
Tese central da “lava jato” ainda não foi transformada em denúncia

A tese desenvolvida pelo Ministério Público Federal para acusar as empreiteiras na operação “lava jato” foi que elas formaram um cartel para fraudar licitações de obras da Petrobras e superfaturá-las. Para garantir o funcionamento desse esquema, corromperam executivos da estatal, que recebiam uma parte do dinheiro das obras. Outra parte ia para políticos, sob a forma de propina.

Mas até agora o centro dessa tese, levada a público inúmeras vezes pelos procuradores da força-tarefa da “lava jato”, não se tornou processo judicial. Passados mais de dois anos desde que as apurações foram tornadas públicas, e 33 fases de investigação depois, o MPF não ofereceu nenhuma denúncia por cartel nem fraude em licitação à Justiça. Todos os executivos foram denunciados por corrupção ativa, organização criminosa e lavagem de dinheiro.

No Judiciário, a parte mais importante da estratégia do MPF são as denúncias por lavagem. São elas que transformam a investigação de um esquema de corrupção numa investigação sobre crimes financeiros. E é o fato de os crimes serem financeiros que faz os casos sejam tocados e julgados pela 13ª Vara Federal Criminal, cujo titular é o juiz Sergio Fernando Moro, que conhece os meandros do caso pelo menos desde 2009, quando as apurações começaram.

Os crimes de cartel e fraude a licitação são apresentados como “crimes antecedentes” à lavagem de dinheiro, nos termos da Lei 12.683/2012. Essa norma alterou a Lei de Lavagem de Dinheiro, de 1998, para permitir que o branqueamento de capitais seja autônomo. Ou seja, ele prescinde da prova da existência de um crime anterior. Passaram a bastar apenas indícios.

E os crimes de cartel e fraude a licitação, que, segundo o MPF, são a origem do dinheiro ilícito que precisou ser lavado, até agora foram tratados como crimes antecedentes. Mas que ainda não foram descritos com os detalhes que deveriam, segundo advogados ouvidos pela revista **Consultor Jurídico**.

Estratégia

As denúncias contra as empreiteiras começaram a aparecer na segunda fase da “lava jato”, deflagrada ainda em 2014. Segundo o MPF, os executivos da OAS, Odebrecht, UTC, Camargo Corrêa, Techint, Andrade Gutierrez, Mendes Júnior, Promon, MPE, Skanska, Queiroz Galvão, Iesa, Engevix, Setal, GDK e Galvão Engenharia se organizaram para praticar os crimes de cartel e fraude a licitações. E aí as denúncias são por lavagem, organização criminosa, lavagem de dinheiro e corrupção ativa.

“Os demais crimes não estão ainda sendo imputados”, dizem as denúncias. Todas as acusações dessa fase têm uma nota de rodapé com a mesma redação: “Isso é feito com o objetivo de facilitar o trâmite desta ação inicial, que envolve réus presos, sem prejuízo do futuro oferecimento de nova acusação, específica para tais crimes”.

Segundo o advogado **José Carlos Cal Garcia**, que defende os executivos da OAS na “lava jato”, isso tem implicações diretas no direito de defesa. Em fevereiro deste ano, ele usou sua [sustentação oral](#) no Tribunal Regional Federal da 4ª Região para avisar os desembargadores que a estratégia do MPF de não denunciar pelos crimes antecedentes acarretou na prescrição de uma parte dos ilícitos imputados aos

seus clientes.

“Há problemas com o cerceamento de defesa porque os acusados não poderão provar que os crimes não aconteceram, não poderão utilizar do pleno exercício da ampla defesa para dizer que são inocentes, que estes crimes não ocorreram”, disse o advogado, na ocasião.

À **ConJur**, Cal Garcia disse que o problema dessa movimentação do MPF é que os supostos crimes de fraude a licitação das principais obras investigadas pela “lava jato” estão prescrevendo. “Isso é importante. É o eixo central da ‘lava jato’ e eles estão deixando de denunciar os crimes centrais para se focar nos acessórios.”

A Refinaria Presidente Getúlio Vargas, que fica em Araucária, no Paraná, e é conhecida como Repar, é um exemplo disso. Os supostos crimes de fraude a licitação das três obras do empreendimento prescreveram em setembro de 2015.

Uma das obras foi tocada pela Camargo Corrêa, outra pela Mendes Junior e outra, pelo consórcio Compar, composto por OAS, Odebrecht e UTC. Essas empresas já não podem mais ser acusadas pelas fraudes.

Em frente

Procurado, o Ministério Público Federal no Paraná disse, por meio de sua assessoria de imprensa, que não comentaria o assunto. Mas até agora o juiz Sergio Fernando Moro tem concordado com a estratégia.

Na [sentença](#) que condenou os executivos da OAS por corrupção, lavagem de dinheiro e organização criminosa na segunda fase da “lava jato”, por exemplo, ele disse: “Devido ao princípio da autonomia do crime de lavagem veiculado no artigo 2º, II, da Lei 9.613/98, o processo e o julgamento do crime de lavagem independem do processo e julgamento dos crimes antecedentes”.

