

VALORAÇÃO E PADRÃO DE PROVA EM PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DE CARTEL

Paulo Burnier da Silveira¹ e

João Felipe Aranha Lacerda²

1. Introdução

Em Processos Administrativos no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), o debate sobre valoração de prova e padrão probatório surge de modo frequente. Todavia, e a título preliminar, diferencia-se desde logo os processos que visam apurar a existência de cartel daqueles que examinam supostas práticas de abuso de posição dominante. Isso porque, nos casos de abuso de posição dominante, os fatos são geralmente incontroversos, de modo se discute diretamente a licitude da conduta, e não propriamente a sua existência. Inversamente, em casos de cartel, a comprovação do acordo ilegal entre concorrentes é etapa essencial para a configuração do ilícito apurado. Nessas situações, não há, de todo modo, extenso debate sobre a ilicitude, em razão do entendimento majoritário de que cartéis são ilícitos *per se*, independentemente de comprovação de efeitos econômicos negativos.

Dito isto, percebe-se que, em casos de cartel, as questões fáticas assumem relevo ímpar. É por esse motivo que os debates mais profundos sobre valoração e padrão probatório ocorrem em sede de processos que visam apurar a existência de cartel. Como se verá, não se trata de debate

¹ Professor-Adjunto na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UNB). Doutor em Direito pela Universidade de Paris II e pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito pela Universidade de Paris II. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Atualmente, exerce a função de Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. As opiniões são pessoais e não refletem necessariamente a visão das instituições mencionadas.

² Mestrando em Direito pela University of Cambridge (Reino Unido). Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UNB). Advogado. As opiniões são pessoais e não refletem necessariamente a visão das instituições mencionadas.

propriamente novo no âmbito do CADE ou da doutrina antitruste, mas que comporta oscilações a depender da composição colegiada ou jurisdição, em que pese existir uma jurisprudência cada vez mais perene sobre seus *standards* mínimos para comprovação da ilicitude.

Diante desse contexto, o tema reaparece com frequência nas discussões acadêmicas e práticas do direito antitruste. Inicialmente, esse artigo busca trazer um aporte dogmático para o debate, de modo a esclarecer o conceito de prova, bem como de meio de prova, para, em seguida, diferenciar os conceitos de prova direta e indireta. Posteriormente, o artigo aborda a possibilidade de condenação com base em provas indiretas e em provas decorrentes de colaboração em acordos de leniência ou em termos de compromisso de cessação (TCC). Por último, será discutido o padrão de prova necessário para condenação no âmbito do direito administrativo sancionador.

2. Prova e meio de prova

Prova é demonstração da verdade de uma proposição, como afirma o célebre processualista Francesco Carnelutti.³ Portanto, não se pode confundir prova e meio de prova. Esse é o meio pelo qual se busca demonstrar a verdade de uma proposição. Dessa forma, um documento ou um depoimento são meios de prova, não provas – no sentido técnico-jurídico.

Ademais, como prova é a demonstração da verdade de uma proposição, o objeto da prova não é um fato, mas uma alegação de fato. Um fato não pode ser verdadeiro ou falso. Ele está no âmbito ôntico, do ser. Em outras palavras, ou o fato existiu ou não existiu.⁴

O que pode ser qualificado como verdadeiro ou falso é uma proposição, uma alegação de fato. A verdade sobre determinada proposição está no campo axiológico, de valoração.⁵ Somente afirmações podem ser verdadeiras ou falsas.⁶ Nas palavras de Candido Dinamarco:

³ CARNELUTTI, Francesco. A prova civil. 2 [Ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 67.

⁴ DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 2. 12ª Ed. Salvador: Editora JusPodium, 2016, p. 57.

⁵ Idem.

⁶ Nas palavras de Candido Dinamarco: “*Provar é demonstrar que uma alegação é boa, correta e portanto condizente com a verdade. O fato existe ou inexistente, aconteceu ou não aconteceu, sendo portanto insuscetível dessas adjetivações ou qualificações. As alegações sim, é que podem ser verazes ou mentirosas – e daí a pertinência de*

“Provar é demonstrar que uma alegação é boa, correta e portanto condizente com a verdade. O fato existe ou inexistente, aconteceu ou não aconteceu, sendo portanto insuscetível dessas adjetivações ou qualificações. As alegações sim, é que podem ser verazes ou mentirosas – e daí a pertinência de prova-las, ou seja, demonstrar que são boas e verazes”⁷

No entanto, nunca será possível atingir a verdade real, absoluta, sobre uma alegação de fato. Não é possível reconstruir o passado com absoluta certeza do que ocorreu. O que sempre haverá, portanto, é um juízo de probabilidade sobre a verdade de certa alegação de fato. O fato objeto da alegação que se busca provar é chamado de “fato probando”.

