

Salvador, 23 de abril de 2015.

Boletim Informativo

1. JURISPRUDÊNCIA

[Supremo Tribunal Federal](#)

[Superior Tribunal de Justiça](#)

2. DICAS

3. ESTATÍSTICAS

4. SUGESTÃO DE LEITURA

5. PEÇAS PROCESSUAIS

[Denúncias da Operação Lava-Jato](#)

[Ações Cíveis Públicas da Operação Lava-Jato](#)

6. ARTIGOS

[A atuação do Ministério Público no controle da contratação de empresa para realização de concurso público](#)

Rita Tourinho | Promotora de Justiça do Gepam

[O que significa “livre concorrência” no campo das contratações públicas?](#)

Luciano Taques Ghignone | Promotor de Justiça do Gesau

1. JURISPRUDÊNCIA

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÕES. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR ATOS DE DIRIGENTE DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA DA QUAL A UNIÃO É ACIONISTA MAJORITÁRIA. INTERESSE DA UNIÃO QUE NÃO SE CARACTERIZA POR SI SÓ. CONFLITO RESOLVIDO PARA ASSENTAR A ATRIBUIÇÃO DO MINISTÉRIO ESTADUAL DO ESPÍRITO SANTO PARA ATUAR NO CASO SUB EXAMINE, RESSALVADO O DESLOCAMENTO PARA A JUSTIÇA FEDERAL, E, CONSECTARIAMENTE, PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, NO CASO DE EVENTUAL INTERESSE SUPERVENIENTE DA UNIÃO. SÚMULA Nº 517/STF. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A ação de improbidade administrativa que se volta contra dirigente de sociedade de economia mista da qual a União é acionista majoritária não acarreta, por si só, a presunção de violação de interesse, econômico ou jurídico, da União. 2. In casu, não se vislumbra, a priori, interesse jurídico direto da União apto a fixar a competência da justiça federal, e, por conseguinte, a atribuição do Parquet Federal. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, ACO 2438 AgR, Relator Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 24/02/2015, Acórdão Eletrônico DJe-045, publicado em 10-03-2015)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO. REPASSE DE VERBA SUJEITA A PRESTAÇÃO DE CONTAS EM ÓRGÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA DETERMINAR O INTERESSE DA UNIÃO: PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (STF, RE 767501 AgR, Relatora Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 03/02/2015, Acórdão Eletrônico DJe-030, publicado em 13-02-2015)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. RECORRENTE CONDENADA PELO DELITO DE PECULATO. ART. 312 DO CP. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE EM RAZÃO DO GRAU DE RESPONSABILIDADE DO CARGO PÚBLICO EXERCIDO. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A condição de Deputada Estadual não se confunde com a qualidade funcional ativa exigida pelo tipo penal previsto no art. 312 do Código Penal, que leva em consideração, entre outras condicionantes, a circunstância de o agente ser funcionário público. A quebra do dever legal de representar fielmente os anseios da população e de quem se esperaria uma conduta compatível com as funções por ela exercidas, ligadas, entre outros aspectos,

ao controle e à repressão de atos contrários à administração e ao patrimônio públicos, distancia-se, em termos de culpabilidade, da regra geral de moralidade e probidade administrativa imposta a todos os funcionários públicos, cujo conceito está inserido no art. 327 do Código Penal. Daí ser possível a elevação da pena-base em razão do grau de responsabilidade do cargo exercido pelo agente (1ª fase), sem que isso importe em bis in idem. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STF, RHC 125478 AgR, Relator Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 10/02/2015, Acórdão Eletrônico DJe-039, publicado em 02-03-2015)

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 7º DA LEI Nº 8.429/92. INDISPONIBILIDADE DE BENS. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE DILAPIDAÇÃO IMINENTE OU EFETIVA DO PATRIMÔNIO DO DEMANDADO E DE INDIVIDUALIZAÇÃO DOS BENS A SEREM ALCANÇADOS PELA CONSTRIÇÃO.

1 - A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.366.721/BA, sob a sistemática dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), consolidou o entendimento de que o decreto de indisponibilidade de bens em ação civil pública por ato de improbidade administrativa constitui tutela de evidência e dispensa a comprovação de dilapidação iminente ou efetiva do patrimônio do legitimado passivo, uma vez que o periculum in mora está implícito no art. 7º da Lei nº 8.429/1992 (LIA).

2 - Nas "demandas por improbidade administrativa, a decretação de indisponibilidade prevista no art. 7º, parágrafo único, da LIA não depende da individualização dos bens pelo Parquet, podendo recair sobre aqueles adquiridos antes ou depois dos fatos descritos na inicial, bem como sobre bens de família" (REsp 1.287.422/SE, Rel.

Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 22/8/2013). Nesse mesmo sentido, veja-se, ainda: REsp 1.343.293/AM, Rel. Ministra Diva Malerbi - Desembargadora Convocada TRF 3ª Região -, Segunda Turma, DJe 13/3/2013; AgRg no REsp 1.282.253/PI, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 5/3/2013; REsp 967.841/PA, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 8/10/2010; bem como as seguintes decisões monocráticas: REsp 1.410.1689/AM, Relª. Ministra Assusete Magalhães; DJe 30/9/2014; e AREsp 436.929/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, DJe 26/9/2014, e AgRg no AREsp 65.181/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe 12/5/2014.

3 - Recurso especial provido.

(STJ, REsp 1461882/PA, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 05/03/2015, DJe 12/03/2015)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DESIGNAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL PARA DISTRIBUIÇÃO DE INFORMATIVO, COM FINS DE PROMOÇÃO PESSOAL, INCLUSIVE MEDIANTE PAGAMENTO DE DIÁRIAS E USO DE

VEÍCULO OFICIAL. SUBMISSÃO DOS AGENTES POLÍTICOS ÀS DISPOSIÇÕES DA LEI 8.429/92. AUSÊNCIA DE DECISÃO DE RECEBIMENTO DA INICIAL DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NULIDADE. AUSÊNCIA. PREJUÍZO PARA A DEFESA NÃO DEMONSTRADO. INÉPCIA DA INICIAL. NÃO OCORRÊNCIA. PEDIDO CERTO. CONFIGURAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E PROPORCIONALIDADE DAS SANÇÕES FIXADAS NA ORIGEM. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. Agravo manifestado contra decisão que, por sua vez, não admitiu Recurso Especial interposto contra acórdão que julgou procedente o pedido, em Ação Civil Pública ajuizada pelo ora agravado, na qual postula a condenação do agravante, então Prefeito do Município de Vilhena/RO, por ter designado servidor público municipal, inclusive com o pagamento de diárias e uso de veículo oficial, para distribuição de um "informativo", com conteúdo de promoção pessoal.

II. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que as disposições contidas na Lei 8.429/92 são aplicáveis aos agentes políticos (STJ, AIA 30/AM, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, DJe de 28/09/2011; STJ, REsp 1.292.940/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/12/2013).

III. No caso, a ausência de decisão expressa de recebimento da inicial da Ação Civil Pública não tem o condão de gerar a nulidade apontada pelo agravante. Isso porque, além de não ter sido suscitada no momento oportuno, o agravante não demonstrou de que modo tal irregularidade trouxe prejuízo à sua defesa, pois fora notificado a apresentar defesa prévia, citado para apresentar contestação, teve amplo acesso aos autos e todas as suas alegações foram devidamente apreciadas. Assim, não tendo sido comprovado o prejuízo para a defesa, não há falar em nulidade.

IV. Nos termos em que posta a discussão, o exame da irrisignação do agravante, no sentido de que não houve a prática de atos de improbidade administrativa, por não ter sido comprovada a existência de dolo na sua conduta, demandaria o reexame de matéria fática, o que é vedado em Recurso Especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

V. Não há falar em inépcia da inicial, pois o agravado formulou pedido certo: a condenação do agravante em todas as sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/92, em razão da prática dos atos de improbidade administrativa devidamente narrados. A ausência de indicação precisa das sanções a serem impostas não gera a inépcia da inicial, pois tal tarefa compete ao Juiz, quando da prolação da sentença.

VI. Na hipótese, o exame da irrisignação do agravante, quanto à alegada desproporcionalidade das sanções aplicadas na origem, demandaria o reexame de matéria fática, o que é vedado em Recurso Especial, nos termos da Súmula 7/STJ. Precedentes do STJ (AgRg no AREsp 533.862/MS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 04/12/2014; REsp 1.203.149/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 07/02/2014).

VII. Agravo Regimental improvido.

(STJ, AgRg no AREsp 353.745/RO, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 03/03/2015, DJe 10/03/2015)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 23, I, DA LEI 8429/92.

MANDATO ELETIVO. AFASTAMENTO PARA EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO. CONTINUIDADE DO VÍNCULO PARA FINS DE CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL. ARTS. 9º 10 E 11 DA LEI 8429/92. ELEMENTO SUBJETIVO DO ATO ÍMPROBO EXPRESSAMENTE RECONHECIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM.

REVISÃO DAS SANÇÕES IMPOSTAS. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. VERIFICAÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO PROBATÓRIA.

IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. A Segunda Turma desta colenda Corte já se pronunciou no sentido de que, caso sejam exercidos cumulativamente, cargo efetivo e cargo comissionado, ao tempo do ato reputado ímprobo, deve prevalecer o primeiro para fins de contagem da prescrição, em razão do vínculo mantido pelo agente com a Administração Pública.

2. A Corte a quo, com base no conjunto fático e probatório constante dos autos, reconheceu que os recorrentes atuaram de forma dolosa, enriquecendo ilícitamente em prejuízo de recursos públicos, causando lesão ao erário e violando os princípios da administração pública.

Assim, é manifesto que a reversão do entendimento exposto no acórdão exige o reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

3. A análise da pretensão recursal no sentido de que sanções aplicadas não observaram os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, com a consequente reversão do entendimento manifestado pelo Tribunal de origem, exige o reexame de matéria fático-probatória dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no REsp 1500988/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 12/02/2015, DJe 19/02/2015)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. A DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO RECURSAL ATRAI O ÓBICE DA SÚMULA 284/STF. CONTRATAÇÃO DIRETA REALIZADA PELO PODER PÚBLICO SEM SUPORTE LEGAL. DOLO GENÉRICO SUFICIENTE PARA ENSEJAR A CONDENAÇÃO DO RÉU NO CAPUT DO ART. 11 DA LIA. DISPENSA DE PROVA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO E DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DO AGENTE. RECURSO DESPROVIDO.

1 . A mera indicação dos dispositivos legais tidos por violados, sem que haja demonstração clara e objetiva de como o acórdão recorrido teria malferido a legislação federal, não enseja a abertura da via especial, devendo a parte recorrente demonstrar os motivos de sua insurgência. A deficiência na fundamentação recursal inviabiliza a abertura da instância especial e atrai, por simetria, o óbice da Súmula 284/STF.

2. No âmbito das contratações pelo Poder Público, a regra é a subordinação do

administrador ao princípio da licitação, decorrência, aliás, do art. 37, XXI, da Constituição Federal.

Tratando-se, portanto, a inexigibilidade de licitação de exceção legal, é certo que sua adoção, pelo gestor público, deverá revestir-se de redobrada cautela, em ordem a que não sirva de subterfúgio à inobservância do certame licitatório. No caso concreto dos autos, desponta que a contratação direta realizada pelo Poder Público de Assis-SP, por intermédio de seus prepostos, careceu de suporte legal.

3. O STJ tem compreensão no sentido de que "o elemento subjetivo, necessário à configuração de improbidade administrativa censurada nos termos do art. 11 da Lei 8.429/1992, é o dolo genérico de realizar conduta que atente contra os princípios da Administração Pública, não se exigindo a presença de dolo específico" (REsp 951.389/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 4/5/2011).

4. Segundo o arcabouço fático delineado no acórdão local, sobre o qual não há controvérsia, restou claramente evidenciado o dolo do recorrente, quando menos genérico, no passo em que anuiu à inexigibilidade de procedimento licitatório, ensejando a indevida contratação direta de prestação de serviço técnico de elaboração de estudos de viabilidade, projeto e acompanhamento do processo de municipalização do ensino de 1º grau em Assis-SP. Tal conduta, atentatória ao princípio da legalidade, nos termos da jurisprudência desta Corte, é suficiente para configurar o ato de improbidade capitulado no art. 11 da Lei nº 8.429/92.

5. É fora de dúvida que a conduta do agente ímprobo pode, sim, restar tipificada na própria cabeça do art. 11, sem a necessidade de que se encaixe, obrigatoriamente, em qualquer das figuras previstas nos oito incisos que compõem o mesmo artigo, máxime porque aí se acham descritas em caráter apenas exemplificativo, e não em regime *numerus clausus*.

6. O ilícito de que trata o art. 11 da Lei nº 8.429/92 dispensa a prova de prejuízo ao erário e de enriquecimento ilícito do agente.

7. Recurso especial a que se nega provimento.

(STJ, REsp 1275469/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 12/02/2015, DJe 09/03/2015)

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL.

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NOTIFICAÇÃO PARA DEFESA PRÉVIA (ART. 17, § 7º, DA LEI 8.429/92). DESCUMPRIMENTO DA FASE PRELIMINAR. NULIDADE RELATIVA. NECESSIDADE DE OPORTUNA E EFETIVA COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZOS. ORIENTAÇÃO PACIFICADA DO STJ. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL PROVIDOS.

1. O tema central do presente recurso está limitado à análise da eventual nulidade nos casos em que não for observado o art. 17, § 7º, da Lei 8.429/92, relacionado à notificação do acusado para apresentação de defesa preliminar em sede de ação de improbidade administrativa.

2. A referida regra foi claramente inspirada no procedimento de defesa prévia previsto nos arts. 513 a 518 do Código de Processo Penal, que regula o processo e o julgamento "dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos". Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento que o eventual

descumprimento da referida fase constitui nulidade relativa: HC 110.361/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Dje de 31.7.12;

HC 97.033/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lúcia, Dje de 12.5.09.

3. Efetivamente, as Turmas de Direito Público deste Tribunal Superior divergiam sobre o tema, pois a Primeira Turma afirmava que o desrespeito ao comando do dispositivo legal significaria a inobservância do contraditório preliminar em ação de improbidade administrativa, o que importaria em grave desrespeito aos princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório e do devido processo legal. Por outro lado, a Segunda Turma entendia que a inexistência da notificação prévia somente configuraria nulidade caso houve comprovação de prejuízo em razão do descumprimento do rito específico.

4. É manifesto que o objetivo da fase preliminar da ação de improbidade administrativa é evitar o processamento de ação temerárias, sem plausibilidade de fundamentos para o ajuizamento da demanda, em razão das graves consequências advindas do mero ajuizamento da ação. Entretanto, apesar de constituir fase obrigatória do procedimento especial da ação de improbidade administrativa, não há falar em nulidade absoluta em razão da não observância da fase preliminar, mas em nulidade relativa que depende da oportuna e efetiva comprovação de prejuízos.

5. Ademais, não seria adequada a afirmação de nulidade processual presumida, tampouco seria justificável a anulação de uma sentença condenatória por ato de improbidade administrativa após regular instrução probatória com observância dos princípios da ampla defesa e contraditório, a qual, necessariamente, deve estar fundada em lastro probatório de fundada autoria e materialidade do ato de improbidade administrativa. Todavia, é necessário ressaltar que tal entendimento não é aplicável aos casos em que houver julgamento antecipado da lide sem a oportunização ou análise de defesa prévia apresentada pelo réu em ação de improbidade administrativa.

6. Nesse sentido, os seguintes precedentes: AgRg no REsp 1.194.009/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 30.5.2012; AgRg no AREsp 91.516/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 17.4.2012; AgRg no REsp 1.225.295/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe de 6.12.2011; REsp 1.233.629/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 14.9.2011; AgRg no REsp 1.218.202/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJe de 29.4.2011; AgRg no REsp 1.127.400/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe de 18.2.2011; REsp 1.034.511/CE, 2ª Turma, Rel. Min.

Eliana Calmon, DJe de 22.9.2009; AgRg no REsp 1.102.652/GO, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 31.8.2009; REsp 965.340/AM, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 8.10.2007.

