**CONTRATAÇÕES PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS: A IMPORTÂNCIA DO COMBATE A CARTÉIS**

**RESUMO**

o tema das contratações sustentáveis tem cada vez mais importância para os governos, tanto no cenário doméstico quando em discussões internacionais. Essa importância é justificada por, pelo menos, dois fatores: a emergência da crise climática e o poder regulatório das compras públicas, considerando o alto volume e, consequentemente, o considerável impacto dessas aquisições no mercado. Como resposta a essa importância crescente, o ordenamento jurídico interno e iniciativas em âmbito internacional contam com várias previsões que determinam que a Administração, em suas compras, leve em consideração critérios de sustentabilidade. Ocorre que as compras públicas sustentáveis têm se concentrado na dimensão ambiental do conceito de sustentabilidade, sem que a mesma ênfase seja dada aos elementos social e econômico. Do ponto de vista econômico, contratações sustentáveis devem ser aquelas que contem com critérios capazes de contribuir com a higidez da ordem econômica. Uma das formas de cumprir essa missão é fortalecer o combate a carteis. Neste artigo, são apresentadas medidas de aperfeiçoamento do combate a carteis especificamente destinadas à realidade da advocacia pública e que foram divididas em dois eixos: controle e reparação de danos.

1. **INTRODUÇÃO**

Contratos públicos são um dos pilares da Administração. São esses ajustes que permitem ao Poder Público dar cabo de sua missão finalística: atender demandas da coletividade, prestar serviços públicos, manter em funcionamento o Estado. Um campo de atuação tão importante dos Governos não poderia deixar de sofrer os fortes influxos dos debates que dominam a agenda global, no caso, a busca pela sustentabilidade. É nesse contexto que os governos são chamados a responder à seguinte pergunta: como o enorme poder de compra da administração pode ser utilizado para tentar mitigar as mudanças climáticas?

Em números divulgados pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, consta que, em 2018, 55% dos países da América-Latina e Caribe tinham como um dos objetivos de suas compras públicas a promoção de licitações verdes, sejam elas desenvolvidas pelo governo central ou como políticas internas de determinadas entidades governamentais (OCDE, 2020). O número é significativamente mais baixo que o percentual de 93% países membros da OCDE que declaram ter o mesmo tipo de política, que corresponde. Esses números chamam mais a atenção em um contexto no qual os latinos têm um percentual significativo de seus gastos destinado às compras públicas. Dados de 2017 mostram que, na média, 6% do PIB desses países é gasto com compras públicas, o que corresponde a 17,4% do total dos gastos públicos em governos da região (OCDE, 2020).

Em síntese, os números mostram que, os países latinos têm em suas mãos um grande poder decorrente do volume enorme de suas compras públicas, que pode ser muito útil para robustecer uma agenda de importância global de promoção da sustentabilidade. O direito administrativo ensina que os poderes da administração nunca são verdadeiras faculdades, cuja emprego ou não é uma decisão voluntária do agente público; na verdade, os poderes da Administração são sempre poderes-deveres, com duas faces: prerrogativa e sujeição.

É partindo dessa concepção que este artigo pretende olhar para uma dimensão do poder-dever da administração de realizar compras sustentáveis: a promoção do desenvolvimento econômico. Isso porque o conceito de sustentabilidade é multifacetado e abriga, em seu núcleo mínimo, as dimensões ambiental, social e econômica. Todas são merecedoras de igual atenção, muito embora o debate sobre compras públicas sustentáveis seja frequentemente centralizado nas discussões ambientais.

Nesse contexto, o trabalho inicia com uma definição sobre o que são contratações sustentáveis e algumas considerações gerais sobre a dimensão econômica desse fenômeno; em seguida, será tratado o tema dos carteis, sua definição, o prejuízo causado à administração e alguns exemplos de carteis em licitações julgados recentemente. A seção final é dedicada a expor os instrumentos e/ou caminhos de que dispõe a administração para contribuir no combate a carteis, que se dividem em duas: o controle e as ações de reparação de danos. Na conclusão, destaca-se a importância de uma atuação cooperativa e coordenada de diferentes órgãos e autoridades na construção de sociedades e governos sustentáveis.

1. **O QUE SÃO CONTRATAÇÕES SUSTENTÁVEIS E COMO ENTENDER SUA DIMENSÃO ECONÔMICA**

Contratações sustentáveis é uma das expressões utilizadas para se referir às aquisições feitas pela Administração Pública que considerem, na escolha do bem ou produto a ser comprado, critérios que favoreçam a sustentabilidade. Por sua vez, a sustentabilidade descreve uma forma de desenvolvimento que seja capaz de garantir a disponibilidade de recursos na terra para as atuais e futuras gerações e que tem como um núcleo mínimo as dimensões ambiental, social e econômica (SARLET, FENSTERSEIFER p. 566). O conceito remonta aos trabalhos da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento da ONU que utilizou a definição no Relatório Nosso Futuro Comum (1987)[[1]](#footnote-1).

