

A COOPERAÇÃO TÉCNICA ENTRE O CADE E O TRIBUNAL DE CONTAS NA TUTELA DA ORDEM ECONÔMICA

José Barbosa Do Prado Neto¹

Pode-se questionar se a proteção dos princípios constitucionais da ordem econômica previstos no artigo 170 e seguintes da Constituição da República estaria limitada apenas às determinadas estruturas jurídicas com atribuições e capacidade de fiscalizar condutas antieconômicas, como é caso do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, cuja disciplina jurídica é regida pela Lei 12.529/2011. Isso porque, tal entidade judicante tem como finalidade a prevenção e a repressão às infrações contra a liberdade de iniciativa e livre concorrência, base da atividade econômica garantida em nosso ordenamento jurídico.

Dentre inúmeras práticas anticoncorrenciais ou abusivas, chama atenção para o presente trabalho *o cartel em licitação* que consiste no acordo ou prática concertada entre concorrentes para fixar preços, estabelecer quotas ou restringir produção, dividir mercados de atuação e alinhar qualquer variável concorrencialmente sensível, tanto em concorrências públicas como contratações privadas, sendo considerado universalmente a mais grave infração à ordem econômica², conforme se vê no inciso I, alínea “d”, do artigo 36, § 3º da Lei Brasileira de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011) *in verbis*:

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: (...) § 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**: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente. b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública (grifo nosso).

No caso das licitações, essa conduta antijurídica altera a situação normal e esperada de efetiva concorrência pública, imputando ao Estado condições menos favoráveis na contratação de bens e serviços, tais como preços mais elevados, produtos e serviços de qualidade inferior ou

¹ Advogado, Chefe de Gabinete no Ministério Público de Contas do Estado de Mato Grosso; Instrutor Técnico da Escola Superior de Contas do TCE/MT; Assistente de Pesquisa no IDP; Mestre em Administração Pública pelo IDP; Pós-graduado em Direito Público pela Universidade de Cuiabá; Pós-graduado em Direito e Controle Externo na Administração Pública pela FGV.

² Guia de Combate a carteis em licitação. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Dezembro/2019. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-decombate-a-carteis-em-licitacao-versao-final-1.pdf>

- Fonte: Sistema Control-P

aquisição de quantidade menor do que a desejada, o que implica na realização de despesas desnecessárias. Noutras palavras, o cartel em licitação mina os esforços da Administração Pública em empregar de forma eficiente e eficaz seus recursos, com vistas a prover os bens e serviços necessários à população e promover o desenvolvimento do país, sendo, portanto, prejudicial a toda a sociedade.

Conquanto o mencionado comportamento lesivo submeta os envolvidos à competência do CADE, que nos termos da Le nº 12.529/2011 poderá aplicar multas administrativas além de outras penas, não se pode ignorar que tal evento, guardadas as devidas peculiaridades, também possa ser objeto de exame pelos Tribunais de Contas, ou seja, os mesmos fatos que são juridicamente tratados como grave ameaça aos princípios da economia sob o prisma da autoridade antitruste também poderão constituir-se em outros ilícitos administrativos, podendo ser objeto de apuração pelas demais autoridades públicas, com destaque aos órgãos de controle.

Isso ocorre na medida em que cada órgão público (assim como as respectivas leis) “*tem por objeto bens jurídicos diversos, podendo um mesmo fato afetar diversos bens jurídicos e, assim, ensejar a competência de diferentes autoridades*”. Dito de outra forma, “*a Lei Antitruste protege o bem jurídico da concorrência; a Lei Anticorrupção protege a Administração Pública; a Lei do Tribunal de Contas da União (TCU) visa a controlar e proteger as contas públicas; e a Lei de Licitações protege a lisura dos processos licitatórios promovidos pela Administração Pública*”³.

E nesse sentido, os cartéis em licitação, compreendidos como forma de restrição ao caráter competitivo do certame público de aquisição de bens e serviços, afetam uma infinidade de valores jurídicos abrangidos e protegidos por outras leis, podendo assim serem analisados e, se for o caso, punidos pelos órgãos competentes.