7. No caso dos autos, o Tribunal de origem expressamente consignou que a nulidade apontada pelo descumprimento do art. 17, § 7º, da Lei 8.429/92, é relativa e que não houve indicação ou comprovação de prejuízos em razão do descumprimento da norma referida.

8. Embargos de divergência providos.

(STJ, EREsp 1008632/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 11/02/2015, DJe 09/03/2015)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 89 DA LEI N. 8.666/1993. DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ART. 41 DO CPP. DOLO ESPECÍFICO. EFETIVO PREJUÍZO AO ERÁRIO. COMPROVAÇÃO. NECESSIDADE. ATIPICIDADE DA CONDUTA.

INEXISTÊNCIA DE ARGUMENTOS APTOS A ENSEJAR A REFORMA DA DECISÃO.

1. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.

2. Na hipótese dos autos, o órgão acusatório não descreveu de que forma o denunciado concorreu para a empreitada criminosa. Também não demonstrou a maneira pela qual a dispensa da licitação configurou o crime previsto no art. 89 da Lei n 8.666/1993. Não ficou nítida na inicial acusatória a intenção dos agentes em lesar os cofres públicos, tampouco a ocorrência de prejuízo. Em outras palavras, não há na inicial ofertada pelo Parquet menção à ocorrência de dolo específico ou de dano ao erário.

3. A jurisprudência desta Corte Superior, firmada a partir do julgamento da APn n. 480/MG, em 29/3/2012, acompanhando o entendimento do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal (Inq n. 2.482/MG, julgado em 15/9/2011), assevera que a consumação do crime do art. 89 da Lei n. 8.666/1993 exige a demonstração do dolo específico, ou seja, a intenção de causar dano ao erário e a efetiva ocorrência de prejuízo aos cofres públicos. Precedentes.

4. Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no AREsp 324.066/MG, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 12/02/2015, DJe 27/02/2015)

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FRAUDE À LICITAÇÃO. FRAUDE PROCESSUAL. FINANCIAMENTO ORIUNDO DO BNDES PARA O ESTADO DE MATO GROSSO. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE CRIME PRATICADO EM DETRIMENTO DE BENS, SERVIÇOS OU INTERESSE DA UNIÃO. ENUNCIADO N. 209, DA SÚMULA DO STJ.

RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

I - A competência da Justiça Federal para apuração de crimes decorre do art. 109, inciso IV, da Constituição Federal, que afirma, dentre outras coisas, que compete aos juízes federais processar e julgar "as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral".

II - No caso, não obstante os recursos do Programa Mato Grosso 100% Equipado serem provenientes de empresa pública federal, não se evidenciou qualquer prejuízo ao ente público federal, haja vista que a relação jurídica que vincula o Estado de Mato Grosso ao BNDES é a de mútuo feneratício, o que indica, à toda evidência, que o valor emprestado deverá ser ressarcido pelo ente federativo.

III - Incide para o caso, mutatis mutandis, a ratio essendi do Enunciado n. 209, da

Súmula do STJ, que afirma que "compete à justiça estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal".

Recurso Ordinário desprovido.

(STJ, RHC 42.595/MT, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 16/12/2014, DJe 02/02/2015)

RECURSO EM HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA, FALSIDADE IDEOLÓGICA, SONEGAÇÃO DE LIVRO OU DOCUMENTO, USO DE DOCUMENTO FALSO E FRAUDE À LICITAÇÃO. CRIMES, EM TESE, PRATICADOS EM DETRIMENTO DE PROGRAMA FEDERAL DO GOVERNO - PROINFA, DESTINADO A AUMENTAR A PRODUÇÃO E OFERTA DE ENERGIA ELÉTRICA NO PAÍS. DELITOS PRATICADOS COM O FIM DE FRAUDAR CRITÉRIO LEGAL DE CONTRATAÇÃO DA ELETROBRÁS. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DA INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA PROCESSAR E JULGAR OS CRIMES IMPUTADOS. ALEGAÇÃO DE QUE INEXISTE EFETIVO INTERESSE JURÍDICO DA UNIÃO NO FEITO, BEM COMO DE QUE O STJ JÁ RECONHECEU A INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA PROCESSAR E JULGAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE, RELACIONADA AOS FATOS APURADOS. COMPETÊNCIA CIVIL QUE DIFERE DA CRIMINAL. INEXIGIBILIDADE DE INTERESSE SOMENTE JURÍDICO NO PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DOS CRIMES. SUFICIÊNCIA DE INTERESSE ECONÔMICO OU MORAL PARA A FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA FEDERAL. PROGRAMA EXECUTADO PELA ELETROBRÁS, MAS SUBMETIDO À FISCALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL, POR MEIO DO MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA. EVIDENTE INTERESSE DA UNIÃO NO PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DOS CRIMES RELACIONADOS AOS CONTRATOS FIRMADOS.

1. No presente recurso, busca-se a declaração de incompetência absoluta da Justiça Federal para processar e julgar os crimes de associação criminosa, falsidade ideológica, sonegação de livro ou documento, uso de documento falso e fraude à licitação, imputados ao recorrente, em decorrência de fatos relativos aos contratos entre a Eletrobrás e o Consórcio Santa Catarina, firmados para executar programa do Governo Federal destinado a aumentar a produção e oferta de energia elétrica no País, denominado Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica - Proinfa, ao fundamento da ausência de interesse jurídico da União no feito.

2. Em se tratando de competência penal, o interesse da União a ser averiguado difere um pouco do interesse considerado na seara cível. Não se exige que o interesse da União no julgamento e processamento do feito seja efetivamente jurídico, bastando o interesse econômico ou moral (político-social) na causa. Vale dizer, a fixação da competência da Justiça estadual para processar e julgar ação civil não importa na fixação da competência desta para o julgamento dos crimes relacionados. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

3. Evidenciado que a execução do programa estaria submetida à fiscalização da Administração Pública Federal, por meio do Ministério de Minas e Energia, exsurge o interesse da União no processamento e julgamento dos crimes relacionados e, conseqüentemente, a competência da Justiça Federal. Precedente.

4. Recurso em habeas corpus improvido.

(STJ, RHC 40.269/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 09/12/2014, DJe 03/02/2015)

2. DICAS

Os organismos públicos e privados que exercem atividade fiscalizatória têm aprimorado continuamente as técnicas de detecção de desvios. Um dos mecanismos mais utilizados atualmente consiste na identificação de “bandeiras vermelhas” (chamadas na literatura especializada de *red flags*), que são sinais indicativos de possível irregularidade. A identificação de uma “bandeira vermelha” numa investigação sob sua responsabilidade conduz o promotor de justiça a atuar com mais zelo, pois aumenta a possibilidade de que ele esteja defronte a uma irregularidade. Nessa seção serão apresentados eventos sinalizadores dessa natureza. Fique atento à presença de algum desses indícios em suas investigações!

✓ **RED FLAGS INDICATIVOS DA FORMAÇÃO DE CARTEL ENTRE LICITANTES:**

- As propostas apresentadas possuem redação semelhante ou os mesmos erros e rasuras.
- Certos fornecedores desistem, inesperadamente, de participar da licitação.
- Há empresas que, apesar de qualificadas para a licitação, não costumam apresentar propostas a um determinado órgão, embora o façam para outro.
- Existe um padrão claro de rodízio entre os vencedores das licitações.
- Existe uma margem de preço estranha e pouco racional entre a proposta vencedora e as outras propostas.
- Alguns licitantes apresentam preços muito diferentes nas diversas licitações de que participam, apesar do fato de que o objeto e as características desses certames serem parecidos.
- O valor das propostas se reduz significativamente quando um novo concorrente entra no processo (provavelmente não integrante do cartel).
- Um determinado concorrente vence muitas licitações que possuem a mesma característica ou se referem a um tipo especial de contratação.
- Existe um concorrente que sempre oferece propostas, apesar de nunca vencer as licitações.

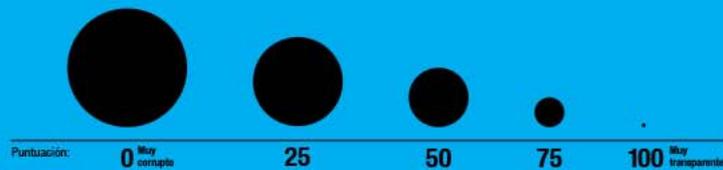
- Licitantes vencedores subcontratam concorrentes que participam do certame.
- Licitantes que teriam condições de participar isoladamente do certame apresentam propostas em consórcio.

Fonte: Manual de Combate a Cartéis em Licitações da Secretaria de Desenvolvimento Econômico

3. ESTATÍSTICAS

Nessa seção serão apresentados dados estatísticos relevantes para a defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa e o consequente aprimoramento dos métodos destinados à promoção desses bens jurídicos. Trazemos no presente boletim dois infográficos elaborados pela organização não-governamental Transparência Internacional, relativos ao seu conhecido Índice de Percepção da Corrupção (IPC). Esse índice, cuja divulgação iniciou no ano de 1995, tem por objeto medir o grau em que a corrupção é percebida entre os atores econômicos e governamentais. Trata-se, como o próprio nome diz, de um índice de *percepção*: como é impossível medir diretamente a quantidade de transações corruptas numa determinada nação – pela intrínseca clandestinidade que envolve esses acordos –, utiliza-se um método de aferição indireta, no qual se busca averiguar a intensidade com que a corrupção é *percebida* por atores sociais relevantes, ou seja, qual é a impressão deles acerca da exposição de sua nação às transações corruptas. O índice vai de 0 a 100, sendo 0 a classificação atribuída aos países com alto índice de percepção de corrupção e 100 o grau conferido aos países em que o nível de percepção de corrupção é baixo.

ÍNDICE DE PERCEPCIÓN DE LA CORRUPCIÓN 2014

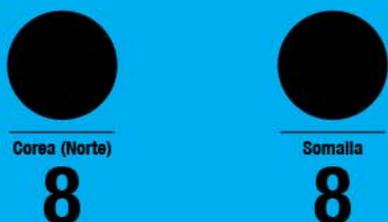


DIFERENCIA ENTRE PAÍSES

NIVEL SUPERIOR



NIVEL INFERIOR



PROBLEMA DE CORRUPCIÓN

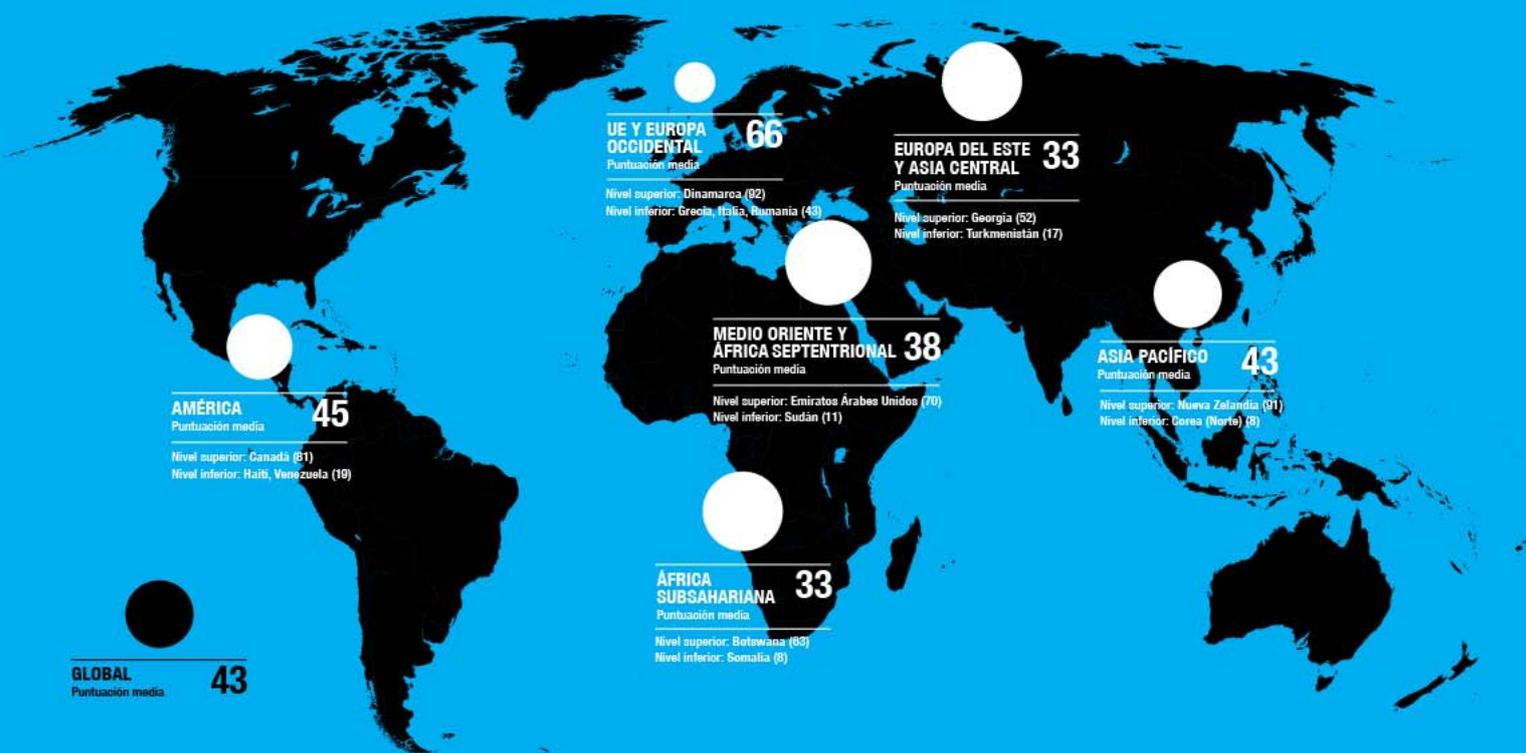
RESULTADO GLOBAL



RESULTADOS DEL G20



DIVISIÓN POR REGIONES



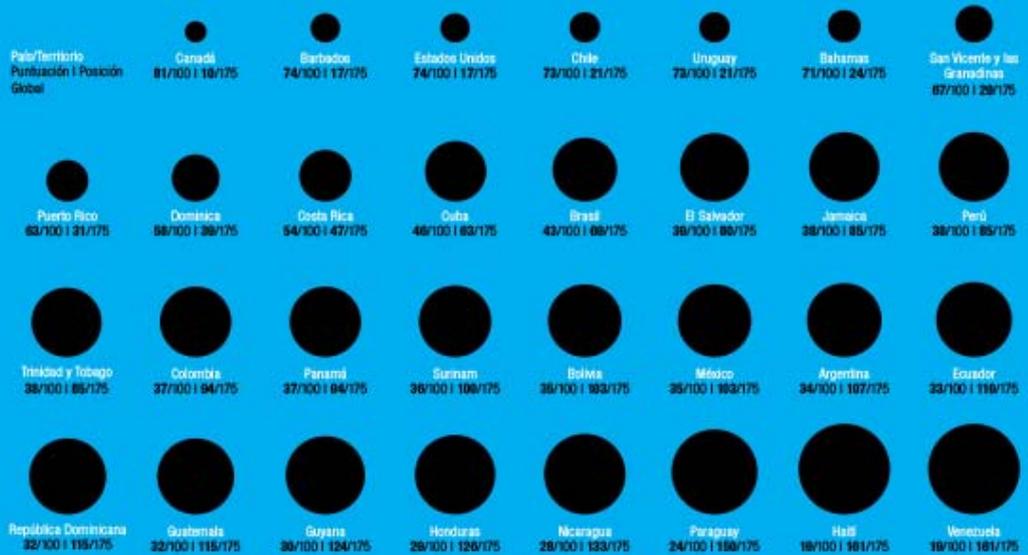
ÍNDICE DE PERCEPCIÓN DE LA CORRUPCIÓN 2014

América



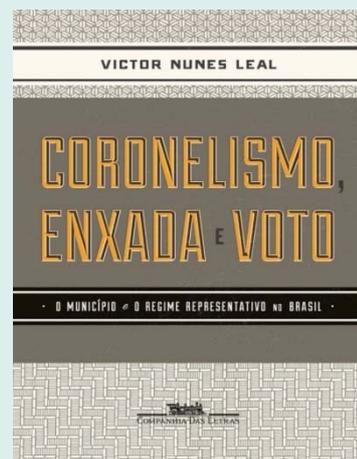
#cpi2014

El Índice de Percepción de la Corrupción 2014 mide los niveles de percepción de corrupción del sector público en 175 países/territorios en todo el mundo. Para ver los resultados completos visita: www.transparency.org/cpi



4. SUGESTÃO DE LEITURA

Coronelismo, Enxada e Voto é um dos marcos da ciência política nacional. Escrito por Victor Nunes Leal, que veio a se tornar Ministro do Supremo Tribunal Federal, o livro aborda o fenômeno do coronelismo, entendido como o resultado da pernicioso confluência de fatores históricos, econômicos e sociais. Embora escrita em 1948, a obra guarda enorme atualidade, contribuindo para a compreensão dos fatores que levaram ao nascimento e à longevidade de um sistema de perpetuação no poder lastreado numa dinâmica política, econômica e social ainda não de todo abolida nos rincões do Brasil. Leitura obrigatória para todos os que se interessam pela dinâmica dos processos que geram a corrupção eleitoral!



