

Condenação do cartel do metrô pelo Cade causa insegurança jurídica



João Grandino Rodas

Advogado, economista e professor

Inobstante lícito e necessário, o consórcio entre empresas em licitação é

frequentemente fonte de perquirições jurídicas^[1].

A Nota Técnica 90/2018, emitida pela Superintendência-Geral do Cade, recomendou a condenação de 16 empresas e 52 pessoas físicas pela prática de cartel no mercado de licitações públicas relativas a projetos de metrô e trens e sistemas auxiliares. Dentre as 17 empresas investigadas, houve recomendação de arquivamento relativamente a apenas uma, por ausência de provas de participação:

“Ainda que assim não fosse, não é possível inferir, somente com base nesses dois documentos, que a Caterpillar Brasil estivesse de fato envolvida no conluio e que não estava sendo relacionada à MGE unicamente em virtude das recentes alterações societárias tornadas públicas. Sendo assim, não é possível afirmar, para além da dúvida razoável, que a Caterpillar Brasil tenha se envolvido no cartel ou, de alguma forma, ter tido ao menos conhecimento da conduta, de modo que se sugere o arquivamento dos autos em relação a ela, por ausência de provas suficientes de sua participação na infração” (itens 2045 e 2046 da Nota Técnica 90/2018).

Beneficiaram-se também do arquivamento, nove das 61 pessoas físicas investigadas, todas ligadas à empresa supramencionada, no entendimento de não ter havido, em relação a elas, provas suficientes de participação e atuação em atos anticompetitivos.

Importa examinar juridicamente o caso em tela, tanto por sua relevância na economia nacional, quanto por comportar restrições de direitos. Em razão da gravidade da questão e das severas punições contidas na lei, o Cade, entidade judicante com jurisdição administrativa em todo o território nacional, deve pautar suas decisões nos princípios e determinações constitucionais, bem como nos princípios e leis do direito administrativo sancionador, que recepcionou princípios de direito penal. Somente desse modo, minorar-se-ão os danos e arbitrariedades às empresas e pessoas.



A utilização dos acordos de leniência foi salutar por ter possibilitado a revelação de fraudes no funcionamento de certos mercados. Contudo, é imprescindível haver o necessário rigor na apreciação das provas relativas à real participação no ilícito apontado. Impondo-se a apuração e a cabal descrição das condutas imputadas a cada uma das pessoas, sejam elas jurídicas ou físicas.

Sabe-se que os acordos de leniência não podem ser vistos como indicativos absolutos de ocorrência de infrações à ordem econômica, por não servirem, de per si, como elemento probatório. As informações prestadas pelos beneficiários do acordo de leniência devem servir – apenas e tão somente – como elementos auxiliares para a responsabilização. Eventual condenação pressupõe prova relevante e robusta.

Conforme doutrina e jurisprudência pacíficas, as informações prestadas pelos beneficiários do acordo de leniência não se constituem em prova, nem mesmo da espécie testemunhal, não podendo, portanto, ser fundamento exclusivo para a responsabilização de investigados. Para que se comprove ofensa à livre concorrência e sobrevenha a condenação, mister se faz a demonstração de concentração do poder econômico ou que os acordos ajustados tenham sido efetivados.

Imprescindível também, para eventual condenação, a demonstração de concentração de poder econômico ou de que os acordos tidos como ajustados tenham sido efetivados, visto que, sem tais características, não resta demonstrada ofensa à livre concorrência.

A cartelização pressupõe a união de esforços entre alguns ou todos dos participantes de um processo licitatório com o intuito de impedir que a administração pública alcance a melhor proposta. Eventuais conversações e ajustes prévios havidos entre os participantes de uma licitação jamais podem ser, automaticamente, qualificados de atos ilícitos; máxime se o edital permitir a formação de consórcios para concorrer no certame: “A interação estratégica entre empresas oligopolistas admite diversos resultados, requerendo análise econômica minuciosa, antes de concluir apressadamente pela ocorrência de indícios de infração. Da mesma forma, o respeito ao devido processo legal e a obtenção de provas exigem sofisticação jurídica.”[\[2\]](#)

