

O Cade deve ser previsível, técnico e comprometido com a Justiça



João Grandino Rodas
Advogado, economista e professor

A nota técnica 90/2018 da Superintendência-Geral do Cade, inobstante não

tenha descrito a conduta individualizada e respectivas provas nem tenha quantificado o prejuízo ao erário, recomendou a condenação de 16 empresas e 52 pessoas físicas, indigitadas pela prática de cartel no mercado de licitações públicas relacionadas aos projetos de metrô, trens e sistemas auxiliares. Apenas com relação à Caterpillar Brasil e 61 pessoas físicas a ela ligadas, houve recomendação de arquivamento, por ausência de provas de participação (itens 2.045 e 2.046 da nota técnica). Dessa nota técnica derivou o Processo Administrativo 08700.004617/2013-41, em trâmite perante o tribunal do Cade. A Procuradoria-Geral Federal Especializada reiterou o entendimento da nota técnica em tela^[1].

Um olhar amplo do conjunto probatório analisado pela Superintendência denota fortes indícios para condenação de grande parte das empresas investigadas. É relevante, contudo, estudo de caso comparativo entre as razões que levaram à recomendação de arquivamento da Caterpillar, mas que não foram consideradas aplicáveis à empresa X (empresa brasileira de médio porte).

Mensagem eletrônica interna de empresa partícipe de acordo de leniência, datada de 10 de janeiro de 2005, é o principal indício para comprovação da formação de cartel no âmbito do Projeto Boa Viagem da CPTM (conjunto de algumas das licitações investigadas pelo Cade). Para a Superintendência-Geral, esse documento comprova: (i) ter havido conluio para divisão do escopo das licitações; e (ii) ter sido provado que a empresa X participou desse suposto conluio, apesar de a mensagem não ter sido escrita por funcionário dela nem ter sido citada no referido documento.

Segundo a Superintendência, a mensagem em questão demonstraria: (i) que algumas das empresas participantes fizeram propostas de cobertura para maquiagem o viés ilícito dos acordos prévios; e (ii) que o fato de a empresa X ter perdido uma das licitações constituiria “prova clara da apresentação de propostas de cobertura entre as empresas para viabilizar a divisão do Programa Boa Viagem entre elas” (itens 543 e 548 da nota técnica 90/2018).

Para a Superintendência-Geral, há, igualmente, provas que incriminam a empresa X, relativamente às licitações para manutenção de trens da CPTM, ocorridas entre 2007 e 2008. “Em anotação manuscrita (...) consta previsão que possivelmente o edital relativo aos serviços de manutenção dos trens da CPTM Série 2000 seria lançado em abril ou maio daquele ano, contendo, ainda, *referências a empresa X e Y, que viriam a ser empresas concorrentes*” (item 348 da nota técnica 90/2018).

Mensagem interna de uma das empresas investigadas “confirma o ‘acordo de mercado’ entre (várias empresas também investigadas) para a licitação relativa à manutenção dos trens da Série 2100” é tida, indevidamente, como prova de formação de cartel. Na verdade, entretanto, tal mensagem diz respeito à formação de um consórcio, instrumento jurídico lícito e previsto no edital da concorrência, para disputa da licitação (item 371 da nota técnica 90/2018).

As “comprovações” citadas até o momento não passam de meras referências de terceiros ou tratativa tendente à formação de consórcio para disputa da licitação aberta pela CPTM.

Há, ademais, outros elementos, tidos como probatórios pelo Cade, mas que, realmente, são destituídos dessa força.

Não se pode esquecer que, no âmbito de classificação das provas, há prova direta e prova indireta. A prova direta tem o condão, de por si só, corroborar os fatos a que se deseja aplicar determinada norma jurídica. Com relação à prova indireta, a confirmação do fato depende do exercício de raciocínio lógico ou dedução.

