

Investigação sobre Cartel do metrô requer atenção especial do Cade



João Grandino Rodas

Advogado, economista e professor

A suposta prática de cartel em licitações de trens e metrô em São Paulo tem

gerado inúmeros e importantes debates no âmbito do direito concorrencial brasileiro, imprimindo dinamismo e contribuindo para o aprimoramento da qualidade das discussões práticas levadas ao Cade.

Os operadores do Direito têm sido desafiados, com frequência, a buscar soluções mais aptas aos tempos em que vivemos. Tais soluções devem, em última análise, integrar distintas opiniões e pontos de vista, oriundos do meio acadêmico, da iniciativa privada e do poder público.

No caso em destaque, a Superintendência-Geral do Cade, consoante a Nota Técnica 90/2018, inobstante não tenha mencionado e quantificado prejuízo efetivo ao erário, opinou pela condenação da grande maioria das empresas e pessoas físicas investigadas pela suposta prática de cartel em licitações públicas de trens e metrôs[1].

Na sequência do processo administrativo, seguindo o mesmo entendimento, a Procuradoria-Geral Federal Especializada opinou, quanto ao mérito, pela condenação da quase totalidade dos representados, pessoas jurídicas e físicas. Ao mesmo tempo sugeriu o arquivamento ou a extinção da ação punitiva da administração pública e da punibilidade do crime de cartel, com relação a determinadas pessoas físicas e jurídicas. Esse processo administrativo será julgado pelo Tribunal do Cade, nos meses vindouros.

Ultimamente, o combate aos cartéis em licitações tem sido item frequente na agenda do poder público, incluindo a do Cade. Este Conselho, acertadamente, tem lançado mão de diferentes métodos e provas em direito admitidas, para a correta e abrangente investigação de condutas potencialmente lesivas: acordos de leniência, provas indiretas, provas emprestadas etc.



Nunca é demais lembrar, contudo, a importância de o Tribunal do Cade, atentar para a: (i) valoração, em suas exatas medidas dos acordos de leniência e (ii) a imperiosidade de as empresas, que se consorciam e participam de licitações, poderem usufruir de segurança jurídica.

Inobstante a utilização de acordos de leniência fortaleça o exercício da repressão a ilícitos à ordem econômica; de per si, não pode ser indicativo absoluto de ocorrência de infrações. Servem como elementos auxiliares para a responsabilização, sendo, entretanto, imprescindível a existência de outras provas relevantes.

Para o adequado juízo de valor acerca da existência, ou não, dos pretensos “indícios robustos” de infração concorrenciais, importa fazer valer, efetivamente, o entendimento doutrinário e jurisprudencial já pacificado, acerca do valor probatório de informações prestadas por co-investigados, beneficiários de institutos, como delação premiada ou acordo de leniência. Pois, a responsabilidade no âmbito do direito sancionador exige nexos causal e demonstração da efetiva infração ou ato ilícito. Em tal sentido, adverte Mittermayer:

“O depoimento do cúmplice apresenta graves dificuldades. Têm-se visto criminosos que, desesperados por conhecerem que não podem escapar à pena, se esforçam em arrastar outros cidadãos para o abismo em que caem; outros denunciam cúmplices, aliás inocentes, só para afastar a suspeita dos que realmente tomaram parte no delito, ou para tornar o processo mais complicado ou mais difícil, ou porque esperam obter tratamento menos rigoroso, comprometendo pessoas colocadas em altas posições”^[2].

A presunção de inocência deve servir de contrapeso à delação premiada (ou acordo de leniência), no curso do processo. Nesse tocante, o procurador da República Alfredo Carlos Gonzaga Falcão Júnior assinala que, no direito comparado, atribui-se valor relativo às informações prestadas pelo delator, sendo necessário que tais informações sejam confirmadas por robusto lastro de provas:

“Há uma natural desconfiança acerca das informações prestadas pelo delator, ainda mais quando os motivos que orientam a colaboração podem vir acompanhados de circunstâncias sintomáticas de sua hipocrisia, como a de mentir para lograr a diminuição de pena. É por isso que **o direito comparado apresenta regulações que dão valor probatório relativo às informações prestadas pelo delator; é necessário que elas sejam confirmadas por robusto lastro de provas**, submetidos ao contraditório, ampla defesa e consequente publicidade. O jogo dialético do processo evita o decisionismo ou o uso da violência por simples ditame de vontade; e, para tanto, **o princípio da inocência deve funcionar como principal regulador normativo das condutas processuais, sendo o contrapeso da delação premiada durante a marcha processual**”^[3]. (não há grifo no original)

Relativamente ao segundo ponto, merece atenção aspecto que consta do item 211 da Nota Técnica em questão, no sentido que os consórcios e subcontratações de empresas em licitações públicas são legalmente admitidas. Tal porque a complexidade do objeto e particularidades mercadológicas exigem que diversas empresas juntem sua expertise para propiciar que a licitação não tenha um único concorrente ou restem desertas.



Assim, os atos de participação de várias empresas em consórcio, em si, jamais podem equivaler a cartel. Para que se prove tal ilícito, faz-se mister comprovação clara e contundente nesse sentido. O combate às práticas que resultam em má gestão pública, não pode deixar de levar em conta a proteção aos direitos dos acusados em geral, incluindo a presunção de inocência. A descrição fática de eventuais acordos, que teriam resultado em concentração do poder econômico, é insuficiente para a imputação de formação de cartel, consoante Rodolfo Tigre Maia^[4]:

“[...] considerada em si mesma, a conduta da efetivação de ajustes e de acordos entre empresas não caracteriza qualquer ilicitude, desde que seu próprio escopo ou as atividades práticas deles decorrentes, imediata ou mediata, não desbordem de qualquer modo para o abuso do poder econômico, na medida em que resultem no domínio do mercado ou na restrição à competição no mesmo”.

À guisa de conclusão, uma vez que o cartel é delito material para grande parte da doutrina, é necessário para sua caracterização a existência e demonstração de prejuízo para a administração pública, materializado no impedimento de a melhor proposta ter sido a escolhida. Assim, condutas ineficazes para tal fim, sem potencialidade de ofender o bem público, não devem ser consideradas antijurídicas e passíveis de punição^[5].

[1] Rodas, João Grandino, “Condenação do cartel do metrô pelo CADE causa insegurança jurídica”, Revista Eletrônica Consultor Jurídico, de 7 de fevereiro de 2019.

[2] Bottini, Pierpaolo Cruz, “*Tratado das Provas em Direito Criminal, Delação premiada exige regulamentação mais clara,*” Revista Eletrônica Consultor Jurídico de 13 de novembro de 2012.

[3] Falcão Júnior, Alfredo C. G., “*Delação Premiada: constitucionalidade e valor probatório*”, Custos Legis – Revista Eletrônica do Ministério Público Federal.

[4] Maia, Rodolfo Tigre, Tutela Penal da Ordem Econômica: O Crime de Formação de Cartel. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 162.

[5] Tal entendimento reforça a conclusão alcançada no artigo “Condenação do cartel do metrô pelo CADE causa insegurança jurídica”, referido na nota de rodapé nº 1.

Date Created

21/02/2019