

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE**

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08000.023859/95-05

Representante: Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados

Representadas: UNICOM Produtos Hospitalares Ltda; B&B Produtos Médicos e Hospitalares Ltda e EXITO Comércio e Representações Ltda.

Relator: Conselheiro Mércio Felsky

RELATÓRIO

EMENTA: Recurso de ofício em Processo administrativo. Apuração de indícios de formação de cartel com superfaturamento em certame licitatório. Direito Econômico e Direito Administrativo. Insubsistência de indícios embasadores da representação. Rejeição da preliminar de nulidade do ato de instauração. No mérito, improcedência dos fatos alegados na representação. Manutenção da decisão recorrida. Arquivamento dos autos.

1. Em ofício datado de 28.09.95 (fls 02), a Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados encaminhou à SDE o requerimento nº 92/95 de autoria do Deputado Augusto Carvalho (fls 03), visando a apuração de possível formação de cartel, com superfaturamento em certame licitatório, entre fornecedores de equipamentos e material hospitalar à Diretoria de Saúde do Ministério do Exército, conforme denúncia publicada no "Jornal do Brasil" de 03 e 05 de setembro de 1995.

2. Anteriormente a esta data e antes mesmo do ofício remetido pela Comissão da Câmara dos Deputados, foi expedido ofício pela SDE ao Ministério do Exército, em 13.09.95, solicitando o encaminhamento de fotocópias dos autos dos certames licitatórios realizados pela Diretoria de Saúde deste ministério durante os anos de 1994 e 1995, bem como os dados complementares do cadastro de fornecedores habilitados, com as denominações corretas das empresas envolvidas, visando averiguar a existência de cartel conforme denúncias dos jornais (fls 06/09).

3. A remessa dos autos dos certames licitatórios foram protocoladas perante a SDE em 29.09.95 (fls 10/405- vol I e fls 408/809 vol II), tendo sido encaminhadas, especificamente, 697 cópias de autos de licitações e dispensas de lici-

tações relativas aos anos de 1994 e 1995 e 73 cópias de CRC (certificados de registros cadastrais) de firmas.

4. Posteriormente às fls 810, a CGTAE/DPDE entendeu que o despacho de fls 02, que determina a instauração de processo administrativo, deveria ser publicado no Diário Oficial da União. Para fundamentação do despacho, conforme solicitado às fls 812, foram identificadas as representadas (fls 814) e as práticas a serem imputadas (fls 816), que se enquadraram nas hipóteses previstas no artigo artigo 20, I e III c/c o artigo 21, I e VIII da Lei 8.884/94, in verbis :

"Art.20.Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguinte efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I- limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

III- aumentar arbitrariamente os lucros;

Art.21.As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I- fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços;

VIII- combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa; "

5. Através de despacho exarado em 16.01.96 (fls 819) e publicado no DOU de 18.01.96 (fls 820), o Secretário de Direito Econômico determinou a instauração de processo administrativo contra as empresas representadas que foram notificadas (fls 824/829) para apresentarem defesas e documentos para instrução. Observa-se que a determinação, constante deste despacho, de que fosse oficiada a Diretoria Geral de Saúde do Departamento Geral de Serviços do Ministério do Exército solicitando esclarecimentos, já havia sido suprida às fls 10.Vale ressaltar que, anteriormente, já havia uma determinação do Secretário de Direito Econômico, através de despacho informal e por escrito datado de 26.10.95 (fls. 02), no sentido de se instaurar o respectivo processo administrativo.

6. Às fls 832/868, esta última erroneamente numerada conforme se depreende dos autos, as representadas apresentaram defesa prévia conjunta, onde foram arguídas 5 preliminares, sendo elas:

1ª) Sustenta a falta de fundamentação do despacho de instauração do processo administrativo, tal qual dispõe do artigo 32 da Lei nº 8.884/94 e ausência de análise preâmbular nos documentos fornecidos pelo Ministério do Exército às fls 10 "usque" 809 que teriam o condão de demonstrar a improcedência dos fatos elencados nas matérias veiculadas na imprensa, classificando tal omissão como cerceamento de defesa.

