

O DIREITO DAS LICITAÇÕES E O DIREITO DA CONCORRÊNCIA EMPRESARIAL

*Mauro Grinberg*⁵¹

I. INTRODUÇÃO:

1. Procura-se aqui traçar um ponto de contato entre o direito das licitações e o direito da concorrência empresarial, sem o intento de fazer doutrina mas com o único objetivo de lançar uma idéia para a discussão.

2. O Tribunal de Contas da União (TCU) tem emitido julgamentos a respeito de procedimentos para aquisições de bens e serviços, por parte de entes públicos sujeitos à sua jurisdição, sem licitação ou com a sua dispensa.

3. Exemplos são o acórdão proferido no processo nº 674.030/92-3 (“contratação irregular de firma para promoção de congresso sem licitação”) (Diário Oficial da União de 05.03.96, páginas 3.668 / 3.669) e o acórdão proferido no processo nº 525.072/95-0 (“dispensa de licitação ilegal”) (Diário Oficial da União de 18.03.96, páginas 4.535 a 4.537).

4. Não se tem por objetivo aqui comentar as decisões do TCU, de resto costumeiramente diligente na verificação do bom cumprimento dos procedimentos licitatórios.

5. O que se quer aqui é salientar que a existência de uma infração contra a lei das licitações - sobretudo pela ausência ou dispensa irregular de licitação - pode implicar igualmente na existência de uma infração concomitante contra a ordem econômica.

II. CARACTERIZAÇÃO DA INFRAÇÃO:

6. Com efeito, estabelece o artigo 20, inciso I, da Lei nº 8.884, de 1994, que “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”: “limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa”.

⁵¹ MAURO GRINBERG é ex-Conselheiro do CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE.

7. O que se quer demonstrar é que a escolha de um único ofertante, sem a realização de processo licitatório e na dependência de determinadas circunstâncias, pode implicar na verificação de ato punível em decorrência da aplicação do disposto no artigo 20, inciso I, da Lei nº 8.884, de 1994.

8. É evidente que o exame das circunstâncias é fundamental para a caracterização da infração; todavia, é importante observar que se pode estar diante de caso típico de eliminação de concorrência por meio da escolha arbitrária de um único ofertante.

9. A hipótese fica mais clara ainda nos casos em que o único possível adquirente de um determinado bem, em quantidades que justifiquem a existência dos ofertantes, é o Poder Público; as hipóteses são várias, como se verifica nos exemplos dos medidores de água ou energia, grandes transformadores, asfalto e outros.

10. Nestes casos, o Poder Público é o grande comprador, sendo certo que a sua eventual escolha por um dos ofertantes, sem a realização da licitação exigida ou com a sua dispensa irregular, implica na eliminação da concorrência no setor em tela.

11. Entretanto, verificada em tese a possível existência de uma infração contra a ordem econômica, punível pelo Poder Público, como fazer para colocar o próprio Poder Público sob a égide da lei ferida?

12. De certa forma, o artigo 15 da Lei nº 8.884, de 1994, permite tal possibilidade ao arrolar pessoas jurídicas de direito público como sujeitas à aplicação da lei:

“Esta lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal”.

13. É evidente que a redação do artigo 15 demonstra que a lei tem por objetivo atingir também o Poder Público, uma vez que, além de mencionar expressamente as pessoas jurídicas de direito público, trata dos casos de monopólio legal.

14. Tais casos de monopólio legal são previstos no artigo 177 da Constituição Federal; ora, como são outorgados à União Federal e como o artigo 15 da Lei nº 8.884, de 1994, estabelece a sua sujeição à referida lei, obviamente o Poder Público também pode estar sob a mira do direito da

concorrência empresarial, inclusive e sobretudo por ajudar a causar a eliminação da concorrência.

III. SANÇÃO:

15. Tem-se aqui, porém, uma portentosa dificuldade, que se revela na aplicação das penalidades previstas na lei, até porque a aplicação da lei pressupõe a sanção.