5. PEÇAS PROCESSUAIS

A Operação Lava-Jato é um marco na atuação do Ministério Público na defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa. A investigação conduzida de forma técnica e planejada culminou em ações penais e de improbidade administrativa que merecem ser consultadas como referência na atuação ministerial, além do valor didático que possuem, ao exporem a dinâmica das ações ilícitas.

Denúncias da Operação Lava-Jato

<http://www.lavajato.mpf.mp.br/denuncias-e-sentencas.html>

Ações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa da Operação Lava-Jato

<http://www.lavajato.mpf.mp.br/acoes-de-improbidade.html>

6. ARTIGOS

A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO CONTROLE DA CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO

RITA TOURINHO

Promotora de Justiça do Gepam

4.1. Do Processo Licitatório: Antecedente Necessário aos Contratos Administrativos

Sabe-se que a Administração Pública direta e indireta para atender as expectativas sociais, realiza obras e serviços, faz compras e aliena bens. Porém para exercer tais atividades precisa contratar. Ocorre que tais contratos dependem, em regra, de processo seletivo prévio denominado licitação. Com efeito, define-se licitação como procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse[1].

Em regra, todos os contratos firmados pela Administração Pública são precedidos de processos licitatórios, conforme preceitua o art. 37, XXI, da Constituição Federal[2]. Por outro lado, o inciso XXVII, do art. 22, da Carta Constitucional estabeleceu que compete privativamente à União legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, indiretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, parágrafo 1º, III;”.

A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, instituiu o estatuto jurídico das licitações e contratos administrativos pertinentes às obras, serviços, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Em verdade tal diploma é aplicado na sua inteireza à União, deixando para os demais entes federados a possibilidade de dispor sobre pontos que não possuam a característica de *norma geral*.

Costuma-se definir *normas gerais*, em matéria de licitações e contratos administrativos, como aquelas indispensáveis à implementação dos princípios constitucionais. Segundo Alice Gonzalez são “normas necessárias para tornar pacífica e uniforme, em todo território nacional, a integral realização dos princípios que emanam ou decorrem da Constituição Federal”[3]. Além disso, para que determinada norma tenha tal natureza, necessário se faz que não viole a autonomia dos entes federados.

Desta forma, os entes federados podem dispor sobre licitações e contratos administrativos desde que não quebrem os princípios regedores da licitação, nem retirem seu caráter competitivo. Assim, nada impede que as exigências mínimas sejam ampliadas no âmbito estadual e municipal, mas não pode ser relegada nem dispensada a licitação fora dos casos enumerados na lei federal.

Quando a Administração Pública recorre à realização de concurso público a primeira decisão administrativa a ser adotada é: o concurso será realizado por um dos seus órgãos diretamente ou deverá ser contratada uma empresa especializada para tal fim? Normalmente os entes administrativos escolhem a segunda opção.

Assim, decidindo contratar empresa para realização do certame, o segundo questionamento que se lança é voltado a saber da efetiva necessidade de realização de processo licitatório ou se há algum caminho que leve à contratação direta.

4.2. A Contratação Direta de Empresas para a Realização de Concurso Público

Sabe-se que na Administração Pública a regra é que todos os contratos sejam precedidos de processos licitatórios, porém, a Lei nº 8.666/93 traz alguns dispositivos que tratam da contratação direta. São situações em que a licitação formal seria impossível ou traria prejuízos ao interesse público.

A contratação direta não pressupõe a inobservância dos princípios administrativos, nem, tampouco, caracteriza uma livre atuação administrativa. Em verdade, há um procedimento administrativo que antecede a contratação, no qual deve ficar demonstrado o tratamento igualitário a todos os possíveis interessados, bem como a realização da melhor contratação possível. Se a Administração pode escolher o particular no caso da contratação direta, é bom que fique claro que isso não significa autorizar escolhas meramente subjetivas.

Assim, a Lei de Licitações, no art. 17 aborda a licitação dispensada, para casos

específicos de alienação de bens públicos. Segundo alguns, ocorrendo uma das hipóteses prevista nesse artigo, a contratação direta torna-se imperiosa[4]. No art. 24, por sua vez, a lei apresenta hipóteses taxativas de licitação dispensável e, por fim, no art. 25 trata da licitação inexigível, apresentando três situações exemplificativas. Interessa-nos neste momento a análise do art. 24 e 25 da Lei nº 8.666/93.

Quanto à licitação dispensável - art. 24 - esta ocorre nas situações em que, embora viável a competição entre os possíveis interessados, a licitação afigura-se inconveniente aos objetivos norteadores da atuação administrativa. Pensando-se na equação custo-benefício, a realização de processo licitatório traria maiores custos à Administração Pública do que benefícios. Confere razão a Jessé Torres Pereira Júnior quando afirma que “lei estadual, municipal ou distrital, bem assim regulamento interno de entidade vinculada, não poderá criar hipóteses de dispensabilidade”[5], percebe-se então, que o dispositivo que aborda os casos de licitações dispensáveis possui natureza de norma geral.

Voltando à contratação de empresa para realização de concurso público, dentre as trinta e três hipóteses de licitações dispensáveis previstas no mencionado dispositivo legal, duas são seguramente as mais utilizadas para justificar a contratação direta de ente destinado à realização de concurso público de provas ou provas e títulos. As hipóteses dos incisos II e XIII.

Desta forma, quando a estimativa de custo para realização do certame não ultrapassar R\$ 8.000,00 (oito mil reais) – no âmbito federal - ou seja, 10% (dez por cento) do valor máximo para realização da licitação, destinada a compras e serviços, na modalidade convite, poder-se-á contratar diretamente, com fulcro no art. 24, II, da Lei nº 8.666/93. Obviamente que esta situação é de difícil incidência por menor que seja o possível número de inscritos no concurso, diante dos custos que envolvem o procedimento, que vai desde a confecção de edital e provas até a manutenção de equipe especializada para condução do certame. Cumpre acrescentar, que a norma contida no art. 23, referente aos valores estipulados para cada modalidade de licitação, não possui natureza de norma geral, devendo cada ente da federação estabelecer seus próprios limites. Assim, no Estado da Bahia os limites de valores estipulados para cada modalidade corresponde a 70%(setenta por cento) dos limites traçados na Lei nº 8.666/93[6]. Por outro lado, acrescenta-se que não se fundamenta em tal hipótese os casos em que a Administração Pública contrata diretamente empresa para realização do concurso público, sob argumento de que não há gastos para o contratante se a remuneração de tal empresa decorrer exclusivamente dos valores das inscrições recolhidos. Ora, o valor pago pela inscrição no concurso tem natureza de receita pública, logo o quanto arrecadado deve ser computado para fixação da modalidade de licitação cabível[7]. Sobre a matéria trataremos mais adiante.

Muitos entes administrativos têm utilizado o disposto no art. 24, XIII, para contratação direta de “instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino, do desenvolvimento institucional ou da recuperação social do preso”. Segundo Marçal Justen Filho instituição corresponde a

“uma organização de recursos materiais e de esforços humanos que se autonomiza em face dos seus próprios fundadores, passando a gozar de um acentuado grau de independência”[8]. Para incidência de tal dispositivo, o fim da instituição deverá abranger pesquisa, ensino, desenvolvimento institucional ou a recuperação social do preso. Além disso, a instituição deve ter uma inquestionável capacidade para o desempenho da atividade objetivada e não possuir fins lucrativos.

Quanto aos fins institucionais, dúvidas não existem quanto ao alcance das atividades de ensino e recuperação social de preso, porém cabe esclarecer o que se entende por atividades de pesquisa e desenvolvimento institucional. A doutrina classifica a atividade de pesquisa como aquela voltada ao desenvolvimento de soluções inovadoras e desconhecidas. Porém não deve possuir uma vinculação entre a atividade do pesquisador e a obtenção de um resultado prático e imediato, pois a atividade tanto pode produzir efeitos satisfatórios como não. Quanto ao desenvolvimento institucional, segundo Marçal Justen Filho[9], o dispositivo se refere às instituições sociais e políticas, que promovam o desenvolvimento de outras instituições.

Em pesquisa mais remota, observava-se que o Tribunal de Contas da União admitia a legalidade da contratação de instituição sem fins lucrativos, destinada à pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional para realização de concurso público, sem maiores contestações[10]. Verificavam-se apenas os atributos da entidade contratada. Em pronunciamentos posteriores, foi possível perceber uma divergência em torno da matéria. Assim, a Corte emitiu seguidas decisões restringindo o caráter amplo da interpretação da norma, passando a se manifestar no sentido de que somente aquelas atividades estritamente ligadas ao ensino, à pesquisa ou ao desenvolvimento institucional, dentro de suas devidas concepções, podem ser objeto de contratação direta, o que não seria o caso de promoção de concurso público[11]. Em decisão mais recente, o TCU entendeu possível a utilização da contratação direta de fundação de apoio para realização de concurso público, com fundamento no inciso XIII, do referido art. 24, “desde que observados os requisitos legais, bem como demonstrada, com critérios objetivos, no plano estratégico do contratante ou em instrumento congênere, a essencialidade do preenchimento do cargo ou emprego público para o seu desenvolvimento institucional”. [12]

Assim, há aqueles que se posicionam favoráveis à contratação direta para realização de concurso público, com fundamento no art. 24, XIII, arguindo que a execução do certame concursal tem pertinência com o desenvolvimento institucional da Administração Pública. Neste sentido já decidiu o Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

AÇÃO POPULAR. DISPENSA DE LICITAÇÃO NA CONTRATAÇÃO DE INSTITUIÇÃO NACIONAL. LEGITIMIDADE. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. NÃO-CARACTERIZAÇÃO.

(...)

2- Inexistência de ofensa ao disposto no art. 24, XIII, da Lei n. 8.666/93, uma vez que a Fundação Universidade de Brasília (FUB) é instituição nacional sem fins

lucrativos, que se dedica ao ensino e de reconhecida idoneidade, reputação ético-profissional e capacidade na realização de concursos públicos por intermédio do CESPE _ Centro de Seleção e Promoção de Eventos, já tendo realizado dezenas de certames para admissão de pessoal em diversos órgãos e instituições, tais como, a título exemplificativo, o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal de Contas da União, O Instituto Nacional do Seguro Social, o Ministério Público do Trabalho, o Senado, o Ministério Público do Estado do Pernambuco, a Câmara Legislativa do Distrito Federal e o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, dentre outros, todos com dispensa de licitação na forma do dispositivo legal acima referido.

(...)

6- Apelação provida em parte. Remessa não provida (Processo AC 1998.01.00.084552-3/DF; Relator Juiz Federal Leão Aparecido Alves; Órgão Julgador Terceira Turma Suplementar; DJ 30/10/03).

Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 6.004/13, voltado a regulamentar o concurso público no âmbito da Administração Pública Federal. O art. 5º, parágrafo 1º, do referido Projeto de Lei, admite a contratação direta, inclusive com a utilização da hipótese do inciso XIII, do art. 24, da Lei nº 8.666/93.

Apesar do Projeto de Lei mencionado admitir a contratação direta para a realização de concurso público, com fundamento no inciso XIII, do art. 24, da Lei nº 8.666/93, entende-se bastante questionável tal possibilidade. Inicialmente, cumpre salientar, que o referido dispositivo não deve ser utilizado como válvula de escape para a realização de contratações diretas. Logo, de início deve se verificar se o objeto do contrato está inserido no âmbito de atividade inerente da instituição, dentre aquelas estabelecidas explicitamente no texto legal. Tal pertinência deve ser absoluta. Logo o objeto do contrato precisa adequar-se ao conceito de pesquisa, ensino, desenvolvimento institucional ou recuperação de presos. Ora, a realização de concurso público parece não se amoldar a nenhuma das atividades constantes do dispositivo legal, razão pela qual não caberia a utilização do mesmo na contratação de instituição para tal finalidade. Tal caminho parece também ser trilhado pelo Conselho Nacional de Justiça, que em decisão proferida entendeu ser viável a realização de licitação para contratação de instituição visando a realização de concurso público, uma vez que há no mercado diversas instituições com vasta experiência e dotadas de notória aptidão para a realização de concurso público. Acrescentou, ainda, que a regra do art. 24, XIII, não serve de fundamento para a contratação com dispensa de licitação, de entidade para a realização de concurso público, uma vez que a atividade não está vinculada a pesquisa, ensino, desenvolvimento institucional ou à recuperação social de preso[13].

Quanto à inexigibilidade de licitação, prevista no art. 25, da Lei nº 8.666/93, esta ocorre quando há inviabilidade de competição. É difícil sistematizar todos os eventos que podem conduzir à inviabilidade de competição, tanto assim que o dispositivo em comento traz três hipóteses exemplificativas. Marçal Justen Filho[14] enumera situações que caracterizam a inviabilidade de competição, quais sejam,

ausência de pluralidade de alternativas de contratação, ausência de mercado concorrencial entre possíveis interessados, impossibilidade de seleção com base em critérios objetivos e a falta de definição objetiva da prestação a ser executada.

O conceito de inexigibilidade de licitação coloca os autores em duas vertentes. Para alguns, ocorrendo uma das hipóteses exemplificativas do art. 25 estará caracterizada a inexigibilidade de licitação, independentemente de, no caso concreto, ser ou não viável a competição. Para outros, ocorrendo uma das situações do art. 25, somente se estará diante da inexigibilidade de licitação se, na situação fática, a competição for inviável, entendimento que parece o mais coerente com os princípios administrativos consagrados no nosso ordenamento jurídico. Nessa linha de entendimento, de acordo com Jessé Torres Pereira Filho[15], as inspetorias e procuradorias que funcionam junto aos Tribunais de Contas têm, na sua maioria, adotado o segundo posicionamento que também na opinião do autor é mais correto, tomando como base três fundamentos principais: 1º - a competitividade é da essência da licitação, logo somente será inexigível a licitação se impossível a competição; 2º - as hipóteses arroladas no art. 25 não geram presunção *juris et de jure*, uma vez que, na prática, a situação além de se enquadrar aos ditames de um dos incisos, estão também submetidas ao núcleo conceitual fixado na cabeça do artigo, que exige a “inviabilidade de competição”; 3º as hipóteses dos incisos não possuem autonomia conceitual, subordinando-se assim ao *caput* do artigo.

Dentre as hipóteses exemplificativas do art. 25, cabe-nos analisar aquela constante do inciso II, uma vez que há os que defendem a contratação direta de empresa para realização de concurso público, utilizando como fundamento tal dispositivo[16].

O art. 25, II, da Lei nº 8.666/93 trata da inexigibilidade de licitação a partir do preenchimento de alguns requisitos, quais sejam, ser o serviço de natureza técnica - dentre os enumerados no art. 13, do referido diploma legal - ser também de natureza singular e ser o contratado portador de notória especialização. Segundo Marçal Justen Filho, tal causa de inviabilidade de competição “consiste na inexistência de mercado de serviços concorrencial homogêneo”[17].