Por outro lado, também deve ser considerado o porte das empresas, supostamente envolvidas no cartel, e seu poder de mercado, a fim de avaliar se elas poderiam exercer domínio sobre o mesmo, não sendo possível imputar a todas as investigadas uma mesma conduta genérica, sem as indispensáveis individualizações: “A acusação deverá se basear sempre em uma combinação de dois elementos. De um lado, uma série de evidências indicativas de que tenha havido combinação entre os concorrentes, isto é, que o comportamento das variáveis econômicas não pode ser explicado por nenhuma outra razão senão pelo acordo artificial entre os membros do cartel. De outro, em provas de diferente natureza de que tenha ocorrido um acordo entre concorrentes.”[\[3\]](#)

Ademais, é importante considerar que o mero fato de participar de um consórcio não gera a corresponsabilidade automática por infrações à ordem econômica, praticados por outro(s) participante(s) do mesmo consórcio. Faz-se necessário descrever quais foram os atos praticados por cada um dos investigados e em que medida esses atos contribuíram para a prática do alegado ilícito. Ressalte-se que empresas e pessoas não podem ser punidas por atos praticados por terceiros, mormente se não tinham conhecimento dos mesmos. Nesta senda, deve-se privilegiar os direitos e garantias fundamentais,



especialmente, a presunção de inocência, prevista no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Eventuais consórcios e subcontratações, quando permitidas pelo edital, são, em sua essência, formas lícitas de contratação do Poder Público com empresas possuidoras de portfólios complementares. Viabilizando, desse modo, maior concorrência em licitações, que, de outra forma, contariam com menos participantes. Não se pode perder de vista que no Brasil, diante da descentralização das compras públicas, é frequente a existência de diferentes processos de licitação envolvendo os mesmos concorrentes.

Há, portanto, necessidade de o órgão judicante adotar um cuidado redobrado ao ponderar e analisar individualmente a eventual participação no cartel de cada um dos investigados, haja vista que uma condenação genérica – sem a indispensável individualização – seria não só injusta, mas acarretaria inevitável perda de investimentos, desemprego, etc.; aumentando o custo Brasil.

Como conclusão, a Nota Técnica 90/2018, relacionada à apuração de suposto cartel em metrô e trens, não deveria ter recomendado, genericamente, a condenação de 16 empresas e de 52 pessoas físicas pela prática de cartel. Teria sido mais apropriado ter descrito a conduta individualizada e respectivas provas, relacionadas a cada uma delas, para, a seguir, com base em todo conjunto probatório, sugerir ou não a condenação para cada qual.

Esse curso de ação teria permitido verificar se as condutas imputadas pelos beneficiários da leniência foram efetivamente comprovadas. Sopesar as condutas, consoante sua maior ou menor ofensividade, teria sido útil, pois teria contribuído para a eventual e futura gradação da pena.

Tendo examinado, detidamente, a Nota Técnica em questão e verificado as provas existentes, considero que, certamente, além da Caterpillar, outra empresa e algumas pessoas físicas teriam sido objeto de sugestão de arquivamento. Tal empresa nacional, de porte médio, foi admitida no consórcio para dar suporte de mão de obra às empresas estrangeiras de tecnologia e que oferece serviços com alto valor agregado. Acabou envolvida em processo administrativo que, muito provavelmente, será levado ao Judiciário quando deveria, em razão de inexistência de provas concretas, ter sido excluída como o foi a empresa anteriormente citada. Mesmo que o Tribunal do Cade corrija tal imposição de condenação à empresa nacional, prejuízos severos foram experimentados.

[1] Rodas, João Grandino, “Consórcio entre empresas em licitação é lícito e necessário” e “Falta de segurança jurídica desestimula consórcios em licitações”, em Revista Eletrônica Conjur, respectivamente de 7 e 28 de janeiro de 2016.

[2] OLIVEIRA Gesner e RODAS, João Grandino, “Direito e Economia da Concorrência”, 3ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, p. 69.

[3] Ibidem, p. 69.

Date Created

07/02/2019