16. Com efeito, o artigo 23 e respectivo inciso I da Lei nº 8.884, de 1994, estabelece que “a prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas”: “no caso de empresa, multa de 1 a 30 por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável”.

17. Resta evidente que o Poder Público não tem faturamento sobre o qual possa ser calculada determinada multa; quando este Poder Público é a União Federal, verifica-se ademais a confusão entre credor e devedor.

18. A hipótese de punição prevista no inciso II do artigo 23 - multa aplicada contra o “administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida por empresa” - igualmente não se revela de utilidade pois a multa aplicada contra o administrador é calculada através de uma porcentagem sobre aquela devida pela empresa.

19. Observa FÁBIO ULHOA COELHO que “da Administração Pública, somente se encontram sujeitas às penalidades da legislação antitruste as pessoas jurídicas de direito privado, como as sociedades de economia mista, as empresas públicas e as fundações, federais, estaduais ou municipais” (“Direito Antitruste Brasileiro”, Editora Saraiva, São Paulo, 1995, página 41).

20. Existe, assim, uma aparente incompatibilidade entre a sujeição do Poder Público aos ditames da lei e a impossibilidade de aplicação da sanção contra esse mesmo Poder Público; como resolvê-la, permitindo que a SDE e o CADE possam aqui cumprir a sua obrigação de defender a concorrência contra os atos que visam a sua eliminação?

21. É o mesmo FÁBIO ULHOA COELHO que procura dar a resposta à contradição: “Assim, a referência às pessoas jurídicas de direito público não deve ser necessariamente entendida como a definição de um gênero de agente ativo de infração contra a ordem econômica, mas sim considerada no amplo universo das pessoas em relação às quais a lei se aplica, não necessariamente para submetê-las às sanções” (obra e página citadas).

22. Prossegue o mesmo autor: “Esse é o único entendimento possível, em face da isonomia constitucional dos entes públicos. O CADE, como autarquia federal, e a SDE, órgão do Ministério da Justiça, não têm poder hierárquico e sancionador sobre a União e seus desdobramentos de natureza pública (órgãos da Administração direta e autarquias); não têm igualmente ascendência hierárquica sobre os Estados, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios” (obra e página citadas).

23. Pode-se discutir a questão da isonomia constitucional, ou isonomia recíproca entre as pessoas jurídicas de Direito Público, uma vez que, de acordo com o artigo 150, inciso VI, alínea “a”, da Constituição Federal, “é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios” “instituir impostos sobre” “patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros”.

24. Ora, a multa decorrente de infração contra a ordem econômica não é imposto e nem é aplicável sobre patrimônio, renda ou serviço de quem quer que seja.

25. De qualquer forma, subsiste intransponível a dificuldade de ser aplicada a multa, porque esta deve ser calculada sobre o faturamento e as pessoas jurídicas de Direito Público obviamente não têm faturamento.

26. Persiste, se for o caso, a infração praticada na outra ponta, isto é, pelo contratante beneficiado pela aquisição irregular de bens ou serviços; entretanto, deve o Poder Público ficar livre de qualquer sanção se e quando violar a sua própria lei?

27. Observa JORGE DE JESUS FERREIRA ALVES, comentando a responsabilidade do Estado no direito comunitário europeu, perante o Tratado de Roma: “(...) são possíveis duas situações: uma em que, apoiando-se nas legislações nacionais, as empresas privadas aproveitam para criar ou aumentar as restrições à concorrência. A outra situação é aquela em que as empresas privadas são constrangidas ou obrigadas pelo Estado a adotar determinado comportamento” (“Direito da Concorrência nas Comunidades Européias”, Coimbra Editora, 1992, página 83).