Em relação à finalidade da prova, a ampla doutrina processual brasileira entende que é dar suporte ao julgador para formar seu convencimento sobre o fato probando. Nas palavras de Vicente Greco Filho: “*No processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral e filosófico; sua finalidade é prática, qual seja: convencer o juiz*”.⁸ Ademais, em decorrência dessa finalidade, a doutrina brasileira majoritária entende ser o julgador o destinatário da prova.

3. Provas diretas e indiretas

A alegação de existência do fato probando pode ser comprovada mediante as chamadas provas diretas ou provas indiretas. Vale notar que, tecnicamente, deveríamos nos referir a meios de prova diretos ou meios de prova indiretos. No entanto, adota-se, neste artigo, a nomenclatura usualmente utilizada, qual seja, prova direta e indireta.

Provas diretas se referem especificamente ao fato probando. A título ilustrativo, podemos citar um depoimento de uma testemunha que estava

prova-las, ou seja, demonstrar que são boas e verazes”. DINAMARCO, Candido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v.3, p. 58.

⁷ DINAMARCO, Candido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v.3, p. 58.

⁸ GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, vol. 2, p. 182. No mesmo sentido, mas referindo-se ao processo penal, LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. 3ª Ed. Salvador: Editora JusPodium. 2015, p. 576.

presente na reunião em que preços concorrentes fixaram ou uma gravação dessa reunião.

Já as provas indiretas não se referem ao fato probando, mas a outro que, por meio de raciocínio indutivo, autorize concluir pela existência do fato probando. Como exemplo, pode-se mencionar demonstrações econômicas de paralelismo de preços, registros de entrada de vários concorrentes em uma sala de reunião. Fora do direito antitruste, poderíamos citar como exemplo de prova direta o depoimento de uma testemunha ocular que presenciou um acidente e, como indireta, uma perícia que demonstra a posição dos veículos após o acidente.

No Direito brasileiro, as provas indiretas também são chamadas de indícios⁹, como preceitua o próprio Código de Processo Penal ao trazer conceito de indício em seu artigo 239:

Art. 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.

A Organização Econômica para Cooperação e Desenvolvimento (OCDE) também explorou esse tema através de estudo comparado envolvendo dezenas de jurisdições. Nesse estudo, as provas indiretas são abordadas como prova circunstanciais, que se subdividem em provas de comunicação e provas econômicas. Nas provas de comunicação, comprova-se o contato entre concorrentes, por exemplo através de reunião presencial ou registro telefônico, mas sem especificar o conteúdo dessa comunicação. As provas econômicas, por sua vez, constituem provas de condutas suspeitas, em geral condutas paralelas identificadas no mercado (como aumento simultâneo de preços), ou mesmo provas econômicas de natureza estrutural, que oferecem fatores de mercado capazes de aumentar ou diminuir as chances da existência de uma colusão.¹⁰

Feitas essas breves considerações sobre o conceito e a natureza da prova, analisa-se o sistema de valoração de provas.

⁹ LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. 3ª Ed. Salvador: Editora JusPodium. 2015, p. 580.

¹⁰ OCDE. *Roundtable on "Prosecuting Cartels without Direct Evidence"*. Paris, 2010.

4. Sistemas de valoração de prova

O sistema de valoração de provas representa o conjunto de normas jurídicas sobre que instruem o julgador sobre como as provas produzidas no processo devem ser por ele consideradas, valoradas.

O sistema brasileiro adota o livre convencimento motivado (ou persuasão racional) como regra de valoração de prova. Nas palavras de Fredie Didier: “O CPC consagra, seguindo a tradição brasileira, o sistema que permite que o órgão julgador atribua às provas produzidas o valor que entender que elas mereçam, de acordo com as circunstâncias do caso concreto”.¹¹ Além disso, o Código de Processo Penal afirma, em seu artigo 155, que:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Tratando do Direito Antitruste, Eduardo Molan Gaban e Juliana Domingues afirmam que:

“A valoração das provas deve dar-se por meio do **sistema da persuasão racional**, segundo o qual o julgador deve apreciar as provas para formar seu convencimento sobre a veracidade dos fatos, atendo-se àquelas que julgar mais convincentes”¹²

Portanto, no Brasil, adota-se como regra o sistema do livre convencimento motivado. O julgador examina as provas e forma sua convicção sobre os fatos probando do processo. A partir dessa convicção formada pelo julgador, que extrai legitimidade de sua imparcialidade, deve ele expor a motivação de sua decisão, apontando as provas que influenciaram sua convicção e expondo como as valorou, para permitir posterior revisão.

¹¹ DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 2. 12ª Ed. Salvador: Editora JusPodium, 2016, p. 117. Também no mesmo sentido, em relação ao processo penal, LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. 3ª Ed. Salvador: Editora JusPodium. 2015, p. 605.

¹² GABAN, Eduardo Molan; Domingues, Juliana Oliveira. Direito Antitruste. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 219.