2ª) Trata, também, da falta de indícios da denúncia mas esta fundamentada na pouca credibilidade da imprensa, uma vez que os fatos acusatórios foram "contrariados" na instrução da sindicância instaurada pelo Ministério do Exército à época.

3ª) Refere-se à pouca credibilidade que se deve dar à imprensa.

4ª) Menciona um despacho não cumprido do Diretor do DPDE, o qual solicita pesquisa prévia de antecedentes das representadas, que demonstraria a lisura das atividades das mesmas e faz uma breve exposição sobre a situação do mercado.

5ª) Trata da impossibilidade de existência de cartel de 03 empresas em mercado competitivo, pois mesmo em conjunto, as representadas não detêm posição dominante neste mercado.

7. As representadas abordaram ,ainda, na Defesa Prévia retromencionada, questões fáticas e de direito (fls 836), tais como:

a) Contestam a tipificação da infração dada em despacho do Inspetor Substituto da SDE (fls 816), considerando-o suscinto e subjetivo;

b) Apresentam relatório da Comissão de Sindicância do Ministério do Exército (fls 865/867) que conclui pela não comprovação de existência de cartel.

c) Informam que as ampolas e preservativos citados na denúncia não foram sequer fornecidos pelas representadas.

8. No mérito, as representadas negam a existência de cartel e de aumento abusivo de preços, invocando o "decisum" da Comissão de Sindicância do Minis-

tério do Exército, requerendo, ainda, que fosse reconhecida a insubsistência da denúncia e, conseqüentemente, arquivado o processo.

9. A Coordenação Geral Técnica de Assuntos Jurídicos (CGTAJ/DPDE), em 1ª nota técnica de fls 876/878, considerou necessária a retificação e republicação da peça instauratória de fls 819/820, completando-a com a devida tipificação e fatos a serem apurados e nova contagem de prazo, com fulcro no art. 32 e seguintes da Lei nº 8.884/94, que determina que o despacho inicial será fundamentado contendo os fatos a serem abordados, sob pena dos trâmites dos presentes autos ficarem sujeitos a argüição de nulidade pela parte sucumbente, ou seja, as empresas representadas.

10. Sustenta, em conformidade com a 1ª preliminar argüida na defesa prévia apresentada, que o despacho que se fez publicar, carece de elementos essenciais ao prosseguimento legal deste procedimento, inclusive prejudicando as partes que não podem supor do que devam defender-se, pois a conduta que se apuraria constante do despacho do Inspetor da SDE (fls 816) não foi aproveitada no despacho publicado no DOU. Sendo assim, não se trata de mera ausência de tipificação legal, mas de ausência dos fatos lançados contra os representados.

11. Todavia, em nova nota técnica do Coordenador Jurídico do DPDE, esta de caráter conclusivo (fls 880/899), a CGTAJ/DPDE entendeu, contrariamente, que não prosperam as preliminares de cerceamento de defesa, declinadas com o intuito de demonstrar possível nulidade processual. E, neste sentido, considerou desnecessária a sugestão retromencionada de retificação do despacho instauratório do processo para nele fazer-se constar as tipificações com abertura de novo prazo para apresentação de nova defesa, como medida de saneamento do feito.

12. Reportando-se à defesa prévia apresentada pelas representadas, contestou os seguintes pontos nas preliminares suscitadas, para considerá-las improcedentes, quais são:

a) Na 1ª preliminar, a qual reclama a ausência da descrição dos fatos acusados, as próprias representadas, conhecendo o inteiro teor dos autos, apresentam defesa sobre os fatos ali circunscritos. Desta feita não há que se falar em cerceamento de defesa, uma vez que se esgotaram todos os termos da acusação, nada mais restando para ser defendido, ou seja, a defesa atual já pretendeu esgotar a questão.

b) Considerou irrelevante a alegação da 4ª preliminar, uma vez que a ausência de pesquisa de antecedentes não passa de mero expediente administrativo, podendo ser ou não realizada, e não trará qualquer prejuízo aos representados em geral, pois a primariedade do acusado não é fator de excludente de ilicitude.

