LAC no combate preventivo e repressivo da corrupção.

Por fim, efetua-se, com fundamento na doutrina especializada, uma análise crítica do microssistema de responsabilidade civil e administrativa por atos de corrupção representado pelos diplomas legais mencionados, a fim de apontar possíveis caminhos para a sua evolução.

No que se refere à metodologia, utiliza-se ao longo do texto os métodos monográfico e estruturalista, na medida em que é analisado o arcabouço normativo vocacionado ao combate da corrupção, bem como possíveis caminhos de desenvolvimento desse sistema, tomando como ponto de partida a própria realidade. A técnica de pesquisa utilizada será a bibliográfica, com ênfase na doutrina e na legislação a respeito do tema, com o objetivo de sustentar a posição apresentada⁷.

⁴ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 12 de março de 2019.

⁵ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 8.429/1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 12 de março de 2019.

⁶ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 12.846/2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm>. Acesso em: 12 de março de 2019.

⁷ SILVA, Matheus Passos. Metodologia: oficina de redação de artigos científicos. In: *II Curso de Combate à Corrupção na Contratação Pública*. 18 a 26 de outubro de 2018. Lisboa: Universidade Nova de Lisboa, p. 25-30.

1. A tutela da moralidade como alicerce constitucional do combate à corrupção

É a legislação infraconstitucional o meio mais propício para a concepção de mecanismos que concretizem as normas constitucionais no plano fático, dada a impossibilidade material de criação de todas as instituições e meios aptos para o atingimento dos fins preconizados pela própria Carta Magna. Como fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, por outro lado, é fundamental que a Constituição de um país presente, com maior ou menor detalhamento, os princípios de maior proeminência na ordem constitucional inaugurada, os quais deverão guiar o Poder Legislativo em sua atividade precípua.

No caso brasileiro, pode-se observar que a CRFB é costumeiramente classificada como analítica, por tratar de modo extenso diversos pontos que não se enquadram no conceito de matéria constitucional – o qual se relaciona basicamente às normas que versam sobre a estrutura organizacional do Estado –, contendo também temas relativos ao plano de evolução sociopolítica da nação⁸.

Segundo a lição de Paulo Bonavides, as Constituições se fizeram desenvolvidas, volumosas, inchadas, basicamente por dois motivos: anseio de conferir estabilidade ao direito legislado sobre determinadas matérias, com base no sentimento de que a rigidez constitucional funciona como obstáculo ao exercício arbitrário da autoridade, aliado à conveniência de se atribuir ao Estado, através do mais alto instrumento jurídico, os encargos indispensáveis à manutenção da paz social⁹.

Nesse contexto, o Constituinte, a fim de dotar a moralidade de proteção eficaz, lhe conferiu especial atenção em diversos dispositivos constitucionais, ora advertindo sobre a integral necessidade de sua observância, ora estabelecendo trâmites especiais para o trato com a coisa pública, como se passa a demonstrar.

Norma basilar de regência da Administração Pública, o art. 37, *caput*, determina a observância da moralidade e da impessoalidade como princípios fundamentais que devem inspirar o modo de agir da Administração Pública.

⁸ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 120.

⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 74.

Ao fazê-lo, o Constituinte assentou tais normas como balizas absolutas no trato com a coisa pública, impondo que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta.

Não é demais observar que tais preceitos éticos devem ser observados não apenas pelo administrador, mas também pelo particular que se relaciona com a Administração Pública, como bem ressalta Di Pietro, a fim de possibilitar também a sua punição por eventual violação desses princípios¹⁰.

Nesse mesmo sentido, Behena ensina que:

O princípio da moralidade administrativa constitui vetor informador dos demais princípios, não podendo ser tido como mero integrante do princípio da legalidade e nem sua abrangência fica adstrita ao ato administrativo, podendo incidir sobre atos legislativos e judiciais e até mesmo entre os particulares quando se relacionam com a administração pública, proporcionando a impugnação de ato formalmente validado, mas moralmente viciado¹¹.

Em essência, portanto, os atos de corrupção – tal qual os atos de improbidade administrativa – representam justamente a transgressão dos preceitos éticos tutelados pelo princípio da moralidade, de tal modo que a tutela deste princípio cria, em última análise, o alicerce sobre o qual se funda todo o arcabouço normativo de combate à corrupção.

Seguindo adiante na análise do tratamento dado ao princípio da moralidade pelo Constituinte, observa-se a previsão de graves consequências jurídicas pelo art. 37, parágrafo 4^o¹² – suspensão de direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade de bens e ressarcimento ao erário – para o caso de sua violação, o que reforça a elevada carga valorativa a ele atribuída pela CRFB.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 79.

¹¹ BEHENA, Kele Cristine Diogo. *O princípio da moralidade administrativa e seu controle pela Lei de Improbidade*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 51.

¹² Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (...) § 4º – Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. BRASIL, *Constituição...*, cit.

A forma e a gradação de tais implicações, vale dizer, foram transferidas para a legislação infraconstitucional. Todavia, um ponto relevante foi definido pela própria Carta Magna, a fim de garantir o nível de proteção entendido como adequado pelo Constituinte e impedir tratamento diverso por parte do legislador ordinário. Ao concluir o dispositivo com a expressão “sem prejuízo da ação penal cabível”, o Constituinte evidenciou que o campo da probidade é esfera diversa de punição de atos de corrupção/ímprobos, que não se confunde com a seara criminal.

Trata-se, sem dúvidas, de sinal que aponta para a insuficiência do Direito Penal para reprimir adequadamente condutas ímprobos/corruptivas. Tal indicativo parece estar presente também no parágrafo 9º, do art. 14, da CRFB (com a redação da Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994), outro exemplo da seriedade com que o Constituinte tratou da moralidade/probidade.

O dispositivo em referência admite a restrição de direitos políticos passivos dos cidadãos, deixando claro o caráter não taxativo do rol de inelegibilidades apresentado nos parágrafos antecedentes ao delegar à Lei Complementar o estabelecimento de outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação¹³. Merece destaque o objeto dessa Lei Complementar mencionada, que é exatamente o de “proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”¹⁴.

Não há como ignorar, ainda, o art. 37, inciso XXI¹⁵, que estabelece o princípio geral da obrigatoriedade de licitação. Segundo o citado dispositivo, as obras, serviços, compras e alienações realizados pela Administração

¹³ O referido dispositivo é o fundamento constitucional de validade da chamada “Lei da Ficha Limpa” (Lei Complementar nº 135/2010), importante diploma legislativo que previu novas hipóteses de inelegibilidade além daquelas apontadas no texto constitucional, robustecendo a ideia de combate à corrupção também no campo dos direitos políticos.

¹⁴ BRASIL. *Emenda Constitucional de Revisão nº 4/1994*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/ECR/ocr4.htm>. Acesso em: 12 de março de 2019.

¹⁵ Art. 37. (...) XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente

Pública Direta e Indireta serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com o fito de assegurar a seleção da proposta financeiramente mais vantajosa ao ente público. Somente em hipóteses excepcionais, cujo tratamento foi delegado à legislação infraconstitucional (Lei nº 8.666/1993¹⁶), pode a Administração abdicar do procedimento.

Trata-se, uma vez mais, da criação de instituto que tem como função atuar na prevenção de condutas fraudulentas, por meio do estabelecimento de regras de procedimento que visam a impedir o gestor de direcionar indevidamente recursos públicos com base em interesses privados. Isto, em área especialmente sensível a práticas corruptivas, diante da íntima relação travada entre o Poder Público e o agente privado nas contratações de bens e serviços¹⁷.

Diante dessa breve digressão, resta nítido que a CRFB inaugurou uma nova era na tutela da moralidade, prevendo uma multiplicidade de instrumentos de combate preventivo e repressivo da corrupção – que vão além da mera resposta penal –, além de evidenciar o elevado valor que a defesa da moralidade recebeu aos olhos do Constituinte¹⁸. Cabe, na sequência, abordar a concretização desse princípio na legislação infraconstitucional, retratada na promulgação da LIA e da LAC, bem como os avanços trazidos por esses diplomas legais no combate da corrupção nas searas civil e administrativa.

permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. BRASIL, *Constituição...*, cit.

¹⁶ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 8.666/1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 12 de março de 2019.

¹⁷ Não por outra razão, ao eleger os 5 (cinco) maiores casos de corrupção já investigados pelo órgão até 2015, a Controladoria-Geral da União apontou episódios em que houve fraudes milionárias em contratos e licitações. BASÍLIO, Andressa. *Os maiores escândalos de corrupção do Brasil*. 31 de março de 2015. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Informacao/Dilemas/noticia/2015/03/os-maiores-escandalos-de-corrupcao-do-brasil.html>>. Acesso em: 15 de março de 2019.

¹⁸ Não por outra razão, a ação popular, remédio constitucional vocacionado à proteção, dentre outros princípios, da moralidade administrativa, foi erigida à categoria de direito fundamental, a teor do inciso LXXIII, do art. 5º, da CRFB. BRASIL, *Constituição...*, cit.

2. O combate à corrupção na lei de improbidade administrativa e na lei anticorrupção

A LIA¹⁹ trouxe inegáveis avanços ao sistema de tutela da moralidade pátrio, traduzindo reflexo da preocupação do Constituinte com a ética na Administração Pública e com o combate à corrupção e à impunidade no setor público. Promulgada cerca de quatro anos após o início de vigência da CRFB, representou a primeira grande inovação legislativa a respeito do tema após a Carta Magna, no esteio da separação efetuada pelo Constituinte originário entre as esferas de punição penal e o campo da improbidade²⁰, como asseverado na seção precedente.

Até a CRFB de 1988, a improbidade administrativa tinha como sujeito ativo apenas os agentes políticos. Os demais eram punidos apenas quando comprovado o enriquecimento ilícito no exercício da função pública²¹, situação que foi alterada com a promulgação da atual Carta Magna, na medida em que o Constituinte não vinculou a configuração de atos de improbidade ao enriquecimento ilícito e à ocorrência de danos ao erário²².

Essa ausência de necessária vinculação dos atos de improbidade ao enriquecimento ilícito e/ou à ocorrência de danos ao erário alargou sobremaneira o rol de condutas ímprobas que, em tese, poderiam ser previstas em sede infraconstitucional. O legislador ordinário, atento a essa questão, previu três categorias autônomas de atos de improbidade na LIA²³: os que geram

¹⁹ BRASIL. *Lei nº 8.429/1992...*, cit.

²⁰ Não é o objetivo deste trabalho estabelecer eventual diferença teórica entre os princípios da moralidade e da probidade administrativa, razão pela qual ambos os termos podem ser lidos como sinônimos no decorrer do texto. De todo modo, nota-se que a diferença parece existir apenas na letra da LIA, ao prever como ato de improbidade administrativa a violação do princípio da moralidade (art. 11), indicando que este estaria contido naquele, ao menos quando ambos são vistos como infrações.

²¹ DI PIETRO, *Direito Administrativo ...*, cit., p. 824.

²² SOUZA, Carolina Yumi de. Sistema anticorrupção, improbidade administrativa e o papel da Advocacia-Geral da União. In: HIROSE, Regina Tamami (Coordenadora). *Carreiras típicas de Estado: desafios e avanços na prevenção e no combate à corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 104.

²³ Em 2016, a Lei Complementar nº 157 acrescentou o art. 10-A à LIA, criando novo tipo de improbidade: qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o *caput* e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003. BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para

enriquecimento ilícito (art. 9º e incisos), os que geram prejuízo ao Erário (art. 10º e incisos) e os que atentam contra princípios da Administração Pública (art. 11 e incisos).

Tal sistematização tornou possível a inclusão de uma gama maior de condutas ímprobas, que envolvem não apenas atos de corrupção propriamente ditos – os quais se relacionam, no mais das vezes, ao recebimento de vantagens indevidas –, mas também ações correlatas, associadas à facilitação ou ocultação de atos corruptivos, tais como revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo (art. 11, inciso III) e negar publicidade aos atos oficiais (art. 11, inciso IV).

A amplitude do conceito de agente público, considerado o principal sujeito ativo do ato de improbidade, também é outro ponto de relevo que merece destaque. Segundo o art. 2º, qualquer indivíduo que desempenhe atividades públicas, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, pode ser considerado agente público para os fins da Lei. As sanções previstas no diploma também incidem sobre terceiro que, mesmo não sendo agente público, esteja de algum modo a ele vinculado (art. 3º), sendo, todavia, impossível que figure sozinho no polo passivo de uma ação por improbidade administrativa, diante da exigência dessa vinculação²⁴.

No que diz respeito às sanções previstas pela LIA, observa-se que o legislador foi além do rol indicado no art. 37, parágrafo 4º, da CRFB, prevendo, ainda, sanções diversas, como a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, a multa civil e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios (art. 12), com fundamento na ideia de que o Constituinte estabeleceu o mínimo: medidas que não poderiam deixar de ser previstas como consequências da prática de atos de improbidade.

Ainda no que diz respeito à imposição de sanções, a maior agilidade na apuração e responsabilização de agentes públicos e eventuais coautores e partícipes em sede de ações por improbidade administrativa costuma ser

Assuntos Jurídicos. *Lei Complementar nº 157/2016*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp157.htm#art4>. Acesso em: 12 de março de 2019.

²⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 1068.

outra vantagem do sistema inaugurado pela LIA apontada pela doutrina, contrapondo-se à maior morosidade do processo penal²⁵.

Concluindo os principais aspectos do diploma legal, ressalta-se a previsão de medidas cautelares patrimoniais, dentre as quais se destaca, para o escopo deste trabalho, a medida de indisponibilidade de bens constante do art. 7º, *caput* e parágrafo único. Trata-se do principal instrumento garantidor do ressarcimento aos cofres públicos em caso de condenação ao final do processo, notadamente no caso da prática de condutas subsumíveis aos incisos dos artigos 9º e/ou 10º.

Tal medida cautelar possui contornos peculiares na LIA, já que, diferentemente das medidas cautelares comuns²⁶, prescinde da comprovação do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo²⁷, facilitando a tarefa de recuperação de ativos e representando importante instrumento de combate à corrupção.

Ultrapassada a análise da LIA, que, como visto, estabeleceu um novo paradigma na tutela da probidade no âmbito civil, cabe tecer considerações a respeito da Lei nº 12.846/2013, chamada de Lei Anticorrupção (LAC)²⁸.

²⁵ MAEJIMA, Lidia. O combate à corrupção ao longo dos 30 anos da Constituição de 1988: marcos de uma evolução normativa e jurisprudencial. In: HIROSE, Regina Tamami (Coordenadora). *Carreiras típicas de Estado: desafios e avanços na prevenção e no combate à corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 219.

²⁶ A concessão de medidas cautelares no processo civil brasileiro exige o preenchimento concomitante de dois requisitos, a teor do art. 300, do Código de Processo Civil: probabilidade do direito e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 13.105/2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 12 de março de 2019.

²⁷ A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (tribunal responsável pela responsável pela uniformização de interpretação das Lei federais no país), em julgamento de recurso repetitivo, firmou a tese de que a decretação da indisponibilidade de bens em ação civil pública por ato de improbidade administrativa não depende da comprovação de dilapidação efetiva ou iminente de patrimônio, sob o fundamento de que o perigo na demora milita em favor da sociedade e está implícito na norma contida no art. 7º, *caput* e parágrafo único, da LIA (Tema 701). BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *A aplicação da ação civil pública no STJ*. 12 de fevereiro de 2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/A-aplica%C3%A7%C3%A3o-da-a%C3%A7%C3%A3o-civil-p%C3%BAblica-no-STJ>. Acesso em 15/03/2019.

²⁸ BRASIL, *Lei nº 12.846/2013* ..., cit.

A LAC também representa um marco no combate à corrupção, especialmente inserida no movimento de despenalização do sistema, em linha com o desenvolvimento do tema na comunidade internacional.

Diferentemente da LIA, promulgada pouco tempo após a entrada em vigência da CRFB, a LAC foi fruto do ambiente de crescente debate na comunidade internacional a respeito da evolução de mecanismos de combate à corrupção. Foi editada em cumprimento das obrigações internacionais assumidas pelo país com a assinatura da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo)²⁹, da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida)³⁰ e da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais³¹.

Dentre outras normas, tais convenções estabelecem como dever jurídico de seus signatários a tomada das providências necessárias à responsabilização civil, penal e/ou administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos corruptivos, como se observa do art. 26, da Convenção de Mérida³²; do art. 2º, da Convenção da OCDE³³; e do art. 10, da Convenção de Palermo³⁴.

No esteio dessas normas internacionais, a promulgação da LAC representou extraordinário avanço do sistema de combate à corrupção pátrio, ao prever explicitamente a responsabilização objetiva (independente de perquirição de elementos subjetivos, diferentemente da LIA), no âmbito civil e administrativo, de pessoas jurídicas que praticam atos lesivos contra a Administração Pública nacional ou estrangeira (art. 1º).

²⁹ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Decreto nº 5.015/2004*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em 12 de março de 2019.

³⁰ Firmada em 09 de dezembro de 2003, foi promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Decreto nº 5.687/2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 12 de março de 2019.

³¹ Promulgada no Brasil pelo Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000, foi celebrada no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) em 17 de dezembro de 1997. BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Decreto nº 3.678/2000*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm>. Acesso em: 12 de março de 2019.

³² BRASIL, *Decreto nº 5.687/2006* ..., cit.

³³ BRASIL, *Decreto nº 3.678/2000* ..., cit.

³⁴ BRASIL, *Decreto nº 5.015/2004* ..., cit.

Tais atos lesivos estão elencados nos incisos do art. 5º, da LAC e envolvem basicamente a solicitação, direta ou indireta, de vantagem indevida à agente público, bem como condutas correlatas que tenham o condão de patrocinar tais atos ilícitos ou dificultar a atividade de investigação dos órgãos de fiscalização, inclusive no campo das licitações e contratos.

Como bem observado por Di Pietro³⁵, enquanto a LIA possui como alvo principal o agente público (pessoa física) que pratica atos de improbidade administrativa, a LAC tem como propósito central responsabilizar a pessoa jurídica que atenta contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro. Há, neste ponto, uma importante dose de complementariedade entre os diplomas legais, não obstante não haja proibição normativa de aplicação da LIA às pessoas jurídicas³⁶.

Outro importante avanço proporcionado pela LAC, que também demonstra seu caráter complementar em relação à LIA, diz respeito ao fato de ter como foco o corruptor (aquele que oferece ou promete vantagem indevida a agente público), completando o sistema de responsabilidade não penal criado pela LIA. O agente público que solicita ou recebe vantagem indevida³⁷ é a figura principal da LIA, acompanhado ou não de terceiros a

³⁵ DIPIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Prefácio*. In: HIROSE, Regina Tamami (Coordenadora). *Carreiras típicas de Estado: desafios e avanços na prevenção e no combate à corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 23.

³⁶ A inclusão das pessoas jurídicas no conceito de “terceiros” contido no art. 3º, da LIA, é matéria controversa na doutrina e na jurisprudência brasileiras, cujo aprofundamento não faz parte do objeto deste artigo. Todavia, como bem anotado por Edmilson Machado de Almeida Neto, ainda que se entenda que pessoas jurídicas estão abarcadas no conceito de terceiros, remanescem dificuldades para a incidência prática da Lei em relação a estes sujeitos, diante da necessidade de demonstração do elemento subjetivo na LIA. Não por outra razão, o referido autor afirma existirem poucos julgados que demonstrem tal incidência. ALMEIDA NETO, Edmilson Machado de. *Combate à corrupção: uma análise do acordo de leniência e do programa de compliance na Lei nº 12.846/2013*. Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Brasília: 2015, p. 17-19.

³⁷ Toma-se, neste ponto, apenas como exemplo a principal conduta ligada à corrupção praticada pelo agente público, coibida nos incisos do art. 9º, da LIA, e no art. 317, do Código Penal, que, ao tratar da corrupção passiva, estabelece como crime a conduta de “solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem. BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Decreto-Lei*

ele vinculados; a pessoa jurídica que oferece ou promete vantagem indevida a agente público³⁸, por meio de seus representantes, é a figura central da LAC, o que preenche importante lacuna antes existente no ordenamento jurídico pátrio.

No que diz respeito especificamente à esfera civil de responsabilidade, a LAC conferiu legitimidade ativa para o ajuizamento da ação judicial ao Ministério Público e à União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 19, *caput*). As sanções previstas, que podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa (art. 19, parágrafo 3º), envolvem o perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração (art. 19, inciso I); a suspensão ou interdição parcial das atividades da empresa (art. 19, inciso II); a dissolução compulsória da pessoa jurídica (art. 19, inciso III); e a proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público por prazo determinado (art. 19, inciso IV).

Não bastassem os progressos já comentados, a LAC trouxe ainda dois mecanismos especiais vocacionados, respectivamente, a atuar na prevenção e na repressão da corrupção: o *compliance* e o acordo de leniência. Diante da relevância de tais instrumentos, que trazem um caráter inovador ao tema, passa-se a abordá-los, em separado, na próxima seção.

3. *Compliance* e acordo de leniência: um novo olhar sobre a apuração de atos de corrupção

O programa de *compliance* está expressamente previsto no artigo 7º, inciso VIII, da LAC³⁹, como circunstância atenuante da pena de multa, uma

nº 2.848/1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 de março de 2019.

³⁸ Do mesmo modo, toma-se apenas como exemplo a principal conduta ligada à corrupção praticada pelo particular, coibida no art. 5º, inciso I, da LAC, e no art. 333 do Código Penal, que, ao tratar da corrupção ativa, estabelece como crime a conduta de “oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício”. BRASIL, *Código Penal* ..., cit.

³⁹ Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: (...) VIII – a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia

das sanções previstas no âmbito da responsabilidade administrativa, ao lado da publicação extraordinária da decisão condenatória (art. 6º, incisos I e II)⁴⁰. Nota-se que a multa prevista pode alcançar patamares bastante elevados, situando-se no intervalo de 0,1% a 20% do faturamento bruto do último exercício financeiro anterior ao da instauração do processo administrativo, a teor do art. 6º, inciso I, o que torna a adoção de mecanismos de integridade pela empresa uma interessante estratégia sob o ponto de vista financeiro⁴¹.

Compliance pode ser definido como o conjunto de práticas e disciplinas adotadas pelas pessoas jurídicas no intuito de alinhar o seu comportamento corporativo à observância das normas legais e das políticas governamentais aplicáveis ao seu setor de atuação. A finalidade é prevenir e detectar ilícitos, a partir da criação de estruturas internas e procedimentos de integridade, auditoria e incentivos à comunicação de irregularidades, que forneçam um diagnóstico e elaborem um prognóstico das condutas e de seus colaboradores, com a aplicação efetiva de códigos de ética no respectivo âmbito interno⁴².

Em outros termos, a Administração Pública incentiva as empresas – notadamente aquelas que possuem maior contato com o Poder Público – a instituir procedimentos internos de controle, a elas delegando a estruturação pormenorizada de tais mecanismos. Essa delegação tem como fundamento

de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica. BRASIL, *Lei 12.846/2013* ..., cit.

⁴⁰ A LAC criou também, em seu art. 22, o Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP, com o intuito de reunir e dar publicidade às sanções aplicadas pelos órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e apontar informações a respeito de acordos de leniência celebrados.

⁴¹ Trata-se, sem dúvidas, de importante incentivo à adoção de práticas de integridade. É necessário o registro, todavia, de que se trata de estímulo limitado em comparação com a legislação de outros países, como o Reino Unido. A legislação britânica reconhece que não é faticamente possível impedir de forma absoluta todo e qualquer ato de corrupção, razão pela qual permite que a empresa não seja processada ou responsabilizada caso comprove possuir um efetivo programa de *compliance*. CARVALHO, Paulo Roberto. In: SOUZA, Jorge Munhós; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). *Lei Anticorrupção*. Salvador: Juspodivm, p. 53.

⁴² PFAFFENZELLER, Bruna. No rastro da corrupção praticada por pessoas jurídicas: da lei 12.846/2013 ao Projeto de Novo Código Penal. In: VITORELLI, Edilson (Org.). *Temas atuais do Ministério Público Federal*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 897.

normativo o art. 41, parágrafo único, do Decreto nº 8.420/2015⁴³ (que regulamenta o *compliance* previsto na LAC) e se baseia na ideia de que é a própria pessoa jurídica quem melhor compreende as características e os riscos da atividade que exerce.

Assim, o Estado compartilha com os entes privados a responsabilidade pela investigação de condutas corruptivas que porventura ocorram dentro do ambiente corporativo – o que representa a grande vantagem desse modelo, diante da impossibilidade material de fiscalizar todos os atos ocorridos dentro de cada empresa –, mantendo para si a tarefa de avaliar a existência e a aplicação do programa de *compliance*, conforme os parâmetros apontados no art. 42, do Decreto nº 8.420/2015⁴⁴.

Em contrapartida, repita-se, é garantida às pessoas jurídicas que possuem tais procedimentos de integridade a atenuação de eventual pena de multa que venha a ser aplicada em decorrência da prática de alguma das condutas vedadas pelo art. 5º, da LAC. Um olhar mais detido, todavia, revela que o *compliance* gera para a pessoa jurídica uma vantagem que vai além da mera redução da multa, representando um reforço positivo de imagem da empresa perante o mercado.

Nesse sentido, observa Rogério Sanchez que:

(...) é inegável que o instituto tem efeito secundário comercial de certificação da empresa que o adota. Este tipo de efeito midiático, para além de mera manobra de marketing, pode agregar valor imaterial à pessoa jurídica que realiza *compliance*, seja em decorrência da melhora de sua imagem e reputação

⁴³ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Decreto nº 8.420/2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso em: 12 de março de 2019.

⁴⁴ Dentre os parâmetros apontados, destaca-se a avaliação quanto à existência de padrões de conduta, códigos de ética, políticas e procedimentos de integridade voltados aos empregados da empresa e terceiros prestadores de serviço (incisos II e III); de medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade (inciso XI); de procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados (XII); e de monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos na LAC (inciso XV). BRASIL. Decreto nº 8.420/2015 ..., cit.

perante o mercado, seja na eliminação dos prejuízos que os atos de corrupção costumam representar.⁴⁵

Esse estímulo a um comportamento social e empresarial ético tem o condão de gerar um ciclo virtuoso no meio corporativo, em que a adoção do *compliance* pelas empresas passa a configurar medida fundamental, não apenas por gerar um benefício financeiro futuro em caso de infração da LAC, mas também pelo efeito imaterial que o programa agrega, o qual, ainda que por vias indiretas, também produz resultado financeiro favorável.

Por fim, a LAC previu também a figura do acordo de leniência, instrumento que, embora já existisse de modo esparso na legislação brasileira, ou se voltava especialmente à apuração de determinados crimes, como é o caso da Lei de Crimes Hediondos⁴⁶ e da Lei de Combate à Lavagem de Capitais⁴⁷ (esfera em que comumente é chamado de “colaboração premiada”), ou se voltava ao desvelamento de infrações à ordem econômica pelo CADE no âmbito do Direito Antitruste⁴⁸.

Não existia no ordenamento jurídico brasileiro, portanto, uma previsão do acordo de leniência que se situasse fora da esfera penal e fosse especialmente voltada ao combate de atos de corrupção⁴⁹. Daí a importância da

⁴⁵ CUNHA, Rogério Sanchez; SOUZA, Renee do Ó. *Compliance como instrumento de combate à corrupção*. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/05/15/compliance-como-instrumento-de-combate-corrupcao>>. Acesso em: 22 de março de 2019.

⁴⁶ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 8.072/1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm>. Acesso em: 15 de março de 2019.

⁴⁷ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 9.613/1998*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613.htm>. Acesso em: 15 de março de 2019.

⁴⁸ O acordo de leniência já era previsto na Lei nº 8.884/1994, após a inclusão dos artigos 35-B e 35C pela Lei nº 10.149/2000. Com a aprovação da nova Lei do CADE (Lei nº 12.529/11), manteve-se o instituto, previsto nos artigos 86 e 87. BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 12.529/11*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 15 de março de 2019.

⁴⁹ A Lei de Combate às Organizações Criminosas (Lei 12.850/2013), promulgada quase que concomitantemente à LAC, também previu o acordo de leniência, sob a denominação de colaboração premiada. Todavia, o instituto previsto nesta Lei se volta especialmente à apuração, na seara criminal, das infrações cometidas por organizações criminosas, o que foge do escopo deste artigo. BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.

criação do instituto pela LAC, que veio a preencher um importante espaço na difícil apuração da prática de atos de corrupção, os quais, diferente de outros ilícitos penais, podem ser praticados mediante uma série de condutas de complicada identificação, o que os torna, por vezes, infrações praticamente invisíveis.

Sobre as peculiaridades dos atos de corrupção, disserta Edmilson Machado de Almeida Neto:

Em primeiro lugar, devemos a sua particularidade ao fato de ser um crime invisível e oculto, ou seja, trata-se de um acordo entre o corrupto e o corruptor, sem a participação de outras pessoas ou testemunhas. Em segundo lugar, a corrupção não costuma deixar rastros: o crime pode ser praticado mediante inúmeras condutas cuja identificação é difícil, e, ainda que provada uma transação financeira, é necessário demonstrar que o pagamento tinha realmente por objetivo um suborno. Finalmente, a corrupção é um crime que não atinge uma vítima determinada, mas sim toda uma sociedade, o que, de certa forma, dificulta sua comunicação às autoridades, haja vista que não há um lesado que se sinta obrigado a tanto.⁵⁰

Nesse contexto, o acordo de leniência surge como uma moderna alternativa para desvelar atos de corrupção, por meio da qual o Estado, assim como ocorre no *compliance*, conta com a cooperação do setor privado. Tal auxílio se dá por meio da obtenção de informações e documentos que comprovem a prática do ilícito previsto na LAC⁵¹ e colaborem na identificação dos demais agentes envolvidos na infração (art. 16, incisos I e II). Em contrapartida, a pessoa jurídica faz jus à diminuição das penalidades que lhe seriam impostas em razão do fato delituoso, a fim de incentivá-lo a adotar essa conduta colaborativa, assim como também ocorre no *compliance*.

A principal diferença reside no fato de que, em se tratando do acordo de leniência, a colaboração se dá durante ou após a prática das infrações

Lei nº 12.850/13. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 15 de março de 2019.

⁵⁰ ALMEIDA NETO, *Combate à corrupção ...*, cit., p. 31.

⁵¹ Por meio do art. 17, a LAC permitiu que o acordo de leniência seja celebrado também com pessoas jurídicas responsáveis pela prática de infrações previstas na Lei nº 8.666/ 1993 (Lei Geral de Licitações e Contratos), ampliando o escopo de sua incidência.

previstas na LAC, razão pela qual o instituto se vocaciona principalmente à apuração de ilícitos já cometidos, não obstante se reconheça que a ampliação do seu emprego pode gerar algum efeito inibitório em relação a novas infrações⁵².

Como pressupostos para a celebração do acordo, estabeleceu o legislador que a pessoa jurídica deve ser a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito (art. 16, parágrafo 1º, inciso I); que ela cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo (art. 16, parágrafo 1º, inciso II); e que a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento (art. 16, parágrafo 1º, inciso III).

A fim de estimular a pessoa jurídica infratora a colaborar na apuração dos ilícitos previstos na LAC, o legislador previu os seguintes benefícios (art. 16, parágrafo 2º): isenção da sanção de publicar a decisão condenatória; isenção da sanção de proibição de recebimento de incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo Poder Público, sanção prevista na esfera de responsabilidade civil; redução de até 2/3 da multa aplicável. A reparação integral do dano causado, por outro lado, não é afastada em caso de celebração do acordo (art. 16, parágrafo 3º).

A LAC estipula, ainda, que o acordo de leniência deve ser celebrado entre a pessoa jurídica responsável pela prática do ato lesivo e a autoridade máxima do órgão ou entidade lesada (art. 16, *caput*). Em se tratando de atos lesivos contra a Administração Pública Federal e contra Administração Estrangeira, previu-se – acertadamente, diga-se, diante das vantagens que a centralização de tal atividade em um único órgão proporciona – que

⁵² Segundo Tiago Marrara, o acordo de leniência deflagra uma espécie de efeito preventivo geral na psique de possíveis novos infratores. Ao oferecer benefícios ao “infratoramigo”, o Estado introduziria um vírus de instabilidade nas relações entre potenciais infratores, de tal modo que, além de estar sob o risco constante de investigação e de punição por conta da ação *ex officio* do Estado, o infrator passaria a contar com a incerteza do comportamento dos próprios comparsas. MARRARA, Thiago. *Lei anticorrupção permite que inimigo vire colega*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-nov-15/thiagomarrara-lei-anticorrupcao-permite-inimigo-vire-colega>. Acesso em: 22/03/2019.

será a Controladoria-Geral da União (CGU) o órgão competente para a celebração dos acordos (art. 16, parágrafo 10).

Por fim, a LAC prevê que a celebração do acordo de leniência interrompe o prazo prescricional dos atos ilícitos nela previstos (art. 16, parágrafo 9º), além de estabelecer que, em caso de descumprimento, o processo será reiniciado e a pessoa jurídica ficará impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 anos (art. 16º, parágrafo 8º).

Considerações finais

A intrincada temática referente ao aperfeiçoamento dos instrumentos de combate à corrupção, em especial o seu desenvolvimento nas esferas civil e administrativa, ancorado na percepção da insuficiência da repressão penal, é tema dos mais relevantes no país. A despeito dos esforços legislativos efetuados nos últimos anos, percebe-se que a variedade de eventos que tem sido observada sustenta uma crescente apreensão do cidadão no que diz respeito à corrupção e seus efeitos nocivos para o país.

Nesse contexto, nota-se que o Brasil apresentou em 2018 a sua pior nota, desde 2012, no Índice de Percepção da Corrupção (IPC), ferramenta criada pela Transparência Internacional para medição da corrupção no mundo. O Brasil caiu da 96ª para a 105ª posição no ranking, que existe desde 1995 e reúne resultados de 180 países e territórios, indicando o nível percebido – pelo próprio cidadão – de corrupção no setor público⁵³.

Nesse mesmo sentido, pesquisas indicam que a preocupação do cidadão com a corrupção vem aumentando expressivamente ao longo dos anos, situando-se à frente de temas tradicionalmente mais estimados, como saúde e segurança⁵⁴. Esses dados demonstram que, não obstante os inegáveis progressos que a LIA e a LAC trouxeram ao sistema pátrio de combate à corrupção, já devidamente explanados no decorrer deste artigo, há ainda um longo caminho a ser percorrido.

⁵³ TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. Brasil. Disponível em: <<http://ipc2018.transparenciainternacional.org.br>>. Acesso em: 25/03/2019.

⁵⁴ VALOR ECONÔMICO. Corrupção é principal tema para 62% dos brasileiros, traz pesquisa. 31 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://www.valor.com.br/politica/5241743/corrupcao-e-principal-tema-para-62-dos-brasileiros-traz-pesquisa>. Acesso em: 25/03/2019.

É certo que o arcabouço normativo criado por esses diplomas não é indene de críticas. Se por um lado eles representaram um novo paradigma no campo da responsabilização civil e administrativa de agentes públicos e particulares, pessoas físicas e jurídicas, por outro a sua aplicação prática acusou a existência de falhas que podem e devem ser corrigidas. Como asseverado, é o objetivo deste trabalho contribuir, ainda que de forma tímida, no debate acerca do aperfeiçoamento da legislação pátria sobre o tema, apontando possíveis caminhos para o desenvolvimento do sistema.

Uma crítica bastante lembrada por parte da doutrina⁵⁵ diz respeito à proibição de realização de acordo, transação ou conciliação no âmbito da LIA (art. 17, parágrafo 1º⁵⁶). De fato, tal previsão parece estar em desacordo com o atual estágio de evolução dos estudos acerca do combate à corrupção. Como asseverado na seção precedente, são nítidas as vantagens da previsão do acordo de leniência na apuração dos atos de corrupção, não se vislumbrando razões que justifiquem a sua proibição expressa no âmbito da LIA.

Pelo contrário. Como, em essência, os atos de improbidade administrativa previstos na LIA se assemelham aos atos de corrupção previstos na LAC – até mesmo porque ambos representam, em última análise, transgressões do princípio constitucional da moralidade –, a utilização dos mesmos instrumentos de apuração é conclusão que se extrai por meio de raciocínio lógico. Ademais, como evidenciado no decorrer deste artigo, a LIA e a LAC apresentam nítido caráter complementar, servindo esta última Lei, em diversos momentos, para preencher vazios deixados por aquela, como, por exemplo, no que diz respeito ao sujeito objeto das sanções previstas em cada uma.

Entende-se que essa complementariedade poderia também se dar de modo inverso, servindo a LAC de inspiração para alterações legislativas da LIA, num verdadeiro sistema de influências recíprocas, até mesmo por conta de seu caráter mais recente. Daí porque se vê com bons olhos a proposta de alteração legislativa do art. 17, parágrafo único, da LIA, constante do

⁵⁵ Por todos, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. DI PIETRO, *Prefácio*, cit., p. 31.

⁵⁶ Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar. § 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput. BRASIL. *Lei 8.429/1992...*, cit.

“Projeto de Lei Anticrime”⁵⁷, recentemente enviado pelo Governo Federal ao Congresso Nacional, nos seguintes termos:

A transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata este artigo poderão ser celebradas por meio de acordo de colaboração ou de leniência, de termo de ajustamento de conduta ou de termo de cessação de conduta, com aplicação, no que couber, das regras previstas na Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

Entende-se que há também falhas pontuais a serem trabalhadas na estrutura normativa dos dois principais mecanismos de apuração de atos de corrupção previstos pela LAC e abordados na seção 3 deste artigo. No que diz respeito ao acordo de leniência, sem embargo do reconhecimento da inovação normativa que o instituto representa, a sua eficácia prática pode restar seriamente comprometida.

É que a LAC não estabelece quaisquer efeitos penais derivados da celebração do acordo. Logo, mantém-se possibilidade de persecução, na seara penal, de todos os envolvidos no ato de corrupção, inclusive daqueles que cooperaram efetivamente com as investigações por meio do acordo de leniência. Ora, como os representantes da pessoa jurídica – que são os sujeitos que, afinal, apresentarão concretamente as informações necessárias para a celebração do acordo – podem se sentir estimulados a colaborar com o Poder Público, sabendo que, no mais das vezes, quanto mais colaborarem em prol da redução da multa aplicável à empresa, mais implicados estarão pessoalmente na esfera penal?⁵⁸

Trata-se de um grave problema a ser solucionado, na medida em que são distintos os órgãos públicos envolvidos nas investigações no âmbito da LAC (CGU, em âmbito federal) e na esfera criminal (Ministério Público Federal – MPF), não havendo qualquer vinculação normativa quanto à eventual extensão dos benefícios provenientes dos acordos celebrados por cada órgão para a outra esfera de responsabilidade. Por outro lado, a duplicidade de

⁵⁷ BRASIL. Ministério da Justiça. *Projeto de Lei Anticrime*. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf>. Acesso em: 25/03/2019.

⁵⁸ FIDALGO, Carolina Barros. CANETTI, Rafaela Coutinho. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). *Lei Anticorrupção*. Salvador: Juspodivm, 2015, p.275.

órgãos públicos aos quais a empresa deve se dirigir também representa um obstáculo ao avanço dos acordos e gera um desafio burocrático que acaba por impedir, por vezes, a sua conclusão.

Neste ponto, vale ressaltar que, a despeito de a LAC ter entrado em vigência em fevereiro de 2014 e sido regulamentada em março de 2015, até janeiro de 2018 haviam sido iniciados apenas 183 processos administrativos contra empresas pela prática de atos de corrupção previstos na Lei, tendo tais procedimentos resultado na aplicação de 30 penalidades⁵⁹. Embora não seja possível afirmar com precisão que tais dados possuem relação direta com os problemas acima retratados, há que se reconhecer que a própria estrutura de incentivos criada pela Lei parte do pressuposto de que a colaboração com o Poder Público depende fundamentalmente de um estímulo efetivo ao particular, o que, como demonstrado acima, pode não se verificar na prática.

Essa situação se agrava ainda mais nos casos em que o ato lesivo não é praticado contra a Administração Pública Federal ou contra a Administração Estrangeira, já que, nesses casos, cabe à autoridade máxima de cada órgão ou entidade lesada decidir sobre sua celebração (art. 16, *caput*).

Defende-se que a solução dos problemas acima apontados passa por duas ações principais, que poderiam ser objeto de proposta legislativa. A uma, pela centralização da atribuição de celebrar acordos de leniência nos órgãos de controle interno de cada um dos entes federativos, o que tornaria menos complexas as negociações para celebração do acordo no âmbito estadual e municipal.

A duas, pela criação de norma jurídica que imponha uma obrigação normativa de atuação concertada entre os órgãos com atribuição para celebração do acordo de leniência nas esferas administrativa e penal, notadamente a CGU e o MPF, limitada a análise ao escopo deste trabalho. Nesse sentido, talvez um dever de comunicação entre os órgãos – antes mesmo de finalizado o acordo de leniência –, a partir do conhecimento de informações que impliquem, em juízo sumário, possível responsabilização penal da pessoa física envolvida, fosse o suficiente para solucionar o impasse. Seria reduzida a insegurança jurídica, garantindo-se ao delator a oportunidade

⁵⁹ EXAME. *Em 4 anos da Lei Anticorrupção, governo penaliza 30 empresas. 28 de janeiro de 2018.* Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/em-4-anos-da-lei-anticorruptao-uniao-penaliza-30-empresas>. Acesso em: 25/03/2019.

de buscar os benefícios penais de sua colaboração concomitantemente à celebração do acordo de leniência.

Entretanto, não se censura a notável tentativa de solução do problema apresentada no documento público intitulado “Novas Medidas contra a Corrupção”⁶⁰. Neste documento, que envolve uma série de propostas elaboradas por vários setores da sociedade com a finalidade de colaborar na evolução do sistema de combate à corrupção pátrio, consta uma interessante sugestão: atribui-se ao Ministério Público a competência exclusiva para celebrar acordos de leniência quando houver vinculação da eficácia probatória do acordo com acordos de colaboração premiada (feitos no âmbito criminal), diante da atribuição do órgão para estes.

Ou seja, soluciona-se o mesmo problema por meio diverso, muito embora se acredite ser uma tarefa complexa, em muitos casos, definir o exato alcance das provas produzidas ainda no início das negociações para celebração do acordo de leniência.

Por fim, observa-se que o *compliance* recebe críticas semelhantes da doutrina, que se referem à insegurança jurídica em torno da atenuação da pena de multa trazida pelo instituto, bem como à atratividade da adoção do programa, sopesando-se os custos e benefícios financeiros derivados da prática de atos de corrupção⁶¹. Com efeito, no art. 7º, da LAC, apenas se estabelece que a existência do programa de integridade será levada em consideração na aplicação das sanções previstas na Lei, o que significa dizer que poderá haver uma redução da pena de multa.

Todavia, a medida dessa redução em nenhum momento é estabelecida pelo legislador, nem mesmo na forma de patamares máximo e/ou mínimo, o que, de fato, deixa o benefício financeiro advindo da adoção do *compliance*

⁶⁰ Trata-se de documento elaborado no âmbito da campanha Unidos contra a Corrupção, autodenominada como uma “coalizão formada por organizações sem fins lucrativos, movimentos e instituições sem vínculos partidários, com atuação reconhecida no país, e que são representativas da sociedade civil, da academia e de governos locais”.

UNIDOS CONTRA A CORRUPÇÃO. *Novas medidas contra a corrupção*. Disponível em: <https://unidoscontraacorrupcao.org.br/assets/pdf/Novas_Medidas_pacote_completo.pdf>. Acesso em: 25/03/2019.

⁶¹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patricia Dittrich Ferreira. Compliance e Lei Anticorrupção nas empresas. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 52, número 205, 2015, p. 102. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p87.pdf. Acesso em: 22/03/2019.

dependente da discricionariedade de avaliação do Poder Público. Observa-se que a ausência de fixação objetiva do benefício econômico advindo da adoção do programa se mantém no âmbito infra legal, tendo em vista que mesmo o Decreto nº 8.420/2015⁶² se ocupa de estabelecer detidamente apenas os parâmetros que devem ser utilizados na avaliação do programa de integridade, mas não aborda objetivamente a medida das vantagens econômicas que podem ser auferidas.

Entende-se que, não obstante as vantagens da adoção do *compliance* sejam maiores do que os benefícios financeiros diretos advindos no caso da prática de ato de corrupção pela empresa, seria apropriado uma maior regulamentação do instituto, a fim de conferir um caráter mais objetivo à redução de pena e, por consequência, afastar a insegurança jurídica que permeia o tema. É importante observar que a absoluta ausência de balizas dessa redução pode até mesmo gerar discussões judiciais a respeito do valor da multa aplicada, o que somente prejudica a estrutura de incentivos que se pretende conferir a fim de estimular a adoção do programa pelas empresas.

Desse modo, a previsão de patamar mínimo da redução da pena de multa poderia gerar efeitos interessantes no próprio meio corporativo, tornando conhecidas as variáveis dessa equação comparativa entre os custos decorrentes da adoção do *compliance* e os benefícios financeiros diretos que podem dele advir. O ponto nodal da questão reside em tornar mais objetivos os benefícios, a fim de concretamente estimular a adoção do programa de integridade pelas empresas.

Esse objetivo parece também ser alcançado com a proposta de nº 43 apresentada no documento “Novas Medidas contra a Corrupção”, mencionado linhas atrás. Como forma de incentivar a adoção de programas de *compliance*, propõe-se no documento a ampliação da gama de sanções previstas na LAC – a partir da inclusão da declaração de inidoneidade e a consequente proibição de contratar com o poder público por prazo determinado –, ao passo em que se majoram os benefícios dados para empresas que tenham programas efetivos, com o estabelecimento de patamares máximos e uma indicação mais objetiva das hipóteses em que haverá incidirá a atenuante⁶³.

⁶² BRASIL. Decreto nº 8.420/2015 ..., cit.

⁶³ §1º. Os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do caput serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo Federal. §2º. A existência de um programa de integridade efetivo poderá reduzir a multa e o prazo da declaração de

Em conclusão, diante de todo o exposto, é inegável o imenso desafio que representa o combate à corrupção no país. Entende-se que os esforços voltados ao desenvolvimento do sistema devem ser contínuos, não se esgotando na atividade legislativa de criação de novos instrumentos, mas avançando sobre uma atuação concertada dos órgãos de fiscalização, não apenas na troca de experiências, mas na definição dos pontos que podem ser aprimorados na legislação.

Afinal, se o aperfeiçoamento dos atos de corrupção é dinâmico, o aprimoramento dos mecanismos de combate também deve sê-lo.

Referências

ALMEIDA NETO, Edmilson Machado de. *Combate à corrupção: uma análise do acordo de leniência e do programa de compliance na Lei nº 12.846/2013*. Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Brasília: 2015.

BASÍLIO, Andressa. *Os maiores escândalos de corrupção do Brasil*. 31 de março de 2015. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Informacao/Dile->

inidoneidade e proibição de contratar em até 1/2 (um meio), quando o ato lesivo tiver sido detectado pela empresa antes de sua identificação em investigação do Poder Público, tendo havido, ainda, a comunicação espontânea pela empresa à administração pública nacional ou estrangeira ou ao Ministério Público, antes da instauração de procedimento investigatório ou sancionador, com a investigação do ato e a disponibilização de todas as informações e provas pertinentes, tendo a empresa comprovado que o funcionamento do programa de integridade ao tempo do fato atendia aos padrões desta lei e da sua regulamentação, bem como adotado, em consequência, medidas de remediação e melhoria do programa de integridade. §3º. A existência de um programa de integridade poderá reduzir a multa e o prazo da declaração de inidoneidade e proibição de contratar em até 1/4 (um quarto), ainda que o ato lesivo não tenha sido detectado ou impedido, quando as evidências demonstrarem que mecanismos adequados de controle e integridade não seriam capazes de impedir ou detectar o ato lesivo e, simultaneamente, ficar comprovado que o funcionamento do programa de integridade, ao tempo do fato, atendia aos padrões desta lei e da sua regulamentação.” UNIDOS CONTRA A CORRUPÇÃO. *Novas medidas contra a corrupção*. Disponível em: https://unidoscontra corrupcao.org.br/assets/pdf/Novas_Medidas_pacote_completo.pdf. Acesso em: 25/03/2019.

mas/noticia/2015/03/os-maiores-escandalos-de-corrupcao-do-brasil.html>.
Acesso em: 15 de março de 2019.

BEHENA, Kele Cristine Diogo. *O princípio da moralidade administrativa e seu controle pela Lei de Improbidade*. Curitiba: Juruá, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRASIL. *Emenda Constitucional de Revisão nº 4/1994*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/ECR/ecr4.htm>.
Acesso em: 12 de março de 2019.

_____. Ministério da Justiça. *Projeto de Lei Anticrime*. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf>. Acesso em: 25/03/2019.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.
Acesso em: 12 de março de 2019.

_____. _____. _____. *Decreto-Lei nº 2.848/1940*. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 de março de 2019.

_____. _____. _____. *Decreto nº 5.015/2004*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em 12 de março de 2019.

_____. _____. _____. *Decreto nº 5.687/2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 12 de março de 2019.

_____. _____. _____. *Decreto nº 3.678/2000*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm>. Acesso em: 12 de março de 2019.

_____. _____. _____. *Decreto nº 8.420/2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso em: 12 de março de 2019.

_____. _____. _____. *Lei Complementar nº 157/2016*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp157.htm#art4>. Acesso em: 12 de março de 2019.

_____. _____. _____. *Lei nº 8.072/1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm>. Acesso em: 15 de março de 2019.

_____. _____. _____. *Lei nº 8.429/1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 12 de março de 2019.

- _____. _____. _____. _____. *Lei nº 8.666/1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 12 de março de 2019.
- _____. _____. _____. _____. *Lei nº 9.613/1998*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613.htm>. Acesso em: 15 de março de 2019.
- _____. _____. _____. _____. *Lei nº 12.529/11*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 15 de março de 2019.
- _____. _____. _____. _____. *Lei nº 12.846/2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm>. Acesso em: 12 de março de 2019.
- _____. _____. _____. _____. *Lei nº 12.850/13*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 15 de março de 2019.
- _____. _____. _____. _____. *Lei nº 13.105/2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 12 de março de 2019.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *A aplicação da ação civil pública no STJ*. 12 de fevereiro de 2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/A-aplica%C3%A7%C3%A3o-da-a%C3%A7%C3%A3o-civil-p%C3%BAblica-no-STJ>. Acesso em 15/03/2019.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012.
- CARVALHO, Paulo Roberto. In: SOUZA, Jorge Munhós; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). *Lei Anticorrupção*. Salvador: Juspodivm.
- CUNHA, Rogério Sanchez; SOUZA, Renee do Ó. *Compliance como instrumento de combate à corrupção*. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/05/15/compliance-como-instrumento-de-combate-corrupcao>>. Acesso em: 22 de março de 2019.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011.
- _____. Prefácio. In: HIROSE, Regina Tamami (Coordenadora). *Carreiras típicas de Estado: desafios e avanços na prevenção e no combate à corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- EXAME. *Em 4 anos da Lei Anticorrupção, governo penaliza 30 empresas*. 28 de janeiro de 2018. Dados disponíveis em: <https://exame.abril.com.br/brasil/em-4-anos-da-lei-anticorrupcao-uniao-penaliza-30-empresas>>. Acesso em: 25/03/2019.

- FIDALGO, Carolina Barros. CANETTI, Rafaela Coutinho. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). *Lei Anticorrupção*. Salvador: Juspodivm, 2015.
- FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- MAEJIMA, Lidia. O combate à corrupção ao longo dos 30 anos da Constituição de 1988: marcos de uma evolução normativa e jurisprudencial. In: HIROSE, Regina Tamami (Coordenadora). *Carreiras típicas de Estado: desafios e avanços na prevenção e no combate à corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- MARRARA, Thiago. *Lei anticorrupção permite que inimigo vire colega*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-nov-15/thiogomarrara-lei-anticorruptcao-permite-inimigo-vire-colega>. Acesso em: 22/03/2019.
- MPF. *Caso Lava-Jato*. Entenda o caso. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em: 15 de março de 2019.
- PFAFFENZELLER, Bruna. No rastro da corrupção praticada por pessoas jurídicas: da lei 12.846/2013 ao Projeto de Novo Código Penal. In: VITORELLI, Edilson (Org.). *Temas atuais do Ministério Público Federal*. Salvador: Juspodivm, 2015.
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patricia Dittrich Ferreira. Compliance e Lei Anticorrupção nas empresas. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 52, número 205, 2015. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p87.pdf. Acesso em: 22/03/2019.
- SILVA, Matheus Passos. Metodologia: oficina de redação de artigos científicos. In: *II Curso de Combate à Corrupção na Contratação Pública*. 18 a 26 de outubro de 2018. Lisboa: Universidade Nova de Lisboa, p. 25-30.
- SOUZA, Carolina Yumi de. Sistema anticorrupção, improbidade administrativa e o papel da Advocacia-Geral da União. In: HIROSE, Regina Tamami (Coordenadora). *Carreiras típicas de Estado: desafios e avanços na prevenção e no combate à corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. Brasil. Disponível em: <http://ipc2018.transparenciainternacional.org.br>. Acesso em: 25/03/2019.
- UNIDOS CONTRA A CORRUPÇÃO. *Novas medidas contra a corrupção*. Disponível em: https://unidoscontraacorrupcao.org.br/assets/pdf/Novas_Medidas_pacote_completo.pdf. Acesso em: 25/03/2019.
- UNODC. United Nations Office on Drugs and Crime Escritório de Ligação e Parceria no Brasil. *UNODC e Corrupção*. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corrupcao/index.html>. Acesso em: 15 de março de 2019.

VALOR ECONÔMICO. *Corrupção é principal tema para 62% dos brasileiros, traz pesquisa.* 31 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://www.valor.com.br/politica/5241743/corruptao-e-principal-tema-para-62-dos-brasileiros-traz-pesquisa>. Acesso em: 25/03/2019.

A importância da aplicação do modelo de conselho de prevenção da corrupção em Portugal no sistema brasileiro

The importance of implementation of the model of the council of corruption prevention in Portugal in the brazilian system

ISABELA SÁ FONSECA DOS SANTOS¹

PEDRO IVO MAGALHÃES MENEZES DE OLIVEIRA²

Resumo: A corrupção pública é um fenômeno nefasto de escala global. Corrói valores fundamentais do Estado democrático de Direito, como a promoção da cidadania, do desenvolvimento econômico e da igualdade social. Portugal aderiu nas últimas décadas a diversos instrumentos jurídicos internacionais, bem como envidou esforços legislativos para aperfeiçoar seu sistema jurídico de prevenção e combate à corrupção. Merece destaque a criação do Conselho de Prevenção da Corrupção (CPC), o qual recomendou a elaboração de Planos de Gestão de Risco de Corrupção e Infrações Conexas (PGRIC) para todas as entidades gestoras de dinheiro público. Este artigo fará uma breve exposição sobre o fenômeno da corrupção como preocupação global, sobre os aspectos da corrupção no Brasil e em Portugal e seus mecanismos de combate. Conclui que a adoção de modelos correlatos ao CPC português e os PGRIC contribuiriam para o incremento da política de prevenção à corrupção no Brasil, por serem instrumentos que auxiliam a análise integrada do fenômeno da corrupção. Contudo, para sua maior eficácia,

¹ Procuradora Federal.

² Procurador Federal.

Data de submissão: 02 de outubro de 2019.

seria necessário adicionar maiores garantias de participação cidadã, bem como deveriam ter caráter obrigatório e não apenas de recomendação.

Palavras-chave: *Corrupção. Prevenção. Conselho de Prevenção da Corrupção. Democracia. Participação cívica.*

Abstract: Public corruption is a harmful phenomenon on a global scale. It erodes fundamental values of the democratic rule of law, such as the promotion of citizenship, economic development and social equality. Portugal has adhered to several international legal instruments in recent decades, as well as made legislative efforts to improve its legal system to prevent and combat corruption. Noteworthy is the creation of the Corruption Prevention Council (CPC), which recommended the preparation of Corruption Risk Management Plans and Related Offenses (PGRCIC) for all public money management entities. This article will briefly discuss the phenomenon of corruption as a global concern, the aspects of corruption in Brazil and Portugal, and their combat mechanisms. It concludes that the adoption of correlated models to the Portuguese CPC and the PGRCIC would contribute to the increase of the corruption prevention policy in Brazil, since they are instruments that help the integrated analysis of the corruption phenomenon. However, for their greater effectiveness, it would be necessary to add greater guarantees of citizen participation, as well as they should be mandatory and not merely of recommendation.

Keywords: *Corruption. Prevention. Corruption Prevention Council. Democracy. Civic Participation.*

Introdução

A corrupção é uma ameaça ao Estado de Direito Democrático, prejudicando a fluidez das relações entre os cidadãos e a Administração, bem como obsta ao desejável desenvolvimento das economias e ao normal funcionamento dos mercados (OECI-CPLP, 2011:6).

O crime de corrupção, fenômeno universal e permanente em todas as fases históricas da humanidade, provoca consequências sociais e econômicas nocivas, atingindo valores relevantes como a democracia, a cidadania

e a igualdade social. Diante disso, a prevenção e repressão da corrupção se constituem em desafios precípuos a serem enfrentados pelos países democráticos de todo o mundo:

Por representar vetor causador de desequilíbrios sociais relevantes, ao atingir a necessária igualdade entre os cidadãos e desses para com o Estado, aprofundando injustiças e abalando o nível de confiança nas instituições – visto que “a percepção da corrupção tem se demonstrado como relevante para a desconfiança institucional e a legitimidade democrática” (MOISÉS, MENEGUELLO, 2013, p. 200), a corrupção prejudica o saudável desenvolvimento de qualquer sociedade e, economicamente, é um obstáculo à liberdade de concorrência e ao eficiente funcionamento do mercado, ao mesmo tempo ameaça os direitos à livre atuação econômica.

Visando combater essa realidade perniciosa, que perpassa a esfera jurídico-criminal e tem ressonância social e econômica, diversos países têm envidado esforços para aperfeiçoar seus respectivos sistemas jurídicos de combate à corrupção e delitos correlatos.

Foi assim, por exemplo, na Itália com o Código Antimáfia – Decreto-lei nº 159 de 2011 –, que compilou e articulou as leis vigentes de combate ao crime organizado desse país.

Nos Estados Unidos da América, norma promulgada nos anos 70, conhecida como Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act, a RICO – algo como Lei de Organizações Corruptas e Dedicadas à Extorsão, estabeleceu, pela primeira vez, uma correlação imediata entre crime organizado e corrupção, endurecendo o combate a esse tipo de crime, inclusive com ampliação da competência dos órgãos americanos de combate ao crime organizado, que passam a ter seus limites jurisdicionais desbordados para atos praticados em outros países.

A RICO foi definitivamente a pedra angular do combate ao crime organizado – e também à corrupção – nos EUA. Estabeleceu uma tipologia própria, por meio da cumulação de condutas que caracterizem “racketeering activity”. É inovadora porque, para além de tratar o crime organizado sob o seu ponto de vista sociológico – coisa que a Omnibus Act já fazia –, por meio da ideia de entidade – de uma estrutura organizacional com características distintas, identificável –, também se refere a esse ente como um elemento dinâmico, como um fenômeno dos sistemas sociais e econômicos, como empresa, que exerce uma atividade econômica lucrativa. Atividades econômicas criminosas, que

compõem um extenso rol alimentado por inúmeras leis estaduais e federais. Basta a incursão em duas dessas atividades para que a RICO se aplique, ative toda uma robustíssima musculatura estatal e determine a aplicação das pesadas penas previstas na lei. (WARDE, 2018, p. 25)

Décadas depois, esse mesmo instrumento legal influenciaria bastante, no Brasil, a Lei de Organização Criminosa.