As dimensões abrigadas no núcleo mínimo do conceito representam diferentes valores que devem ser compatibilizados e ponderados durante o desenvolvimento de atividades antrópicas. Essas atividades, que sempre terão um impacto ambiental e implicarão algum nível de degradação, devem ser capazes de propiciar o crescimento econômico socialmente adequado e ambientalmente seguro e equilibrado. Além do núcleo mínimo, os estudos mais atuais na matéria já adicionam as dimensões da cultural, ética e jurídico-política[[2]](#footnote-2).

Dando maior concretude ao imperativo do desenvolvimento sustentável, a ONU propôs, em 2015, dentro da nova agenda de desenvolvimento sustentável, 17 objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS)[[3]](#footnote-3) a serem cumpridos até 2030, dentre os quais consta um relacionado às contratações sustentáveis: assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis (objetivo 12). Cada objetivo abriga metas próprias e, no caso do objetivo 12, uma das metas é a promoção de práticas de compras públicas sustentáveis, de acordo com as políticas e prioridades nacionais (meta n° 7).

Embora o compromisso com os ODS tenha sido confirmado por mais de 150 líderes mundiais, inclusive o Brasil, essas obrigações não possuem caráter vinculante (BARTH et. al, 2022)[[4]](#footnote-4). No caso brasileiro, o cumprimento dos ODS é acompanhado pelo IBGE e pela Secretaria Especial de Articulação Social/Secretaria de Governo da Presidência da República, que mantém indicadores para medição de cada objetivo. Com relação às compras públicas, o status atual é de que as medidas para atendimento à meta ainda estão em análise/construção[[5]](#footnote-5).

Embora os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável não tenham força vinculante, há outros instrumentos jurídicos dotados de exigibilidade que contribuem para a consecução dessas metas. No plano jurídico nacional, o art. 4°, I, da Lei n° 6.938/1981, já previa, antes mesmo da Constituição Federal, como objetivo da Política Nacional de Meio Ambiente, a “compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente”.

Na Constituição de 1988, os artigos 1°, III e IV, 3°, 225, 170 caput e VI, 174, §3, 186, II e art. 170, caput, formam o arcabouço constitucional do desenvolvimento sustentável e demonstram sua ramificação em diferentes dimensões: ora enquanto objetivo da república, ora como direito fundamental, como garantia subjetiva aos cidadãos, como baliza para as atividades econômicas do país, dentre outros.

No plano infraconstitucional, o suporte jurídico para as contratações públicas sustentáveis também é abundante e inclui as normas gerais para licitações e contratos (Lei n° 14.133/2021 e n° 8666/1993), seus respectivos decretos regulamentadores (com destaque para o Decreto n° 7.746/2012), e as política ambientais setoriais (por exemplo, a Lei nº 6.938/1981 – Política Nacional do Meio Ambiente, Lei nº 12.187/2009 – Política Nacional de Mudança do Clima e Lei nº 12.305/2010 – Política Nacional de Resíduos Sólidos).

É relevante notar que o diploma possivelmente mais importante e recente na matéria de licitações e contratos, a Lei n° 14.133/2021 foi minuciosa no tópico da sustentabilidade, demonstrando um aprimoramento e a preocupação crescente do legislador com a matéria. As menções ao tema da sustentabilidade foram sistematizadas em trabalho da Advocacia-Geral da União, no qual se identificam pelo menos 16 dispositivos que disciplinam o tema[[6]](#footnote-6).

A atenção crescente dada à matéria das contratações sustentáveis é reflexo da urgência do tema da crise climática nos governos globais. Isso porque o Poder Público, enquanto um grande comprador de produtos e serviços, tem o poder de regular o mercado a partir dos critérios utilizados em suas contratações. Esse fenômeno é reconhecido como a “função regulatória da licitação”, pois conforme explica Rafael Carvalho Rezende de Oliveira, a realização de licitações não tem como único objetivo a busca pelo menor preço: “ o referido instituto tem espectro mais abrangente, servindo como instrumento para o atendimento de finalidades públicas outras, consagradas constitucionalmente.” (OLIVEIRA, 2021).

A importância da função regulatória justifica o caráter hoje impositivo dos critérios de sustentabilidade par as contratações públicas. Com efeito, em âmbito federal, a advocacia pública já reconheceu a obrigatoriedade de que a Administração adote critérios e práticas de sustentabilidade socioambiental nas contratações públicas, cabendo ao gestor o ônus da justificação no caso de não atendimento desses requisitos[[7]](#footnote-7).

No entanto, as contratações sustentáveis caminham em ritmos diferentes quanto à três principais dimensões desse conceito. Majoritariamente, os critérios utilizados para essas compras têm relação com o elemento ambiental do conceito de sustentabilidade. Com efeito, o art. 4° do Decreto n° 7.746/2012, que regulamenta o art. 3° da Lei n° 8.666/1993 (correspondente ao art. 5° na Lei n° 14.133/2021), estabelece o que são considerados critérios e práticas sustentáveis. Dentre os 8 (oito) elementos especificados, 7 têm relação preponderante com a matéria ambiental, 1 com o tema social e nenhum trata da dimensão econômica propriamente dita[[8]](#footnote-8).