13. No que tange às preliminares 2ª, 3ª e 5ª, entendeu que estas abordam questões de mérito, não tratando de qualquer incidente processual.

14. Quanto a falta de motivação, alegada pelas representadas, sustenta que embora não constassem nos autos, de fato, indícios da materialização de ato que sustentassem a decisão de instauração do processo administrativo. No caso concreto, esta alegação também não procede pois a representação era originária de Comissão da Câmara dos Deputados, e neste caso, ainda que com insuficiência de dados, não restou outra alternativa à SDE senão a de instauração imediata do processo, em conformidade com o § 2º do artigo 30 da Lei nº 8.884/94, in verbis :

"A representação de Comissão do Congresso Nacional, ou de qualquer de suas Casas, independe de averiguações preliminares, instaurando-se desde logo o processo administrativo".

15. Não obstante a fundamentação acima descrita para instauração do processo administrativo, entendeu no exame de mérito da defesa, que assiste razão às representadas, pois após análise acirrada de toda a documentação encaminhada pelo Ministério do Exército, não vislumbrou prova material de infração às normas de defesa da ordem econômica, no que diz respeito às práticas que foram imputadas às representadas. Conclui, desta feita, pela improcedência dos fatos alegados na representação, propondo o arquivamento do processo administrativo, com a providência disposta no artigo 39, "in fine" da Lei nº 8.884/94.

16. Como fundamentação do posicionamento acima descrito, em síntese, foram abordados os seguintes aspectos:

a) As compras realizadas pelo Departamento de Serviços do Ministério do Exército obedecem aos ditames das normas de licitação e contratos da Administração Pública, dispostas na Lei nº 8.666, de 1993, que regulamenta o artigo 37, XXI da Constituição Federal, tanto no que tange aos procedimentos

licitatórios (regra geral disposta no seu art.2º) quanto em relação aos de dispensa ou inexigibilidade daqueles certames (arts 24 e 25).

b) Em nenhum caso, a decisão de dispensar nos limites da lei, o procedimento licitatório, depende de qualquer ação de potenciais fornecedores de bens, produtos ou serviços. Esta decisão dependerá única e exclusivamente do administrador, na gestão patrimonial da "res" pública, respondendo ele nas esferas penal, cível e administrativa por qualquer dano causado, por ação ou omissão, ao Erário, não podendo assim ser atribuída qualquer parcela de responsabilidade à contratado da administração pública, no que tange aos atos de decisão e implementação de dispensa ou declaração de inexigibilidade de licitação.

c) O artigo 26 do referido diploma legal, definiu procedimentos a serem adotados pelo administrador público, como ato vinculativo, na materialização de dispensa ou inexigibilidade de licitação, in verbis:

"Art 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e nos incisos III a XX do art. 24, as situações de

inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados dentro de três dias á autoridade superior para ratificação e publicação na imprensa oficial no prazo de cinco dias, como condição para eficácia dos atos.

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I- caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II- razão de escolha do fornecedor ou executante;

III- justificativa do preço."

d) No caso concreto, constatou-se que a administração procurou atender os termos e exigências do retromencionado diploma legal, conforme consta no documento de fls. 211, que trata do processo de dispensa de licitação pública com vistas à aquisição de material para a operação Angola-UNAVEM III, e

neste sentido teria impedido a possibilidade de materialização das infrações ora imputadas às representadas.

e) Verificou, também às fls 212, cópia do Diário Oficial de 07/08/97, onde consta o despacho de reconhecimento de dispensa da licitação, bem como o despacho de ratificação da decisão.

f) A descaracterização dos indícios de práticas infrativas da ordem econômica imputadas às representadas foi efetivada nas conclusões do relatório da sindicância realizada pelo órgão contratante (fls 865/867).

17. Em despacho às fls 911, o Secretário de Direito Econômico acolheu as propostas das notas técnicas de fls 880 a 899 e 904 a 907, determinando o arquivamento do feito, e recorrendo de ofício ao CADE, na forma do artigo 39, da Lei nº 8.884/94, recorrendo de ofício ao CADE.