Referindo-se ao serviço de natureza técnica, Marçal afirma que “refletem atuação pessoal de um ser humano, com cunho de transformação do conhecimento teórico-geral ou da inventividade em solução prática-concreta”[18]. Assim, a natureza da prestação produzida tem que refletir a habilidade subjetiva de conduzir a transformação de conhecimento teórico em solução prática. Quanto à singularidade do serviço, esta se refere à sua natureza, independente do número de pessoas capacitadas para executá-lo. Para o preenchimento desse requisito não basta reconhecer que o objeto do contrato é diverso daquele usualmente executado pela própria Administração, também deve-se examinar se aquele objeto necessita de um profissional que foge aos padrões comuns do mercado. Com efeito, a análise da singularidade dependerá de circunstâncias históricas e geográficas. Segundo Marçal

sua identificação, no caso concreto, depende das condições generalizadas de

conhecimento e de técnica. Algo que, em um certo momento, caracteriza-se como sendo de natureza singular pode deixar de ser assim considerado no futuro. Um certo serviço pode ser reputado como de natureza singular em certas regiões do Brasil e não ser assim qualificável em outras[19].

A notória especialização, o terceiro dos três requisitos, vem definida no parágrafo 1º, do mencionado art. 25 e consiste no reconhecimento da qualificação do interessado no contrato por parte de um certo setor da comunidade. Busca-se o desempenho pessoal de ser humano dotado de capacidade especial de aplicar conhecimento - o conhecimento teórico para solução de problema.

Por certo que a realização de concurso público requer conhecimento especializado, uma vez que envolve atividade de natureza intelectual na confecção das provas, bem como expertise quanto à logística na sua aplicação.

O questionamento quanto à utilização do mencionado dispositivo legal para a contratação de empresas voltadas à realização de concurso público ocorre por parte daqueles que exigem a inviabilidade de competição para a incidência das hipóteses de inexigibilidade de licitação.

Ora, nos dias atuais, não somente a Constituição Federal exige para o ingresso em cargo ou emprego público a realização de concurso, como também há uma intensa fiscalização realizada tanto pelos Tribunais de Contas, como pelos Ministérios Públicos Estaduais e Federal, voltada à observância de tal norma. Em consequência, diversas são as empresas que oferecem serviços para efetivação de certames dessa natureza, portadoras de notoriedade e reconhecimento no mercado. Logo, não há que se falar em inviabilidade de competição, podendo a escolha ser estabelecida através de critérios objetivos, fato que leva a imposição de abertura de processo licitatório, como garantia aos princípios da isonomia e de seleção da proposta mais vantajosa. Acrescente-se que tal entendimento já foi manifestado pelo Tribunal de Contas da União[20].

Deve-se salientar, que a utilização de contratação direta para a realização de concursos públicos, não exime o ente contratante da observância de requisitos que garantam a incidência dos princípios administrativos. Desta forma, deverá constar do processo administrativo que antecede tal ajuste: os elementos caracterizadores da contratação direta, pesquisa de preços praticados no mercado, previsão dos recursos para a cobertura das despesas com o certame, razões da escolha da contratada com a justificativa da aceitação do preço ofertado, parecer jurídico, autorização da autoridade competente, dentre outros documentos.

Mesmo aqueles que admitem a contratação direta, sabem que muitas vezes a contratação de empresa para realização de concurso público se faz através de processo licitatório. Aliás, esta é uma prática que vem sendo observada por diversos entes federados. Nesse ponto discute-se a modalidade e o tipo de licitação a serem utilizados.

4.3. Da Licitação para Contratação de Empresa Voltada à Realização de Concurso Público

Dentre as modalidades de licitações previstas no art. 22, da Lei n. 8.666/93, temos a concorrência, a tomada de preço, o convite, o concurso, o leilão. Tem-se, ainda, o pregão estabelecido na Lei n. 10.520/02, para aquisição de bens e serviços comuns.

Os parágrafos do art. 22 definem cada modalidade de licitação. Sabe-se que, em regra, o critério utilizado para escolha da modalidade de licitação dentre a concorrência, a tomada de preço e o convite é o econômico[21]. A Lei n. 8.666/93 condicionou a escolha da modalidade de licitação em função do valor do contrato, porém possibilitou que contratação de valor relativamente diminuto seja antecedida de licitação em modalidade superior ao valor econômico cabível. Assim, nada impede que seja realizada licitação na modalidade concorrência para formalização de contrato cujo valor se adegue à modalidade convite.

No que concerne à licitação para contratação de empresa destinada à realização de concurso público, de início deverá o ente licitante apresentar uma planilha de custos dos serviços englobados em tal contratação. Assim, saberá estimar o valor aproximado do contrato, estabelecendo, por conseguinte, a modalidade de licitação a ser utilizada.

Percebe-se, no entanto, que muitas vezes o edital determina que a empresa a ser contratada seja remunerada com o recolhimento dos valores de inscrições, procedimento este já contestado pelo Tribunal de Contas da União[22]. Assim, no momento da formalização do vínculo não se sabe ao certo qual será o valor exato do contrato. Ora, se não há uma previsão precisa do valor da remuneração a ser paga ao contratado, o ideal é que se adote a modalidade de licitação destinada a contratos de valores mais altos, qual seja, a concorrência, que garante de forma mais eficaz os princípios da universalidade e da publicidade.

Por outro lado, a Lei n. 8.666/93 apresenta quatro tipos de licitações no art. 45, a de menor preço, a de melhor técnica, a de técnica e preço e a de maior lance. Não há discricionariedade na escolha do tipo de licitação. Conforme afirma Marçal Justen Filho “a natureza do objeto e as exigências previstas pela Administração condicionam o procedimento licitatório e definem o tipo de licitação”[23]. A Administração Pública deve se revestir de cuidados na observância do tipo de licitação, para que não se frustre o atendimento do interesse público.

O preço é fator relevante na seleção de qualquer proposta. É certo que a Administração sempre visa obter a melhor proposta pelo menor custo possível. Nas licitações do tipo menor preço, o menor valor apresentado, dentre aqueles com padrão de qualidade mínima exigido no ato convocatório, definirá o licitante vencedor. Conclui-se então que a licitação de menor preço admite exigências técnicas na configuração do objeto licitado, porém não serão verificadas como critério de

seleção da proposta. A licitação do tipo menor preço vem prevista no art. 45, parágrafo 1º, I, da Lei nº 8.666/93.

As licitações melhor técnica e técnica e preço, estabelecidas nos incisos II e III, do parágrafo 1º, do art. 45, da Lei nº 8.666/93, foram reservadas para situações especiais. O art. 46, da referida lei, determina que tais tipos de licitação serão utilizados “exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos”. Percebe-se, então, que tais tipos de licitação são utilizados quando o serviço a ser realizado pressupõe uma atividade predominantemente intelectual, trazendo o artigo algumas situações específicas a título exemplificativo. São hipóteses em que há uma atuação peculiar do ser humano. Será colocada em disputa a forma ou o meio de executar a prestação.

Na licitação melhor técnica, o edital deverá fixar o limite máximo de preço dentro do qual será escolhida a proposta tecnicamente mais vantajosa. Neste tipo de licitação os participantes deverão apresentar três envelopes, um contendo a documentação de habilitação, outro com a proposta técnica e, por fim, um terceiro com a proposta de preço. A proposta técnica é que desclassificará ou pré-classificará os licitantes para o julgamento final. Assim, aqueles que não oferecerem uma técnica aceitável serão desclassificados, devolvendo-lhes os envelopes de preços intactos. Por outro lado, as propostas técnicas aceitas são classificadas em ordem decrescente, passando, então, a Administração Pública a abertura dos envelopes contendo as propostas de preços. Posteriormente, passa a negociar o preço com o primeiro colocado (aquele que apresentou a melhor proposta técnica), tendo em vista o menor preço oferecido dentre aqueles que tiveram a proposta técnica classificada. Não havendo acordo, a negociação segue com o segundo classificado e assim sucessivamente até a formalização do ajuste. Percebe-se, então, que o limite de negociação exigida pela lei será sempre a proposta de menor preço apresentada entre os licitantes aptos tecnicamente a executar o objeto pretendido pela Administração. O grande problema da licitação do tipo melhor técnica é que, por fim, privilegia-se o preço, deixando-se, muitas vezes, de adquirir os serviços de melhor técnica, afinal a melhor adequação técnica possui custos mais altos, na maioria das vezes.

Muitas das considerações acima expostas aplicam-se à licitação técnica e preço. Na fase de exame das propostas técnicas, o procedimento é similar ao da licitação melhor técnica, principalmente no que diz respeito à estipulação de notas técnicas, desclassificando-se aqueles que não alcançaram pontuação mínima exigida. Neste tipo de licitação há também a atribuição de notas proporcionais aos preços oferecidos. Difere-se, basicamente, do tipo melhor técnica, em virtude da escolha recair sobre aquele que apresentar a melhor média ponderada, obtida com a nota da proposta técnica e a nota da proposta de preço. Os critérios para apuração das notas e para o cálculo da média são estabelecidos no ato convocatório. Pertinente a observação lançada por Edite Hupsel e Leyla Bianca, segundo as quais

Cada fator a ser pontuado, no que diz respeito à técnica, deve ter estreita correlação com o objeto desejado pela Administração. Atribuir pontuação ao número de empregados da licitante, à especificações relativas a sede física da empresa, ao local do seu funcionamento e outras situações que não se traduzem na melhor técnica desejada pela Administração é, no mínimo, desarrazoado e gera um desvio da nota técnica[24].

Por fim, na licitação maior lance ou oferta, utiliza-se como critério de julgamento da melhor proposta o maior valor oferecido pelo licitante. Este tipo de licitação é utilizado para alienação de bens, móveis ou imóveis[25], sendo realizado para a modalidade leilão, que ocorre em sessão pública.

Ora, envolvendo o concurso público atividade predominantemente intelectual, seja na elaboração do edital, seja na criação das questões das provas, seja na correção das provas ou ainda, no julgamento dos recursos, é inegável a necessidade de um corpo técnico especializado na realização do certame. Consequentemente, pode-se afirmar que o tipo de licitação adequado para contratação de empresa voltada à realização de concurso será o de melhor técnica ou técnica e preço. Acrescente-se que esses tipos de licitação são cabíveis mesmo na licitação de modalidade convite. Nesse sentido, José Ribeiro Mathias Duarte aduz “o aspecto em questão não oferece maiores dificuldades para sua definição, sendo certo que a modalidade convite, a exemplo do que ocorre com a tomada de preço e a concorrência, pode perfeitamente adotar o tipo melhor técnica ou técnica e preço, inexistindo qualquer proibição legal para tanto”[26].

A utilização de licitação do tipo menor preço, para o caso em análise, pode acarretar efeito negativo, consubstanciado na adoção de parâmetro insuficiente, imperfeito e inadequado para satisfazer a necessidade estatal. Daí a Administração desembolsará o menor preço, mas receberá prestação destituída de aptidão para satisfazer às necessidades coletivas. Como consequência, poderão ser selecionadas pessoas desprovidas de aptidão mínima para o exercício do cargo ou emprego público oferecido, comprometendo a boa prestação do serviço. Além disso, o risco da realização de um certame concursal sem um planejamento logístico adequado pode comprometer a sua validade, gerando danos ao erário.

Nessa linha de argumentação, o PL n. 6004/2013, antes mencionado, estabelece no parágrafo 1º, do art. 5º que a instituição organizadora do concurso público será selecionada mediante licitação, nos termos do art. 46, da Lei n. 8.666/93.

É exatamente pela natureza intelectual do serviço a ser prestado na realização de concurso público que não se admite a utilização da licitação na modalidade pregão para contratação de empresa para tal fim. Note-se que o art. 1º, da Lei n. 10.520/02, admite a utilização do pregão apenas para aquisição de bens e serviços comuns, definidos no parágrafo único deste artigo, no qual não se enquadraria a hipótese em exame. Infelizmente, muitos entes públicos vêm equivocadamente utilizando-se de tal modalidade de licitação na contratação de empresas voltadas à realização de

concursos, gerando processos concursais eivados de vícios insanáveis, com consideráveis prejuízos ao erário, diante da falta de experiência dos contratados.

4.4 Do Projeto Básico e Consequente Contrato: Busca da Eficiência

A Lei n. 8.666/93 trouxe no seu art. 6º, inciso IX a definição do projeto básico. Assim, representa uma projeção detalhada da futura contratação, devendo abordar todos os ângulos de possível repercussão para a Administração. O conteúdo do projeto básico, quanto à sua complexidade e minúcia, dependerá da natureza do objeto a ser contratado.

Independente da modalidade ou tipo de licitação escolhidos pela Administração Pública, o sucesso da contratação de empresa para a realização de concurso público dependerá da formalização de um projeto básico adequado, contendo os pontos essenciais da execução do contrato.

Inicialmente o ente contratante deverá definir um cronograma esperado do concurso, contemplando os marcos principais, com prazos em dias, desde a assinatura do contrato até a publicação do resultado final. A empresa ou instituição contratada deverá aceitar na íntegra tal cronograma.

Do projeto básico constará também, de forma clara e objetiva, as obrigações das partes que constarão do contrato, tais como, os locais de realização de provas, o número de vagas e os locais das mesmas, se o concurso será regionalizado, os requisitos para o preenchimento dos cargos/empregos, as fases do concurso, características das provas (objetivas, discursivas, orais, práticas, de títulos, etc), responsabilidade quanto aos custos de publicidade (se da instituição contratada ou do ente contratante), logística de aplicação de provas e segurança.

Com o propósito de orientar as instituições especializadas que pretendem participar do processo licitatório, o projeto básico deverá especificar a forma de apresentação de propostas. Normalmente as formas mais utilizadas são os chamados “contrato de risco” e o “pagamento por faixa de inscritos”.

No “contrato de risco” o ente ou empresa contratado aceitará realizar o concurso apenas com o montante arrecadado dos valores das inscrições. Em consequência, assume o risco de eventual prejuízo e o bônus de eventual *superávit*.

Entende-se que o “contrato de risco” encontra barreiras na arrecadação dos valores de inscrição pela empresa/ente contratado. Os valores pagos pela inscrição no certame concursal tem natureza de preço público, devendo ingressar diretamente nos cofres públicos, na forma preconizada pela Lei n. 4320/64. Logo não cabe a arrecadação direta pela contratada. Além disso, nem todo o concurso pode ser suportado apenas pela arrecadação dos valores das inscrições.

Outra forma de precificação, consiste no formato em que o preço é escalonado por número de inscritos. Nesta modalidade, estabelecem-se faixas de inscritos e, em cada faixa, cobra-se um valor fixo para o número de candidatos que inicia a faixa e outro valor por candidato que exceder esse mínimo, de forma que o valor final de uma faixa coincida com o valor inicial da faixa seguinte. Neste modelo, em regra, a empresa contratada não suporta o ônus das isenções, pois a cobrança é feita por candidato inscrito, não importando se ele é pagante ou isento.

Acatando o entendimento quanto à impossibilidade de arrecadação dos valores das inscrições pelos contratados, como forma de pagamento, deve-se salientar a necessidade de previsão orçamentária para custear o concurso.

A logística de aplicação de provas é item de grande repercussão na precificação do contrato, correspondendo a aproximadamente 80% dos cursos de um concurso. É importante que o projeto básico traga a especificação do número mínimo de fiscais em sala, escalonado de acordo com o número de candidatos. Muitas empresas que participam de processos licitatórios utilizam como estratégia a diminuição do número de fiscais em sala de aula para redução de custos, permitindo a apresentação de preços mais competitivos. Caso o projeto básico não faça referência ao número mínimo de fiscais em sala, o contratante correrá o risco de a empresa contratada trabalhar com apenas um fiscal por sala, o que não é suficiente. É desejável também que o projeto básico exija a presença de fiscais em banheiros.