Os crimes de cartel e fraude a licitação, afirmou, “não constituem objeto da denúncia”. São apontados apenas como origem do dinheiro usado para pagar propina a Paulo Roberto Costa, ex-diretor de serviços da Petrobras, justificou Moro.

“Não é preciso, portanto, no processo pelo crime de lavagem identificar e provar, com todas as suas circunstâncias, o crime antecedente, pois ele não constitui objeto do processo por crime de lavagem”, sentenciou. “Basta provar que os valores envolvidos nas condutas de ocultação e dissimulação têm origem e natureza criminosa.”

A mesma justificativa, escrita da mesma forma, está em todas as condenações por corrupção, lavagem e organização criminosa escritas por Moro. Ele se apoia em um precedente do Superior Tribunal de Justiça no qual a 5ª Turma, em 2010, disse que não era preciso “a prova cabal do crime antecedente”, apenas a “demonstração de indícios suficientes da existência do crime”.

Autonomia do crime

Especialista em lavagem de dinheiro, o advogado **André Callegari**, que também trabalha na “lava jato”, é mais um a criticar a estratégia do Ministério Público. “Há uma confusão com a autonomia do crime de

lavagem de dinheiro. Ele tem autonomia processual, ou seja, pode haver uma denúncia e uma ação penal só por lavagem. Mas isso não quer dizer que ele seja um crime autônomo. A lei de 2012, quando autorizou a apresentação de indícios de infrações penais, não dispensou a descrição do crime antecedente”, disse à **ConJur**.

De acordo com Callegari, ao denunciar por lavagem de dinheiro, o MP tem de dizer da onde esse dinheiro veio e para onde ele foi. “Não há a menor dúvida de que a acusação tem de dizer qual foi o crime que originou aquele valor que foi branqueado depois. Até porque o réu precisa se defender do que é narrado da denúncia, e não do tipo penal”, comenta Callegari, autor de livros sobre crimes financeiros.

A professora da Fundação Getulio Vargas **Heloísa Estellita** concorda com o colega. Especialista em crimes financeiros, ela afirma que, de fato, o parágrafo 1º do artigo 2º da Lei de Lavagem autoriza a denúncia por branqueamento de capitais mesmo que a punibilidade do crime antecedente esteja extinta.

Mas, argumenta, o fato de o crime antecedente prescrever não isenta a acusação de descrevê-lo e prová-lo na denúncia. “A lavagem é dos valores obtidos com a prática do crime antecedente, e isto implica dizer que a denúncia também de descrever o nexos econômico entre esses valores e a operação de ocultação ou dissimulação”, explica.

“Como esses são requisitos para que uma conduta seja criminosa, é necessário que estejam bem descritos na denúncia e, ainda, que venham acompanhados de provas, ainda que indiciárias, que comprovem a justa causa para a ação penal. Depois, na fase de sentença, aí sim esses elementos têm de ser provados cabalmente, do contrário não pode haver condenação.”

Autonomia da atuação

Depois que Cal Garcia fez sua sustentação, em fevereiro, a palavra foi passada ao procurador da República Carlos Augusto da Silva Cazarré, que atua na 8ª Turma. E falou que, embora discorde da obrigação de o MP propor a ação penal, “eventuais crimes antecedentes prescrevem”.

“Eventuais crimes antecedentes muitas vezes prescrevem”, disse em sua manifestação no julgamento “Então é possível que tenhamos denúncia por lavagem de dinheiro, por exemplo, sem que o crime antecedente esteja cabalmente demonstrado.”

Na opinião de Carlos Cazarré, as denúncias pelos crimes antecedentes não foram oferecidas em nome do princípio da autonomia do Ministério Público. Ele opõe a autonomia de seus colegas ao princípio da obrigatoriedade da propositura da ação penal pública pelo MP, seu titular constitucional.

“Tendo estudado muito sobre o assunto, não achei esse princípio expresso em nenhum lugar do ordenamento brasileiro, embora seja da nossa tradição”, disse, em sua manifestação no julgamento.

Ele afirma que esse princípio decorre de uma interpretação do artigo 24 do Código de Processo Penal, segundo o qual “nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do MP”. “Mas abstraindo isso”, diz Cazarré, “vamos tomar aquilo que é a tradição do nosso Direito”.

Notícia de crime

O professor de Direito Penal da PUC de Minas Gerais **Leonardo Yarochevsky** discorda veementemente de Cazarré. “Não há uma regra dizendo que o MP tem que apurar os crimes antecedentes. Mas se apurou e já formou a convicção quanto à autoria e materialidade, tem de denunciar, sim. Não tem por que deixar para depois”, afirma.

Segundo Yarochevsky, o Ministério Público não pode adotar uma estratégia de deixar uma denúncia de crime para depois, quando o momento for conveniente. “O fato não pertence ao MP. Ele tem o poder para denunciar, mas no caso da ação penal pública, ele tem o dever de denunciar.”