18. O processo foi distribuído ao Conselheiro Paulo Dyrceu Pinheiro em 15.01.98 e em 22.01.98, foi aberto prazo à Procuradoria nos termos do artigo 42 da lei nº 8.884/94

19. Em 04.06.98, o processo foi redistribuído ao Conselheiro Mércio Felsky.

20. Foi emitido parecer pela Procuradoria do CADE às fls 919/923, que manifestou o seguinte posicionamento:

- Que o feito não deve prosseguir, não sendo conveniente a instauração regular do processo administrativo;

- Que se trata de processo administrativo desorganizadamente instaurado, tomando por base unicamente notícias da imprensa;

- Que o processo foi iniciado, de ofício, em face do ofício da SDE datado de 13.09.95, e que inexistindo indícios não poderia a autoridade administrativa instaurar o processo pois estaria violando o princípio da supremacia do interesse público.

- Que se trata de processo nulo, tendo em vista que a autoridade administrativa não possibilitou ao administrado saber o que verdadeiramente era apurado com despacho contrário aos ditames do artigo 32 da Lei nº 8.884/94;

- Discorda da 1ª nota técnica da CGTAJ/DPDE que sugere a reinstauração do Processo Administrativo, mesmo reconhecendo a nulidade do ato;

- Entende que a 1ª preliminar deve ser admitida, anulando-se o despacho de instauração, contudo não há qualquer indício que ampare a instauração de novo processo;

- Menciona que o fundamento da decretação da nulidade não está no fato de haver cerceamento de defesa, tal qual foi colocado na defesa prévia das representadas, mas baseia-se no princípio "pas de nullité sans grief" (não há nulidade se não houver prejuízo). Desta feita, sustenta, contrariamente ao anteriormente dito, que o ato há de ser considerado válido, tendo em vista que as representadas bem atacaram o mérito da questão, sendo que a irregularidade não provocou prejuízo algum para as representadas e que tal entendimento encontra amparo no disposto no artigo 249, § 1º, e no artigo 250, § único do CPC, in verbis:

"Art.249 O juiz, ao pronunciar a nulidade, declarará que atos são atingidos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos, ou retificados.

§ 1º O ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte.

Art.250 O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que possam ser aproveitados, devendo praticar-se os que forem necessários, a fim de se observarem, quanto possível, as prescrições legais.

Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados, desde que não resulte prejuízo à defesa."

- Contesta as preliminares argüidas pelas empresas, entendendo que a única que, de fato, constitui preliminar foi a 1ª, que sustenta a falta de motivação e de indícios;

- Concorda com a 2ª nota técnica da CGTAJ/DPDE que conclui pela improcedência dos fatos alegados na representação e propõe o arquivamento do feito;

- Por fim sustenta que, caso seja reconhecida a nulidade, matéria preliminar, não há como falar em dar ou negar provimento ao recurso e que o recurso só merecerá improvimento se o Plenário rejeitar a preliminar de nulidade do ato de instauração, passando a enfrentar o mérito da questão.

- Com base na fundamentação acima descrita, sugeriu duas medidas a serem adotadas pelo Plenário do CADE: a decretação da nulidade do ato de instauração do processo administrativo, mantendo-o em arquivo, visto que ausente qualquer indício fundamentador da instauração de novo processo ou ultrapassada a preliminar, no mérito, seja negado provimento ao recurso.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso de ofício, na forma prevista no artigo 39 da Lei nº 8.884/94, com decisão de arquivamento em Processo Administrativo instaurado para apurar indícios de formação de cartel com superfaturamento em certame licitatório.

Compulsando os autos em epígrafe, e reportando-me particularmente à defesa prévia conjunta apresentada pelas empresas representadas (fls.832/868) , às notas técnicas proferidas pela CGTAJ/DPDE (fls 876/878 e fls 880/899) e ao parecer da Procuradoria do CADE (fls 919/923), verifica-se que o processo administrativo, em tela, foi instruído de forma desorganizada e o que deu ensejo a posicionamentos divergentes no curso de sua instrução relativos às preliminares suscitadas pelas representadas, bem como, a validade do ato de instauração.