No âmbito Europeu, foram desenvolvidas diversas medidas, entre as quais a Convenção penal contra a corrupção CPC/CE e a criação, em 1999, do GRECO, cujo objetivo é monitorizar o cumprimento pelos Estados, pertencentes ao Conselho da Europa, de medidas anticorrupção desenvolvidas no campo internacional.

Em Portugal, a adesão, ao CPC/CE ocorreu em 2001, através da Resolução da Assembleia da República n.º 68/2001, que trouxe, por corolário, sua entrada no GRECO. Outrossim, Portugal tem aderido nas últimas décadas a diversos instrumentos jurídicos internacionais de prevenção e combate à corrupção.

Já no Brasil, o surgimento das leis nº 12.850 (Lei de Organização Criminosa – Delação Premiada) e nº 12.846 (Lei Anticorrupção – Leniência) marcou uma verdadeira e positiva revolução em dois dos quatro pilares: no aparelhamento dos instrumentos de detecção da delinquência e na delineação de um severo sistema de punições, ampliando o já existente, posto no Código Penal, na Lei de Licitações, na Lei de Improbidade Administrativa, na Lei Antitruste, na regulação da Comissão de Valores Mobiliários e do Banco Central do Brasil, arrastando para o centro de imputação de responsabilidade não só as pessoas jurídicas que praticaram o ato, mas também aquelas que dele se beneficiaram. (WARDE, 2018).

No entanto, apesar do inegável avanço no aprimoramento dos mecanismos legais de repressão à corrupção, a fase de prevenção desse delito não tem tido a mesma sorte. Ainda são incipientes no ordenamento jurídico brasileiro instrumentos que garantam uma política estruturada e efetiva de prevenção desse fenômeno delituoso tão arraigado em nossa cultura.

À semelhança de outros crimes com características universais, o combate à corrupção impõe o reforço da cooperação internacional entre os Estados. Assim, se compreende que só uma perspectiva integrada do fenômeno da corrupção permitirá enfrentar esta ameaça e desenvolver adequadas ferramentas de prevenção e repressão. A integração tanto pode

se manifestar pelo viés normativo entre os Estados (adesão a convenções e tratados internacionais sobre a matéria, por exemplo) como pela opção de assimilação por um país de experiências, instrumentos e normas que se mostraram exitosos quando adotados por outro Estado.

Nesta concepção, Portugal, nação que guarda semelhanças culturais com o Brasil e comunga da mesma vivência social histórica com esse fenômeno, vem implementando um conjunto de medidas preventivas da corrupção, entre as quais se destacam a atualização do quadro normativo, em especial a criação do Conselho de Prevenção da Corrupção (CPC), bem como a recomendação da elaboração de Planos de Gestão de Risco de Corrupção e Infrações Conexas (PGRCIC) para todas as entidades gestoras de dinheiros públicos.

Este artigo tem o desiderato de, através de uma breve análise do Conselho de Prevenção da Corrupção (CPC) e das medidas por ele instituídas, perquirir a importância da implantação de um instrumento correlato no Brasil para incremento da política de prevenção à corrupção.

1. O fenômeno da corrupção como preocupação global

A corrupção política é um dos problemas mais severos e complexos enfrentados por novas e velhas democracias. No fundamental, ela envolve o abuso do poder público para qualquer tipo de benefício privado, inclusive, vantagens para os partidos de governo em detrimento da oposição. Ela fraudata, portanto, o princípio de igualdade política inerente à democracia, pois os seus protagonistas podem obter ou manter poder e benefícios (MOISÉS, 2013, p. 163).

Segundo Maquiavel, o autêntico espírito de igualdade, seja no respeito à organização social, seja na vontade de justiça social, é um dos pilares para afastar um povo da corrupção. Quando esse espírito é corrompido pelas fraquezas humanas, o povo se corrompe. (MAQUIAVEL, 1989 apud LORENTE, 2016). A essência no pensamento de Maquiavel é, como indica Bignotto, “a idéia de que a corrupção corrói as bases mesmas da vida política a tal ponto que pode destruir, de forma irreversível, seus fundamentos. Quando isso ocorre, estamos diante de um quadro de desolação no qual os costumes também estão degradados e não podem mais servir de anteparo para os atos ilícitos praticados pelos governantes” (BIGNOTTO, 2011, p. 38).

Se a corrupção viola o princípio da igualdade e sendo este um dos pilares de uma democracia, assim como a transparência e a defesa da coisa pública, é legítimo afirmar que são nas repúblicas e nas democracias onde a corrupção se coloca como problema crucial – ela é a morte da coisa pública, ao tempo em que esses regimes, republicanos e democratas, prometem sustentar o que é público.

A quebra da igualdade também propicia outra consequência nefasta para os Estados democráticos: desconfiança dos cidadãos para com suas instituições públicas.

A desconfiança reduz a previsibilidade de um sistema, ou seja, se o sujeito agir de uma forma que respeite o interesse público, ele duvida da ação de outros nesse mesmo sentido e espera que pode ser lesado, ao se colocar como parte de uma coletividade que possui um interesse público. Assim, esse sujeito tem menos incentivo a agir com respeito ao interesse público e pode tender a agir de acordo com seu interesse particular, fazendo pouco caso de considerar o interesse público (SZTOMPKA, 2003 apud LORENTE, 2016).

Diante desse quadro, nos países ditos como democráticos, a luta contra a corrupção nas últimas décadas tem se intensificado, passando a ser vista como um problema global com maior destaque a partir dos anos 90, devido principalmente à pressão efetuada por organizações e instituições internacionais (SOUZA, *et al.*, 2008, p.13 apud SIMÕES, 2013).

Em nível global, a preocupação contra a corrupção deu origem a algumas organizações, a exemplo do Grupo de Estados contra a Corrupção (GRECO), criado em 1999, pelo Conselho da Europa, cujo objetivo é monitorar o cumprimento pelos Estados, pertencentes ao Conselho da Europa, de medidas anticorrupção desenvolvidas no campo internacional.

Outro exemplo é a Transparência Internacional (TI), criada em 1993. Trata-se de uma organização não-governamental cujo objetivo principal se prende com a luta contra a corrupção e cuja atuação depende da colaboração de outras organizações nacionais voltadas para o mesmo fim.

2. Aspectos da corrupção no Brasil

Se, como se viu no tópico anterior, a corrupção ataca o princípio da igualdade de uma sociedade, num raciocínio inverso, a desigualdade, em seus

vários níveis, é uma de suas causas lógicas: “Uma das causas mais apontadas como geradoras de corrupção é a desigualdade social e econômica entre os cidadãos, que leva a um desequilíbrio que potencializa a procura de ‘vias alternativas’ às tidas como normais e moralmente corretas” (SOUZA, 2011 apud SIMÕES, 2013, p. 9).

Nesta perspectiva, sendo o Brasil um país com desigualdade social aguda, a corrupção acaba por encontrar campo fértil para se tornar uma realidade endêmica. Outrossim, a própria corrupção aprofunda estes desequilíbrios preexistentes e leva os cidadãos a procurar resoluções fora dos procedimentos normais, ou seja, a procurar soluções “alternativas” e mais céleres.

A desobediência às regras de igualdade corrompeu a democracia brasileira desde seu início. Mesmo inconsistente o pensamento com o conjunto social e com as formas de vida, que não se fazem ou desfazem por decreto, os propagandistas republicanos, descrentes na capacidade de crescimento natural do Brasil, buscaram um modelo que impusesse um crescimento ao país de fora para dentro, sob aprovação de outros. Dessa forma irresoluta, aponta Holanda que ‘a democracia no Brasil sempre foi um mal-entendido’ (1995, p. 180). (LORENTE, 2016, p. 224).

Outro aspecto da corrupção que torna esse fenômeno notadamente mais desafiante no Brasil é a relação entre desenvolvimento e corrupção. Quanto mais alto o nível de desenvolvimento econômico e social de uma nação, menor o nível de comportamento corrupto e, em consequência, de sua percepção pública. Moises trata esse tema com maestria:

“Desenvolvimento econômico: com base em uma concepção originalmente utilizada por sociólogos para explicar fenômenos como a democratização (LIPSET, 1960), alguns autores atribuíram ao desenvolvimento econômico papel determinante na formação e no uso de práticas tendentes a legitimar ou a embaralhar a distinção republicana entre as esferas pública e privada (MYRDAL, 1970; EKPO, 1979). Desenvolvimento e modernização, com suas conhecidas implicações para a transformação de relações econômicas e sociais e para o fortalecimento de uma ordem política livre, pública e plural, são vistos como condição necessária para a consolidação da capacidade do sistema político de coibir delitos contra o interesse público. Assim, em contraposição a características consideradas típicas das nações desenvolvidas, as

sociedades tradicionais ou atrasadas tenderiam a não distinguir, por exemplo, entre pagamentos legítimos e prebendas ilegais envolvendo as relações entre agentes públicos e privados, e estimulariam a tolerância social diante de comportamentos antirepublicanos. A idéia é que, diferentemente da experiência dos países que se modernizaram sob o impacto de transformações econômicas e sociais, as nações com baixos níveis de desenvolvimento não conseguiriam institucionalizar os procedimentos compatíveis com a distinção entre as esferas pública e privada, legitimando práticas de corrupção e de apropriação privada de recursos públicos. Neste caso, práticas e costumes tradicionais se chocariam com as próprias regras legais vigentes, dificultando o enforcement of the law e, assim, tornando inefetivo o princípio democrático do primado da lei. A evidência empírica existente mostra que fatores como o pagamento de prebendas, propinas ou contribuições financeiras em troca de benefícios obtidos na realização de serviços ou obras públicas correlacionam-se com os níveis de desenvolvimento econômico e social dos países estudados.” (MOISES, MENEGUELLO, 2013, p. 167)

Sendo um país extremamente desigual e ainda não plenamente desenvolvido, natural que o enfrentamento do fenômeno corrupção represente um desafio mais hercúleo para o Brasil.

Mas não são apenas esses aspectos que explicam a difusão da corrupção no Brasil. Desde a época colonial, existem no Brasil práticas que lesam o interesse público, podendo elas ser formal e legitimamente institucionalizadas em determinados regimes.

“A sociedade e o Estado no Brasil se constituíram com forte influência ibérica, criando características que se readaptaram e permaneceram em meio a tantas mudanças ao longo de mais de 500 anos desde o início da colonização portuguesa” (LORENTE, 2016, p. 220). A permanência atual de características influenciadas pelo iberismo, sobretudo o patrimonialismo e a cordialidade, definem aspectos da democracia brasileira.

Raymundo Faoro (2008), segundo LORENTE (2016), analisa o patrimonialismo português herdado pelo Brasil organizado em três aspectos fundamentais: a confusão entre as esferas pública e privada, o descolamento entre os homens de Estado e a sociedade e o capitalismo orientado pelo Estado. Todos viabilizaram o desenvolvimento da corrupção na máquina pública brasileira e permanecem atualmente, após tantos rearranjos sociais.

A cordialidade é identificada por Sergio Buarque de Holanda (1995) como um costume no Brasil, no qual sentimos e nos importamos mais por aqueles próximos afetivamente e menos por quem é nosso distante, mesmo em um contexto de Estado de direito, onde todos são considerados iguais como cidadãos. O espírito cordial favorece a corrupção em um Estado republicano quando um cidadão privilegia seu próximo em detrimento das leis desse Estado, como no nepotismo, no desvio de dinheiro público para o maior bem-estar da própria família ou na utilização de um cargo público como de posse privada no qual a família ou amigos partilham de benefícios previstos apenas para o portador daquele cargo, pois “a família vem sempre em primeiro lugar”. (LORENTE, 2016, p. 225)

Esse julgamento menos severo com os atos praticados pelas pessoas de seu círculo mais próximo não se reproduz quando se trata de julgar as ações dos órgãos públicos e seus agentes, fazendo com que o brasileiro, tolerante com as pequenas corrupções cotidianas da vida privada, identifique a vida pública como um ambiente promíscuo e pouco confiável. Esse desencanto com a vida pública explica, em boa parte, o baixo nível de participação dos brasileiros na esfera pública e associativismo – cultura cívica – neutralizando assim os efeitos preventivos que as ações de uma cidadania democrática imporiam à corrupção nas instituições do Estado.

Portanto, diante das características específicas da corrupção no Brasil supramencionadas, o enfrentamento desse fenômeno terá que atacar os pilares culturais que lastreiam a corrupção no país. É nesse ponto que investimentos na prevenção se mostram de estratégia crucial, à medida que envolvem necessariamente ações que irão exigir uma maior vigilância da sociedade para com os atos que violem o interesse público, inclusive na esfera privada e cotidiana, bem como seu próprio engajamento na vida pública, fortalecendo a democracia e abrindo portas para uma mudança em nossa cultura de não identificação e indiferença com a coisa pública.

2.1. Controle Institucional da Corrupção no Brasil

O controle realizado por burocracias não eleitas tem se mostrado mais importante no Brasil que a visão idealizada de políticos eleitos controlando burocratas. De certo modo, nossa teia de instituições de accountability

evoluiu muito mais pela via da conquista de autonomia e de atribuições por parte de instituições individuais (burocráticas, administrativas e judiciais) voltadas para o papel de controle, que propriamente pela ideia de um sistema integrado e racionalizado do ponto de vista de procedimentos e processos. O que há de articulação entre elas, quase sempre, deve-se ao voluntarismo de seus integrantes. (Arantes, 2010, p. 103)

O controle da corrupção no Brasil por meio da prevenção, viés abordado neste artigo, é realizado por diversas instituições. O Executivo federal conta com comissões de ética, com a Controladoria-Geral da União (CGU) e com a Advocacia-Geral da União (AGU). No legislativo, além das comissões de fiscalizações, um órgão vinculado a esse poder exerce um papel fundamental no controle à corrupção: o Tribunal de Contas da União (TCU). O Ministério Público, por fim, também executa ações na prevenção desse crime, embora sua atuação se dê predominantemente na repressão do delito.

A CGU, que tem a prerrogativa de instaurar procedimentos administrativos disciplinadores para apuração de irregularidades de conduta de servidores, no tocante à promoção de política de prevenção, estabelece diálogos com cidadãos, além de manter o banco de dados Portal da Transparência, através do qual o cidadão pode acessar contas do governo federal. Outrossim, a CGU coordena ações com outros órgãos e entidades da administração pública federal, compartilhando conhecimento técnico e informações. A Advocacia-Geral da União é um desses destinatários, uma vez que tem a prerrogativa de ajuizar ação civil pública para apurar improbidade administrativa de agentes públicos e requerer o ressarcimento do erário, mas é na atividade de controle prévio dos atos administrativos, sobretudo dos contratos e licitações, que a AGU contribui para prevenir o desvio de dinheiro público e demais atos corruptivos.

Assim como o TCU, tribunais de contas dos 26 estados e do Distrito Federal, além de outros tribunais de contas dos municípios, realizam a fiscalização administrativa e financeira das ações e dos contratos governamentais, emitindo pareceres técnicos e objetivando a probidade e o bom uso dos recursos públicos. Para se ter uma ideia da efetividade da atuação dos Tribunais de Contas no combate à corrupção, dados indicam que, em 2007, o TCU encontrou irregularidades em 85% das fiscalizações realizadas em obras, que vão de superfaturamento, irregularidade em processos licitatórios, ausência de projetos básicos entre outros.

Um avanço significativo nessa seara foi a promulgação da Lei nº 12.527/2011, que regulamentou o direito constitucional de acesso às informações públicas. A referida lei criou mecanismos que permitem que qualquer pessoa, física ou jurídica, sem necessidade de apresentar motivo, solicite e receba informações públicas dos órgãos e entidades (as regras valem para os três Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, Tribunais de Conta e Ministério Público, inclusive para entidades privadas sem fins lucrativos destinatárias de recursos públicos).

3. Combate à corrupção em Portugal

Portugal faz parte de algumas organizações internacionais com grande poder político e econômico, como a ONU e a UE. Não se pode negar que as políticas nacionais dos Estados levam em consideração as diretrizes dos órgãos decisórios europeus. Seguindo a tendência mundial de combate e prevenção da corrupção e suas consequências nefastas, Portugal tem aderido nas últimas décadas a diversos instrumentos jurídicos internacionais.

São exemplos: Convenção da OCDE contra a corrupção de agentes públicos estrangeiros nas transações comerciais internacionais; Convenção da UE relativa à proteção dos interesses financeiros das Comunidades Europeias; Convenção do Conselho da Europa relativa ao branqueamento, detecção, apreensão e perda dos produtos do crime e ao financiamento do terrorismo; Decisão-Quadro 2003/568/JAI do Conselho, de 22/7/2003 (relativa ao combate à corrupção no sector privado); Diretiva 2005/60/CE do Parlamento e do Conselho europeus, *verbi gratia*, Convenção relativa à luta contra a corrupção em que estejam implicados funcionários das Comunidades Europeias ou dos Estados-membros da União Europeia; Diretiva 2006/70/CE da Comissão Europeia, dentre outros.

Com a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, a ONU pretendeu fomentar as medidas para prevenção e combate à corrupção, bem como promover a “cooperação internacional e a assistência técnica na prevenção e na luta contra a corrupção, incluída a recuperação de ativos” (art. 1º da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção).

Neste diploma estão previstas normas para melhorar a eficácia dos institutos de prevenção e repressão da corrupção, cabendo a cada Estado Parte adotar, em conformidade com os princípios fundamentais do seu

direito interno, as medidas legislativas e outras que se revelem necessárias para alcançar tal fim.

Portugal ratificou a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (também conhecida por Convenção de Mérida) em 21 de setembro de 2007.

Porém, a preocupação em aperfeiçoar os instrumentos legais de prevenção e combate da corrupção e do crime organizado também tem se intensificado na legislação interna, como se depreende da aprovação, por exemplo, da Lei nº 36/94, de 29 de setembro (Medidas de combate à corrupção e criminalidade econômica e financeira), da Lei nº 101/2001, de 25 de agosto (Regime jurídico das ações encobertas para fins de prevenção e investigação criminal), da Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro (Medidas de combate à criminalidade organizada), do Decreto Regulamentar nº 3/2009, de 3 de fevereiro (criação no âmbito do Ministério da Justiça de uma base de dados de procurações), da Portaria nº 696/2009, de 30 de junho (Estabelece os termos e condições da disponibilização de acessos eletrônicos com valor de certidão às procurações registadas através da Internet), do Decreto-lei nº 371/83 de 6 de outubro (Estabelece disposições penais relativas à punição de atos de corrupção), a Lei nº 20/2008, de 21 de abril (Responsabilidade penal por crimes de corrupção no comércio internacional e na atividade privada), além do pacote anticorrupção de 2010 (que inclui diversas leis), entre outros.

Da legislação interna, merece destaque a criação do Conselho de Prevenção da Corrupção (CPC), pela Lei nº 54/2008.

3.1. O Conselho de Prevenção da Corrupção

O Conselho de Prevenção da Corrupção foi criado pela Lei nº 54/2008, de 4 de setembro de 2008, na sequência de esforços desenvolvidos pela Legislatura portuguesa em conformidade com a preocupação da prevenção da corrupção pelas organizações internacionais, de que Portugal é signatária, a exemplo dos já referidos Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção e Grupo de Estados contra a Corrupção do Conselho da Europa (GRECO).

Nos termos do art. 1º da Lei nº 54/2008, o CPC é uma “entidade administrativa independente, a funcionar junto do Tribunal de Contas, que

desenvolve uma actividade de âmbito nacional no domínio da prevenção da corrupção e infrações conexas”.

Trata-se de uma entidade colegial, presidida pelo Presidente do Tribunal de Contas, sem prejuízo da função judicativa própria do referido Tribunal, mas com autonomia e exterioridade relativamente a esse Tribunal.

Conforme bem explicado na exposição de motivos do Projeto de Lei nº 540/X, que culminou na aprovação da Lei do CPC “é consensual a estreita conexão entre os danos causados pela corrupção e actividades congêneres e a lesão ao interesse financeiro do Estado, que ao Tribunal de Contas cumpre salvaguardar” (Projecto de Lei n.º 540/X, 2008: 6).

As atribuições e competências do CPC estão encetadas no seu art. 2º:

1 – A actividade do CPC está exclusivamente orientada à prevenção da corrupção, incumbindo-lhe designadamente:

a) Recolher e organizar informações relativas à prevenção da ocorrência de factos de corrupção activa ou passiva, de criminalidade económica e financeira, de branqueamento de capitais, de tráfico de influência, de apropriação ilegítima de bens públicos, de administração danosa, de peculato, de participação económica em negócio, de abuso de poder ou violação de dever de segredo, bem como de aquisições de imóveis ou valores mobiliários em consequência da obtenção ou utilização ilícitas de informação privilegiada no exercício de funções na Administração Pública ou no sector público empresarial;

b) Acompanhar a aplicação dos instrumentos jurídicos e das medidas administrativas adoptadas pela Administração Pública e sector público empresarial para a prevenção e combate dos factos referidos na alínea a) e avaliar a respectiva eficácia;

c) Dar parecer, a solicitação da Assembleia da República, do Governo ou dos órgãos de governo próprio das regiões autónomas, sobre a elaboração ou aprovação de instrumentos normativos, internos ou internacionais, de prevenção ou repressão dos factos referidos na alínea a).

2 – O CPC colabora, a solicitação das entidades públicas interessadas, na adopção de medidas internas susceptíveis de prevenir a ocorrência dos factos referidos na alínea a) do n.º 1, designadamente:

a) Na elaboração de códigos de conduta que, entre outros objectivos, facilitem aos seus órgãos e agentes a comunicação às autoridades competentes

de tais factos ou situações conhecidas no desempenho das suas funções e estabeleçam o dever de participação de actividades externas, investimentos, activos ou benefícios substanciais havidos ou a haver, susceptíveis de criar conflitos de interesses no exercício das suas funções;

b) Na promoção de acções de formação inicial ou permanente dos respectivos agentes para a prevenção e combate daqueles factos ou situações.

3 – O CPC coopera com os organismos internacionais em actividades orientadas aos mesmos objetivos.

O CPC deve apresentar relatórios das suas atividades, identificando as atividades de risco agravado na Administração Pública e no Setor Público Empresarial, conforme prevê o art. 7º da Lei nº 54/2008:

1 – O CPC deve apresentar à Assembleia da República e ao Governo, até final de Março de cada ano, um relatório das suas actividades do ano anterior, procedendo sempre que possível à tipificação de ocorrências ou de risco de ocorrência de factos mencionados na alínea a) do n.º 1 do artigo 2.º e identificando as actividades de risco agravado na Administração Pública ou no sector público empresarial.

2 – São consideradas actividades de risco agravado, designadamente, as que abrangem aquisições de bens e serviços, empreitadas de obras públicas e concessões sem concurso, as permutas de imóveis do Estado com imóveis particulares, as decisões de ordenamento e gestão territorial, bem como quaisquer outras susceptíveis de propiciar informação privilegiada para aquisições pelos agentes que nelas participem ou seus familiares.

3 – O CPC pode elaborar relatórios intercalares sobre acções realizadas para cumprimento dos objetivos mencionados na alínea a) do n.º 1 do artigo 2.º, remetendo-os à Assembleia da República e ao Governo.

4 – Os relatórios do CPC podem conter recomendações de medidas legislativas ou administrativas adequadas ao cumprimento dos objetivos mencionados no artigo 2.º

Com relação a esse ponto (mapeamento de áreas e fatores de risco), foi realizado um estudo pelo CPP sobre prevenção da corrupção na Gestão Pública, em fevereiro de 2018, tendo sido consideradas áreas prioritárias as seguintes: contratação pública, administração pública eletrônica, ordenamento do território, urbanismo e ambiente, desportos e apostas, saúde

e farmacêuticas, forças de fiscalização e de polícia, segurança e defesa, sistemas político e judicial (MAIA, 2018, p. 3).

Merece destaque também o dever de colaboração por todas as entidades públicas, incluindo as decisões relativas a procedimentos criminais, com exceção das abrangidas pelo segredo de justiça, conforme prevê o art. 9º da referida lei:

Dever de colaboração com o CPC

1 – As entidades públicas, organismos, serviços e agentes da administração central, regional e local, bem como as entidades do sector público empresarial, devem prestar colaboração ao CPC, facultando-lhe, oralmente ou por escrito, as informações que lhes forem por este solicitadas, no domínio das suas atribuições e competências.

2 – O incumprimento injustificado deste dever de colaboração deverá ser comunicado aos órgãos da respectiva tutela para efeitos sancionatórios, disciplinares ou gestionários.

3 – Sem prejuízo do segredo de justiça, devem ser remetidas ao CPC cópias de todas as participações ou denúncias, decisões de arquivamento, de acusação, de pronúncia ou de não pronúncia, sentenças absolutórias ou condenatórias respeitantes a factos enunciados na alínea a) do n.º 1 do artigo 2.º

4 – Devem igualmente ser remetidas ao CPC cópias dos relatórios de auditoria ou inquérito do Tribunal de Contas e dos órgãos de controlo interno ou inspecção da Administração Pública central, regional ou local, ou relativos às empresas do sector público empresarial, que reportem factos enunciados na alínea a) do n.º 1 do artigo 2.º ou deficiências de organização dos serviços auditados susceptíveis de comportar risco da sua ocorrência.

5 – Após a apresentação à Assembleia da República, deve ser remetida ao CPC, pela Procuradoria-Geral da República, uma cópia da parte específica do relatório sobre execução das leis sobre política criminal relativa aos crimes associados à corrupção, bem como os resultados da análise anual, efectuada pelo Ministério Público junto do Tribunal Constitucional, das declarações apresentadas após o termo dos mandatos ou a cessação de funções dos titulares de cargos políticos.

O CPC, então, desenvolve a sua função de prevenção da corrupção a partir da análise de elementos de informação provenientes tanto das ações

de auditoria e inspeção sobre as atividades da Administração Pública, como das decisões de procedimentos criminais.

Com base nas informações recebidas, o CPC realizou um estudo de mapeamento de áreas e fatores de risco. Até final de 2017 foram recebidas um total de 2001 comunicações. A maior parte delas (1725) referiam-se a decisões judiciais, e um grupo menor (276) a relatórios de auditoria. Das decisões judiciais, apenas 405 continham elementos probatórios da ocorrência de crime praticado por funcionário contra os serviços (MAIA, 2018, p. 4).

A análise da documentação revelou que são mais frequentes o peculato (associado sobretudo aos crimes de falsificação de documento e abuso de poder) e a corrupção (mais associada à participação econômica em negócio e ao tráfico de influência), sendo que “na sua grande maioria as ações delituosas objeto das situações reportadas são praticadas individualmente por funcionários de todos os níveis hierárquicos das estruturas dos serviços.” (MAIA, 2018, p. 3).

Merece realçar que o CPC não tem poderes de investigação ou competências de prossecução criminal, sendo, como já visto acima, uma entidade administrativa independente. Não há, portanto, interferência do CPC nas competências atribuídas às autoridades de investigação penal, nem às conferidas ao Ministério Público ou à Administração Pública em matéria disciplinar.

Assim, o CPC suspenderá a recolha e tratamento das informações, quando, no âmbito de sua atividade, forem evidenciados fatos capazes de serem tipificados como infrações penais, e comunicará tal suspensão às autoridades competentes, que lhe poderão solicitar o envio de todos os documentos pertinentes. (artigo 8º, da Lei nº 54/2008, de 4 de setembro).

Uma das principais ações desenvolvidas pelo CPC, na busca da prevenção da corrupção, são as recomendações, das quais merece realce a Recomendação n.º 1/2009, que prevê a elaboração de Planos de Prevenção e Gestão de Riscos de Corrupção (PGRCIC), para a Administração Pública, seja qual for a sua natureza – de direito público ou de direito privado, administrativa ou empresarial.

3.2. Planos de Prevenção e Gestão de Riscos de Corrupção

Sabendo-se que a corrupção consituiu violação manífeta aos princípios norteadores do interesse público, o CPC deliberou por mapear a corrupção. Prevê a Recomendação n.º 1/2009 que “Os órgãos dirigentes máximos das entidades gestoras de dinheiros, valores ou património públicos, seja qual for a sua natureza, devem, no prazo de 90 dias, elaborar planos de prevenção e gestão de riscos de corrupção e infrações conexas”

Merece destacar que o CPC concentrou seus esforços imediatos nas áreas da contratação e da concessão dos benefícios públicos. Para tal, elaborou um questionário destinado a avaliar os riscos nessas referidas áreas a todos os dirigentes máximos das entidades, serviços e organismos da administração pública central e regional, direta e indireta, bem como a todos os municípios, inclindo o setor empresarial local, que procedessem ao seu preenchimento por via eletrônica, tendo em conta o dever de colaboração previsto no artigo 9.º da lei n.º 54/2008, de 4 de setembro (Recomendação n.º 1/2009).

Foram respondidos e enviados 700 questionários pelas entidades públicas, uma amostra representativa. Após analisar as respostas recebidas, o CPC concluiu que as áreas analisadas da contratação pública e da concessão de benefícios públicos apresentavam riscos elevados de corrupção, que mereciam planos de prevenção (Recomendação n.º 1/2009).

Assim, foi aprovada a recomendação para a criação de Planos de Prevenção e Gestão de Riscos de Corrupção (PGRIC), pelas entidades gestoras de dinheiros, valores ou património públicos, as quais deveriam elaborar e enviar para o CPC o respetivo PGRIC, no prazo de 90 dias. Caberão aos dirigentes máximos das unidades gestoras a elaboração do PGRIC (Recomendação n.º 1/2009). Como tal, são os dirigentes de cada unidade orgânica que devem ser responsabilizados pelas propostas de PGRIC dos seus departamentos e pela sua execução efetiva.

Ainda existem entidades públicas que não cumpriram o estipulado neste diploma. Apesar de se tratar de uma recomendação (portanto sem carácter obrigatório), a falta de entrega dos PGRIC ao CPC é motivo para responsabilidade agravada em caso de serem detectadas falhas nas auditorias que os serviços de inspeção estatal realizam às entidades públicas (art. 7.º da Lei n.º 54/2008). Além disso, o incumprimento injustificado do dever de colaboração com o CPC deverá ser comunicado

aos órgãos da respetiva tutela para efeitos sancionatórios (art. 9.º, Lei nº 54/2008).

Embora o PGRIC seja aplicável a todas as entidades gestoras de dinheiros, valores ou património públicos, é nos municípios que estão concentrados os principais fatores de corrupção. Além disso, falta de transparência do sistema e a ausência de fiscalização permitem o desenvolvimento de práticas de corrupção (MORGADO, 2003 apud BONDOSO, 2015).

Em análise das comunicações judiciais recebidas em dezembro de 2017, o CPC constatou que 44,6% (182 comunicações) são provenientes da Administração Local (autarquias e universo autárquico, incluindo entidades e empresas municipais e intermunicipais). Os municípios por si só representam cerca de 1/3 do total das comunicações judiciais – 118 comunicações – 28,9% (CPC, 2017).

Nos municípios estão concentrados os principais fatores de corrupção, dada a concentração dos poderes de decisão no que se refere os mercados de obras públicas e de imobiliário. A falta de transparência do sistema e a ausência de fiscalização permitem o desenvolvimento de práticas de corrupção. Daqui se depreendem duas críticas fundamentais ao nosso poder político-administrativo. Por um lado, a má conceção das relações entre os indivíduos e o aparelho político-administrativo, com a acumulação de cargos, a não limitação de mandatos, a concentração excessiva de poderes nas mãos dos Presidentes das Câmaras municipais e, por outro, a burocracia excessiva, estimulada pela complicação das leis, dos Planos diretores municipais e do excesso de poder (morgado, 2003, citado por Cunha et al., 2011) (BONDOSO, 2015, p. 40).

Um dos principais desafios que os municípios enfrentam está na incorporação de mecanismos que permitam criar sistemas mais transparentes de administração e levem os governos locais a potencializar o desenvolvimento económico e social. Nessa linha, verifica-se que o PGRIC é um documento transversal que interessa e afeta todos os membros do município – dirigentes, trabalhadores e colaboradores (CUNHA, *apud* BONDOSO, 2015).

Além disso, é também um excelente instrumento de gestão. Sua utilidade, portanto, vai para além da prevenção da corrupção, gerando impactos positivos na gestão em seu amplo aspecto (melhorias na administração e prevenção de riscos).

A elaboração do PGRICIC compreende várias etapas: 1: Análise da entidade (levantamento de toda a informação indispensável para a elaboração do documento); 2. Identificação e classificação dos riscos de corrupção; 3: Definição das medidas preventivas e corretivas; 4: Definição das áreas de atuação e identificação dos responsáveis por cada área de atuação; 5: Redação do PGRICIC; 6. Controle e Monitoração do PGRICIC (CUNHA, *apud* BONDOSO, 2015).

Com o objetivo de facilitar a elaboração dos PGRICIC, o CPC definiu os elementos que devem constar no referido documento, são eles (Recomendação n.º 1/2009)

- a) Identificação, relativamente a cada área ou departamento, dos riscos de corrupção e infrações conexas;
- b) Com base na referida identificação de riscos, indicação das medidas adoptadas que previnam a sua ocorrência (por ex., mecanismos de controle interno; segregação de funções, definição prévia de critérios gerais e abstratos, designadamente na concessão de benefícios públicos e no recurso a especialistas externos, nomeação de júris diferenciados para cada concurso, programação de acções de formação adequada, etc.);
- c) Definição e identificação dos vários responsáveis envolvidos na gestão do plano, sob a direcção do órgão dirigente máximo;
- d) Elaboração anual de um relatório sobre a execução do plano.

A Associação Nacional de Municípios Portugueses (2009), por sua vez, com a intenção de facilitar a elaboração dos PGRICIC, elaborou um modelo tipo de PGRICIC, que visou servir de referência para todos os municípios portugueses, cuja estrutura comporta: 1) compromisso ético; 2) organograma e identificação dos responsáveis; 3) Identificação das áreas e actividades, dos riscos de corrupção e infrações conexas, da qualificação da frequência dos riscos, das medidas e dos responsáveis; 4) implementação, controle e monitorização do PGRICIC (de forma a assegurar a eficácia das actividades, prevenindo a ocorrência de situações que facilitem a corrupção).

Os Planos de Prevenção e Gestão de Riscos de Corrupção são um instrumento importante para a prevenção dos riscos de corrupção, por constituírem um instrumento de gestão fundamental que permitirá evitar

ou diminuir a sua ocorrência e, quando ocorra, aferir a responsabilidade financeira e criminal (OECD – CPLP, 2011).

Verifica-se, assim, que o PGRCIC é um documento que interessa e afeta todos os membros do município e que tem uma posição central no contexto dos mecanismos de controle da corrupção, sendo também um importante instrumento de gestão. Apesar de sua importância, ainda hoje existem entes públicos que ainda não cumpriram o estipulado no referido diploma, o que nos leva a concluir que o PGRCIC deveria ter caráter obrigatório e não apenas de uma recomendação.

4. Relevância de um instituto correlato ao CPC português no sistema brasileiro

Apesar de o Brasil possuir uma rede de instituições e leis para prevenção da corrupção extrema, sua eficácia ainda não é de todo satisfatória, sendo necessária a adoção de outros mecanismos de controle e prevenção para tornar o combate à corrupção mais efetivo.

Um dos entraves à maior eficiência do controle à corrupção se dá na falta de integração e coordenação entre os diversos órgãos e entidades que possuem atribuições de controle dos atos públicos e, por corolário, enfrentamento da corrupção.

Essa falta de integração entre atores no combate à corrupção, no entanto, é um problema nas democracias, onde as iniciativas de controle são espalhadas, devido ao pluralismo de interesses sociais e políticos. Para uma maior eficiência no combate à corrupção, é preciso criar meios democráticos que comprometam a sociedade inteira e que a articulem, tanto na esfera civil como na pública, ao controle da corrupção e à construção de um sistema de integridade e de valores públicos. (LORENTE, 2016, p. 225)

A problemática que esse artigo levanta começa a se deslindar nesse ponto. Isso porque o Conselho de Prevenção da Corrupção vem justamente preencher esse papel em Portugal, uma vez que sua atribuição precípua é o recolhimento e a organização de informações relativas à prevenção da ocorrência de fatos de corrupção ativa ou passiva, de criminalidade econômica e financeira, de branqueamento de capitais, de tráfico de influência,

de apropriação ilegítima de bens públicos, entre outros (art. 2º, alínea a, da Lei nº 54/2008).

A concentração em um só órgão das informações estratégicas relacionadas às atividades delituosas com o bem público permite a elaboração de estudos e mapeamentos de áreas e fatores de riscos que, no Brasil, ensejariam a construção de estratégias integradas de prevenção à corrupção.

No entanto, a coordenação entre órgãos na prevenção e combate à corrupção não é o único óbice para expurgar de forma satisfatória esse delito das instituições brasileiras. A pouca participação cívica de seus cidadãos, como já abordado anteriormente, acaba por enfraquecer os efeitos dos mecanismos de controle da corrupção.

Arantes *et al.* (2010) destacam que o papel de instituições burocráticas no controle da corrupção, sob o signo de independência política, não requer a participação da sociedade nem diretamente nem através de seus representantes eleitos (que também exerçam papéis de fiscalizadores, mas em menor intensidade do que as instituições burocráticas). Ou seja, a participação cidadã, fundamental no combate à corrupção, não tem sido significativamente fomentada no combate à corrupção no Brasil pelas instituições burocráticas. Filgueiras (2011) acrescenta ainda que a transparência sozinha não combate a corrupção: a participação cidadã ativa na fiscalização é essencial. A transparência precisa ir em direção à *accountability*, ou seja, à responsabilização de agentes públicos e políticos por suas ações, tanto em esfera judicial e burocrática como na sociedade civil. (LORENTE, 2016, p. 225)

A própria Organização das Nações Unidas (ONU) estabelece em sua Convenção a relevância da participação cidadã no combate à corrupção:

Artigo 13: Participação da sociedade

1. Cada Estado Parte adotará medidas adequadas, no limite de suas possibilidades e de conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, para fomentar a participação ativa de pessoas e grupos que não pertençam ao setor público, como a sociedade civil, as organizações não-governamentais e as organizações com base na comunidade, na prevenção e na luta contra a corrupção, e para sensibilizar a opinião pública a respeito à existência, às causas e à gravidade da corrupção, assim como a ameaça que

esta representa. Essa participação deveria esforçar-se com medidas como as seguintes:

- a) Aumentar a transparência e promover a contribuição da cidadania aos processos de adoção de decisões;
- b) Garantir o acesso eficaz do público à informação;
- c) Realizar atividade de informação pública para fomentar a intransigência à corrupção, assim como programas de educação pública, incluídos programas escolares e universitários;
- d) Respeitar, promover e proteger a liberdade de buscar, receber, publicar e difundir informação relativa à corrupção. Essa liberdade poderá estar sujeita a certas restrições, que deverão estar expressamente qualificadas pela lei e ser necessárias para: i) Garantir o respeito dos direitos ou da reputação de terceiros; ii) Salvaguardar a segurança nacional, a ordem pública, ou a saúde ou a moral públicas.

2. Cada Estado Parte adotará medidas apropriadas para garantir que o público tenha conhecimento dos órgãos pertinentes de luta contra a corrupção mencionados na presente Convenção, e facilitará o acesso a tais órgãos, quando proceder, para a denúncia, inclusive anônima, de quaisquer incidentes que possam ser considerados constitutivos de um delito qualificado de acordo com a presente Convenção.

Resta evidente, portanto, que a efetivação de mecanismos comunitários de integração da sociedade com o Estado se torna elemento substancial na luta contra a corrupção, à medida que permite uma maior apropriação do sentido da coisa pública pela sociedade civil, diminuindo a desconfiança dessa em relação às instituições públicas, além de robustecer a fiscalização dos atos da administração e execução do orçamento público, dificultado desvios e outras irregularidades.

Nesse sentido, o CPC português igualmente representa um avanço, à medida que, na sua composição, há a previsão de um membro da sociedade civil (original sem grifos):

Lei 54/2008 – art. 13 – composição:

O CPC é presidido pelo Presidente do Tribunal de Contas e tem a seguinte composição:

- a) Director-geral do Tribunal de Contas, que é o secretário-geral;
- b) Inspector-geral de Finanças;

- c) Inspector-geral das Obras Públicas, Transportes e Comunicações;
- d) Inspector-geral da Administração Local;
- e) Um magistrado do Ministério Público, designado pelo Conselho Superior do Ministério Público, com um mandato de quatro anos, renovável;
- f) Um advogado, nomeado pelo conselho geral da Ordem dos Advogados, com um mandato de quatro anos, renovável;
- g) Uma personalidade de reconhecido mérito nesta área, cooptada pelos restantes membros, com um mandato de quatro anos, renovável.**

Vale destacar que o próprio Plano de Prevenção e Gestão de Riscos de Corrupção (PGRIC), criado pelo CPC a partir da análise do mapeamento desses delitos em Portugal, mostra-se um instrumento interessante para ser replicado no Brasil, posto que faz como que cada órgão público se debruce sobre o seu próprio mapeamento de risco de corrupção e adote mecanismos para preveni-lo.

O efeito positivo que a adoção de planos de prevenção de riscos de corrupção por cada ente público – aí compreendidos os municípios, estados e União federal, incluindo as autarquias, empresas públicas e órgãos internos de cada ente citado – é inegável e seria maximizado se, dentre os pontos obrigatórios a serem observados em cada plano, estivesse a necessária participação da sociedade civil.

Ademais, outro aspecto que merece ressaltar no modelo do PGRIC é a ausência de obrigatoriedade de sua implantação, sendo uma mera recomendação para as entidades públicas gestoras do erário português (embora, como já visto, a falta de entrega dos PGRIC ao CPC é motivo para responsabilidade agravada em caso de serem detectadas falhas nas auditorias que os serviços de inspeção estatal realizam às entidades públicas – art. 7º da Lei nº 54/2008).

Pelos aspectos culturais que o fenômeno da corrupção assume no Brasil, já debatido nesse artigo, instrumentos que não se revestem de uma de coercitividade tendem a não lograr êxito, visto que o agente público, como parte integrante da sociedade que é, padece das mesmas imperfeições desta, não sendo prudente deixar a seu critério a adoção ou não de medidas que podem, eventualmente, se voltar contra si.

Para conhecer-se o fenômeno da corrupção, em nossa sociedade, deve-se combinar a leitura antropológica com a política. Os costumes, na corrupção,

não são uma vaga descrição dos modos de ser, de *ethoi* privados, mas a questão política por excelência. Discutir a corrupção é um tema de antropologia política: aqui estamos na charneira em que os costumes e a política se exigem um ao outro. (RIBEIRO, 2000, p. 165)

Vale apontar que, mesmo em Portugal, talvez pelo caráter apenas recomendatório, 47,6% dos Municípios não apresentaram qualquer plano de prevenção de riscos de corrupção – o dado inclui entidades que desenvolvem atividades de interesse público com um cariz social (CPC, 2017, p. 21), demonstrando, assim, que a abrangência desse mecanismo poderia ser mais ampla se sua implantação fosse obrigatória.

Considerações finais

Verifica-se que o combate à corrupção no Brasil requer, ante de tudo, retomar o sentido de “coisa pública”. A corrupção começa com a corrupção dos costumes, com a perda da noção do que é público.

Destarte, qualquer plano de enfrentamento desse problema deve garantir mecanismos que incentivem a ampla participação cidadã na vida pública, no desiderato de contribuir para a transformação da sociedade, seja na retomada da confiança desta com suas instituições estatais, seja no incremento da identidade do cidadão com a *res* pública, reduzindo, dessa forma, práticas nefastas causadas pela influência do patrimonialismo e cordialidade, elementos ainda presentes em nosso estrato social. Igualmente, faz-se imprescindível que o sistema de controle de práticas de corrupção já existente, diluído em diversas entidades e órgãos, atue com coordenação e unicidade, para que a sua eficácia seja tão relevante quanto a ameaça que esse fenômeno representa para a democracia brasileira.

Nessa perspectiva, observa-se que o CPC, assim como o PGRIC, são mecanismos que, uma vez implementados no Brasil, contribuiriam significativamente na prevenção da corrupção, além de se configurarem como importantes instrumentos de gestão. No entanto, apesar de sua reconhecida importância, seria necessário adicionar maiores garantias de participação cidadã nos PGRIC's, que, outrossim, deveriam ter caráter obrigatório e não apenas de uma recomendação.

Referências

- ANMP. *Plano-tipo de Prevenção de Riscos de Gestão de Corrupção e Infrações Conexas*. Lisboa: Associação Nacional de Municípios Portugueses, 2009.
- ARANTES, Rogério B. Polícia Federal e construção institucional. In: AVRITZER, L; FILGUEIRAS, F. (Org.). *Corrupção e sistema político no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.
- AVRITZER, L; FILGUEIRAS, F. (Org.). *Corrupção e sistema político no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.
- BIGNOTTO, N. Corrupção e opinião pública. In: AVRITZER, L; FILGUEIRAS, F. (Orgs.). *Corrupção e sistema político no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.
- BONDOSO, Ana Alexandra Pimenta Cabral. *O contributo do Controle Interno para a prevenção da corrupção: estudo dos municípios portugueses*. Edições Húmus, Ltda, 2015.
- Convenção das Nações Unidas contra a corrupção.
- Comunicações recebidas no CPC em 2017. CPC, maio de 2018. Link: <http://www.cpc.tcontas.pt/documentos/analises.html>
- GRECO – Grupo de Estados contra a Corrupção. Link: <https://www.coe.int/en/web/greco/home>
- FILGUEIRAS, Fernando. A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social. *Opinião Pública*, Campinas, 2009.
- Lei 54/2008, de 4 Setembro: Cria o Conselho de Prevenção da Corrupção. Portugal.
- Lei nº 12.850 – Lei de Organização Criminosa – Delação Premiada. Brasil.
- Lei nº 12.846 – Lei Anticorrupção – Leniência. Brasil.
- LORENTE, Vitória Marques. Corrupção no Brasil e estratégias de combate. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEPF*, Belo Horizonte, ano 5, n. 14, p. 203-257, maio/ago. 2016.
- MAIA, Antônio João Marques. *Fatores Organizacionais Explicativos da Corrupção*. Tese de Doutorado em Ciências Sociais na especialidade Administração Pública, Lisboa. 2015.
- MAIA, Antônio João. PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO NA GESTÃO PÚBLICA- *Mapeamento de Áreas e Fatores de Risco*. Conselho de Prevenção de Corrupção. Lisboa. 2018. Link: www.cpc.tcontas.pt/documentos/outros/relatorio_mapeamento_riscos_2018.pdf
- MOISÉS, J. A.; MENEGUELLO, R. *A desconfiança política e seus impactos na qualidade da democracia*. São Paulo: Edusp, 2013.

Guião de Boas Práticas para a Prevenção e o Combate à Corrupção na Administração Pública- OECI-CPLP, Lisboa.2011; http://www.cpc.tcontas.pt/documentos/outros/guia_cplp.pdf

Projeto de Lei n. 540/X. Conselho de Prevenção da Corrupção.

SIMÕES, Renata Filipa dos Santos Romão Nunes. *A luta contra a corrupção política em Portugal (2000 a 2011)*. Tese de Mestrado em Ciência Política ISCTE-Instituto Universitário de Lisboa. 2013.

SILVA, Matheus Passos. Metodologia: oficina de redação de artigos científicos. In: *II Curso de Combate à Corrupção na Contratação Pública*. 18 a 26 de outubro de 2018. Lisboa: Universidade Nova de Lisboa.

Recomendação n.º 1/2009 de 01 de julho – Recomendação do CPC, de 1 de Julho de 2009 sobre planos de gestão de riscos de corrupção e infracções conexas.

Recomendação n.º 1/2010 de 7 de abril – Consolidação sobre publicidade dos planos de gestão de riscos de corrupção e infracções conexas.

Recomendação do CPC, de 7 de novembro de 2012 sobre gestão de conflitos de interesses no setor público.

RIBEIRO, R. J. *A sociedade conta o social: o alto custo da vida pública no Brasil*. São Paulo. Companhia das Letras. 2000.

SOUZA e João Triães. *Corrupção e os Portugueses – Atitudes – Práticas – Valores*, RCP Edições, Lisboa. 2008.

WARDE, Walfrido. *O Espetáculo da Corrupção*. Rio de Janeiro. Leya. 2018.

A eficiência das medidas elencadas na IN n.º 05/2017 que visam minimizar conflitos de interesses danosos à Administração Pública

JULIANA GOMES CAMPELO DE MATOS BRAZ ¹

LECTÍCIA MARÍLIA CABRAL DE ALCÂNTARA ²

Resumo: O presente artigo objetiva elaborar uma análise dos dispositivos da Instrução Normativa n.º 05/2017, voltados ao combate às práticas corruptivas, conferindo especial relevo às medidas que visam minimizar as situações ensejadoras de conflitos de interesses danosos ao Erário Público. Foram destacados da referida norma artigos pontuais e de específico interesse ao tema, com a finalidade de realizar uma análise crítica e de verificar se foram realmente eficientes quanto ao resultado que o agente público buscou alcançar. Como norma resultante da prática administrativa, formulada com base na experiência dos órgãos de controle e de assessoramento jurídico, verificou-se que, a despeito do considerável avanço, a referida norma não foi capaz de elidir plenamente as práticas corruptivas, deixando considerável margem para a atuação danosa de agentes, em prejuízo dos interesses públicos.

O presente estudo foi realizado através da aplicação dos métodos comparativo, estruturalista e monográfico.

Palavras-Chave: Instrução Normativa n.º 05/2017. Conflito de Interesses. Medidas anticorruptivas.

¹ Graduação em Direito (1999), especialização em Direito Civil e Processual Civil (2011). Procuradora Federal, desde 2002. Procuradora Chefe da Procuradoria Federal junto à UNIVASF desde 2015.

² Graduação em Direito (1999), especialização em Direito Civil e Processual Civil (2011). Procuradora Federal, desde 2003, Procuradora Chefe na Procuradoria Federal Junto ao – IF SERTÃO-PE desde 2015.

Data de submissão: 21 de março de 2019.

Abstract: The purpose of the text is to analyze the provisions of Normative Instruction N^o. 05/2017, aimed at combating corruptive practices, with special emphasis on measures aimed at minimizing situations that lead to conflicts of interest that are harmful to the Public Treasury. Some specific articles of specific interest to the topic were highlighted in the norm, with the purpose of carrying out a critical analysis and verifying that they were really efficient as to the result that the public agent sought to achieve. As a rule resulting from administrative practice, formulated on the basis of the experience of the control and legal advisory bodies, it was found that, in spite of considerable progress, this standard was not able to completely eliminate corrupt practices, leaving considerable scope for harmful action of agents, to the detriment of public interests. This study was carried out through the application of comparative, structuralist and monographic methods.

Keywords: *Normative Instruction N^o. 05/2017. Conflict of interests. Anti-corruption measures.*

Introdução

A legislação brasileira consagrou, como regra geral, por meio de sua Constituição Federal de 1988, especificamente em seu art. 37, XXI³, que as obras, serviços, compras e alienações, ressalvados os casos específicos em lei, serão contratados mediante prévio processo de licitação pública, em

³ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

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

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 18 de março de 2019.

que seja assegurado o atendimento ao princípio da igualdade de condições a todos os concorrentes.

Além de observar a igualdade de condições a todos os concorrentes, o procedimento licitatório deve atender também aos demais princípios aos quais a Administração Pública está sujeita, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Com o objetivo de regulamentar a regra constitucional mencionada, foi promulgada a Lei Federal n.º 8.666/93⁴, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública.

A partir da publicação da lei comentada, vários normativos foram editados ao longo do tempo com o intuito de materializar as regras constitucionais e legais. Mais recentemente, em 25/09/2017, entrou em vigor a Instrução Normativa n.º 05/2017 – IN 05/2017⁵, da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, que dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.

O referido instrumento normativo trouxe várias inovações, principalmente, no que se refere às fases de Planejamento da Contratação e Gestão do Contrato. Essas inovações buscaram trazer mecanismos para o atendimento dos princípios constitucionais da Administração Pública, e foram introduzidas com base na experiência dos órgãos de controle e de assessoramento jurídico, o que se verifica através da adoção do gerenciamento e mapeamento de riscos e da obrigatória utilização das minutas padronizadas da Advocacia-Geral da União⁶.

Neste contexto, pode-se dizer que a nota distintiva da IN n.º 05/2017⁷ é a padronização de fluxos e procedimentos na contratação de serviços, o

⁴ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 18 de março de 2019.

⁵ BRASIL. Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. *Instrução Normativa n.º 5, de 25 de maio de 2017*. Disponível em: <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/legislacao/instrucoes-normativas/760-instrucao-normativa-n-05-de-25-de-maio-de-2017>. Acesso em: 18 de março de 2019.

⁶ Disponível em: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/270265. Acesso em: 18 de março de 2019.

⁷ BRASIL, *Instrução Normativa n.º 5...*, cit.

que, a princípio, poderia assegurar uma diminuição de práticas corruptivas, dentre elas, a ocorrência de conflito de interesses, resguardando, assim, os princípios da moralidade e impessoalidade.

O legislador brasileiro, através da Lei n.º 12.813/2013⁸, que dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo Federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego, especificamente, no art. 3º, I, conceituou conflito de interesses como sendo “*a situação gerada pelo confronto entre interesses públicos e privados, que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar, de maneira imprópria, o desempenho da função pública*”.

Observa-se que a supracitada norma legal trata, notadamente, do conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo Federal, porém o conceito acima descrito pode se estender para qualquer situação de confronto entre interesses públicos e privados, que possa comprometer o interesse coletivo.

Costuma-se afirmar que a supremacia do interesse público sobre o interesse privado e a indisponibilidade do interesse público pelo administrador público são as duas mais importantes características do direito administrativo como ramo do direito público.

Segundo Lucas Rocha Furtado⁹:

A primeira abordagem acerca do interesse público deve resultar na compreensão de que não se trata de um conceito metajurídico. Cabe ao direito definir o que é interesse público, as potestades conferidas com vista à sua realização e os legitimados ao seu exercício.

Por meio do processo de criação das normas de direito público são definidos dentre os interesses gerais aqueles que serão elevados à condição de interesses públicos. Feita essa qualificação desses interesses o direito público indicará em que medida eles prevalecerão sobre os demais.

⁸ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei n.º 12.813, de 16 de maio de 2013*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12813.htm. Acesso em: 18 de março de 2019.

⁹ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 33.

No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal de 1988¹⁰, em matéria de licitação, trouxe uma série de prerrogativas à Administração Pública, erigindo-as à categoria de interesse público os quais, portanto, devem prevalecer sobre o interesse privado na medida e por meio dos instrumentos definidos pela legislação ordinária.

Um dos instrumentos inseridos pela legislação ordinária, como já dito, foi a IN n.º 05/2017¹¹. Nesse contexto, surge o seguinte questionamento: pode-se afirmar que os mecanismos de controle introduzidos pela IN n.º 05/2017¹² foram capazes de coibir práticas maculadas pelo conflito de interesses, na contratação pública?

Evidentemente, o estabelecimento de normas com a finalidade de coibir práticas corruptivas ou danosas ao erário público nasce da experiência acumulada no decorrer da atuação dos entes administrativos e, no caso em análise, mais especificamente, a partir dos diversos contratos já firmados pela Administração Pública e objeto de auditorias ou de fiscalização. Daí porque é correto afirmar que o legislador sempre estará na retaguarda dos ilícitos praticados. Nesses termos, o presente estudo é voltado para a análise das novas diretrizes lançadas pela IN n.º 05/2017¹³, no intuito de tecer uma análise crítica quanto à eficiência desses mecanismos diante de precedentes já verificados no âmbito das contratações públicas.

A fim de atingir o objetivo supracitado, este artigo científico se desenvolverá através de método comparativo da atuação administrativa sob a égide das Instruções Normativas 02/2008¹⁴ e 05/2017¹⁵, incluindo o estudo dos agentes envolvidos no exercício de suas atividades (método monográfico), sem a pretensão de se apontar um modelo ideal, mas apenas propor reflexões a partir da análise da realidade (método estruturalista).

¹⁰ BRASIL, *Constituição...*, cit.

¹¹ BRASIL, *Instrução Normativa n.º 5...*, cit.

¹² BRASIL, *Instrução Normativa n.º 5...*, cit.

¹³ BRASIL, *Instrução Normativa n.º 5...*, cit.

¹⁴ BRASIL. Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Instrução Normativa n.º 02, de 30 de abril de 2008*. Disponível em: <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/1%20egislacao/instrucoes-normativas/417-instrucao-normativa-n-02-de-30-de-abril-de-2008>. Acesso em: 18 de março de 2019

¹⁵ BRASIL, *Instrução Normativa n.º 5...*, cit.

1. Mecanismos de controle introduzidos pela IN n.º 05/2017

A IN n.º 05/2017¹⁶ estruturou o procedimento licitatório em três fases distintas: planejamento da contratação, seleção do fornecedor e gestão do contrato. Para cada fase, a norma estabeleceu regras e procedimentos com o intuito de guiar a contratação pública de acordo com os princípios constitucionais.

Como acima mencionado, vários foram os mecanismos de controle introduzidos pela IN n.º 05/2017¹⁷. Considerando que o objeto do presente estudo consiste em analisar se esses mecanismos de controle foram capazes de coibir práticas maculadas pelo conflito de interesses, na contratação pública, o exame se concentrará nos mecanismos que, direta ou indiretamente, tiveram esse objetivo (coibir práticas maculadas pelo conflito de interesses), bem como trazer um olhar crítico quanto à eficácia desses instrumentos.

1.1. Planejamento

Inicia-se citando que a IN n.º 05/2017¹⁸ lançou mão do artifício de elevar o “planejamento” a uma das fases do procedimento de contratação pública.

O processo de planejar envolve uma série de questionamentos sobre: como, quanto, qual o custo, quando, onde, o porquê, para que e com quem. A IN n.º 05/2017¹⁹ buscou traçar um roteiro para que o servidor público, que venha a trabalhar no planejamento de uma contratação de serviços, possa pensar e registrar os aspectos relativos aos questionamentos mencionados.

Conforme o art. 24, da IN n.º 05/2017²⁰, verifica-se que:

Art.24. Com base no documento que formaliza a demanda, a equipe de Planejamento da Contratação deve realizar os Estudos Preliminares, conforme as diretrizes constantes do Anexo III.

¹⁶ BRASIL, *Instrução Normativa n.º 5...*, cit.

¹⁷ BRASIL, *Instrução Normativa n.º 5...*, cit.

¹⁸ BRASIL, *Instrução Normativa n.º 5...*, cit.

¹⁹ BRASIL, *Instrução Normativa n.º 5...*, cit.

²⁰ BRASIL, *Instrução Normativa n.º 5...*, cit.