28. Inicia a resposta o mesmo autor: “Nem o art. 85 (nem o art. 86) nos elucidam sobre tais situações. No Acórdão da Indústria Européia do Açúcar, Suiker Unie, de 16/12/75, Processo nº 40/73 e outros, Colect. 1975, p. 1663, o TJCE admite que não é repreensível uma coligação entre empresas, desde que seja a consequência de uma medida adoptada pelo Estado, seja ela de natureza legislativa, administrativa ou regulamentar. Nessa medida, o comportamento restritivo da concorrência não poderá ser imputado às empresas, mas ao Estado” (obra e página citadas).

29. Apesar de reconhecer que o Tratado de Roma não prevê a punição expressa dos Estados-membros por infração concorrencial, observa

JORGE DE JESUS FERREIRA ALVES que “o Tratado impõe aos Estados que não adotem nem mantenham em vigor medidas susceptíveis de eliminar o efeito útil daquelas disposições. Tal obrigação dos Estados resulta da interpretação do art. 3º, alínea `f`. art. 5º e arts. 85 e 86 do Tratado” (obra citada, página 84).

30. Trazendo a matéria para a legislação brasileira, estamos evidentemente trilhando o caminho óbvio: o Poder Público tem a obrigação de cumprir a lei, no caso a lei da concorrência empresarial, evitando o patrocínio de ações de eliminação da concorrência.

31. Por óbvia que seja, essa obrigação, sob outro ângulo, encontra-se no art. 36 da Lei nr. 8.884, de 1994: “As autoridades federais, os diretores de autarquia, fundação, empresa pública e sociedades de economia mista federais são obrigados a prestar, sob pena de responsabilidade, toda a assistência e colaboração que lhes for solicitada pelo CADE ou SDE, inclusive elaborando pareceres técnicos sobre as matérias de sua competência”.

32. De qualquer sorte, o Poder Público não pode estar imune à lei; com efeito, a execução das decisões do CADE não deve ser apenas a que se refira à cobrança de multa, já que existe também a execução específica.

33. Assim, dispõe o art. 46 da Lei nº 8.884, de 1994:

“A decisão do CADE, que em qualquer hipótese será fundamentada, quando for pela existência de infração da ordem econômica, conterà:

I - especificação dos fatos que constituam a infração apurada e a indicação das providências a serem tomadas pelos responsáveis para fazê-la cessar;

II - prazo dentro do qual devam ser iniciadas e concluídas as providências referidas no inciso anterior;

III - multa estipulada;

IV - multa diária em caso de continuidade da infração”.

34. Como se pode verificar, a condenação pela prática de infração contra a ordem econômica inclui quatro itens, dos quais dois apenas são relativos a multas, sendo os dois outros relativos a providências que devem ser tomadas pelos infratores; no que diz respeito às multas, o Poder Público está obviamente livre, mas, no que diz respeito às providências que devem ser tomadas, o Poder Público está a elas obrigado.

35. Mais ainda, o Poder Público está obrigado a cumprir as providências determinadas pelo CADE, sob pena de execução, que pode evidentemente ser a execução específica.

36. Aplica-se aqui o disposto no art. 48 da Lei nº 8.884, de 1994: “Descumprida a decisão, no todo ou em parte, será o fato comunicado ao

Presidente do CADE, que determinará ao Procurador Geral que providencie sua execução judicial”.

IV. CONCLUSÃO:

37. O que se pode concluir é que, verificando-se hipótese de inexistência ou dispensa irregular de licitação, quando é necessária a licitação, pode ocorrer, além da violação da legislação das licitações, a violação da legislação da concorrência empresarial.

38. Essa violação pode ter como agentes não apenas o concorrente beneficiado como também e principalmente o Poder Público favorecedor da eliminação da concorrência.

39. Enquanto o concorrente beneficiado pode ser punido não apenas pela aplicação de multa como também pela determinação de cessação da prática, o Poder Público pode ser punido apenas pela determinação de cessação da prática, sob pena de execução judicial específica.

40. Como foi esclarecido acima, esta é apenas uma idéia, cujos contornos ainda não estão perfeitamente especificados, que é lançada com o objetivo de provocar o conveniente e salutar debate.