Isto posto, e após a análise dos posicionamentos retromencionados , manifesto minhas conclusões a seguir expostas:

- Não prosperam as preliminares de cerceamento de defesa, declinadas com o intuito de demonstrar possível nulidade processual, pois as representadas esgotaram todos os termos da acusação, nada mais restando para ser defendido. Sendo assim , a preliminar de nulidade do ato de instauração do processo administrativo há de ser rejeitada, visto que, conforme ressalta a Procuradoria desta Autarquia, não se declara nulidade quando não há prejuízo, consoante o disposto no artigo 249,§ 1 e no artigo 250,§ único do CPC, in verbis:

"Art. 249 O juiz, ao pronunciar a nulidade, declarará que atos são atingidos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos, ou retificados.

§ 1º O ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte.

Art. 250 O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que possam ser aproveitados, devendo praticar-se os que forem necessários, a fim de se observarem, quanto possível, as prescrições legais.

Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados, desde que não resulte prejuízo à defesa."

- Não obstante a existência de diligências anteriores à representação da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados, entendendo que mesmo depois de iniciadas as diligências, tornou-se obrigatória a instauração do processo administrativo, pois sendo a representação originária de Comissão da Câmara dos Deputados, ainda que insuficientes os indícios de materialização de ato que sustentassem a decisão de instauração do processo administrativo, não restaria outra alternativa à SDE senão a instauração imediata do mesmo, tal qual obriga a legislação, conforme dispõe o § 2º do artigo 30 da Lei nº 8.884/94, in verbis :

" A representação de Comissão do Congresso Nacional, ou de qualquer de suas Casas, independe de averiguações preliminares, instaurando-se desde logo o processo administrativo".

- Quanto ao exame de mérito, através da análise de toda a documentação encaminhada pelo Ministério do Exército (fls10/405-vol I e fls 408/809- vol II), dentre elas as fotocópias dos autos dos certames licitatórios realizados pela Diretoria de Saúde do Ministério do Exército durante os anos de 1994 e 1995 , bem como a conclusão do relatório da Comissão de Sindicância realizada pelo órgão contratante (fls 865/867) apresentado pelas representadas, ficou demonstrado que, de fato, não há prova material de infringência às normas de defesa da concorrência, no que diz respeito as práticas que foram imputadas às representadas. Desta feita conclui-se que não procedem os fatos alegados na representação.

- No caso concreto, conforme se depreende dos autos através do documento de fls 211, que trata do processo de dispensa de licitação pública com vistas a aquisição de material para a operação Angola-UNAVEM III, comprovou-se que a administração procurou atender os termos e exigências do artigo 26 da Lei nº 8.666/93, que trata de dispensa ou inexigibilidade de licitação e procedimentos a serem adotados pelo administrador público nestes casos, impedindo a possibilidade de materialização das infrações ora imputadas às representadas. O texto do referido artigo prevê, in verbis:

"Art. 26 As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e nos incisos III a XX do art. 24, as situações de

inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados dentro de três dias à autoridade superior para ratificação e publicação na imprensa oficial no prazo de cinco dias, como condição para eficácia dos atos.

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I- caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II- razão de escolha do fornecedor ou executante;

III- justificativa do preço."

- Vale ressaltar, tal qual foi colocado em nota técnica da CGTAJ/DPDE, que "a decisão de dispensar o procedimento licitatório nos limites da lei, depende única e exclusivamente do administrador, na gestão patrimonial da "res" pública, respondendo ele nas esferas penal, cível e administrativa por qualquer dano causado, por ação ou omissão, ao Erário, não podendo, assim, ser atribuída qualquer parcela de responsabilidade à contratado da administração pública, no que tange aos atos de decisão e implementação de dispensa ou declaração de inexigibilidade de licitação".

Ante o exposto, rejeito a preliminar de nulidade do ato de instauração, e quanto ao mérito lhe nego provimento, mantendo a decisão de arquivamento, constante do despacho do Secretário da SDE.

É o meu voto.

Brasília, 19 de agosto de 1998.

MÉRCIO FELSKY

Conselheiro