§1º O documento que materializa os Estudos Preliminares deve conter, quando couber, o seguinte conteúdo:

I – necessidade da contratação (**o porquê e quanto**);

II – referência a outros instrumentos de planejamento do órgão ou entidade, se houver (**como**);

III – requisitos da contratação (**como**);

IV – estimativa das quantidades, acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte (**quanto**);

V – levantamento de mercado e justificativa da escolha do tipo de solução a contratar (com quem);

VI – estimativas de preços ou preços referenciais (**qual o custo**);

VII – descrição da solução como um todo (**como, quando, quanto, o porquê**);

VIII – justificativas para o parcelamento ou não da solução quando necessária para individualização do objeto (**como**);

IX – demonstrativo dos resultados pretendidos em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais ou financeiros disponíveis (**o porquê e para que**);

X – providências para adequação do ambiente do órgão (**como e onde**);

XI – contratações correlatas e/ou interdependentes (**como**); e

XII – declaração da viabilidade ou não da contratação (**como, quanto, qual o custo, quando, onde, o porquê, para que, com quem**).

Constata-se que a intenção da norma foi a de assegurar a maior transparência possível na contratação pública, inclusive na fase de planejamento, funcionando como forma de evitar contratações superestimadas ou subestimadas; que não reflitam a necessidade da Administração; ineficientes ou que atendam, de alguma forma, interesses particulares, em detrimento de interesses públicos. Quanto a este último ponto, verifica-se, claramente, o intuito de coibir práticas maculadas pelo conflito de interesses.

Assim, volta-se ao questionamento: a medida acima apontada é capaz de coibir prática eivada pelo conflito de interesses? Pode-se dizer que impedir/extinguir completamente não, por outro lado, funciona sim como uma ferramenta que minimiza/reduz tais práticas.

É inegável que o estabelecimento do conteúdo que deverá estar nos Estudos Preliminares estabelece um roteiro para o servidor que atuará nas contratações públicas, delimitando o seu campo de atuação nos termos da

legislação pátria. Com efeito, a exigência de que a contratação seja precedida de um amplo planejamento, com o registro necessariamente escrito dos fundamentos da conveniência da contratação, da escolha do objeto, dos quantitativos que reflitam a necessidade do serviço público, trouxe importante instrumento de controle aos atos administrativos. Nesse sentido, nos termos da IN n.º 05/2017²¹, não se concebe, a título de exemplo, um processo de contratação pública que não seja instruído com a justificativa da contratação que envolva a motivação da escolha por determinada solução, planilha de cálculos amparada em dados de contratações anteriores ou elementos fáticos que demonstrem a real necessidade da contratação, aspectos esses cuja presença deverá ser verificada obrigatoriamente pela assessoria jurídica da Advocacia Geral da União-AGU.

Nesses termos, convém trazer a lume o entendimento exposto pelo Tribunal de Contas da União-TCU, nos autos do Acórdão 4.323/2018, 2ª Câmara²², que, ao analisar a contratação de seguro para alunos de Instituições de Ensino Superior, assim se manifestou o Ministro Relator:

A Serur, após análise, propugnou a negativa de provimento ao recurso interposto por entender que “não se mostra aderente à legislação aplicável, bem como não se evidencia motivação justa e comprovada, a contratação de seguro coletivo de acidentes pessoais para alunos das Instituições Federais de Ensino”.

(...)

Pontuou, também, que “ainda que a Lei 11.788/2008, que dispõe sobre estágio de estudantes, não se aplique diretamente à hipótese vertente, qual seja a contratação de seguro de vida para estudantes não estagiários, a contratação feita pelo IFS não se fundamentou em hipótese que justificasse o binômio conveniência-oportunidade, conforme doutrina de José Cretella Júnior aventada pela Secex/SE (peça 20, p. 5-6), no sentido de formular a melhor solução

²¹ BRASIL, *Instrução Normativa n.º 5...*, cit.

²² BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Representação 016.645/2015-4*. Acórdão 4.323/2018, 2ª Câmara. Brasília, 29 de maio de 2018. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo /*/NUMACORDAO:4323%20ANO ACORDAO:2018/DTRELEVANCIA %20desc,%20NUMACORDAOINT% 20desc/0/%20?uuid= 562c5480-4712-11e9-bd05-a530e9e3c 612 Acesso em: 15 março 2019.

possível, adotando a disciplina jurídica mais satisfatória e conveniente ao poder público (Cretella Júnior, José. Curso de Direito Administrativo, p. 174)”.
Isso porque, segundo ressaltou, “a margem de liberdade conferida pela lei ao administrador não prescinde da evidenciação de elementos justificadores do motivo do ato, no caso em comento, acerca do eventual nível de sinistralidade ocorrido entre alunos do IFS, conforme afirma o recorrente, em relação às situações de riscos decorrentes das atividades estudantis rotineiras e da ocorrência de eventos, no próprio IFS, não cobertos pelo seguro então contratados” (peça 30, p. 16).

Conforme registrou, “o requerente não juntou aos autos exemplos de tais sinistros e, uma vez ausentes as justificativas do ato, acrescida da omissão legislativa em prever tais situações, a iniciativa da instituição, ainda que respaldada em benchmark de outras instituições de ensino análogas, resvala para a liberalidade do ato administrativo, com o perigo de se operar sem quaisquer limites, estendendo-se a prática a inúmeras outras instituições de ensino, todas carecedoras de recursos financeiros em uma situação de contingência fiscal”.

Acolho as conclusões e desfecho de mérito sugerido pelo órgão instrutivo, no sentido da negativa de provimento ao presente recurso, adotando a essência de sua análise como minhas razões adicionais de decidir.

(...)

No presente caso, por outro lado, cuida-se de seguro coletivo de acidentes pessoais a estudantes matriculados no Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Sergipe e não se configuram, por óbvio, em eventual acréscimo de remuneração, tampouco se distanciam, a meu ver, das finalidades precípua da instituição.

Veja-se que de acordo com os arts. 2º e 6º da Lei 11.892/2008, os Institutos Federais de Educação, Ciência e Tecnologia “são instituições de educação superior, básica e profissional especializados na oferta de educação profissional e tecnológica nas diferentes modalidades de ensino, com base na conjugação de conhecimentos técnicos e tecnológicos com as suas práticas pedagógicas”.

Dentre suas muitas finalidades, destaco: (i) desenvolver programas de extensão e de divulgação científica e tecnológica; (ii) realizar e estimular a pesquisa aplicada, a produção cultural, o empreendedorismo, o cooperativismo e o desenvolvimento científico e tecnológico; e (iii) constituir-se em centro de excelência na oferta do ensino de ciências, em geral, e de ciências aplicadas, em particular, estimulando o desenvolvimento de espírito crítico, voltado à investigação empírica.

Para tanto, desenvolvem “atividades de extensão em articulação com o mundo do trabalho e os segmentos sociais, com ênfase na produção, desenvolvimento e difusão de conhecimentos científicos e tecnológicos”. Dessa forma, como se depreende, as atividades práticas são inerentes e essenciais ao objetivo escolar dessas instituições, especialmente na área de tecnologia, o que poderia, de fato, como alertou o recorrente, resultar em acidentes que implicariam prejuízos à instituição, já que, por vezes, poderia ser demandada a indenizar os alunos que se acidentassem em ambiente escolar.

Nesse sentido, **ressalto a ponderação do recorrente no sentido de que a contratação do tal seguro de acidentes pessoais seria essencial sobretudo em virtude “das atividades de ensino ligadas às áreas das tecnologias, o constante contato com laboratórios, as constantes visitas a campos de trabalho (indústrias, empresas etc.), os constantes trabalhos de campo e de oficina, dentre outras tantas atividades, que ensejam a existência constante de risco de acidentes”.**

Neste contexto, a referida despesa se mostraria razoável. Todavia, carece os autos, e o recorrente não trouxe nesta oportunidade, da obrigatoria, como pontuou o órgão técnico, “evidenciação [objetiva] de elementos justificadores do motivo do ato”. É dizer, demonstração da relação entre o nível de sinistralidade ocorrido e as situações de riscos decorrentes das atividades estudantis rotineiras, como também o patamar dos prejuízos já sofridos pela instituição em decorrência de eventual pagamento de indenização de alunos que justifiquem, objetivamente, a adoção da medida ora propugnada pelo recorrente. A motivação objetivamente fundamentada do ato discricionário é imprescindível a sua realização. Por outro lado, a demonstração da vantajosidade econômica do pagamento do seguro ora questionado (histórico de acidentes x incidência de indenizações pagas) poderia fundamentar, a meu juízo, eventual futura contratação.

Evidencia-se, portanto, que a Corte de Contas da União reafirma a necessidade de motivar objetivamente o ato discricionário a ser realizado, mediante a apresentação escrita de dados que justifique a adoção de determinada solução contratual, o que se coaduna com o supracitado artifício introduzido pela IN n.º 05/2017²³.

²³ BRASIL, *Instrução Normativa n.º 5...*, cit.

Contudo, inobstante a criação desses mecanismos, subsistem espaços para a atuação danosa de agentes públicos, tendentes ao alcance de interesses particulares em detrimento do interesse público. Cita-se o exemplo em que a Administração, por meio dos seus agentes públicos, conduz o planejamento da contratação de modo a beneficiar em última instância os próprios contratados. Vale dizer que um dos pontos essenciais na contratação de serviços com execução indireta pela Administração Pública é a definição, na planilha de custo básica, dos salários dos prestadores de serviços. Para tanto, em regra, deve-se indicar no Edital qual ou quais Convenções Trabalhistas deverão compor as propostas apresentadas pelos licitantes. Questão sensível surge quando inexistente Convenção Coletiva que abranja a categoria profissional diretamente envolvida na execução contratual. Nessas hipóteses, o Anexo I, da IN n.º 05/2017²⁴, em seu inciso XXII, estabelece que o valor poderá ser aquele praticado no mercado ou apurado em publicações ou pesquisas setoriais para a categoria profissional correspondente.

Acerca da necessidade de que a pesquisa de preços, para a fixação da remuneração dos empregados contratados, deva refletir os valores de mercado, já se manifestou o TCU²⁵:

Resta demonstrado então que, ao contrário do que alegam os manifestantes, as remunerações referenciais adotadas pela equipe de auditoria encontram-se em plena conformidade com os valores previstos pela Tabela de Consultoria do Dnit para profissionais de mesmo nível. Para o profissional “mestre de obras”, por exemplo, utilizado como exemplo de inadequação pelos manifestantes, a remuneração referencial da equipe de auditoria é superior à maior remuneração prevista pela Tabela de Consultoria do Dnit para profissionais de nível técnico.

Para os demais profissionais, entende-se que deva ser mantida a referência constante do Sinapi, pois o referido sistema apresenta, para eles, profissionais com correspondência biunívoca. Já a tabela de Consultoria do Dnit traz

²⁴ BRASIL, *Instrução Normativa n.º 5...*, cit.

²⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Processo 014.736/2011-0*. Brasília, 8 de abril de 2019. Acórdão 2.649/2014 – Plenário. Disponível em [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/ documento/acordao-completo/sal%C3%A1rios%20super%20estimado%20contrata%C3%A7%C3%A3o%20servi%C3%A7os%20DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/6/%20?uuid=562c5480-4712-11-e9-bd05-a530e9e3c612](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/sal%C3%A1rios%20super%20estimado%20contrata%C3%A7%C3%A3o%20servi%C3%A7os%20DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/6/%20?uuid=562c5480-4712-11-e9-bd05-a530e9e3c612) Acesso em: 15 março 2019.

profissionais de denominações diversas que não permitem uma correspondência objetiva com os profissionais constates da Tabela 3 supra. O profissional “assistente administrativo”, por exemplo, poderia corresponder, na Tabela de Consultoria do Dnit, a um “chefe de escritório” ou “secretária”, cujas atribuições não remontam exatamente as atribuições de um “assistente administrativo”.

A existência dessas incertezas e a aferição de que os valores do Sinapi encontram-se em conformidade com a faixa de valores previstas em outro sistema oficial, tornam as referenciais utilizadas pela equipe de auditoria adequadas.

No que concerne às demais alegações dos manifestantes, não foi possível identificar nelas qualquer elemento objetivo capaz de refutar a adequabilidade dos referenciais utilizados. A simples alegação de que os valores são baixos e inadequados e que não correspondem à realidade geral de mercado não é suficiente para contrapor os dados objetivos até aqui apresentados.

Não é verdade que a equipe desconsidera a sazonalidade e as particularidades do atual momento de mercado, pois, ao se valer de sistema de preços com data base compatível com a do edital de licitação, adota preços coletados no mercado, porquanto originados de ampla pesquisa para a mesma época.

Conclui-se então, por todo o exposto, que serão parcialmente rejeitadas a justificativas apresentadas quanto ao sobrepreço identificado em profissionais da Administração Local e Manutenção de Canteiro, acolhendo-se o percentual de 88,04% para encargos sociais e rejeitando as alegações de inadequabilidade dos referenciais Sinapi utilizados.

No excerto transcrito, verifica-se que, por ocasião de auditoria, constatou-se que o gestor público inobstante observar a necessária prévia pesquisa de preços, isto é, obedecer às regras normativas, deixou de atender o interesse público ao lançar na planilha de custos valores salariais maiores que os praticados no mercado.

Percebe-se, portanto, a existência de uma margem considerável de atuação do agente público que poderá conduzir a situações que culminam no atendimento de interesses particulares em prejuízo ao interesse público. Nesses termos, a IN n.º 05/2017²⁶ deixou de estabelecer a necessidade de fixação de um patamar máximo de remuneração, o que poderá levar a

²⁶ BRASIL, *Instrução Normativa n.º 5...*, cit.

contratações em valores superiores àqueles que a Administração poderia contratar.

Ainda na etapa de “planejar a contratação”, a IN n.º 05/2017²⁷ estabeleceu, em seu artigo 31, que a Administração Pública não poderá contratar o mesmo prestador para realizar serviços de execução, de subsídios ou assistência à fiscalização ou supervisão relativos ao mesmo objeto, assegurando a necessária segregação das funções.

Observa-se, claramente, que o mecanismo acima citado impõe a segregação das funções de executar e fiscalizar a prestação de um serviço, haja vista a possibilidade de, em muitas situações, surgir o conflito de interesses entre quem executa e quem fiscaliza, o que poderia prejudicar a primazia do interesse público.

A referida norma replicou o já estabelecido no art. 9º, da Lei n.º 8.666/93²⁸, a qual não permite que o autor do projeto básico ou executivo, o servidor público ou dirigente do órgão contratante, possa participar direta ou indiretamente da licitação, da execução de obra ou serviço, e do fornecimento de bens a eles necessários:

Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

I – o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;

II – empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;

III – servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

§ 1º É permitida a participação do autor do projeto ou da empresa a que se refere o inciso II deste artigo, na licitação de obra ou serviço, ou na execução, como consultor ou técnico, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, exclusivamente a serviço da Administração interessada.

§ 2º O disposto neste artigo não impede a licitação ou contratação de obra ou serviço que inclua a elaboração de projeto executivo como encargo do contratado ou pelo preço previamente fixado pela Administração.

²⁷ BRASIL, *Instrução Normativa n.º 5...*, cit.

²⁸ BRASIL, *Lei n.º 8.666...*, cit.

§ 3º Considera-se participação indireta, para fins do disposto neste artigo, a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários.

§ 4º O disposto no parágrafo anterior aplica-se aos membros da comissão de licitação.

As referidas vedações são, em realidade, corolário dos princípios administrativos da moralidade pública e isonomia, tal qual definido por Marçal Justen Filho²⁹:

(...) as vedações do art. 9º retratam derivações dos princípios da moralidade pública e isonomia.

A lei configura uma espécie de impedimento, em acepção similar à do Direito Processual, à participação de determinadas pessoas na licitação.

Considera-se um risco a existência de relações pessoais entre sujeitos que definem o destino da licitação e o particular que licitará. Esse relacionamento pode, em tese, produzir distorções incompatíveis com a isonomia. A simples potencialidade do dano é suficiente para que a lei se acautele. Em vez de remeter a uma investigação posterior, destinada a comprovar anormalidade da conduta do agente, a lei determina seu afastamento *a priori*.

O impedimento consiste no afastamento preventivo daquele que, por vínculos pessoais com a situação concreta, poderia obter benefício especial e incompatível como princípio da isonomia.

O impedimento abrange aqueles que, dada a situação específica em que se encontram, teriam condições (teoricamente) de frustrar a competitividade, produzindo benefícios indevidos e reprováveis para si ou terceiro.

Por outro lado, não se identifica na IN n.º 05/2017³⁰ qualquer mecanismo tendente a coibir que esse conflito de interesses possa surgir mesmo diante da existência de segregação de funções dentro de um determinado contrato. Imagine-se a hipótese de, em dois contratos, a Administração

²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12 ed. Dialética: São Paulo, 2008, p. 151-152.

³⁰ BRASIL, *Instrução Normativa n.º 5...*, cit.

celebrar contratações “casadas”, cujo objeto de cada avença seja, ao mesmo tempo, a prestação de serviços e de fiscalização de execução de outro contrato. Nesse caso aventado, uma empresa executaria o serviço “x” e fiscalizaria o serviço “y” e uma segunda contratada executaria o serviço “y” e fiscalizaria o serviço “x”. Nada há na norma que repudie esse tipo de prática que, sem sombra de dúvidas, abre largo caminho para a existência de conflitos de interesses que podem culminar com danos ao erário.

1.2. Gestão do Contrato

Extraem-se da IN nº 05/2017³¹, ainda, mecanismos de controle de práticas corruptivas no âmbito da gestão contratual. No que tange especificamente ao objeto do estudo em comento, pode-se destacar as regras contidas no artigo 5º:

Art. 5º É vedado à Administração ou aos seus servidores praticar atos de ingerência na administração da contratada, a exemplo de:

I – possibilitar ou dar causa a atos de subordinação, vinculação hierárquica, prestação de contas, aplicação de sanção e supervisão direta sobre os empregados da contratada;

II – exercer o poder de mando sobre os empregados da contratada, devendo reportar-se somente aos prepostos ou responsáveis por ela indicados, exceto quando o objeto da contratação prever a notificação direta para a execução das tarefas previamente descritas no contrato de prestação de serviços para a função específica, tais como nos serviços de recepção, apoio administrativo ou ao usuário;

III – direcionar a contratação de pessoas para trabalhar nas empresas contratadas;

IV – promover ou aceitar o desvio de funções dos trabalhadores da contratada, mediante a utilização destes em atividades distintas daquelas previstas no objeto da contratação e em relação à função específica para a qual o trabalhador foi contratado;

³¹ BRASIL, *Instrução Normativa n.º 5...*, cit.

V – considerar os trabalhadores da contratada como colaboradores eventuais do próprio órgão ou entidade responsável pela contratação, especialmente para efeito de concessão de diárias e passagens;

VI – definir o valor da remuneração dos trabalhadores da empresa contratada para prestar os serviços, salvo nos casos específicos em que se necessitam de profissionais com habilitação/experiência superior à daqueles que, no mercado, são remunerados pelo piso salarial da categoria, desde que justificadamente; e

VII – conceder aos trabalhadores da contratada direitos típicos de servidores públicos, tais como recesso, ponto facultativo, dentre outros.

Nessa circunstância, dedicou-se, portanto, a instrução normativa a coibir situações tendentes a impedir a criação de vínculos diretos entre a Administração Pública e os funcionários terceirizados, ao vedar atos de subordinação, gestão dos serviços prestados, e direcionamento quanto à seleção dos empregados que prestarão os serviços.

A despeito do grande rol de vedações nesse sentido, verifica-se com frequência na Administração Pública brasileira a prática da perpetuação dos empregados nos postos de trabalho, traspassando diversos e distintos contratos. Tal conduta, saliente-se, não é vedada pela legislação de regência, contudo, deve-se lançar um olhar mais acurado para as eventuais consequências que possam advir da referida prática.

Com efeito, a perpetuação de empregados terceirizados traspassando diversos contratos, ainda que possa trazer alguns benefícios para a Administração – a exemplo da manutenção da expertise dos empregados – sem sombra de dúvidas, tende a ensejar um indesejado vínculo pessoal entre a Administração Pública e os empregados terceirizados. Esse estreitamento de laços pode vulnerar tanto o critério de avaliação da qualidade dos serviços prestados, quanto a sua real necessidade propriamente dita.

Suponha-se um ente da Administração que, por vários anos, manteve contrato de prestação de serviço com a previsão de posto de trabalho de porteiro, tendo este posto sido ocupado pelo mesmo empregado. Com a superveniência de alterações estruturais na entidade e consequente reorganização dos postos, verifica-se a possibilidade de extinção do referido posto, gerando economia aos cofres públicos. Todavia, a perpetuação do empregado no referido posto, pode influenciar na decisão de extinção ou não, dada a relação advinda de longo período de convivência.

Na hipótese vertente, longe de se pretender propor uma solução definitiva para a coibição do surgimento deste conflito de interesses, intenta-se apenas alertar o gestor público a se manter atento e sempre avaliar as consequências da permanência prolongada de um mesmo prestador de serviço, a despeito das alterações contratuais, a fim de que avalie tanto a eficiência dos serviços executados como a própria necessidade do posto. E diante de uma avaliação negativa, que sejam empreendidas diligências, por ato devidamente motivado, no sentido de que a empresa contratada faça as adequações necessárias.

Percebe-se que a preocupação acima indicada se relaciona intrinsecamente com um dos princípios consagrados na Constituição, qual seja, o Princípio da Impessoalidade. No que se refere a esse princípio, colhe-se da doutrina³²:

Esse princípio se traduz na ideia de que a atuação do agente público deve pautar-se pela busca dos interesses da coletividade, não visando a beneficiar ou prejudicar ninguém em especial, ou seja, a norma prega a não discriminação das condutas administrativas que não devem ter como mote que será atingida com o seu ato. Com efeito, o princípio da impessoalidade reflete a necessidade de uma atuação que não discrimina as pessoas, seja para benefício ou para prejuízo.

Dessa forma, é possível considerar que, ao Estado, é irrelevante conhecer quem será atingido pelo ato, pois sua atuação é impessoal. O agente fica proibido de priorizar qualquer indicação ou interesse seu, ou de outrem. (...)

Alguns doutrinadores ainda classificam o Princípio da Impessoalidade como sinônimo do Princípio da Finalidade ou Imparcialidade. Para estes, a Finalidade seria pública, o que impediria o administrador de buscar objetivos próprios ou de terceiros.

A doutrina moderna acrescenta ainda ao entendimento tradicional uma nova perspectiva do princípio da impessoalidade. Com efeito, a impessoalidade deve ser enxergada também sob a ótica do agente. Neste sentido, quando o agente público atua, não é a pessoa do agente quem pratica o ato, mas o Estado – órgão que ele representa.

³² CARVALHO, Mateus. *Manual de Direito Administrativo*. 3ª Edição. Salvador: Juspodium, 2016, p. 64-65.

Também no escopo de evitar práticas corruptivas, destaca-se a regra prevista no parágrafo único do artigo 6º, da IN n.º 05/2017³³, no sentido de vedar à Administração Pública vincular-se às disposições previstas nos Acordos, Convenções ou Dissídios Coletivos de Trabalho que tratem de obrigações e direitos que somente se aplicam aos contratos com a Administração Pública.

A AGU, antes mesmo da inclusão de tal disposição na IN n.º 05/2017³⁴, já havia se manifestado no mesmo sentido, através do Parecer n.º 15/2014/CPLC/DEPCCONSU/PGF/AGU³⁵, aprovado pelo Procurador-Geral Federal.

Exsurge-se do mencionado Parecer o trecho abaixo transcrito, que analisou um caso concreto submetido à Câmara Permanente de Licitações e Contratos da Procuradoria Geral Federal-CPLC, especificamente sobre as consequências jurídicas que determinada Convenção Coletiva de Trabalho (CCT) poderia trazer para as repactuações de contratos firmados pelo ente administrativo. Na hipótese analisada, fora inserida cláusula prevendo repasse de um valor mensal de R\$ 150,00 (cento cinquenta reais) para a contratação futura de plano de saúde em benefício dos trabalhadores, sendo que tal benefício seria custeado pelos Órgãos da Administração Pública contratante da prestação do serviço. Eis as conclusões da referida manifestação jurídica:

(...) **34.** Essa diferença de tratamento só se explica pela intenção – juridicamente absurda – de eximir as empresas empregadoras de quaisquer ônus relativos ao benefício previsto aos trabalhadores pela CCT, transferindo tais

³³ Art. 6º A Administração não se vincula às disposições contidas em Acordos, Convenções ou Dissídios Coletivos de Trabalho que tratem de pagamento de participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa contratada, de matéria não trabalhista, ou que estabeleçam direitos não previstos em lei, tais como valores ou índices obrigatórios de encargos sociais ou previdenciários, bem como de preços para os insumos relacionados ao exercício da atividade.

Parágrafo único. É vedado ao órgão e entidade vincular-se às disposições previstas nos Acordos, Convenções ou Dissídios Coletivos de Trabalho que tratem de obrigações e direitos que somente se aplicam aos contratos com a Administração Pública.

BRASIL, *Instrução Normativa n.º 5...*, cit.

³⁴ BRASIL, *Instrução Normativa n.º 5...*, cit.

³⁵ Disponível em: <https://www.agu.gov.br/page/download/index/id/26071437>. Acesso em: 24 de fevereiro de 2019.

ônus diretamente à Administração Pública, que não tomou parte das negociações coletivas de trabalho.

35. Nesse contexto, demonstrou-se que não houve, entre os sindicatos laboral e patronal, quaisquer interesses contrapostos, que tenham sido discutidos e mediados por um instrumento de negociação coletiva; pelo contrário, demonstrou-se que seus interesses são justapostos: ganha o sindicato laboral, ao inserir um benefício (de expressivo valor econômico) para as categorias profissionais que representam; ganham as empresas representadas pelo sindicato patronal, que aumentarão seus lucros nos contratos de terceirização de serviços, já que a porcentagem do lucro incide sobre os custos totais da contratação, que serão forçosamente aumentados; e quem paga a conta é a Administração.(...)

44. Tais prescrições demonstram o desvirtuamento da Convenção Coletiva de Trabalho sob exame, que, com relação a esse benefício, serviu ao propósito de aumentar artificialmente os preços contratados com a Administração Pública, por meio do acerto entabulado entre as empresas, e não à proteção jurídica e econômica do trabalhador, que deveria ser o propósito da convenção. Isso porque os contratos administrativos, pela CCT, seriam onerados independentemente da existência do plano de saúde. Além disso, o direito ao plano de saúde, como visto, foi estabelecido de forma condicionada ao repasse dos respectivos ônus financeiros à Administração Pública e de forma não extensiva a todos os profissionais das categorias em questão, o que coloca em dúvida a sua própria existência enquanto direito.

O aludido Parecer ressalta que essas disposições direcionadas, além de ferirem os interesses do Ente Administrativo – face o exclusivo benefício da empresa e do Sindicato Laboral –, ainda caracterizam infração contra a ordem econômica, diante do aumento arbitrário dos lucros e da limitação da livre concorrência, através de acordos que objetivem a manipulação de preços e condições, conforme reza o artigo 36 da Lei 12.529/2011³⁶.

³⁶ Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

- I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III – aumentar arbitrariamente os lucros; e

O novel dispositivo da IN n.º 05/2017³⁷ aprimorou a redação do §1º, do artigo 40, da revogada Instrução Normativa n.º 02/2008³⁸, a qual se limitava a vedar a inclusão, por ocasião da repactuação, de benefícios não previstos na proposta inicial, exceto quando se tornarem obrigatórios por força de instrumento legal, sentença normativa, acordo coletivo ou convenção coletiva. Nota-se, portanto, que os mecanismos de coibição das práticas corruptivas devem estar em constante evolução, como na hipótese tratada, em que se verificou a evolução da disposição normativa de forma bastante eficaz, de maneira que, ao contrário do que se constatou nas outras ferramentas analisadas, não deixou margem à atuação discricionária dos agentes públicos, inibindo o prejudicial conflito de interesses.

Dando continuidade à análise dos demais mecanismos constantes na IN n.º 05/2017³⁹ tendentes ao afastamento de conflitos de interesses, volta-se ao exame do artigo 9º, que elencou um rol de atividades que não poderão ser objeto de execução indireta, mediante contratação de empresas prestadoras de serviço:

Art. 9º Não serão objeto de execução indireta na Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional:

I – atividades que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle;

II – as atividades consideradas estratégicas para o órgão ou entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias;

III – as funções relacionadas ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção;

Percebe-se, pois, que o objetivo do referido dispositivo é de não permitir que agentes estranhos à Administração Pública possam praticar atos de

IV – exercer de forma abusiva posição dominante.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei n.º 12.529, 30 de novembro de 2011*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 18 de março de 2019.

³⁷ BRASIL, *Instrução Normativa n.º 5...*, cit.

³⁸ BRASIL, *Instrução Normativa n.º 2...*, cit.

³⁹ BRASIL, *Instrução Normativa n.º 5...*, cit.

gestão, visando claramente evitar possíveis conflitos de interesses que advenham da prática de atos, cuja análise de discricionariedade – oportunidade e conveniência – esteja maculada pelo atendimento de interesses exclusivamente particulares.

Não se pode olvidar que esta regra vem sendo de grande importância para o combate das práticas corruptivas. Nada obstante, no exercício das atividades administrativas, verifica-se que o liame entre as atividades de gestão e as demais atividades de simples execução, por vezes, não se mostra perfeitamente estabelecido. Evidentemente, que essa distinção pode ser mais complexa ou não, a depender da natureza das atividades a serem desempenhadas pelas empresas contratadas pela Administração Pública. Nesse contexto, não se vislumbram maiores dificuldades no atendimento da norma quando se trata, por exemplo, de contratações de serviços de limpeza e conservação, e vigilância. Por outro lado, quando a terceirização envolve prestação de serviços, que embora não estejam contemplados na atividade finalística do órgão, tenham um certo grau de complexidade, a finalidade desta norma poderá ser ameaçada.

Nessa última hipótese, observa-se que nada há na instrução normativa em análise, ou em outra norma da legislação brasileira, que vede, por exemplo, a contratação de gerentes de projetos, sendo, portanto, perfeitamente regular a terceirização desse posto. Todavia, a atividade de gerência de projetos demanda a natural necessidade de promoção de soluções para processos e serviços, bem como a participação em decisões. Essas proposições ou decisões, uma vez acolhidas, sem a cautela devida, pelo gestor público podem acarretar o direcionamento de atos administrativos conflitantes com o interesse público. Isso demonstra o quão tênue é a distinção entre as atividades de gestão, cuja terceirização foi vedada pela IN n.º 05/2017⁴⁰, e as demais atividades de simples execução, impondo ao gestor público uma constante atenção e a imprescindível observância da necessidade de motivação dos seus atos, em atendimento ao princípio da obrigatoriedade da motivação dos atos administrativos, já consagrado na doutrina administrativista brasileira. Quanto a esse princípio, encontra-se o ensinamento abaixo⁴¹:

⁴⁰ BRASIL, *Instrução Normativa n.º 5...*, cit.

⁴¹ CARVALHO, *Manual de Direito...*, cit., p. 86.

Dessa forma, a validade da atuação administrativa depende da apresentação formal dos fundamentos fáticos e jurídicos justificadores da decisão adotada, assim como da correlação lógica entre esses motivos e a conduta deles decorrentes, demonstrando que atividade estatal se direciona à busca do interesse da coletividade.

Cabe, por fim, destacar a existência de regra na IN n.º 05/2017⁴² que, ao não dispor especificamente de uma vedação, estabelece uma permissividade, podendo ensejar, em certa medida, um vasto campo para proliferação de práticas corruptivas. Trata-se do parágrafo único do artigo 17, que assim prevê:

Art. 17. caput

Parágrafo único. Os serviços de que trata o caput **poderão ser prestados fora das dependências do órgão ou entidade**, desde que não seja nas dependências da contratada e presentes os requisitos dos incisos II e III.

Sabe-se que a terceirização ora tratada se destina à prestação de serviços que não envolvam as atividades finalísticas do órgão contratante, mas sim, atividades de apoio. Por essa razão, via de regra, tais serviços são prestados nas dependências do ente público. Casos há, entretanto, em que essa execução deva ocorrer em ambientes diversos dos prédios públicos. É neste ponto, que se pretende destacar a fragilidade da norma, evidenciando a imprescindibilidade da fixação de outras regras de fiscalização que auxiliem a reduzir o espectro de atuação do mau gestor público.

Com efeito, a norma em comento, ao viabilizar a prestação de serviços fora das dependências do órgão ou entidade, sem a fixação de regras detalhadas de fiscalização, pode ensejar a majoração do valor contratual. Sim, pois, se pensarmos em uma situação em que o contrato preveja a possibilidade de remuneração ao empregado terceirizado pelas horas extras trabalhadas, e este empregado preste seus serviços fora das dependências do órgão, sem a exigência de uma fiscalização detida, nada há que impeça uma manipulação da planilha das horas extraordinárias por parte do empregado e/ou da empresa contratada.

⁴² BRASIL, *Instrução Normativa n.º 5...*, cit.

Registre-se que o preceito instituído no Anexo V – Diretrizes para elaboração do projeto básico (PB) ou termo de referência (TR) da IN n.º 05/2017⁴³, no sentido de vedar a realização de horas extras ou pagamento de adicionais não previstos nem estimados originariamente no ato convocatório, não tem o condão de impedir a ocorrência dos transviamentos acima mencionados.

A importância da fiscalização contratual foi bem pontuada por Carlos Wellington Leite de Almeida, em seu artigo intitulado “Fiscalização contratual: “Calcanhar de Aquiles” da execução dos contratos administrativos”⁴⁴, senão vejamos:

A fiscalização contratual constitui-se em um dos mais relevantes temas da gestão pública contemporânea, no Brasil. Verdadeiro “Calcanhar de Aquiles” da execução dos contratos administrativos, não são raros os casos em que boas licitações e bons contratos são perdidos em seus fins devido a deficiências na fiscalização ou mesmo à ausência desta.

Os danos provocados por uma fiscalização contratual deficiente são, por si mesmos, evidentes. Desperdício de recursos generalizado, perda de objeto, punições de servidores que poderiam ser evitadas, e, mesmo, penalidades aplicadas desnecessariamente a boas empresas contratadas são apenas algumas das mazelas que resultam da ausência ou da insuficiência da atuação dos fiscais de contratos. Os ordenadores de despesa devem estar cientes dessa realidade e fazer incorporar à gestão dos órgãos e entidades que dirigem uma adequada cultura de fiscalização, na qual servidores especialmente designados e adequadamente capacitados conjuguem ao seu conhecimento profissional a necessária postura quando do exercício da fiscalização de contratos administrativos. Exercer a atribuição de fiscal de contrato é, antes de tudo, uma questão de postura.

A lacuna aqui comentada, ausência de mecanismos de fiscalização para rastrear a prestação dos serviços, também é sentida por nossa Corte

⁴³ BRASIL, *Instrução Normativa n.º 5...*, cit.

⁴⁴ ALMEIDA, Carlos Wellington Leite de. Fiscalização contratual: “Calcanhar de Aquiles” da execução dos contratos administrativos. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTC/article/view/342/387>. Acesso em: 10 de março de 2019.

de Contas, o que se extrai do Acórdão n.º 2681-2018-Plenário⁴⁵, conforme fragmentos abaixo transcritos:

3.5.5.2. Ausência de vinculação dos pagamentos aos requisitos de qualidade do serviço ou do produto

148. Devido à ausência de vinculação dos pagamentos aos requisitos de qualidade do serviço ou do produto, poderá ocorrer pagamentos por produtos ou serviços abaixo da qualidade esperada, o que poderá levar a retrabalho, a impasse entre a administração e a contratada sobre o nível de qualidade do serviço ou produto entregues, ou mesmo a contratação de novos serviços, impossibilidade de aplicação de glosas, impactando em prejuízo ao erário e no não atingimento dos objetivos institucionais que dependiam daquele serviço ou produto.

(...)

3.5.6.4. Ausência de mecanismos da fiscalização para rastrear os serviços prestados e os materiais utilizados pela contratada

187. Devido à ausência de mecanismos da fiscalização para rastrear os serviços prestados e os materiais utilizados pela contratada, poderá ocorrer medição e atestação por serviços não prestados e por materiais não utilizados, o que poderá levar a pagamentos indevidos, impactando em prejuízo ao erário.

192. (...) a exemplo do que se verificou em algumas entidades auditadas:

(...)

b) realizou pagamentos indevidos de diárias, adicional noturno e horas extras, à empresa contratada para prestar serviços de motorista;

194. Esse risco, associado à falta de tempo de que dispõem os fiscais e gestores de contratos para o exercício de suas atividades, criam um ambiente próprio ao cometimento de erros e fraudes. Onde essas situações foram identificadas, as entidades estão sendo alertadas e está proposta determinação para criação de mecanismos de controles específicos para rastreio de serviços prestados e materiais utilizados.

⁴⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n.º 2681-2018-Plenário. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordaocompleto*/NUMACORDAO:2681%20A%20NOACORDAO:2018/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=be4c6340-48d2-11e9-a746-cd44e3552990. Acesso em: 17/03/2019

200. O conjunto de achados ora consolidados demonstram que a maioria das entidades auditadas apresenta graves problemas na gestão de riscos e prevenção a fraude e a corrupção.

211. No geral, os fiscais e gestores de contrato não têm tempo razoável para o exercício de suas atribuições e não há uma segregação clara entre recebimento provisório e definitivo. Aliado a isso, a ausência de mecanismos da fiscalização para rastrear os serviços prestados e os materiais utilizados pela contratada, contribui para um ambiente que favorece o cometimento de fraudes (3.5.6).

Sente-se, portanto, a necessidade do estabelecimento de normas mais rígidas, com apontamento de parâmetros no que tange à execução de horas extras e à devida fiscalização do trabalho, notadamente, quando realizado externamente.

Considerações finais

A edição da IN n.º 05/2017⁴⁶, além de consolidar a *praxe* administrativa já desenvolvida no Direito Administrativo brasileiro, na condição de norma regulamentadora, trouxe elementos essenciais para a implementação e fortalecimento de práticas anticorruptivas nos procedimentos de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.

Observa-se, assim, que a instrução supramencionada buscou atender à necessidade de um arranjo institucional mínimo para o fomento de uma cultura de combate à fraude e à corrupção, no âmbito da Administração Pública Federal.

No âmbito das práticas anticorruptivas, merece atenção aquelas medidas voltadas ao enfrentamento das situações que ensejam conflitos de interesses, com a prevalência do interesse privado em relação ao público, em corolário aos diversos princípios constitucionais. Tal relevo deve-se ao fato de que tais circunstâncias podem envolver questões subjetivas, por vezes, de difícil identificação e solução.

⁴⁶ BRASIL, *Instrução Normativa n.º 5...*, cit.

Com efeito, esse grau de subjetividade dificulta o integral atendimento dos interesses administrativos no que se refere ao estabelecimento de medidas de combate à fraude e à corrupção.

O estudo dos dispositivos que consolidaram as normas já em prática no ordenamento jurídico, assim como das inovações introduzidas pela IN n.º 05/2017⁴⁷, demonstra que, inobstante um evidente avanço, o ordenamento tem ainda vasto caminho a trilhar na adoção de medidas tendentes ao combate à fraude e à corrupção.

Não se deve olvidar, todavia, que essa constatação não desmerece os dispositivos vigentes, e nem deve desencorajar os agentes públicos na busca por soluções mais eficientes, vez que é da própria natureza humana a existência de conflitos. Daí porque é correto afirmar que o legislador sempre estará na retaguarda dos ilícitos praticados.

Referências

ALMEIDA, Carlos Wellington Leite de. Fiscalização contratual: “Calcanhar de Aquiles” da execução dos contratos administrativos. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCUC/article/view/342/387>.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 18 de março de 2019.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 18 de março de 2019.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei n.º 12.813, de 16 de maio de 2013*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12813.htm. Acesso em: 18 de março de 2019.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 18 de março de 2019.

⁴⁷ BRASIL, *Instrução Normativa n.º 5...*, cit.

- ____. Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Instrução Normativa n.º 02, de 30 de abril de 2008*. Disponível em: <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/legislacao/instrucoes-normativas/417-instrucao-normativa-n-02-de-30-de-abril-de-2008>. Acesso em: 18 de março de 2019.
- ____. Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. *Instrução Normativa n.º 5, de 25 de maio de 2017*. Disponível em: <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/legislacao/instrucoes-normativas/760-instrucao-normativa-n-05-de-25-de-maio-de-2017>. Acesso em: 18 de março de 2019.
- ____. Tribunal de Contas da União. *Representação 016.645/2015-4*. Acórdão 4.323/2018, 2ª Câmara. Brasília, 29 de maio de 2018. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordaoCompleto*/NUMACORDAO:4323%20ANOACORDAO:2018/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=562c5480-4712-11e9-bd05-a530e9e3c612 Acesso em: 15 março 2019.
- ____. Tribunal de Contas da União. *Processo 014.736/2011-0*. Brasília, 8 de abril de 2019. Acórdão 2.649/2014 – Plenário. Disponível em <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/sal%C3%A1rios%20super%20estimados%20contrata%C3%A7%C3%A3o%20servi%C3%A7os%20DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/6/%20?uuid=562c5480-4712-11e9-bd05-a530e9e3c612> Acesso em: 15 março 2019.
- ____. Tribunal de Contas da União. Acórdão n.º 2681-2018-Plenário. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordaoCompleto*/NUMACORDAO:2681%20ANOACORDAO:2018/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=be4c6340-48d2-11e9-a746-cd44e3552990. Acesso em: 17 de março 2019.
- CARVALHO, Mateus. *Manual de Direito Administrativo*. 3ª Edição. Salvador: Juspodivm, 2016.
- FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12 ed. São Paulo: Dialética, 2008.
- PARECER n.º 15/2014/CPLC/DEPCCONSU/PGF/AGU. Disponível em: <https://www.agu.gov.br/page/download/index/id/26071437>. Acesso em: 24 de fevereiro de 2019.

SILVA, Matheus Passos. Metodologia: oficina de redação de artigos científicos.
In: *II Curso de Combate à Corrupção na Contratação Pública*. 18 a 26 de outubro
de 2018. Lisboa: Universidade Nova de Lisboa.

Adesão do Brasil ao Acordo de Contratações Públicas da Organização Mundial do Comércio: uma saída para quebra do oligopólio nos serviços de construção de infraestrutura?

Brazil's accendence to the World Trade Organization's Government Procurement Agreement: a way out of the oligopoly in infrastructure construction services?

MARCIO PEREIRA DE ANDRADE

Resumo: O presente artigo tem por objetivo investigar se seria interessante para o Brasil aderir ao Acordo de Compras Governamentais da Organização Mundial de Comércio.

Partindo-se do quadro de corrupção que assola as compras públicas, especialmente no setor oligopolizado da construção civil de obras de infraestrutura, que recentemente foi desbaratado pela Operação Lava Jato, pretende-se investigar as principais características do Acordo de Contratações Públicas e os aspectos que podem contribuir para prevenção da colusão entre empresas e redução de oligopólios.

Para alcançar o objetivo acima mencionado procura-se sopesar os benefícios e os fatores negativos que poderiam advir de uma eventual adesão, para tanto, partiu-se da análise de estudos de caso de Taipei e Índia.

Buscou-se, ainda, analisar os instrumentos de Tratamento Especial Diferenciado que foram revigorados na versão revisada do Acordo de Compras Governamentais, como forma de atrair adesão dos países em desenvolvimento.

Conclui-se que, a adesão do Brasil ao Acordo sobre Compras Governamentais deve ser analisada com cautela, para melhor avaliação dos impactos que podem ser causados a setores econômicos específicos.

Não obstante, conclui-se que, de forma geral, a abertura do mercado doméstico para fornecedores internacionais teria a virtude de trazer maior competitividade

à indústria nacional e redução de preços, especialmente no setor oligopolizado da construção civil de obras de infraestrutura.

Abstract: The purpose of this article is to investigate whether it would be interesting for Brazil to accede to the Agreement on Government Procurement of the World Trade Organization.

Starting from the corruption framework that plagues public procurement, especially the oligopolized sector of the construction of infrastructure works, which was disrupted by criminal investigation (Operação Lava Jato), it is intended to investigate the main characteristics of the Government Procurement on Agreement and the aspects that may contribute to prevent collusion between companies and reduction of oligopolies.

In order to achieve this purpose, it is necessary to weigh the benefits and the negative factors to be considered as a possibility of adherence, therefore was analysed the case studies of Taipei and India.

It was also sought with the instruments of Special Differential Treatment that was reinvigorated in the revised version of the Government Procurement Agreement.

It is concluded that Brazil's accession to the Agreement on Government Procurement should be analyzed with caution, in order to obtain an assessment of the impacts that may be caused on specific economic sectors.

Nevertheless, it is concluded that, in general, the opening of the domestic market to international suppliers should bring greater competitiveness to the national industry and reduction of public procurement prices, specially to the important economic sector of the civil construction of infrastructure works.

Introdução

O Índice de Percepção de Corrupção de 2018 da Transparência Internacional coloca o Brasil na 105ª posição, entre 180 países do mundo, em termos de percepção de corrupção no setor público.

É certo que a contratação pública, é o tema mais importante quando se fala em corrupção no Brasil. O escandaloso quadro de corrupção envolvendo vários líderes políticos do país que assolou (e ainda assola!) o noticiário brasileiro nos últimos anos reflete bem o tamanho do problema.

A operação Lava Jato, como assim foi denominada a investigação policial iniciada em 2014, até hoje em curso, é a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que o Brasil já teve.¹ No epicentro do esquema de corrupção estão empresas públicas brasileiras, entre elas estão a Petrobras, a BR Distribuidora, a Transpetro, a Eletrobrás e Eletronuclear, que são controladas pelo Governo Brasileiro.

Com efeito, apesar da privatização das empresas estatais durante os anos 90, a privatização não foi completa e ainda hoje o governo se mantém atuante em alguns setores, notadamente em petróleo e gás por meio do controle da Petrobrás, a empresa dominante neste setor e na geração e transmissão de eletricidade, além do setor financeiro.

Apenas para se ter uma ideia, segundo estudo do IPEA publicado ainda nos idos de 2010, apenas a Petrobras, nos 10 anos compreendidos entre 1998 e 2007, comprou de seus fornecedores produtos equivalentes a R\$ 378 bilhões, numa média anual de R\$ 38 bilhões, atingindo direta e indiretamente mais de 18 mil empresas fornecedoras.²

Os números que envolvem o desvio de recursos na operação são expressivos, mormente se considerarmos que o cartel também operou na realização das obras da Copa da Confederações 2013, na Copa do Mundo de 2014³, nas Olimpíadas do Rio 2016⁴, entre outros importantes políticas públicas levadas a cabo pelo Governo Federal, como a Transposição do Rio São Francisco⁵. Estima-se que somente da Petrobras foram desviados R\$

¹ Para entender melhor o caso consultar o site oficial do Ministério Público Federal, Disponível em “<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/entenda-o-caso>” Acessado em 15 mar.2019

² DENEGRI, João Alberto cord. [et al.]. Poder de compra da Petrobras : impactos econômicos nos seus fornecedores. Brasília : Ipea : Petrobras, 2010. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/Livro_poderdecompra.pdf> Acessado em 15 mar.2019

³ G1. Bom Dia Brasil. Andrade Gutierrez admite cartel em obras de estádios para Copa de 2014. 06 abr. 2016. Disponível em <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2016/12/andrade-gutierrez-admite-cartel-em-obras-de-estadios-para-copa-de-2014.html>> Acessado em 14 mar.2019

⁴ OLIVEIRA, Carol. Mais alto, mais forte, mais corrupto: a Lava-Jato nas Olimpíadas. EXAME. 7 set.2017. Disponível em <<https://exame.abril.com.br/brasil/mais-alto-mais-forte-mais-corrupto-a-lava-jato-nas-olimpiadas/>> Acessado em 14 mar.2019.

⁵ AZEVEDO, Reinaldo. PF investiga se empreiteiras da Lava Jato desviaram dinheiro da transposição do Rio São Francisco. VEJA. 09 fev. 2017. Disponível em <<https://veja.abril.com.br/brasil/pf-investiga-se-empreiteiras-da-lava-jato-desviaram-dinheiro-da-transposicao-do-rio-sao-francisco/>> Acessado em 14 mar.2019.

42,8 bilhões, baseado em laudo de perícia criminal produzido pela Polícia Federal em um dos processos da operação⁶.

É bem verdade que não é de hoje que a corrupção de agentes públicos e o desvio de recursos públicos assolam o país, contudo, a partir de uma investigação criminal séria e, principalmente, a partir dos institutos jurídicos da delação premiada e do acordo de leniência, vieram à tona, de maneira inédita, os bastidores operacionais de antigo oligopólio de empresas da construção civil na área de infraestrutura⁷.

A operação desbaratou, em verdade, um cartel que foi apelidado de “clube das empreiteiras”. Pelo menos 16 empresas foram acusadas de se organizar para se revezar no arremate de obras públicas⁸. Há notícias, ainda, de outras empresas que participaram do esquema de uma forma menos importante, mas sempre com o aval do “clube”⁹.

Considerando o contexto acima apresentado, o presente artigo tem por objetivo apresentar argumentos acerca da possível adesão do Brasil ao Acordo sobre Compras Governamentais (GPA, na sigla em inglês) da Organização Mundial do Comércio (OMC) como forma de diminuir ou reduzir o poder do oligopólio da construção civil de infraestrutura instalado no país.

Mas o que é o GPA? Qual sua abrangência? Quais suas principais características?

com.br/blog/reinaldo/pf-investiga-se-empresiteiras-da-lava-jato-desviaram-dinheiro-da-transposicao-do-rio-sao-francisco/> Acessado em 14 mar.2019.

⁶ DIONÍSIO, Bibiana. PF estima que prejuízo da Petrobras com corrupção pode ser de R\$ 42 bi. G1. Paraná RPC. 12 mai. 2015. Disponível em <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2015/11/pf-estima-que-prejuizo-da-petrobras-com-corrupcao-pode-ser-de-r-42-bi.html>> Acessado em 14 mar.2019

⁷ O tema é abordado com profundidade em CAMPOS, Pedro Henrique Pedreira, *Estranhas Catedrais: as empreiteiras brasileiras e a ditadura civil-militar, 1964-1988*, Ed.Eduff, Rio de Janeiro, 2014.

⁸ G1. Jornal Nacional. Delatores contam em detalhes como funcionava o “clube das empreiteiras”. 22 abr. 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/04/delatores-contam-em-detalhes-como-funcionava-o-clube-das-empresiteiras.html>> Acessado em: 19 mar.2019.

⁹ MACEDO, Fausto, [et al.]. Denúncia amplia ‘clube’ das construtoras investigadas na Lava Jato. Disponível. ESTADO DE SÃO PAULO, em 13 dez.2014. Disponível em <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,denuncia-amplia-clube-das-construtoras-investigadas-na-lava-jato-imp-,1606510>> Acessado em: 15 mar.2019.

Seria a introdução de práticas de integridade adotadas no GPA, bem como abertura de mercado interno para concorrência internacional o caminho certo para reduzir a atuação do oligopólio da construção civil de infraestrutura no Brasil? Ou a abertura do mercado doméstico brasileiro à competição internacional destruiria setores econômicos ainda não estruturados?

Este artigo discute os principais instrumentos do GPA, analisando as vantagens, as oportunidades, os desafios e as perspectivas de uma possível adesão do Brasil ao GPA, bem como avalia as limitações à liberalização do mercado doméstico.

Para responder às hipóteses formuladas será utilizado principalmente o método comparativo, sendo a técnica de pesquisa bibliográfica, a principal técnica.

Esses são os principais pontos que se pretende abordar no presente artigo.

1. O que é o GPA?

O Acordo sobre Compras Governamentais ou Government Procurement Agreement (GPA) é um acordo plurilateral mantido pela Organização Mundial do Comércio (OMC) ou World Trade Organization (WTO, na sigla em inglês) para os membros que a ele aderirem.¹⁰

Até o presente momento aderiram ao GPA 47 membros¹¹, incluindo os países membros da União Europeia, existem, ainda, 19 países em processo de adesão e 33¹² países participantes como observadores.

¹⁰ WORLD TRADE ORGANIZATION. Revised Agreement on Government Procurement. 2012. Disponível em: <https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/rev-gpr-94_01_e.htm>. Acessado em: 23 mar.2019.

¹¹ Armênia, Canada, União Europeia (Áustria, Bélgica, Dinamarca, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Holanda, Portugal, Espanha, Suécia, Reino Unido, Chipre, República Tcheca, Estônia, Hungria, Letônia, Lituânia, Malta, Polônia, Repúblicas da Eslováquia e Eslovênia, Bulgária, România, Croácia, Hong Kong/China, Islândia, Israel, Japão, Coreia do Sul, Liechtenstein, Moldova, Montenegro, Caribe Holandês, Nova Zelândia, Noruega, Singapura, Suíça, Taipei Chinesa, Ucrânia, Estados Unidos. Em WORLD TRADE ORGANIZATION. Parties, observers and accessions. Disponível em <https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/memobs_e.htm> acessado em 20 mar. 2019.

¹² Afeganistão, Albânia, Argentina, Austrália*, Barém, Belarus, Brasil, Camões, Chile, China, Colômbia, Costa Rica, Geórgia, Índia, Indonésia, Jordânia, Cazaquistão, República

Esse acordo partiu de iniciativas para regulamentar as compras governamentais e estabelece para os países signatários uma série de compromissos em matéria de transparência e acesso aos mercados nacionais de compras públicas.

Apesar de ser membro da OMC, o Brasil ainda não aderiu ao GPA. Contudo, embora não seja signatário do acordo, o Brasil teve sua adesão como membro observador aprovada durante a 113ª Reunião do Conselho da Câmara de Comércio Exterior (Camex), em 23 de agosto de 2017. Essa condição permitirá ao País a oportunidade de acompanhar mais de perto os debates mais atuais sobre o assunto.¹³

No início, a maior parte dos países que aderiram ao acordo, eram basicamente de países desenvolvidos. Contudo a versão do GPA revisada em 2012 (e vigente a partir de 2014) apresenta hoje um potencial atrativo maior para países em desenvolvimento e para países com fraco desenvolvimento, com possibilidade, portanto, de atrair uma adesão mais diversificada do que os tradicionais países desenvolvidos.¹⁴

O GPA revisado teve sua cobertura ampliada para cerca de US\$ 1,7 trilhão ao ano¹⁵. Isso significa que um membro aderente passa a ter acesso e pode competir em um enorme mercado consumidor de bens, serviços e obras.

Estima-se que nos países desenvolvidos, as despesas dos contratos públicos de bens e serviços representa, em média, 15% a 20% do produto interno bruto (PIB) desses países¹⁶. Há países em desenvolvimento que

do Quirguistão, Malásia, Mongólia, Macedônia do Norte, Omã, Panamá, Paquistão, Paraguai, Federação Russa, Arábia Saudita, Seychelles, Sri Lanka, Tadjiquistão, Tailândia, Turquia, Vietnã. Disponível WORLD TRADE ORGANIZATION. Parties... cit.

¹³ BRASIL. Secretaria Executiva da Câmara de Comércio Exterior – CAMEX. Deliberações da 113ª Reunião do Conselho de Ministros da CAMEX. Disponível em <<http://www.camex.gov.br/noticias-da-camex/1899-deliberacoes-da-113-reuniao-do-conselho-de-ministros-da-camex>> Acessado em 20 mar. 2019

¹⁴ STEINER, Marc. *O Acordo de Compras Governamentais da OMC: avaliando o escopo para compras verdes*. Bridges, Volume 11, Number 10, dez.2015. Disponível em <<https://www.ictsd.org/bridges-news/pontes/news/o-acordo-de-compras-governamentais-da-omc-avaliando-o-escopo-para-compras>> acessado em 21.mar.2019

¹⁵ WORLD TRADE ORGANIZATION. Agreement on... cit.

¹⁶ EUROPEAN COMMISSION. A Report on the Functioning of Public Procurement Markets in the EU: Benefits from the Application of EU Directives and Challenges for the Future 8 (Mar. 2, 2004). Disponível em <http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/public-proc-market-final-report_en.pdf> Acessado em 21 mar.2019.

o percentual é ainda maior, como no caso da Índia, em que as compras públicas representam 30% do PIB, sendo que se forem considerados alguns setores isolados, pode-se chegar a 50%, como as despesas públicas com defesa, trens e telecomunicações.¹⁷

Já no Brasil, segundo a OCDE, o mercado de compras governamentais corresponde, em média, a 13% do produto interno bruto (PIB) brasileiro. Isso significa algo em torno de R\$ 850 bilhões somente no exercício de 2017, considerando os dados fornecidos pelo IBGE.¹⁸

A importância crescente do Acordo ao longo do tempo também pode ser percebida no fato de que tratados regionais e bilaterais firmados ou em negociação têm baseado suas disposições sobre compras no GPA, como ocorre com os textos de acordos que o Brasil negocia atualmente.¹⁹

Esses são aspectos gerais do GPA. Passemos agora ao estudo de mecanismos efetivos previsto no texto do acordo.

2. Princípios Gerais do GPA

Após uma breve apresentação dos aspectos gerais do GPA é importante destacar alguns princípios gerais do acordo que importam para a presente análise.

Logo de início destaca-se o Princípio da Não Discriminação pelo qual cada país membro deve se comprometer que as leis, regulamentos, procedimentos e práticas relacionadas às Compras Governamentais não devem ser direcionados à proteção dos produtos ou serviços domésticos ou

¹⁷ KHORAMA, Sangeeta e SUBRAMANIAN, Sujitha, Potential accession to the WTO Government Procurement Agreement: a case-study on India, *Journal of International Economic Law*, 1-23, pag.3

¹⁸ OECD. Relatório Econômico Brasil – Fevereiro de 2018. Disponível em <<https://www.oecd.org/eco/surveys/Brazil-2018-OECD-economic-survey-overview-Portuguese.pdf>>, Acessado em 25 mar. 2019.

¹⁹ BRASIL. Ministério da Economia. Camex aprova solicitação de ingresso do Brasil como observador no Acordo de Compras Públicas (GPA) 23 ago 2017. Disponível em <<http://www.fazenda.gov.br/noticias/2017/agosto/camex-aprova-solicitacao-de-ingresso-do-brasil-como-observador-no-acordo-de-compras-publicas-gpa>> Acessado em 21 mar.2019.

produtores domésticos e não deve discriminar entre produtos ou serviços estrangeiros ou produtores estrangeiros.²⁰

Outro princípio basilar do acordo é o da Transparência, significando que deve ser promovida transparência das leis, regulamentos, procedimentos, atos e práticas relacionadas às Compras Governamentais dos países signatários.²¹

É ainda importante destacar o Princípio da Solução Justa de Controvérsias, pelo qual são estabelecidos procedimentos internacionais de notificação, consultas, vigilância, e solução de controvérsias com a visão de garantir uma justa, imediata e efetiva coercitividade dos dispositivos internacionais sobre compras governamentais, e para manter o equilíbrio dos direitos e deveres no nível mais alto possível.²²

Por fim, deve-se dar especial destaque ao Princípio do Tratamento Especial Diferenciado onde é reconhecida a necessidade de considerar o desenvolvimento, as necessidades financeiras e comerciais dos *países em desenvolvimento*, e em particular os *países menos desenvolvidos*.²³

Tais princípios se irradiam pelo acordo, traduzindo-se em uma série de obrigações e deveres que devem ser cumpridos pelos partícipes, bem como direitos que podem ser exercidos em face dos outros membros.

Mais adiante veremos algumas ferramentas previstas no acordo que poderiam ser utilizadas pelo Brasil em seu processo de adesão, como forma de combater o oligopólio da construção civil de infraestrutura, que se formou no Brasil, como já identificado.