No caso dos Tribunais de Contas, sob a perspectiva constitucional de promotores da boa gestão pública, é imperativo que zelem pela manutenção da isonomia, transparência e eficiência dos processos de licitações e contratações deflagradas pela Administração Pública de modo a preservar a competitividade, característica que assegura a melhor proposta e, caso seja identificada alguma atividade fraudulenta no decorrer do certame, poderão aplicar penalidades que vão desde multas, restituição do valor desviado até, nos casos mais graves, declaração de idoneidade do licitante.

Neste particular, o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso -TCE/MT estabeleceu uma classificação padronizada para as irregularidades encontradas durante os processos de fiscalização das contas públicas de seus jurisdicionados (Resolução Normativa TCE-MT 17/2010 e 2/2015). A situação que reflete a atuação anticoncorrencial aparece identificada pelo seguinte código “*GB 03. Licitação Grave_03. Constatação de especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias que restrinjam a competição do certame licitatório (art. 40, I, da Lei nº 8.666/1993; art 3º, II da Lei nº 10.520/2002)*”.

Bom é dizer que a temática examinada goza de relativa habitualidade na Corte de Contas mato-grossense, pois, apenas no exercício de 2014, foram apuradas 21 (vinte e uma) ocorrências do tipo em processos de Contas Anuais de Gestão do Tribunal ⁴. E é justamente em razão destes variados casos avistados que ascende o alerta sobre o potencial de oportunidades em se demandar o CADE, pois, muito embora possam compartilhar do mesmo objeto, suas competências e

³ Guia de Combate a cartéis em licitação. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Dezembro/2019. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-decombate-a-carteis-em-licitacao-versao-final-1.pdf>

⁴ - Fonte: Apuração Geral das Irregularidades das Contas Anuais de Gestão 2014 - Geral. Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso

expertises não se confundem e nem substituem-se, de modo que o Tribunal não pode imputar responsabilidades diante de indícios de abuso do poder econômico, tampouco será permitido ao Conselho condenar a restituição do erário, mesmo em flagrante ocorrência.

O que aqui se pretende não é a divisão de responsabilidades, mas sim a conjugação de esforços entre órgãos de diferentes esferas visando ampliar a comunicação, o planejamento, orientação, coordenação, avaliação e promoção de atividades relacionadas à investigação, à prevenção e à detecção de práticas anticompetitivas em licitações públicas e outras atividades correlatas.

Isto posto, sugere-se neste trabalho o uso do expediente administrativo do termo cooperação técnica entre os atores envolvidos, no caso o TCE/MT e o CADE, no sentido do compartilhamento de atividades voltadas à detecção de práticas anticompetitivas em licitações públicas, bem como para realizar treinamentos, ações conjuntas e intercâmbio de informações e conhecimentos, de modo a imprimir-se maior agilidade e efetividade nas ações de repressão dessas práticas, previstas no art. 36 da Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011, na alínea "a" do inciso IV do art. 5º da Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013 e nos artigos 86, 87 e 90 c/c 88 da Lei n. 8.666/1993, de 21 de junho de 1993.

Diga-se que o formato e a extensão dos efeitos de eventual acordo não implicaria necessariamente em alterações normativas ou custos permanentes para os partícipes, como é a praxe nestes instrumentos jurídicos, dependendo apenas da vontade política de seus representantes em firmar estratégias de cooperação mútua para preservar o ambiente concorrencial, oferecendo segurança jurídica aos agentes econômicos que nele atuem ou venham a operar, impedindo que práticas danosas ao sistema da livre iniciativa prosperem e frustrem os resultados que dela se espera.

Diante do exposto, e considerando a premente necessidade de se fortalecer os meios investigativos de práticas anticoncorrenciais que vêm ocorrendo sistematicamente sob a forma de cartéis e outros tipos infracionais, de se ampliar as limitações impostas pelos recursos físicos, humanos e financeiros próprio dos organismos públicos, bem como de intensificar as ações para repressão desta conduta reprovável, conclui-se que a defesa da ordem econômica não pode e nem deve restringir-se à atuação de um único órgão público. Outras instituições têm papel relevante para a promoção da livre iniciativa e da concorrência no Brasil, com destaque aos Tribunais de Contas que possuem na fiscalização das licitações e contratações públicas uma de suas principais atividades finalísticas.