A recomendação de condenação feita pela Superintendência com referência à empresa X, foi na linha da teoria da *suficiência das provas indiretas*. Fundamentando-se em deduções e raciocínios lógicos. Houve distanciamento do princípio da presunção de inocência, ínsito ao direito penal brasileiro e recepcionado pelo direito administrativo sancionador pátrio. Além disso, colocou a empresa X, no mesmo nível de empresas estrangeiras, contra as quais o conjunto probatório aponta, na realidade, para condenação.

As observações feitas até o momento seriam suficientes para o arquivamento das investigações em relação à empresa X. No entanto, não se olvide ser imprescindível, para a condenação, a demonstração de concentração do poder econômico pelas empresas investigadas ou de que os acordos tidos como ajustados tenham sido efetivados. Sem isto, não resta demonstrada ofensa à livre concorrência.

Convém, igualmente, ressaltar as principais abordagens ao tema sob exame: a regra da razão, a regra da proibição *per se* (*per se rule*), ou, ainda a proibição “por objeto”. “Pela regra da razão, somente são consideradas ilegais as práticas que restringem a concorrência *de forma não razoável*.” [2] Já a proibição *per se* “desobriga a autoridade antitruste de realizar análise mais profunda do ato praticado e do seu contexto econômico: a partir do momento em que uma conduta é tomada como ‘ilícita *per se*’ e considerada restritiva da concorrência, de forma não razoável, e deverá ser repudiada” [3]. O conceito de condutas anticompetitivas “por objeto” estabelece “uma presunção *iuris tantum* de ilicitude e, desse modo, deságua na inversão do ônus probatório, passando este da acusação para a defesa. Sua extensão chega aos limites da infração ‘*per se*’ do direito norte-americano, cuja culminação é a presunção *iuris et de iure*, que dispensa a contextualização dos fatos, bastando à condenação, lastreada na responsabilidade objetiva, tão-somente a comprovação da materialidade da conduta e do nexa causal” [4].

A proibição “por objeto” foi introduzida na jurisprudência do Cade pelo Processo Administrativo 08012.006923/2002-18, julgado em 20 de fevereiro de 2013. Sua introdução na tutela à livre concorrência brasileira é polêmica, mas há o entendimento de que não pode ser aplicada a fatos anteriores a fevereiro de 2013; ao passo que a teoria da suficiência da prova indireta, para fins de condenação, não pode ser posta em prática com relação a fatos anteriores a novembro de 2016 [5].

Do exposto, acima e nos artigos citados na nota de rodapé 1, houve evidente lapso da nota técnica e da Superintendência em reconhecer a ausência de provas unicamente em relação à Caterpillar Brasil; ignorando a empresa X, que estava na mesma situação. Como foi visto, análise do conjunto probatório que a própria Superintendência relacionou à suposta prática da infração pela empresa X comprova isso. Tal representa: (i) desprestígio de instrumentos lícitos como a formação de consórcios ou a subcontratação; (ii) forte insegurança jurídica para os agentes econômicos; e (iii) flagrante injustiça.

Não se diga que o tribunal do Cade poderá sanar essa injustiça, pois o mal já está feito: do prisma da empresa X, prejuízos materiais e de imagem; e do Cade, ocasião perdida para demonstrar sua previsibilidade, tecnicidade e compromisso com a Justiça.

[1] Rodas, João Grandino, “Condenação do cartel do metrô pelo CADE causa insegurança jurídica” e “Investigação sobre cartel do metrô requer atenção especial do CADE”, em revista Eletrônica **ConJur**, respectivamente de 7 e 21 de fevereiro de 2019.

[2] Forgioni, Paula A. Os fundamentos do antitruste, 10 ed. rev. e atual – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 207.

[3] Op. Cit. Pg. 209.

[4] Franceschini, José Inácio Gonzaga. Cartéis e Indução a Conduta Uniforme: infrações por objeto ou *per se*? O tema à luz do sistema jurídico brasileiro in “Direito Concorrencial: Avanços e Perspectivas”, vol.5, livro 1 (coord. João Grandino Rodas) – Curitiba: Editora Prismas, 2018 pg. 343.

[5] Op. Cit. p. 362.

Date Created

04/04/2019