3. Prevenção de Colusão e Formação de Cartel entre Empresas

É papel fundamental do Estado num sistema de compras públicas a prevenção de situações em que as empresas mediante conluio, ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, compartilhem informações ilegalmente entre si para burlar ou controlar preços do processo licitatório conduzidos pelo Estado.

²⁰ WORLD TRADE ORGANIZATION. Revised Agreement on ... cit., artigo IV(1)

²¹ Idem, Preâmbulo, §6º

²² Idem, artigo IV(4)

²³ Idem, preâmbulo § 5º e artigo V

De fato, podem ocorrer vários tipos de ajustes entre companhias que podem promover a fraude na licitação, a exemplo de lances fraudulentos (e.g, quando muito elevados, para simular uma competição) ou mesmo ajustes para não dar lances em promessa de subcontratação, ou então pagamentos paralelos aos concorrentes que perdem a licitação, ou ainda um estabelecimento de rotatividade entre vencedores, entre outros.

No Glossário Econômico das Organizações Industriais e da Lei de Concorrência da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) o conluio entre empresas é visto como uma violação grave da lei da concorrência. Observe-se as principais práticas de conluio entre empresas e seu significado na seguinte passagem:

“O conluio entre empresas para aumentar ou fixar preços ou reduzir a produção é visto pela maioria das autoridades como a violação mais grave das leis de concorrência. Acredita-se que arranjos colusivos tenham sido alcançados e aplicados de maneiras tão variadas quanto a própria imaginação humana. Casos realizados em diferentes países revelam que o conluio pode ser alcançado por meio de acordos informais de cavalheiros, em que a consideração mútua, a convenção social e os contatos e conexões pessoais fornecem base suficiente para assegurar a adesão aos preços acordados e práticas comerciais relacionadas pelos membros. Embora o conluio seja geralmente mais fácil quando os vendedores são poucos e produzem produtos homogêneos, conspirações de fixação de preços também surgiram na venda de produtos complexos. Um exemplo é a indústria de equipamentos elétricos nos Estados Unidos, que envolveu 29 empresas diferentes que vendem diversos produtos técnicos, como geradores de turbina, transformadores, engrenagens, isoladores, controles e condensadores. Da mesma forma, por meio do acordo sobre os detalhes e padrões da especificação do produto, os produtores de aço americanos conseguiram se conformar com sucesso por algum tempo. Em uma conspiração de manipulação de ofertas, as empresas usaram as “fases da lua” para se revezarem e determinar qual dentre elas apresentaria a oferta “baixa” para ganhar os contratos. Em outros tipos de casos, a colusão envolveu acordos de compartilhamento de mercado.”²⁴ (tradução livre)

²⁴ Texto Original: Collusion between firms to raise or fix prices and reduce output are viewed by most authorities as the single most serious violation of competition laws. Collusive arrangements are known to have been arrived at and enforced in ways which are as varied as the

Por outro lado, um cartel pode ser definido, da seguinte forma:

“Cartel é um acordo formal entre empresas de uma indústria oligopolista. Os membros do cartel podem entrar em acordo sobre questões de preços, produção total da indústria, participação de mercado, alocação de clientes, alocação de territórios, licitação, estabelecimento de agências de vendas comuns e divisão de lucros ou combinação destes. O cartel, nesse sentido amplo, é sinônimo de formas “explícitas” de conluio. Os cartéis são formados para o benefício mútuo das firmas-membro. A teoria do oligopólio “cooperativo” fornece a base para analisar a formação e os efeitos econômicos dos cartéis. De um modo geral, o comportamento dos cartel ou cartéis tenta imitar o monopólio, restringindo a produção industrial, elevando ou fixando preços para obter lucros mais altos”²⁵ (tradução livre).

human imagination itself. Cases drawn from across different countries reveal that collusion may be reached through informal gentlemen’s agreements where mutual regard, social convention and personal contacts and connections provide sufficient basis for ensuring adherence to agreed prices and related business practices by members. While collusion is generally easier when sellers are few and produce homogenous products, price fixing conspiracies have also arisen in the sale of complex products. An example is the electrical equipment industry in the United States which involved 29 different companies selling diverse technical products such as turbine generators, transformers, switch gears, insulators, controls and condensers. Similarly, through agreement on product specification details and standards, American steel producers were able to collude successfully for some time. In one bid-rigging conspiracy firms used the “phases of the moon” to take turns and determine which amongst them would submit the “low” bid to win the contracts. In yet other types of cases, collusion entailed market sharing agreements. Disponível em OECD – ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Glossary of industrial organization economics and competition law. Disponível em: <<http://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf>>. Acessado em 15 mar.2019. p. 20,21.

²⁵ Texto original: A cartel is a formal agreement among firms in an oligopolistic industry. Cartel members may agree on such matters as prices, total industry output, market shares, allocation of customers, allocation of territories, bid-rigging, establishment of common sales agencies, and the division of profits or combination of these. Cartel in this broad sense is synonymous with “explicit” forms of collusion. Cartels are formed for the mutual benefit of member firms. The theory of “cooperative” oligopoly provides the basis for analyzing the formation and the economic effects of cartels. Generally speaking, cartels or cartel behaviour attempts to emulate that of monopoly by restricting industry output, raising or fixing prices in order to earn higher profits. Em OECD – ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Glossary of..., cit. p.18, 19.

A formação de cartéis mostra-se extremamente maléfica para as compras públicas e para economia como um todo, pois assolapa o desenvolvimento de setores da economia onde ocorrem.

A OCDE identifica, ainda, vários fatores que podem facilitar a formação de cartéis para fixação de preços, entre eles pode-se citar:

- a) Capacidade de aumentar e manter o preço da indústria. Se as barreiras à entrada forem baixas ou se houver produtos substitutos, o conluio não será bem-sucedido e as empresas não terão incentivo para permanecer ou aderir à conspiração de preços.
- b) As empresas não esperam que o conluio seja facilmente detectado ou severamente punido. Se for esse o caso, os lucros do conluio podem ser significativamente mais altos do que os custos das multas e da perda de reputação das empresas.
- c) Os custos organizacionais são baixos. Se as negociações entre as empresas forem demoradas e os custos de fiscalização e fiscalização da conspiração forem altos, pode ser difícil formar uma combinação.
- d) Produtos homogêneos ou muito similares são produzidos. Acordos de preços uniformes não são facilmente alcançados se os produtos diferirem em atributos como qualidade e durabilidade. Torna-se difícil para as empresas, em tais circunstâncias, detectar se as variações nas vendas se devem à mudança nas preferências do comprador ou à trapaça das empresas na forma de cortes secretos nos preços.
- e) A indústria é altamente concentrada ou algumas grandes empresas fornecem a maior parte do produto. Quando o número de empresas é pequeno, os custos de organização do conluio tendem a ser baixos. Além disso, a probabilidade de detectar empresas que não respeitam os preços fixos será correspondentemente maior.
- f) A existência de uma indústria ou associação comercial. Associações tendem a fornecer uma base para a coordenação de atividades econômicas e troca de informações que podem facilitar o conluio. Eles também podem reduzir os custos organizacionais e de monitoramento da combinação²⁶ (tradução livre)

²⁶ Texto original: "a) Ability to raise and maintain industry price. If barriers to entry are low or there exist substitute products, collusion will not be successful and firms will not have an incentive to remain in or join the price conspiracy. b) Firms do not expect collusion to

No âmbito das compras públicas, há alguns sinais que podem ser indícios de práticas cartelizadas, tal como quando ocorre de o mesmo grupo de fornecedores sempre enviar propostas e cada um deles ganha em uma etapa, assim como todas as propostas são consistentemente mais altas do que a estimativa interna produzida pelo órgão, ou então quando uma empresa sempre faz um lance alto e recebe uma subcontratação do licitante vencedor, ou ainda quando um concorrente envia um lance próprio e outro concorrente envia uma proposta semelhante com poucas diferenças, entre outras situações.

É certo que tais práticas são proibidas e devem ser evitadas no curso de um procedimento licitatório. Entre as consequências negativas advindas de tais práticas pode-se apontar o gasto elevado de recursos do erário com o aumento dos custos das aquisições públicas, quebra de confiança no governo, entre outras.

Nas fraudes identificadas no âmbito da operação Lava Jato restou evidente a ocorrência de variadas práticas nocivas à concorrência, tais como ajustes para não dar lances em promessa de subcontratação, estabelecimento de rotatividade entre vencedores, realização de lances fraudulentos, entre outros.

Há uma série de medidas que podem ser tomadas para prevenção de tais práticas, tais como: a responsabilização das empresas envolvidas pela autoridade concorrencial, com aplicação de multas pesadas; ou então aplicação de

be easily detected or severely punished. If such is the case, the profits from collusion may be significantly higher than the costs of fines and of the firms' loss of reputation. c) Organizational costs are low. If the negotiations between firms are protracted and enforcement and monitoring costs of the conspiracy are high, it may be difficult to form a combination. d) Homogenous or very similar products are produced. Uniform price agreements are not easily reached if the products differ in attributes such as quality and durability. It becomes difficult for firms in such circumstances to detect whether variations in sales are due to changing buyer preferences or cheating by firms in the form of secret price cuts. e) Industry is highly concentrated or a few large firms provide the bulk of the product. When the number of firms is few, the costs of organizing collusion will tend to be low. Also, the probability of detecting firms which do not respect the fixed prices will be correspondingly higher. f) The existence of an industry or trade association. Associations tend to provide a basis for coordinating economic activities and exchange of information which may facilitate collusion. They may also reduce the organizational and monitoring costs of the combination" Disponível em OECD – ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Glossary of..., cit. p. 21.

medidas de responsabilização da pessoa jurídica²⁷ com aplicação igualmente de multas pesadas; bem como sanções como a proibição de contratar com o poder público. Bastante relevante também é a responsabilização pessoal na esfera penal dos dirigentes das empresas e de autoridades públicas, com sentenças de prisão para os envolvidos.

Certo é que, exige-se um controle estatal maior, bem como uma melhor educação pública como forma de criar uma cultura de prevenção de ilícitos.

No âmbito do GPA tenta-se valorizar a integridade e previsibilidade dos sistemas de contratação pública, tais como o estabelecimento de os pedidos de participação, tempo de recepção de propostas, exigindo-se que os mecanismos de compras sejam previsíveis e íntegros.²⁸

Reconhece-se, igualmente, a importância de serem adotadas medidas de transparência em matéria de contratos públicos, de realização de aquisições de forma transparente e imparcial e de evitar conflitos de interesses e práticas corruptas, em conformidade com os instrumentos internacionais aplicáveis, como a Convenção das Nações Unidas contra a corrupção.²⁹

Contudo, em verdade, o GPA não traz em si um regramento expreso acerca de mecanismos e práticas para prevenção de conluio ou arranjos ilícitos em licitações públicas, mas reconhece o direito dos países de tomar medidas corretivas em relação a estas práticas.³⁰

Deve-se ter em mente que, a cartelização ou conluio entre participantes, assim como as demais práticas de atos ilícitos praticados contra um certame público, nunca serão eliminados por completo e podem colocar em xeque os benefícios de um processo licitatório correto e adequado.

Por isso, a abertura do mercado para competidores internacionais, com a liberalização do regime de compras públicas vem sendo apontada como uma medida complementar entre a livre negociação do comércio e as políticas de concorrência dos países no combate a corrupção nas compras públicas.

²⁷ A exemplo da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, regulamentado pelo Decreto nº 8420, de 18 de março de 2015, legislação brasileira que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

²⁸ WORLD TRADE ORGANIZATION. Revised Agreement on ... cit., Preâmbulo §3º

²⁹ Idem, Preâmbulo §6º

³⁰ Idem, Artigos IV.3(c), XV.2, XVIII.2

4. Abertura do Mercado Doméstico a Competidores Internacionais

Em estudo realizado sobre a possível adesão da Índia ao Acordo de Compras Governamentais Sangeeta Khorana e Sujitha Subramanian³¹ identificaram que mesmo com a globalização dos mercados, os governos têm criado barreiras para favorecer fornecedores nacionais.

Não obstante as autoras apontam que no cenário do comércio internacional a quebra de barreiras comerciais evoluiu a passos largos nas últimas décadas, com o fortalecimento de mercados comuns e a adesão a acordos multilaterais de âmbito internacional. Contudo, quando se trata do mercado de compras governamentais o protecionismo ainda é uma questão importante, mas que vem diminuindo, especialmente pela adesão de um número cada vez maior de países ao GPA.

Um panorama geral sobre os comportamentos de governos em relação as compras públicas é bem delineado pelas autoras na seguinte passagem:

“No passado, governos se engajaram em medidas protecionistas para favorecer fornecedores domésticos e limitar a concorrência de importações. A discriminação contra fornecedores internacionais em contratos públicos baseou-se na ortodoxia macroeconômica keynesiana que afirmava que um aumento na renda nacional poderia ser alcançado pela redução dos gastos do governo em importações. A discriminação também foi atribuída a razões como a preocupação com segurança nacional, para apoiar pequenas e médias indústrias, para promover indústrias em regiões específicas e fomentar políticas secundárias, como políticas para mulheres ou grupos desfavorecidos na sociedade ou para executar ou fortalecer algumas medidas políticas públicas por meio das compras públicas.³² (tradução livre)

³¹ KHORAMA, Sangeeta e SUBRAMANIAN, Sujitha, *Potential cit*, pag.3

³² Texto original: In the past, governments have engaged in protectionist measures to favour domestic suppliers and limit import competition. Historically, discrimination against international suppliers in public procurement was based on Keynesian macroeconomic orthodoxy which stated that an increase in national income could be achieved by reducing government expenditure on imports. Discrimination has also been attributed to reasons such as national security concerns, to support small and medium industries, to promote industries in specific regions, and foster secondary policies such as favouring women or disadvantaged groups in the society. Em KHORAMA, Sangeeta e SUBRAMANIAN, KHORAMA; Sangeeta e SUBRAMANIAN, Sujitha, *Potencial ... cit*, pag.4.

Em estudo sobre a possível adesão do Egito e da Turquia ao GPA , Ahmed Farouk Ghonein³³ identificou que a legislação Egípcia para compras públicas trazia uma série de restrições para participação de competidores internacionais nos certames internos daquele país. No setor de construção civil, p.exemplo, exige-se que “o contratante principal deve ser um cidadão egípcio e que empresas estrangeiras podem participar como subcontratados se nenhuma empresa egípcia estiver disponível ou qualificada”, tamanha é a aversão os competidores internacionais.

Mais recentemente, o protecionismo nos contratos públicos tem sido empregado como um meio de combater a crise econômica³⁴, tendo em vista enorme impacto econômico que as compras estatais causam na economia local. O protecionismo também se reveste da adoção de medidas para reduzir a concorrência internacional no mercado interno.

Essa questão foi notada por Pascal Lamy, em comentário sobre a crise econômica mundial:

“Durante e no rescaldo do crise econômica mundial, muita atenção tem se concentrado investimento em infra-estrutura pública e no governo políticas que potencialmente limitam os direitos de fornecedores estrangeiros de licitar contratos relacionados”³⁵

A seguir observa-se algumas distorções no ambiente de competitividade de um país que podem ser combatidas por meio da abertura do mercado doméstico a competidores internacionais.

³³ GHOMEIN, Ahmed Farouk Potential Accession to the Revised WTO Government Procurement Agreement: The Cases of Egypt and Turkey, *Femise Reasarch Papers*, nov. 2017, 1-23, pag.11.

³⁴ KHORAMA, Sangeeta; SUBRAMANIAN, Sujitha, *Potencial... cit*, pag.4.

³⁵ Texto Original: “During, and in the aftermath of, the world economic crisis, much attention has focused on public infrastructure investment and on government policies that potentially limit the rights of foreign suppliers to bid on related contracts” LAMY, Pascal. Foreword. Em ANDERSON, Robert D.; ARROWSMITH, Sue (Org.). *The WTO regime on government procurement: challenge an reform*. Cambridge: 2011, p. XXV

4.1. Redução de Oligopólios

A presença de oligopólios no mercado doméstico de um país contam com a ausência de novos competidores no mercado para assegurar a prática de preços, como bem ressalta Mario Luiz Possas³⁶:

“(...) numa situação de oligopólio (ou monopólio) a ameaça de entrada de novos competidores é um fator de decisiva importância na determinação do preço, uma vez que estabelece um limite superior para o preço (e portanto para os lucros, *ceterisparibus*) no qual as empresas que exercem a liderança de preços estão seguras de poder manter-se sem induzir à entrada de outras firmas no mercado.”

Por isso, a lógica subjacente à liberalização da atividade contratual baseia-se nos efeitos do comércio e da concorrência, que sugerem que o protecionismo resulta apenas em uma alocação insuficiente de recursos com menor produção global e controle de preços por parte de grupos oligopolizados.

Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi³⁷ destacam os benefícios da competição para o desincentivo à formação de mercados em oligopólio, observe-se:

“A competição reflete a disputa entre as empresas pela possibilidade de vender seus produtos para o maior número possível de clientes. É o principal mecanismo com que uma economia de mercado conta para garantir o seu bom funcionamento. Em mercados competitivos, as empresas precisam manter baixos custos e margens de lucro, oferecer produtos de boa qualidade, e estar sempre inovando e colocando novos produtos à disposição dos consumidores. Caso contrário, correm o risco de serem expulsas do mercado por concorrentes mais hábeis. No longo prazo, a disputa entre as empresas em um mercado

³⁶ POSSAS, Mario Luiz, *Estruturas de mercado em oligopólio*, São Paulo: HUCITEC, 1990, p.90, apud CAVALCANTI, Rodrigo de Camargo. CADE: O Oligopólio no Estado Brasileiro de Intervenção Necessária. São Paulo:2014, Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, fls.127. Disponível em <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/6672>> Acessado em 20 mar.2019

³⁷ PINHEIRO, Armando C.; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 355. apud CAVALCANTI, Rodrigo de Camargo. CADE: O Oligopólio ... cit.,p. 128/129.

competitivo leva à maximização das eficiências alocativa, técnica e “dinâmica” (entendida esta como a resultante do progresso técnico), garantindo uma alocação ótima de recursos e o máximo de bem-estar social.”

Por conseguinte, sugere-se que um sistema transparente e um regime não discriminatório à concorrência aumenta a competitividade das empresas e diminui os preços, além de outros efeitos positivos que veremos mais adiante.

Nesse sentido, a adesão do Brasil ao GPA, que significaria a abertura de mercado doméstico para participação de concorrentes internacionais, poderia vir a trazer benefícios para aumento da competitividade das empresas e redução de preços nas compras públicas, por meio do aumento de competição em mercados oligopolizados.

4.2. Revisão de normas protecionista

Como já anotado por Sangeeta Khorama e Sujitha Subramanian³⁸ o protecionismo nas compras públicas tem sido empregado como um meio de combater crises econômicas.

No Brasil, a alteração da legislação de licitações para admissão de margens de preferência nas compras públicas é um exemplo disso. De fato, foi introduzido na legislação brasileira normas que estabelecem regramentos para aquisição de bens pela Administração Pública Federal, fixando margens de preferência para produtos produzidos no país.

O princípio da Promoção do Desenvolvimento Nacional Sustentável introduzido no art. 3º e parágrafos da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, por meio da Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010, assente ser lícito o estabelecimento de critérios com margens de preferência que privilegiem a aquisição de produtos manufaturados nacionais.³⁹

³⁸ KHORAMA, Sangeeta; SUBRAMANIAN, Sujitha, Potencial... cit, pag.4.

³⁹ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. “Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a **promoção do desenvolvimento nacional sustentável** e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Esse mecanismo protetivo da indústria nacional no âmbito das compras públicas funciona da seguinte forma: admite-se que sejam fixadas nos atos de convocação de uma compra pública, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.⁴⁰

Várias normas foram editadas para dar aplicabilidade a tal dispositivo⁴¹, fixando margens de preferências para produtos nacionais. Veja abaixo a lista de produtos que foram beneficiados com esse tipo de ferramenta protecionista:

- Motoniveladoras e retroescavadeiras
- Fármacos e medicamentos;
- Confecções e calçados
- Equipamentos médico-hospitalares
- Papel-moeda

⁴⁰ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993... cit. “Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a **promoção do desenvolvimento nacional sustentável** e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º

I – admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5o a 12 deste artigo e no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991;

⁴¹ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto 7.709, de 03/04/2012; Decreto 7.713, de 03/04/2012; Decreto 7.756, de 14/06/2012; Decreto 7.767, de 27/06/2012; Decreto 7.810, de 20/09/2012; Decreto 7.812, de 20/09/2012; Decreto 7.816, de 28/09/2012; Decreto 7.840, de 13/11/2012; Decreto 7.843, de 12/11/2012; Decreto 7.903, de 04/02/2013; Decreto nº 8.184, 17 de janeiro de 2014; Decreto nº 8.185, 17 de janeiro de 2014; Decreto nº 8.186, 17 de janeiro de 2014; Decreto nº 8.194, 12 de fevereiro de 2014; Decreto nº 8.223, 3/04/2014; Decreto nº 8.224, 3/04/2014.

- Veículos para vias férreas
- Caminhões, furgões e implementos rodoviários;
- Perfuratriz e patrulha mecanizada
- Disco para moeda
- Equipamentos da tecnologia da informação e comunicação
- Aeronaves executivas
- Licenciamento de uso de programas de computador e serviços correlatos;
- Brinquedos;
- Máquinas e equipamentos.

Tais regramentos foram editados num contexto de crise econômica e baixo crescimento da indústria nacional e deixaram de vigorar, a maior parte deles, em 30 de dezembro de 2016, a exceção de alguns grupos de fármacos, que perderam margem de preferência em 30 de março de 2017.

No âmbito do Tribunal de Contas da União consolidou-se entendimento de que as margens de preferência previstas na legislação trazem uma solução razoável e proporcional para o balanceamento entre o desenvolvimento da indústria nacional e a economicidade na Administração Pública.⁴²

Trata-se, portanto, de mecanismo protecionista já consolidado no âmbito interno que admite que o Estado Brasileiro pague valores mais elevados por um produto nacional em detrimento de um produto estrangeiro mais barato.

Nesse ponto específico, mais uma vez, a adesão do Brasil ao GPA, traria benefícios à competitividade, pois exigiria a necessária revisão de normas protetivas nas compras públicas, tal como as margens de preferência acima apontada.

5. Benefícios que poderiam advir da adesão ao GPA

Muitos efeitos positivos da liberalização de aquisições públicas podem ser apontados, entre eles destacam-se: emprego mais elevado, entradas

⁴² BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 276/2019-Plenário. Brasília, 25 de fevereiro de 2019. Disponível em <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81881E6916EE3101692F5018D04A78&inline=1>> acessado em 19 mar.2019.

de investimento, inovação, transferência de tecnologia e crescimento econômico.⁴³

Em estudo realizado sobre Taipei (China), país em desenvolvimento que aderiu ao GPA, foram apontadas as seguintes vantagens para aquele país:⁴⁴

- 1) Acesso mercado que vale seis vezes o mercado de Taipei, que tinha acesso legalmente negado ao mercado de compras dos principais parceiros comerciais da China, como os Estados Unidos da América;
- 2) Possibilitou a atualização da legislação de compras que dificilmente seria levado a cabo diante de um corpo legislativo muito próximo a indústria doméstica tradicionalmente protegida. Um exemplo disso foi que antes da nova lei de compras públicas Taipei tinha apenas um procedimento que permitia a adjudicação à proposta mais baixa. Assim, por meio da adesão ao GPA foi introduzido o procedimento que permitiu a adjudicação para a proposta mais vantajosa, que era considerado ser compliat e sujeito a manipulação, o que que permitiu que as agências estatais passassem a selecionar melhores fornecedores
- 3) A melhora no ambiente legislativo também pode ser sentida em relação aos mecanismos que os fornecedores passaram a ter disponíveis quando encontram um tratamento ilegal ou injusto por parte de agentes do governo. Então, foi aperfeiçoado os remédios jurídicos para combater prática ilegais, sendo intruzidos na legislação requerimentos que permitem aos licitantes desafiar a proposta vencedora ou denunciar as medidas tomadas pela comissão.
- 4) Possibilitou melhor governança às compras públicas, por meio de introdução de mecanismos de transparência, que preveniu a corrupção e irregularidades no âmbito das contratações públicas;

⁴³ FIGUIREDO, Sergio. Investimento Estrangeiro Direto e o Acordo de Compras Governamentais. Revista BRIDGES-PONTES. *International Centre for Trade and Sustainable Development*, Vol.11, Num.6 – ago.2015. Disponível em <<https://www.ictsd.org/bridges-news/pontes/news/investimento-estrangeiro-direto-e-o-acordo-de-compras-governamentais>> Acessado em 21 mar. 2019.

⁴⁴ LO, Chang-fa . The benefits for developing countries of accession to the Agreement on Government Procurement: The case of Chinese Taipei.(2011) In S. Arrowsmith & R. Anderson (Eds.), *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform* (WTO Internal Only, pp. 140-148). Cambridge: Cambridge University Press. p.146/147.

- 5) A indústria doméstica passou a ser submetida em certo grau à concorrência de competidores estrangeiros aprimorando sua competitividade;

A experiência de Taipé Chinesa, com sua adesão ao GPA, produziu diversos resultados positivos, como acima indicado. Em especial destaca-se a revisão da legislação de compras públicas, ressaltando-se a introdução de mecanismos de transparência e prevenção de corrupção, bem como a abertura de mercado doméstico à concorrência internacional como incremento à competitividade da indústria doméstica.

Em que pese a decisão de aderir ao GPA tenha causado um enorme desafio aos fornecedores locais, o impacto não foi tão grave se comparado aos aparentes ganhos, sendo reportado que “companhias locais teriam já assegurado contratos internacionais de aquisições governamentais de um valor aproximado a US\$ 491 milhões no fim de 2010”.⁴⁵

Certamente o Brasil também poderia experimentar benefícios dessa natureza o que melhoraria o ambiente competitivo entre segmentos oligopolizados, como o da indústria de infraestrutura.

No caso de Taipei a transferência de tecnologia não foi apontada como vantagem imediata, contudo a tecnologia também pode ser absorvida mediante aquisições públicas sob as regras do GPA.

No caso da indústria de infraestrutura identifica-se que as aquisições públicas também poderiam ser importante vetor para transferência de tecnologia, pois as empresas estrangeiras precisarão utilizar-se de mão de obra local, o que é tido como instrumento de transferência de tecnologia, gerando igualmente emprego no país. Essa é a visão de Sergio Figueiredo, com a qual anuímos, observe-se:

Entre 10% e 20% do produto interno bruto (PIB) brasileiro advêm de compras governamentais: o equivalente ao montante entre US\$ 200 bilhões e US\$ 400 bilhões. Mais do que isso: indústrias de infraestrutura estrangeiras precisarão utilizar mão de obra local, o que é uma forma de transferência de tecnologia.⁴⁶

⁴⁵ LO, Chang-fa, *The benefits for developing countries...* cit, p.148

⁴⁶ FIGUIREDO, Sergio. Investimento Estrangeiro Direto e o Acordo de Compras Governamentais. Revista BRIDGES-PONTES. *International Centre for Trade and Sustainable*

De acordo com estimativas feitas pelo Secretariado da OMC, o GPA revisado (2012) ampliou as oportunidades de acesso ao mercado sob o Acordo em US\$ 80-100 bilhões por ano. Futuras adesões ao GPA, embora ainda sujeitas a discussão e aperfeiçoamento, aumentariam ainda mais o potencial de cobertura de mercado, com a adesão dos cinco países do “BRICS” – Brasil, China, Índia, Rússia e África do Sul –, haveria um acréscimo na faixa de US\$ 233-596 bilhões anuais.⁴⁷

Apenas como observador do GPA, como já indicado acima, a Secretaria-Executiva da Câmara de Comércio Exterior (Camex) entende que o Brasil pode experimentar algumas vantagens, tais como⁴⁸:

- Sinalização à comunidade internacional de que o Brasil quer se aproximar das melhores práticas internacionais;
- Acesso aos documentos e reuniões do Comitê que trata do tema na OMC, com a possibilidade de conhecer a fundo as posições dos demais membros;
- A ausência de custos para participação;
- Na condição de observador, o acordo não impõe quaisquer restrições às políticas do Brasil na área;”

Dessa forma, deveria estar na agenda do governo brasileiro abrir o mercado para empresas estrangeiras por meio da adesão ao GPA como forma de experimentar benefícios para as compras públicas e para a competitividade da indústria nacional como um todo, inserindo o Brasil num contexto de adequação as melhores normas e práticas internacionais em matéria de

Development-ICTSD, Vol.11, Num.6 – ago.2015. Disponível em <<https://www.ictsd.org/bridges-news/pontes/news/investimento-estrangeiro-direto-e-o-acordo-de-compras-governamentais>> Acessado em 21 mar. 2019.

⁴⁷ ANDERSON, Robert D.; KODJO, Osei-Lah; [et alii], “Assessing the Value of Future Accessions to the WTO Agreement on Government Procurement (GPA): Some New Data Sources, Provisional Estimates, and an Evaluative Framework for Individual WTO Members Considering Accession”. World Trade Organization, Economic Reserch and Statiscst, (october 6, 2011). Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1943405 > Acessado em 22 mar.2019.

⁴⁸ BRASIL. Ministério da Economia. Camex aprova solicitação de ingresso do Brasil como observador no Acordo de Compras Públicas (GPA) 23 ago 2017. Disponível em <<http://www.fazenda.gov.br/noticias/2017/agosto/camex-aprova-solicitacao-de-ingresso-do-brasil-como-observador-no-acordo-de-compras-publicas-gpa>> Acessado em 23 mar. 2019

compras públicas. Por outro lado, vislumbra-se igualmente que a abertura do mercado doméstico para fornecedores internacionais, os quais seriam menos propensos a corromper autoridades públicas ou formar cartéis, uma vez que precisam cumprir também as leis de seu país de origem e regras internacionais para venda de seus produtos.

6. Motivos que ainda levam os países em desenvolvimento a não aderirem ao GPA

Países em desenvolvimento só teriam a perder aderindo ao GPA. Essa foi (é) a tônica da postura mundial global dos países em desenvolvimento em relação ao acordo no âmbito da OMC.

De fato, até a revisão do GPA ocorrida em 2012, e que entrou em vigor em 2014, apenas países desenvolvidos faziam parte do acordo.

Havia (há) percepção de que a adesão ao acordo poderia gerar renúncia à habilidade de usar as compras governamentais como ferramenta de combate a crise econômicas ou mesmo de limitar as compras públicas para execução de políticas públicas de desenvolvimento por meio da garantia de preferências a fornecedores domésticos.

Aos poucos esse cenário vem mudando, com o aumento do número de adesões ao tratado por parte de países que não compõem o seletivo grupo dos países desenvolvidos. É relevante notar que o número de membros observadores dos países em desenvolvimento aumentou substancialmente após a revisão do texto do GPA em 2012.

Em estudo realizado sobre a Índia⁴⁹, país em desenvolvimento que, como o Brasil, foi admitido como observador do GPA, foram apontadas as seguintes ameaças para aquele país em aderir ao GPA:

- 1) Há ceticismo quanto a possíveis benefícios para os fornecedores domésticos;
- 2) Há receio de que os fornecedores domésticos não possam ter acesso ao mercado de países desenvolvidos, devido principalmente à falta de experiência, força financeira e qualidade.

⁴⁹ KHORAMA, Sangeeta; SUBRAMANIAN, Sujitha, *Potencial...* cit, pag. 16-17

- 3) Há restrições de oferta, que incluem baixa produtividade e setor industrial fragmentado.
- 4) As exportações de bens são cada vez mais dominadas pela China e existe a preocupação de que a Índia não poderá obter qualquer acesso significativo previsível ao mercado neste setor.
- 5) As políticas de aquisições são geralmente parte de uma política industrial ou empregadas como instrumento para atingir objetivos sociais que incluem a contratação de atividades governamentais para promover objetivos secundários, como favorecer grupos desfavorecidos na sociedade, pequenas empresas. ou mulheres.
- 6) Poderia significar redução da capacidade de usar políticas de compra para, em primeiro lugar, promover políticas sociais para elevar comunidades específicas e, em segundo lugar, isso poderia minar o espaço político para apoiar pequenas e médias indústrias no desenvolvimento econômico regional equilibrado.
- 7) Há a percepção de que os países desenvolvidos não honrarão com os benefícios prometidos aos países em desenvolvimento durante as negociações comerciais. Por exemplo, os países em desenvolvimento estão insatisfeitos com os benefícios recebidos na Rodada do Uruguai, um precedente ruim para um processo efetivo de negociação entre países desenvolvidos e em desenvolvimento.
- 8) Países em desenvolvimento estão relutantes em negociar a adesão do GPA individualmente, pois temem perder seu poder de barganha.
- 9) Custos e recursos envolvidos nas negociações das regras multilaterais de comércio também são apontados como impeditivos.
- 10) Países em desenvolvimento também são limitados por sua incapacidade de iniciar as disputas contra os países desenvolvidos.

Como visto, este estudo apontou muitas questões como ameaças ou problemas para a adesão de países em desenvolvimento ao GPA.

Certamente, os problemas acima listados também poderiam ser percebidos pelo Brasil, considerando as realidades próximas entre esses países em vários aspectos econômicos e de desenvolvimento.

Contudo, o texto revisado do GPA tenta melhorar o cenário para adesão de países em desenvolvimento, ao estabelecer dispositivos que visam a garantir a estes países uma adesão gradual e flexível. São normas que garantem Tratamento Especial e Diferenciado a partir do reconhecimento

do estágio de desenvolvimento e das necessidades financeiras e comerciais dos países em desenvolvimento.

Passaremos, então, a entender algumas normas de Tratamento Especial e Diferenciado como forma de incentivo a adesão de países em desenvolvimento ao GPA.

7. Tratamento Especial e Diferenciado aos Países em Desenvolvimento

O Tratamento Especial e Diferenciado está previsto em diversos dispositivos, criando mecanismos específicos para a adesão de países em desenvolvimento.

Nos termos das disposições revistas do GPA, essas medidas devem ser adaptadas às necessidades específicas dos candidatos à adesão.

Foi criado um capítulo próprio para o tema “Países em Desenvolvimento”⁵⁰, onde são previstas a maior parte das regras de Tratamento Especial e Diferenciado” para países em desenvolvimento.

O regramento especial é aplicado aos países em desenvolvimento e aos países menos desenvolvidos, levando-se em consideração suas circunstâncias de desenvolvimento, podendo diferir de país para país quando de sua fixação.⁵¹

O tratamento especial e diferenciado visa a preservar as necessidades específicas dos países, levando em consideração seu grau de desenvolvimento em forma de medidas transitórias.

⁵⁰ No texto original do GPA havia previsão do Capítulo V com o nome de Tratamento Especial e Diferenciado.

⁵¹ – “1. Nas negociações sobre a adesão, implementação e administração do presente Acordo, as Partes darão especial atenção às circunstâncias de desenvolvimento, necessidades financeira e comercial dos países em desenvolvimento e países menos desenvolvidos, (coletivamente referidos a seguir como “países em desenvolvimento”, a menos que especificamente identificado de outra forma), reconhecendo que podem diferir significativamente de país para país. Conforme previsto neste artigo e a pedido, as Partes concederão tratamento especial e diferenciado para: a. países menos desenvolvidos; b. qualquer outro país em desenvolvimento, onde e na medida em que esse tratamento especial e diferenciado atenda às suas necessidades de desenvolvimento. Em WORLD TRADE ORGANIZATION. Revised Agreement on ... cit, Artigo V:1

De acordo com o texto do GPA revisado, tais medidas podem ser aplicadas às novas adesões e incluem disposições sobre: (i) programas de preferência de preço; (ii) offset; (iii) introdução progressiva de entidades e setores específicos que compõe o ente estatal; e (iv) limites financeiros de contratos mais elevados que o nível aplicado aos demais países, podendo ser esses pontos negociados por um país em vias de adesão, desde que estabelecido com base nas necessidades individuais de cada membro aderente para um “período de transição”, desde que sejam condições exclusões mutuamente aceitáveis pelas Partes da GPA.⁵²

Como visto, podem haver limitações objetivas e subjetivas, como a delimitação de quais tipos de entes dentro da estrutura estatal ou quais tipos de contratos, (i.e, bens, serviços e serviços de construção), estariam abrigados no acordo.

Deve-se ter em mente que as isenções de obrigações são transitórias, e podem incidir sobre quaisquer obrigações do acordo⁵³. Assim, os países em desenvolvimento podem negociar atraso na aplicação de obrigações específicas por um período de até três anos. Os países menos desenvolvidos recebem um subsídio adicional, podendo negociar atraso na aplicação de obrigações por até cinco anos, desde que permitam tratamento equivalente a outros membros do GPA.

É certo que, mediante requisição dirigida ao Comitê de Compras Governamentais, esses períodos podem ser prorrogados ou pode até mesmo ser requerida uma medida transitória inicialmente não prevista, a depender das circunstâncias do país.⁵⁴

O GPA regulamenta o processo formal de adesão, dando especial tratamento aos países em desenvolvimento em que seus termos possam ser negociados dentro de determinadas balizas previstas no acordo, por meio de negociações, ou mesmo através de requisição ao Comitê de Compras Governamentais que tem poderes para concessão de exclusões, até mesmo daquelas que não tenham sido previstas durante o processo de adesão.

Há ainda, um grande diferencial para os países em desenvolvimento, que é a possibilidade de uso de “offsets”, cujo o conceito encontra-se insculpido no artigo I:1(1) do GPA, observe-se:

⁵² WORLD TRADE ORGANIZATION. Revised Agreement on ... cit, Artigo V:3

⁵³ Exceto à obrigação contida no artigo IV:1(b)

⁵⁴ WORLD TRADE ORGANIZATION. Revised Agreement on ... cit, Artigo V:6

“1. Offsets são medidas usadas para encorajar o desenvolvimento local ou aperfeiçoar as contas de balanço de pagamentos por meio de conteúdo doméstico, licença de tecnologia, requisitos de investimentos, comércio recíproco ou requisitos similares.”⁵⁵ (tradução livre)

Com efeito, a regra geral do Acordo é a proibição do uso de “offsets”, conforme previsto no artigo IV:6, contudo excepciona-se essa regra para os países em desenvolvimento como previsto no artigo V:3(b) permitindo-se que:

“ 3. Com base nas suas necessidades de desenvolvimento e com a aprovação das Partes, um país em desenvolvimento pode adotar ou manter uma ou mais das seguintes medidas transitórias, durante um período de transição e de acordo com um cronograma, estabelecido em seus anexos relevantes do Apêndice I e aplicado de uma forma que não discrimine as outras Partes:

(b) uma offset, contanto que qualquer exigência ou consideração da imposição da offset esteja claramente indicada no aviso de proposta de compras (edital de compras);

Com isso, os países em desenvolvimento podem estabelecer “offsets”, as quais devem ser objetivas, claramente definidas e não discriminatórias. Elas devem ser apresentadas na proposta de adesão (apêndice I) do país, e pode incluir limitações precisas na imposição de “offsets” em qualquer contrato sujeito ao GPA.

Para J. Perez Gabilongo⁵⁶ “esse dispositivo é valioso porque coloca esses países em uma posição diferente, de um ponto de vista legal, quando negociam suas adesões ao GPA.”

⁵⁵ “1. offset means any condition or undertaking that encourages local development or improves a Party’s balance-of-payments accounts, such as the use of domestic content, the licensing of technology, investment, counter-trade and similar action or requirement” em WORLD TRADE ORGANIZATION. Revised Agreement on ... cit, artigo I:1(1)

⁵⁶ GABILONDO, J. Perez Gabilondo. Solução de Controvérsias, em Curso de Solução de Disputas em Comércio Internacional, Investimento e Propriedade Intelectual. CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO (UNCTAD). Nova Iorque e Genebra. 2003. p.24. Disponível em <https://unctad.org/pt/docs/edmmisc232add27_pt.pdf> Acessado em 23 mar. 2019.

Ao fazer uso da “offset”, o país deve incluí-la na proposta de compra (edital) além ter o dever de notificar o Comitê de Compras Governamentais sobre seu uso.

Uma vez que os termos de adesão tenham sido acordados entre as partes do GPA, o Comitê sobre Compras Governamentais adota uma decisão convidando o membro a aderir ao Acordo estabelecendo prazos e termos acordados para adequação do novo país membro. A partir daí o membro convidado assume o compromisso de depositar o seu instrumento de adesão junto do Director-Geral da OMC.

Por fim, vale mencionar que há, ainda, uma cláusula de isenção geral prevista no artigo III do GPA⁵⁷ que permite a todas as Partes que façam isenções às obrigações do acordo, por razões não econômicas tais como a proteção de interesses de segurança nacional e defesa nacional, moral pública, ordem ou segurança, vida ou saúde humana, animal, ou vegetal, ou propriedade intelectual ou relativo a bens ou serviços de pessoas com deficiência, instituições filantrópicas ou trabalho prisional, desde que não sejam aplicadas de maneira que constitua um meio de discriminação arbitrária ou injustificável entre as Partes

A previsão de regras mais flexíveis para adesão de países em desenvolvimento e os menos desenvolvidos, que foram especialmente revisadas na nova versão do GPA, tem o claro intuito de tentar atrair a adesão desses países, tendo em vista o baixo interesse que o texto original despertou, atraindo no início, apenas países desenvolvidos.

⁵⁷ “1. Nothing in this Agreement shall be construed to prevent any Party from taking any action or not disclosing any information that it considers necessary for the protection of its essential security interests relating to the procurement of arms, ammunition or war materials, or to procurement indispensable for national security or for national defence purposes.

2. Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner that would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between Parties where the same conditions prevail or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent any Party from imposing or enforcing measures:

- a. necessary to protect public morals, order or safety;
- b. necessary to protect human, animal or plant life or health;
- c. necessary to protect intellectual property; or
- d. relating to goods or services of persons with disabilities, philanthropic institutions or prison labour.

Em WORLD TRADE ORGANIZATION. Revised Agreement on ... cit, Artigo III

É bem verdade que a maior parte dos países que hoje participam do GPA, são países desenvolvidos, mas é certo também que a revisão do texto já teve o mérito de atrair mais observadores⁵⁸ para acompanhar o acordo, o que certamente resultará em mais adesões no futuro próximo.

Considerações Finais

A adesão do Brasil ao GPA pode ser uma oportunidade para melhorar a governança nas compras públicas do país, além de ser um importante estímulo ao aumento da competitividade da indústria nacional.

Como já identificado, o setor de construção de obras de infraestrutura no país é um setor historicamente oligopolizado, tendo sido recentemente descortinada a cartelização desse segmento no arremate de diversas obras custeada com vultosos recursos públicos.

A abertura do mercado doméstico à concorrência internacional, de fato, pode ser uma alternativa para a quebra da supremacia de alguns segmentos comerciais internos, que sempre contaram com a proteção estatal como controlador da concorrência, quer seja por meio do estabelecimento de regras protecionistas, quer seja pela imposição de barreiras comerciais a fornecedores estrangeiros.

Não resta dúvida que aumento de competição em mercados oligopolizados vai aumentar a concorrência e, por conseguinte, reduzir o preço nas compras públicas.

Com base na experiência internacional, como no caso de Taipei (China), foi identificado vários benefícios para o mercado de compras públicas daquele país. Em especial, o país experimentou acentuada melhoria em matéria de governança das compras públicas, tendo sido a adesão ao GPA o vetor da reforma da legislação doméstica para introdução de mecanismos de transparência e prevenção de corrupção. Sem contar que a abertura do mercado doméstico à concorrência internacional, foi apontada como indutora do aprimoramento da competitividade da indústria nacional. Outro benefício importante, que não pode deixar de ser mencionado é a abertura do mercado internacional para o bloco dos países membros do GPA, com

⁵⁸ Hoje são 33 países. WORLD TRADE ORGANIZATION. Parties...cit.

possibilidade de acesso a um mercado economicamente relevante no segmento de compras públicas.

Não obstante isso, a partir de um estudo conduzido para a situação da Índia, que é apenas observadora do acordo de compras governamentais, fácil é perceber que existem muitos desafios e riscos para que países em desenvolvimento adiram a um acordo internacional, abrindo seu mercado interno de compras públicas à competição de fornecedores estrangeiros. Por certo, para dar esse passo, o país precisa estar seguro das ameaças e desafios que esse ato representa.

Entre as ameaças identificadas pelo estudo, algumas são bastante relevantes e devem ser sopesadas no processo de adesão. A baixa produtividade e competitividade de setores industriais em comparação com países desenvolvidos ou até mesmo com a China, a redução da possibilidade de incentivar ou realizar políticas públicas por meio de compras públicas, entre outras questões, são preocupações que devem estar no radar dos países em desenvolvimento que pretendem aderir ao GPA.

Por outro lado, o texto revisado do GPA prevê uma série de regras de tratamento especial e diferenciado para países em desenvolvimento, o que permitiria a esses países negociar exclusões mútuas aceitáveis às regras de tratamento nacional, ainda que de forma transitória.

Tais normas, se bem utilizadas na negociação de adesão ao acordo, podem permitir uma adesão atenuada aos termos do acordo, permitindo um maior tempo de adaptação de todos os setores econômicos e entes envolvidos. As regras de Tratamento Especial e Diferenciado permitem, que as normas do acordo se apliquem apenas a contratos com limiares mais elevados, ou então, que alguns setores econômicos sejam preservados da concorrência internacional por meio da manutenção de regras de preferência, p.ex., ou ainda que as normas do acordos não valham de imediato para todos os entes que compõem a estrutura do Estado, entre outros exemplos que poderiam ser citados.

O Brasil já deu um passo importante ao ser aceito como observador do acordo, já gozando de uma prerrogativa vantajosa, que é ter acesso a todos os dados, negociações e acordos que envolvem os atuais partícipes.

O aumento da concorrência no mercado interno certamente traria enormes benefícios ao setor de construção civil voltado para obras de infraestrutura, envolvido em diversos escândalos de corrupção e que vem atuando por meio de cartéis. O aumento da concorrência, com participação de

fornecedores estrangeiros, traria redução de preços nas compras públicas, além da transferência de tecnologia por meio do emprego de mão de obra local, dadas as características desse segmento.

Entretanto, é preciso ter em mente que a adesão ao acordo significa, também, a abertura de mercado para setores de compras de bens e de prestação de serviços, o que deve ser sopesado com a devida cautela, ante a particularidade de cada setor econômico, que pode vir a ser atingido.

De toda forma, a partir da presente análise, entedemos que a adesão do Brasil ao GPA seria positiva para o país, quer seja aumentando a competitividade da indústria brasileira, quer seja incrementado a governança e a integridade no âmbito da compras públicas por meio de alinhamento com as melhores normas internacionais sobre a matéria, quer seja aumentando a concorrência em setores econômicos oligopolizados com redução de preços nas compras públicas.

Bibliografia

- ANDERSON, Robert D.; KODJO, Osei-Lah; [et alli], “Assessing the Value of Future Accessions to the WTO Agreement on Government Procurement (GPA): Some New Data Sources, Provisional Estimates, and an Evaluative Framework for Individual WTO Members Considering Accession”. World Trade Organization, Economic Reserch and Statistic, (october 6, 2011). Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1943405> Acessado em 22 mar.2019.
- AZEVEDO, Reinaldo. PF investiga se empreiteiras da Lava Jato desviaram dinheiro da transposição do Rio São Francisco. VEJA. 09 fev. 2017. Disponível em <<https://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/pf-investiga-se-empreiteiras-da-lava-jato-desviaram-dinheiro-da-transposicao-do-rio-sao-francisco/>> Acessado em 14 mar.2019.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto 7.709, de 03/04/2012; Decreto 7.713, de 03/04/2012; Decreto 7.756, de 14/06/2012; Decreto 7.767, de 27/06/2012; Decreto 7.810, de 20/09/2012; Decreto 7.812, de 20/09/2012; Decreto 7.816, de 28/09/2012; Decreto 7.840, de 13/11/2012; Decreto 7.843, de 12/11/2012; Decreto 7.903, de 04/02/2013; Decreto nº 8.184, 17/01/2014; Decreto nº 8.185, 17/01/2014;

Decreto nº 8.186, 17/01/2014; Decreto nº 8.194, 12/02/2014; Decreto nº 8.223, 3/04/2014; Decreto nº 8.224, 3/04/2014.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

BRASIL. Secretaria Executiva da Câmara de Comércio Exterior – CAMEX. Deliberações da 113ª Reunião do Conselho de Ministros da CAMEX. Disponível em <<http://www.camex.gov.br/noticias-da-camex/1899-deliberacoes-da-113-reuniao-do-conselho-de-ministros-da-camex>> Acessado em 20 mar. 2019.

CAMPOS, Pedro Henrique Pedreira, *Estranhas Catedrais: as empreiteiras brasileiras e a ditadura civil-militar, 1964-1988*, Ed. Eduff, Rio de Janeiro, 2014.

CAVALCANTI, Rodrigo de Camargo. *CADE: O Oligopólio no Estado Brasileiro de Intervenção Necessária*. São Paulo: 2014, Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, fls.127. Disponível em <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/6672>> Acessado em 20 mar. 2019

DE NEGRI, João Alberto cord. [et al.]. *Poder de compra da Petrobras : impactos econômicos nos seus fornecedores*. Brasília : Ipea : Petrobras, 2010. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/Livro_poderdecompra.pdf> Acessado em 15 mar. 2019.

DIONÍSIO, Bibiana. PF estima que prejuízo da Petrobras com corrupção pode ser de R\$ 42 bi. *G1. Paraná RPC*. 12 mai. 2015. Disponível em <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2015/11/pf-estima-que-prejuizo-da-petrobras-com-corrupcao-pode-ser-de-r-42-bi.html>> Acessado em 14 mar. 2019

EUROPEAN COMMISSION. *A Report on the Functioning of Public Procurement Markets in the EU: Benefits from the Application of EU Directives and Challenges for the Future 8* (Mar. 2, 2004). Disponível em <http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/public-proc-market-final-report_en.pdf> Acessado em 21 mar. 2019.

FIGUIREDO, Sergio. *Investimento Estrangeiro Direto e o Acordo de Compras Governamentais*. *Revista BRIDGES-PONTES*. International Centre for Trade and Sustainable Development-ICTSD, Vol.11, Num.6 – ago. 2015. Disponível em <<https://www.ictsd.org/bridges-news/pontes/news/investimento-estrangeiro-direto-e-o-acordo-de-compras-governamentais>> Acessado em 21 mar. 2019.

GABILONDO, J. Perez Gabilondo. *Solução de Controvérsias*, em *Curso de Solução de Disputas em Comércio Internacional, Investimento e Propriedade Intelectual*. CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE COMÉRCIO

- E DESENVOLVIMENTO (UNCTAD). Nova Iorque e Genebra. 2003. p.24. Disponível em <https://unctad.org/pt/docs/edmmisc232add27_pt.pdf> Acessado em 23 mar. 2019.
- Gl. Bom Dia Brasil. Andrade Gutierrez admite cartel em obras de estádios para Copa de 2014. 06 abr. 2016.a Disponível em <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2016/12/andrade-gutierrez-admite-cartel-em-obras-de-estadios-para-copa-de-2014.html>.> Acessado em 14 mar.2019.
- Gl. Jornal Nacional. Delatores contam em detalhes como funcionava o “clube das empreiteiras”. 22 abr. 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/04/delatores-contam-em-detalhes-como-funcionava-o-clube-das-empreiteiras.html>> Acessado em: 19 mar.2019.
- KHORAMA, Sangeeta e SUBRAMANIAN, Sujitha, Potential accession to the WTO Government Procurement Agreement: a case-study on India, *Journal of International Economic Law*, 1–23.
- LAMY, Pascal. Foreword. Em ANDERSON, Robert D.; ARROWSMITH, Sue (Org.). *The WTO regime on government procurement: challenge an reform*. Cambridge: 2011
- LO, Chang-fa . The benefits for developing countries of accession to the Agreement on Government Procurement: The case of Chinese Taipei.(2011) In S. Arrowsmith & R. Anderson (Eds.), *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform* (WTO Internal Only, pp. 140-148). Cambridge: Cambridge University Press. p.146/147.
- MACEDO, Fausto, [et al.]. Denúncia amplia ‘clube’ das construtoras investigadas na Lava Jato. Disponível. ESTADO DE SÃO PAULO, em 13 dez.2014. Disponível em <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,denuncia-amplia-clube-das-construtoras-investigadas-na-lava-jato-imp-,1606510>> Acessado em: 15 mar.2019.
- OECD – ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Glossary of industrial organization economics and competition law. Disponível em: <<http://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf>>. Acessado em 15 mar.2019.
- OECD – ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Relatório Econômico Brasil – Fevereiro de 2018. Disponível em <<https://www.oecd.org/eco/surveys/Brazil-2018-OECD-economic-survey-overview-Portuguese.pdf>>, Acessado em 25 mar. 2019.
- OLIVEIRA, Carol. Mais alto, mais forte, mais corrupto: a Lava-Jato nas Olimpíadas. EXAME. 7 set.2017. Disponível em <<https://exame.abril.com.br/brasil/>>

mais-alto-mais-forte-mais-corrupto-a-lava-jato-nas-olimpiadas/> Acessado em 14 mar.2019.

STEINER, Marc. O Acordo de Compras Governamentais da OMC: avaliando o escopo para compras verdes. *Bridges*, Volume 11, Number 10, dez.2015. Disponível em <<https://www.ictsd.org/bridges-news/pontes/news/o-acordo-de-compras-governamentais-da-omc-avaliando-o-escopo-para-compras>> acessado em 21.mar.2019

WORLD TRADE ORGANIZATION. Parties, observers and accessions. Disponível em <https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/memobs_e.htm> acessado em 20 mar. 2019.

WORLD TRADE ORGANIZATION. Revised Agreement on Government Procurement. 2012. Disponível em: <https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/rev-gpr-94_01_e.htm>. Acessado em: 23 mar.2019.

A eficiência na gestão dos recursos públicos com a implantação pela central de compras do governo brasileiro do modelo de compra direta de passagens aéreas

Efficiency in the management of public resources with the implementation of the brazilian government purchasing center for the direct purchase model

MICHELLE MARRY MARQUES DA SILVA¹

Resumo: O presente artigo tem por objetivo a análise quanto à eficiência trazida na gestão dos recursos públicos com a implantação pela Central de Compras do Governo Brasileiro – CENTRAL relacionado ao primeiro produto lançado após sua criação, qual seja: a compra direta de passagens aéreas pela Administração Pública Federal – APF diretamente das Companhias Aéreas Brasileiras. Para tanto, faz-se necessário, em um primeiro momento, apresentar o histórico de criação da CENTRAL pelo Governo Brasileiro, sua finalidade e objetivos, bem como apresentar os modelos internacionais estudados e utilizados como parâmetro para criação da CENTRAL Brasileira. Posteriormente, foi demonstrada a evolução do modelo anterior de contratação de passagens aéreas por intermédio das agências de viagens para a compra direta das Companhias Aéreas, bem como, a relação jurídica estruturada para que o modelo fosse viabilizado tendo como resultado a eficiência na gestão dos recursos públicos, para tanto, utilizou-se de pesquisa doutrinária.

¹ É Advogada da União. Coautora do Livro: RDC – Regime Diferenciado de Contratações. Editora JusPODIVM. 2014. Ocupou o cargo de Coordenadora-Geral Jurídica de Suporte à Central de Compras e Contratações. Atualmente é Coordenadora-Geral de Licitação, Contratos e Instrumentos Congêneres no Ministério da Educação.

Data de submissão: 30 de setembro de 2019.

Palavras-chaves: *Eficiência. Recursos Públicos. Central de Compras Brasileira. Compra direta de passagens.*

Abstract: This article aims to analyze the efficiency brought about in the management of public resources with the implementation by the Central Government Purchasing Center – CENTRAL related to the first product launched after its creation, namely: the direct purchase of air tickets by the Public Administration. Federal – APF directly from Brazilian Airlines. Therefore, it is necessary, at first, to present the history of the creation of CENTRAL by the Brazilian Government, its purpose and objectives, as well as to present the international models studied and used as a parameter for the creation of the Brazilian CENTRAL. Subsequently, the evolution of the previous model of contracting air tickets through travel agencies for the direct purchase of the Airlines was demonstrated, as well as the structured legal relationship for the model to be made possible, resulting in the efficient management of resources. For this purpose, doctrinal research was used.

Keywords: *Efficiency. Public Resources. Brazilian Purchasing Center. Direct purchase of tickets.*

Introdução

Considerando que as compras do setor público representam uma parcela considerável dos gastos realizados por esse ramo, o desenvolvimento de estudos que aprimorem esse campo tão importante deve ser um caminho a ser perseguido.

Aliado a isso, a premência crescente de ações voltadas para o aumento da eficiência na gestão dos recursos públicos e o anseio da sociedade para que a prestação de serviços públicos seja feita com melhor qualidade resultando em políticas públicas eficientes que atendam à evolução da sociedade foi que a Administração Pública Federal Brasileira (APF) verificou a necessidade de implementar modelos e procedimentos para o aperfeiçoamento da estratégia de compras por meio da criação da Central de Compras e Contratações do Governo Federal (CENTRAL) através do Decreto nº 8.189, de 21 de janeiro de 2014.

Como primeiro projeto do órgão criado após o mapeamento de qual processo de compra /serviço poderia resultar nos objetivos acima traçados foi escolhido para estudo o modelo desenvolvido para compra de passagens aéreas pela APF até então realizado por meio de agências de viagens.

Como consequência, chegou-se à conclusão de que, com a compra direta de passagens das companhias aéreas, sem a intermediação, portanto, das agências de viagens, haveria a melhoria do gasto público, com a consequente otimização dos recursos financeiros.

Portanto, o objeto da pesquisa do presente artigo está direcionado para verificar a eficiência na mudança de paradigma processada nas compras de passagens aéreas pela APF. Dessa forma, o problema de pesquisa está em saber em que medida a implantação da compra direta de passagens aéreas pela Administração Pública Federal realizada pela Central de Compras do Governo Federal resultou na eficiência dos gastos dos recursos públicos.

Pode-se dizer que o trabalho se divide, em um primeiro momento, na apresentação de todo o histórico de criação da CENTRAL e isso inclui trazer os modelos internacionais de Centrais de Compras utilizados no estudo preliminar de criação da CENTRAL.

Em um segundo momento, buscou-se demonstrar o estudo desenvolvido, incluída a relação jurídica elaborada, para que se chegasse à conclusão de que o modelo de compra direta de passagens pela APF acarretou a eficiência e a boa aplicação dos recursos públicos.

1. Da central de compras e contratações do governo federal brasileiro – criação, finalidade e objetivos

A Central de Compras e Contratações – CENTRAL do Governo Federal foi criada a partir da constatação da existência replicada de áreas que executam atividades-meio comuns e contínuas na estrutura das instituições da APF, o que acaba por resultar em sobrecarga dessas estruturas que passam a direcionar a força de trabalho para as atividades comuns perdendo, portanto, força de trabalho concentrada nas atividades finalísticas dos órgãos da APF.

Diante desse cenário, as Secretarias de Gestão Pública – SEGEP e de Logística e Tecnologia da Informação – SLTI do antigo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão-MP identificaram a necessidade do aumento da eficiência na gestão dos recursos públicos, por meio de

economias processuais e ganhos de escala obtidos com a centralização das funções de apoio relativas a atividades comuns e repetitivas dos órgãos e entidades da APF, o que resultou no estudo relacionado à possibilidade de centralização de compras como melhor opção.