Por certo que o êxito do concurso público está diretamente ligado ao detalhamento do projeto básico que deverá ponderar aspectos relevantes a serem considerados, garantindo a efetivação do princípio da eficiência, que corresponde à otimização dos meios com a satisfatoriedade dos resultados obtidos.

3. A Atuação do Ministério Público em caso de vícios na contratação voltada à realização de concurso público

Diferentemente do que ocorria antes da Carta Constitucional de 1988, quando o Ministério Público retirava o fundamento da sua atuação na legislação infraconstitucional, hoje a atuação ministerial tem sede constitucional, cabendo-lhe dar efetividade a todos os direitos subjetivos públicos assegurados na Constituição.

Em verdade, os objetivos da instituição estão dispostos no art. 127 e 129 da Carta Constitucional, possuindo como finalidade estrutural a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme preceitua o referido art. 127, *caput*. O art. 129 estabelece funções institucionais do Ministério Público, bem como meios de atuação, não impedindo que a legislação infraconstitucional apresente outras metas, desde que compatíveis com as finalidades expostas no art. 127.

A tutela de interesses individuais pelo Ministério Público somente se admite sendo eles indisponíveis, quando então a tutela poderá ocorrer de forma individual (art. 127, *caput*) ou coletiva (art. 129, III). Já a presença de interesses sociais,

relevantes para a sociedade, legitima a atuação ministerial. Dentre os interesses sociais, têm-se os difusos e coletivos, além dos interesses individuais homogêneos que, segundo Emerson Garcia[27], não se diferenciam ontologicamente dos interesses coletivos, ocorrendo apenas mera dissonância entre a nomenclatura utilizada no art. 129 III, da Constituição e aquela introduzida pelo art. 81, parágrafo III, do Código de Defesa do Consumidor.

Justifica-se a atuação do Ministério Público em caso de vícios na contratação de empresa/ente para a realização do concurso público diante dos interesses difusos envolvidos no certame.

Inicialmente, existindo indícios de irregularidades na contratação de empresa para a realização de concurso, O Ministério Público procederá à apuração dos fatos, iniciando, em regra, com a instauração de Inquérito Civil. Trata-se de procedimento administrativo, de caráter pré-processual, que se desenvolve extrajudicialmente. O art. 129, III, da Constituição Federal relaciona o inquérito civil dentre as funções institucionais do Ministério Público.

Mesmo sendo instrumento bastante útil para apurar lesões a interesses difusos e coletivos, o inquérito civil não é pressuposto necessário à atuação processual do Ministério Público. Assim, caso o *Parquet* disponha de elementos suficientes para propositura da ação civil pública ou outras medidas judiciais, pode dispensar a instauração do inquérito civil.

Em regra, possui legitimidade para instaurar inquérito civil o mesmo órgão do Ministério Público que, em tese, teria atribuição para a correspondente ação civil pública, nele inspirada. A instauração se faz através de portaria, podendo ser determinada de ofício pelo órgão ministerial ou em atendimento a representação feita por pessoa física ou jurídica.

Durante a tramitação do inquérito civil são realizadas diversas diligências voltadas à elucidação do fato em apuração. No caso de possíveis irregularidades na contratação da empresa para realização do certame concursal, deverá ser requisitada cópia do contrato, acompanhada do processo administrativo que deu origem ao mesmo, bem como dos processos de pagamento. De posse de tais documentos, poder-se-á observar se houve ou não processo licitatório, em caso negativo, qual a justificativa utilizada para a contratação direta, qual o valor praticado no contrato, se os valores de inscrição foram arrecadados pelo ente contratante ou pela empresa contratada, se a documentação exigida das empresas revela algum tipo de direcionamento ou se a contratação foi pautada em projeto básico (termo de referência) capaz de garantir a observância dos princípios administrativos.

Caso detecte-se irregularidades sanáveis, antes da realização do concurso público o Ministério Público poderá utilizar-se de Recomendações. Segundo leciona Hugo Nigro Mazzilli “as recomendações podem destinar-se à maior celeridade e racionalidade dos procedimentos administrativos”[28].

Diferentemente da requisição que possui caráter vinculante, obrigando o destinatário a atendê-la sem possibilidade de questionar a oportunidade e conveniência da mesma[29], a recomendação não possui tal caráter. Porém, apesar de não ter natureza vinculante, é inegável que a recomendação possui uma grande força moral, com conseqüências práticas. Assim, mesmo não estando a autoridade destinatária obrigada a acolher os termos da recomendação, caso decida não atendê-la deverá justificar os motivos de sua decisão neste sentido. Percebe-se, então, que além de força moral a recomendação possui também uma carga política, diante da repercussão negativa que pode gerar o não acolhimento desmotivado da recomendação.

Quanto ao concurso público, muitas vezes o Ministério Público é provocado por representações que noticiam vícios na contratação de empresas para realização de concursos, tais como, contratação direta indevida, pagamento de valor acima do praticado no mercado, direcionamento no processo licitatório e o não cumprimento dos termos contratuais pela contratada. Em tais situações, detectados vícios, muitas vezes estes podem ser sanados através do atendimento de recomendações enviadas pelo órgão ministerial.

Acrescente-se que o atendimento das recomendações pelos entes estatais será proporcional ao prestígio do Ministério Público no meio social como instituição isenta, atuante e comprometida com as suas finalidades institucionais.

O Ministério Público poderá, ainda, recorrer à formalização de Termo de Ajustamento de Conduta – TAC. Segundo José dos Santos Carvalho Filho, o TAC seria “o ato jurídico pelo qual a pessoa, reconhecendo implicitamente que sua conduta ofende interesse difuso ou coletivo, assume o compromisso de eliminar ofensa através de adequação do seu comportamento as exigências legais”[30].

A Lei da Ação Civil Pública, n. 7.347/85, faz referência ao ajustamento de conduta, no art. 5º, parágrafo 6º, conferindo ao mesmo eficácia de título executivo extrajudicial, ou seja, instrumento ao qual a lei confere eficácia executiva, possuindo idoneidade para deflagração direta de processo de execução.

No que concerne ao concurso público, o TAC vem sendo utilizado não somente para afastar ilegalidades detectadas, como também para estabelecer obrigações de fazer ao ente público responsável pelo concurso, como por exemplo, a obrigatoriedade da realização de processo licitatório para contratação da empresa, vedar recolhimento de valor da inscrição pela contratada obrigatoriedade de apresentar Termo de Referência detalhado no processo licitatório, dentre outras.

Quando não há possibilidade de se reestabelecer a legalidade através de meios consensuais, o Ministério Público poderá recorrer à propositura de ação Civil Pública.

A Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, disciplina a ação civil pública, em caso de danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor

artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. A norma constitucional que contempla a ação civil pública e por tal razão é fonte primária desse específico instrumento protetivo, encontra-se no art. 129, III, que reafirma a função institucional do Ministério Público, através desse instituto, “para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. Segundo José dos Santos Carvalho Filho a redação do art. 129, III, da Constituição Federal tornou mais amplo o objeto da tutela da ação civil pública, pois “além de alcançar a proteção ao patrimônio público, converteu em simplesmente enumerativa a relação taxativa que a lei contemplava, já que se referiu a **outros** interesses coletivos e difusos”[31].

Hugo Nigro Mazzilli[32] posiciona-se no sentido de caracterizar a ação civil pública como a via judicial voltada à defesa de interesses meta individuais, proposta por diversos co-legitimados, entre os quais o próprio Ministério Público. Obviamente que o Ministério Público está em melhor posição para o ajuizamento desta ação, por sua independência institucional e atribuições funcionais, porém o art. 5º, da Lei nº 7.347/85 trouxe outros legitimados, quais sejam, as entidades estatais, autárquicas, paraestatais e as associações que seguem as especificações legais.

No caso as irregularidades contempladas na contratação de empresa para a realização de concurso público poderão ser contestadas através de Ação Civil Pública, seja para declaração de nulidade da contratação, seja para imposição de obrigação de fazer ou não fazer. Como exemplo de obrigação de fazer, tem-se a é patente que há direito difuso não só à observância da norma contida no art. 37, II, da Constituição Federal, que torna obrigatória a realização de concurso para provimento em cargos ou empregos públicos, como também a correta condução do mesmo. Logo, a ação civil pública torna-se meio processual adequado para o Ministério Público não somente exigir a realização de concurso público, quando este se mostra necessário[33], como também para impugnar certames realizados sem a correta observância dos princípios consagrados no nosso ordenamento jurídico, protegendo-se, assim, o patrimônio público moral do Estado[34]. A ação civil pública também poderá ser utilizada para desconstituir ato administrativo de enquadramento de servidor público em afronta ao Texto Constitucional, por consubstanciar defesa do patrimônio público e tutela do interesse difuso da coletividade à adequada gestão da coisa pública[35].

Quanto ao objeto da ação civil pública, dispõe o art. 3º da Lei nº 7.347/85 que “a ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro, ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”. Nesta linha, o art. 11 acrescenta que “na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor”. Percebe-se, então, que o ideal é a execução específica, repondo-se o bem ou interesse lesado ao *status quo ante*, mas não sendo esta possível, a solução será a condenação em dinheiro, revertido em favor do fundo, destinado à reconstituição dos bens lesados, abordado no art. 13 da Lei. O art. 11 reporta-se também à cominação de multa diária pelo não cumprimento da obrigação estabelecida. Assim, sendo o réu

condenado a determinada obrigação de fazer, o juiz pode fixar o *quantum* da multa, estabelecendo, ao mesmo tempo, prazo para o cumprimento da obrigação. Caso não seja efetivada tal obrigação até o término do prazo estipulado, começará a ser contabilizada a multa.

Quando a ação civil pública é proposta tendo como fundamento a necessidade de realização de concurso público, diante de contratações temporárias irregulares, o objeto da ação poderá ser a condenação na obrigação de realizar concurso público, fazendo constar na próxima lei orçamentária verba para tanto, caso já existam cargos criados e não providos. Observe-se que não é correto o posicionamento no sentido de que a decisão quanto à realização ou não do concurso público cabe ao ente interessado, sem intervenção do Poder Judiciário. A discricionariedade não se confunde com a arbitrariedade. No momento em que o Poder Público realiza contratações temporárias para o exercício de funções típicas de cargos públicos criados e não providos, revela a efetiva necessidade de admissão de pessoal através do processo constitucional de concurso público. Logo, nada impede a intervenção do Judiciário, no sentido de fazer prevalecer o princípio da juridicidade.

O foro competente para a propositura da ação civil pública e das respectivas medidas cautelares é o do local onde ocorrer o dano (art. 2º e 4º). Optou o legislador pela competência territorial. Não há prerrogativa de foro para o julgamento de ação civil pública, que deve ser processada na primeira instância mesmo que figure como réu Ministro de Estado ou Presidente da República. Havendo interesse da União, entidade autárquica federal ou empresa pública federal, desloca-se a competência para a Justiça Federal. Note-se que com o processo de interiorização pelo qual vem passando a Justiça Federal é possível que o local onde ocorreu o dano se encontre sob a jurisdição de uma dessas Varas Federais localizadas no interior dos Estados. No entanto, se na Comarca não houver juízo federal, a competência se desloca para o juiz estadual, mas neste caso o recurso será dirigido ao Tribunal Regional Federal competente[36]. Estranhamente o Supremo Tribunal Federal decidiu de forma contrária a tal entendimento em ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal, em face do Município de São Leopoldo, local onde ocorreu o dano e onde não havia Vara Federal. Assim, conhecendo e provendo recurso extraordinário, reformou acórdão proferido pela TRF, da Quarta Região, que, confirmando decisão do primeiro grau, julgou incompetente a Justiça Federal e competente a Justiça Estadual para processar e julgar o feito. Desta forma, a Suprema Corte entendeu que se a União manifesta interesse na causa, o feito deve ser deslocado para a Capital, onde a Justiça Federal, na hipótese, tem jurisdição sobre o aludido Município[37].

Dentre todos os instrumentos de controle jurisdicional do concurso público parece-nos que a ação civil pública ocupa um lugar de destaque, diante da legitimidade conferida ao Ministério Público na defesa dos direitos dos cidadãos, que no nosso país pouco sabem ou nada sabem quanto aos seus direitos perante a Administração Pública e à forma de exigí-los. Por outro lado, como defensor da ordem jurídica, o Ministério Público não pode abrir mão desse eficaz instrumento capaz de impedir a realização de concursos públicos com flagrantes afrontas aos princípios abraçados no nosso ordenamento, que levam a uma seleção de candidatos bastante

questionável, comprometendo, por conseguinte, a prestação de serviços essenciais à coletividade.

[1]Meirelles, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 27.

[2]Jacoby Fernandes apresenta informações quanto ao número de contratações diretas realizadas pela União no ano de 1999. Segundo o autor, naquele ano, 51% dos contratos firmados a nível federal não foram precedidos de licitação, enquadrando-se em hipóteses de dispensa ou inexigibilidade. Conclui-se, deste dado apresentado, que diferentemente do ponto de vista legislativo, no qual a licitação é a regra e a contratação direta a exceção, a prática vem demonstrando o contrário (Cf. *Contratação Direta sem Licitação*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 188).

[3]Gonzalez Borges, Alice Maria. *Normas Gerais de Licitação para Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas*. In: *Temas do Direito Administrativo Atual*. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2004. p. 88.

[4]Não corrobora com este entendimento Marçal Justen Filho. Aliás, o mesmo autor aduz que as hipóteses previstas no art. 17, da Lei nº 8.666/93 não possuem natureza de norma geral, uma vez que ferem o princípio da autonomia federativa a União dispor sobre requisitos de alienação de bens dos demais entes federados (Cf. Justen Filho, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 171).

[5] Pereira Júnior, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 259.

[6]Art. 55, da Lei nº 9.433, de 01 de março de 2005.

[7] ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DIRETA DE EMPRESA ORGANIZADORA DE CONCURSO PÚBLICO, COM FUNDAMENTO NO ART. 24, II, DA LEI DE LICITAÇÕES. VALOR DO CONTRATO ADMINISTRATIVO INFERIOR A R\$ 8.000,00 (OITO MIL REAIS). RECEBIMENTO PELA EMPRESA CONTRATADA DAS TAXAS DE INSCRIÇÃO DO CONCURSO, EM MONTANTE SUPERIOR AO PERMISSIVO DA LEI LICITAÇÕES. NECESSIDADE DE PRÉVIO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO.(...)4. Ainda que os valores recolhidos como taxa de inscrição não sejam públicos, a adequada destinação desses valores é de interesse público primário. Mesmo que a contratação direta de banca realizadora de concurso sem licitação não afete o interesse público secundário (direitos patrimoniais da administração pública), é contrária ao interesse público primário, pois a destinação de elevado montante de recursos a empresa privada ocorrerá sem o processo competitivo, violando, dessa maneira, o princípio da isonomia, positivado na Constituição Federal e no art. 3º da Lei n. 8.666/93.(STJ. REsp. 1356260/SC. Recurso Especial 2012/0252591-0, Min. Humberto Martins. Segunda Turma. Dje: 19/02/2013.

[8] Justen Filho, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 252.

[9]Justen Filho, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 253.

[10]Decisão 470/93 - Plenário

[11]O Tribunal de Contas da União recomendou: limite-se a efetuar contratações com dispensa de licitação fundamentada no art. 24, inciso XIII, da Lei n. 8.666/93 quando houver comprovadamente nexos entre o dispositivo, a natureza da instituição contratada e o objeto contratual. (TCU. Processo n. 009.713/2000. DOU, 14 nov 00, pp. 103-104). A Lei de Licitações e Contratos do Estado da Bahia, Lei n. 9.433/05, no art. 59, XII, segue a mesma orientação.

[12] Acórdão n. 1339/2010-1ª Câmara, TC- 015.849/2006-0, rel. Min. Augusto Nardes, 16.03.2010

[13] Processo n. 0001444-15.2011.2.00.0000. Procedimento de Controle Administrativo. Rel. José Adonis. Data de Julgamento 05.07.2011.