Embora a dimensão econômica também seja parte do conceito de sustentabilidade, ela ainda tem uma participação tímida nos critérios utilizados a para contratações públicas sustentáveis. Ocorre que a obrigatoriedade de observância das normas de sustentabilidade nas contratações públicas significa que, também quanto à dimensão econômica, essas aquisições de bens, obras, serviços e/ou alienações, devem ser adequadas dentro da lógica de preservação de recursos para gerações futuras. Ilícitos nos processos de contratações que representem prejuízo à ordem econômica, resultando em piora na qualidade das compras públicas e/ou aumento de preço, são, nessa perspectiva, uma violação ao primado da sustentabilidade.

É necessário, portanto, reforçar a proteção a essa dimensão nas contratações sustentáveis, ou seja, garantir que as compras públicas sejam um elemento que contribui – e não prejudica – a higidez da ordem econômica. Adotando esse ponto de partida, este artigo pretende abordar como ponto central de discussão o combate a carteis em licitações públicas como uma medida de promoção das compras públicas sustentáveis e, em decorrência dessa questão central, uma pergunta adjacente: qual o papel da advocacia pública nessa tarefa.

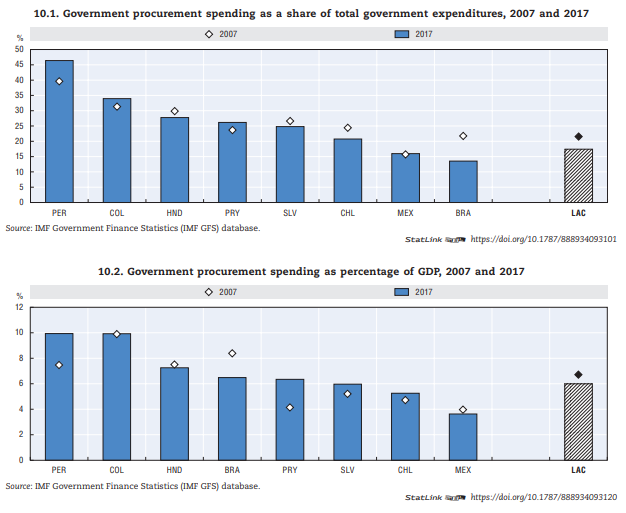
1. **CARTEIS: CONCEITO, PREJUÍZO À ADMINISTRAÇÃO E IMPORTÂNCIA DO COMBATE**

O cartel pode ser definido como “um acordo ilícito entre concorrentes com o intuito de fixar preços ou dividir mercado” (BURNIER, 2021). No ordenamento jurídico, a prática é tipificada como ilícito administrativo pelo art. 36, I, da Lei n° 12.529, de 2011, e como ilícito penal pelo art. 4° da Lei n° 8.137, de 1990. No âmbito das contratações públicas, os carteis consiste no “conluio entre agentes econômicos com o objetivo de eliminar ou restringir a concorrência dos processos de bens e ser serviços pela Administração Pública.” (CADE, 2019).

Como consequência desse conluio, o ente público é submetido a condições menos favoráveis em seus ajustes negociais, a exemplo de preços mais altos e/ou qualidade mais baixa para os itens adquiridos (CADE, 2019). Em uma perspectiva geral, envolvendo compras públicas e particulares, a prática de carteis resulta em um sobre-preço estimado em 23% (CONNOR, 2014). Se considerados dados específicos da América-Latina, esse sobrepreço fica entre 5-25¨%, mas em muitos casos – cerca de 4% do total analisado – o valor pago em razão do conluio pode ser o dobro do que seria cobrado pelo mesmo bem em condições de mercado sem o cartel (WB, 2021).

No caso dos carteis em licitação, quanto maior o volume de recursos gastos, maior é o prejuízo repassado à Administração em suas compras. Nesse ponto, é importante conhecer a representatividade das compras pública no cenário brasileiro. Dados de 2017 mostram que, no Brasil, cerca de 13,52% do total de gastos é correspondente aos gastos com compras públicas. O número é menor do que o comparativo da década anterior, já que, em 2007, essas compras alcançam 21,73% de total de gastos do governo. Com relação ao PIB, o Brasil gasta 6,49% em compras públicas, um valor também menor do que o da década anterior, correspondente a 8,39%, em 2007.

