

Falta de segurança jurídica desestimula consórcios em licitações



João Grandino Rodas

Advogado, economista e professor

Examinemos o caso fictício abaixo com o intuito de o estudarmos e

respondamos à questão colocada a seguir.

Caso: Para concluir acordo de leniência^[1] com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), as empresas A, B e alguns de seus funcionários delataram que, num grupo de concorrentes, teria havido contatos, objetivando eliminar a disputa em licitações públicas, em projetos de setor de alta complexidade e sofisticada tecnologia, o que possivelmente caracterizaria cartel.

Foi, então, instaurado Inquérito Administrativo no Cade e elaborada Nota Técnica, em que se apontaram outras empresas partícipes em tais práticas, dentre as quais a empresa X e alguns de seus dirigentes. Com base na análise de fatos, na farta documentação e nas informações dadas pelos beneficiários da leniência, a referida Nota Técnica concluiu pela ocorrência de indícios robustos de infração à ordem econômica, bem como provável formação de cartel em relação a todas as empresas representadas. Esse suposto cartel, no mercado de licitações públicas, ter-se-ia mantido até a realização de busca e apreensão. Inobstante, a abundante documentação apreendida, inexistem documentos da lavra da empresa X. As poucas referências a ela, foram escritas por terceiros, no contexto de tratativas de formação de consórcio e não de divisão de mercado. Inobstante isso, a empresa X continua sendo processada administrativamente, juntamente com as outras empresas, sobre que pesam confissão e/ou indícios fortes e consistentes de cartelização.

Pergunta: É necessário, legal e ético, que a empresa X, mesmo com indícios contra ela praticamente inexistentes, seja mantida como indiciada até o final de um longo processo administrativo?

Em primeiro lugar, é necessário recordar-se que, o direito positivo, a doutrina e a jurisprudência brasileiras acolhem a possibilidade de realização de consórcio com o intuito de participar de licitações, permitidas pelo edital, mesmo em se tratando de certames licitatórios públicos. Por outro lado, do prisma técnico, o consórcio, além de aumentar a eficiência da licitação, é útil por contribuir para diminuição de custos e redução do prazo para a execução de serviços de engenharia[2].

Tendo em vista a existência de contato entre empresas, tanto para se realizar um consórcio, quanto para se concertar um cartel, o cuidado no exame do relacionamento havido entre elas, por parte das autoridades antitruste deve ser cuidadoso, pois não é aceitável que reuniões tendentes à elaboração de consórcio, sejam tidos como acordos colusivos. É legal e normal que, frente a editais que possibilitem consórcios, participem em licitações empresas, normalmente concorrentes em um mesmo mercado. Elas se reúnem e trocam informações com o objetivo de constituir consórcio para apresentarem-se a essas licitações. A simples comprovação de que tenha havido reunião ou acordo, não serve, de per si, como prova de formação de cartel, pois para que tais aproximações possam ser configuradas como infração à ordem econômica, precisam enquadrar-se nas hipóteses dos incisos I a IV do artigo 36, da Lei 12.529/2011[3]. É inadmissível que circunstâncias particulares do mercado, em vez de, meramente ensejar maior cautela e prudência das autoridades no exame da documentação, possam ser tidas, pura e simplesmente, sem maior análise, como “fatores facilitadores” de cartel. Nesse diapasão, a prova deve ser insofismável e cabal; tanto mais que se trata de processo administrativo sancionador, a que se aplicam princípios rigorosos e próprios do processo penal!

Ademais, não se perca de vista que simples menções, de passagem, em delação premiada, sem que sejam corroboradas por outras provas de nada valem.

Em segundo lugar, perquiramos acerca da manutenção da empresa X até o final do processo administrativo, mesmo que ela tenha sido alcançada por generalização feita pela Nota Técnica e que análise da copiosa documentação encartada aos autos, assim como das referências a ela feitas apontem para a inexistência de indícios, realmente robustos, de formação de cartel ou de infração à ordem econômica.

Desde que haja requerimento da empresa X, o Cade deveria examinar, preliminar e separadamente, a documentação acostada aos autos, o que inclui estrear a confissão dos Beneficiários da Leniência, da real conduta da empresa X e de seus dirigentes, à luz dos documentos juntados, e, se for confirmada a não participação dessa empresa, impõe-se, desde logo, o arquivamento do processo em relação a ela.

Tal não será feito, unicamente em benefício da empresa X, muito embora os ônus da manutenção do processo lhe sejam enormes, quer em termos de dispêndio de numerário, quer de desgaste da imagem corporativa. A real razão, consubstancia-se no aumento do custo Brasil e nos danos causados à economia nacional; para não se falar na insegurança jurídica gerada, que, certamente, diminuirá a participação de consórcios em licitações.

O objetivo maior da ordem jurídica é dar a cada um o que é seu e evitar a lesão ao direito[4]. Impedir que a lesão se consume é a real finalidade e não, unicamente, possibilitar sua reparação. O processo judicial (Constituição Federal, artigo 5º, inciso XXXV) e, por analogia, o administrativo, tem esse poder, a ser utilizado pelo aplicador do direito. Deve-se utilizar, *in casu*, a possibilidade de proteger o direito de

imediato, pois se não o fizer, eventual ressarcimento pode vir a ser impossível ou incompleto; não se fazendo, portanto, Justiça!

[1] “Acordo de leniência é a transação entre o Estado e o delator, que em troca de informações viabilizadoras da instauração, da celeridade e da melhor fundamentação do processo, possibilita um abrandamento ou extinção da sanção em que este incorreria, em virtude de haver também participado na conduta ilegal denunciada.” Oliveira, Gesner e Rodas, João Grandino. Direito e Economia da Concorrência. 2ª edição, São Paulo. 1913. Thompson Reuters/Revista dos Tribunais, p. 244/245.

[2] Ver Rodas, João Grandino, Consórcio entre empresas em licitação é lícito e necessário, Revista Eletrônica Conjur, 7 de janeiro de 2016.

[3] Art. 36. Constituem-se infração da ordem econômica, independente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

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

II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III – aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV – exercer de forma abusiva posição dominante.

[4] *Suum cuique tribuere e Alterum non laedere*, que juntamente com *Honeste vivere* formam os três preceitos jurídicos, conforme Ulpiano.

Date Created

28/01/2016