- [14] Justen Filho, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 273.
- [15] Pereira Júnior, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 295.
- [16] Este é o posicionamento exposto por Diógenes Gasparini (Cf. Gasparini, Diógenes. *Concurso Público – Imposição Constitucional e Operacionalização*. In: *Concurso Público e Constituição*. Coord. Fabrício Motta. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005. p.67).
- [17] Justen Filho, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 280.
- [18] Justen Filho, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 281.
- [19] Justen Filho, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2005. p.283.
- [20] Tomada de contas. TRT - Segunda Região. *Contratação de empresa para a realização de concurso público sem licitação sob alegação de notória especialização. Ausência de malversação, desvio, locupletação ou dano. Contas regulares com ressalvas. Quitação. Determinação (Acórdão 62/998 – Plenário. Rel. Ministro Carlos Átila Álvares da Silva).*
- [21] Vale ressaltar a exceção constante do art. 23, parágrafo 3º, segundo o qual “a concorrência é a modalidade de licitação cabível, qualquer que seja o valor do seu objeto, tanto na compra ou alienação de bens imóveis, ressalvado o disposto no art. 19, como nas concessões de direito real de uso e nas licitações internacionais, admitindo-se neste último caso, observados os limites deste artigo, a tomada de preço, quando o órgão ou entidade dispuser de cadastro internacional de fornecedores ou convite, quando não houver fornecedor do bem ou serviço no país”.
- [22] Decisão nº 683/97.
- [23] Justen Filho, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2005. p.436.
- [24] Hupsel, Edite Mesquita e Lima da Costa, Leyla Bianca Correia. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos do Estado da Bahia*. Belo Horizonte: Fórum. 2006. p. 148.
- [25] No caso de bens imóveis pertencentes à União a alienação através da oferta do maior lance somente ocorrerá na hipóteses do art. 19, da Lei nº 8.666/93, quais sejam, se o bem tiver sido adquirido em dação em pagamento ou através de processo judicial. A Lei de Licitações e Contratos do Estado da Bahia, nº 9.433/05, admite a alienação de imóveis tanto pela concorrência, como pelo leilão, art. 34, I.
- [26] Duarte, João Ribeiro Mathias. *Desenvolvimento do Procedimento Licitatório*. São Paulo: Editora UNESP, 2004. p. 59.
- [27] GARCIA, Emerson. *Ministério Público: Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 46.
- [28] MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Inquérito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 336.
- [29] Acrescente-se que o desatendimento da requisição não só possibilita a interposição de mandado de segurança, como também sujeita o agente público às sanções previstas no art. 10, da Lei n. 7.347/85, constituindo também ato de improbidade administrativa, previsto no art. 11, II, da Lei n. 8.429/92, se o destinatário for agente público.
- [30] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública: Comentários por Artigos*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. p.216.
- [31] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública: Comentários por Artigos*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. p. 07. Em sentido contrário manifesta-se Hely Lopes Meirelles (Cf. Meirelles, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros: 2006. p. 265.
- [32] MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 52.

[33] Tal situação se daria na hipótese, por exemplo, de contratação temporária de pessoal, com fundamento no art. 37, IX, da Carta Constitucional, para exercício de funções típicas de cargos públicos, revelando burla à regra de obrigatoriedade do certame concursal.

[34] Assim, já decidiu o STJ: "AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONCURSO PARA PROFESSOR UNIVERSITÁRIO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. O Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação civil pública em defesa dos princípios que devem reger o acesso aos cargos públicos por meio de concurso, configurando o interesse social relevante. 2. embargos de divergência conhecidos e providos" (REsp 547704/RN. Rel Min. Carlos Alberto Menezes Direito. DJ 17/04/2006. p. 160). Na mesma linha manifestou-se também o TRF, da Primeira Região: "Ação Civil Pública. Concurso público que teria sido realizado com irregularidades. Legitimidade do Ministério Público Federal, mérito – inexistência de vícios no concurso. 1- O MPF tem legitimidade para ajuizar ação civil pública visando questionar a lisura de concurso público, pois assim agindo defende o patrimônio público contra possível contratação irregular, além de defender a probidade administrativa, tudo dentro de sua missão institucional, a teor do art. 129, III, da Constituição.(...)"(Apelação Cível nº 1999.38.02.001253-6/MG. Rel. Des. Fagundes de Deus, data de julgamento: 21/03/2007).

[35] Neste sentido já decidiu o TRF da 1ª Região: AC 1999.35.00.002582-0/GO. Apelação Civil. Des. Rel. José Almicar Machado. 1ª Turma. Data da decisão: 21/03/2007.

[36] Nesse sentido manifestou-se o STJ: "COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. SÍTIO ARQUEOLÓGICO. ART. 109, I, PARÁGRAFOS 3º e 4º, CF. LEI Nº 7.347/85, ART. 2º. I- A competência para processar e julgar ação civil pública, objetivando proteção ao meio ambiente, é do juízo em que ocorreu o dano. II- Precedente. III- Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Estadual (Conflito de Competência nº 12.361-5/RS. 1ª Seção, Rel. Min. Américo Luz, DJ de 8/5/1995)

[37] RE nº 228.955-RS. Pleno. Rel. Min. Ilmar Galvão. DJ 14/04/2000.

O QUE SIGNIFICA LIVRE CONCORRÊNCIA NO CAMPO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS?

LUCIANO TAQUES GHIGNONE

Promotor de Justiça do Gesau

1. Introdução

Como *processo de adaptação social* que é, o Direito não se fecha num isolamento dogmático relativamente a outros campos do saber. Ao mesmo tempo em que regula a vida social em seus mais diversos aspectos, também recebe os influxos correlatos. Mais do que salutar, a complementaridade dos outros campos relativamente à dogmática jurídica é necessária. Afirmar-se isso contemporaneamente beira o truísmo, dada a reconhecida penetração de outros processos de adaptação social no Direito. É o caso da Moral: todo o discurso de direitos humanos representa, claramente, o influxo da Moral sobre o Direito – e a sua onipresença (ou banalização) é confirmada pelo *princípio da dignidade da pessoa humana*, que hoje se transformou em coringa para justificar em *ultima ratio* qualquer argumento, desde questões de política internacional, até disputas entre condôminos.

Da mesma forma, a Economia, que é fortemente influenciada pelas regulações

jurídicas, também possui inegável influência sobre o Direito. Há normas jurídicas que não podem ser bem compreendidas sem recurso às noções consolidadas no campo da Economia. É o caso da ideia de livre concorrência, que figura como uma das diretrizes das contratações públicas.

O presente estudo investigará este tópico dentro de uma perspectiva luso-brasileira. As leis que tratam das contratações públicas, tanto no Brasil (onde o marco legal é a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei Federal nº 8.666/93), quanto em Portugal (cujo marco normativo é o Código de Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei nº 18/2008), dizem que essas contratações devem respeitar a livre concorrência.

2. A Consagração Normativa da Livre Concorrência

No Brasil, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos estabelece, no art. 3º, § 1º, I, que é vedado aos agentes estabelecer ou tolerar cláusulas ou condições que frustrem o *caráter competitivo* do processo de contratação pública. Da mesma forma, na parte criminal dessa lei, o art. 90 considera infração penal frustrar ou fraudar o *caráter competitivo* do procedimento licitatório. Já a legislação portuguesa contempla o princípio de maneira mais explícita. O Código de Contratos Públicos dispõe, no art. 1º, 4, que à contratação pública são aplicáveis os princípios da transparência, igualdade e *concorrência*. Por sua vez, o art. 16º do Código de Contratos Públicos estabelece os tipos de procedimento para a formação de contratos cujos objetos abrangem prestações que estão ou sejam suscetíveis de estar submetidas à *concorrência de mercado*.

A ênfase na competitividade (e no presente texto utilizaremos as expressões *livre concorrência* e *competição* de maneira intercambiável) no campo das contratações públicas não é nova, embora não se encontre satisfatoriamente desenvolvida na doutrina jurídica e nas decisões dos tribunais. MARIA JOÃO ESTORNINHO recorda que, em Portugal, o relatório da Comissão para a Qualidade e a Racionalização da Administração Pública, de 1994, já advogava firmemente a introdução dos "valores da competitividade e a liberdade de escolha".

O assunto é relevante e complexo, dizendo respeito à interface entre a iniciativa pública e a privada; mais especificamente, ao recurso que a iniciativa pública deve fazer, e sempre fez, à iniciativa privada, para garantir o provimento de bens ou serviços públicos. Para se desincumbir das atividades que lhe são conferidas constitucional e legalmente, o Poder Público necessita recorrer aos bens e serviços produzidos pelos empreendedores privados – é o que os alemães chama de *Bedarfsverwaltung*, a gestão das necessidades cotidianas da Administração Pública. Tome-se como exemplo as atividades relativas à saúde pública: se compete ao Governo prestar serviços de saúde aos cidadãos, é certo que, para fazê-lo, precisa adquirir medicamentos e outros insumos. E mais do que isso: necessita de computadores, materiais de escritório, mesas, cadeiras, macas e uma infinidade de outros bens sem os quais a atividade-fim não pode ser prestada.

Essas contratações consumam-se num terreno curioso: instituições públicas que, no que diz respeito à sua atividade finalística, não se regem pela lógica do mercado, devem recorrer a empresas para contratar serviços que se orientam por essa mesma lógica. Além dessa consideração – que, sob o prisma meramente teórico, já torna interessante a investigação –, observe-se que se trata de ponto de extrema relevância prática, posto que, nos países desenvolvidos, a participação das compras públicas na economia nacional corresponde a algo entre 40% e 45% do total de gastos efetuados com a aquisição de bens e serviços do setor privado. Não há porque se imaginar que nos países em desenvolvimento o percentual destoe significativamente – e, se dele divergir, provavelmente será para mais, e não para menos. Posto isso, o impacto dessas compras na economia nacional – e, via de consequência, no desenvolvimento de um País – é significativo.

Pois bem: conforme apontado acima, a legislação é clara ao determinar que, na celebração desses negócios jurídicos, o Poder Público deverá tomar como parâmetro a livre concorrência. Cabe indagar o que significa isso: a *livre concorrência* no campo das contratações públicas.

3. O Tratamento Doutrinário e Jurisprudencial da Livre Concorrência nas Contratações Públicas

Tentemos uma primeira aproximação, segundo a qual a livre concorrência correspondente ao respeito à igualdade entre os possíveis vendedores. Nesse contexto, as normas que impõem o respeito à competitividade destinam-se a assegurar que todos os potenciais contratantes sejam tratados de maneira equivalente, sem que sejam estabelecidas preferências ou discriminações arbitrárias ou injustificáveis à luz do bem ou serviço que se pretende adquirir. Só assim a concorrência será *livre*. É por esse caminho que vai, na literatura jurídica brasileira, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, conforme se extrai da passagem abaixo transcrita e, notadamente, do trecho grifado:

“O princípio da igualdade implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também o de ensejar oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados que, desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições e garantia. É o que prevê o já referido art. 37, XXI, do Texto Constitucional. Aliás, o § 1º do art. 3º da Lei 8.666 proíbe que o ato convocatório do certame admita, preveja, inclua ou tolere cláusulas ou condições capazes de frustrar ou restringir o caráter competitivo do procedimento licitatório e veda o estabelecimento de preferências ou distinções em razão da naturalidade, sede ou domicílio dos licitantes, bem como entre empresas brasileiras ou estrangeiras, ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o objeto do contrato.”

Segundo esse entendimento, a vedação normativa às práticas que cerceiem a competitividade têm por fundamento garantir a igualdade entre os contendores no procedimento de contratação pública.

Também ODETE MEDAUAR enxerga no chamado *princípio da livre*

concorrência uma preocupação fundamental em garantir a isonomia entre os competidores:

“Há competição, pressuposto da licitação, quando o universo dos possíveis licitantes não estiver previamente circunscrito, de sorte que dele não se exclua algum ou alguns licitantes potenciais. Por isso, impõe-se que a competição de que ora se trata, pressuposto da licitação, seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração.”

Novamente, *competição* é equiparada a *igualdade*. Parece ser esse o entendimento prevalecente na doutrina que se debruçou sobre o assunto, sendo de se mencionar, ainda, que essa concepção é abraçada por outros manuais de merecida reputação, como os de JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO e MARÇAL JUSTEN FILHO (este último sequer referindo a ideia de *competitividade*, discorrendo apenas sobre o que chama de *vantajosidade*).

Os tribunais superiores brasileiros têm seguido essa mesma linha de compreensão. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, as discussões tomam como nuclear o princípio da igualdade – possivelmente porque a livre concorrência não foi consagrada como princípio das contratações públicas pela Constituição Federal – e dele derivam a norma da liberdade de competição: a concorrência livre constitui um matiz, um viés, uma consequência, da igualdade entre os competidores. A preocupação central é com a isonomia entre os competidores. Como se verá na sequência, o raciocínio não é de todo equivocado, mas não resolve a questão: a liberdade de concorrência pode ser vista como uma consequência da igualdade entre os agentes econômicos, mas a isso não se resume, nem é esse o seu sentido principal.

Da mesma forma, no Superior Tribunal de Justiça, algumas decisões apreciam a vulneração ou não à *ampla competitividade* a partir de uma eventual limitação à participação de competidores. Acaba-se, como no Supremo Tribunal Federal, por reconduzir a discussão ao tópico da possibilidade de *participação igualitária* entre todos os possíveis contendores. Novamente, o eixo da discussão gravita em torno da ideia de igualdade, sendo a livre concorrência uma das formas de garanti-la (diversamente do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, nos julgados antes mencionados, aqui a competição livre não é *consequência* da igualdade, mas seu *pressuposto*).

Outros julgados dessa corte mencionam, de passagem, que os princípios basilares da licitação são os da *igualdade e da seleção da proposta mais vantajosa*, não referindo especificamente a ideia de competição ou concorrência¹⁵. A referência à igualdade e à escolha da melhor proposta é feita em conjunto, mas deixando subentendido que não se tratam da mesma coisa. São *dois pilares distintos*, e que devem existir concomitantemente, para que o procedimento atinja o seu objetivo. Escrutínio mais cuidadoso dessas decisões indica, no entanto, que, embora inicialmente assinalem tratar-se de ideias distintas, não apreendem bem em que elas se diferenciam. O núcleo central é, ainda, a noção de igualdade: a linha de raciocínio usualmente desenvolvida nesses arestos converge em que a seleção da proposta mais

vantajosa é uma decorrência da igualdade entre os licitantes, sendo essa última entendida como a abertura a todos os possíveis interessados em participarem do certame. Assim, é a seleção da proposta mais vantajosa *dentro de um universo restrito*: uma vez facultada a participação de todos os eventuais competidores (e aqui está garantida a igualdade) e fixado o rol daqueles que, efetivamente, habilitaram-se na disputa, é exclusivamente dentro desse elenco que se extrai a proposta mais vantajosa. Primeiro, garante-se a igualdade; feito isso, automaticamente chega-se à seleção da melhor oferta. Há um condicionamento de relevância e de sucessividade temporal, sendo que a tutela da igualdade é mais importante e vem antes, e a escolha da proposta mais benéfica para a Administração Pública é uma consequência natural daquela e vem depois. Colocada nesses termos, a seleção da proposta mais vantajosa (e a garantia da livre concorrência, se entendermos que aquela é corolário dessa, ou que ambas estão de alguma forma ligadas) seria muito simples. Se dez competidores se habilitaram, é dentro do âmbito estrito das dez propostas formuladas que se extrai a *mais vantajosa* (que, via de regra, é aquele que apresenta o valor mais baixo). Feito isso, entende a jurisprudência, está respeitada a diretriz que manda selecionar a melhor oferta, e basta. Todavia, como veremos abaixo, essa linha de entendimento não condiz com a ideia de livre concorrência ou competição que defendemos nesse artigo. É certo que a norma que impõe a escolha da proposta mais vantajosa pode ser interpretada como consagração da competitividade no procedimento licitatório. Não, todavia, se a preenchermos com a carga semântica que a doutrina jurídica e os tribunais brasileiros lhe vem outorgando, no sentido de que é o resultado automático da seleção da melhor proposta dentro dos limites estritos dos participantes do procedimento (ou seja, uma vez garantida a participação igualitária inicial), sem nenhuma consideração outra.