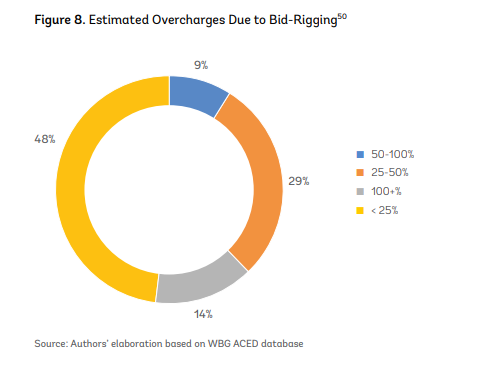
Os valores são menores do que a média na américa latina, mas, ainda assim, superiores à média dos países membros da OCDE.



Fonte: OECD. Government at a Glance: Latin America and the Caribbean. 2020. Disponível em: https://doi.org/10.1787/13130fbb-en. Acesso em 31/08/2023.

Ao detalhar a composição desse gasto total com compras públicas, nota-se a participação significativa das compras de entes subnacionais e, em especial, dos estados. Do total gasto, a divisão é de 22,89 para o governo central, 32,53, para os governos estaduais e 44,58 para governos locais.

A representatividade das compras públicas no orçamento e no PIB, bem como sua distribuição proporcional entre os entes, ajudam a entender o impacto do prejuízo dos carteis para o Erário dos entes federativos. O aumento de preço decorrente dos carteis em licitação é de 20%, em média. No entanto, levantamentos do banco mundial detalharam esse sobre-preço, revelando que em pelo menos 14% dos casos o sobre-preço é superior a 100%.



Fonte: World Bank. Fixing Markets, Not Prices. Corporate Governance Assessment. 2021. Disponível em: [https://elibrary.worldbank.org/doi/abs/10.1596/35985](https://elibrary.worldbank.org/doi/abs/10.1596/35985" \t "_new). Acesso em 31/08/2023.

Os casos de cartel em licitação, do ponto de vista administrativo, são investigados e punidos pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Em 2022, foram julgados 12 casos desse tipo pelo Tribunal Administrativo do CADE, resultado na aplicação de um total de R$ 1.111.529.961,11 (um bilhão cento e onze milhões quinhentos e vinte e nove mil novecentos e sessenta e um reais e onze centavos) aplicados em multas recolhidas ao Fundo de Direitos Difusos. Do total de casos, houve condenação em 62,5%.

Um caso de destaque julgado em 2022, foi um cartel em licitações públicas de uniformes e kits de materiais escolares, Processo Administrativo n° 08700.008612/2012-15. Os conluios ocorreram em diversos Estados, incluindo São Paulo, Rio de Janeiro, Santa Catarina e Goiás, entre 2007 e 2012, e ocorriam mediante a fixação de preços, divisão de mercado, subcontratações, designação prévia de vencedores, apresentação de propostas de cobertura dentre outros.

No julgamento do caso, estimou-se que a vantagem auferida – ou seja, o sobre-preço aplicado nas contratações – em R$ 21.011.834,00 (vinte e um milhões onze mil oitocentos e trinta e quatro reais).

1. **O papel da advocacia pública no combate a cartéis**

A literatura especializada já tem um material substancial sobre as instruções para combater carteis em licitações. Por exemplo, a OCDE possui um manual e, com frequência, realiza revisões/avaliações do cenário de contratações públicas em determinados países. No caso do Brasil, foi lançado em 2021 um trabalho de avaliação das compras públicas federais que resultou no relatório “Combate a carteis em licitações Públicas no Brasil: uma revisão das compras públicas federais”[[9]](#footnote-9).

No plano doméstico, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica também possui iniciativas educativas, com a elaboração de guias sobre o tema, como o “Guia de Combate a carteis em licitação”[[10]](#footnote-10), lançado em 2019.

Resta entender, diante dessas orientações já consolidadas, quais podem ser os papeis específicos desempenhados pela Advocacia Pública para contribuir com compras públicas mais sustentáveis em sua dimensão econômica. A princípio, é possível identificar duas frentes de atuação:

1. **Controle da Administração**

O controle da administração pública pode ser classificado com base em diversos critérios e um dos mais conhecidos é a divisão entre controle interno e externo. O controle interno é aquele efetivado pelo próprio executivo sobre suas ações (OLIVEIRA, 2018). Sendo a Advocacia Pública o órgão incumbido de assessorar o Poder Executivo, com exclusividade, cabe também a esta figura orientar, fiscalizar e eventualmente, corrigir a atividade administrativa garantindo sua juridicidade.

Especificamente no âmbito das contratações públicas, o art. 169, da Lei n° 14.133 atribui promeniência à atividade de controle da advocacia pública ao prever o controle das licitações em três linhas de defesa: a) primeira linha de defesa: servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade; b) segunda linha de defesa: unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade; c) terceira linha de defesa: órgão central de controle interno da Administração e tribunal de contas.

Desempenhando sua missão no controle interno, pode a Advocacia Pública orientar os gestores com base na literatura já existente sobre o combate a carteis. Nessa esteira, o CADE (2019), no Guia de Combate a carteis em licitações, aponta a importância de que os editais sejam elaborados com regras pró-competitivas que, simultaneamente, “(i) reduzam a previsibilidade acerca dos principais parâmetros da contratação (tais como valor de referência, quantidade a ser contratada, divisão em lotes, critérios técnicos de habilitação, etc.) e (ii) introduzam, assim, elementos desestabilizadores em mercados nos quais há maior propensão à atuação de cartéis.”.