Nesse intuito, o projeto para centralização das compras públicas iniciou-se em 2012, culminando, em janeiro de 2014, com a criação da CENTRAL, por meio do Decreto nº 8.189, de 21 de janeiro de 2014.

Para desenvolver a centralização das compras públicas, o direcionamento do projeto foi no sentido de propor e implementar, em âmbito federal, modelos e procedimentos para aquisição e contratação centralizadas de bens e serviços de uso em comum pelos órgãos e entidades da APF.

Dessa forma, atualmente a CENTRAL integra a estrutura da Secretaria de Gestão (SEGES) do Ministério da Economia (art. 2º do Decreto nº 9.679, de 2 de janeiro de 2019). Suas atribuições encontram-se dispostas no art. 125 da norma mencionada. De forma sucinta, é de sua competência desenvolver e implementar modelos para aquisição e gestão centralizadas de bens e serviços de uso comum, no âmbito dos órgãos e entidades da APF.

Assim, pode-se afirmar que a Central tem como escopo inicial o mapeamento da demanda de toda APF e, por meio dessa contratação centralizada de bens e serviços de uso em comum pelos órgãos e entidades da APF, a finalidade é gerar ganho de escala nas compras públicas e economia em termos de utilização menor da força de trabalho necessária para atuação na fase processual, que gera sobrecarga de trabalho ocasionada pela condução de inúmeros processos licitatórios, gestão e controle dos contratos.

Além disso, a padronização dos itens demandados viabiliza uma atuação estratégica das compras públicas e imprime ganhos de qualidade e financeiros, o que resulta no aumento da eficiência na gestão dos recursos públicos.

Nesse diapasão, de acordo com o Projeto Central de Serviços Compartilhados para a Administração Pública desenvolvido quando dos estudos para a criação da CENTRAL, as expectativas do projeto inicial forma no sentido de: aumentar a eficiência na gestão dos recursos públicos, por meio de economias processuais e ganhos de escala obtidos com a centralização de funções de apoio que processam atividades comuns e repetitivas dos órgãos e entidades da APF; desenvolver uma estrutura administrativa e um corpo técnico especializado exclusivamente dedicados para o planejamento, execução e gestão das funções de apoio atribuídas

à Central de Serviços; racionalizar, otimizar e automatizar os processos referentes às funções de apoio atribuídas à Central de Serviços; aprimorar o planejamento e a gestão de funções de apoio que processam atividades comuns e repetitivas, com ganhos de eficiência e de qualidade; permitir aos órgãos direcionar sua estrutura administrativa para o planejamento estratégico, desenho de políticas públicas, execução e gestão de suas atividades-fim por meio da desoneração das áreas-meio com a transferência de funções de apoio que processam atividades comuns e repetitivas para a Central de Serviços e utilizar o poder de compras do Estado para estimular práticas inovadoras no mercado.

Outrossim, tem-se com a CENTRAL a perspectiva de que a APF utilize seu poder de compra de forma a possibilitar o fortalecimento do desenvolvimento regional, das microempresas e empresas de pequeno porte, além de melhorar o controle e a fiscalização das compras federais por meio da redução da discricionariedade, possibilitando ganhos de escala nas contratações.

O primeiro produto apresentado pela CENTRAL foi a remodelagem do processo de compra de passagens aéreas pela APF, o qual registrou, no modelo de compra direta, um desconto médio de 21,70% em relação aos valores praticados no modelo anterior, entre setembro de 2014 e março de 2015, isso sem considerar ainda a inflação do período. Além disso, foi observada uma economia de 10,72% (R\$ 48.510.000,00)². A iniciativa inovou por ser uma solução de custo baixo, transparente, com ganhos de escala nas aquisições, com utilização e desenvolvimento do potencial da própria administração pública, combatendo disfunções clássicas e complexas do serviço público: retrabalho, isolamento setorial, dispersão de esforços e dificuldade de articulação.

Deve-se destacar que a metodologia escolhida pela CENTRAL foi a do *Strategic Sourcing*, que é um método de aquisições que, por meio de uma visão sistêmica, avalia o custo total dos insumos, ou seja, não considera somente o menor preço, antes da efetivação de cada compra. Para o caso em questão foram utilizadas como variáveis o poder de negociação com fornecedores, a importância dos materiais para a instituição e os níveis de serviço.

² BRACARENSE, Virginia Lopes. Central de Compras e Contratações do Governo Federal. Repositório Institucional da Escola Nacional de Administração Pública: <http://repositorio.enap.gov.br/handle/1/2726>

Posto isso, por meio do uso desse tipo de metodologia, cada item a ser adquirido é minuciosamente analisado sob o ponto de vista de seus custos externos, internos, relacionados ao armazenamento e ao uso do que se vai adquirir e vai impactar em seu preço final.

1.1. Modelos de Centrais de Compras – Experiência Internacional

Inicialmente é importante diferenciar as Centrais de Serviços Compartilhados das Centrais de Compras.

Nesse sentido, pode-se dizer que o estudo apresentado para a análise da aplicabilidade das experiências em Centrais de Serviços Compartilhados a um modelo para a APF trouxe a definição utilizada pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OECD, ou seja, que define as Centrais de Serviços Compartilhados como sendo ‘unidades governamentais que prestam serviços de apoio a mais de um ministério (incluindo suas agências) ou a mais de um setor do governo (o governo central, as unidades gestoras da seguridade social, os governos territoriais)’ (OECD, 2010).

Nesse contexto, forçoso reconhecer que podem existir as centrais “internas” de serviços, nas quais os serviços irão atender às várias instituições de um mesmo ministério, tais como: a) escolas; b) universidades; c) hospitais, e; d) prisões etc., que serão utilizadas nos modelos de gestão que tem como objetivo o compartilhamento de serviços de apoio.

Sobre o tema no mesmo estudo precitado apresentado para a análise da aplicabilidade das experiências em Centrais de Serviços Compartilhados a um modelo para a APF foram apresentadas as seguintes definições³:

“Os serviços compartilhados consistem em um ambiente no qual uma determinada empresa pode absorver atividades que apoiam os principais processos do negócio de cada uma de suas demais unidades de negócio, consolidando tais atividades em uma unidade de operação principal” (SILVA et al., 2006);

³ MAURÍLIO H. Corrêa Engel. Análise da aplicabilidade das experiências em Centrais de Serviços Compartilhados a um modelo para a APF. Julho de 2013. Link para consulta: http://www.sectordialogues.org/sites/default/files/acoecs/documentos/gove04_-_perito_local_-_produto_final.pdf

“Estratégia na qual diversas funções de negócios existentes são concentradas dentro de uma nova e semi-autônoma unidade de negócio, que tem uma estrutura gerencial designada para promover eficiência, geração de valor, redução de custos e melhoria nos serviços para clientes internos da empresa como se fosse um negócio competindo no mercado aberto” (BERGERON, 2003); e

“A concentração dos recursos da empresa atuando com atividades, difundidas através da organização, a fim de servir a múltiplos parceiros internos, a baixo custo e com alto nível de serviços, com o objetivo comum de satisfazer aos clientes externos e acrescentar valor à empresa” (SCHULMAN, 2001).

À vista disso, pode-se concluir que há diferença entre as Centrais de Serviços Compartilhados e as Centrais de Compras.

No caso das Centrais de Serviços Compartilhados, já se apresentou sua definição linhas acima. Por sua vez, para as Centrais de Compras governamentais, levando em consideração o que até esse ponto foi exposto, pode-se entender como sendo um tipo de iniciativa que reúne vários órgãos com interesse em comum, com o principal objetivo de superar dificuldades e gerar benefícios comuns nos níveis econômico, social e político. Seria uma distribuidora de bens/serviços em comum com o objetivo de obter dos fornecedores condições de negociação melhores com ganhos de escala.

Em relação às experiências internacionais utilizadas no estudo de implantação da CENTRAL tem-se as que foram implantadas em países como Chile e Estado Unidos abordadas no estudo para a análise da aplicabilidade das experiências em Centrais de Serviços Compartilhados a um modelo para a APF⁴.

Desse modo, restou claro que a escolha desses dois países além de considerar a proximidade geográfica e institucional deles com o Brasil levou, ainda, em consideração o modelo adotado por eles, que divide o território nacional em diversas áreas regionais, que poderia orientar o desenho do modelo brasileiro. Também considerou o fato de haver informes independentes de organizações nacionais ou internacionais sobre a eficiência e os resultados obtidos.

⁴ MAURÍLIO H. Corrêa Engel. Análise da aplicabilidade das experiências em Centrais de Serviços Compartilhados a um modelo para a APF. Julho de 2013. Link para consulta: http://www.sectordialogues.org/sites/default/files/acoecs/documentos/gove04_-_perito_local_-_produto_final.pdf

À vista disso, abaixo encontra-se a descrição da modelagem adotada para as Centrais de Compras dos dois países estudados nos seguintes termos⁵:

3.2.1. Chile

Nos últimos dez anos – 2003 a 2012 – houve uma evolução considerável no sistema de aquisições no Chile, com os seguintes resultados:

Em 2003, foi criada uma agência de intermediação entre compradores e fornecedores: a Diretoria de Contratos Públicos.

Esta agência tem se concentrado na aquisição de bens e serviços em vários setores de forma gradual e articulou um sistema em torno de um Tribunal de Contratação Pública, que permite monitorar a integridade dos processos.

As compras têm aumentado a cada ano, mas o volume de negócios (medido em percentagem do PIB) se distancia de outros países da OCDE.

Embora as grandes empresas respondam por um percentual maior de negócios, várias políticas governamentais têm servido para formalizar algumas Microempresas, Pequenas e Médias Empresas (Mipymes) e aumentar a sua participação nas compras públicas.

A formalização das Mipymes foi conseguida graças a disponibilização de um “portal do fornecedor”, cujo registro e certificação são adequados para que estas empresas possam economizar etapas em suas relações com o Estado.

Outro importante apoio às Mipymes é baseado na criação de instrumentos financeiros especiais para elas.

O Estado também conseguiu documentar algumas economias com o sistema centralizado de compras: economias administrativas de 0,38 por cento do volume de negócios e economias nos preços de 2,65 por cento, em 2007.

Estas economias são parte das metas estabelecidas pelo Escritório de Orçamento do Estado (DIPRES), no âmbito do Ministério da Fazenda.

Por fim, a avaliação dos compradores e vendedores do sistema centralizado de compras é geralmente positiva, embora as empresas vendedoras pequenas e médias ainda tenham dúvidas sobre a transparência do processo.

⁵ MAURÍLIO H. Corrêa Engel. Análise da aplicabilidade das experiências em Centrais de Serviços Compartilhados a um modelo para a APF. Julho de 2013. Link para consulta: http://www.sectordialogues.org/sites/default/files/aco/es/documentos/gove04_-_perito_local_-_produto_final.pdf

3.2.2. Estados Unidos

Ao contrário de outros países, a Central de Serviços dos EUA (a General Service Administration – GSA) já tem mais de seis décadas de vida. Portanto, as razões para a sua criação são ligeiramente diferentes das de outros países. Em princípio, o GSA foi criado em 1949 para aliviar o trabalho burocrático de outras agências federais, que poderiam se concentrar em seu negócio principal.

São vários os serviços oferecidos, mas os mais importantes são a gestão dos edifícios, as compras de bens e serviços e os relacionados ao governo eletrônico (e-government). No entanto, como qualquer organização deste tipo, tem crescido consideravelmente nas últimas décadas e se alimentado com a incorporação dos serviços mais diversos.

O principal benefício dessa longa tradição é a política relativamente consistente, há várias décadas, a respeito de muitos serviços operacionais. Assim, todas as políticas transversais que afetam os serviços operacionais são tratadas por uma única organização. Por exemplo, tudo que se refere à sustentabilidade ou a prestar especial atenção às pequenas e médias empresas é atribuição do GSA.

A maioria dos serviços prestados pelo GSA é necessária para as agências e ministérios federais. Em geral, estes serviços são prestados em troca de uma taxa paga pelas organizações públicas compradoras. Há um esquema detalhado de taxas, que são revistas anualmente e que variam de acordo com os bens ou serviços oferecidos.

Seguindo a tendência de outros países, nos Estados Unidos as compras de produtos e serviços tecnológicos e não tecnológicos têm sido centralizadas no Serviço de Aquisição Federal (Federal Acquisition Service – FAZ), sob o GSA.

O sistema tem as seguintes características:

O FAZ funciona como um intermediário entre compradores e vendedores e é responsável por 10 por cento de todas as compras públicas, pois existem outras organizações que também realizam compras públicas em nível federal.

Em princípio, é uma Central de Compras para organizações federais, embora haja circunstâncias em que os Estados e os governos locais também possam utilizá-la.

Existem vários instrumentos para comprar bens e serviços públicos, mas o principal é o convênio-marco, que abrange mais de 200 milhões de produtos. O processo de adesão a um convênio-marco é longo e complexo tanto para o GSA como para as empresas, mas dá estabilidade ao sistema de compras.

Ao contrário da Central de Compras do Chile, o FAZ é financiado pela cobrança de uma taxa sobre a compra de agências. A percentagem da taxa de varia dependendo do tipo de serviço. Por exemplo, nos convênio-marco existe uma percentagem de 0,75 por cento sobre o valor total do contrato.

O FAZ pode obter reservas com a cobrança das taxas. Estas reservas podem ser utilizadas para financiar suas despesas operacionais.

Este sistema requer uma monitoração contínua e independente para equilibrar os ganhos do GSA em comparação aos ganhos de eficiência do resto do sistema.

Este papel de juiz independente é desempenhado pelo Escritório Geral de Auditoria (General Audit Office – GAO), que é responsável por verificar se o FAZ obtém economias nos preços dos produtos e serviços adquiridos.

Diversos relatórios do GAO indicam que as economias auferidas poderiam ser maiores, caso fosse realizado um maior número de auditorias prévias e posteriores à adjudicação dos convênios-marco com os fornecedores.

Posto isso, imprescindível concluir que não é de responsabilidade das Centrais de Compras citadas gerenciar a compra em si, dessa forma, elas normalmente “centralizam” as negociações sobre os produtos e serviços que a Administração compra.

Além disso, por mais que existam vários instrumentos de intermediação entre as compradoras públicas e as empresas privadas fornecedoras, muitos produtos e serviços são adquiridos pelos chamados convênios-marco, o qual pode ser entendido como “um contrato público com um ou mais proponentes para a aquisição de produtos e serviços de consumo massivo e cotidiano, com preços e condições determinados durante um período de tempo definido.”⁶

O modelo escolhido para ser adotado no Brasil foi o da Central de Compras no qual retira-se as funções de apoio que são replicadas entre as diversas entidades governamentais e centraliza-se em uma unidade que vai se dedicar apenas para esse fim resultando na possibilidade de dedicação maior dessas entidades em atividades-meio consideradas estratégicas.

⁶ MAURÍLIO H. Corrêa Engel. Análise da aplicabilidade das experiências em Centrais de Serviços Compartilhados a um modelo para a APF. Julho de 2013. Link para consulta: http://www.sectordialogues.org/sites/default/files/acoef/documentos/gove04_-_perito_local_-_produto_final.pdf

2. Da compra direta de passagens aéreas

Como já visto até este ponto, a CENTRAL foi criada com fito de trazer inteligência para as compras públicas com consequente redução de despesas.

Para atingir os objetivos precitados no tópico anterior, foram estabelecidas para a CENTRAL as competências previstas no artigo 125, do Decreto nº 9.679/2019, a seguir transcritas:

Art. 125. À Central de Compras compete, no âmbito do Poder Executivo federal:

I – desenvolver e gerir sistemas de tecnologia de informação para apoiar os processos de aquisição, contratação, alienação e gestão centralizadas de bens e serviços de uso em comum pelos órgãos e pelas entidades da administração pública federal;

II – desenvolver, propor e implementar modelos, mecanismos, processos e procedimentos para aquisição, contratação, alienação e gestão centralizadas de bens e serviços de uso em comum pelos órgãos e pelas entidades;

III – planejar, coordenar, controlar e operacionalizar ações que visem à implementação de estratégias e soluções relativas às licitações, aquisições, contratações, alienações e gestão de bens e serviços de uso em comum;

IV – planejar, coordenar, supervisionar e executar atividades para realização de procedimentos licitatórios, de contratação direta e de alienação, relativos a bens e serviços de uso em comum;

V – planejar e executar procedimentos licitatórios e de contratação direta necessários ao desenvolvimento de suas atividades finalísticas;

VI – firmar e gerenciar as atas de registros de preços e os contratos decorrentes dos procedimentos previstos nos incisos IV e V;

VII – oferecer e coordenar os processos centralizados de aquisição, de contratação e de gestão de produtos e serviços de tecnologia da informação e comunicação no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional; e

VIII – planejar e realizar contratações e aquisições de serviços e de soluções de tecnologia da informação e comunicação no âmbito administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

§ 1º As licitações para aquisição e contratação de bens e serviços de uso comum pelos órgãos da administração pública direta, autárquica e fundacional

do Poder Executivo federal serão efetuadas prioritariamente por intermédio da Central de Compras.

§ 2º As contratações poderão ser executadas e operadas de forma centralizada, em consonância aos incisos II e III do caput.

§ 3º Ato do Ministro de Estado do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão definirá os bens e os serviços de uso em comum cujas licitações, aquisições, contratações, alienações e gestão serão atribuídas exclusivamente à Central de Compras.

§ 4º A centralização das licitações, da instrução dos processos de aquisição, de contratação direta, de alienação e de gestão será implantada de forma gradual.

Pela leitura do normativo acima, depreende-se que a CENTRAL possui plena competência para a realização dos procedimentos prévios que resultem na compra direta de passagens aéreas pelos órgãos e entidades da APF.

De fato, torna-se importante e necessário para o entendimento do modelo implementado de compra direta de passagens compreender como era feita a compra de passagens pela APF antes da implementação desse novo projeto.

Nesse sentido, no ano de 2012, com a edição da Instrução Normativa nº 07, de 24 de agosto de 2012, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação – SLTI, do antigo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, houve alteração da regra de mercado na contratação pelo poder executivo federal das agências de viagens prestadoras dos serviços de emissão, remarcação e cancelamento de passagens aéreas nacionais e internacionais ao governo federal.

As mudanças ocorreram em virtude da alteração da forma de remuneração das agências de viagem, que deixaram de receber das companhias aéreas comissão pela venda de bilhetes, e passaram a ser pagas diretamente pelo usuário do serviço (no caso, o poder público).

A IN nº 07/2012, portanto, fixou novo critério para julgamento das propostas de prestação de serviços relacionados à aquisição de passagens aéreas (“menor valor ofertado pela prestação do serviço de agenciamento”), diverso do antigo critério de “maior desconto”. Assim, o art. 6º da IN SLTI nº 07/2012 mencionada proibiu a realização de novas licitações com base no critério de julgamento pelo maior desconto.

Segue-se a isso o fato de que, em 06 de março de 2013, o egrégio Tribunal de Contas da União-TCU, em sede cautelar, determinou que a SLTI suspendesse imediatamente os efeitos da IN SLTI/MP nº 07/2012 até a deliberação definitiva da corte de contas. Argumentou o TCU, em juízo preliminar, que no seu entendimento o novo critério de julgamento atentaria contra os princípios da economicidade e da impessoalidade.

Assim, em 11/07/2013, a IN SLTI/MP nº 1/2013 suspendeu os efeitos da IN nº 07/2012, admitindo que o critério “maior percentual de desconto” fosse utilizado nas futuras contratações dessa espécie de serviço.

Ocorre que, posteriormente, foi publicado o Acórdão TCU nº 1973/2013, o qual revogou os efeitos da liminar que suspendia a IN SLTI nº 07/2012. Essa decisão acarretou novamente mudança da sistemática adotada para o julgamento dos preços das contratações dessa espécie, retornando à adoção do critério da “menor taxa de serviços de agenciamento de viagens”.

Dessa forma, para atender ao que foi decidido pelo TCU houve a publicação da IN SLTI nº 02/2013 que, em suma, revogou a IN nº 01 desse mesmo ano e restabeleceu a vigência da IN SLTI nº 07/2012.

Vê-se, que na sistemática anterior à implementação da compra direta, as agências de viagens eram contratadas para prestar serviços de intermediação para a aquisição de passagens, remarcação e cancelamentos de bilhetes. Destaca-se pela pertinência que, mesmo antes de receber da APF, as agências de viagens pagavam integralmente às companhias aéreas os valores dos bilhetes utilizados pelos servidores.

Como os pagamentos dos bilhetes utilizados eram realizados diretamente às agências de viagem nos valores informados por elas, correspondentes aos bilhetes aéreos, bem como das taxas de serviços cobradas, logo, os ganhos negociais junto às companhias aéreas eram obtidos pelas agências de viagens e não pela APF.

Nesse sistema, a APF tinha pouca gerência no procedimento de aquisição de trechos de viagens, o que resultou em inúmeras desvantagens na sua permanência, tais como: a) as prestações de contas eram realizadas manualmente pelos servidores; b) a APF dependia das agências para a pesquisa e marcação de viagens; c) não existia prazo de garantia para as reservas de trecho e assento, gerando retrabalhos; d) existiam remarcações e cancelamentos de bilhetes de viagens de conhecimento muitas vezes restrito às agências, e; e) gerava uma falta de controle entre os ganhos realizados pelas agências de viagens ao negociar diretamente com as companhias

aéreas, ganhos esses que poderiam ser feitos pela própria APF resultando na redução do preço final da passagem aérea adquirida.

Dessa maneira, chegou-se à conclusão de que a intermediação das negociações junto às companhias aéreas feita pelas agências de viagens para o atendimento às necessidades da APF não garantia à Administração Pública a necessária transparência e agilidade para as compras governamentais.

Por isso, o plenário do Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão nº 1973/2013 – TCU – Plenário, fez determinação à antiga SLTI no seguinte sentido:

[...]

9.6. determinar à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação, com fundamento no art. 250, inciso II, do RI/TCU, **que promova estudos no sentido de avaliar a vantajosidade de contratar diretamente das companhias aéreas o fornecimento de passagens aéreas nacionais e internacionais para a Administração Pública**, informando ao Tribunal, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, as conclusões; (Grifei)

Verificada, então, a necessidade de criação de uma nova sistemática para a aquisição de passagens aéreas, que fosse coerente com a legislação, capaz de tornar o processo de compra governamental de passagens aéreas mais transparente, ágil, eficiente e econômico foi que a escolha resultou no primeiro produto da CENTRAL como sendo a compra direta de passagens pelo governo federal.

Ademais, era necessária a construção de um novo modelo que garantisse ao governo a condução da dinâmica do mercado e ao mesmo tempo utilizasse o poder de compra para assegurar benefícios por conta do volume anual utilizado na aquisição de passagens aéreas, bem como uma melhor racionalização dos gastos e melhoria da gestão dos contratos.

Ante o exposto, verifica-se que foi fator relevante na escolha da modalidade de compra direta de passagens aéreas pela APF a necessidade de melhor controle; ou seja, de gerenciamento sistêmico e automatizado das aquisições de passagens, status de voo, identificação de valores a serem reembolsados pelas companhias aéreas, em razão de cancelamentos e remarcações, conciliação de dados de aquisição e de valores faturados, pesquisa de voos e tarifas em tempo real e reserva de assentos e tarifas e melhorias na prestação de contas das viagens pelos servidores.

Importante observar que a quebra do paradigma anterior de contratação (com as agências de viagens) foi exatamente o fato de a operação das aquisições diretamente não necessitar da intermediação de agências de viagens, por prescindir do serviço de agenciamento, que pode ser considerado serviço privativo daquele ramo de atividades.⁷

3. Da estruturação do modelo jurídico a ser utilizado na compra direta de passagens aéreas

Considerando a necessidade pelo governo federal em buscar um modelo que não só garantisse ao governo o protagonismo na condução da dinâmica do mercado, utilizando do poder de compra a seu favor, como também propiciasse realizar a negociação das regras do negócio diretamente com as companhias aéreas, visando redução e racionalização dos gastos, além de uma maior eficiência na gestão dos contratos a estruturação do novo modelo jurídico deveria respeitar a legislação pátria vigente além de não conflitar com as previsões contidas na Lei Geral de Licitações e Contratos nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Com isso, realizadas as discussões técnicas, a escolha do modelo jurídico a ser adotado foi pelo credenciamento das companhias aéreas.

Em relação ao credenciamento, como forma de contratação direta pela APF, denota-se existir uma hipótese singular de inexigibilidade de licitação: quando a Administração pretende selecionar todas as propostas que forem consideradas aptas, portanto, não há competição.

Pode-se caracterizar o credenciamento como uma ferramenta procedimental utilizada em algumas hipóteses de contratação direta pela Administração Pública, tendo como embasamento legal o *caput* do art. 25 da Lei 8.666/93⁸, o qual prevê a possibilidade de contratação sem licitação prévia, nos casos em que exista inviabilidade de competição.

⁷ A CENTRAL firmou com cada companhia aérea credenciada acordos corporativos que preveem descontos nas tarifas praticadas por elas, variando de 0% (tarifas promocionais) até 5%. Sendo considerado um mercado com liberdade tarifária, as próprias empresas, por acompanharem mensalmente a distribuição das compras de bilhetes pelo Governo Federal, podem variar os descontos ofertados para ampliar sua participação, desde que, para aquela tarifa, o desconto nunca seja inferior ao registrado no acordo corporativo.

⁸ “Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial [...]”.

Desse modo, para que ocorra a licitação é indispensável que haja competitividade e julgamento objetivo. E, só vai existir competitividade quando houver mais de uma possibilidade efetiva de contratação, quer no que tange ao objeto (mais de um), quer no que concerne ao fornecedor, produtor ou prestador (mais de um). Em não havendo esta possibilidade de competição está-se, via de regra, diante de um caso típico de inexigibilidade de licitação. Nesse sentido é a previsão do *caput* e incisos do artigo 25 da Lei 8.666/93.

No credenciamento, a inviabilidade de competição ocorrerá diante da necessidade da Administração Pública contratar com o máximo possível de particulares, ou seja, tendo em vista que todos os possíveis interessados poderão ser contratados, não há que se falar em competição para a escolha da melhor proposta através de procedimento licitatório.

Contudo, deve-se ressaltar que o credenciamento não possui previsão expressa em nenhum dispositivo da Lei nº 8.666/1993, decorrendo de uma interpretação doutrinária e jurisprudencial do permissivo contido no *caput* do art. 25 da Lei. Destaca-se, ainda, que o Tribunal de Contas da União também reconhece a possibilidade de sua utilização (Decisão nº 307/2000 – Plenário, do Processo nº 010.178/1996-1; Decisão nº 494/94 – Plenário, in Ata nº 26/94; Decisão nº 604/95 – Plenário, in Ata nº 54/95).

Afirma Joel de Menezes Niebhur que “todos os credenciados celebram, sob as mesmas condições, contrato administrativo, haja vista que, pela natureza do serviço, não há relação de exclusão, isto é, o serviço a ser contratado não precisa ser prestado com exclusividade por um ou por outro, mas é prestado por todos”.⁹

A norma geral da licitação pública disciplina os casos em que se apresenta dispensável (art. 24) ou inexigível (art. 25) o certame, abrindo ensejo à contratação direta com profissionais ou instituições idôneas e em condições de bem prestar o serviço almejado, a fim de que as necessidades do serviço público possam ser prontamente atendidas.

Nas hipóteses de inexigibilidade licitatória, a teor do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, a contratação direta faz-se sempre imperiosa em virtude da inviabilidade da competição. De acordo com o escólio do Ministro do Supremo Tribunal Federal – STF Eros Roberto Grau, é a exclusão do critério

⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 212.

competitivo, por irrealizável, que constitui a essência do permissivo legal da inexigibilidade:

Não está a Administração autorizada a dispensar a licitação senão, e exclusivamente, nas hipóteses expressamente indicadas pela lei. Já **no que concerne aos casos de inexigibilidade de licitação, ao contrário, não incide o dever de licitar. A não realização da licitação decorre, não de razão de conveniência administrativa, mas da inviabilidade de competição.**¹⁰

(grifei)

As hipóteses clássicas de inexigibilidade de licitação são aquelas que se referem a fornecedores de produtos ou prestadores de serviços exclusivos. Existem, contudo, casos nos quais a Administração Pública habilita todo e qualquer interessado e, uma vez preenchidos determinados requisitos, cadastrarem-se para realizar o serviço. Nessas hipóteses, a licitação é igualmente inexigível, tendo em vista a ausência de constrição no que se refere à quantidade de pessoas aptas a prestar serviços à Administração.

Conforme explica Marçal Justen Filho, “somente se impõe a licitação quando a contratação por parte da Administração pressupuser a competição entre os particulares por uma contratação que não admita a satisfação concomitante de todos os possíveis interessados”, pois “a obrigatoriedade de licitação somente ocorre nas situações de exclusão, em que a contratação pela Administração com determinado particular exclui a possibilidade de contratação de outrem”.¹¹

Carlos Ari Sunfeld¹², no tocante ao instituto jurídico em estudo, também reconhece a figura do credenciamento, interpretando-o da seguinte maneira:

Se a Administração pretende credenciar médicos ou hospitais privados para atendimento à população e se admite credenciar todos os que preenham

¹⁰ GRAU, Eros Roberto. *Licitação e Contrato Administrativo – estudos sobre a interpretação da lei*. São Paulo: Ed. Malheiros, 1995, p. 70.

¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 46.

¹² SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p.42.

os requisitos indispensáveis, não se há de falar em licitação. **É que o credenciamento não pressupõe disputa, que é desnecessária, pois todos os interessados aptos serão aproveitados.**

(grifei)

Em síntese, pode-se entender o sistema de credenciamento como um conjunto de procedimentos por meio do qual a Administração credencia, mediante chamamento público, todos os prestadores aptos e interessados em realizar determinados serviços, quando o interesse público for melhor atendido com a contratação do maior número possível de prestadores simultâneos.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho¹³ dispõe:

Não haverá necessidade de licitação **quando houver número ilimitado de contratações** e (ou) quando a escolha do particular a ser contratado não incumbir à própria Administração. Isso se verifica quando uma alternativa de contratar não for excludente de outras, de molde que todo o particular que o desejar poderá fazê-lo. (...)

Nas hipóteses em que não se verifica a excludência entre as contratações públicas, a solução será o credenciamento.

(...)

O credenciamento envolve uma espécie de cadastro de prestadores de serviços ou fornecedores. O credenciamento é ato pelo qual o sujeito obtém a inscrição de seu nome no referido cadastro.”

(g.n.)

Apesar do instituto credenciamento não possuir regulamento federal próprio, o Tribunal de Contas da União e a doutrina pátria já se debruçaram sobre o tema, apresentando a necessidade do cumprimento de alguns requisitos para que o credenciamento possa ser utilizado nos casos de ineligibilidade de licitação pelo aproveitamento de todos os interessados.

¹³ **JUSTEN FILHO, Marçal.** Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 46.

De acordo com o escólio de Jorge Ulisses Jacoby¹⁴, após a análise e estudo das hipóteses de credenciamento até então já utilizadas pela Administração, quatro seriam os requisitos para a utilização da pré-qualificação do tipo credenciamento:

Nos cursos de auditoria em licitações que temos ministrado, lembramos que há quatro aspectos fundamentais que definem a possibilidade de uso ou não da pré-qualificação do tipo credenciamento:

a) possibilidade de contratação de todos os que satisfaçam às condições exigidas.

Se o objeto só pode ser realizado por um, como uma ponte ou um só curso, descabe a pré-qualificação, pois característica fundamental do tipo credenciamento, é que todos os selecionados serão contratados, embora demandados em quantidades diferentes;

b) que a definição da demanda, por contratado não seja feita pela Administração.

Observe que a jurisprudência já consagrou pelo menos três possibilidades do uso do credenciamento, mas sempre excluindo a vontade da Administração na determinação da demanda por credenciado. No caso do serviço médico e de treinamento, o TCU aceitou a escolha pelo próprio servidor interessado; no caso dos serviços advocatícios, a definição do advogado, incumbido de contestar ou propor ação, será feita por sorteio aleatório entre todos os credenciados, excluindo-se sempre os sorteados anteriormente;

c) que o objeto satisfaça à Administração, desde que executado na forma definida no edital.

São serviços em que as diferenças pessoais do selecionado têm pouca relevância para o interesse público, dado o nível técnico da atividade ter sido bastante regulamentada ou de fácil verificação. Por exemplo, num curso de Windows com programa definido e condições de ensino objetivamente determinadas, é possível, com um fiscal ou gestor do contrato avaliar o cumprimento da obrigação. Do mesmo modo, numa reclamação trabalhista judicial para ser contestada, há razoável espaço de definição técnica, bastando que, no ato de seleção do credenciamento, sejam exigidos, por exemplo, dois anos de experiência em processos trabalhistas;

¹⁴ **JACOBY FERNANDES**, Jorge Ulisses. Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial Eletrônico. 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 45.

d) que o preço de mercado seja razoavelmente uniforme, e que a fixação prévia de valores seja mais vantajosa para a Administração.

A fixação dos valores previamente pela Administração implica o dever inafastável de comprovar e demonstrar, nos autos, a vantagem ou igualdade dos valores definidos em relação à licitação convencional ou preços de mercado. Essa justificativa será objeto de futuro exame perante as esferas de controle, nos termos da lei.

Dessarte, como primeiro requisito para a utilização do credenciamento, temos a “possibilidade de contratação de todos os que satisfaçam às condições exigidas”. Logo, existe a possibilidade de credenciamento de todos aqueles que satisfaçam as condições exigidas no edital. Referida possibilidade de participação de todo e qualquer interessado que cumpra os requisitos previstos no edital de credenciamento caracteriza, inclusive, a ausência de competição entre os participantes do procedimento licitatório, eis que todos que forem credenciados terão chance de ser contratados pela administração.

Assim, levando em consideração os credenciados faz-se a escolha pela companhia área que fornecer o menor preço no momento da compra.

Na verdade, para que todas as demandas da Administração Pública pudessem ser atendidas nas contratações das passagens aéreas não poderia haver um só fornecedor, pois não existe companhia aérea que cubra todos os trechos de navegação aérea do interesse da APF, o que afastaria a possibilidade de utilização do sistema de registro de preços ou outro procedimento licitatório para atender à essas demandas.

Além do mais, pode ocorrer que uma companhia aérea não ofereça o trecho desejado pela administração em um determinado horário no qual a outra possa fornecer, demonstrada está, então, a necessidade de a Administração Pública contar com todas as companhias aéreas nacionais (ou o maior número possível) para a prestação do serviço de transporte aéreo de passageiros.

O segundo requisito linhas acima pontuado por Jacoby¹⁵ informa que “a definição da demanda, por contratado não seja feita pela Administração.”

¹⁵ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial Eletrônico. 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013

Para a aquisição das passagens aéreas de forma direta pela APF não há como ter uma demanda pré-definida, visto que a viagem por necessidade do serviço, via de regra, acontece a cada dia, sem que se possa afirmar, a priori, todas ou a maioria das viagens que o servidor irá realizar. É correto dizer que o trecho a ser adquirido será definido pela APF, mas a escolha da companhia aérea será feita com base no menor preço ofertado possibilitando, assim, que qualquer empresa possa ser contratada, por consequência o que vai determinar com quem haverá o contrato será unicamente o menor preço do serviço ofertado.

O terceiro requisito acima indicado por Jacoby¹⁶ condiciona que “o objeto satisfaça à Administração, desde que executado na forma definida no edital”.

Da análise do serviço que se busca contratar (passagens aéreas nacionais), denota-se que as diferenças pessoais do selecionado têm pouca relevância para a perfeita satisfação do interesse público, eis que os serviços prestados pelas companhias aéreas possuem um padrão de qualidade muito similar, de forma que a satisfação para o serviço buscado pela administração será atendida por qualquer companhia aérea que for habilitada no procedimento de credenciamento.

O quarto e último requisito acima indicado por Jacoby¹⁷ é “que o preço de mercado seja razoavelmente uniforme, e que a fixação prévia de valores seja mais vantajosa para a Administração.”

No que se refere ao último requisito, deve-se destacar que, na prestação de serviços aéreos regulares, prevalece o regime de liberdade tarifária, por isso não há garantia do Estado pela manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, logo, quando a empresa se propõe a fazer parte deste mercado todos os riscos são assumidos por elas, consequentemente, todas as empresas devem ter a liberdade para escolher quais rotas operar, com qual frequência e quanto cobrar.

Além disso, o bilhete, por força de comando do Código Brasileiro de Aeronáutica, terá validade de 1 (um) ano a partir de sua emissão, o que

¹⁶ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial Eletrônico. 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013

¹⁷ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial Eletrônico. 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013

impõe mais relevância à liberdade tarifária, para que as empresas façam o gerenciamento de receitas (*yield management*).¹⁸

Nota-se, então, que no referido regime, o Estado não fixa as tarifas aéreas e não assegura a rentabilidade do negócio, ou seja, o risco é das empresas aéreas. Além disso, as próprias empresas estabelecem as tarifas dos serviços que prestam, de acordo com as condições de mercado, de custos e de concorrência, entre outros. Referida liberdade seria justificada para estimular a concorrência, a eficiência, a racionalização de custos, a diferenciação de serviços, a inovação e a modicidade de tarifas aéreas.

Em vista disso, o preço apresentado pela companhia aérea para prestação dos seus serviços surgirá apenas quando essas forem demandadas, ou seja, quando surgir a necessidade de um servidor, empregado ou colaborador eventual da administração pública precisar realizar uma viagem de avião.

Por conseguinte, no que se refere ao quarto requisito, ele não se aplica ao modelo de compra direta de passagens por não ser possível se saber previamente qual será a demanda da APF como consequência dessa imprevisibilidade, e ainda levando em consideração o regime de liberdade tarifária a que está sujeito o comércio de passagens aéreas, impossível é a pré-fixação dos preços que a APF irá pagar por trecho adquirido.

Em decorrência dessa impossibilidade de se determinar no edital de credenciamento os preços que serão praticados quando da aquisição das passagens aéreas no momento da escolha do trecho a ser adquirido pela APF é que foi definido o critério do menor preço como forma também de resguardar o interesse público e a economia ao erário.

Considerações finais

O presente trabalho abordou a criação da Central de Compras do Governo Brasileiro com o intuito de trazer eficiência no gasto dos recursos públicos e a modelagem jurídica utilizada para a implementação da política pública desejada.

¹⁸ Art. 228. O bilhete de passagem terá a validade de 1 (um) ano, a partir da data de sua emissão.

Para tanto, o primeiro ponto procurou demonstrar que a CENTRAL foi criada com o objetivo de centralizar e racionalizar os processos de aquisições de bens e serviços para os órgãos e entidades do Poder Executivo Federal Brasileiro, sendo assim, essa iniciativa teve como resultado a modernização dos processos de aquisição e captura dos benefícios decorrentes da centralização.

No segundo ponto, com a abordagem de como se deu a criação do projeto de compra direta de passagens pela APF e da modelagem jurídica utilizada, procurou-se esclarecer a diferença de mercados existentes entre o modelo anterior (com a intermediação das agências de viagens) e o atual (da compra direta pela APF das companhias aéreas credenciadas pela APF).

A intenção foi também ficar caracterizado que a aquisição direta de bilhetes de passagens implicou em um menor desembolso por parte da Administração Pública Federal, ou seja, o modelo anterior de compra de passagens por meio do agenciamento não propiciava essa vantagem econômica à APF.

Além disso, com a utilização do credenciamento como solução jurídica para viabilizar a compra direta de passagens pela APF tornou-se possível utilizar o serviço das quatro companhias aéreas mais importantes para o Estado Brasileiro.

Enfim, o que irá exigir uma atenção maior por parte da CENTRAL é a adoção de mecanismos adequados para controle e direção por parte da CENTRAL de maneira a evitar que os riscos comuns na área de compras públicas não sejam por ela também cometidos.

Referências

- BRACARENSE**, Virgínia Lopes. Central de Compras e Contratações do Governo Federal. Repositório Institucional da Escola Nacional de Administração Pública: <http://repositorio.ena.gov.br/handle/1/2726>
- GRAU. Eros Roberto**. Licitação e Contrato Administrativo – estudos sobre a interpretação da lei. São Paulo: Ed. Malheiros, 1995, p 70.
- JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses**. Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial Eletrônico. 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 45.

- JUSTEN FILHO, Marçal.** Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 12^a ed. São Paulo: Dialética, 2008.
- MAURÍLIO H.** Corrêa Engel. Análise da aplicabilidade das experiências em Centrais de Serviços Compartilhados a um modelo para a APF. Julho de 2013. Link para consulta: http://www.sectordialogues.org/sites/default/files/acoes/documentos/gove04_-_perito_local_-_produto_final.pdf
- MIRANDA, Henrique Savonitti.** *Compra Direta de Passagens Aéreas*. Repositório Institucional da Escola Nacional de Administração Pública: <http://repositorio.enap.gov.br/handle/1/3460>
- NIEBUHR, Joel de Menezes.** Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública. São Paulo: Dialética, 2003. p. 212.
- SUNDFELD, Carlos Ari.** Licitação e contrato administrativo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 42.

Aplicação da legislação brasileira de direito da concorrência ao caso das tiras reagentes: análise comparada do direito brasileiro e português

Application du droit brésilien du droit de la concurrence au cas des bandes de réactif: analyse comparée des droits brésiliens et portugais

PHILIPPE MAGALHÃES BEZERRA¹

Resumo: Entre os anos de 2001 e 2004 um grupo de empresas da área de medicamentos formou um cartel para alinhar preços em concursos públicos (licitações) de hospitais públicos portugueses. O denominado “Cartel das Tiras-Reagentes” tinha por objetivo realizar uma subida progressiva dos preços praticados com o Poder Público, influenciando também o mercado privado, de modo que a população portuguesa seria lesada direta e indiretamente.

O caso foi investigado e punido pela Autoridade da Concorrência de Portugal que aplicou punições previstas na legislação vigente consistente no pagamento de coimas (multas) previstas na lei portuguesa 18/2003. Do ponto de vista estritamente administrativo, o pagamento de multas foi o resultado do caso, cujos números demonstram que nos anos seguintes, as empresas voltaram a praticar preços de mercado.

¹ Procurador Federal, Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR, Especialista em Direito Processual pela Universidade da Amazônia – UNAMA, Especialista em Direito Público com ênfase em Direito Administrativo pela Universidade de Brasília – UNB, Mestre em Planejamento e Políticas Públicas na Universidade Estadual do Ceará – UECE, Professor dos Cursos de Pós Graduação da Universidade Regional do Cariri – URCA, Instrutor da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará – ESMEC, Instrutor da Escola de Administração Fazendária – ESAF, Professor e Fundador do Instituto Brasileiro de Contratações Públicas – IBCP.

Data de submissão: 26 de março de 2019.

No Brasil, a ocorrência de caso semelhante hoje, resultaria em possíveis punições nas searas cível, criminal e administrativa. Para fazer um paralelo com a análise portuguesa acima, verificamos que seriam passíveis de aplicação tanto a lei concorrencial brasileira (lei 12.529/11), bem como a lei anticorrupção (lei 12.846/13). A primeira poderia resultar em aplicações de penalidades pelo CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), enquanto a segunda seria de responsabilidade do próprio órgão lesado.

Verificamos que a legislação brasileira impõe sérias punições administrativas para casos como o relatado, pois além da punição pecuniária, poderia haver punições que implicariam na própria sobrevivência da empresa, tais como: impossibilidade de contratar com o Poder Público, cessação parcial das atividades, impossibilidade de contrair empréstimos de instituições oficiais, dentre outras. Assim, refletimos sobre a própria adequação de tantas punições, considerando os reflexos práticos que elas poderiam ocasionar na sobrevivência da própria empresa e de tudo que consequentemente depende da existência dela.

***Palavras-chave:** Concorrência. Cartel. Corrupção. Punições.*

Resumé: Entre 2001 et 2004, un groupe d'entreprises du secteur des médicaments a formé un cartel visant à aligner les prix dans les appels d'offres (licitations) des hôpitaux publics portugais. L'affiche dite "le cartel des bande de réactif" visait à obtenir une augmentation progressive des prix facturés aux autorités publiques, en influençant également le marché privé, afin que la population portugaise subisse des dommages directs et indirects.

L'affaire a fait l'objet d'une enquête et a été sanctionnée par l'Autorité de la concurrence du Portugal, qui a appliqué les sanctions prévues par la législation en vigueur et consistant au paiement des sanctions prévues par la loi portugaise 18/2003. Du point de vue strictement administratif, le paiement était le résultat de l'affaire, dont les chiffres montrent que les entreprises ont répété les prix du marché au cours des années suivantes.

Au Brésil, la survenue d'une affaire similaire aujourd'hui entraînerait des sanctions éventuelles devant les juridictions civiles, pénales et administratives. Parallèlement à l'analyse portugaise ci-dessus, nous avons vérifié que la loi brésilienne sur la concurrence (loi 12.529 / 11) et la loi anti-corruption (loi 12.846 / 13) pouvaient être applicables. Le premier risque d'entraîner des sanctions pour le CADE (Conseil administratif de défense économique), tandis que le second relèverait de la responsabilité du corps lésé.

Nous constatons que la législation brésilienne impose de lourdes sanctions administratives aux cas signalés, car outre les sanctions pécuniaires, il pourrait

en résulter des sanctions telles que: impossibilité de survivre contrat avec la administration public, cessation partielle des activités, impossibilité d'emprunter auprès des institutions officielles, entre autres. Ainsi, nous réfléchissons à la pertinence de tant de sanctions, en considérant les réflexes pratiques qu'elles pourraient provoquer dans la survie de la société elle-même et de tout ce qui dépend par conséquent de son existence.

Mots-clés: Compétition. Cartel. Corruption. Punitions

Introdução

O presente artigo científico tem por objetivo realizar uma análise dos possíveis efeitos jurídico-administrativos, no Brasil, em caso de ocorrência de fatos semelhantes aos ocorridos em Portugal conhecidos como “Cartel em concurso público de fornecimento de tiras-reagentes do Centro Hospitalar de Coimbra” e “Cartel em 36 concursos públicos de 22 hospitais portugueses”.

Os fatos acima mencionados tiveram enorme repercussão em Portugal, notadamente pela forma como as fraudes foram perpetradas, bem como pela atuação da Autoridade da Concorrência Portuguesa, que naquela oportunidade instaurou procedimento administrativo que culminou com a aplicação milionária de “coimas”, conhecidas no Brasil pela denominação “multas”.

Fazendo um paralelo com o Direito Brasileiro, analisaremos como as autoridades administrativas nacionais poderiam atuar em caso semelhante, considerando nossa legislação atual, mais precisamente a lei 12.529/11², que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, e a lei 12.846/13³, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas

² Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências.

³ Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.

jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, mais conhecida como Lei Anticorrupção.

Faremos uma abordagem das competências do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, autarquia federal que tem atribuições e competências semelhantes àquelas da Autoridade da Concorrência de Portugal. Não entraremos na seara das possíveis repercussões judiciais dos fatos a serem narrados, pois apesar dos evidentes possíveis desdobramentos no âmbito de ações judiciais por ato de improbidade administrativa, bem como ações de natureza criminal em face dos envolvidos, entendemos que tal abordagem fugiria o escopo do presente artigo, qual seja, as possíveis repercussões administrativas dos fatos no Brasil.

1. O caso português do cartel das tiras reagentes

Os fatos a serem analisados ocorreram em Portugal entre os anos de 2001 e 2004. Cinco empresas do ramo farmacêutico (Abbott, Bayer, Johnson & Johnson Menarini e Roche) de forma orquestrada passaram a subir os preços de tiras-reagentes utilizadas para aferição de índice glicêmico a serem adquiridas pelo Governo Português.

Após uma famosa reunião no Hotel Sheraton de Lisboa, as empresas acima mencionadas passaram a estrategicamente subir de forma progressiva os valores do produto, de modo que seus lucros subiriam exponencialmente no mercado das contratações públicas, fazendo ainda com que todas ganhassem proporcionalmente em razão de uma regra adjudicação por rateio prevista na legislação portuguesa.

Mas além do ganho no setor das vendas ao Poder Público, os preços praticados tenderiam a influenciar os preços praticados pelas empresas farmacêuticas junto às farmácias que venderiam os produtos aos consumidores finais no território português, através do “Programa de Controlo da Diabete Mellitus”, pois os preços praticados nesse mercado era negociado com o Estado através de um “Protocolo de Colaboração celebrado com o Ministério da Saúde”, ou seja, num primeiro momento o prejuízo seria suportado pelo governo, gerando um prejuízo indireto para toda a sociedade, mas num segundo momento os danos chegariam diretamente aos consumidores de Portugal que iriam adquirir produtos com preços superfaturados no mercado varejista.

Segundo notícia publicada em 17/01/2008 em seu sítio eletrônico, a Autoridade da Concorrência estimou os danos causado na seguinte ordem: *“As estimativas para o dano económico resultante dos ilícitos cometidos pelas arguidas nas vendas em estabelecimentos hospitalares situar-se-ão entre 2.383.569 euros e 3.178.092 euros em 2002 e 2003. Já nas vendas a farmácias situar-se-á entre 2.437.680 euros / ano e 10.360.140 euros /ano.”*

Podemos mostrar como exemplo, os preços ofertados em concurso público do Hospital Santa Maria entre 2001 e 2004, e a forma concertada que as empresas agiram nos anos de 2002 e 2003, auge do acordo nefasto⁴:

Preço unitário/bem. 50	ABBOTT	MANARINI	J & J	BAYER	ROCHE
Concurso Público n. 199/2001	€ 9.33	---	€ 9.98	€17.46	€ 9.98
Concurso Público n. 199/2002	€ 18.01	€ 18.01	€ 18.01	---	€ 18.01
Concurso Público n. 199/2003	€ 20.00	€ 20.00	€ 20.00	€ 20.00	€ 20.00
Concurso Público n. 199/2004	€ 13.90	€ 14.00	€ 20.00	€ 15.00	€ 17.00

Restou evidente que nos concursos de 2002 e 2003 os valores apresentados de forma idêntica por todas as empresas tinha nítido propósito de lesar o erário aumentando abusivamente os valores praticados até o ano de 2001, cuja média das propostas foi de € 11.68, saltando para € 18.01 no ano seguinte. Inicialmente o fato foi constatado em concurso realizado pelo Centro Hospitalar de Coimbra enquanto entidade adjudicante, mas posteriormente verificou-se que a prática estendia-se à 22 hospitais, sendo a conduta lesiva ao patrimônio público verificada em 36 concursos lançados entre 2001 e 2004.

Dois processos foram instaurados no âmbito da Autoridade da Concorrência de Portugal, tendo o primeiro (Cartel em concurso público do Centro Hospitalar de Coimbra) resultado inicialmente em aplicação de penalidade de coima superior a três milhões de euros, e o segundo (Cartel em 36 concursos públicos, de 22 hospitais), resultado em aplicação de coima de 16 milhões de euros. Ficou comprovado nos processos administrativos

⁴ Decisão PRC 2005/074. Disponível em: http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_da_AdC/Documents/DecisaoPRC200504.pdf. Acesso em 29/08/2019.

que as empresas haviam infringido o disposto no art. 4º, número 01, alínea a da lei 18/2003.⁵

A empresa Roche conformou-se com as penalidades aplicadas nos dois processos, pagando as respectivas coimas, tendo a Johnson & Johnson procedido da mesma forma em relação apenas ao segundo processo, já as demais empresas impugnaram judicialmente as penalidades inicialmente aplicadas.

Após impugnações judiciais e recursos administrativos, a Autoridade da Concorrência, reunindo os dois processos, aplicou as seguintes penalidades: à Abbott uma coima no valor de € 7.000.000,00 (sete milhões de euros), pela prática de 27 infrações; à Bayer uma coima de € 2.997.000,00 (dois milhões, novecentos e noventa e sete mil euros), pela prática de 25 infrações; à Menarini Diagnósticos uma coima de € 2.812.022,22 (dois milhões oitocentos e doze mil, vinte e dois euros e vinte e dois cêntimos), pela prática de 23 infrações e finalmente à Johnson & Johnson uma coima no valor de € 658.413,22 (seiscentos e cinquenta e oito mil, quatrocentos e treze euros e vinte e dois cêntimos).

Os valores acima aplicados tiveram como base de cálculo o volume de negócios do ano anterior, o disposto no artigo 43 da lei 18/2003⁶, que prevê o máximo de 10% sobre aquela base. Além das coimas aplicadas, conforme explanado no parágrafo anterior, a Autoridade da Concorrência, considerando a gravidade dos fatos, aplicou ainda a penalidade acessória prevista no art. 45 da lei 18/2003.⁷

⁵ Artigo 4.º Práticas proibidas. 1 – São proibidos os acordos entre empresas, as decisões de associações de empresas e as práticas concertadas entre empresas, qualquer que seja a forma que revistam, que tenham por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional, nomeadamente os que se traduzam em: a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda ou interferir na sua determinação pelo livre jogo do mercado, induzindo, artificialmente, quer a sua alta quer a sua baixa; [...]

⁶ Artigo 43.º Coimas. 1 – Constitui contra-ordenação punível com coima que não pode exceder, para cada uma das empresas partes na infracção, 10% do volume de negócios no último ano: a) A violação do disposto nos artigos 4.º, 6.º e 7.º;

⁷ Artigo 45.º Sanções acessórias. Caso a gravidade da infracção o justifique, a Autoridade promove a publicação, a expensas do infractor, da decisão proferida no âmbito de um processo instaurado ao abrigo da presente lei no Diário da República e ou num jornal nacional de expansão nacional, regional ou local, consoante o mercado geográfico relevante em que a prática proibida produziu os seus efeitos

2. O sistema brasileiro de defesa da concorrência

Realizada a descrição dos fatos conforme ocorridos em território português, passamos então a verificar os efeitos jurídicos das mesmas condutas no Brasil, recordando que o estudo comparado é muito importante nesse caso, tendo em vista que os problemas de conluio nas contratações públicas não é problema a ser enfrentado exclusivamente por Portugal ou exclusivamente pelo Brasil, visto que se trata de um enfrentamento que deve ser realizado de modo global, visto a pulverização da prática ilícita, como bem anotou Carvalho (2018, p. 8):

Com efeito, episódios no Brasil, e em outras partes do globo reforçam que a restrição concorrencial em contratações públicas por meio da formação de um cartel não é um problema localizado, muito menos meramente hipotético ou teórico. Trata-se de uma questão de escala global, ocorrendo em todos os tipos de indústria e em todas as partes do mundo.

No Brasil, vale ressaltar inicialmente, que a preocupação com a defesa de uma economia livre e sem dominação ou abuso se revela na própria Constituição da República de 1988 que no capítulo dedicado à ordem econômica e social trouxe disposição expressa⁸ acerca do tema, fazendo um comando ao legislador infraconstitucional que deveria através de lei ordinária criar os mecanismos de defesa da concorrência. E sobre o viés constitucional da defesa da concorrência, Frazão (2017, p. 248) arremata:

É importante ressaltar que a Constituição não condena o poder econômico em si, mas apenas o seu uso abusivo. De fato, é inequívoco que pelo menos o domínio de mercados e a eliminação da concorrência podem decorrer do exercício regular do poder econômico. Tanto é assim que, no Brasil, sempre se entendeu que o ilícito antitruste exige ao menos a prova da abusividade ou da potencialidade lesiva. Daí por que persiste a necessidade de definir, em termos gerais, o abuso do poder econômico.

⁸ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. [...]

§ 4º – lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Ainda analisando a perspectiva constitucional, abordando os efeitos nocivos das condutas violadoras da ordem econômica, Tavares (2011) arremata:

A concentração econômica desequilibra o mercado, sujeitando-o a um regime de preços distorcido (praticamente impositivo), no qual um ou mais agentes, isoladamente, impedem que aos preços se aplique a lei natural de oferta e procura, causando oscilações fictícias, prejudiciais aos consumidores e ao mercado em geral e, assim, à própria liberdade de iniciativa e concorrência, oscilações essas unicamente aproveitáveis aos seus motivos egoísticos e individualistas.

No âmbito *infra legal*, vislumbramos uma espécie de duplo sistema punitivo na esfera administrativa, pelas lei 12.529/11 e lei 12.846/13 das quais poderiam resultar em aplicação de penalidades pelos fatos narrados e punidos pela Autoridade da Concorrência de Portugal. A primeira norma traria a possibilidade de punição pelo CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica⁹, que possui competências investigatórias e punitivas previstas no art. 9º¹⁰ da lei 12.259/11 muito semelhantes àquelas da autoridade da concorrência portuguesa, conforme previsto no art. 14 da lei 18/2003¹¹, e sobre as atribuições do CADE assim dissertaram Casagrande e Pereira Neto (2016, p. 91):

Além do controle preventivo de estruturas de mercado, implementado por meio da análise prévia de atos de concentração econômica, o CADE também possui uma intensa atividade repressiva contra condutas anticompetitivas. Trata-se de uma atuação voltada para a identificação e punição

⁹ Art. 4º O Cade é entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, que se constitui em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e competências previstas nesta Lei.

¹⁰ Art. 9º Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei: [...] II – decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei; III – decidir os processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica instaurados pela Superintendência-Geral; [...]

¹¹ Artigo 14.º Autoridade da Concorrência. O respeito pelas regras da concorrência é assegurado pela Autoridade da Concorrência, nos limites das atribuições e competências que lhe são legalmente cometidas.

de comportamentos que possam distorcer o funcionamento do mercado, prejudicando competidores e consumidores. nessa vertente de atuação, o CADE exerce seu poder de polícia para coibir o abuso de poder econômico, conforme previsão constitucional explícita (art. 173, § 4o).

Antes de descrever, em rol exemplificativo, as condutas específicas que implicariam em ofensa a legislação concorrencial brasileira, a lei 12.529/11 trouxe no artigo 36¹² uma regra geral de proteção do mercado estabelecendo os efeitos que a norma quer impedir que ocorram, sendo punível qualquer ato que tenha por objetivo a produção daqueles efeitos, independente de alcança-los ou não. Sobre esse aspecto da lei Frazão (2017, p. 257) dissertou:

Ao definir o ilícito antitruste por seus efeitos, a Lei n. 12.529/2011 assume considerável abrangência, abrindo espaço para sua incidência sobre práticas empresariais extremamente diversas, como se infere do rol de condutas listado no § 3o do art. 3615. Quando se verifica que esse rol ainda é meramente descritivo e que as práticas independem da forma dos atos jurídicos, estando condicionadas tão somente à possibilidade de efeitos anticoncorrenciais igualmente amplos, observa-se que existe uma margem extremamente ampla para a identificação do ilícito antitruste.

A opção do legislador foi acertada na medida em que estabelecendo aquilo que o ordenamento não deseja que ocorra, é possível punir qualquer conduta, ainda que não previamente estabelecida em lei. Tanto é assim que no parágrafo terceiro do mesmo dispositivo elenca-se uma série de conduta ofensivas à ordem econômica, deixando claro que o rol é meramente exemplificativo. E é exatamente nesse mesmo dispositivo que iremos encontrar a exata tipificação das condutas praticadas pelas empresas portuguesas no

¹² Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

- I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III – aumentar arbitrariamente os lucros; e
- IV – exercer de forma abusiva posição dominante.

caso do cartel da tiras reagentes, na medida em que o legislador brasileiro trouxe norma específica artigo 36, §3º, I, d¹³, para coibir fatos como aqueles ocorridos em Portugal.

