

Direito Concorrencial e Contencioso

[Leonor Cordovil](#) | [Daniel Athias](#)

Distinguindo infrações ímprobas das concorrenciais na Lava-Jato

A relevância da operação Lava-Jato no combate à corrupção é inquestionável e seus desdobramentos investigativos, fomentados por acordos de leniência (*lato sensu*), expandem-se para uma ampla gama de obras públicas no país (e.g., estádios para a Copa do Mundo, urbanização de comunidades, rodovias e ferrovias, infraestrutura hídrica e de irrigação, entre outras). Essa importância, porém, não deve isentá-la de críticas construtivas, notadamente relacionadas à falta de experiência de algumas autoridades públicas e, por vezes, do próprio Poder Judiciário, que resultam em atropelos de garantias processuais-constitucionais.

A Lava-Jato inaugurou um fenômeno novo no Brasil: todas as esferas de responsabilização (civil, criminal e administrativa) estão sendo acionadas simultaneamente (garantindo, em tese, reparação integral pelos prejuízos). Em casos anteriores (a exemplo do Mensalão), discutia-se o criminal primeiro, posteriormente o administrativo, só depois o cível. Isso, por si só, não é problemático, mas há que se ter muita atenção aos conflitos e sobreposições.

Complicações surgem na esfera administrativa, onde diversas leis se valem de tipos abertos para definir o que constitui uma violação administrativa. Na prática, um único ato pode ser classificado como múltiplas infrações, autorizando a investigação e sanção por múltiplas autoridades.

Conduta emblemática que tem esse efeito é o cartel em licitações públicas, cuja persecução brilha os olhos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), do Tribunais de Contas, do Ministério Público, da Controladoria-Geral, entre outros. É justamente sobre esse ponto que nos debruçaremos, pois há, por parte de determinados agentes, uma ausência de escrutínio e distinção de conceitos, valendo-se dos tipos abertos, resultando na confusão entre infrações ímprobas (aplicação da Lei de Improbidade Administrativa – LIA) e concorrenciais (aplicação da Lei de Defesa da Concorrência – LDC).

O Cade já assinou dezenas de acordos de leniência em investigações de cartéis em licitações públicas decorrentes da Lava-Jato, que denunciaram e descreveram alegadas infrações anticompetitivas. Alguns desses acordos já foram tornados públicos, inclusive os relatos do

agente colaborador descrevendo em detalhes a conduta (no documento intitulado Histórico da Conduta), enquanto outros ainda estão pendentes de divulgação. Estes acordos, cabe lembrar, são apenas a porta de entrada, sem garantia alguma de confirmação, para uma discussão de imunidade do ponto de vista antitruste. Todas as alegações trazidas precisarão ser confirmadas, em longa instrução, pelo Cade. Um acordo de leniência concorrencial é uma mera petição inicial, dependente de prova, que diz ao Poder Público que a competição entre agentes econômicos foi lesada (bem jurídico tutelado).

Não obstante o caráter de pontapé inicial dos acordos, muitos deles têm sido instrumento para justificar o ajuizamento de ações de improbidade administrativa. A improbidade é um ato contrário aos princípios basilares da Administração Pública, chamados de ímprobos. O objetivo da Lei de Improbidade Administrativa (LIA) é conquistar a moralidade na administração, punindo os maus gestores e aqueles que dão causa à ilegalidade. Apesar de tramitarem na justiça cível, as ações de improbidade têm natureza sancionatória. Sanciona-se o ato administrativo que, eivado de má-fé ou dolo do agente público e seu causador, viola a moralidade e lealdade administrativa (bem jurídico lesado).

Lição basilar da improbidade administrativa é que nem todo ato ilícito necessariamente configurará ato ímprobo. Em que pese a possibilidade uma infração concorrencial ter reflexos na seara da improbidade, essas infrações não são sinônimas. Logo, a extensão do ilícito concorrencial para o ato ímprobo não é automática. Atos ímprobos possuem qualificação e características que lhes são próprias, devendo haver, por parte da parte autora de uma ação de improbidade, a correta delimitação de sua configuração (distinguindo-o do ato anticompetitivo).

Uma dessas qualificações adicionais, no caso de cartéis em licitações públicas, concerne à necessidade de haver, por parte do agente privado, nexos, conexão ou interação com agente público no contexto de determinado certame.

Isso decorre do fato que os agentes públicos são o principal objeto da lei de improbidade (tanto que não se pode mover ação de improbidade sem agente público no polo passivo). A LIA é extensiva aos particulares somente na medida em que eles concorreram para a prática do ato ímprobo com o agente público, de forma que se deve identificar participação e ciência dos benefícios que poderão ser auferidos. É necessário haver efetiva e dolosa interação entre agentes públicos e privados, pois "os atos de improbidade somente podem ser praticados por agentes públicos, com ou sem a cooperação de terceiros". Em outras palavras, exige-se elo com agente público para responsabilizar o agente privado.

Em alguns casos, porém, não se verifica maior rigor na delimitação de quais agentes teriam praticado atos efetivamente ímprobos, optando a parte autora de ação de improbidade por incluir, irrestritamente, todas as empresas denunciadas em acordos de leniência com o Cade no polo passivo, valendo-se desses acordos como provas que fundamentam seu pleito. Isso é, vale-se do tipo aberto da LIA para equiparar fatos concorrenciais a fatos ímprobos.

Naturalmente, isso deve ser rechaçado, uma vez que os referidos acordos, como dito, denunciam infração concorrencial e não infração ímproba, cabendo à parte realizar um crivo de identificar as

condutas ímprobas e seus autores, sob pena, inclusive, de inserção na Lei de Abuso de Autoridade (Lei n. 13.869/2019).

Reconhece-se a possibilidade de haver sobreposição de leis aplicáveis a determinada ato, mas, para tanto, é necessário que sejam delimitados os fatos que autorizam a aplicação dessas leis. Nesse sentido, por exemplo, o próprio Cade é categórico em afirmar ser possível que um ilícito antitruste possa se enquadrar em outros ilícitos administrativos, tal como a improbidade administrativa. Não obstante, "ainda que interconectadas as práticas de corrupção e colusão são ilícitos autônomos, i.e., uma não é condição para a existência da outra, podendo, nesse sentido, existir de maneira completamente independente."

Em não havendo correta delimitação dos fatos que autorizam a aplicação da LIA a infrações e acordos concorrenciais (e vice-versa), tais como o elo com o agente público, deve ser constatada a ausência de justa causa para o ajuizamento da ação de improbidade, resguardando, assim, as garantias processuais constitucionais aplicáveis aos processos de natureza sancionatória.

Artigo publicado no site de informações Jota em 22 de junho de 2020. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/distinguindo-infracoes-improbas-das-concorrenciais-na-lava-jato-22062020