Com essas duas finalidades, a Autarquia sumariza algumas medidas práticas que podem ser adotadas para diminuir o risco de ocorrência de carteis nos certames públicos e que, por consequência, podem constar das orientações consultivas expedidas pelos membros da Advocacia Pública (BARTH et. al, 2022):

**(I) Recomendações gerais:**

•Adoção da Declaração de Elaboração Independente de Proposta, nos termos da Instrução Normativa do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão nº 02, de 16 de setembro de 2009, de forma a exigir que cada licitante garanta, por intermédio de documento assinado por seu representante legal, que sua proposta comercial e lances tenham sido elaborados sem qualquer tipo de compartilhamento de informação comercial sensível com empresa concorrente.

• Vedação da divulgação do valor de reserva/valor de referência, nos moldes do Regime Diferenciado de Contratação (RDC), conforme Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. [com a nova lei de licitações e contratos, a regra passa a ser não divulgação de valores, mas a orientação permanece útil diante da ressalva constante do [ARTIGO].

• Avaliar a pertinência da adoção de leilões simultâneos - quando houver mais de uma concessão relativa a objeto semelhante – de forma a dificultar a divisão de mercado (estratégia facilitada pela eventual adoção de leilões sequenciais). • Planejamento de leilões simultâneos que busquem licitar projetos complementares – seja complementaridade intra-leilão, seja com projetos já licitados anteriormente – de maneira a possibilitar que seja(m) criada(s) situação(ões) de valoração super-aditiva nos leilões, atraindo tanto empresas já atuantes no mercado, quanto possíveis entrantes.

• Avaliar possibilidade de utilizar desenhos híbridos de leilão, nos moldes do “modo combinado de disputa” do Regime Diferenciado de Contratação (RDC), conforme artigos 23 e 24 do Decreto nº 7.581, de 11 de outubro de 2011.

• Garantir que os esclarecimentos relacionados ao Edital – prestados aos interessados na fase que antecede a apresentação das propostas – sejam realizados em ambiente virtual, de forma a não permitir a identificação das empresas.

• Evitar, tanto na fase interna quanto na fase externa, que existam oportunidades para que representantes das eventuais empresas interessadas se encontrem presencialmente.

**(II) Recomendações para desenho de editais:**

• Consórcios: avaliar a adoção de critérios que estimulem a competitividade, de forma a incentivar a participação de “entrantes” no mercado e evitar que tal instituto seja utilizado para “redução estratégica da demanda” (fato prejudicial para a valoração do ativo, na perspectiva do concedente).

• Subcontratação: estabelecer critério para controle e cadastro de empresas subcontratadas, com registro obrigatório, a fim de evitar a utilização do instituto como forma de pagamento lateral e cartelização.

• Criação de incentivos para empresas “entrantes” no que tange aos critérios de pontuação para avaliação técnica das propostas.

• Exigências diferenciadas quanto ao seguro-garantia (Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias S.A. e Fundo Garantidor de Infraestrutura), de forma a incentivar a competitividade nos leilões.

**(III) Recomendações para durante o certame:**

• Utilizar sistema informatizado específico para realização do leilão, que contemple as especificidades das regras42, de forma a garantir:

o Ambiente de teste para simular o leilão.

o Sigilo em relação aos participantes e aos lances apresentados.

• Evitar que existam momentos presenciais, de forma a impedir que representantes das empresas participantes se encontrem durante o leilão.

**(IV) Recomendações sobre a especificidade de cada mercado e certame:**

• Cada mercado possui especificidades, regulamentações e necessidades que podem impactar, de forma distinta, o desenho licitatório. A título de exemplo, necessidades regulatórias, técnicas, de qualidade, de segurança e até mesmo de concorrência no mercado durante o período de concessão devem ser sopesados em face da necessidade de estímulo à concorrência no processo licitatório em si, a fim de se atingir um equilíbrio ideal para o desenho da concessão e do edital.

• Ter uma base de dados que consolide informações relevantes sobre licitações é essencial para uma persecução a cartéis em licitações efetiva, seja por parte dos órgãos licitantes, seja por parte de outras autoridades. Isso porque, o efetivo monitoramento dos procedimentos licitatórios pode ter um efeito dissuasório, além de facilitar a detecção de cartéis.

Além da aplicação de orientações já existentes, a advocacia pública também pode contribuir para o combate a carteis utilizando os meios de comunicação de possíveis ilícitos às autoridades compentetes. Hoje, a prática de carteis em licitação gera responsabilidade administrativa, criminal e cível.