Observemos que os verbos utilizados pelo legislador se adequam perfeitamente ao caso em análise: acordar, combinar, manipular e ajustar. E a alínea “d” atrela tais condutas à certames licitatórios, de modo que o ajuste feito pelas empresas para participar nos concursos do governo português para aquisição de tiras reagentes enquadra-se nas condutas descritas. Se considerarmos que os objetivos do cartel em análise era não apenas lesar o erário nas aquisições públicas, mas também influenciar a base de preços negociada com as farmácias causando lesão a todos que pudessem adquirir o produto no mercado privado, o fato também poderia ser enquadrado no inciso II¹⁴ do mesmo dispositivo.

Verificada que a tipificação legal das condutas está delineada na legislação brasileira, temos agora que analisar quais as possíveis punições que o CADE, equivalente brasileiro da autoridade da concorrência portuguesa, poderia aplicar numa situação delineada, sendo a primeira dela a penalidade de multa (coimas no direito português), que estão previstas no art. 37¹⁵ da lei 12.529/11.

¹³ Art. 36 [...]§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I – acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:
d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

¹⁴ Art. 36 [...]§ 3º [...] II – promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

¹⁵ Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I – no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação;

II – no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas 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, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais);

3. Aplicação da legislação brasileira ao caso português

A leitura do dispositivo delineado no parágrafo anterior nos mostra que ele se divide em três. O primeiro inciso trata da punição da pessoa jurídica que possui o formato empresarial, enquanto o segundo inciso trata de qualquer outra pessoa física ou jurídica que não exerça atividade empresarial mas que incorra em uma das condutas vedadas pela legislação. Observa-se que o legislador fez a diferença para punir tais pessoas na medida em que no caso das empresas a métrica da punição será realizada a partir da aplicação de um percentual sobre a base de cálculo que é o faturamento bruto no ano anterior, enquanto as outras pessoas que não exercem atividade empresarial serão punidas por um valor estabelecido no próprio dispositivo. Verificamos que apesar de não ter sido utilizada no caso das tiras reagente, a legislação portuguesa também tem regra punitiva para aqueles que não sendo empresa, comete atos nocivos previstos na legislação, nos termos do art. 47¹⁶ da lei 18/2003.

Assim em relação a primeira punição aplicada pela Autoridade da Concorrência de Portugal – as coimas – a diferença para a legislação brasileira seria apenas o percentual pois a legislação portuguesa estabelece o máximo de 10% sobre o volume de negócios do ano anterior, enquanto a lei brasileira prevê multa de 0,1% a 20% do faturamento bruto do exercício anterior. Sem adentrar nos conceitos de volume de negócios e faturamento bruto, pelo menos em tese a legislação brasileira estabelece percentuais mais pesados que a legislação portuguesa.

III – no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo.

¹⁶ Artigo 47.º

Responsabilidade

1 – Pela prática das contra-ordenações previstas nesta lei podem ser responsabilizadas pessoas singulares, pessoas colectivas, independentemente da regularidade da sua constituição, sociedades e associações sem personalidade jurídica.

2 – As pessoas colectivas e as entidades que lhes são equiparadas, nos termos do disposto no número anterior, são responsáveis pelas contra-ordenações previstas nesta lei quando os factos tiverem sido praticados, no exercício das respectivas funções ou em seu nome ou por sua conta, pelos titulares dos seus órgãos sociais, mandatários, representantes ou trabalhadores.

Paralelamente à punição das pessoas jurídicas, tanto a legislação lusa quanto a brasileira estabelecem punições às pessoas físicas nos termos do art. 47, item 3¹⁷ da legislação de Portugal, enquanto nossa lei concorrencial prevê essa responsabilização no art. 37, III¹⁸. Analisando os dispositivos, verificamos que o âmbito de responsabilização é mais restrito na lei portuguesa, na medida a lei 18/2003 estabelece claramente a possibilidade de responsabilização apenas por omissão daquele que comprovadamente deveria ou poderia agir para impedir a conduta.

A legislação brasileira por sua vez estabelece um âmbito mais amplo pois pune aquele que é responsável direta ou indiretamente, seja a conduta cometida com dolo ou culpa. Na verdade, essa diferença existente nas legislações não implica afirmar que uma é mais severa ou não que a outra, na medida em que apesar da lei brasileira ser mais ampla na definição, a lei portuguesa não exclui a possibilidade de outras punições caso seja verificada a ocorrência de conduta mais grave que a mera omissão.

Voltando às penalidades aplicadas às pessoas jurídicas, vimos que no caso concreto em análise a autoridade da concorrência portuguesa aplicou, além das coimas, a penalidade acessória prevista no art. 45 lei 18/2003. Nesse ponto as legislações em análise são parecidas na medida em que a lei 12.529/11 previu no art. 38, I¹⁹ penalidade similar e que seria plenamente aplicável em situação semelhante no Brasil.

¹⁷ Artigo 47.º Responsabilidade

3 – Os titulares do órgão de administração das pessoas colectivas e entidades equiparadas incorrem na sanção prevista para o autor, especialmente atenuada, quando, conhecendo ou devendo conhecer a prática da infração, não adoptem as medidas adequadas para lhe pôr termo imediatamente, a não ser que sanção mais grave lhe caiba por força de outra disposição legal.

¹⁸ Art. 37. A prática de infração da ordem económica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

III – no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo.

¹⁹ Art. 38. Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37 desta Lei, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente:

I – a publicação, em meia página e a expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por 2 (dois) dias seguidos, de 1 (uma) a 3 (três) semanas consecutivas.

Dessa forma, em relação à natureza das penalidades cominadas na legislação, a semelhança das normas restringe-se à possibilidade de multas (coimas), e à possibilidade da penalidade acessória consistente na publicação da decisão. Ultrapassada essa constatação, verifica-se que a lei do Brasil ampliou bastante os poderes do CADE, possibilitando que o órgão de controle nacional aplique cumulativamente outras penalidades bem severas, previstas nos incisos II a VII do art. 38. A primeira a ser analisada está no inciso II²⁰, e possibilita a instituição de severas restrições de acesso ao crédito público em instituições financeiras federais, bem como restrições graves à participação em licitações públicas por período não inferior a 5 anos.

Percebe-se claramente que tais penalidades são muito graves, impactariam frontalmente a rotina da empresa e na sua própria sobrevivência, lembrando ainda que as penalidades nesse caso, apesar de aplicável por uma autarquia federal, vincularia outros entes federados pois a norma abrange estados, municípios e distrito federal, o que poderia suscitar alguma espécie de violação do pacto federativo.

As penalidades do inciso IV²¹ por sua vez, geram recomendações feitas pelo CADE, logo os efeitos práticos dependerão de acolhimento ou não delas. De qualquer forma, trata-se de casos que geram graves efeitos, sejam relacionados ao próprio objeto social da empresa relativo a algum direito de propriedade intelectual, seja em relação às suas finanças, já que a impossibilidade de acesso aos programas de parcelamentos promovidos pelos entes federados podem significar a possibilidade de manutenção ou não da regularidade fiscal e os consequentes efeitos que disso decorre.

A penalidade do inciso V, “cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade;”, nos parece a mais severa prevista na legislação concorrencial, pois interfere diretamente na existência da pessoa jurídica, na medida em que cindir uma sociedade

²⁰ Art. 38. [...] II – a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a 5 (cinco) anos;

²¹ Art. 38. [...] IV – a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:

a) seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito;

b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos.

ou determinar a cessação de suas atividades, ainda que parcialmente, poderá causar relevantes impactos financeiros negativos, resultando até no fechamento da própria empresa. Já o inciso VI, por sua vez, “a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos”, nos parece aplicável as pessoas físicas que exercem direção/representação de pessoas jurídicas.

O dispositivo em análise é finalizado por um disposto (inciso VII) de proporções bem abertas, pois possibilita ao CADE aplicar: “qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.”. Apesar do grau de abstração do dispositivo em questão, normas dessa natureza proporcionam mais maleabilidade ao órgão fiscalizador que pode aplicar a penalidade de acordo com as necessidades do caso concreto, sempre lembrando que o próprio caput do art. 38 condiciona a aplicação de qualquer daquelas penas a: “[...]quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, [...]”.

Analisadas as possíveis condutas aplicadas pelo CADE, autarquia federal, ligada ao Poder Executivo da República, passemos agora a verificar os efeitos jurídicos da aplicação da lei 12.846/2013, recordando que o escopo do presente artigo é abordar as possíveis sanções aplicáveis na seara administrativa, de modo que os fatos narrados são plenamente passíveis de sanções judiciais, seja na esfera judicial penal, seja na esfera judicial cível.

Nesse contexto, a lei 12.846/2013 surgiu no cenário brasileiro dentro de um contexto histórico de intenso combate a corrupção, notadamente no contexto de desenvolvimento do maior caso de corrupção até então conhecido no Brasil, cujas investigações foram batizadas pela polícia federal de “Operação Lava-Jato”. A norma situa-se, dessa forma, dentro de um “pacote” de medidas de combate a corrupção, e possibilita que as próprias entidades lesadas disponham de mecanismos de controle e punitivos, sem necessariamente passar pelo crivo do Poder Judiciário. Sobre a nova lei, escreveu Carvalho (2018, p. 16)

No Brasil, a Lei nº 12.846/2013, apelidada de lei anticorrupção, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública nacional ou estrangeira, aponta dentre os atos lesivos para ao fins daquela lei alguns relacionados a licitações e contratos. Revela-se assim, a preocupação também nacional com a conduta de corrupção, nos termos da lei, passíveis de desvirtuar a contratação pública.

A abrangência da nova norma para abarcar casos envolvendo corrupção nas contratações públicas não é por acaso, visto que o contexto histórico da edição da norma envolvia práticas de corrupção nas contratações públicas da maior empresa estatal brasileira, a Petrobrás. Dentro dessa perspectiva histórica, a lei anticorrupção se insere como mais um mecanismo no combate aos mais diversos tipos de corrupção cabendo a nós verificarmos inicialmente quais seriam as condutas passíveis de punição pela nova lei relacionadas às contratações públicas, e elas estão do art. 5º, IV²² da lei anticorrupção.

Dessa forma a lei elencou uma série de condutas ligadas às licitações e contratos como passíveis de punição pela lei anticorrupção, de modo que é nesse rol do art. 5º, IV que possui sete alíneas onde deveremos buscar eventual conduta cujos fatos em análise se enquadrariam, e logo na primeira alínea encontraremos a resposta, visto que a lei traz a seguinte conduta: *“a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;”*.

O caso descrito nas linhas iniciais do presente artigo demonstra claramente que os expedientes executados pelas empresas que comercializavam as tiras reagentes com o governo Português enquadram-se perfeitamente no dispositivo transcrito. A atuação orquestrada das empresas de medicamentos enquadra-se nas expressões “ajuste” e/ou “combinação”, o que levaria o caso para o alcance da nossa legislação anticorrupção, de forma que superada a parte do enquadramento da conduta, passemos então a analisar quais as possíveis sanções decorrentes da aplicação da lei anticorrupção.

Antes disso, entretanto, lembremos que o escopo da presente análise é verificar que sanções podem advir na esfera eminentemente administrativa, e no caso da lei anticorrupção, a competência seria do próprio órgão administrativo que sofreu o ato de corrupção. Assim, paralelamente ao sistema que confere poderes sancionatórios ao CADE, entidade que compõe a administração indireta da União Federal, teremos um sistema punitivo que permite aos próprios órgãos vítimas da corrupção.

²² Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: [...] IV – no tocante a licitações e contratos:[...]

Antes de analisar a viabilidade jurídica da dupla punição administrativa, vejamos o que a lei anticorrupção estabeleceu como possíveis penalidades, após a tramitação do chamado Processo Administrativo de Responsabilização previsto no artigo oitavo e seguintes da norma. As punições foram elencadas no artigo sexto²³ que trouxe basicamente a possibilidade de aplicação da pena de multa e publicação da decisão.

Em termos de natureza das sanções aplicáveis, sem adentrar no mérito de volume das multas, temos que a nossa lei anticorrupção se assemelha bastante com a legislação portuguesa aplicável ao caso das tiras reagentes. Embora a lei anticorrupção tenha estabelecido sanções outras²⁴ em virtude dos mesmos fatos, essas dependeriam de pedido judicial do órgão lesado ou do Ministério Público, assim se trata de uma punição judicial, e não administrativa. Dessa forma, a legislação brasileira deu maiores poderes sancionatórios ao CADE que aos órgãos administrativos vítimas dos atos de corrupção.

Além disso, as penalidades administrativas brasileiras expostas no presente artigo nos parecem que poderiam ser aplicadas concomitantemente, na medida em que a lei anticorrupção previu: “*Art. 29. O disposto nesta Lei não exclui as competências do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, do*

²³ Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:

I – multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e

II – publicação extraordinária da decisão condenatória.

²⁴ Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras:

I – perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;

II – suspensão ou interdição parcial de suas atividades;

III – dissolução compulsória da pessoa jurídica;

IV – proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

Ministério da Justiça e do Ministério da Fazenda para processar e julgar fato que constitua infração à ordem econômica.”

Esse dispositivo permitiria então que as empresas envolvidas no cartel das tiras reagentes fossem punidas pelo próprio órgão administrativo que sofreu a lesão, bem como pelo órgão federal responsável pelo controle, fiscalização e punição condutas anticoncorrenciais. Dessa forma, além das pesadas penas previstas na legislação do CADE, haveria a possibilidade de cumulação com as penas da lei anticorrupção.

Algumas perguntas se fazem necessárias para começarmos a refletir sobre o sistema punitivo nacional. Essa quantidade de punição cominada em abstrato efetivamente tem um poder preventivo? A aplicação no caso concreto de penalidades dessa envergadura, inclusive resultando em impedimento de contratar com a Administração Pública ou suspensão das atividades, efetivamente é o meio mais adequado para tratar esse tipo de situação? Haveria um possível desequilíbrio concorrencial pela exclusão dessas empresas no mercado de aquisições públicas? A preservação das empresas e conseqüentemente dos empregos diretos e indiretos tem que ser um ponto considerado na definição das penalidades?

Não temos a pretensão de esgotar e responder a todos esses questionamentos no presente artigo, visto que para isso precisaríamos de uma pesquisa bem mais aprofundada do tema. Objetivamos, entretanto, instigar o debate acerca do sistema punitivo administrativo, considerando que só a legislação que analisamos já suscita muitos questionamentos quando a própria constitucionalidade do âmbito de atuação do CADE, bem como questionamentos sobre a excessiva quantidade de penalidade possível considerando a preservação da própria pessoa jurídica sancionada, assim como questionamentos sobre possível *bis in idem* de punições.

Deve-se considerar ainda, que a presente análise não incluiu no seu objeto as possíveis sanções também aplicáveis na seara administrativa em decorrência da aplicação da lei de licitações. Se assim o fizéssemos, veríamos que o arcabouço punitivo administrativo é bem mais amplo que imaginamos. Um dos efeitos dessa alta punibilidade seria a diminuição da competitividade em licitações públicas ante a impossibilidade de participação de pessoas jurídicas sancionadas, o que, para alguns objetos de contratação específicos, poderia gerar um efeito contrário, com uma alta concentração de mercado nas empresas não sancionadas.

O professor Thiago Marrara em artigo²⁵ publicado em 2015 faz uma análise desse paradoxo na qual afirma que o Poder Público teria duas opções, ou deixar de punir, ou punir e buscar mecanismos de aumento da competitividade. Afirmando que a segunda alternativa seria a mais adequada, o professor sugere como mecanismo de aumento da competitividade a adesão por parte do Brasil ao tratado da Organização Mundial do Comércio sobre Contratações Públicas:

Uma solução a esse problema reside na adoção de técnicas de abertura do mercado brasileiro à entrada mais intensa de fornecedores estrangeiros. Para isso, um caminho possível é aderir ao Tratado da Organização Mundial de Comércio (OMC) sobre Contratações Públicas, o chamado, *Public Procurement Agreement* (GPA).

Assim, o autor defende como possibilidade a ser avaliada, uma abertura maior do mercado público brasileiro às empresas estrangeiras. Reconhece, entretanto, que essa estratégia deve ser bem avaliada considerando outros possíveis efeitos da adesão ao tratado, notadamente a adaptação da legislação interna nas regras jurídicas que de alguma forma estabelece mecanismos discriminatórios.

Considerações finais

Por tudo que foi exposto, verificamos que a legislação brasileira atual, pelo menos em tese, resultaria em punições bem mais severas que aquelas aplicadas pela Autoridade da Concorrência Portuguesa aplicada às empresas envolvidas no cartel das tiras reagentes. O fato de termos uma legislação mais robusta do ponto de vista da quantidade de pena, não significa que nosso sistema punitivo administrativo seja mais eficaz que o português.

Alguns pontos merecem aprofundamento e debate. Um deles refere-se ao efeito preventivo das penalidades aplicadas em abstrato, pois não se tem evidências de que ele, por si só, é capaz de inibir atos de corrupção como

²⁵ Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/thiago-marrara/corruptao-em-licitacoes-chegou-a-hora-de-aderir-ao-tratado-da-omc-sobre-contratacoes-publicas>. Acesso em 12 de março. 2019.

os tratados no presente artigo. Outro questionamento que se deve fazer é se as penalidade sem excesso não poderiam acabar desequilibrando o mercado concorrencial, por meio da retirada de potenciais licitantes dos certames, causando uma concentração de mercado também indesejada.

Temos que nos questionar ainda se o sistema altamente punitivo não acaba por alcançar terceiros, e não apenas a própria pessoa jurídica sancionada, considerando que algumas sanções podem implicar na própria sobrevivência da empresa, e conseqüentemente toda a economia que gira em torno dela. Enfim, temos nesse momento mais perguntas que respostas de modo que o sistema punitivo brasileiro deve sim ser muito bem pensado e repensado, se for o caso.

Referências

BRASIL. LEI Nº 12.529, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2011.- Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm> Acesso em: 13 de março. 2019.

_____. LEI Nº 12.846, DE 1º DE AGOSTO DE 2013- Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm> Acesso em: 13 de março. 2019.

CAMPOS, Filipa Daniela Couto. **A reparação dos danos sofridos em violação das regras europeias da concorrência.** Tese Mestrado pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2014.

DE CARVALHO, Victor Aguiar. **Cartéis em Licitações: concorrência, incentivos e prevenção aos conluíus nas contratações públicas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

GOMES, J.L.C. **Lições de direito da Concorrência.** Coimbra: Almedina, 2016.

- FERRO, Miguel Sousa. **A definição de Mercados Relevantes no Direito Europeu e Português da Concorrência**. Almedina, 2015.
- FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectiva**. São Paulo: Saraiva, 2017.
- HENRIQUES, Miguel Gorjão. **Da distribuição da concorrência na comunidade europeia: a franquia de distribuição**. Almedina, 1998.
- MARRARA, Thiago. **Corrupção em licitações: chegou a hora de aderir ao tratado da OMC sobre contratações públicas ?** Disponível em: http://www.academia.edu/21311104/Corrupção_em_licitações_chegou_a_hora_de_aderir_ao_tratado_da_OMC_sobre_contratações_públicas. Acesso em 13 de fev. 2019.
- _____. **Em 20 anos, a Lei de Licitações não foi capaz de coibir desvios**. Disponível em: https://www.academia.edu/10879492/Em_20_anos_Lei_de_Licitacoes_não_foi_capaz_de_coibir_desvios. Acesso em 13 de fev. 2019.
- MATIAS, João Luís Nogueira. **A função social da empresa e a composição de interesses na sociedade limitada**. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.
- MORAIS, Luís Domingos Silva. **Empresas comuns Joint Ventures – no Direito da Concorrência da União Europeia**. Almedina, 2006.
- PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva et CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2016.
- PORTUGAL. LEI No 18/2003 – Aprova o Regime Jurídico da Concorrência. Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/lei/18/2003/06/11/p/dre/pt/html> Acesso em 10 de fev. 2019.
- SILVA, André Miguel dos Santos Lopes da. **O Regime Jurídico da Concorrência: atuações e práticas**. Tese Mestrado pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2013.
- SILVA, Matheus Passos. Metodologia: oficina de redação de artigos científicos. In: *II Curso de Combate à Corrupção na Contratação Pública*. 18 a 26 de outubro de 2018. Lisboa: Universidade Nova de Lisboa.
- TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

Do dano ao erário em ações de improbidade administrativa decorrentes da omissão no dever de prestação de contas

Damages to public funds in the context of administrative improbity actions stemming from omission in the duty of accountability

RAFAEL CRUZ GOUVEIA PINHEIRO¹

Resumo: Um dos temas que na atualidade desperta maior atenção da sociedade brasileira é o combate à corrupção. São inegáveis os avanços obtidos nos últimos anos nesse campo a partir da utilização das diferentes instâncias sancionadoras. Nesse contexto, a ação de improbidade administrativa ganha especial relevo, tendo em vista a natureza das sanções que podem vir a ser aplicadas. Este trabalho pretende analisar o ato de improbidade administrativa decorrente da omissão no dever de prestação de contas e a possibilidade de atribuir ao réu o ônus da prova no que concerne à comprovação da inocorrência de dano ao erário, relacionado aos recursos cujas contas não foram apresentadas pelo administrador público omissor. Para tanto, serão analisados os elementos conformadores do tipo normativo em referência (art. 11, inciso VI da Lei n.º 8.429, de 1992), o dano ao erário nestes casos, bem assim a possibilidade de distribuição dinâmica do ônus da prova pelo magistrado na condução do processo, além do atual entendimento jurisprudencial quanto à matéria, através da análise dos precedentes oriundos do Superior Tribunal de Justiça. Após esta análise, conclui-se que, apesar do entendimento conservador do referido Tribunal quanto à necessidade de os

¹ Procurador Federal. Chefe da Divisão de Defesa da Probidade da Procuradoria-Geral Federal (2017-2019). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. cursando Mestrado em Estratégias Anticorrupção e Políticas de Integridade na Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca.

Data de submissão: 29 de março de 2019.

legitimados ativos demonstrarem o dano ao erário, revela-se cabível nova interpretação da norma, a partir do descumprimento do dever jurídico de prestação de contas do administrador público, com a alteração do ônus probatório quanto à demonstração do fiel dispêndio dos recursos públicos e, em consequência, da ocorrência de dano ao erário.

Palavras-chave: *Improbidade administrativa. Violação a princípios da Administração Pública. Omissão no dever de prestação de contas. Dano ao erário. Ônus da prova.*

Abstract: A topic that has recently drawn particular attention from the Brazilian society is the fight against corruption. The progress made in the last years in this field due to the use of the distinct sanctioning instances are undeniable. In this context, the administrative improbity action plays an important role, given the nature of the sanctions that may be applied. This paper intends to analyze the administrative improbity as a result of the omission in the duty of accountability and the possibility of assigning to the defendant the burden of proof in relation to the proof of the occurrence of damages to the treasury, related to funds for which accounts were not presented by the public officer. In order to do so, this paper will analyze the conforming elements of the normative type in question (article 11, item VI of Law No. 8.429, 1992), the damages to the treasury in these cases, as well as the possibility of dynamic distribution of the burden of proof by the judiciary in the conduct of the proceedings, in addition to the current case law on this issue, through the analysis of precedents from the Superior Court of Justice. This paper first that the said Court have a conservative understanding of the need for legitimate assets to demonstrate the damage to the treasury. However, it suggests that the failure of a public officer to comply with the legal duty to render accounts should entail the reversal of the burden of proof as to the demonstration of the correct use of public funds and, consequently, the absence of effective damage to the treasury.

Keywords: *Administrative improbity. Violation of Public Administration's principles. Omission in the legal duty of accountability. Damages. Burden of proof.*

Introdução

A temática relacionada ao combate à corrupção e à defesa da probidade tem recebido elevada atenção da mídia em geral e dos operadores do direito,

nos últimos anos, no Brasil, notadamente em função da investigação de grandes casos de corrupção pela Força-Tarefa da Lava Jato² e seus desdobramentos a partir da atuação dos demais órgãos de controle e defesa da probidade. Nesse contexto, além da necessária persecução criminal, voltada à aplicação das sanções de natureza penal àqueles que praticarem delitos contra a Administração Pública, merecem especial atenção as medidas cíveis e/ou administrativas que podem ser adotadas com vistas à punição do agente público que agir em desacordo com a lei, praticando atos de corrupção que acarretem prejuízo ao erário, de forma a possibilitar a efetiva recomposição do dano causado.

Nesta perspectiva, tem-se como importante instrumento de combate à corrupção a ação de rito especial prevista na Lei n.º 8.429, de 02 de junho de 1992³, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências, usualmente denominada de ação de improbidade administrativa.

Esta ferramenta, que busca concretizar o comando constitucional insculpido no art. 37, § 4º da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB)⁴, revela a intenção do legislador ordinário em coibir – não só através da ação penal, mas também mediante a aplicação de outros mecanismos de natureza não-criminal –, a prática de atos ilícitos de maior grau de reprovabilidade social, que demandam resposta de nível compatível por parte do Estado.

A partir da análise dos atos de improbidade administrativa previstos na referida Lei, interessa, para os fins deste artigo, a hipótese normativa

² Material disponibilizado pelo Ministério Público Federal acerca da Força-Tarefa denominada Lava-Jato. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/equipe-no-mpf>>. Acesso em: 23 mar. 2019.

³ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei n.º 9.429, de 02 de junho de 1992*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.

⁴ _____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.

tipificada no inciso VI do art. 11⁵, que autoriza o manejo da ação em comento para as hipóteses de omissão na prestação de contas, quando esteja obrigado o responsável, no caso, o administrador público, a fazê-lo.

Nessa esteira, são muitos os casos de transferências voluntárias de recursos federais realizadas tanto pela União, como pelas autarquias e fundações públicas federais, em favor dos demais entes da federação, notadamente os municípios, com o objetivo de execução de políticas públicas, sobretudo nas áreas da saúde e educação. Estes recursos são direcionados para a utilização pelo gestor público, de forma exclusiva, na execução de despesas ou realização de investimentos nas áreas objeto das avenças que foram inicialmente pactuadas, de maneira a garantir a consecução da política pública federal pretendida.

Diante desta realidade, em que recursos centralizados em nível federal são direcionados aos demais entes federativos com destinações específicas para sua alocação, questiona-se quais as medidas judiciais cabíveis em caso da não apresentação da regular prestação de contas dos recursos transferidos, conduta esta que certamente impedirá a verificação da correta destinação dos recursos públicos ao fim que se propõem.

O presente trabalho, desse modo, pretende analisar quais as consequências jurídicas decorrentes da ocorrência de ato de improbidade administrativa, consubstanciado na omissão do gestor público em proceder a devida prestação de contas dos recursos que foram transferidos sob a sua responsabilidade, notadamente no que concerne ao dever de ressarcimento destes recursos, independentemente da comprovação pela Fazenda Pública da ocorrência de dano ao erário.

Para tanto, será analisada a possibilidade de imputação da prática de ato de improbidade administrativa nesses casos, além da aplicação das penalidades correlatas. Também será objeto de estudo o cabimento da aplicação da técnica de distribuição dinâmica do ônus da prova quanto à comprovação do dano ao erário nos casos de omissão no dever legal de prestação de contas, ante a impossibilidade de verificação, pelos órgãos competentes, da regular aplicação dos recursos públicos.

Por fim, realizar-se-á breve cotejo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça para verificar a necessidade, ou não, de se comprovar o dano ao

⁵ BRASIL, *Lei n.º 8.429...*, cit.

erário nestes casos para fins de atribuição de responsabilidade ao agente público.

Espera-se, através deste artigo, trazer à lume o debate quanto à efetiva coibição de atos de improbidade administrativa praticados com o intuito deliberado de impedir a devida verificação pelos órgãos de controle da devida aplicação dos recursos públicos federais transferidos aos entes federativos através de convênios, termos de compromisso e instrumentos congêneres, de maneira a garantir, dentre as cominações decorrentes da aplicação da lei de improbidade administrativa, o dever de ressarcimento ao erário daquele agente público que se omitiu em prestar contas.

No concernente à metodologia aplicada a este trabalho, elegeram-se os métodos de procedimento comparativo e monográfico. A técnica de pesquisa utilizada, a seu turno, foi a bibliográfica, notadamente através da literatura e legislação referentes ao tema, além da pesquisa jurisprudencial.

1. O ato de improbidade administrativa decorrente da omissão do dever legal de prestação de contas (art. 11, VI da Lei n.º 8.429/92)

A Lei Geral de Improbidade Administrativa (LGIA), consoante expressão utilizada por Fábio Medina Osório⁶, e que será adotada neste artigo, é um importante marco legislativo do nosso ordenamento jurídico voltado ao combate à corrupção. Compõe, em conjunto com outros diplomas legislativos, tais como a Lei Anticorrupção, a Lei da Ação Civil Pública e a Lei da Ação Popular, o microsistema brasileiro de combate à corrupção e defesa da probidade.

Diante da importância dos bens jurídicos a que visa proteger, a LGIA não deve ser analisada de forma isolada, mas, em verdade, conforme bem aponta Fábio Medina Osório, na forma de um Código Geral de Conduta, na seguinte acepção:

A LGIA, em nosso entender, encaixa-se nesse conceito de “Código”, por suas características fundamentais, tendo por objeto central regular a “conduta” de todos os agentes públicos brasileiros com a cominação de sanções jurídicas

⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

às posturas transgressoras. Nesse passo, há uma aproximação a determinados modelos regulatórios que, vigentes em outros cenários, buscam primordialmente a implementação de valores éticos. Não obstante essa aproximação, diante da variedade das espécies codificatórias em jogo, a LGIA assume suas feições peculiares e sua própria identidade no sistema constitucional pátrio, reclamando o reconhecimento de seu regime jurídico e sua singularidade nos cenários de direito comparado.⁷

Ao prever condutas com maior grau de reprovabilidade social, a LGIA exerce o papel de balizar a atuação de todos os agentes públicos, que, utilizando-a como parâmetro normativo, devem agir de maneira a não adotar quaisquer das práticas enumeradas nos tipos normativos nela previstos.

A LGIA traz, em seus artigos 9º, 10, 10-A e 11, a tipologia das condutas que podem vir a ensejar a caracterização do ato ímprobo e a consequente aplicação das sanções previstas no art. 12 do citado diploma legal. As condutas foram descritas em cada um destes artigos, de modo que fossem tratados, para fins de incidência normativa, de forma separada, os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito (art. 9º), que causam prejuízo ao erário (art. 10), que decorrem da concessão ou aplicação indevida de benefício tributário ou financeiro (art. 10-A) e que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

Registre-se, desde logo, que, em que pese as peculiaridades de cada um dos tipos normativos, em todos restou resguardada a possibilidade de condenação do sujeito ativo do ato ímprobo ao ressarcimento ao erário, conforme se infere da leitura do art. 12 da LGIA, inclusive quanto às condutas previstas no art. 11.

Quanto à natureza desta condenação específica, deve-se esclarecer tratar-se de medida reparatória, sem caráter sancionador (pena), mesmo que o texto legal possa levar à interpretação em sentido diverso. Nesse sentido, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves pontuam:

Essa concepção, hodiernamente, encontra-se amplamente difundida e erigida à categoria de princípio geral do direito, sendo integralmente aplicada em se tratando de danos causados ao patrimônio público. Note-se, no entanto, que o texto legal não tem o poder de alterar a essência ou a natureza dos

⁷ OSÓRIO, *Teoria da Improbidade...*, cit., p. 185-186.

institutos; in casu, observa-se que a reparação dos danos, em seus aspectos intrínsecos, não representa uma punição para o ímprobo, pois tão somente isa repor o status quo.⁸

Come efeito, a efetiva demonstração de dano ao erário apenas é exigida, para fins de enquadramento da conduta, nas hipóteses tratadas pelo artigo 10 da LGIA, que censuram os atos de improbidade por dano ao erário. Esta também é a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, devidamente encartada na tese 1 da edição n.º 38 da “Jurisprudência em Teses” da referida Corte Superior⁹.

Apresentadas, de forma breve, as condutas que conformam os tipos normativos previstos na Lei n.º 8.492/92, passa-se à análise pormenorizada dos atos de improbidade administrativa que violem princípios da administração pública.

As hipóteses descritas nas normas elencadas no art. 11 da LGIA tratam, via de regra, de condutas omissivas ou comissivas que denotam uma violação direta a preceitos basilares da Administração Pública. Registre-se que, sob o prisma pós-positivista, também partilhado por J. J. Gomes Canotilho¹⁰, os princípios, ao lado das regras, compõem normas jurídicas de igual estatura, tendo aqueles por característica serem dotados de maior grau de abstração, o que propicia, inclusive, que seja prescindível sua menção expressa no texto normativo.

Nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello acerca dos princípios que regem a Administração Pública:

O art. 37, caput, reportou de modo expreso à Administração Pública (direta e indireta) apenas cinco princípios: da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência (este último acrescentado pela EC 19/98). Fácil é ver-se, entretanto, que inúmeros outros merecem

⁸ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 387.

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência em teses*. 38. ed. Brasília. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=EDI%C7%C3O%20N.%2038:%20IMPROBIDADE%20ADMINISTRATIVA%20-%20I>>. Acesso em: 23 mar. 2019.

¹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1161.

igualmente consagração constitucional: uns, por constarem expressamente da Lei Maior, conquanto não mencionados no art. 37, caput, outros, por nele estarem abrangidos logicamente, isto é, como consequências irrefragáveis dos aludidos princípios; outros, finalmente, por serem implicações evidentes do próprio Estado de Direito e, pois, do sistema constitucional como um todo.¹¹

Nesse diapasão, as condutas descritas no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa visam a preservar os princípios sensíveis à Administração Pública. Não só aqueles insculpidos no art. 37 da CRFB¹², como também aqueles explicitados no próprio texto normativo, precisamente através da observância aos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, além de outros não expressos em diplomas legais, a exemplo da transparência.

Para melhor compreensão da matéria, eis o texto normativo em destaque:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I – praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II – retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III – revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV – negar publicidade aos atos oficiais;

V – frustrar a licitude de concurso público;

VI – deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII – revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

VIII – descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas.

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 98.

¹² GARCIA, *Improbidade...*, cit., p. 64.

IX – deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação.

X – transferir recurso a entidade privada, em razão da prestação de serviços na área de saúde sem a prévia celebração de contrato, convênio ou instrumento congênere, nos termos do parágrafo único do art. 24 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.¹³

Diante da leitura da cabeça do art. 11, já se percebe que as condutas tipificadas neste dispositivo visam coibir que os agentes públicos atuem em desacordo com as normas gerais de direito administrativo, notadamente àqueles referentes à observância da legalidade, publicidade, moralidade, da obrigatoriedade, em regra, da realização de licitação pública para contratação de obras e serviços, realização de concurso público, além da devida prestação de contas.

Vale frisar, ainda, que os ilícitos de que trata o art. 11 da LGIA dispensam a prova de efetivo prejuízo ao erário e de enriquecimento ilícito do agente, eis que se busca proteger princípios sensíveis ao regular funcionamento da administração pública.

Sobre o âmbito de incidência da referida norma, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves pontuam:

A leitura do caput do dispositivo denota claramente que a improbidade poderá estar consubstanciada com a violação aos princípios da legalidade e da imparcialidade (*rectius*: impessoalidade), o mesmo ocorrendo com a inobservância dos valores de honestidade e lealdade às instituições, derivações diretas do princípio da moralidade. A moralidade, por sua vez, concentra o sumo de todos os valores extraídos dos princípios regentes da atividade estatal, o que permite dizer que a tipologia constante do art. 11 da Lei n.º 8.429/92 a todos alcança, ainda que advenham de princípios implícitos no sistema. Evidentemente, o rol de princípios constante do art. 11 é meramente exemplificativo, pois não seria dado ao legislador infraconstitucional restringir ou suprimir aqueles previstos na Constituição.¹⁴

¹³ BRASIL, Lei n.º 8.429..., cit.

¹⁴ GARCIA, *Improbidade...*, cit., p. 422.

Precisamente no que concerne à hipótese de incidência descrita no inciso VI do art. 11 da LGIA, acima transcrito, pretendeu o legislador estabelecer sanção expressa ao agente público que, isoladamente ou em conjunto com o particular, não-observar o dever jurídico de prestar contas dos recursos públicos, financeiros ou não, cuja execução e/ou utilização seja de sua responsabilidade.

Observa-se, desse modo, que a prestação de contas é decorrência do princípio constitucional da publicidade, que assegura aos cidadãos a possibilidade de controle efetivo sobre a atuação funcional dos governantes.¹⁵

Nesse contexto, a devida prestação de contas pelo gestor público assume aspecto fundamental para a plena efetividade do princípio da transparência, na medida em que as informações relativas à execução de despesas só poderão ser analisadas, de modo eficaz, seja pelos órgãos de controle ou mesmo pela sociedade, caso estejam apresentadas, formal e materialmente, nos termos exigidos pela normatização de regência.

No que se refere ao dever de prestação de contas, o parágrafo único do art. 70 da CRFB, com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998, é claro ao estatuir que “Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária”¹⁶.

Como acertadamente assinala Fábio Medina Osório:

Não nos parece necessário dissertar sobre a essencialidade da prestação de contas dos agentes públicos ao regime democrático. Basta dizer que se trata de um dos fundamentos da democracia, que se alicerça na controlabilidade dos atos dos representantes do povo e em seu acesso ao setor público. Daí por que ousamos dizer que esse tipo sancionador é dos mais diretos possíveis. Ele incide quase automaticamente, uma vez que resulte comprovado que se outorgou ao agente público a mais ampla defesa para prestar contas e que a negativa não passa de um capricho inescusável ou de dolosa atitude de quem tem algo ou muito a esconder. A severidade da resposta estatal é proporcional à gravidade do ato ilícito e suas consequências, na medida em que o dever

¹⁵ PAZZAGLINI, Marino Filho. *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 130.

¹⁶ BRASIL, *Constituição...*, cit.

aqui analisado encontra ressonância direto num extenso e importantíssimo conjunto de direito fundamentais das pessoas, mobilizando, como seu suporte, discursos internacionais em prol dos direitos humanos.¹⁷

Nesse sentido, o dever de prestação de contas do administrador público deriva do próprio texto constitucional, sendo que a fiscalização de seu cumprimento, em nível administrativo, cabe tanto ao controle interno, como também pode demandar a atuação dos tribunais de contas, em sede de controle externo.

Na esfera federal, a lei orgânica do Tribunal de Contas da União (TCU), Lei n.º 8.443, de 16 de julho de 1992¹⁸, prevê a competência daquele Tribunal para o julgamento das prestações de contas e tomada de contas dos administradores públicos e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos das unidades dos poderes da União e das entidades da administração indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário.

O art. 8º da referida Lei ainda prevê, dentre outras hipóteses, a possibilidade de instauração de processo administrativo de tomada de contas especial no caso de omissão no dever legal de prestar contas pelo responsável. Este processo, regulamentado no âmbito do TCU pela Instrução Normativa – TCU n.º 71, de 28 de novembro de 2012¹⁹, inicia-se por intermédio do controle interno, sendo posteriormente submetido ao crivo e julgamento pelo TCU, o que pode resultar na prolação de acórdão, com eficácia de título executivo extrajudicial, nos termos do art. 71, § 3º da CRFB²⁰, inclusive com a aplicação da penalidade de ressarcimento ao erário dos valores cuja

¹⁷ OSÓRIO, *Teoria da improbidade...*, cit., p. 423.

¹⁸ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992*. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8443.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.

¹⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Instrução Normativa – TCU n.º 71, de 28 de novembro de 2012*. Brasília. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/contas/tomada-de-contas-especial/conheca-a-tomada-de-contas-especial.htm>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

²⁰ BRASIL, *Constituição...*, cit.

prestação de contas não foi apresentada pelo responsável, conforme será melhor explicitado adiante.

Desta forma, percebe-se que uma mesma conduta poderá acarretar a sujeição de seu responsável a um processo judicial para análise da prática de ato de improbidade administrativa, neste caso, com base no art. 11, inciso VI da LGIA, bem como a instauração de processo de tomada de contas especial, conforme exposto acima, para quantificação do dano e atribuição de responsabilidade, no âmbito do TCU, nos termos do art. 8º da Lei n.º 8.443/92, em razão da omissão no dever de prestar contas dos recursos federais.

A par da responsabilização do gestor público no âmbito do TCU, no que concerne à configuração do ato de improbidade administrativa, para os fins da LGIA, consubstanciado nas hipóteses de incidência previstas em seu art. 11, deve-se demonstrar a presença do elemento subjetivo da conduta omissão, dolo, consubstanciado na vontade livre e consciente de inação quanto ao dever de prestar contas, de forma tempestiva, dos recursos transferidos sob sua responsabilidade.

Quanto a este ponto, é cristalino na doutrina o entendimento no sentido da necessidade de verificação do elemento subjetivo para a subsunção da conduta ao tipo normativo²¹. Todavia, não se deve olvidar, conforme bem pontua Fábio Medina Osório, da possibilidade de conferir nova interpretação ao tipo normativo, de modo a permitir a configuração do ato ímprobo a partir de conduta culposa:

Em uma gestão grosseiramente culposa, desembocando, por exemplo, em uma omissão de prestação de contas, pode configurar improbidade administrativa. E isto ocorre por causa do silêncio da LGIA, na medida em que o caput dos arts. 9º e 11 não pode ser interpretado como vínhamos interpretando anteriormente, ou seja, com a pretendida eloquência de somente outorgar ao art. 10 a funcionalidade de recolher condutas culposas. Ao contrário, o silêncio abre portas à lógica sistêmica do direito administrativo sancionados, qual seja, a de que se admitem modalidades dolosas e culposa de atos ilícitos, dependendo da estrutura das normas proibitivas concretamente analisadas. No sistema da LGIA, não há uma regra legal de que o silêncio deva gerar

²¹ GARCIA, *Improbidade Administrativa...*, cit., p. 423.

presunção de que o ilícito só se pune a título doloso. Ao revés, tudo indica que o silêncio permite uma análise mais aprofundada da redação do dispositivo, de modo a perceber seu real alcance.²²

O Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, possui jurisprudência pacífica no sentido de exigir, para o enquadramento da conduta, a verificação do dolo, admitindo a forma genérica, conforme se infere do recente precedente daquela Corte:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. IRREGULARIDADE EM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. ATO QUE ATENTA CONTRA OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ELEMENTO SUBJETIVO. DOLO GENÉRICO COMPROVADO.

1. Na hipótese dos autos, não há falar em reexame do contexto fático-probatório, pois a quaestio iuris requer apenas a reavaliação de fatos incontroversos já delineados nos autos e das provas devidamente colhidas ao longo de toda a instrução probatória, bem como a discussão, meramente jurídica, acerca da interpretação a ser dada sobre os fundamentos apontados pelas instâncias de origem. 2. (...). 3. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do REsp 951.389/SC, firmou jurisprudência no sentido de que, para a configuração do ato de improbidade que atenta contra os princípios da Administração Pública (Art. 11 da LIA), faz-se necessária a análise do elemento volitivo, consubstanciado pelo dolo, ao menos genérico, de agir no intuito de infringir os princípios regentes da Administração Pública. 4. Dessarte, verificada a presença de dolo genérico no caso dos autos, mister sejam restabelecidas as sanções impostas em sentença aos recorridos Solismar Costa e Tânia Mara Gnoatto & Cia. LTDA. 5. Recurso Especial parcialmente provido.²³

No caso da omissão do dever de prestação de contas, ainda existe debate acerca da descaracterização da conduta ímproba nos casos de apresentação

²² OSÓRIO, *Teoria da Improbidade...*, cit., p. 265.

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.708.170 Paraná*. Brasília, 12 de março de 2019, p. 84. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1708170&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 23 mar. 2019.

intempestiva das contas. Com efeito, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que o mero atraso na prestação de contas não tem o condão, por si só, de configurar a prática de ato de improbidade administrativa²⁴.

Todavia, questão que merece maior atenção consiste na apresentação das contas em momento posterior ao próprio ajuizamento da ação de improbidade administrativa, depois de transcorrido longo lapso temporal, somado à imprestabilidade da documentação apresentada, o que certamente não desnaturará, por si só, a prática do ato de improbidade administrativa.

Nesses casos, deve-se verificar se houve a efetiva prestação de contas pelo administrador público responsável, ou se apenas tentou-se burlar a incidência da norma prevista no art. 11, VI da Lei n.º 8.492/92 através da apresentação de documentação inidônea a comprovar o efetivo dispêndio dos recursos públicos na finalidade pactuada.

Frise-se que, conforme sabido, as instâncias judicial e administrativa não se confundem, motivo pelo qual o Judiciário não deve ser utilizado como local para apresentação intempestiva de contas, as quais devem ser direcionadas ao órgão competente na esfera administrativa, para que sejam adotadas as medidas voltadas à análise das contas pela equipe técnica responsável, inclusive com a possibilidade de análise *in loco* da execução do ajuste.

Nessa esteira, não se desconhece que a apresentação extemporânea das contas poderá vir a afastar a incidência da tipologia normativa do art. 11 da LGIA, todavia, isto não deverá ocorrer de forma automática, mediante a simples apresentação formal de qualquer tipo de documentação pelo responsável. Deve-se verificar a idoneidade da documentação apresentada, em seu aspecto material, de modo a evitar-se fraude e indução a erro.

Apresentados os aspectos gerais acerca da LGIA, além dos elementos configuradores do tipo normativo em destaque, o posicionamento da doutrina sobre o tema, bem assim o balizamento jurisprudencial quanto ao ato de improbidade administrativa decorrente da omissão no dever de prestar contas, passa-se adiante à análise da (des)necessidade de comprovação do

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Recurso Especial 1.518.133 Paraíba*. Brasília, 21 de setembro de 2018, p. 46. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1747101&num_registro=201500456220&data=20180921&formato=PDF >. Acesso em: 28 mar. 2019.

dano ao erário pela Fazenda Pública em tais hipóteses, notadamente sob o prisma da possibilidade da distribuição dinâmica do ônus probatório.

2. Do dano ao erário decorrente da omissão no dever de prestar contas em ações de improbidade administrativa

Conforme bem acentua Fábio Medina Osório²⁵, a configuração do ato de improbidade administrativa deverá acarretar, via de regra, a nulidade absoluta do ato administrativo, com seus efeitos invalidantes retroagindo à data da emissão do ato impugnado.

Nos casos de transferências voluntárias de recursos federais, mediante a celebração de convênios, termos de compromissos ou instrumentos congêneres, verifica-se que o efeito principal decorrente da formação destes acordos de vontades é justamente a liberação de montantes financeiros aos convenientes, com vistas à consecução da política pública federal pretendida.

Nessa esteira, a sentença judicial que vier a declarar a ocorrência de improbidade administrativa na prática de determinado ato, especificamente em razão da omissão no dever de prestar contas, também deverá, em consequência, dispor acerca dos efeitos dessa declaração, ou seja, quais as sanções que serão aplicados ao sujeito ativo (réu), na forma do art. 12 da LGIA.

Não se deve buscar, por óbvio, a defesa da declaração de nulidade do próprio instrumento convencional que gerou a transferência de recursos ao ente federativo sob a responsabilidade do gestor público. Todavia, a partir da declaração judicial de que o ato ímprobo decorre da não apresentação das contas, parece merecer análise mais acurada a questão relativa ao dano decorrente desta conduta omissiva.

Destaca-se – como já adiantado de forma breve no tópico anterior – que a LGIA não afastou, de plano, a aplicação da condenação de ressarcimento ao erário nas hipóteses tipificadas no art. 11. Desse modo, a depender da análise e da configuração de cada uma das condutas tipificadas, não há contrariedade normativa à aplicação desta consequência jurídica às hipóteses de incidência tratadas no art. 11 do multicitado diploma legal.

²⁵ OSÓRIO, *Teoria da Improbidade...*, cit., p. 217.

A título comparativo, no âmbito do controle interno e externo da Administração Pública Federal, deve-se registrar que o ato de improbidade administrativa consubstanciado na omissão deliberada do agente público – e não mero atraso – no dever de apresentar as contas relativas aos recursos que foram transferidos sob a sua responsabilidade há muito já recebe tratamento rigoroso pelo TCU.

São exemplos notórios deste tratamento os processos administrativos de tomada de contas especiais instaurados pelos órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional com fundamento na conduta omissiva sob análise, nos termos do art. 8º da Lei n.º 8.443/92²⁶ e da Instrução Normativa TCU n.º 71/2012²⁷.

Em tais casos, os instauradores das tomadas de contas especiais, via de regra, ao verificarem a não apresentação da prestação de contas dos recursos federais transferidos, atribuem ao gestor a responsabilidade pelo dano ao erário que, por sua vez, é quantificado em 100% (cem por cento) dos recursos transferidos. Em outras palavras, todo o montante financeiro cuja prestação de contas não foi realizada é objeto de impugnação pelo controle interno, que glosa a totalidade dos recursos cuja execução da despesa não foi efetivamente comprovada.

Conforme já adiantado no tópico anterior, no âmbito federal, o processo de tomada de contas especial é submetido ao crivo e julgamento pelo TCU, na denominada fase externa do processo de tomada de contas especial. A partir deste julgamento, em processo no qual são assegurados ao responsável o contraditório e a ampla defesa, constatou-se que a omissão no dever de prestar contas recebe o mesmo tratamento inicialmente conferido pelos instauradores das tomadas de contas, com a atribuição de responsabilidade pelo ressarcimento integral dos recursos ao responsável pela sua gestão.

Eis recente acórdão proferido pelo TCU que bem demonstra o posicionamento ora destacado:

ACÓRDÃO Nº 2273/2019 – TCU – 1ª Câmara

1. Processo TC-010.763/2017-1.

2. Grupo: I – Classe: II – Assunto: Tomada de Contas Especial.

3. Responsável: Valdivino Rocha Silva (CPF: 762.332.433-00).

²⁶ BRASIL, *Tribunal...*, cit.

²⁷ BRASIL, *Tribunal...*, cit.

4. Órgão/Entidade/Unidade: Município de Montes Altos/MA.

5. Relator: Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti.

6. Representante do Ministério Público: Subprocurador-Geral Paulo Soares Bugarin.

7. Unidade técnica: Secex/SC.

8. Representação legal: Joana Mara Gomes Pessoa (OAB/MA 8598).

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de tomada de contas especial, instaurada pela Fundação Nacional de Saúde (Funasa), em desfavor de Valdivino Rocha Silva, ex-Prefeito do Município de Montes Altos/MA, em razão da omissão do dever de prestar contas dos recursos do Termo de Compromisso TC/PAC 0687/2011 (Siafi 671729), tendo por objeto a construção de 111 módulos sanitários domiciliares,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da Primeira Câmara, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. julgar, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea “a”, 19 e 23, inciso III, da Lei 8.443/92, irregulares as contas de Valdivino Rocha Silva, condenando-o ao pagamento da quantia de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), fixando-lhe o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprove, perante este Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno), o recolhimento da dívida aos cofres da Fundação Nacional de Saúde (Funasa), atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora, calculados a partir de 5/4/2012 até a data do efetivo recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor;

9.2. aplicar ao responsável, com fundamento nos arts. 1º, inciso IX, 19 e 57 da Lei 8.443/1992, multa no valor de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), fixando-lhe o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para comprovar, perante este Tribunal, nos termos do art. 214, inciso III, alínea “a”, do RI/TCU, o recolhimento da referida quantia ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do presente acórdão até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.3. autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;

9.4. com fundamento no art. 12, inciso IV, da Lei 8.443/1992 c/c o § 7º, in fine, do Regimento Interno do TCU, remeter cópia dos elementos pertinentes à Procuradoria da República no Estado do Maranhão, para o ajuizamento das ações que considerar cabíveis; e

- 9.5. dar ciência desta deliberação ao responsável.
10. Ata nº 6/2019 – 1ª Câmara.
11. Data da Sessão: 12/3/2019 – Ordinária.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2273-06/19-1.
13. Especificação do quórum:
 - 13.1. Ministros presentes: Walton Alencar Rodrigues (Presidente), Benjamin Zymler, Bruno Dantas e Vital do Rêgo.
 - 13.2. Ministros-Substitutos presentes: Augusto Sherman Cavalcanti (Relator) e Weder de Oliveira.²⁸

A justificativa para a aplicação deste entendimento pelo TCU é bastante simples: ao não prestar contas dos recursos federais transferidos por intermédio de convênio, termo de compromisso, ajuste ou qualquer outro tipo de instrumento congêneres, o gestor público impede, por completo, a efetiva fiscalização pelos órgãos responsáveis quanto à escorreta aplicação dos recursos financeiros sob a sua responsabilidade.

Frise-se: não se trata de mera formalidade. A regular apresentação de contas é o mecanismo idôneo a ensejar a devida verificação quanto ao atingimento dos objetivos pactuados através do instrumento que originou a transferência voluntária de recursos federais. Trata-se de dever primordial do gestor público, cujo não cumprimento deve receber rigorosa sanção estatal.

Não se desconhece a independência entre as instâncias cível, administrativa e judicial²⁹, contudo deve-se levar em conta o fato de que a conduta analisada é, em sua essência, a mesma, além do que o ressarcimento ao erário realizado em uma das instâncias necessariamente será aproveitado na outra. Além disso, no que se refere à configuração do dano pelas cortes de contas, valiosa a lição de Aluízo Bezerra Filho:

²⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Tomada de Contas Especial: TC 010.763/2017-1*. ACÓRDÃO Nº 2273/2019–TCU–1ª Câmara. Brasília, 12 de março de 2019. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordaocompleto/omissao%2520no%2520dever%2520de%2520prestar%2520contas%2520E%2520ressarcimento/%20DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/9/%20?uuid=918afca0-4f25-11e9-86f0-396233dbb545>>. Acesso em: 23 mar. 2019.

²⁹ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da Improbidade Administrativa*. 4. ed. rev., atual. Niterói: Impetus, 2009, p. 160.

A dimensão do dano suportado pelo erário poderá ser demonstrada na fase instrutória da demanda de improbidade administrativa e também pelo posicionamento dos Tribunais de Contas da União, Estados ou Municípios, servindo de elemento informativo relevante para a conclusão dessa definição econômica ou financeira, visto que cabe à Corte de Contas a fiscalização contábil, operacional e patrimonial das contas públicas, considerando os princípios da legalidade, legitimidade e economicidade.³⁰

Para melhor compreensão da problemática, cite-se, a título exemplificativo, a transferência de recursos através dos programas do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), autarquia pública federal responsável pela execução de diversas políticas públicas voltadas à melhoria da educação no país. Dentre os programas geridos pelo FNDE, há o Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), que exige a realização anual de instrumentos convenientes com os entes federativos para a transferência dos recursos financeiros.

Com efeito, por determinação expressa nos instrumentos convenientes, cabe aos gestores destes recursos, via de regra prefeitos municipais, nos casos dos Municípios, realizar os procedimentos licitatórios necessários e as contratações deles decorrentes, bem assim o processo de execução da despesa, na forma da legislação financeira.

Nessa esteira, caso não sejam apresentadas as contas destes recursos transferidos, a área responsável da Autarquia pelo controle da sua execução fica impossibilitada de verificar qual foi a destinação dada ao montante financeiro transferido a determinado município, por exemplo.

Deve-se ainda ter em conta que existem milhares de municípios e que cada um deles celebra convênios com órgãos e entes federais para o recebimento de verbas públicas federais. Em contrapartida, os administradores públicos responsáveis pela gestão dos recursos federais obrigam-se a apresentar, no tempo e forma previamente estipulados, a prestação de contas dos recursos, como condição material – e não só mera formalidade – para a verificação do atingimento dos objetos pactuados no instrumento convenial.

A prestação de contas, portanto, assume papel central na efetivação da política pública federal objeto da transferência voluntária, pois, sem a

³⁰ ALUÍZIO, Bezerra Filho. *Processo de improbidade administrativa*. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 298.

apresentação de documentação idônea – ou de qualquer documentação inicial – que possa vir a demonstrar a consecução do fim almejado, os dinheiros transferidos de forma “carimbada” tornam-se mero numerário à disposição do gestor público para dele fazer o que bem entender.

Nesse diapasão, exigir do ente concedente, no caso, a União Federal, além das autarquias e fundações públicas federais, a demonstração de que houve dano ao erário revela-se inócua, uma vez que cabe ao próprio gestor dos recursos este dever. A prestação de contas tem por finalidade, justamente, fazer com que o agente público responsável possa se desincumbir do ônus quanto à demonstração do fiel dispêndio dos valores que lhe foram confiados para uma finalidade específica.

Daí porque a não apresentação das contas acarreta severas consequências no âmbito administrativo, com atuação do TCU no sentido de determinar o ressarcimento ao erário no montante total de valores transferidos.

O dano ao erário, portanto, decorre da ausência de demonstração da correta aplicação de recursos públicos que foram transferidos ao ente federativo, sob a responsabilidade do gestor público de assim o fazer. Desse modo, no caso de omissão total no dever de prestar contas, não se pode chegar a outra conclusão que não a de que houve a inexecução do objetivo pactuado, eis que ausentes os elementos necessários à verificação do atingimento.

3. O ônus da prova quanto à ocorrência de dano ao erário em ações de improbidade administrativa decorrentes de omissão na prestação de contas

É certo que o ressarcimento pressupõe a ocorrência de dano ao erário. Todavia, não se pode olvidar, nos casos de omissão na prestação de contas, do descumprimento de dever jurídico anterior pelo administrador público, consubstanciado na obrigação de apresentar as contas dos recursos transferidos sob sua responsabilidade.

Com efeito, nas ações de improbidade administrativa, cabe ao autor apresentar, em sua petição inicial, a narrativa fática e as provas que permitam concluir pela prática do ato inculcado no art. 11, inciso VI da LGIA. Em outras palavras, cabe ao autor da ação, demonstrar que o réu praticou improbidade administrativa ao omitir-se em seu dever de prestação de contas.

E é este o ônus probatório do autor, relativo à comprovação do fato constitutivo do direito que irá fundamentar o reconhecimento do pedido quanto à prática do ato de improbidade administrativa.

Quanto ao fato constitutivo do direito, leciona Freddie Didier Jr.:

O fato constitutivo é o fato gerador do direito afirmado pelo autor em juízo. Compõe o suporte fático que, enquadrado em dada hipótese normativa, constitui uma determinada situação jurídica, de que o autor afirma ser titular. Como é o autor que pretende o reconhecimento deste seu direito, cabe a ele provar que determinou seu nascimento.³¹

Deve-se rememorar, ainda, a definição do conceito de ônus da prova, distinguindo-o de uma obrigação ou dever, tendo em vista seu caráter facultativo. Nos dizeres de José de Albuquerque Rocha:

O ônus da prova deve ser entendido como a necessidade de ter uma conduta no próprio interesse, enquanto que o dever importa conduta no interesse de outrem, nisso consistindo a diferença entre ônus e dever ou obrigação. Por consequência, a não-observância do ônus não implica ilicitude, senão a perda da vantagem que se obteria com o seu cumprimento, ao passo que a não satisfação do dever constitui ilícito, porque prejudica o terceiro em favor de quem existe o dever.³²

Nessa esteira, devidamente comprovado pelo autor a prática de ato de improbidade administrativa, a questão relativa ao dano ao erário poderá ser objeto de tratamento processual distinto. Isso porque, o Código de Processo Civil de 2015 autoriza a distribuição dinâmica do ônus da prova, também denominada de inversão do ônus da prova, mediante decisão judicial devidamente fundamentada, nos termos do art. 373, § 1º:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

³¹ DIDIER JR., Freddie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 14. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019, p. 133.

³² ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 273.

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.³³

Da leitura do dispositivo normativo acima transcrito, verifica-se que, ordinariamente, atribuiu-se cabe ao réu ônus da prova quanto a fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Todavia, o código de processo civil inovou ao possibilitar a distribuição dinâmica do ônus da prova, técnica esta que já vinha sendo admitida pelos Tribunais pátrios, notadamente em ações envolvendo relações de consumo ou questões ambientais.

Nesse contexto, o texto normativo atribui ao juiz, *ex officio* ou mediante requerimento das partes, o poder instrutório de distribuir o ônus da prova de modo diverso da regra geral, dentre outras hipóteses, nos casos em que houver maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário³⁴.

Registre-se que não se trata da inversão pura e simples do ônus da prova, tendo em vista a ideia de dinamicidade inserida na norma: distribui-se o ônus probatório de forma distinta daquela originariamente prevista; já na inversão, apenas se alternariam os polos, de forma estática. A característica marcante da distribuição dinâmica, portanto, reside no fato de que a decisão se fundamenta de acordo com o direito alegado pela parte, das condições materiais de produção de prova pelas partes envolvidas, além das vicissitudes do caso concreto.

E é justamente o que ocorre nas ações de improbidade administrativa em que se discute o dano decorrente da omissão no dever de prestar contas: o autor (Fazenda Pública) comprova a transferência dos recursos sob a

³³ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.

³⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, v. 3, p. 88.

responsabilidade do administrador público (réu), além da sua inação quanto à devida prestação de contas, atribuindo ao gestor a responsabilidade pela não comprovação do devido dispêndio dos recursos e consequente dano ao erário.

O administrador público responsável, por seu turno, dispõe – ou deveria dispor – de toda a documentação necessária a afastar a configuração de dano ao erário, mediante a apresentação de prova idônea, comprobatória da devida utilização dos recursos públicos para a finalidade pretendida.

Nesse diapasão, demonstrada a prática de ato de improbidade administrativa pelo autor, caberá ao réu afastar o dano dele decorrente, eis que, enquanto o responsável pela execução do instrumento convencional, tem o dever jurídico de ter em seu poder a documentação que elida a responsabilidade pelo dano ao erário.

Ressalte-se que a inversão do ônus da prova, nessas hipóteses, não transferirá ao réu o encargo pela apresentação de prova diabólica, ou seja, aquela cuja produção é considerada como impossível ou muito difícil³⁵. Isso porque, a prova da correta aplicação dos recursos públicos e, consequentemente, da ausência de dano ao erário, já era um dever jurídico do administrador público, assumido desde o momento da celebração do instrumento convencional.

Logo, à Fazenda Pública cabe exigir a devida apresentação das contas relativas aos recursos repassados sob a responsabilidade do gestor e, não sendo cumprida esta obrigação, reivindicar em juízo, seja através da execução de acórdão do TCU, seja mediante ação de improbidade administrativa, a devida reparação dos danos decorrentes desta omissão qualificada.

Desse modo, a adoção da técnica processual da distribuição dinâmica do ônus da prova pelo magistrado condutor do feito, especificamente para a comprovação pelo réu da não ocorrência de dano ao erário em razão de conduta prévia do gestor, qual seja omissão em seu dever de prestar contas, afigura-se como instrumento idôneo a ensejar a devida repreensão pela prática do ato de improbidade administrativa sob análise.

³⁵ DIDIER Jr., *Curso de Direito...*, cit., p. 136.

4. Análise da jurisprudência do superior tribunal de justiça sobre a matéria

As consequências da declaração da ocorrência do ato de improbidade administrativa devem ser analisadas de acordo com a gravidade do caso, consoante previsto no art. 12 da LGIA³⁶, consagrando a aplicação do princípio da proporcionalidade.

A partir da valoração da gravidade da conduta e dos prejuízos que esta acarretou à sociedade, cabe ao magistrado estabelecer quais sanções serão aplicáveis ao caso, podendo, mediante adequada fundamentação, fixá-las e dosá-las segundo a natureza, a gravidade e as consequências da infração³⁷.

No que concerne à conduta tratada neste artigo, apesar do reconhecimento da ocorrência do ato ímprobo decorrente da omissão no dever de prestar contas, verifica-se que o ônus quanto à comprovação do dano ao erário vem sendo hodiernamente atribuído aos autores das ações de improbidade administrativa, conforme revelam os julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, órgão do Poder Judiciário pátrio responsável pela uniformização da interpretação das leis federais.

Nessa esteira, é remansosa a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, não comprovado pelo autor o efetivo prejuízo ao erário, a condenação com base no art. 11, inciso VI da LGIA não deverá aplicar a cominação de ressarcimento ao erário.

Eis ementa de precedente oriundo do Superior Tribunal de Justiça que bem demonstra sua jurisprudência dominante sobre a matéria:

³⁶ BRASIL. *Lei n.º 8.429...*, cit.

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial Bahia* 239.300. Brasília, 01 de julho de 2015, p. 15. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1276672&num_registro=201101412873&data=20150309&formato=PDF>. Acesso em 23 mar. 2019.

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. IRREGULARIDADE NA PRESTAÇÃO DE CONTAS. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE PROVA DO DANO AO ERÁRIO. IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO.

1. Não ocorreu ofensa ao art. 535 do CPC/73, na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos presentes autos, não se podendo, ademais, confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

2. A condenação pela prática de ato administrativa que causa lesão ao erário depende, além da comprovação de prejuízo efetivo ao patrimônio público, da existência ação ou omissão do agente público capaz de causar, ainda que involuntariamente, resultado danoso ao patrimônio público, o qual poderia ter sido evitado caso tivesse empregado a diligência devida pelo seu dever de ofício. 3. A ausência de prestação de contas acerca da verba recebida pelo Município de Espinosa por meio de convênio celebrado com o Estado de Minas Gerais não autoriza a presunção de que houve dano ao patrimônio público, o que inviabiliza a condenação do agravado em ressarcir o erário.

4. Agravo interno a que se nega provimento.³⁸

Esta interpretação parece decorrer do entendimento já cristalino no Superior Tribunal de Justiça quanto à desnecessidade de comprovação de dano ao erário para a caracterização dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 11 da LGIA³⁹, o que leva a um conclusão, prematura, de que no caso de dano ao erário, as condutas deverão ser enquadradas nas hipóteses de incidência previstas nos artigos 9º e 10 da LGIA.

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Recurso Especial 1. 419.060 Minas Gerais*. Brasília, 08 de junho de 2018, p. 15. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1719002&num_registro=201303836583&data=20180608&formato=PDF>. Acesso em 23 mar. 2019.

³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1. 275.469 São Paulo*. Brasília, 09 de março de 2015, p. 5. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1276672&num_registro=201101412873&data=20150309&formato=PDF>. Acesso em 23 mar. 2019.

Ocorre que nem todos os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública acarretam, de forma automática, o afastamento do dever de ressarcimento ao erário. As condutas devem ser analisadas de acordo com o caso concreto e a imputação promovida na ação.

Nessa esteira, apesar do entendimento majoritariamente contrário verificado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, há recente precedente que dissentiu da orientação que vinha sendo adotada por aquela Corte, passando a admitir o dever de ressarcimento ao erário, independentemente da comprovação do autor quanto à ocorrência de dano ao erário, sendo bastante a demonstração do ato ímprobo decorrente da ausência de prestação de contas.

Eis a ementa do referido precedente, de relatoria do Ministro Herman Benjamin:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. RECURSOS DO FUNDEF. AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. CONFIGURAÇÃO DO ATO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. DESCONHECIMENTO DO PARADEIRO DOS VALORES. DANO COMO DECORRÊNCIA LÓGICA DO DESGOVERNO COM A VERBA. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES PREVISTAS NA LIA. NECESSIDADE DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO.

1. Cuida-se de inconformismo contra acórdão do Tribunal de origem que condenou por Improbidade Administrativa, ex-Prefeito que não prestou contas de convênio firmado entre a municipalidade e o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), com base no artigo 11, VI, c/c art. 12, III, da Lei 8429/92. Nada obstante a Tomada de Contas Especial por parte do TCE que imputou ao réu o débito de R\$ 309.402,97, o Sodalício a quo não condenou o recorrido ao ressarcimento ao erário.

2. Embora o recorrido estivesse obrigado a prestar contas do referido convênio na condição de responsável direto pela ordenação de despesas do Município, não o fez. Tal inação é elemento substancial para se aferir o dolo do demandado, na prática de ato de improbidade, pois, quando o responsável não apresenta justificativa razoável para a sua omissão, presume-se o dolo genérico de descumprir a obrigação legal e o seu agir com má-fé na execução de verba pública, o que caracteriza a conduta dolosa do recorrido (REsp 1.370.992/MT, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 23/8/2016,

DJe 31/8/2016, e REsp 1.323.503/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 25/6/2013, DJe 5/8/2013;

REsp 1.315.528/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 9/5/2013; REsp 1.227.849/PR, Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 13/4/2012, e AgRg no Resp 1.383.196/AM, Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJ 27/10/2015, DJ 10/11/2015).

3. O Tribunal de origem reconhece que houve ausência de prestação de contas, contudo entende que esse gravíssimo fato não acarreta dano ao erário. Discorda-se da retro mencionada conclusão, pois, partindo dos mesmos fatos, vislumbra-se dano patente, comprovado, individualizado e qualificado nos autos em epígrafe. Trata-se de prejuízo expresso, correspondente ao total do valor repassado, visto que tal verba é de aplicação vinculada aos objetos do convênio, sendo de responsabilidade do gestor público os atos praticados em desvio de finalidade. 4. O recorrido não se desincumbiu do ônus de demonstrar a licitude na aplicação das verbas. Mesmo quando oportunizado, em nenhum momento o réu demonstrou a aplicação dos valores transferidos, o que conduz à conclusão de que houve inequívoca malversação das verbas públicas.

5. Com efeito, sendo acolhida nos autos a violação do dever de prestar contas dos recursos repassados, tendo a conduta do requerido se subsumido ao art. 11, VI, da Lei 8.429/1992, sujeito está às penas do art. 12, III, do mesmo diploma legal, entre elas, o ressarcimento ao erário. 6. Sem a prestação de contas, não se sabe o valor empregado nos programas educacionais, se é que foi empregado algum, tampouco se houve alguma quantia remanescente e sua destinação. E, data venia, cabe ao gestor provar que aplicou devidamente as verbas que lhe foram repassadas. Com efeito, cabível a condenação do ex-prefeito no ressarcimento ao erário das verbas cuja destinação permanece desconhecida.

7. Não há como afastar a condenação do réu ao ressarcimento do dano aos cofres públicos, pois a manutenção do acórdão de origem, neste ponto, seria mais benéfica ao mau gestor, que deixaria de prestar contas para não transparecer as irregularidades e não ser obrigado a ressarcir o erário.

8. Com relação à multa civil, o Apelo Nobre não merece trânsito porquanto a matéria somente foi debatida pelo Tribunal a quo no Voto Vencido, o que não é suficiente para suprir a necessidade de prequestionamento, nos termos da Súmula 320/STJ. Assim, competia ao recorrente levantar a matéria em Embargos de Declaração – que até foram opostos, mas sem arguir especificamente esta omissão.

Destaca-se, por oportuno, que o acórdão combatido foi publicado antes da vigência do Novo Código de Processo Civil.

9. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.⁴⁰

O precedente cuja ementa foi acima transcrita demonstra que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ainda não está consolidada no sentido do afastamento do dever de ressarcimento ao erário nos casos de omissão na prestação de contas, mesmo nos casos em que o autor da ação de improbidade não demonstra a ocorrência de dano ao erário.

Conforme se depreende da leitura do voto proferido pelo Ministro relator, caberia ao réu demonstrar a licitude na aplicação das verbas. Em não o fazendo, aplicáveis todas as cominações previstas do art. 12, inciso III da LGIA, inclusive quanto ao dever de ressarcimento ao erário. Transcreve-se trecho do voto bastante elucidativo:

Repita-se, sem a prestação de contas, não se sabe o valor empregado nos programas educacionais, se é que foi empregado algum, tampouco se houve alguma quantia remanescente e sua destinação. E, data venia, cabe ao gestor provar que aplicou devidamente as verbas que lhe foram repassadas. Com efeito, cabível a condenação do ex-prefeito no ressarcimento ao erário das verbas cuja destinação permanece desconhecida.⁴¹

Com efeito, a ausência de prestação de contas acarreta dano direto ao erário, ao impedir a verificação da correta destinação da verba pública, e por isto merece reprimenda adequada pelo Estado, inclusive para coibir que condutas desta natureza sejam praticadas com o intuito de dificultar a investigação prática de outros ilícitos, inclusive de natureza penal, mediante a utilização indevida dos recursos públicos transferidos.

O precedente acima mencionado, que encampou a tese da atribuição ao réu do ônus de demonstrar a fiel execução dos recursos públicos, apesar de não mencionar expressamente, pode representar entendimento no

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.693.637 Amazonas*. Brasília, 23 de novembro de 2019, p. 11. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1719666&num_registro=201701877725&data=20181123&formato=PDF>. Acesso em 23 mar. 2019.

⁴¹ *Idem, Ibidem.*

sentido da possibilidade da adoção das técnicas processuais previstas no Código de Processo Civil vigente para distribuição dinâmica do ônus da prova nesses casos.

Isso porque ao reconhecer o dever jurídico do réu de ter em seu poder a documentação apta a comprovar o fiel dispêndio dos recursos públicos, é cabível atribuir-lhe o ônus probatório quanto ao afastamento da ocorrência de dano ao erário.

Certamente esta matéria será novamente analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, que poderá, enfim, sedimentar seu posicionamento quanto à possibilidade de atribuir ao réu o ônus de demonstrar a não-ocorrência de dano ao erário nessas hipóteses, em conformidade com a necessidade de conferir maior efetividade ao tipo normativo previsto no art. 11, inciso VI da LGIA, sobretudo, buscando a efetiva proteção ao erário.

Considerações Finais

A partir do estudo da matéria em debate, que nem de longe tem a pretensão de esgotar o tema, mas, em verdade, busca ampliar a discussão acerca das consequências jurídicas advindas da omissão do agente público em prestar as contas dos recursos sob sua responsabilidade, percebe-se que a ação de improbidade administrativa pode ser utilizada como instrumento efetivo para a condenação do responsável à reparação do dano.

Nesse diapasão, a prestação de contas pelo administrador público é dever de natureza constitucional, que torna possível à sociedade tomar ciência da realização a contento da gestão da coisa pública. Trata-se de mecanismo de *accountability* voltado a garantir a transparência da gestão pública.

Com efeito, a LGIA caminhou bem ao prever tipo normativo expresso que busca punir o agente público que não-observar seu dever jurídico de prestar contas aos órgãos responsáveis pelo controle e fiscalização da administração pública. Nesse contexto, cabe o Poder Judiciário dar plena efetividade à norma jurídica prevista no art. 11, inciso VI, da LGIA, de modo a, reconhecendo a prática de ato de improbidade administrativa, atribuir ao gestor público omissor o ônus de demonstrar a correta aplicação dos recursos públicos, sob pena de condenação ao ressarcimento ao erário de tais recursos.

O dogma da atribuição do ônus probatório ao autor, portanto, precisamente no que concerne à comprovação da ocorrência de dano ao erário, pode e deve ser relativizado nestes casos, mediante a utilização da técnica processual prevista no Código de Processo Civil vigente, de modo a exigir do réu-responsável, a demonstração de que sua conduta omissa, configuradora de ato de improbidade administrativa, não acarretou dano ao erário.

Isso porque, nos casos das ações de improbidade administrativa ajuizadas com fundamento na omissão no dever de prestar contas, não se deve olvidar do dever jurídico anterior assumido pelo administrador público, quando da celebração do instrumento convenial, qual seja, apresentar, de forma tempestiva e efetiva, as suas contas.

Nesse contexto, reconhece-se que a responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa, especialmente quanto aos tipos normativos previstos no art. 11 da LGIA, exige a configuração do dolo, enquanto elemento subjetivo da conduta, para a subsunção dos fatos à norma. No entanto, o dano ao erário é consequência direta da não apresentação das contas pelo gestor público, que possui o ônus, neste caso, de comprovar a correta e fiel aplicação dos recursos sob sua responsabilidade.

A omissão na prestação de contas não deve ser vista como ato ímprobo de menor gravidade, mas sim como conduta bastante a exigir a reparação integral do dano causado, além das demais cominações previstas na LGIA.

O dano ao erário, portanto, decorre do fato do réu, na ação de improbidade administrativa, não se desincumbir do seu ônus de demonstrar ao juízo que a omissão em seu dever de prestar contas não acarretou a consequência jurídica que se esperava, qual seja, a ocorrência de dano ao erário.

Desse modo, atribuir às pessoas jurídicas elencadas no art. 1º da LGIA que demonstrem a ocorrência de dano ao erário em tais hipóteses teria o condão de eximir o administrador público de um dever jurídico que já era seu, relativo à apresentação da documentação comprobatória da realização das despesas a contento.

Ainda deve-se alertar para os efeitos que uma jurisprudência de certo modo leniente a este tipo de ilícito pode acarretar na percepção dos gestores públicos quanto ao dever de prestar contas dos seus recursos, o que pode terminar por incentivá-los a optar entre não apresentar qualquer tipo de documentação comprobatória do que se ver em uma situação jurídica mais gravosa em apresentando as contas, ainda que com certas irregularidades e, a partir daí, ter abertas as portas para o ajuizamento de ação de improbidade

administrativa com base nos tipos normativos previstos nos artigos 9º e 10 da LGIA, com a possibilidade de condenação ao ressarcimento ao erário e declaração de inelegibilidade.

Deve-se destacar ainda que a ausência de condenação do réu, nessas hipóteses, ao ressarcimento ao erário, também o isenta das gravosas consequências previstas na Lei Complementar n.º 64, de 1990⁴², com as alterações promovidas pela Lei Complementar n.º 135, de 2010, precisamente a inelegibilidade prevista no art. 1º, inciso I, alínea / da referida Lei⁴³, eis que não será reconhecido o prejuízo ao erário, condição necessária à declaração pela Justiça Eleitoral.

Desse modo, não se deve buscar soluções fáceis e imediatistas para um problema tão complexo e ramificado na sociedade brasileira como é a corrupção, especialmente no que concerna à recuperação do dano ao erário. Todavia, os instrumentos atualmente postos à disposição do aplicador do direito não devem servir a uma deterioração no ambiente de transparência da administração pública, incentivando práticas reprováveis, o que, além de improdutivo, seria um retrocesso.

Referências

- ALUÍZIO, Bezerra Filho. *Processo de improbidade administrativa*. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.
- BERTONCINI, Mateus. *Ato de Improbidade Administrativa: 15 anos da Lei 8.429/92*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.
- _____. _____. _____. _____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.

⁴² BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei Complementar nº 64, 18 de maio de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp64.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.

⁴³ *Idem, Ibidem*.

- _____. _____. _____. _____. *Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992*. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8443.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.
- _____. _____. _____. _____. *Lei nº 9.429, de 02 de junho de 1992*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.
- _____. _____. _____. _____. *Lei Complementar nº 64, 18 de maio de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp64.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.
- _____. Tribunal de Contas da União. *Instrução Normativa – TCU n.º 71, de 28 de novembro de 2012*. Brasília. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/contas/tomada-de-contas-especial/conheca-a-tomada-de-contas-especial.htm>>. Acesso em: 25 mar. 2019.
- _____. _____. *Tomada de Contas Especial: TC 010.763/2017-1. ACÓRDÃO Nº 2273/2019–TCU–1ª Câmara*. Brasília, 12 de março de 2019. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordaocompleto/omissao%2520no%2520dever%2520de%2520prestar%2520contas%2520E%2520ressarcimento/%20DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/9/%20?uuid=918afca0-4f25-11e9-86f0-396233dbb545>>. Acesso em: 23 mar. 2019.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Recurso Especial 1.518.133 Paraíba*. Brasília, 21 de setembro de 2018, p. 46. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1747101&num_registro=201500456220&data=20180921&formato=PDF>. Acesso em: 28 mar. 2019.
- _____. _____. *Agravo Interno no Recurso Especial 1. 419.060 Minas Gerais*. Brasília, 08 de junho de 2018, p. 15. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1719002&num_registro=201303836583&data=20180608&formato=PDF>. Acesso em 23 mar. 2019.
- _____. _____. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial Bahia 239.300*. Brasília, 01 de julho de 2015, p. 15. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1276672&>

- num_registro=201101412873&data=20150309&formato=PDF>. Acesso em 23 mar. 2019.
- ____. _____. *Jurisprudência em teses*. 38. ed. Brasília. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=EDI%C7%C3O%20N.%2038:%20IMPROBIDADE%20ADMINISTRATIVA%20-%20I>>. Acesso em: 23 mar. 2019.
- ____. _____. *Recurso Especial 1.708.170 Paraná*. Brasília, 12 de março de 2019, p. 84. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1708170&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 23 mar. 2019.
- ____. _____. *Recurso Especial 1.693.637 Amazonas*. Brasília, 23 de novembro de 2019, p. 11. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1719666&num_registro=201701877725&data=20181123&formato=PDF>. Acesso em 23 mar. 2019.
- ____. _____. *Recurso Especial 1.275.469 São Paulo*. Brasília, 09 de março de 2015, p. 5. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1276672&num_registro=201101412873&data=20150309&formato=PDF>. Acesso em 23 mar. 2019.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- DIDIER JR., Freddie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 14. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, v. 3.
- FIGUEIREDO, Marcelo. *Proibidade Administrativa: Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da Improbidade Administrativa*. 4. ed. rev., atual. Niterói: Impetus, 2009.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de improbidade administrativa*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

PAZZAGLINI, Marino Filho. *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. *Improbidade administrativa: reflexos sobre a Lei nº 8.429/92*. 2. ed. rev., atual., ampl. e com jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

Panorama e perspectivas no combate à corrupção: diálogos entre Brasil e Portugal

RAFAEL FOLADOR¹

Resumo: A corrupção, em suas diversas formas, é um fenômeno e uma preocupação mundial, em razão dos efeitos negativos que gera para as sociedades e para a solidez das instituições. Brasil e Portugal estão inseridos nesse contexto, ainda que o primeiro apresente mais casos rumorosos de corrupção na sua história recente. Embora apresentem características bastante diversas, tais países têm laços históricos que aproximam seus sistemas jurídicos e viabilizam sua comparação. O presente estudo, assim, tem por objetivo apresentar o panorama normativo e prático do cenário da prevenção e do combate à corrupção nos dois países, verificando aspectos problemáticos, pontos de convergência e divergência, bem como buscando identificar os avanços e as possíveis perspectivas das respectivas ordens jurídicas em matéria de combate à corrupção. O estudo abrange o cotejo entre o direito positivo dos dois Estados e entre as obras doutrinárias neles produzidas, assim como as impressões coletadas em visitas às instituições públicas portuguesas.

Palavras-chave: *Combate à corrupção. Direito da Concorrência. Direito Administrativo.*

Abstract: Corruption, in its various forms, is a worldwide concern, due to the negative effects it generates for societies and the solidity of institutions. Brazil and Portugal are inserted in this context, although the first presents more rumorous cases of corruption in its recent history. Although they have very different characteristics, such countries have historical ties that bring their legal systems closer together and allow comparison. The purpose of this study is to present a normative and practical panorama of the scenario of prevention and fight against corruption in the two countries, analyzing problematic aspects, points

¹ Data de submissão: 29 de março de 2019.

of convergence and divergence, as well as seeking to identify the advances and possible perspectives of the countries in order to combat corruption. The study covers the comparison between the statutes of the two States and between the doctrinal works produced in them, as well as the impressions collected during visits to Portuguese public institutions.

Keywords: *Corruption. Competition Law. Administrative Law.*

Introdução

Como aponta António João Maia, “a corrupção, muito em resultado da grande exposição midiática que tem sido concedida a determinados casos judiciais, transformou-se num tema central e incontornável das agendas públicas e políticas das sociedades”. O autor sintetiza os efeitos associados à corrupção como “efeitos de redução da qualidade dos investimentos públicos, com custos associados mais elevados e por vezes de utilidade marginal”, “efeitos de redução da cobrança de taxas e impostos e do desenvolvimento econômico” e “efeitos de redução da qualidade governativa e da Administração Pública”².

Patrícia Carraro Rossetto elucida, acerca da própria origem etimológica do termo corrupção, tal qual o conhecemos hoje:

O vocábulo corrupção encontra sua origem no termo latino *corrumpere*, que, por sua vez, desenvolveu-se a partir da partícula *cum* e outra forma verbal latina: o verbo *rumpo, rumpis, rupsi, ruptum*, que literalmente significa “romper”. Em uma tradução literal rígida *corrumpere* significaria “romper com”; “romper com a união de”, no sentido de servir-se de um acompanhante na ação. Entretanto, com o desenvolvimento semântico do vocábulo, atribuiu-se ao mesmo o sentido de apodrecimento, deterioração, degradação ou menosprezo, seja natural ou valorativo, tendo havido, portanto, um afastamento de sua origem etimológica.³

² MAIA, António João. Corrupção – a fraude na governação e na gestão pública. In: MAIA; SOUZA; PIMENTA (Org.). *Fraude em Portugal – factos e contextos*. Coimbra: Almedina, 2017.

³ ROSSETTO, Patrícia Carraro. O Combate à corrupção pública e a criminalização do enriquecimento ilícito na ordem normativa brasileira. *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da empresa*, v. 4, p. 915-979, jul/2011.

Sobre os seus efeitos no sistema social e sua perenidade na história das sociedades, aduz:

O fenômeno “corrupção” assume inúmeras roupagens, entremeando-se nos mais diversos setores da vida social. Trilha seus caminhos tanto na esfera privada, notadamente na ordem econômica, quanto na esfera pública, em especial a ordem política, transformando-se numa patologia do sistema social, cujos efeitos transcendem os limites territoriais dos Estados de forma a atingir a comunidade internacional. Há um consenso doutrinário de que a corrupção configuraria um traço da espécie humana, tal como o amor, a amizade, o ódio, a traição, o afã de lucro e o conflito de interesses, 3 constituindo uma permanente na história das civilizações.⁴

A aceção de corrupção adotada neste trabalho ultrapassa o conceito estrito adotado no Código Penal brasileiro, por exemplo, para tipificar as condutas de oferecer ou prometer, ou solicitar ou receber vantagem indevida em razão de função pública (arts. 317 e 333), abrangendo todo tipo de conduta desonesta e lesiva praticada em desfavor da Administração Pública, com ou sem o concurso de agentes públicos.

O tema é palpitante em nível global, compondo esse complexo cenário escândalos em diversos países, clamores populares, reflexões acadêmicas, modificações legislativas, avanços e retrocessos. Na Alemanha, por exemplo, recentes aprimoramentos foram feitos no plano jurídico político, com a criação de tipos penais de corrupção no esporte (2017), corrupção no setor da saúde, “visando criminalizar trocar de favores entre médicos e empresas farmacêuticas” (2016), tendo-se ampliado o tipo de corrupção de funcionários públicos estrangeiros (2015) e aumentando-se, também, o tipo de corrupção privada (2015)⁵. Por seu papel central no contexto europeu, as recentes evoluções germânicas certamente exercem influência sobre Portugal e suas próprias iniciativas.

⁴ ROSSETTO, Patrícia Carraro. O Combate à corrupção pública e a criminalização do enriquecimento ilícito na ordem normativa brasileira. *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da empresa*, v. 4, p. 915-979, jul/2011.

⁵ GRECO, Luís. Aproximação a uma teoria da corrupção. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 134, p. 159-188, ago/2017.

No Brasil, especialmente, o combate à corrupção tem mantido espaço cativo na ordem do dia, mormente em razão de rumorosos casos como a Operação Lava Jato, que, após inúmeras fases, segue desvendando uma série de irregularidades, com elevada frequência na fase de execução das contratações públicas. Renato de Mello Jorge Silveira narra a magnitude da Operação:

No Brasil, o tema da corrupção nunca foi tão debatido, em especial após o que se convencionou chamar de Operação Lava Jato. I Nesse sentido, foi ela, verdadeiramente, um divisor de águas. Muito sucintamente, descobriu-se, a partir de situações pontuais de corrupção na maior empresa petrolífera brasileira, uma complexa trama, envolvendo boa parte das grandes empreiteiras nacionais. A partir daí, empresários foram presos, consolidou-se o instituto da colaboração premiada e, destacadamente, passou-se a falar em sistemas de compliance em um sistema de balanços empresariais.⁶

O presente estudo tem por objeto, nesse contexto, situar e comparar as principais estratégias de combate à corrupção adotadas no Brasil e em Portugal, e quais as perspectivas de avanço nessa seara. A comunhão cultural, linguística, institucional decorrente do laço histórico entre as nações brasileira e lusitana tornam profícuo o diálogo acerca de problemáticas, como a corrupção, que geram preocupação mundial, mas que as afetam de maneira particular.

A Análise Econômica do Direito traz relevantes contribuições acerca dos incentivos que a ordem jurídica dá aos indivíduos e organizações. Com efeito, o *homo economicus*, apesar da sua já conhecida racionalidade limitada, responde a estímulos e faz cálculos de custo-benefício. Por vezes, realizar um desenho institucional que conduza e condicione os envolvidos à conformidade às leis pode ser mais útil que obrigar, proibir, sancionar, embora de forma alguma se possa prescindir, também, dessas últimas estratégias de inibição e repressão, as quais também merecem ser aperfeiçoadas. A conformidade – *compliance* – das próprias empresas tem sido prestigiada e confere até mesmo atenuação de pena em caso de irregularidades eventuais. António João Maria destaca que “só há corrupção

⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira. Compliance e Direito Penal na era pós-Lava Jato. *Revista dos Tribunais*, v. 979, p. 31-52, maio/2017.

se o agente assim o entender, afinal de contas é ele que tem a capacidade e o poder para decidir sobre as suas ações”.⁷

O âmbito da contratação pública permite a construção modelos que despertem determinados comportamentos nos concorrentes, incentivando a competição, a seriedade e factibilidade das propostas, e outras condutas desejada pela Administração Pública e tendentes à maximização dos objetivos da contratação.

Rodrigo Esteves de Oliveira salienta o papel relevante dos princípios jurídicos na conformação do sistema de contratação pública, o que identifica a partir de precedentes judiciais acerca da matéria que são decididos com fundamento direto e autônomo em princípios⁸. O elenco do autor conta com os princípios da concorrência, da comparabilidade das propostas, da estabilidade das regras do procedimento, da estabilidade dos concorrente se dos candidatos, da igualdade, da imparcialidade, da transparência, da publicidade, da proporcionalidade e da tipicidade dos procedimentos.⁹

A ética tem papel central na vida em sociedade: António João Maia afirma que “A dimensão da Ética é central na vida coletiva do homem. Tudo o que necessitamos é de Ética – *All we need is Ethics*”.¹⁰ A construção de uma cultura ética também nas relações envolvendo o Poder Público certamente

As reflexões ora apresentadas advêm das experiências decorrentes do II Curso de Combate à Corrupção na Contratação Pública, realizado pelos membros da Advocacia-Geral da União do Brasil junto à Universidade Nova de Lisboa, de 18 a 26 de outubro de 2018, incluindo visitas às instituições portuguesas do Tribunal Constitucional, da Autoridade da Concorrência e do Tribunal de Contas.

⁷ MAIA, António João. *Contextos e determinantes da corrupção – a Educação como factor preventivo*. Publicado no Jornal i Online em 14/02/2018.

⁸ OLIVEIRA, Rodrigo Esteves. Os Princípios Gerais da Contratação Pública. In: GONÇALVES, Pedro (Org.). *Estudos de Contratação Pública – I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

⁹ OLIVEIRA, Rodrigo Esteves. Os Princípios Gerais da Contratação Pública. In: GONÇALVES, Pedro (Org.). *Estudos de Contratação Pública – I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

¹⁰ MAIA, António João. *All we need is Ethics*. Observatório de Economia e Gestão de Fraude.

Serão apresentados, a seguir, o panorama dos instrumentos e modelos de combate à corrupção na contratação pública no Brasil e em Portugal, traçando paralelos, apontando avanços e vislumbrando perspectivas.

1. Sistema brasileiro de prevenção e repressão à corrupção

A corrupção não é estranha ao processo histórico e formativo brasileiro, e em grande medida é apontada, nos dias atuais, como parcela de herança do Estado patrimonialista que caracterizou a gênese do Brasil. Patrick Cacicedo narra, sobre essa historicidade, que

A corrupção perpassou todos os momentos da história brasileira, desde os períodos de exceção até o processo de redemocratização em que o problema passou a ter grande destaque e visibilidade. Se a falta de democracia é tida como fator fundamental ao desenvolvimento da corrupção, é também certo que a simples previsão formal de um Estado Democrático de Direito ou uma democracia frágil também não se mostram adequados ao enfretamento do fenômeno.¹¹

Em reação a esse fenômeno, a ordem jurídica positiva brasileira tornou-se, em alguma medida, pródiga em microssistemas de responsabilização de agentes públicos e privados, pessoas físicas e jurídicas, às quais é imputada alguma conduta atentatória à Administração Pública.

Em termos preventivos, a advocacia pública tem papel privilegiado em coibir toda sorte de irregularidades na contratação pública brasileira. Os editais de licitações e outros atos, por exemplo, passam pelo crivo prévio do consultor jurídico da Administração¹², o qual, se não tem atribuição

¹¹ CACICEDO, Patrick. Democracia e processo de criminalização da corrupção no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 128, p. 409-430, fev2017.

¹² Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente: (...)

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

para examinar questões eminentemente técnicas da contratação, tem a possibilidade de verificar se as conformação jurídica dada ao certame está alinhada às prescrições normativas, conduzindo à uma disputa saudável e vantajosa para o Estado, e não deixando “brechas” para direcionamentos e outras disfunções no certame.

Já no aspecto repressivo, em relação aos agentes públicos caracterizados como servidores efetivos ou comissionados, têm-se, como forma mais tradicional de responsabilização por toda sorte de condutas indevidas, inclusive corrupção e improbidade, a imputação de falta funcional, na forma da Lei nº 8.112/90, na esfera federal, e na forma do estatuto próprio de cada ente, no caso dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios, o que pode resultar na aplicação de sanções como advertência, suspensão, e, em casos mais graves, demissão, cassação de aposentadoria ou indisponibilidade e destituição de cargo em comissão ou função comissionada. Tais penalidades são aplicadas como resultado, como regra, de sindicância ou processo administrativo disciplinar, no qual se asseguram o contraditório e a ampla defesa.

Já no tocante aos particulares licitantes e contratantes com a Administração Pública, a via tradicional de responsabilização é, semelhantemente, a imposição de penalidades administrativas na forma da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, a Lei nº 8.666/93, por fraude fiscal, frustração dos objetivos da licitação, falta de idoneidade para contratar em virtude de atos ilícitos praticados e inexecução total ou parcial do contrato com a Administração. As sanções são de advertência, multa, suspensão temporária de participar de licitações e contratar com o órgão por até dois anos, e declaração de inidoneidade para licitar e contratar com toda a Administração Pública. Igualmente, assegura-se, em tese, a ampla defesa, no âmbito de um processo administrativo de índole sancionadora.

Tem-se, a par disso, o microsistema de responsabilização por ato de improbidade administrativa, assim entendido o ato que importa enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário, concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário ou atentado aos princípios da Administração Pública. A apuração de tais fatos ocorreu em processo judicial, regido pela Lei nº 8.429/92, por iniciativa do Ministério Público ou do ente lesado, sendo a ação proposta em face dos agentes públicos responsáveis pelo ato e dos terceiros – quer pessoas físicas, quer pessoas jurídicas – que induzam ou concorram para a prática do ato, ou dele se

beneficiem de forma direta ou indireta. As penalidades aplicáveis são variadas e significativas, podendo incluir, isolada ou cumulativamente, a perda de bens ou valores, o ressarcimento integral do dano, a perda da função pública, a suspensão temporária dos direitos públicos, o pagamento de multa civil e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios fiscais ou creditícios.

As ações de improbidade administrativa têm sido manejadas com frequência, mormente pelo Ministério Público, e com algum êxito, mormente em relação à tutela cautelar se admite no início do processo judicial, que viabiliza a indisponibilidade de bens do acusado para assegurar a reparação do dano e o pagamento da multa, bem como, por vezes, o suspensão do direito de licitar. Ainda assim, o longo tempo de tramitação desses processos judiciais e a vedação à transação ou acordo prevista no art. 17, § 1º da Lei de Improbidade, comprometem a efetividade da tutela judicial.

Relativamente recente, a Lei nº 12.846/13, denominada Lei Anticorrupção, surgiu na ordem jurídica brasileira com o intuito de robustecer o combate aos atos de corrupção praticados pelas pessoas jurídicas privadas. Prevê, paralelamente, a possibilidade de responsabilização no âmbito de um processo administrativo, de que podem resultar multa de 0,1% a 20% do faturamento da pessoa jurídica e publicação extraordinária da decisão condenatória, e a imposição de penas em um processo judicial, as quais podem ser de perdimento de bens, direitos e valores, suspensão ou interdição parcial de atividades, dissolução compulsória de pessoa jurídica, proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público.

A pena mais grave que pode advir da aplicação da lei acima referida, de dissolução compulsória da pessoa jurídica, terá lugar quando comprovado ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos; ou ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

Em âmbito federal, a apuração administrativa está a cargo, precipuamente, da Controladoria-Geral da União. Também é este o órgão competente para celebrar o famoso acordo de leniência, relativamente ao Poder Executivo federal e aos atos lesivos praticados contra administração pública estrangeira. O acordo de leniência é instrumento equivalente, para

pessoas jurídicas, e da Lei Anticorrupção, ao que representa a colaboração premiada, na persecução penal a pessoas naturais, meio de investigação que tem sido utilizado com grande ênfase nas grandes operações recentes engendradas contra a corrupção. Para a Controladoria-Geral da União,

Além de atender a compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, a lei fecha uma lacuna no ordenamento jurídico do país ao tratar diretamente da conduta dos corruptores. A Lei Anticorrupção prevê punições como multa administrativa – de até 20% do faturamento bruto da empresa – e o instrumento do acordo de leniência, que permite o ressarcimento de danos de forma mais célere, além da alavancagem investigativa.¹³

O acordo de leniência tem por requisitos a colaboração efetiva para as investigações e o processo administrativo, resultando na identificação dos demais envolvidos na infração e a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração. A pessoa jurídica deve ser a primeira a manifestar o seu interesse em cooperar, deve cessar completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data da propositura do acordo, deve admitir sua participação no ilícito e cooperar plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

Como se observa, são rigorosas as condições impostas à participação no programa de leniência brasileiro. No entanto, a vantagem oferecida é igualmente significativa, redundando, por exemplo, na redução da multa aplicável em até dois terços. As mitigações a sanções em troca de colaboração é algo relativamente recente no Direito Administrativo brasileiro, quebrando o dogma da “indisponibilidade do interesse público” – do qual decorre, por exemplo, que até hoje a Lei de Improbidade Administrativa vede qualquer tipo de acordo com o agente envolvido.

Uma iniciativa bastante interessante da CGU, por exemplo, é objetivar e explicitar os critérios de cálculo e a aplicação da multa em Processo Administrativo de Responsabilização (PAR) decorrente da Lei Anticorrupção Empresarial. Foi elaborado um Manual Prático de Cálculo de

¹³ <https://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao>

Multa no Processo Administrativo de Responsabilização¹⁴, preconizando-se a aferição, por exemplo, da continuidade dos atos lesivos no tempo, a tolerância ou ciência do corpo diretivo da pessoa jurídica, a interrupção no fornecimento do serviço ou na execução da obra, a situação econômica da pessoa jurídica, a reincidência e o valor contrato (como critérios de incremento da multa), bem como a não consumação da infração, a comprovação de ressarcimento dos danos causados, a colaboração da pessoa jurídica com a investigação, a comunicação espontânea do ilícito e a existência de programa de integridade (como fatores de atenuação da coima).

A adoção de Programas de Integridade – *Compliance* – pelos *players* do mercado, com se observa, é medida encorajada pela lei, pois, tomada essa cautela, mesmo na hipótese de ocorrência de atos ilícitos a pessoa jurídica estará mais resguardada de sanções mais severas por parte das autoridades. Tais programas não de ser efetivos e implementados na prática, sob pena de não se prestarem a atrair a incidência do benefício legal. Para viabilizar a análise detalhada dos programas, à luz do Decreto nº 8.420/2015, que estabeleceu os parâmetros básicos de avaliação, a CGU também editou um ato específico, o Manual Prático de Avaliação e Programa de Integridade em Processo Administrativo de Responsabilização¹⁵. Consta do Manual:

É importante destacar que a avaliação de Programa de Integridade é uma atividade complexa, que demanda tempo e envolve diversas áreas do conhecimento. Além disso, ela depende da verificação da adequação do Programa de Integridade à realidade de cada pessoa jurídica. Assim, um programa que pode funcionar para prevenir a ocorrência de atos de corrupção na pessoa jurídica “x”, pode não servir para pessoa jurídica “y”, pois ambas têm necessidades diferentes, a depender das especificidades que possuem.

Cumpra salientar que vige, ademais, no Brasil, o princípio da independência das instâncias, de tal modo que, em decorrência de um mesmo fato, o agente envolvido pode ser chamado a responder sob a óptica de diversos sistemas paralelos de responsabilização, os quais, entretanto, comunicam-se

¹⁴ Manual Prático de Cálculo de Multa no Processo Administrativo de Responsabilização <https://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorruptcao>

¹⁵ <https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manual-pratico-integridade-par.pdf>

principalmente para o compartilhamento da prova, o que é aceito no direito brasileiro, bem como, apenas em situações excepcionais, para que uma decisão de uma esfera interfira na decisão da outra¹⁶.

A despeito dessa independência de instâncias, a cooperação entre as instituições envolvidas mostra-se imprescindível ao adequado tratamento desse tipo de caso. Polícia judiciária, Ministério Público, Autoridades fiscais, Tribunais de Contas, Advocacia Pública, Poder Judiciário e outras instituições são demandados, cada qual no limite suas atribuições, para a resposta adequada a ilícitos eventualmente praticados. Trata-se, não há dúvida, de um enorme desafio a conjugação de esforços entre tantos órgãos de características tão distintas, e por vezes dotadas de independência. Tampouco há dúvida, porém, de que o resultado será infinitamente superior se os atores envolvidos atuarem de forma concertada. Disputas interinstitucionais por espaço e poder, fatalmente, somente beneficiam os malfeitores.

Tem-se a proposta de criminalizar autonomamente o enriquecimento ilícito do agente público, dispensando a comprovação, assim, de que o acréscimo patrimonial seja oriundo de corrupção, bastando a presença, na dicção de Patrícia Carraro Rossetto, de “incremento patrimonial do agente público; a coincidência desse incremento com o exercício da atividade pública; (e) a incompatibilidade com os rendimentos legalmente auferidos pelo mesmo.”¹⁷

Trata-se de medida prevista em convenções internacionais voltadas ao combate, é uma das disposições que o “Projeto Anticrime”, um projeto de lei construído pelo Ministro da Justiça Sérgio Moro e encaminhado pelo Poder Executivo Federal brasileiro ao Congresso Nacional, em discussão na Câmara dos Deputados, tendo com uma das principais vertentes, precisamente, o enfrentamento à corrupção.¹⁸

¹⁶ Por exemplo, a responsabilização administrativa do servidor público federal será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do dato ou sua autoria (art. 126 da Lei nº 8.112/90).

¹⁷ ROSSETTO, Patrícia Carraro. O Combate à corrupção pública e a criminalização do enriquecimento ilícito na ordem normativa brasileira. *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da empresa*, v. 4, p. 915-979, jul/2011.

¹⁸ <https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SEGURANCA/572586-PACOTE-ANTICRIME-PROPOE-ALTERACOES-EM-14-LEIS.html>

Desse modo, observa-se que a riqueza de disposições normativas dá um suporte significativo para a atuação dos órgãos de controle; gera, ademais, ruídos decorrentes da sobreposição de diversos microssistemas legais; e tende, por fim, a passar por reacomodações muito significativas nos próximos anos, seja nos aspectos penais, que passariam por reforma significativa em decorrência do “Pacote Anticrime” do Ministro Sérgio Moro, seja nos aspectos da Lei de Improbidade Administrativa, alvo de diversos projetos de lei de alteração em tramitação no Congresso Nacional, seja no aspecto da Lei Anticorrupção, cujos efeitos ainda estão sendo absorvidos pela comunidade jurídica nacional.

2. Sistema português de prevenção e repressão à corrupção

Portugal, Estado europeu, tradicional, consolidado, não desconhece, na atualidade, o fenômeno da corrupção, em que pese a sensação reinante não seja de um nível de irregularidades dessa natureza tão elevado como na percepção em relação ao Brasil. Como já mencionado, a corrupção é uma ameaça e um desafio global, que não conhece fronteiras, tanto que convenções e tratados internacionais e mesmo leis internas, com frequência, têm inserido disposições específicas para o tratamento da corrupção transnacional.

Alcídio Carvalho destaca que a internalização da dimensão ética pelas instituições é essencial para a atenuação dos ilícitos, e diagnostica que isso não ocorreu completamente nas instituições públicas portuguesas, embora se verifiquem avanços:

“Em Portugal não é por falta de legislação orientadora de comportamentos éticos que existe um vazio ético administrativo e funcional, mas sim por não existir uma cultura pública com dimensão ética, nem a operacionalização de uma infra-estrutura ética nacional adequada. A ética na administração pública só será interiorizada e praticada se inserida numa política global e integrada e numa infra-estrutura ética que garanta a responsabilização dos políticos e dos servidores públicos, através de auditorias, avaliações de desempenho, consultas e mecanismos de fiscalização.”¹⁹

¹⁹ CARVALHO, Alcídio. A importância de criar uma rede nacional de ética pública. In: *8º Congresso Nacional de Administração Pública*, Lisboa, 2011, pgs. 151 a 167.

O país, no entanto, está atento a esse problema e, buscando avançar, criou, em 2008, um Conselho de Prevenção da Corrupção, funcionando junto ao Tribunal de Contas, composto por representantes de diferentes instituições²⁰ e tendo por atribuições:

“a. Recolher e organizar informações relativas à prevenção de corrupção activa ou passiva; de criminalidade económica e financeira, de branqueamento de capitais, de tráfico de influência, de apropriação ilegítima de bens públicos, de administração danosa, de peculato, de participação económica em negócios, de abuso de poder ou violação de dever de segredo, bem como de aquisição de imóveis ou valores mobiliários em consequência da obtenção ou utilização ilícitas de informação privilegiada no exercício de funções na Administração Pública ou no sector público empresarial;

b. Acompanhar a aplicação dos instrumentos jurídicos e das medidas administrativas adoptadas pela Administração Pública e sector público empresarial para a prevenção da corrupção e avaliar a respectiva eficácia;

c. Dar parecer, a solicitação da Assembleia da República, do Governo ou dos órgãos do governo próprio das regiões autónomas, sobre a elaboração ou aprovação de instrumentos normativos, internos ou internacionais de prevenção ou repressão dos factos referidos na alínea a).”²¹

Dado importante é que Portugal integra a União Europeia, bloco que alcançou o maior nível de integração regional de que se tem notícia e que emana diversos atos normativos aplicáveis aos membros. De se salientar a relevância das Diretivas que compõem o direito comunitário. Especificamente sobre contratação pública, tem-se a Diretiva nº 2014/24, de obrigatoria absorção pelas ordens jurídicas internas. Dos “considerandos” da Diretiva, colhe-se a atenção, entre outros fatores, à corrupção:

“(126) A rastreabilidade e a transparência do processo de tomada de decisões no âmbito da contratação pública são essenciais para garantir procedimentos isentos, incluindo uma luta eficaz contra a corrupção e a fraude. Por conseguinte, as autoridades adjudicantes deverão conservar cópias dos

²⁰ MAIA, António João. Corrupção – a fraude na governação e na gestão pública. In: MAIA; SOUZA; PIMENTA (Org.). *Fraude em Portugal – factos e contextos*. Coimbra: Almedina, 2017.

²¹ <http://www.cpc.tcontas.pt/instituicao/competencias.html>

contratos de valor elevado, a fim de poderem facultar o acesso a estes documentos às partes interessadas, em conformidade com as regras aplicáveis em matéria de acesso aos documentos. Além disso, os elementos essenciais e as decisões importantes tomadas relativamente a procedimentos de contratação individuais deverão ser documentados em relatórios. Para evitar, sempre que possível, encargos administrativos, deverá ser permitido que o relatório remeta para as informações já incluídas no anúncio de adjudicação de contrato pertinente. Os sistemas eletrónicos de publicação destes anúncios, geridos pela Comissão, deverão igualmente ser melhorados a fim de facilitar a introdução de dados, simplificando ao mesmo tempo a extração de relatórios globais e o intercâmbio de dados entre sistemas.”²²

Outra distinção importante entre as realidades jurídicas brasileira e portuguesa consiste em que esta adota a dualidade de jurisdição, de modo que os litígios envolvendo a Administração, em geral, são submetidos à Justiça administrativa. Controvérsias envolvendo as contratações públicas, destarte, são submetidas ao contencioso administrativo, semelhantemente ao que ocorre na França, e diferentemente do verificado no brasileiro, em que todas as pretensões podem ser dirigidas ao Poder Judiciário.

Desde o ponto de vista preventivo, exsurge a relevância do trabalho do Tribunal de Contas, a que incumbe dar “visto prévio” a contratos administrativos de maior monta – tal não se verifica do outro lado do Atlântico, no Brasil. O patamar a partir do qual há exigência do visto é de 350 mil euros. Os contratos de 350 a 950 mil euros dependem do visto, mas podem produzir regularmente seus efeitos, exceto financeiros, enquanto se o aguarda. Já os de montante superior a 950 mil euros têm todos os seus efeitos sobrestados na pendência do pronunciamento do Tribunal de Contas. O visto pode ser concedido tacitamente, acaso não examinado o seu cabimento no prazo legal.

Com efeito, os limites legais para contratação sem visto prévio são nitidamente baixos, o que traz a vantagem de conferir à corte uma visão privilegiada e bastante completa do cenário das contratações, viabilizando a observação *ab initio* de eventuais anomalias de toda ordem, tais como desperdícios, deficiência de gestão e mesmo indícios de conluio e de

²² <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32014L0024>

corrupção. Por outro lado, o requisito não deixa de burocratizar o processo de contratação e onerar o Estado com uma significativa estrutura para fazer frente à necessidade de análise prévia dos contratos. De todo modo, é um aspecto que se destaca em razão de não ser observado no país coirmão.

Um dos aspectos enfatizados pela doutrina e pelas autoridades no sentido de prevenir situações de corrupção é a atenção a conflitos de interesses. Preconiza-se que estes sejam alvo de adequado mapeamento e gestão. Em pesquisa realizada em 2017, constatou-se que “as entidades do Setor Público reconhecem estar expostas a riscos de conflitos de interesses, e que uma adequada gestão destes riscos contribui para reforçar a cultura de integridade e transparência”, e que “mais de metade das entidades abrangidas dispõem de instrumentos de gestão de ética e conduta”, embora subsistam entidades “que ainda não dispõem de planos de prevenção de riscos de infração e infrações conexas”.²³ Vê-se que, embora haja ciência do problema, boa parte das instituições portuguesas entendam que devam evoluir no trato da questão.

Já sob o viés eminentemente repressivo, o tratamento dos casos de conluio entre concorrentes costumam ser objeto de exame pela Autoridade da Concorrência. Com efeito, esta instituição portuguesa exerce papel ativamente relevante no controle dos conluios entre licitantes nos certamos públicos, o que não se verifica de igual forma no caso da autoridade congênera brasileira, pois o Conselho Administrativo de Defesa Econômica normalmente trata de questões envolvendo agentes privados e o mercado, e raramente se imiscui em casos envolvendo o Poder Público, deixados ao exame de outras autoridades, como o Tribunal de Contas, Controladoria-Geral e Ministério Público, até mesmo em razão das fortes implicações penais cominadas às condutas atentatórias ao regime de licitações e contratações públicas, presentes os tipos penais dos arts. 89 a 98 da Lei federal brasileira nº 8.666/93. Curiosamente, nem sempre as ordens jurídicas nacionais elegem como infração penal o conluio em contratações públicas; mesmo os países da OCDE, embora todos reputeem tal prática ilegal e punível ao abrigo das leis da concorrência, apenas alguns criminalizam o comportamento lesivo²⁴.

²³ CONSELHO DE PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO. Conflitos de interesses. Lisboa, 2018.

²⁴ Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas da OCDE. Fevereiro de 2009.

De todo modo, o destaque da Autoridade da Concorrência portuguesa deve-se uma das principais vias de descoberta de cartel e conluio, que é a “delação” do *insider*, o participante da concertação que decide colaborar com as autoridades com o objetivo de usufruir de mitigações na sua própria responsabilidade. Programas de leniência não são novidade, e conhecida é a sua eficácia na elucidação de crimes praticados por organizações ocultas, como noticiam Flaviane de Moraes e Daniela Bonaccorsi:

Dentro do contexto pré-definido por Silva Sánchez (2001) quando do estudo da expansão do Direito Penal, a defesa da concorrência e o combate aos cartéis tornaram-se prioridades para a comunidade internacional, sendo os programas de leniência difundidos como poderosas ferramentas de identificação prematura de violações, de modo a possibilitar a redução do potencial prejuízo dos investidores, preservação da integridade dos mercados e possibilidade de punição dos agentes pela Justiça de modo mais rápido e efetivo.²⁵

A construção e fortalecimento dos programas de leniência, caracterizados pelo acolhimento de colaborações de participantes em organizações criminosas ou praticantes de alguma espécie de ilícito como meio de obtenção de provas, assegurando-se benefícios ao colaborador, tem como marco significativo as evoluções legislativas que se seguiram ao caso Watergate, nos Estados Unidos da América:

Durante a década de 1970, a partir de inúmeras investigações promovidas por parte da U.S. Securities and Exchange Commission (SEC) passou-se a exigir a informação de pagamentos questionáveis realizados por diversas empresas americanas a funcionários públicos, políticos ou partidos políticos de nações estrangeiras. A lei anticorrupção americana, a Foreign Corrupt Practice Act (FCPA) surgiu em decorrência do escândalo político de Watergate na década de 70 que foi, sem dúvida, o maior caso de corrupção política e um marco nas sociedades democráticas. (...)

²⁵ MORAIS, Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de; BONACCORSI, Daniela Villani. A colaboração por meio do acordo de leniência e seus impactos junto ao processo penal brasileiro – um estudo a partir da “Operação Lava Jato”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 122, p. 93-113, set-out/2016.

Desse contexto foi que Jimmy Carter em 1977 sancionou o Foreign Corrupt Practice Act (FCPA) com o objetivo de evitar o pagamento, a oferta ou promessa de pagamento de qualquer valor a funcionários públicos, candidatos a cargos políticos ou partidos políticos estrangeiros.

Após o advento da FCPA, aparece o Leniency ou Amnesty Program difundidos como poderosas ferramentas para atuação anticorrupção. Já em 1978, a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos instituiu o Leniency ou Amnesty Program. O seu objetivo era, então, a concessão de anistia ao primeiro membro que se propusesse a fornecer informações e a delatar a existência de cartéis às autoridades antitruste, dentro da lógica do instituto conhecido como whistleblowing.²⁶

Acerca do tema, impõe-se aos envolvidos um conflito de posições semelhante ao famoso “Dilema do Prisioneiro” apresentado pela Teoria dos Jogos. Com efeito, acaso nenhum dos envolvidos no cartel colaborem com as autoridades, e se a execução do plano for suficientemente cautelosa, dificilmente as autoridades lograrão tomar conhecimento da concertação de comportamentos levada a cabo pelos agentes econômicos.

Contudo, tendo em vista o incentivo inserido nesse sistema pelo mecanismo do programa de leniência, instaura-se entre os agentes o receio de que um participante delate a organização ao Poder Público, com o que terá grande redução na sua punição – benefício que somente se aplicará ao primeiro ou aos primeiros que se apresentarem para cooperar. Desse modo, ao menor sinal de desconfiança entre os parceiros, há um estímulo legal forte a que qualquer deles denuncie a prática ilegal, resultando na apuração e possível punição de todos os envolvidos. O dilema é bem exposto por José Augusto Moreira de Carvalho:

O dilema dos prisioneiros é o jogo mais conhecido e difundido na teoria dos jogos. Trata-se de um jogo simultâneo e não cooperativo. Eis a situação que descreve o dilema:

²⁶ MORAIS, Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de; BONACCORSI, Daniela Villani. A colaboração por meio do acordo de leniência e seus impactos junto ao processo penal brasileiro – um estudo a partir da “Operação Lava Jato”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 122, p. 93-113, set-out/2016.

‘Dois delinquentes cometem um crime e são presos posteriormente. A polícia, porém, não tem provas contundentes sobre o grau de participação de ambos no crime. Diante dessa situação, a polícia coloca os indiciados em salas separadas e, a cada um, isoladamente, faz uma proposta: se o primeiro indiciado concordar em confessar o crime e acusar seu parceiro, livrar-se-á da cadeia e seu cúmplice ficará preso por quatro anos (a recíproca também é verdadeira para o outro indiciado); se ambos confessarem o crime, cada um ficará preso por dois anos, uma vez que a confissão perderá a eficácia como acusação do comparsa; se não houver confissão de nenhum indiciado, os dois ficarão presos por um ano, uma vez que as provas que os policiais possuem somente permitem provar um crime de menor potencial ofensivo.’

O jogo acima pode ser demonstrado da seguinte forma:

Num primeiro momento, até se poderia afirmar que a melhor opção para cada jogador seria não confessar. Porém, como o jogo é simultâneo e, além disso, não cooperativo, sem a possibilidade de os acusados entrarem em acordo para decidir suas escolhas, o estudo da questão deve ser cuidadoso.

Na análise da matriz acima, percebe-se que, se o indiciado “1” confessa, a melhor resposta do indiciado “2” é também confessar, caso contrário, terá uma pena de quatro anos. A recíproca também é verdadeira.

Embora o melhor resultado pareça ser “não confessar” para ambos, o fato é que um dos jogadores (indiciados) poderia confessar e, assim, se livrar da cadeia, ao passo que o outro suportaria uma pena de quatro anos. Vale dizer, é perigoso para um dos indiciados escolher “não confessar” porque, tratando-se de um jogo simultâneo, não tem condições de saber o que o outro decidirá.

Dessa forma, a solução para o dilema dos prisioneiros é “confessar” para os dois jogadores, uma vez que cada um deles vai escolher para si a melhor estratégia possível, levando em consideração, também, a melhor estratégia que deverá ser adotada pelo outro. Essa combinação de estratégias, na qual está presente uma posição de equilíbrio para ambos os jogadores, é chamada de ‘Equilíbrio de Nash’.²⁷

Em Portugal, o célebre Caso das Tiras Reagentes ilustra as disfunções verificadas nas contratações públicas e as medidas adotadas pelas autoridades no enfrentamento da situação. Trata-se de um dos casos em que

²⁷ CARVALHO, José Augusto Moreira de. Introdução à teoria dos jogos no Direito. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 59, p. 213-234, abr-jun/2007.

houve a atuação da Autoridade concorrencial, inclusive com a colaboração incentivada de duas das empresas envolvidas. Identificou-se, por iniciativa do Hospital de Coimbra, que cinco empresas fabricantes de tiras reagentes para testes de glicose apresentaram exatamente o mesmo valor em suas propostas de venda, o que despertou a suspeita de conluio:

Em Janeiro de 2005, a Autoridade da Concorrência divulgou a decisão de condenação de cinco empresas da indústria farmacêutica (...), pela prática concertada de preços, também conhecida como “cartel (1)”, num concurso público promovido, em Janeiro de 2003, pelo Centro Hospitalar de Coimbra (CHC), para a aquisição de “tiras-reagente” (2), tendo sido aplicada uma coima total de € 3 292 066.10 às cinco empresas arguidas (3).