Em Portugal é maior a quantidade de estudos específicos sobre a competição na contratação pública. Todavia, assim como no Brasil, persiste a ênfase na igualdade como garantia da ampla e livre concorrência e da seleção da proposta mais vantajosa. Nesse sentido, defende RAQUEL SAMPAIO (os grifos são nossos):

“No contexto da contratação pública, a igualdade assume uma importância particular revestida de um duplo papel: como objectivo da contratação pública (oportunidades iguais e tratamento igual para os fornecedores) e como meio de atingir outros objectivos da contratação pública como a adjudicação economicamente mais vantajosa, a eficiência ou a probidade.”

NUNO CUNHA RODRIGUES afasta-se dessa linha, destacando a diferença entre concorrência e igualdade e caracterizando aquela, basicamente, como sinônimo de competitividade. Em sentido parecido caminham MARCELO REBELO DE SOUZA e ANDRÉ SALGADO MATOS, quando afirmam:

“O princípio da concorrência determina que seja garantido o mais amplo acesso aos procedimentos por parte dos interessados em contratar, e que, em cada procedimento, seja consultado o maior número possível de interessados, no

respeito pelo número mínimo que lei imponha.”

Ao que parece, a tônica não é mais a ideia de igualdade, mas *de ampla participação dos interessados*: a proteção à *livre concorrência* é vista como a garantia de que o maior número possível de interessados terá a possibilidade de participar da disputa. Em que pese isso, a igualdade permanece sendo o núcleo central do raciocínio, ainda que implícito. A garantia de *ampla participação* caracteriza-se pela vedação de restrições arbitrárias, ou seja, pela proibição de tratamento discriminatório injustificado. Essa constatação não pode ser feita sem recurso à ideia de igualdade.

Pois bem: aqueles que vêem na igualdade o princípio fundamental, do qual decorre a livre concorrência, sustentam que, uma vez garantida a participação ampla de todos os possíveis competidores (que entendem caracterizar a livre concorrência), a Administração Pública inelutavelmente obterá o negócio mais propício. Ou seja, atrela-se as duas finalidades da licitação, como se o atendimento de uma conduzisse ao atendimento de outra: garantida a igualdade (ou melhor, a participação ampla e igualitária), automaticamente seleciona-se a proposta mais vantajosa. Ocorre que o raciocínio é equivocado, posto que, da mera abertura para a participação potencial de todos os interessados, não decorre, necessariamente, o melhor negócio para o Poder Público. Basta, por exemplo, que todos aqueles que acorrerem ao chamamento para contratar ofereçam (mesmo sem estarem conluiados) preços bastante superiores aos que costumam praticar com outros clientes. A igualdade foi garantida, mas não se pode dizer que a Administração Pública tenha feito um bom negócio. Algo mais deve ser garantido, para que se assegure a *vantajosidade* do negócio para o Poder Público. Esse algo mais é, justamente, o núcleo da ideia de *competição*.

4. Alguns Apontamentos da Economia sobre a Livre Concorrência

É no acervo conceitual da Economia que a resposta deve ser buscada. Com efeito: o conceito de *competição* não nasceu no campo da Ciência Jurídica, nem ganhou nela grande elaboração – se é que ganhou alguma. A menção esparsa e superficial à livre concorrência tanto pelos doutrinadores, quanto pelos tribunais e legisladores, demonstra que não gravitam com segurança nessa área. Embora de importância fundamental, a questão não é enfrentada com consistência, e o que se tem são apenas aproximações inseguras que, ao final, acabam por reconduzir a noção *alienígena* a outro conceito, mais seguro e confortável para os juristas, eis que conhecido e abusado por todos: o de *igualdade*, que conta com ampla elaboração na órbita do Direito.

Não se confundem, no entanto, e isso – não bastassem os motivos expostos na sequência – por uma premissa básica de hermenêutica jurídica: as legislações brasileira e portuguesa fazem referência aos dois em separado. No Brasil, afirmando que a licitação se destina a garantir a igualdade e a seleção da proposta mais vantajosa, com menção também à competitividade. Em Portugal, através da referência clara aos princípios da igualdade e da concorrência como coisas distintas. Feita a distinção pelo legislador, não se pode considerá-la vã.

E o que nos traz a Economia que permita elucidar a questão, estremando as diferenças e permitindo uma caracterização segura da livre concorrência?

Busquemos em ADAM SMITH uma aproximação à resposta. GEORGE STIGLER indica que, na origem (na chamada Escola Clássica da Economia, a de ADAM SMITH), a expressão competição estava associada à ideia de rivalidade entre duas ou mais pessoas¹⁹. Ainda segundo essa visão “competição é um processo de responder a uma nova força e um método para se alcançar um novo equilíbrio”²⁰. O cenário vislumbrado por ADAM SMITH é composto de fornecedores de um lado e consumidores do outro. Firmada uma quantidade de fornecedores e outra de consumidores (a *lei da oferta e da procura*), atinge-se um patamar de preço: num mercado relativo ao produto X, existindo Y fornecedores e Z consumidores, o preço é A. Esse é o ponto de equilíbrio. Ocorre que se trata de uma relação de equilíbrio dinâmico. Alterada qualquer uma dessas variáveis, o preço também muda. Por exemplo, com o ingresso de novos fornecedores, acirram-se as condições de disputa e há uma tendência para que o preço diminua. Surge uma nova força e, a partir dela, atinge-se novo equilíbrio. O mesmo se opera em sentido inverso: retirando-se um ou alguns fornecedores, altera-se a proporção entre *oferta e procura* e cria-se condições favoráveis para a alteração do preço, desdobramento natural do mecanicismo do pensamento smithiano²¹. Nada tem a ver, portanto, com *igualdade*, mas sim com *disputa* (que se dá tanto entre iguais, quanto entre desiguais).

Lembre-se que o pensador escocês tinha em vista as *relações de mercado*, ou seja, o comércio de bens e serviços na sociedade. Não estava tratando de compras públicas, ou de negócios celebrados pelo Poder Público, mas sim por particulares. É importante ter isso em vista, como advertência contra a simples transposição do conceito de *competição* de SMITH para o campo das compras públicas. É o que bem se percebe ao analisar os requisitos que indica como necessários para caracterizar a livre concorrência. STIGLER considera ver em ADAM SMITH cinco condições para a competição:

- “1. Os rivais devem atuar independentemente, não em colusão.
2. O número de rivais, potencial assim como presente, deve ser suficiente para eliminar ganhos extraordinários.
3. As unidades econômicas devem possuir conhecimento tolerável das oportunidades de mercado.
4. Deve existir liberdade (de restrições sociais) para agir de acordo com esse conhecimento.
5. Tempo suficiente deve transcorrer para que os recursos fluam nas direções e quantidades desejadas por seus proprietários.”²²

Pois bem: ao menos duas dessas condições (as de número 2 e 5 – e por que não a de número 4) não ocorrem *nunca* nos procedimentos competitivos prévios à contratação pública. Mais o que isso, eles são intrinsecamente incompatíveis com essas condições. Em síntese, segundo a visão clássica ora exposta, a caracterização da competição (e dos benefícios que dela advém) demanda relações continuadas, por longo trato de tempo, entre um número expressivo de fornecedores de um lado, e de

adquirentes por outro. Não é exatamente esse o cenário que se tem nas compras públicas: o número de adquirentes (órgãos do Poder Público) é limitado e facilmente quantificável – como o é, em muitos casos, o de fornecedores, notadamente com relação àqueles produtos específicos que têm como usuária exclusiva a Administração Pública: por exemplo, artefatos militares. Além disso, as aquisições efetuadas encerram-se em ciclos determinados (os procedimentos formais de compras) que configuram módulos isolados e, por isso, impedem a caracterização da necessária fluidez de recursos decorrente de uma série contínua de transações. Em vista disso, a concepção smithiana somente é aproveitável no campo das compras públicas com reservas e adaptações.

ADAM SMITH ilustra o *pensamento clássico* na Economia. A *Escola Neoclássica* que lhe sucedeu também não traz contribuição que represente significativo avanço para o nosso tema. Veja-se, nesse ponto, os requisitos enunciados por FRANCIS EDGEWORTH, representante da Escola Neoclássica, como caracterizadores da competição:

“Mais especificamente, competição requer (1) números indefinidamente largos de participantes em ambos os lados do mercado; (2) completa ausência de limitações sobre o comportamento individual autointeressado; (3) completa divisibilidade das ‘commodities’ transacionadas.”²³

Nenhum desses três requisitos é verificado nos procedimentos de seleção dos contratantes com a Administração Pública.

Os requisitos acima apontados, extraídos de ADAM SMITH e de EDGEWORTH buscam construir um *conceito positivo* de livre concorrência, enunciando os elementos necessários para a configuração da *perfeita competição*. Busca-se construir uma *situação ideal*, a servir de parâmetro para se verificar se: (a) existe competição no caso concreto, e (b) o quão *perfeita* é essa competição, ou seja, o quanto ela se aproxima da situação *ideal*.

Um ponto salientado por todos que tratam da situação de perfeita competição não pode ser negligenciado: trata-se da *informação perfeita ou completa*. Somente há competição perfeita se um dos concorrentes tem conhecimento suficiente do preço que os seus competidores irão cobrar ou oferecer. Assim, ele tem condições de não vender por menos do que o valor de mercado, ou não comprar por mais do que esse valor. Ocorre que essa situação é liminarmente (e por princípio) excluída na competição prévia à contratação pública. Ao contrário disso, cada competidor *não pode* saber o valor que o outro vai oferecer. Isso somente deixa de ocorrer nos procedimentos abertos como os *pregões* e os *leilões*. Aqui se instaura uma situação mais próxima à ideal. Além disso, outro aspecto deve ser considerado: observe-se que a própria estrutura dos contratos administrativos traz impedimentos para uma previsibilidade dessa natureza (para uma informação adequada). Pense-se, por exemplo, na possibilidade de aditamento do contrato por um prazo maior. Isso interfere no cálculo do valor da proposta: o contratante não sabe, ao formular sua proposta, se somente será contratado pelo prazo previsto no edital, ou por prazo maior. E as possibilidades de alteração unilateral pela Administração? Aqui, também, existe uma situação de influência que retira certeza, prejudicando o fluxo informacional. E nem se diga que as cláusulas de equilíbrio econômico-financeiro corrigem isso. Elas pretendem corrigir, mas não têm condições de fazê-lo por

completo. Aliás, ou pecam por deficiência, por não conseguir corrigir a incerteza, ou por excesso, porque geram uma situação de certeza tão grande que acabam retirando qualquer álea do contrato por parte do contratado – isso porque ele está coberto com relação a qualquer situação, se dermos uma interpretação generosa às teorias do Fato do Príncipe, Fato da Administração e Força Maior.

No que diz respeito à perfeita mobilidade dos objetos transacionados (sejam bens ou serviços), também há algo a ser dito. Essa perfeita mobilidade pode ser interpretada como a possibilidade de alocar, ou de direcionar o esforço produtivo (ou lucrativo) para qualquer destino que se revele mais interessante. Sob esse prisma, na contratação pública, há essa mobilidade em muitos casos. O vendedor de alimentos pode escolher se é melhor devotar seus esforços para vender ao Poder Público (e participar do procedimento prévio para tanto), ou para a iniciativa privada. Todavia, em primeiro lugar, nem sempre é assim: existem bens que só podem ser produzidos para serem vendidos para o Poder Público (pense-se, além do produtor de artefatos militares, mencionado acima, no fabricante de metrô). Em segundo lugar, note-se que a eleição da destinação dos bens não é assim tão livre (e, em alguns casos, o é muito pouco). Isso porque essa perfeita mobilidade tem a si atrelada a presunção de que o adquirente não pode, sozinho, causar um grande desequilíbrio. Vender para ele ou para outro é uma escolha do vendedor. Mas, no caso do Poder Público, isso não acontece. Ele é um *buyer* muito importante, e a eventual retirada dele do mercado, ou a restrição que ele imponha a um ou alguns fornecedores, causa um sério impacto no mercado e, é claro, no preço.

Disso se extrai que as concepções acima referidas não produzem frutos relevantes no campo das compras públicas, cujas peculiaridades tornam-no especialmente infenso às condições necessárias para a caracterização da *concorrência perfeita*. É preciso, portanto, avançarmos para outras contribuições no âmbito da Ciência Econômica, que apresentam resultados mais relevantes para o assunto ora examinado.

Começamos pela *concepção negativa* de competição, construída por GEORGE STIGLER. Ao contrário de elaborar uma noção positiva, como a desenvolvida pelos economistas antes referidos (que visam identificar os elementos da situação ideal de perfeita competição), o economista americano estrutura a sua concepção pela negativa, ou seja, por aquilo que não caracteriza a competição e que, por isso, quanto menos presente numa situação real, mais próxima essa situação estará da ideia de competição. A estruturação de uma teoria negativa decorre da suposição de que não é possível formular uma teoria positiva completa e acabada da concorrência. Qualquer construção teórica nesse sentido logo se tornaria obsoleta.

STIGLER assinalava, em 1957, que o surgimento de novos problemas para a competição, anteriormente não contemplados, é uma realidade inevitável, que sempre exigirá novas reformulações, de forma que a teoria da competição sempre será aberta (*open-ended*). Por isso, o economista fica numa definição bastante singela, calcada no *mínimo denominador comum* que qualquer concepção de concorrência, em qualquer tempo, deve conter: define ele a competição como *ausência de poder de monopólio no mercado*. Sendo o *monopólio* caracterizado por uma posição dominante no mercado, a *competição livre* seria seu oposto: nenhum dos agentes econômicos tem tal prevalência ou poder, que o permita manobrar as disputas e impor-se aos demais concorrentes.

Essa posição de domínio (que é o poder de monopólio) pode ser tomada tanto em sentido estrito (monopólio em sentido estrito, prevalência de um único agente econômico) ou amplo (incluindo o oligopólio, caracterizado pelo concerto entre alguns agentes econômicos, com o propósito de impor-se aos demais contendores).

Segundo STIGLER, o que as leis pretendem quando estipulam a livre concorrência é dizer que devem ser criadas condições para garantir o melhor preço, e uma delas é evitar-se a colusão e, em última instância, o abuso de uma posição de domínio. É certo que, além das barreiras legais, existem restrições naturais ao abuso de posição dominante no mercado. Nesse sentido, o autor aponta duas barreiras à colusão, comumente referidas na literatura econômica, ambas relacionadas à deficiência informacional. A primeira delas diz respeito à incerteza de qual será o impacto que eventual rivalidade, ou seja, competição, causaria no mercado, bem como de qual a estratégia que maximizaria mais os lucros. Em outras palavras, determinadas situações de mercado não permitem que os participantes possam estimar com segurança os impactos que a colusão ou a competição teriam no mercado como um todo, de forma a saber-se qual a mais favorável, nem qual política deve ser adotada para tirar o máximo de proveito da colusão. Tem-se, assim, uma situação desfavorável à formação de monopólios ou oligopólios e, por conseguinte, propícia à competição. A segunda barreira se refere à incerteza sobre como será efetuada a divisão do produto da colusão, ou seja, que fração caberá a cada parte que participou do conluio²⁵. Novamente, determinados contextos fáticos são mais propícios a essa barreira informacional e, via de consequência, favoráveis à competição. Note-se, contudo, que o micromercado das compras públicas é intrinsecamente desfavorável a essas barreiras à colusão. Em primeiro lugar, porque não é difícil aos competidores calcularem, naquele universo restrito, qual o lucro advindo do concerto de condutas. Em segundo, porque, por esse mesmo motivo, não encontram grande dificuldade em ajustarem previamente qual a fração de benefício (de captura de rendas) que caberá a cada participante do conluio.