Do ponto de vista administrativo, compete ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica realizar a repressão aos ilícitos econômicos, com atividade investigativa e punitiva de pessoas físicas ou jurídicas envolvidas em condutas anticompetitivas. Os meios acessíveis à Advocacia Pública são as representações e o clique denuncia disponibilizados pelo CADE.

As representações podem ser feitas por qualquer interessado diante da existência de indício de infração contra a ordem econômica (artigo 66, § 1º da Lei nº 12.529/2011). Já o clique denúncia é uma ferramenta disponibilizada no sítio eletrônico da autarquia e por meio telefônico pela qualquer Cidadão pode realizar uma denúncia, dispensada a formalidade da representação[[11]](#footnote-11).

Ainda no âmbito administrativo, também é cabível a comunicação para órgãos de controle interno, caso das Controladorias-Gerais dos Estados, que, em regra, são incumbidas da competência de apurar, processar e julgar os ilícitos que atentam contra o patrimônio público, dentre os quais encontra-se a tentativa de frustrar ou fraudar o caráter competitivo da licitação. Exemplo disso é o que ocorre no caso da União, com a Controladoria-Geral da União conforme previsão dos artigos 5º, inciso IV e 9º da Lei nº 12.846/2013.

Quanto às repercussões criminais, cabe à comunicação aos órgãos de persecução penal, Ministério Público e Polícia. Nesse ponto, vale lembrar que os carteis em licitação caracterizam tipo específico, diante da previsão dos artigos 337-E e seguintes, agora inscritos no Código Penal. . Por fim, o cartel em licitações frequentemente é associado com outros ilícitos, notadamente a corrupção ativa e passiva, que também podem ser investigados pelas autoridades de persecução penal.

1. **Ação de reparação de danos**

Os danos causados pelo cartel também pode ser objeto de reparação cível. Em primeiro lugar, há o dano à coletividade, considerando que o art. 1°, da Lei n° 7.347, de 1985, prevê que as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados pela prática de infrações contra a ordem econômica podem ser tuteladas pela ação civil pública. Com efeito, os Estados são legitimados ativos para o manejo dessas ações, com fundamento art. 5°, III da Lei n° 7.347, de 1985.

Além do dano à coletividade, há o dano causado ao ente público que tenha realizado suas contratações em licitações nas quais houve a colusão. Nesse caso, o dano pode ser alegado em ação própria, para a reparação do ente prejudicado, com os mesmos fundamentos utilizados em ações de responsabilidade civil (em regra, a combinação dos arts. 186 e 927 e ss. do Código Civil).

Para dimensionar os danos a extensão da indenização, é possível utilizar a técnica já aplicada pelo CADE para cálculo de sobre-preço e vantagem auferida nos carteis e, nessas ações, o valor da indenização será o dobro do prejuízo demonstrado (art. 47, §1° da Lei n° 12.529/2011). No exemplo apresentado do cartel em licitação de kits escolares, o valor estimado de sobre-preço foi de 20%, o que permitiu uma estimação da vantagem auferida em R$ 21.011.834,00 (vinte e um milhões onze mil oitocentos e trinta e quatro reais). No caso de ações de reparação propostas pelos entes públicos, o cálculo do dano deve ser feito de acordo com o valor das compras públicas de que participaram os sujeitos condenados pelo cartel.

Além disso, as ações de reparação podem ser instruídas com provas obtidas durante o processo administrativo que deu origem à condenação perante o CADE. Embora o tema ainda seja bastante novo, não existindo notícia de nenhum ente público que tenha buscado esse tipo de reparação, a matéria já está regulamentada em lei. Com efeito, a Lei n° 14.470/2022, alterou a Lei n° 12.529/2011, para prever toda a disciplina aplicável aos pedidos de reparação de dano:

Art. 1º A Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência), passa a vigorar com as seguintes alterações:

§ 1º Os prejudicados terão direito a ressarcimento em dobro pelos prejuízos sofridos em razão de infrações à ordem econômica previstas nos incisos I e II do § 3º do art. 36 desta Lei, sem prejuízo das sanções aplicadas nas esferas administrativa e penal.

§ 2º Não se aplica o disposto no § 1º deste artigo aos coautores de infração à ordem econômica que tenham celebrado acordo de leniência ou termo de compromisso de cessação de prática cujo cumprimento tenha sido declarado pelo Cade, os quais responderão somente pelos prejuízos causados aos prejudicados.

§ 3º Os signatários do acordo de leniência e do termo de compromisso de cessação de prática são responsáveis apenas pelo dano que causaram aos prejudicados, não incidindo sobre eles responsabilidade solidária pelos danos causados pelos demais autores da infração à ordem econômica.

§ 4º Não se presume o repasse de sobrepreço nos casos das infrações à ordem econômica previstas nos incisos I e II do § 3º do art. 36 desta Lei, cabendo a prova ao réu que o alegar." (NR)

Art. 2º A Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência), passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 46-A e 47-A, incluídos, respectivamente, nos Capítulos IV e V do Título V:

"Art. 46-A. Quando a ação de indenização por perdas e danos originar-se do direito previsto no art. 47 desta Lei, não correrá a prescrição durante o curso do inquérito ou do processo administrativo no âmbito do Cade.