Neste processo a Autoridade considerou provado que as cinco empresas não só concertaram uma subida de preços, como apresentaram propostas idênticas (€20 por cada embalagem de 50 “tiras-reagente”). O concurso público não foi adjudicado, por iniciativa do CHC.²⁸

Em seguida, um dos agentes envolvidos procurou a Autoridade para expor que o caso não fora isolado e que funcionava uma espécie de cartel em torno daquele tipo de produto em muitos outros “concursos públicos”. Com a colaboração, foi possível apurar os fatos e comprovar o conluio, condenando todas as envolvidas, sendo as colaboradas com atenuação de penalidades. Acerca dos graves danos provocados por carteis, assinala a Autoridade da Concorrência:

As práticas concertadas entre empresas permitem às empresas envolvidas cristalizar situações adquiridas e privar os clientes da possibilidade real de beneficiar de condições mais favoráveis que lhes seriam oferecidas em condições de concorrência normal.

Os cartéis são a forma mais perniciosa de práticas anti-concorrenciais, e são proibidos, quer pela Lei da Concorrência (Lei 18/2003) quer pelo artigo 81º do Tratado das Comunidades Europeias.

A principal razão da proibição legal do comportamento em cartel é que ele aproxima o mercado do monopólio, e reduz a concorrência, com

²⁸ http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado_AdC_200510.aspx

desvantagens muito gravosas para os consumidores, em benefício claro das empresas conluiadas.

No caso concreto, a Autoridade estima que as práticas das arguidas poderão ter causado danos económicos até 3,2 milhões de euros, em 2002 e 2003, no segmento hospitalar, e até 10,4 milhões de euros, anuais, desde a entrada em vigor da Portaria (7) que fixa o preço das “tiras-reagente”, vendidas ao público.²⁹

O caso tornou-se conhecido e serviu de alerta para aspectos das contratações públicas de mereciam ser aprimorados, bem como deixou assentada a importância de que os órgãos promotores de licitações/”concursos públicos” estejam atentos a todo tipo de sinal de que práticas indevidas estejam se verificando nesses certames. A Autoridade da Concorrência, inclusive, produziu uma série de materiais explicativos sintetizando os sinais de alerta em relação aos quais os agentes públicos e quaisquer atores deveriam considerar para evitar comportamentos lesivos à Administração Pública. Como bem defende a Autoridade da Concorrência de Portugal,

“a concorrência é um motor de eficiência económica e de inovação, potencia a produtividade e a competitividade das empresas, promove o bem-estar dos consumidores e contribui para o crescimento económico. É a concorrência nos mercados que, ao elevar a exigência sobre as empresas, proporciona incentivos à redução de custos e à inovação, com vista à conquista de clientes e de mercados. A rivalidade entre empresas proporciona preços mais baixos, melhor qualidade, maior inovação e variedade de escolha de bens e serviços, em benefício dos consumidores”.³⁰

Para a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE), da qual Portugal é parte integrante, algumas características de setores, produtos e serviços podem ajudar a montar o conluio, tais como o pequeno número de empresas, o nível reduzido de entradas no mercado, as condições do mercado, as associações comerciais e de classe, a existência de licitações frequentes para certo objeto, produtos ou serviços idênticos

²⁹ http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado_AdC_200510.aspx

³⁰ Apresentação da Autoridade da Concorrência, Visita realizada em 23 de outubro de 2018 no Curso de Combate à Corrupção Pública da Universidade Nova de Lisboa.

ou simples, o nível reduzido ou nulo de alternativas ao produto ou serviço e o nível reduzido de inovação tecnológica. Tais circunstância criam um ambiente facilitado para a concertação de propostas entre os concorrentes, demandando uma especial vigilância por parte dos responsáveis pelas aquisições públicas³¹.

Para a mesma organização, algumas das medidas que podem ser adotadas para mitigar o risco de conluio entre concorrentes são a obtenção de informações precisas e ricas acerca do objeto buscado e do seu mercado antes de estruturar a contratação pública e o instrumento convocatório respectivo, estruturar a contratação de forma a maximizar a participação potencial de candidatos, definir claramente os requisitos e evitar a previsibilidade, elaborar o processo de forma a reduzir eficazmente a comunicação entre concorrentes, selecionar cuidadosamente os critérios de avaliação e adjudicação das propostas e aumentar a consciência dos servidores públicos quanto aos riscos de conluio. A identificação de irregularidades pode se dar a partir de indícios e padrões observados nas propostas e documentos apresentados, estando-se sempre alerta a comportamentos suspeitos.³²

Desse modo verifica-se que a tutela administrativa da corrupção *lato sensu* é bastante destacada em Portugal, sem prejuízo de apurações criminais e outras implicações de atos fraudulentos.

Considerações finais

Brasil e Portugal, nações com características marcadamente distintas, mas unidas por um laço histórico, enfrentam alguns problemas análogos em relação à corrupção, embora de magnitudes distintas, sendo o fenômeno da corrupção brasileira o mais visível – seja por deter mais, orçamento, população, território, seja porque, efetivamente, maiores e mais rumorosos casos vem sendo descobertos na antiga colônia portuguesa.

Constatou-se que ambos os sistemas jurídicos oferecem diversas e até mesmo criativas soluções tanto no sentido de prevenir quanto no de

³¹ Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas da OCDE. Fevereiro de 2009.

³² Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas da OCDE. Fevereiro de 2009.

reprimir comportamentos efetiva ou potencialmente lesivos à Administração Pública, especialmente no âmbito da contratação de fornecimentos de bens, prestação de serviços, realização de obras, bastante visados pelos agentes econômicos em razão do grande volume de recursos públicos que mobilizam para a sua consecução.

Verificou-se como traço comum a ideia de que múltiplas instâncias de controle devem estar incumbidas e atentas à corrupção, de modo que, cada qual a seu tempo e modo, respeitando as atribuições próprias e alheias e as vocações institucionais, possa identificar os casos de irregularidades e fazer incidir a normatividade aplicável. Assim,

Uma das notas distintivas observadas entre os sistemas jurídicos é o tratamento de casos de conluio pela autoridade da concorrência, consolidada em Portugal, mas pouco frequente no Brasil, embora a ordem jurídica deste admita, em tese, esse controle.

Outro elemento diferenciador relevante é o visto prévio do Tribunal de Contas nos contratos administrativos de maior monta, realizado em Portugal. É, pelo menos, de se indagar acerca da conveniência e da praticabilidade de um controle dessa natureza no Brasil. Se, por um lado, tal juízo preventivo evita que se perpetrem prejuízos ao erário; por outro, gera algum engessamento da atividade administrativa e demanda a criação de uma estrutura ainda mais complexa e custosa nos Tribunais de Contas.

Embora muito se venha debatendo e fazendo, em ambos os países, no sentido do combate à corrupção em todas as suas acepções, muito se tem a melhorar nessa seara, especialmente em relação à prevenção, criando-se um ambiente institucional que mitigue os riscos e reduza sobremaneira a incidência de irregularidades nas relações com o Poder Público. Algumas iniciativas caminham nessa direção, especialmente as propostas de alterações normativas que tramitam nas casas do Legislativo brasileiro.

Impõe-se, de qualquer sorte, a manutenção da temática da corrupção *lato sensu* na ordem do dia, de forma que as instituições públicas, a sociedade civil organizada e os cidadãos estejam atentos ao cenário presente e propositivos em relação às perspectivas, contribuindo com a formação de um marco normativo e, principalmente, de uma cultura que afaste, tanto quanto possível, esse tipo de prática.

Referências

- CACICEDO, Patrick. Democracia e processo de criminalização da corrupção no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 128, p. 409-430, fev/2017.
- CARVALHO, Alcido. A importância de criar uma rede nacional de ética pública. In: *8º Congresso Nacional de Administração Pública*, Lisboa, 2011, pgs. 151 a 167.
- CARVALHO, José Augusto Moreira de. Introdução à teoria dos jogos no Direito. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 59, p. 213-234, abr-jun/2007.
- GRECO, Luís. Aproximação a uma teoria da corrupção. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 134, p. 159-188, ago/2017.
- MAIA, António João. *Contextos e determinantes da corrupção – a Educação como factor preventivo*. Publicado no Jornal i Online em 14/02/2018.
- MAIA, António João. Corrupção – a fraude na governação e na gestão pública. In: MAIA; SOUZA; PIMENTA (Org.). *Fraude em Portugal – factos e contextos*. Coimbra: Almedina, 2017.
- MORAIS, Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de; BONACCORSI, Daniela Villani. A colaboração por meio do acordo de leniência e seus impactos junto ao processo penal brasileiro – um estudo a partir da “Operação Lava Jato”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 122, p. 93-113, set-out/2016.
- OLIVEIRA, Rodrigo Esteves. Os Princípios Gerais da Contratação Pública. In: GONÇALVES, Pedro (Org.). *Estudos de Contratação Pública – I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- ROSSETTO, Patrícia Carraro. O Combate à corrupção pública e a criminalização do enriquecimento ilícito na ordem normativa brasileira. *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da empresa*, v. 4, p. 915-979, jul/2011.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira. Compliance e Direito Penal na era pós-Lava Jato. *Revista dos Tribunais*, v. 979, p. 31-52, maio/2017.

Análise de um aparente paradoxo entre transparência e corrupção: orçamento sigiloso como instrumento de eficiência econômica e combate aos cartéis

Analysis of an apparent paradox between transparency and corruption: secret budget as an instrument of economic efficiency and fight against cartels

RONNY CHARLES L. DE TORRES¹

Resumo: O presente artigo analisará um aparente paradoxo entre redução da transparência e busca de aumento de eficiência e combate à corrupção, através da adoção facultativa do orçamento sigiloso, nas licitações públicas. O objetivo será desenvolver argumentos para demonstrar que a mitigação da publicidade, em relação aos valores estimados da contratação, pode gerar efeitos positivos no resultado das licitações públicas, seja sobre o aspecto da busca da proposta vantajosa, seja sobre o aspecto do combate aos cartéis nas licitações.

Palavras-chave: *Licitação. Orçamento sigiloso. Publicidade. Corrupção.*

Abstract: This article will analyze an apparent paradox between reducing transparency and seeking to increase efficiency and combat corruption through the optional adoption of the secret budget in public procurement. The objective will be to develop arguments to demonstrate that the mitigation of transparency, in relation to the estimated values of the contract, can generate positive effects

¹ Advogado da União. Mestre em Direito Econômico. Pós-graduado em Direito tributário. Pós-graduado em Ciências Jurídicas. Autor de diversos livros jurídicos, entre eles: Leis de licitações públicas comentadas (10ª Edição. Ed. JusPodivm); Direito Administrativo (9ª Edição. Coautoria. Ed. Jus Podivm) etc.

in the result of the public biddings, either on the aspect of the search of the advantageous proposal, or on the aspect of the fight against cartels in public procurement.

Keywords: *Public procurement. Secret budget. Publicity. Corruption.*

Introdução

É enorme o impacto gerado pelas contratações públicas na atividade administrativa. Seja quando adquire remédios, materiais cirúrgicos, livros escolares, veículos de transportes, serviços de vigilância ou aliena bens, a Administração Pública firma contratações com o setor privado para o atendimento dessas “pretensões contratuais”.

Cada vez mais os Estados consomem uma fatia crescente de seus orçamentos com contratações públicas, instrumentalizando sua atuação, na busca da execução e políticas públicas, entre elas proteção ao meio ambiente e medidas de impacto social². A escolha deste fornecedor, via de regra, deve se dar através de processo seletivo, resguardando-se princípios ínsitos à atividade administrativa, como isonomia, publicidade, impessoalidade, entre outros.

Segundo a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), as contratações públicas envolvem uma grande proporção dos gastos públicos, em qualquer país, representando cerca de 13% do PIB nacional, mas comumente sendo vulnerada por atos de fraude ou corrupção³, um desvirtuamento do serviço público, traduzido pela atitude egoísta “que subverte, que desvirtua, que anula, o interesse geral para satisfação do interesse próprio”⁴. As contratações públicas são

² RODRIGUES, Carlos Sérgio. A evolução da contratação pública electrónica no ordenamento jurídico português: um olhar pelo regime das plataformas electrónicas. *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, Brasília*, v. 41, n. 1, p. 202 – 221, jan./jun., 2016.

³ OECD (2011), *Government at a Glance 2011*, OECD Publishing, Paris. Page 147. DOI: http://dx.doi.org/10.1787/gov_glance-2011-en. Acesso em 28 de março de 2019.

⁴ MAIA, Antonio João. Serviço Público e corrupção. Disponível em: <https://www.ssap.gov.pt/documents/20142/36329/Servi%C3%A7o+P%C3%BAblico+e+Corrup%C3%A7%C3%A3o.pdf/c83d7d2e-4515-19b1-4967-79ec058a0296>. Acesso em 28 de março de 2019.

responsáveis por uma percentagem significativa do PIB de cada país, impactando diretamente a economia nacional, com variações de acordo com o tamanho do estado, o nível de intervenção na economia e a existência de grandes projetos de despesa (como ocorre com investimentos em infraestrutura). Em 2008, por exemplo, a Organização destaca que os Países Baixos, a República Checa e a Islândia gastaram mais que 15% do PIB com transações de contratos públicos, enquanto que essas despesas no México, Chile e Suíça representavam menos de 7% do PIB.⁵

No Brasil, o processo seletivo para escolha de um fornecedor para que seja pactuada uma contratação costumou-se chamar de “licitação pública”, denominação historicamente estabelecida e sedimentada na Constituição Federal de 1988, a qual, entre os dispositivos que faz alusão ao tema, indicou, no inciso XXI do artigo 37, que ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública.

Mesmo utilizando denominações diferentes, é natural às administrações públicas dos países ocidentais a definição de um procedimento para esta seleção do fornecedor que será contratado pelo órgão ou entidade pública que possua uma pretensão contratual, ou seja, uma necessidade administrativa a ser suprida através de atividade realizada por terceiro e pactuada através de contrato.

Notadamente diante da natureza da relação contratual e dos riscos de desvios na utilização de recursos públicos, evidencia-se a tentativa de normatização do procedimento licitatório em um nível de detalhamento e controle que, por vezes, contrasta com a dinamicidade do mercado e constante evolução das tecnologias e mutabilidade das necessidades administrativas.

No caso do Brasil, por exemplo, sua Lei Geral de Licitações é de 1993 (Lei nº 8.666-93). Esta, por sua vez, possui um caráter nitidamente analítico e detalhista, em relação ao procedimento, com enfática vocação ao controle de meios e certa restrição a atuações flexíveis por parte dos gestores públicos. Ademais, seu regime jurídico parece destoante de algumas necessidades administrativas ou mesmo da evolução do raciocínio técnico e doutrinário sobre o tema, o que vem exigindo constantes alterações legislativas, criação

⁵ OECD (2011), *Government at a Glance 2011*, OECD Publishing, Paris. Page 148. DOI: http://dx.doi.org/10.1787/gov_glance-2011-en. Acesso em 28 de março de 2019.

de diplomas normativos secundários ou complementares, como a Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão), a Lei nº 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações) e a Lei nº 13.303/2016 (Lei das estatais), além de incontáveis regulamentações infralegais.

Nada obstante a grande quantidade de normas e regulamentos relacionados à licitação, muitos deles com evidente objetivo de ampliar o controle dos processos seletivos ou mesmo das relações contratuais firmadas, é alarmante o grau de corrupção identificado no âmbito das contratações públicas. Nesse prumo, a OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento econômico) destaca que a corrupção prejudica a alocação dos investimentos nos setores mais necessitados, perpetuando a miséria. Segundo publicação da Organização, o custo da corrupção equivaleria a mais de 5% do PIB global, do que resultaria uma estimativa de algo superior a 1 trilhão de dólares, anualmente desviados⁶.

De forma instigante, embora os casos notórios de corrupção tenham se acentuado nos últimos anos, é incontestado que, no Brasil, houve um grande avanço das medidas de transparência, notadamente nas contratações públicas. A consagração das licitações eletrônicas e de diversas ferramentas de acesso pela internet às informações das licitações, dos contratos e convênios, permitiram uma acentuação do controle, seja através dos órgãos públicos imbuídos desta função ou mesmo através da sociedade civil, pelo controle social, o que acaba repercutindo na ampliação dos achados de desvios, passando uma impressão possível, mas não necessariamente verdadeira, de que houve aumento da corrupção.

Como dado positivo, acentua-se a movimentação da sociedade civil e política pela implementação de medidas que confrontem esse “aumento” da corrupção. Por um lado, este quadro tem justificado o recrudescimento na atividade de controle, bem como certa desconfiança sobre inovações normativas que apontem mudanças no regime geral de licitação, notadamente quando elas permitem maior flexibilidade ao gestor (embora o atual sistema de procedimentos rígidos não tenha se apresentado eficiente no combate à corrupção) ou quando de alguma forma afetam o formalismo ou a publicidade do certame, neste último caso, tendo em vista a premissa

⁶ OECD. CleanGovBiz Initiative. Disponível em: <<https://www.oecd.org/cleangovbiz/49693613.pdf>>

de que a publicidade e a transparência representam instrumentos fundamentais para o combate à corrupção.

Um dos pontos inadmitidos no regime jurídico da atual Lei Geral de Licitações brasileira, a Lei nº 8.666/93, o sigilo da estimativa de custos realizada pela Administração, antes da licitação, comumente denominado orçamento sigiloso ou orçamento fechado, vem sendo expressamente admitido por diplomas normativos posteriores, como a Lei nº 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações) e a Lei nº 13.303/2016 (Lei das estatais), sob o fundamento de que sua utilização permite ganhos de eficiência no resultado licitatório e também auxilia o Poder Público no combate à corrupção.

Em breve síntese, o orçamento sigiloso permite à administração não informar os custos estimados por ela e o valor máximo que aceita pagar, quando vai realizar uma licitação, o que, sob certo aspecto, reduz a transparência e relativiza a publicidade exigida nas legislações licitatórias tradicionais. Diante de tal assertiva, quais os efeitos da utilização desta “ferramenta” em relação à busca de contratações mais vantajosas e ao combate à cartelização nas contratações públicas?

A partir desta indagação, o presente artigo objetiva analisar a adoção do chamado “orçamento sigiloso”, que relativiza temporariamente a publicidade do certame, como instrumento não apenas de ampliação da eficiência do certame licitatório, mas também de combate à corrupção, o que ganha contornos paradoxais para aqueles que defendem a publicidade ou transparência como base indispensável no combate à corrupção.

1. Fundamentos do orçamento sigiloso

No regime licitatório tradicional, atualmente existente no Brasil, positivado pela Lei nº 8.666, de 1993⁷, o edital da licitação deve conter o “orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários”. Esse dispositivo fundamentou o raciocínio de que a divulgação do orçamento seria obrigatoria nas licitações.

⁷ Inciso II do §2º de seu artigo 40.

Por outro lado, há regimes licitatórios posteriores e residuais que admitem expressamente a aplicação do orçamento sigiloso, podendo-se destacar a Lei das Estatais (Lei nº 13.303, de 2016) e o Regime Diferenciado de Contratações (Lei nº 12.462, de 2011), os quais admitem que o órgão ou entidade licitante, embora realize o seu orçamento estimado (estimativa de custos), possa não informá-lo aos licitantes ou ao público em geral, ao menos até o fim do procedimento competitivo. Vale registrar, tanto a Lei nº 13.303/2016 como a Lei nº 12.462/2011, seguindo a lógica de flexibilidade identificada em seu procedimento, admitem que o gestor, durante o planejamento da licitação, entendendo adequado, justificadamente, opte por realizar a publicidade do orçamento.

Assim, via de regra, a estimativa de custos (ou orçamento da licitação) não será aberta aos licitantes, embora possa sê-lo, mediante decisão devidamente justificada pela autoridade competente. Interessante pontuar: tanto no Regime Diferenciado de Contratações (Lei nº 12.462/2011) como na Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016) a adoção do orçamento sigiloso é preferencial.

No Brasil, segundo a jurisprudência do TCU, mesmo quando admitido o orçamento sigiloso, é incabível que se finalize a estimativa de custos após a publicação do edital; tal conclusão deve ser feita de forma precedente. Segundo o Tribunal de Contas da União, a elaboração do orçamento base após publicação do edital é ilegal, ainda quando adotado o sigilo do orçamento.⁸

Ademais, convém ressaltar, o sigilo envolve apenas o orçamento estimado, devendo o edital e seus anexos apresentarem as informações necessárias para a elaboração das propostas. Por conta disso, para o empresário que conhece seu produto, serviço ou atividade, não há *a priori* prejuízo pela utilização do orçamento sigiloso, pois, conhecedor de seus custos para o exercício de sua atividade, ele consegue definir seu preço para a execução do contrato pretendido pela Administração, independente desta lhe apresentar custos máximos admitidos.

Decidido pela opção do orçamento sigiloso, o órgão deve definir como guardará o sigilo da estimativa de custos realizada. Como a legislação brasileira, acertadamente, não esmiuçou este procedimento, normas internas

⁸ TCU. Acórdão nº 2832/2015-Plenário. Rel. Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa.

devem disciplinar de que forma isto será feito, estabelecendo a competência para a realização da estimativa de custos e a responsabilidade pela guarda de seu sigilo (quando necessário) a determinado agente ou setor específico. Havendo vazamento ilegítimo da informação sigilosa, pode ocorrer comprometimento do certame ou da contratação, com sua invalidação, em casos nos quais não for possível convalidação, além da responsabilização dos agentes envolvidos.

Mesmo nas hipóteses de adoção do orçamento sigiloso, será sempre resguardado aos órgãos de controle interno e externo o acesso a esta informação, sempre que solicitado. O agente público representante do controle interno ou do controle externo, que tiver acesso a essas informações, passa a ser corresponsável pela guarda do sigilo, em razão de dever funcional. Em suma, o sigilo é apenas temporário, já que há publicização após a etapa competitiva, e relativo, uma vez que os órgãos de controle interno e externo têm acesso à estimativa de custos sempre que necessário.

Embora o presente escrito volte-se à análise da aplicação do orçamento sigiloso nas contratações públicas brasileiras, convém analisar se essa ferramenta é utilizada também por outros países.

O Código dos Contratos Públicos de Portugal (CCP)⁹, aprovado pelo Decreto-Lei nº 18/2008¹⁰, prevê como regra a divulgação dos preços estimados das contratações no anúncio de pré-informação e considera como informação essencial, a constar do caderno de encargos, o preço base, utilizado como parâmetro para a contratação.

Segundo o artigo 47 do CCP, o preço base deve ser definido pela entidade adjudicante no caderno de encargos, representando o montante máximo que ela se dispõe a pagar pela execução de todas as prestações que constituem o objeto do contrato, incluindo eventuais renovações. O texto do referido artigo não admite expressamente a adoção do orçamento sigiloso, mas permite que, em casos excepcionais e devidamente fundamentados, “a entidade adjudicante pode não fixar preço base, desde que o procedimento permita a celebração de contratos de qualquer valor e o órgão competente

⁹ Cf.: arts. 34, 42 e 47 do CCP. Acesso em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2063&tabela=leis&so_miolo=

¹⁰ Alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, (retificado pelas declarações de retificação n.º 36-A/2017, de 30 de outubro e n.º 42/2017, de 30 de novembro.

para a decisão de contratar não esteja sujeito a limites máximos de autorização de despesa ou ao regime de autorização de despesas.”

O Código Português, portanto, admite a não publicação do orçamento em situações específicas, aparentemente não o percebendo explicitamente como uma ferramenta que pode produzir incentivos econômicos sobre a possível licitação.

Noutro prumo, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE), em suas *Guidelines for fighting bid rigging in public procurement* (Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas), recomenda, no documento *Recommendation of the OECD Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement*, que se deve recorrer à utilização de preços máximos de aquisição apenas quando estes se basearem em cuidadosa pesquisa de mercado e se as entidades adjudicantes estiverem convencidas de que se tratam de preços muito competitivos, não devendo, esses preços máximos, serem publicados; na verdade, “antes devem ser mantidos confidenciais durante o processo ou depositados noutra autoridade pública”¹¹.

Neste mesmo sentido, o Regulamento de Aquisições Federais dos Estados Unidos da América, ao regular os procedimentos de contratação do Governo Federal, prevê que o acesso à estimativa de custos do Governo será limitado aos agentes públicos. O que pode ser excepcionado durante as negociações do contrato, mas apenas na medida necessária para chegar a um preço justo e razoável. O montante global da estimativa do governo não deve ser divulgado, exceto nas situações admitidas pelos regulamentos da agência¹².

Das normas internacionais de licitações analisadas, percebe-se que algumas delas fazem expressa remissão ao sigilo do orçamento, estabelecendo-o como regra ou medida a ser adotada preferencialmente (como se verifica no *Federal Acquisition Regulation*, do Governo dos Estados Unidos da América, e na *Guidelines for fighting bid rigging in public procurement*, da OCDE), enquanto em outras normas, como o Código de Contratações Públicas Português, não

¹¹ Recommendation of the OECD Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement. 2012. p. 8. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/guidelinesforfightingbidrigginginpublicprocurement.htm>. Acesso em 28 de março de 2019.

¹² Federal Acquisition Regulation (FAR). Disponível em: <https://www.acquisition.gov/browse/index/far>. Acesso em: 28 de março de 2019.

há uma expressa compreensão do orçamento sigiloso como instrumento útil, ao alcance de uma potencial vantagem econômica no processo licitatório ou ao combate a práticas corruptas.

Firme-se uma premissa fundamental: a utilização do orçamento sigiloso deve ser compreendida a partir de uma análise econômica. A postergação da publicidade da estimativa de custos não é proposta com o intuito de fuga ao princípio da publicidade, mas decorre de um raciocínio natural às relações de negociação, em que uma parte esconde da outra o preço máximo ou mínimo aceitável, para ter vantagem comercial, além da percepção de que, nos processos de licitação, há evidentes assimetrias de informações que prejudicam a eficiência econômica da contratação e podem implicar também prejuízos à lisura do processo seletivo.

Conforme explica Thamiris Anjos¹³, enquanto ferramenta econômica, a ideia de mitigar parcialmente a publicidade do orçamento estimado, tornando-o temporariamente e relativamente sigiloso, tem seus fundamentos em dois aspectos, o combate à corrupção, uma vez que a não divulgação do orçamento dificultaria e inibiria o conluio entre os licitantes, e a obtenção de vantagens de ordem econômica, já que, diante da ausência de certeza a respeito do valor estimado do objeto licitado, os licitantes acabam obrigados a apresentar seus preços reais¹⁴, sem orbitar a baliza máxima admitida no edital.

Importante frisar, o conluio entre competidores é um elemento facilitador das relações corruptas, uma vez que ele tolhe a competitividade, superando obstáculo econômico a este tipo de acordo escuso.

Com esta base de raciocínio, o presente artigo analisará a utilidade do orçamento sigiloso para o alcance de potencial vantagem econômica na contratação pública e também como instrumento de combate aos cartéis nas licitações.

¹³ ANJOS, Thamiris Cristina Pereira dos. Regime diferenciado de contratações públicas e a publicidade do orçamento estimado. Disponível em: https://jmleventos.com.br/pagina.php?area=coluna-juridica&acao=download&dp_id=115. Acesso em: 07 de fev. de 2019.

¹⁴ CARDOSO, André Guskow. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: a questão da publicidade do orçamento estimado. in JUSTEN FILHO, Marçal e PEREIRA, Cesar A. Guimarães (coord). O regime diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao decreto nº 7.581. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.73-109. p.85.

2. O orçamento sigiloso e a potencial vantagem econômica na contratação pública

Em muitas negociações, a assimetria de informações pode prejudicar uma das partes na busca de sua melhor contratação. Para citar um exemplo cotidiano, é natural que, ao decidir vender um carro, o proprietário tenha uma “margem especial” de valor mínimo pela qual pode aceitar vender seu veículo. Normalmente, essa margem é inferior ao valor de mercado e a diferença pode ser maior de acordo com circunstâncias vivenciadas, como necessidade, oportunidade ou interesse na venda. Da mesma forma, quem deseja adquirir aquele bem, o potencial comprador, tem ideia do valor de mercado possível para a aquisição (tanto a “pechincha” como o “preço justo”), mas pode admitir uma contratação com “margem especial” até superior, dependendo também de circunstâncias como necessidade, oportunidade ou interesse naquele objeto específico.

Em ambas as situações, quando uma das partes disponibiliza essa informação (sobre o preço máximo que admite pagar ou o preço mínimo que admite vender) à parte contrária, esta última passa a deter certa vantagem no processo de negociação.

Assim, em uma licitação para a contratação de determinado serviço, quando a Administração informa previamente o preço máximo que aceita pagar, ela cria um incentivo econômico para que o fornecedor utilize este valor como referência de proposta, mesmo que seu preço real seja inferior. Este comportamento é muito comum, notadamente quando se adota o procedimento de lances, sem desclassificação das propostas com valores mais elevados, característico do pregão eletrônico. A possibilidade de reduzir, ou não, sua proposta através de lances sucessivos, de acordo com o nível de competitividade do certame e a necessidade, garante um incentivo à maximização dos preços, no momento da apresentação das propostas, sem risco de desclassificação.

Noutro diapasão, sem a baliza do preço máximo estimado, as propostas podem representar, com maior fidedignidade, o preço que o mercado oferece para tal pretensão contratual. Essa percepção é ressaltada por Sidney Bittencourt, ao tratar sobre o orçamento sigiloso e afirmar que “inexistindo conhecimento prévio do valor referencial do objeto contratual, os licitantes tenderão a oferecer um preço menor, mais consentâneo com o efetivamente

praticado no mercado”¹⁵. Assim, com o orçamento sigiloso, sem a referência máxima informada pela Administração, os licitantes tenderiam a apresentar propostas de acordo com suas próprias estimativas, deixando de usar a referência maior para maximizar seus lucros.

A teoria econômica reconhece que os processos licitatórios para contratações pelo Poder Público possuem estrutura que se assemelha muito aos leilões, havendo evidente correlação entre o comportamento do licitante e o comportamento da Administração¹⁶. Nessa perspectiva, a adoção ou não do orçamento sigiloso deve ser analisada sob seu enfoque econômico e os potenciais benefícios ou prejuízos que sua adoção trará (ou não) ao órgão licitante. Defende-se que a não divulgação da estimativa de custos ou preço máximo a contratar, no edital, asseguraria uma competição honesta entre os licitantes que passariam a “disputar diretamente o objeto do certame, como seria mister, apresentando preços que lhes fossem realmente factíveis em razão de seus próprios cálculos e empenho em vencer a licitação”¹⁷.

Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães, corretamente, ponderam que o orçamento sigiloso, além de ultrapassar a proteção contra conluios, garante a obtenção de propostas mais vantajosas, mesmo em um procedimento sem corrupção, dificultando a prévia coordenação entre os concorrentes. Segundo os autores, a veiculação precedente do orçamento pode inibir a prática de descontos mais significativos, eis que os interessados têm incentivos para oferecer preços mais aproximados àquele que a Administração já estimou para a contratação¹⁸.

Em uma perspectiva jurídica, pode-se também dizer que, na ponderação entre princípios, os princípios da competitividade, da eficiência e da

¹⁵ BITTENCOURT, Sidney. Licitação através do Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Belo Horizonte, Fórum, 2012. p. 106.

¹⁶ CAMARGO, Beatriz Meneghel Chagas. O sigilo do orçamento estimativo no Regime Diferenciado de Contratações. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte, ano 15, n. 173, p. 9–28, maio 2016.

¹⁷ CAMMAROSANO, Márcio. Artigos 5º s 7º da Lei nº 12.462, de 5 de agosto de 2011. In: CAMMAROSANO, Márcio; DEL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (coord). Regime diferenciado de contratações públicas – RDC (Lei nº 12.462/2011; decreto nº 7.581/2011): aspectos fundamentais. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 39.

¹⁸ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Licitação pública: a Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC. São Paulo: Malheiros, 2012. p.158.

economicidade teriam parcial preponderância, em detrimento ao princípio da publicidade¹⁹. Di Pietro, inclusive, percebe a vantagem de ampliação de uso do sigilo do orçamento estimado para as modalidades tradicionais de licitação, por entender que a divulgação da estimativa de custos influencia os licitantes na apresentação das propostas, induzindo resultados danosos para a escolha da melhor proposta.²⁰

De qualquer forma, o aplicador do Direito poderá complementar a análise de conceitos jurídicos com outras áreas de conhecimento, entre elas a ciência econômica. Conforme ensinou Bobbio, o aplicador da norma, sem desprezá-la, deve buscar, nos fatos sociais e em outros ramos do conhecimento, a adequada compreensão do direito positivado. Também por isso, o renomado jurista e filósofo italiano defendeu que o aplicador do direito deve tornar-se cada vez mais sensível ao fenômeno da “práxis”, onde quer que ela se manifeste²¹.

Em uma licitação pública, em que exista sigilo do orçamento estimado para a contratação, a racionalidade econômica do fornecedor é oferecer o preço mais baixo e as melhores condições, para vencer a licitação, pois não há referência de valor disponível de dispêndio. Noutro prumo, quando a estimativa de custos é publicizada e a Administração indica o máximo que está disposta a pagar, a racionalidade econômica do fornecedor se altera, pois a Administração já divulgou o valor máximo, reduzindo as assimetrias de informação entre ela e o licitante, de modo que o agente econômico tentará obter o mais próximo possível desse máximo, mesmo que superior ao seu preço real²².

Assim, pode-se perceber que o orçamento sigiloso produz uma assimetria de informações que beneficia o órgão licitante na obtenção da melhor proposta, durante um processo licitatório ou mesmo na etapa de negociação das propostas. Em outras palavras, a ausência da informação

¹⁹ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. RDC: contratações para as copas e jogos olímpicos: Lei nº 12.462/2011, Decreto nº 7.581/2011. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 97.

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2013. p. 443-448.

²¹ BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007. P. 44.

²² MARTINS, Amanda Athayde Linhares. Licitação Privada e Licitação Pública: Sigilo do Orçamento no Regime Diferenciado de Contratações Públicas e Prevenção a Cartéis. In: Direito Privado Administrativo. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). São Paulo: Atlas, 2013.

acerca do preço de reserva influencia na oferta dos licitantes de forma positiva, “fazendo com que estes ofereçam preços baseados em suas reais condições de fornecer o objeto pretendido, da forma mais econômica possível e não com base no preço da Administração”, firmando a importância da assimetria de informações.²³

Em suma, no Brasil, o orçamento sigiloso, que é relativo, já que os órgãos de controle terão acesso a tais informações, e temporário, já que via de regra será publicizado após a etapa competitiva, tem o condão de omitir dos licitantes o valor máximo que a Administração se propõe a pagar, entre outros fundamentos, pela percepção de que este sigilo induzirá a apresentação de propostas em um valor mais próximo do preço transacional imaginado pelo fornecedor, e não baseadas no valor máximo admitido pela Administração.

Nesta perspectiva econômica, o “caráter sigiloso do orçamento” tem o evidente intuito de induzir melhores propostas, atendendo aos princípios da competitividade, da eficiência e da economicidade. A limitação à publicidade “pretende evitar a prática do alinhamento das ofertas com o valor orçado pela Administração”, sob a justificativa de que, entre outras coisas, sua divulgação prévia minimiza os ganhos que a pressão da disputa livre poderia gerar, “atenuando os efeitos benéficos da livre concorrência”²⁴.

Por fim, importa registrar interessante efeito prático do sigilo do orçamento, com reflexos positivos ao objetivo de alcançar potencial vantagem no processo competitivo. A não publicação da planilha de custos, preenchida com a estimativa feita pela administração, dificulta a participação de empresas sem *expertise*, com menor capacidade de planejamento ou mesmo pouca responsabilidade técnica na confecção de suas propostas. Isso porque, normalmente, elas não possuem equipe de orçamentistas e costumam usar o preço estimado pela administração como parâmetro, aplicando apenas um percentual de redução dos valores, muitas vezes, sem um trabalho técnico e responsável de sua própria equipe. Tal dificuldade deve ser celebrada,

²³ CAMARGO, Beatriz Meneghel Chagas. O sigilo do orçamento estimativo no Regime Diferenciado de Contratações. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte, ano 15, n. 173, p. 9–28, maio 2016.

²⁴ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Regime Diferenciado de Contratações – Alguns apontamentos*. Revista de Contratos Públicos – RCP. Belo Horizonte, ano 1, n. 1, mar./ago. 2012.

pois esse tipo de empresa costuma gerar diversos problemas na execução contratual, com prejuízos flagrantes de ordem financeira e no próprio atendimento da pretensão contratual da administração.

3. O orçamento sigiloso e o combate à corrupção

Muitos dos críticos ao sigilo do orçamento justificam que pode haver desvirtuamento e certo estímulo a atividades corruptas que permitam a oferta das informações sigilosas a licitantes específicos, gerando beneficiamento ilegítimo e quebra da isonomia. Haveria, para eles, risco de quebra do segredo por parte de algum integrante dos órgãos responsáveis por resguardar a informação sigilosa²⁵.

Embora deva-se reconhecer que esta hipótese é possível, ela, *per si*, não justifica os óbices suscitados contra o orçamento sigiloso. Em primeiro, porque o atual quadro de servidores da área de contratações públicas, no Brasil, notadamente na esfera federal, é formado por servidores públicos efetivos, capacitados e, presumidamente, idôneos²⁶. Em segundo, porque, como já explicado, mesmo com o orçamento sigiloso, devem o edital e seus anexos apresentar as informações necessárias para a elaboração das propostas, de maneira que a ausência do registro do valor máximo a contratar ou da estimativa de custos elaborada pelo órgão público, em princípio, não prejudica a capacidade do licitante de estabelecer seu preço para o respectivo fornecimento.

²⁵ CAMMAROSANO, Márcio. Artigos 5º s 7º da Lei nº 12.462, de 5 de agosto de 2011. In: CAMMAROSANO, Márcio; DEL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (coord). Regime diferenciado de contratações públicas – RDC (Lei nº 12.462/2011; decreto nº 7.581/2011): aspectos fundamentais. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.39.

²⁶ Esta ponderação é feita, com qualidade, pelo português Antonio Maia, ao afirmar que: “A corrupção é um problema inerente ao viver em sociedade. Porém, daí a dizermos e, pior, a acreditarmos que estamos e vivemos num país de corruptos parece errado e sobretudo injusto para com os serviços públicos e a grande maioria dos funcionários que neles exercem funções, que necessariamente acabam por ser vistos no mesmo enquadramento. Vide artigo; Corrupção em Portugal – entre a percepção e a realidade. Disponível em: <http://visao.sapo.pt/opiniao/silncioda fraude/2013-12-19-Corrupcao-em-Portugal---entre-a-percepcao-e-a-realidade-3>. Acesso em 27 de março de 2019.

Renato Rezende suscita dúvidas sobre a eficácia do orçamento sigiloso como instrumento de combate a estratégias cartelísticas. Segundo ele, “basta aos participantes do conluio persistir nas práticas atuais, para obterem resultado semelhante aos verificados atualmente”, pois, se todos oferecerem propostas de preço superiores ao orçamento sigiloso da Administração, esta findará por negociar melhores condições com o autor da melhor proposta, “até que o preço por ele oferecido se equipare ao constante do orçamento”²⁷.

Essa opinião ignora que, em primeiro lugar, o orçamento estimado pela administração pode ser superior ao preço praticado pela empresa. Diante de tal superioridade (que é identificada abundantemente na prática das licitações públicas), a publicidade do primeiro resultaria na majoração do preço cartelizado, pelo comportamento racional de maximização dos lucros. Ademais, a crítica ignora que, com o orçamento fechado ou sigiloso, o agente público (pregoeiro ou membro de comissão de licitação) detém maior facilidade para negociar a redução dos valores para patamares inferiores aos valores máximos estimados, o que resta dificultado quando o preço máximo admitido é publicado (aberto), já que nesta situação ele dificilmente conseguirá persuadir o licitante a reduzir, em negociação, seus preços a valores menores ao que ele (o licitante) sabe que a Administração já aceita pagar.

Por isso, a previsão do orçamento sigiloso pelos mais recentes diplomas licitatórios brasileiros deve ser percebida como um avanço, permitindo aos órgãos licitantes a capacidade “de viabilizar contratações mais vantajosas para a Administração Pública e, em paralelo, prevenir cartel em licitações”²⁸.

Amanda Martins, com razão, explica que a prévia publicidade do orçamento estimado, pela Administração, favorece o contato entre os licitantes, para a formação de uma proposta conjunta, o direcionamento privado da licitação, a divisão de mercado, a supressão de propostas, o estabelecimento de definição de rodízio, subcontratação ou outras

²⁷ REZENDE, Renato Monteiro. O orçamento sigiloso traz benefícios para as contratações públicas?. Disponível em: <http://www.brasil-economia-governo.org.br/2011/09/14/o-orcamento-sigiloso-traz-beneficios-para-as-contratacoes-publicas/>. Acesso em: 09 de fev. de 2019.

²⁸ MARTINS, Amanda Athayde Linhares. Licitação Privada e Licitação Pública: Sigilo do Orçamento no Regime Diferenciado de Contratações Públicas e Prevenção a Cartéis. In: *Direito Privado Administrativo*. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). São Paulo: Atlas, 2013.

formas de conluio combinados²⁹. Com a ciência dos valores máximos admitidos nas contratações, os acordos escusos e a cartelização, fraudadores dos posteriores processos competitivos, ficam mais facilmente negociáveis.

A cartelização gera grave lesão à concorrência, e nas contratações públicas prejudica não apenas o órgão público contratante, como também toda a sociedade, já que torna os bens e serviços mais caros. Nas licitações públicas, os cartéis acabam por prejudicar “substancialmente os esforços do Estado Brasileiro em empregar seus recursos no desenvolvimento do país, ao beneficiar indevidamente empresas que, por meio de acordo entre si, fraudam o caráter competitivo das licitações”³⁰. Os cartéis também podem prejudicar avanços tecnológicos e aumentos de produtividade, pois com os cartéis, os potenciais concorrentes, de forma ilícita, firmam acordo para arrefecer ou neutralizar a competição entre eles, definindo artificialmente variáveis comercialmente sensíveis³¹, desvirtuando a lógica de disputa de mercado que naturalmente estimula a inovação e aumento da produtividade.

Os cartéis são considerados a mais grave lesão à concorrência, uma vez que prejudicam seriamente os consumidores ao aumentar preços e restringir a oferta, tornando os bens e serviços mais caros ou indisponíveis, podendo agir de várias formas:

“(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;

²⁹ MARTINS, Amanda Athayde Linhares. Licitação Privada e Licitação Pública: Sigilo do Orçamento no Regime Diferenciado de Contratações Públicas e Prevenção a Cartéis. In: *Direito Privado Administrativo*. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). São Paulo: Atlas, 2013.

³⁰ Cartilha SDE. Combate a cartéis em licitação. Guia prático para pregoeiros e membros de comissões de licitação. Coleção SDE/DPDE 2/2008. p. 4. Disponível em: http://www.comprasnet.gov.br/banner/seguro/cartilha_licitacao.pdf. acesso em 28 de março de 2019.

³¹ FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. S. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 338.

(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) Subcontratação, pela qual concorrentes não participam das licitações ou desistem das suas propostas, a fim de serem subcontratados pelos vencedores. O vencedor da licitação a um preço supracompetitivo divide o sobre-preço com o subcontratado”.³²

Os cartéis e conluios inibem a Administração de obter a melhor proposta, e, quando cientes do orçamento estimado, seus membros firmam acordo mais facilmente com relação às propostas que oferecerão, mantendo o preço elevado, fraudando a competição. Bruno Lira e Marcos Nóbrega, ao traçar um paralelo entre a licitação e a teoria dos leilões, demonstram que o orçamento sigiloso pode servir ao combate dos cartéis, uma vez que a divulgação da estimativa de custos permite aos cartéis uma referência para a parametrização do lucro a ser obtido através de sua atuação coordenada³³:

³² Cartilha SDE. Combate a cartéis em licitação. Guia prático para pregoeiros e membros de comissões de licitação. Coleção SDE/DPDE 2/2008. p. 9-10. Disponível em: http://www.comprasnet.gov.br/banner/seguro/cartilha_licitacao.pdf. acesso em 28 de março de 2019.

³³ LIRA, Bruno; NÓBREGA, Marcos. O Estatuto do RDC é contrário aos cartéis em licitação? Uma breve análise baseada na teoria dos leilões. Revista Brasileira de Direito Público

(...) com a divulgação do preço de reserva, os cartéis adquirem uma referência vital para a parametrização do lucro a ser obtido através de sua atuação coordenada. Por exemplo, se a Administração pública um edital de uma obra cujo preço de referência é de 100 milhões, o cartel saberá, de antemão, que poderá, no máximo, fazer um lance na faixa de 115 a 130 milhões (assumindo que a diferença possa ser explicada de forma “razoável”). Mais do que isso, seria um flagrante sobrepreço, que poderá provocar a anulação/cancelamento do certame.

Com o orçamento sigiloso, o cartel perde esta referência. Desta forma, tenderá a ofertar lances que sejam mais próximos da realidade, para que o certame não seja cancelado ou anulado³⁴.

Quando a Administração omite o orçamento estimado, deixando de informar aos competidores o preço máximo que admite pagar pelo objeto da licitação, o cartel perde esta referência, dificultando, em tese, a negociação escusa. Assim, no Brasil, a alteração da lógica tradicional, de orçamento aberto, pela adoção do orçamento sigiloso, pode evitar que a divulgação da estimativa de custos influencie a elevação “dos valores das propostas e a formação de cartel entre os licitantes, já que, sem a ciência do preço estimado pela Administração, fica mais difícil fazer combinações entre concorrentes”³⁵.

Neste raciocínio, o orçamento sigiloso fomenta a competição, auxilia a busca de propostas economicamente mais vantajosas e ainda auxilia a evitar a formação de conluios e cartéis, assertiva “corroborada pela teoria dos leilões, uma das vertentes da teoria dos jogos, de acordo com a qual o comportamento dos licitantes se influencia mutuamente, sendo o sigilo um dos fatores a ensejar uma influência positiva na obtenção da melhor

– RBDP, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, out./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=76299>>. Acesso em: 6 de fev. 2019.

³⁴ LIRA, Bruno; NÓBREGA, Marcos. O Estatuto do RDC é contrário aos cartéis em licitação? Uma breve análise baseada na teoria dos leilões. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, out./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=76299>>. Acesso em: 6 de fev. 2019.

³⁵ . OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Licitações e contratos administrativos. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 183.

proposta”³⁶. Esse foi, também, o entendimento do Plenário do Tribunal de Contas da União, no Acórdão nº 3.011/2012:

O orçamento fechado, no RDC, foi pensado em prestígio à competitividade dos certames. Isso porque, a disponibilização prévia do valor estimado das contratações tende a favorecer a formação de conluíus. Ao saber, de antemão, o valor máximo admitido pela Administração como critério de classificação das propostas, facilita-se a prévia combinação de valores ofertados. Nesse caso, em termos do princípio fundamental licitatório – o da obtenção da melhor proposta –, a isonomia e a competitividade compensariam possível perda de transparência, no que se refere à publicação dos preços estimativos³⁷.

Ângelo Henrique Lopes da Silva, na obra *Preço de reserva sigiloso em licitações públicas*³⁸, trata sobre a aplicação da teoria dos leilões às licitações, notadamente quanto à economicidade do sigilo do preço de reserva. Segundo o referido autor, quanto maior for o preço de referência, maior a possibilidade de que menores custos de contratação sejam obtidos com a opção pelo orçamento sigiloso, em comparação com o orçamento aberto, pois, na prática, a Administração Pública não conhece tão bem o mercado em que opera quanto os fornecedores que disputam as licitações, e, também por conta disso, costuma adotar preços de referência mais elevados dentro da faixa de preços possíveis³⁹.

³⁶ CAMARGO, Beatriz Meneghel Chagas. O sigilo do orçamento estimativo no Regime Diferenciado de Contratações. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte, ano 15, n. 173, p. 9–28, maio 2016.

³⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 3.011/2012, Rel. Ministro Valmir Campelo.

³⁸ SILVA, Ângelo Henrique Lopes da. O preço de reserva sigiloso em licitações públicas. Brasília, 2011. Monografia apresentada no XVI Prêmio Tesouro Nacional, Economia e contabilidade do setor público. Brasília, 2011. Disponível em: http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/137713/Premio2011_Tema_2_3.pdf. Acesso em: 07 de fev. de 2019.

³⁹ SILVA, Ângelo Henrique Lopes da. O preço de reserva sigiloso em licitações públicas. Brasília, 2011. Monografia apresentada no XVI Prêmio Tesouro Nacional, Economia e contabilidade do setor público. Brasília, 2011. Disponível em: http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/137713/Premio2011_Tema_2_3.pdf. Acesso em: 07 de fev. de 2019.

Considerações finais

O presente texto demonstrou que a evolução na legislação brasileira de licitações, admitindo a relativização da publicidade do orçamento estimado, pelo órgão licitante, apresenta-se como uma interessante ferramenta para o alcance de potencial vantagem econômica e também para o combate à corrupção.

Como foi defendido neste artigo, o sigilo do orçamento deve ser compreendido racionalmente, como um comportamento natural às relações de negociação inseridas no âmbito do processo licitatório, permitindo uma assimetria de informações benéfica à posição da Administração enquanto adquirente de bens e serviços junto ao mercado.

A tradicional publicização do preço estimado, na maioria das vezes coincidente com o valor máximo que a administração aceita pagar pela prestação contratual, pode prejudicar a obtenção de propostas mais vantajosas, pois a racionalidade econômica do fornecedor é de buscar a maximização de seu lucro, ampliando seu preço, quando este estiver abaixo do valor estimado. Em contraponto, o orçamento sigiloso produz uma assimetria de informações que beneficia o órgão licitante, durante um processo licitatório ou mesmo na etapa de negociação das propostas.

Noutro diapasão, além da potencial vantagem econômica, o orçamento sigiloso pode auxiliar o poder público a enfrentar a cartelização, dificultando esse desvirtuamento da concorrência de mercado. Isso porque, quando a Administração omite o orçamento estimado, subtrai do cartel uma referência facilitadora da negociação escusa entre seus membros. Nesse prumo, o orçamento sigiloso pode ser uma interessante ferramenta para estimular a competição, coibir a cartelização e alcançar propostas economicamente mais vantajosas.

Por outro lado, importa observar que o orçamento sigiloso deve ser compreendido de forma racional, como uma ferramenta que, com base em uma perspectiva econômica e pelo estabelecimento de incentivos adequados, pode ser bem utilizada em algumas situações, mas não como uma panaceia a solucionar os gigantescos desafios de alcançar-se uma contratação mais vantajosa e evitar a cartelização de concorrentes. Em diversas situações, a publicidade do orçamento pode ser útil e necessária, como se dá em obras complexas ou em contratações que a Administração possua grande incerteza

sobre a estimativa de custos⁴⁰, em outras, certamente, a publicização da estimativa de custos poderá trazer outros benefícios.

Sendo assim, o orçamento sigiloso deve ter sua adoção lastreada no interesse público de alcançar uma melhor contratação, o que pode ser melhor identificado em um modelo que permita certa flexibilidade decisória sobre sua utilização, de acordo com as necessidades do caso concreto.

De qualquer forma, por tudo que foi acima exposto, resta evidente que o paradoxo é apenas aparente. A adoção do chamado “orçamento sigiloso”, embora relativize temporariamente a publicidade, em relação à estimativa de custos do certame, apresenta-se como instrumento econômico de ampliação da eficiência do certame licitatório e também como elemento importante para combater a corrupção, reduzindo os riscos de cartelização, em prejuízo à competitividade e ao interesse público.

Referências

- ANJOS, Thamiris Cristina Pereira dos. Regime diferenciado de contratações públicas e a publicidade do orçamento estimado. Disponível em: https://jmlventos.com.br/pagina.php?area=coluna-juridica&acao=download&dp_id=115. Acesso em: 07 de fev. de 2019.
- BITTENCOURT, Sidney. Licitação através do Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Belo Horizonte, Fórum, 2012.
- BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 3.011/2012, Rel. Ministro Valmir Campelo.
- CAMARGO, Beatriz Meneghel Chagas. O sigilo do orçamento estimativo no Regime Diferenciado de Contratações. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte, ano 15, n. 173, p. 9–28, maio 2016.

⁴⁰ Ao tratar sobre o orçamento sigiloso, no âmbito do RDC, o Tribunal de Contas da União já orientou que, embora a opção seja discricionária, o gestor público deve ponderar se realmente é vantajosa sua adoção “em obras mais complexas, com prazo muito exíguo para conclusão e cuja parcela relevante dos serviços a serem executados não possua referência explícita no Sinapi/Sicro (TCU. Acórdão nº 3011/2012-Plenário)

- CAMMAROSANO, Márcio. Artigos 5º s 7º da Lei nº 12.462, de 5 de agosto de 2011. In: CAMMAROSANO, Márcio; DEL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (coord). Regime diferenciado de contratações públicas – RDC (Lei nº 12.462/2011; decreto nº 7.581/2011): aspectos fundamentais. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- CARDOSO, André Guskow. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: a questão da publicidade do orçamento estimado. in JUSTEN FILHO, Marçal e PEREIRA, Cesar A. Guimarães (coord). O regime diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao decreto nº 7.581. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.73-109.
- Cartilha SDE. Combate a cartéis em licitação. Guia prático para pregoeiros e membros de comissões de licitação. Coleção SDE/DPDE 2/2008. p. 4. Disponível em: http://www.comprasnet.gov.br/banner/seguro/cartilha_licitacao.pdf. acesso em 28 de março de 2019.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2013. Federal Acquisition Regulation (FAR). Disponível em: <https://www.acquisition.gov/browse/index/far>. Acesso em: 28 de março de 2019.
- FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. S. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- OCDE. Guidelines for fighting bid rigging in public procurement. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/guidelinesforfightingbidrigginginpublicprocurement.htm>. Acesso em 28 de março de 2019.
- LIRA, Bruno; NÓBREGA, Marcos. O Estatuto do RDC é contrário aos cartéis em licitação? Uma breve análise baseada na teoria dos leilões. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, out./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=76299>>. Acesso em: 6 de fev. 2019.
- MAIA, Antonio João. Serviço Público e corrupção. Disponível em: <https://www.ssap.gov.pt/documents/20142/36329/Servi%C3%A7o+P%C3%BAblico+e+Corrup%C3%A7%C3%A3o.pdf/c83d7d2e-4515-19b1-4967-79ec058a0296>. Acesso em 28 de março de 2019.
- MAIA, Antonio João. Corrupção em Portugal – entre a percepção e a realidade. Disponível em: <http://visao.sapo.pt/opiniao/silncioda fraude/2013-12-19-Corruptao-em-Portugal---entre-a-percepcao-e-a-realidade-3>. Acesso em 27 de março de 2019
- MARTINS, Amanda Athayde Linhares. Licitação Privada e Licitação Pública: Sigilo do Orçamento no Regime Diferenciado de Contratações Públicas e

- Prevenção a Cartéis. In: Direito Privado Administrativo. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). São Paulo: Atlas, 2013.
- MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Licitação pública: a Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC. São Paulo: Malheiros, 2012.
- MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Regime Diferenciado de Contratações – Alguns apontamentos*. Revista de Contratos Públicos – RCP. Belo Horizonte, ano 1, n. 1, mar./ago. 2012.
- MOTTA, Carlos Pinto Coelho. RDC: contratações para as copas e jogos olímpicos: lei nº 12.462/2011, decreto nº 7.581/2011. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- OECD. *Government at a Glance 2011*, OECD Publishing, Paris. Page 147. DOI: http://dx.doi.org/10.1787/gov_glance-2011-en. Acesso em 28 de março de 2019.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Licitações e contratos administrativos. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 183.
- REZENDE, Renato Monteiro. O orçamento sigiloso traz benefícios para as contratações públicas?. Disponível em: <http://www.brasil-economia-governo.org.br/2011/09/14/o-orcamento-sigiloso-traz-beneficios-para-as-contratacoes-publicas/>. Acesso em: 09 de fev. de 2019.
- RODRIGUES, Carlos Sérgio. A evolução da contratação pública electrónica no ordenamento jurídico português: um olhar pelo regime das plataformas electrónicas. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, Brasília, v. 41, n. 1, p. 202 – 221, jan. /jun., 2016.
- SILVA, Ângelo Henrique Lopes da. O preço de reserva sigiloso em licitações públicas. Brasília, 2011. Monografia apresentada no XVI Prêmio Tesouro Nacional, Economia e contabilidade do setor público. Brasília, 2011. Disponível em: http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/137713/Pre-mio2011_Tema_2_3.pdf. Acesso em: 07 de fev. de 2019.

Índice

Nota introdutória	5
O termo inicial do prazo prescricional da ação de indenização por danos concorrenciais na legislação brasileira. Breve análise comparativa da norma portuguesa <i>Antonio Marcos Guerreiro Salmeirão</i>	7
Procedimento simplificado de consulta ao mercado como condição para uso privativo de espaços públicos por serviços de mobilidade urbana na economia do compartilhamento <i>Bráulio Gomes Mendes Diniz</i>	39
Centralização de compras governamentais: considerações sobre a experiência europeia e brasileira <i>Carla Maria de Medeiros Pirá</i> <i>Mariana Bezerra Nóbrega Serquiz de Azevedo</i>	67
Reflexões sobre caminhos para a evolução do sistema brasileiro de combate à corrupção <i>Estevão Daudt Selles</i>	97
A importância da aplicação do modelo de conselho de prevenção da corrupção em Portugal no sistema brasileiro <i>Isabela Sá Fonseca dos Santos</i> <i>Pedro Ivo Magalhães Menezes de Oliveira</i>	127

- A eficiência das medidas elencadas na IN n.º 05/2017 que visam minimizar conflitos de interesses danosos à Administração Pública
Juliana Gomes Campelo de Matos Braz
Lectícia Marília Cabral de Alcântara 153
- Adesão do Brasil ao Acordo de Contratações Públicas da Organização Mundial do Comércio: uma saída para quebra do oligopólio nos serviços de construção de infraestrutura?
Marcio Pereira de Andrade 181
- A eficiência na gestão dos recursos públicos com a implantação pela central de compras do governo brasileiro do modelo de compra direta de passagens aéreas
Michelle Marry Marques da Silva 215
- Aplicação da legislação brasileira de direito da concorrência ao caso das tiras reagentes: análise comparada do direito brasileiro e português
Philippe Magalhães Bezerra 239
- Do dano ao erário em ações de improbidade administrativa decorrentes da omissão no dever de prestação de contas
Rafael Cruz Gouveia Pinheiro 259
- Panorama e perspectivas no combate à corrupção: diálogos entre Brasil e Portugal
Rafael Folador 293
- Análise de um aparente paradoxo entre transparência e corrupção: orçamento sigiloso como instrumento de eficiência econômica e combate aos cartéis
Ronny Charles L. de Torres 317