Retornemos, todavia, à linha da exposição. Em síntese, para que exista competição, é necessário impedir que através de ação isolada ou concertada um ou alguns agentes econômicos prevaleçam-se de posição dominante para obterem benefícios maiores do que obteriam se não detivessem esse domínio. Daí a definição negativa: a garantia da livre concorrência é uma garantia contra práticas anticompetitivas, caracterizadas pelo poder de monopólio entendido em sentido amplo. Em sentido similar, na doutrina jurídica brasileira, EROS ROBERTO GRAU sustenta que o reconhecimento jurídico da livre concorrência não se configura através da simples garantia de igualdade entre os agentes de mercado, mas com o reconhecimento do poder de mercado e, a partir daí, com a tentativa de contê-lo para evitar abusos – em síntese, com a regulação jurídica destinada a conter os abusos do poder de mercado²⁶.

Começamos a nos aproximar de conceituação capaz de produzir frutos mais interessantes no campo das contratações públicas. Avançando mais, é proveitoso o recurso à lição de outro economista, também laureado com o prêmio Nobel: o austríaco LUDWIG VON MISES.

Para VON MISES, o que caracteriza a prática anticompetitiva não é apenas a existência de um monopólio, mas sim a cobrança de um preço de monopólio. Mas comecemos com o que diz esse economista sobre competição:

“Ela significa a oportunidade de servir os consumidores de maneira melhor e mais barata sem ser restringido por privilégios concedidos àqueles cujos interesses estabelecidos a inovação prejudica.”²⁷

Portanto, em sentido idêntico ao já assentado, o monopólio consiste na instituição de privilégios que permitam o exercício de uma posição de domínio. Mas não é só isso: para VON MISES, a livre concorrência não é descaracterizada apenas pela existência desses privilégios, mas também – e principalmente – porque, por causa deles, os consumidores são servidos de maneira pior ou mais cara. O que releva observar, segundo o pensador austríaco, é a cobrança do que chama de preço de monopólio. O cerceamento da competição é objetivamente constatado através da cobrança de um preço de monopólio:

“Se as condições são tais que o monopolista pode assegurar rendimentos líquidos mais elevados através da venda de uma menor quantidade de seu produto a um preço mais alto do que vendendo uma quantidade maior do seu estoque por um preço menor, emerge um preço de monopólio maior do que seria o potencial preço de mercado na ausência do monopólio. Preços de monopólio são um importante fenômeno de mercado, ao passo que o monopólio enquanto tal é importante apenas se ele puder resultar na formação de preços de monopólio.”²⁸

Portanto, sempre que seja cobrado preço mais alto do que o que seria cobrado numa situação normal de mercado, tem-se um preço de monopólio, que é o resultado da restrição à competição. É por isso, aliás, que se formam os monopólios e oligopólios: para obter um ganho maior do que aquele que seria obtido em condições normais de mercado. Há uma captura de rendas (rent seeking) em desfavor da sociedade, que se vê obrigada a pagar por algo um valor superior ao que deveria custar. A prática anticompetitiva faz com que se cobre um preço excessivo, sendo que a diferença entre o preço normal e o preço de monopólio é apropriada pelo monopólio ou cartel, em detrimento da coletividade. E a recíproca é verdadeira: a prática competitiva consiste na situação de disputa de mercado na qual há competição relativamente ao preço. Nessa disputa há uma tendência à redução do preço ou à melhoria da qualidade do produto, que vêm em benefício da sociedade. Persiste a definição pela negativa, nos moldes de STIGLER, mas não para considerar como livre concorrência a ausência de monopólio, e sim a ausência da cobrança de um preço de monopólio. Em síntese, o que se assegura com a competição é que não seja cobrado um preço de monopólio.

Essa afirmação decorre do fato de que pode existir um monopólio ou cartel e não ser cobrado preço de monopólio, ou seja, ser cobrado o mesmo preço que seria cobrado em condições normais de mercado. E a recíproca é verdadeira: podemos ter a cobrança de um preço artificialmente mais alto do que teríamos numa situação ideal, ou mais próxima da ideal, sem que para isso exista um monopólio ou cartel. Pois bem: o que interessa, portanto, é o preço de monopólio. Quando se estabelece a livre concorrência como princípio da contratação pública, o que a lei quer dizer é que é um princípio da contratação pública que essa ocorra sem que o Estado seja artificialmente onerado ao ter que pagar um preço superfaturado.

Percebe-se, nessa conformidade, porque a noção de livre concorrência ou

competição não equivale ou mesmo se assemelha às de igualdade e ampla participação. Isso porque o simples tratamento igualitário de todos os competidores por parte da Administração Pública não impede que eles fixem preços superiores àqueles que normalmente praticam no mercado. Da mesma forma, a ampla participação não é idêntica nem conduz à livre concorrência, haja vista que, ainda que seja franqueada de forma irrestrita a todos os agentes econômicos a possibilidade de participarem de procedimentos seletivos para venderem bens ou serviços ao Poder Público, podem existir condições favoráveis à formação de monopólios ou oligopólios. Esses, valendo-se da posição de superioridade, tanto podem constranger outros interessados a não participarem do certame, quanto podem formular propostas de preços mais elevadas do que as normalmente praticadas. Essa é, como apontado, a exata finalidade dos monopólios e cartéis, eis que não se justificariam os custos da ação colusiva, se deles não se pudesse obter ganhos extraordinários, não obtíveis na normalidade do mercado.

5. A Livre Concorrência como Vedação de Práticas Anticompetitivas Decorrentes da Cobrança de um Preço de Monopólio

Conclui-se, portanto, que o que se quer garantir com a previsão normativa da competição como uma das diretrizes da contratação pública é a não cobrança de um preço superior ao usualmente praticado no mercado. Dessa forma, ao mencionarem a igualdade e a concorrência, as legislações portuguesa e brasileira têm em mente balizar os procedimentos de contratações públicas tanto pela preocupação em zelar para que não se criem condições arbitrárias para excluir potenciais interessados em participar dos certames, quanto pelo cuidado em que a Administração Pública não pague pelos bens ou serviços preço mais caro do que o praticado em condições normais de mercado.

Esse raciocínio, que parece intuitivo, conduz a outra conclusão: para assegurar esse propósito, deve a legislação conter previsões que vedem a cobrança de preços injustificadamente elevados. Trata-se da forma mais simples de zelar pela livre concorrência, proibindo aquilo que a descaracteriza: a cobrança de um preço de monopólio.

Esse aspecto é enfrentado, embora não de maneira clara e direta, nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português. Cabe referir, em Portugal, o art. 70º, 1 e 2, letra “g”, segundo o qual, num procedimento de contratação pública, devem ser rejeitadas as propostas que contenham indícios de atos ou práticas capazes de falsear as regras da concorrência. Embora não refira expressamente, é possível interpretá-lo de forma a abarcar a isolada cobrança de preço de monopólio como um indicativo de falseamento da concorrência, sem que seja necessário demonstrar como se deu o ajuste espúrio que levou a esse preço. Por sua vez, o marco normativo brasileiro na área das contratações públicas – a Lei de Licitações e Contratos Administrativos – traz uma referência ao tema quando trata do registro de preços, estabelecendo no art. 15, §6º, que qualquer cidadão é parte legítima para impugnar o quadro geral de preços, quando neste constem preços superiores aos praticados no mercado²⁹. Existe, além disso, menção às práticas anticompetitivas dentre seus dispositivos penais, notadamente o art. 90, citado anteriormente, nos termos do qual é crime frustrar o caráter competitivo do procedimento licitatório mediante ajuste, combinação ou

qualquer outro expediente. Ampliando-se o exame para o restante da legislação brasileira, encontra-se menção ao tema na Lei Federal nº 8.429/92, voltada para combater os chamados atos de improbidade administrativa. O art. 10, V, da referida lei, considera ato de improbidade administrativa qualquer conduta que permita ou favoreça a aquisição de bem ou serviço por preço superior ao de mercado³⁰.

Percebe-se que as legislações buscam proteger a livre concorrência de duas formas distintas: (a) reprimindo as condutas colusivas que possam originar práticas anticompetitivas, e (b) reprimindo diretamente a cobrança de preços abusivos, não exigindo que se demonstre pormenorizadamente como se deu a colusão. Esse ponto é de sobeja importância, eis que a essência da prática anticompetitiva é, justamente, a cobrança do preço de monopólio. Assim, a segunda opção é melhor, posto que é mais adequado coibir-se diretamente esse indicativo de cunho objetivo, do que se exigir a prova pormenorizada de como operou o monopólio ou cartel, prova essa que é, em geral, de difícil obtenção. Examinando o marco normativo norte-americano antitruste (Sherman Act), RICHARD POSNER formula considerações de todo aplicáveis ao ponto ora tratado:

“Na execução do Sherman Act contra cartéis e conspirações, a ênfase foi depositada em provar o acordo para ajustar preços – uma questão legal – ao invés de provar os efeitos da conduta dos vendedores no preço ou resultado – a questão econômica. Uma consequência não intencional é que a maioria dos cartéis cuja descoberta e persecução é mais provável são aqueles em que os efeitos de preço e resultado são pequenos. Eles são os cartéis com muitos membros, por isso há uma chance maior de que um deles fique insatisfeito e informe acerca dos outros; que dependem de negociação e acordo explícitos e reiterados, o que fornece uma prova essencial da violação; que estão propensos a serem minados por trapaças e entrarem em colapso brevemente em meio à recriminação mútua – circunstâncias que criam oportunidades para que o governo ou executores privados obtenham testemunhas voluntárias para oferecerem provas do acordo. O cartel de funcionamento mais eficiente é menos sujeito a gerar provas do acordo existente.”³¹

A ênfase deve ser, portanto, no aspecto econômico: tanto mais eficaz será a legislação em garantir a livre concorrência, quanto maior for a possibilidade de rejeição da proposta ou de invalidação do contrato público (e punição dos envolvidos) exclusivamente em face da cobrança de um preço de monopólio. O que se pretende é evitar práticas anticompetitivas porque essas podem produzir uma elevação artificial no preço. E isso somente pode ser constatado através da comparação dos preços cobrados no microcosmo do procedimento prévio à contratação pública, com aqueles cobrados no macrocosmo do mercado. Nesse ponto, a legislação alemã foi mais feliz. A Lei Contra as Restrições à Concorrência (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*) prevê em seu § 19, (2), 2, que a cobrança de preço diferente daquele que seria provavelmente cobrado numa situação de livre competição configura, de per si, violação à livre concorrência, sem necessidade de se demonstrar como se deu o ajuste ou a fixação do preço de monopólio³². O parâmetro de comparação, aqui, é o preço que outros agentes econômicos costumam cobrar em negócios similares. A alínea seguinte da *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (§ 19, (2), 3) também merece atenção, ao dispor que pode configurar um abuso de posição de vantagem no

mercado a cobrança de preço diverso daquele que o concorrente costuma cobrar³³". Nesse caso, é determinante a comparação com os preços que o mesmo contendor costuma cobrar em outros mercados. Em ambos os casos, a lei coíbe o preço de monopólio, não se preocupando em exigir que se comprove como se deu o ajuste ou a combinação do preço.

6. Conclusão

O recurso a conceitos advindos da Economia permite preencher uma lacuna relevante no campo das contratações públicas, relativa à concepção de livre concorrência. Embora contemplada por via legislativa tanto no Brasil, quanto em Portugal, a proibição de práticas anticompetitivas não se transformou em *law in action*, principalmente pela falta de esforço doutrinário e da superficialidade do tratamento pretoriano. A doutrina e a jurisprudência limitam-se, em breves pinceladas, a equivaler a ideia de competição às noções de igualdade e de ampla participação.

O que a Economia nos traz, e que deve ser incorporado pela Ciência Jurídica, é que a proteção à concorrência centra-se na proibição da cobrança de preços de monopólio, caracterizados como preços artificialmente elevados através do abuso de uma posição de domínio ou de uma situação de colusão, permitindo apropriação dos ganhos extraordinários pelo monopólio ou oligopólio – ou mesmo a simples cobrança de preço de monopólio, ainda que, na prática, existam dúvidas acerca da efetiva existência de um monopólio ou cartel. Embora possa ser aperfeiçoado, o produto legislativo atualmente existente nos ordenamentos jurídicos examinados permite que se extraiam essas consequências práticas, que em muito contribuiriam para a preservação do patrimônio público.

Por outro lado, além do aperfeiçoamento legislativo, é imperioso que os órgãos de controle – e aqui nos referimos precipuamente aos Tribunais de Contas existentes no Brasil e em Portugal – aprimorem seus sistemas de acompanhamentos de preços. De fato: uma vez que o aspecto determinante para a detecção de eventual prática anticompetitiva é a cobrança de preço de monopólio, essa conclusão somente pode ser obtida se existir base comparativa. Isso é feito através de um abrangente catálogo dos preços praticados não apenas em outras contratações públicas, mas no mercado considerado em sentido amplo. Em vista disso, o efetivo combate à prática de preços de monopólio depende da resolução de um problema informacional, consistente na atual falta de uma satisfatória base comparativa de preços.

O problema do monitoramento das práticas anticompetitivas na contratação pública é um problema informacional³⁴, que deve ser resolvido tanto sob o ponto de vista legislativo, com a indicação mais clara de que a simples prática de preços artificialmente elevados caracteriza violação à concorrência, quanto sob o prisma dos órgãos de controle, com o aprimoramento das bases de dados acerca dos preços de bens e serviços contratados pela Administração Pública.

Bibliografia

ARAÚJO, Fernando (2001), *Adam Smith – O Conceito Mecanicista de Liberdade*, Coimbra, Almedina.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio (2001), *Curso de Direito Administrativo*, 13ª edição, São Paulo, Malheiros.

CARVALHO FILHO, José dos Santos (2009), *Manual de Direito Administrativo*, 21ª edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris.

ESTORNINHO, Maria João (2009), *A Fuga para o Direito Privado – Contributo para o Estudo da Actividade de Direito Privado da Administração Pública*, Coimbra, Almedina.

GONÇALVES, Pedro Costa (org.) (2013), *Estudos de Contratação Pública – IV*, Coimbra, Almedina.

GRAU, Eros Roberto (2006), *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 11ª edição, São Paulo, Malheiros.

JUSTEN FILHO, Marçal (2009), *Curso de Direito Administrativo*, 4ª edição, São Paulo, Saraiva.

KNIGHT, Louise, Christine Harland, Jan Telgen & Nigel Caldwell (2012), “*Public Procurement – An Introduction*”, in Knight, L. C. Harland, J. Telgen, K. V. Thai, G. Callender & K. McKen (orgs.) (2012), posições 684-1.082.

KNIGHT, Louise, Christine Harland, Jan Telgen, Khi V. Thai, Guy Callender & Katy McKen (orgs.) (2012), *Public Procurement: International Cases And Commentary*, Routledge, livro eletrônico Kindle.

MEDAUAR, Odete (2001), *Direito Administrativo Moderno*, 5ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti (2005), *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, vol. 1, 2ª ed, Campinas, Bookseller.

POSNER, Richard Allen (2011), *Economic Analysis of Law*, 8ª edição, New York, Aspen Publishers.

RODRIGUES, Nuno Cunha (2013), *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*, Coimbra, Almedina.

RODRIGUES, Nuno Cunha (2013), “*A Nulidade de Contratos Públicos à Luz do Direito da Concorrência*”, in Gonçalves, P. C. (org.) (2013), 181-230.

SAMPAIO, Raquel (2013), *“Distorções da Concorrência na Participação em Procedimentos de Contratação Pública”*, in Gonçalves, P. C. (org.) (2013), 487-536.

SOUZA, Marcelo Rebelo de & André Salgado de Matos (2009), *Contratos Públicos – Direito Administrativo Geral – Tomo III*, 2ª edição, Alfragide, Dom Quixote.

STIGLER, George Joseph (1957), *“Perfect Competition, Historically Contemplated”*, *Journal of Political Economy*, 65, 1, pp. 1-17.

STIGLER, George Joseph (1964), *“A Theory of Oligopoly”*, *The Journal of Political Economy*, 72, 1, pp. 44-61.

VON MISES, Ludwig (2007), *Human Action – A Treatise on Economics*, vol. I, Indianapolis, Liberty Fund.