§ 1º Prescreve em 5 (cinco) anos a pretensão à reparação pelos danos causados pelas infrações à ordem econômica previstas no art. 36 desta Lei, iniciando-se sua contagem a partir da ciência inequívoca do ilícito.

§ 2º Considera-se ocorrida a ciência inequívoca do ilícito por ocasião da publicação do julgamento final do processo administrativo pelo Cade."

"Art. 47-A. A decisão do Plenário do Tribunal referida no art. 93 desta Lei é apta a fundamentar a concessão de tutela da evidência, permitindo ao juiz decidir liminarmente nas ações previstas no art. 47 desta Lei."

1. **CONCLUSÃO**

A dimensão econômica da sustentabilidade não pode ser ignorada e sua inclusão nos critérios utilizados nas contratações sustentáveis tem benefícios significativos: compra de produtos com maior qualidade, menor preço, impacto na qualidade dos serviços prestados pelo poder público e, por consequência, melhora na qualidade e na eficiência da administração. Se, por um lado, a Advocacia Pública não é o único – e possivelmente, nem mesmo o mais importante – agente envolvido nessa missão, suas contribuições não podem ser desprezadas.

Enquanto função essencial à justiça que atua de forma mais próxima aos gestores e executores de políticas públicas, os advogados públicos podem influenciar de forma significativa os processos de contratação dentro da Administração. Sem prejuízo, a cooperação com outros órgãos e entidades públicos e privados é também um fator relevante para a busca dos objetivos do Estado, incluindo a promoção da sustentabilidade.

**REFERÊNCIAS**

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Guia Nacional de Contratações Sustentáveis. 5. ed. Brasília: AGU, julho de 2022. Autores: BARTH, Maria Leticia B. G; CABRAL, Flávio G.; CARVALHO, Flávia G. de; CLARE, Celso V.; FERNANDES, Viviane V. S.; PAZ E SILVA FILHO, Manoel; GOMES, Patricia M.; PASSOS, Cynthia R. L; PEREIRA, Rodrigo M.; VILLAC, Teresa.

BRASIL. Decreto n° 7.746, de 5 de junho de 2012. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 6 jun. 2012. Disponível em: [URL]. Acesso em 31/08/2023.

BRASIL. Lei n° 14.133, de 1º de abril de 2021. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2 abr. 2021. Disponível em: [URL]. Acesso em 31/08/2023.

BRASIL. Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: [URL]. Acesso em 31/08/2023.

BURNIER, Paulo. Direito da Concorrência. Rio de Janeiro: forense. 2021.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. Guia de Combate a Cartéis em Licitação. Brasília: CADE, 2019. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-de-combate-a-carteis-em-licitacao-versao-final-1.pdf>. Acesso em 31/08/2023.

OECD. Government at a Glance: Latin America and the Caribbean. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/13130fbb-en>. Acesso em 31/08/2023.

OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Administrativo. 11. ed. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Curso de Direito Ambiental. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

WORLD BANK. Fixing Markets, Not Prices. Corporate Governance Assessment. 2021. Disponível em: <https://elibrary.worldbank.org/doi/abs/10.1596/35985>. Acesso em 31/08/2023.