Um especialista em lavagem de dinheiro ouvido pela **ConJur**, mas que não quis ser identificado, concorda. Segundo ele, que também atua na “lava jato”, por mais que os crimes antecedentes tenham prescrito, é preciso demonstrar a existência de um crime antecedente. E o que os procuradores da operação têm feito é não descrever, ou apresentar um resumo em notas de rodapé, para prometer a denúncia para depois.

“Isso beira a irresponsabilidade”, diz o especialista. “A obrigatoriedade da ação penal é para tudo, não só para o que eu consigo provar.” O professor Yarochevsky completa: “No Estado de Direito tem que prevalecer o direito, e não a vontade do Ministério Público”.

Cartel

Outro problema apontado como grave pelos advogados é a tese do cartel. Principalmente porque o cartel tem sido descrito pelo Ministério Público como uma organização criminosa, o que pode matar uma das acusações, caso a denúncia por cartel seja feita.

No site de divulgação da “lava jato”, os procuradores definem a participação das construtoras desta forma: “As empreiteiras se cartelizaram em um “clube” para substituir uma concorrência real por uma concorrência aparente. Os preços oferecidos à Petrobras eram calculados e ajustados em reuniões secretas nas quais se definia quem ganharia o contrato e qual seria o preço, inflado em benefício privado e em prejuízo dos cofres da estatal”.

Mas nas [denúncias](#) a descrição está assim: “[*Os executivos*] promoveram, constituíram e integraram, pessoalmente e por meio de terceiros, organização criminosa, associando-se entre si e com administradores das empreiteiras (...), de forma estruturalmente ordenada, de modo permanente e com divisão de tarefas, no objetivo de praticar todos os crimes descritos nesta denúncia e de obter, direta e indiretamente, vantagens ilícitas”.

O cartel e a fraude a licitação seriam os crimes por meio dos quais essa organização criminosa obteve as “vantagens ilícitas”. E a tese dos procuradores é a de que as empresas formaram esse grupo para fraudar licitações para superfaturar obras e inflacionar o mercado. Com isso, ficariam sozinhas no cadastro de empresas aptas a constar do cadastro de companhias autorizadas a participar de concorrências públicas da Petrobras.

A tese das empresas é que esse cartel nunca existiu. Segundo elas, o que acontecia é que eram estabelecidas preferências entre elas, já que as empreiteiras não tinham condições técnicas nem operacionais de tocar várias obras de refinarias ao mesmo tempo. Mas não havia combinação de preços,

porque a Petrobras só abria suas estimativas depois que a licitação estava concluída, e para negociar com a vencedora.

As construtoras afirmam que não precisariam inflar o mercado para constar do cadastro da Petrobras, já que ele é composto pelas empresas que têm capacidade de tocar as obras, que seriam as integrantes do cartel.

Irrelevante

Em [apelação](#) apresentada ao TRF da 4ª Região contra sua [condenação](#), Rogério Cunha de Oliveira, ex-diretor de petróleo e gás da Mendes Junior, reclama da sentença de Moro. Na peça, ele afirma que a sentença “empreende uma generalização desarrazoada” apenas para justificar uma premissa não comprovada de que as empresas se organizaram num cartel para prejudicar a Petrobras.

Mas, diz a apelação: “Uma análise dos valores referidos na própria sentença não indica qualquer parâmetro objetivo que justifique tal interpretação”. O executivo é representado pelo advogado **Ademar Rigueira Neto**.

Como suporte à tese da formação de cartel, Moro afirma que havia limitações formais à participação de empresas de fora do “clube” das nove maiores empreiteiras do país. Essas limitações se resumem ao cadastro de companhias aptas a participar das concorrências, de acordo com critérios técnicos estabelecidos pela estatal.

Entretanto, na apelação, o executivo afirma que se trata de um fenômeno conhecido na doutrina como “paralelismo consciente”. É quando empresas se comportam de maneira parecida, inclusive praticando preços semelhantes, como forma de “resposta a estímulos econômicos do mercado”.

A apelação explica que esse fenômeno acontece quando o mercado, por suas peculiaridades, impõe muitas barreiras à entrada de novos concorrentes ou quando o número de participantes é naturalmente baixo.

O próprio cadastro da Petrobras seria essa barreira natural ao mercado. Outra seria o fato de a Petrobras deter o monopólio do mercado de petróleo e gás natural no Brasil e, conseqüentemente, controlar os preços. Para caracterizar o cartel, diz o recurso, seria necessário comprovar que, de fato, houve a combinação de preços entre companhias concorrentes.

Moro, no entanto, considerou essa argumentação, feitas a ele pelo advogado Ademar Rigueiro nas alegações finais, “irrelevante”. “Ainda que tivesse o domínio do mercado, resta claro que as principais empreiteiras e fornecedoras da Petrobras reuniram-se entre si e ajustaram fraudulentamente as licitações da Petrobras, prejudicando o mercado e a lisura dos certames”, escreveu na sentença.

**Notícia corrigida às 14h do dia 24/8.*

Date Created

24/08/2016