1. Nessa perspectiva, desenvolvimento sustentável seria “(...) aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades” [↑](#footnote-ref-1)
2. Essa concepção é trabalhada no Guia Nacional de Contratações Sustentáveis. 5ª ed. Barth, Maria Leticia B. G; Cabral, Flávio. G. ; Carvalho, Flávia G. de; Clare, Celso V.; Fernandes, Viviane V. S. ; Paz e Silva Filho, Manoel; Gomes, Patricia M.; Passos, Cynthia R. L; Pereira, Rodrigo M.; Villac, Teresa. Brasília: AGU, julho de 2022. [↑](#footnote-ref-2)
3. A lista completa dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável pode ser encontrada em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs> [↑](#footnote-ref-3)
4. No Guia Nacional de Contratações Sustentáveis (2022), cita-se que essa foi a interpretação estabelecida pelo PARECER n. 00067/2019/DECOR/CGU/AGU, aprovado pelo Excelentíssimo Advogado-Geral da União pelo r. DESPACHO n. 00801/2019/GAB/CGU/AGU, de 09/09/19, nos termos do Despacho do Consultor-Geral da União nº 00801/2019/GAB/CGU/AGU e do Despacho nº 00564/2019/DECOR/CGU/AGU [↑](#footnote-ref-4)
5. Mais informações disponíveis em: <https://odsbrasil.gov.br/> [↑](#footnote-ref-5)
6. “Art. 5º que ratifica o desenvolvimento nacional sustentável como princípio nas licitações e contratações públicas; Art. 6º, incisos XII, XVIII, alínea "h", XXIII, alínea "c", XXIV, alínea "e", XXV e XXV, alínea "a" que incorporam o tema em diversas conceituações essenciais; Art. 11, inciso IV e parágrafo único impondo o desenvolvimento nacional sustentável como finalidade a ser buscada; Art. 18, §1º, inciso XII, que, já na fase preparatória, estabelece a necessidade de avaliação prévia dos aspectos de sustentabilidade ali relacionados; Art. 25, §5º, inciso I e §6º e 115, §4º, que tratam do licenciamento ambiental; Art. 26, inciso II, que admite o estabelecimento de margem de preferência para de bens reciclados, recicláveis ou biodegradáveis; Art. 34, §1º, que permite a inclusão de custos decorrentes dos impactos ambientais na precificação do objeto, sempre que objetivamente mensuráveis, embora isso ainda precise ser regulamentado; Art. 42, inciso III, que inclui a avaliação do aspecto ambiental na comprovação da qualidade e conformidade do produto ofertado; Art. 45, incisos I a VI, contendo um rol amplo de requisitos de sustentabilidade a serem observados nas contratações de obras e serviços de engenharia; Art. 74, inciso III, alínea "h", que estabelece a inexigibilidade de licitação para serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com interessados que realizem "controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente".; Art. 75, inciso III, alínea "j" que assegura a dispensa de licitação para contratação de associações ou cooperativas catadores de materiais recicláveis; Art. 92, XVII, e 116, dando efetividade a políticas públicas de inclusão social; Art. 124, §2º e 137, inciso VI e §2º, inciso V, que permitem o reequilíbrio do contrato devido ao atraso na conclusão de procedimentos de desapropriação, desocupação, servidão administrativa ou licenciamento ambiental por circunstâncias alheias ao contratado bem como a extinção contratual; Art. 144, caput, contendo incentivos à competitividade mediante o estabelecimento de remuneração variável com base em critérios de sustentabilidade ambiental vinculada ao desempenho do contratado; Art. 147, incisos II e III, que condicionam a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato à avaliação, entre outros motivos, de aspectos de sustentabilidade socioambiental; Art. 178 que introduz crime específico de Omissão grave de dado ou de informação por projetista, por meio do Art. 337-O no qual seu §1º resta assim qualificado: “Consideram-se condição de contorno as informações e os levantamentos suficientes e necessários para a definição da solução de projeto e dos respectivos preços pelo licitante, incluídos sondagens, topografia, estudos de demanda, condições ambientais e demais elementos ambientais impactantes, considerados requisitos mínimos ou obrigatórios em normas técnicas que orientam a elaboração de projetos.” [↑](#footnote-ref-6)
7. PARECER n. 00001/2021/CNS/CGU/AGU: EMENTA: I. Os órgãos e entidades que compõem a administração pública são obrigados a adotar critérios e práticas de sustentabilidade socioambiental e de acessibilidade nas contratações públicas, nas fases de planejamento, seleção de fornecedor, execução contratual, fiscalização e na gestão dos resíduos sólidos; II. A impossibilidade de adoção de tais critérios e práticas de sustentabilidade nas contratações públicas deverá ser justificada pelo gestor competente nos autos do processo administrativo, com a indicação das pertinentes razões de fato e/ou direito; III. Recomenda-se aos agentes da administração pública federal encarregados de realizar contratações públicas, que, no exercício de suas atribuições funcionais, consultem o Guia Nacional de Contratações Sustentáveis da Advocacia-Geral da União. [↑](#footnote-ref-7)
8. Art. 4º Para os fins do disposto no art. 2º , são considerados critérios e práticas sustentáveis, entre outras: I - baixo impacto sobre recursos naturais como flora, fauna, ar, solo e água; II – preferência para materiais, tecnologias e matérias-primas de origem local; III – maior eficiência na utilização de recursos naturais como água e energia; IV – maior geração de empregos, preferencialmente com mão de obra local; V – maior vida útil e menor custo de manutenção do bem e da obra; VI - uso de inovações que reduzam a pressão sobre recursos naturais; VII - origem sustentável dos recursos naturais utilizados nos bens, nos serviços e nas obras; VIII - utilização de produtos florestais madeireiros e não madeireiros originários de manejo florestal sustentável ou de reflorestamento.  [↑](#footnote-ref-8)
9. Disponível em < https://www.oecd.org/daf/competition/Highlights-OECD-Report-Fighting-Bid-Rigging-in-Brazil-2021-pt.pdf> [↑](#footnote-ref-9)
10. Disponível em < https://cdn.cade.gov.br/Portal/Not%C3%ADcias/2019/Cade%20publica%20Guia%20de%20Combate%20a%20Cart%C3%A9is%20em%20Licita%C3%A7%C3%A3o\_\_guia-de-combate-a-carteis-em-licitacao-versao-final-1.pdf> [↑](#footnote-ref-10)
11. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/canais\_atendimento/clique-denuncia> [↑](#footnote-ref-11)