De qualquer forma, o “livre” convencimento é sujeito a algumas restrições.

Em primeiro lugar, a valoração da prova deve ser motivada de forma racional e clara. A racionalidade e a clareza da motivação são necessárias para possibilitar a revisão e o controle da valoração das provas. Nesse sentido, a Lei 12.529/11 afirma que:

Art. 79. A decisão do Tribunal, que em qualquer hipótese será fundamentada, quando for pela existência de infração da ordem econômica, conterà:

I - especificação dos fatos que constituam a infração apurada e a indicação das providências a serem tomadas pelos responsáveis para fazê-la cessar; [...]

No mesmo sentido, a Lei 9.784/99, aplicável ao processo administrativo em âmbito federal:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

[...]

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

Em verdade, a necessidade de motivação da decisão configura corolário do direito fundamental ao devido processo legal, garantido constitucionalmente aos acusados em processos administrativos e judiciais. Em relação a esses últimos, a Constituição da República é expressa ao exigir fundamentação da decisão, sob pena de nulidade (art. 93, IX, Constituição da República de 1988).

Além da necessidade de motivação racional e clara, também se exige que o julgador apenas utilize na formação de convencimento meios de prova constantes nos autos do processo. A finalidade dessa regra é garantir o contraditório, direito constitucionalmente garantido. Portanto, a prova (*rectius*: meio de prova) objeto de valoração pelo julgador deve estar nos autos, sob pena de violação do princípio do contraditório.

Por fim, veda-se que o julgador valere prova obtida por meios ilícitos na formação de seu convencimento. A regra tem assento constitucional: “Art. 5º, LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Ademais, a vedação também é objeto de previsão expressa na Lei do Processo Administrativo Federal (Art. 30 da Lei 9.784/99).

Portanto, o livre convencimento é, por bem, sujeito a algumas limitações, tais como a exigência de motivação racional e a impossibilidade de valoração de provas ilícitas ou que não estejam nos autos.

Dessa forma, a conclusão sobre a veracidade de uma alegação de fato compete ao julgador caso a caso. Por isso, não parece pertinente a tentativa de valoração de determinados tipos de prova *ex ante*, sem considerar as particularidades de cada caso concreto.

No contexto do direito antitruste e das infrações que se busca coibir, a tentativa de fixação, *a priori*, da valoração de determinados tipos de prova pode trazer mais malefícios do que benefícios. É que, em que pese tal sistematização possa conferir maior grau de segurança para os agentes que se vêm acusados em processos administrativos, poder-se-ia gerar um engessamento excessivo da liberdade do julgador de a modo a valorar esses elementos e formar sua convicção, com base nas peculiaridades das provas e do caso concreto.

Deve-se prestigiar o sistema do livre convencimento motivado, adotado em todos os ramos do direito brasileiro. A ideia de adotar um sistema de tarifação de provas, em que se busca avaliar o valor de cada tipo de prova previamente, é contrária à lógica processual brasileira e acarreta uma retirada indevida da liberdade do julgador em avaliar as provas de cada processo concreto para formar sua convicção.

Ademais, deve-se levar em consideração a natureza das infrações objeto de processos administrativos no CADE, em especial cartéis. Trata-se de delitos de colarinho branco, cometidos, em regra, por agentes de alto nível intelectual e social, de maneira sofisticada e secreta. Ainda, trata-se de um crime que não produz vestígios materiais, como um corpo-delito, um instrumento do crime. Normalmente, o fato probando em um caso de cartel é um mero acordo. É incontroversa a dificuldade de se comprovar crimes de colarinho branco. Mesmo dentro dessa categoria, o cartel é ainda mais difícil, pois não há recurso desviado, não há propina paga. Trata-se de um mero acordo, que pode ser verbal e, inclusive, tácito.

Tento isso em vista, a seção seguinte do artigo aborda a possibilidade de decisão condenatória baseada exclusivamente em provas

indiretas (ou indiciárias) e em provas fornecidas por beneficiário de acordo de leniência ou TCC.

5. Condenação com base exclusivamente em provas indiretas

Há um precedente do CADE que pode ser considerado como *leading case* no uso de conjunto probatório exclusivo de provas indiretas para formação de convicção de condenação. Trata-se do Processo Administrativo nº 08012.001273/2010-24, conhecido como cartel dos aquecedores, julgado pelo Tribunal do CADE em 2015, condenado pela unanimidade do colegiado à época. Na ocasião, destacou-se que os cartéis tendem a uma maior sofisticação, em especial os cartéis em licitação, o que justificava estudos, no Brasil e no exterior, sobre a possibilidade e as condições para aferição do ilícito sem provas diretas.

A esse respeito a recomendação da OCDE é no sentido de que as provas indiretas, também chamadas de circunstanciais, podem ser usadas para fundamentar a existência de um cartel: “*the better practice is to use circumstantial evidence holistically, giving it cumulative effect, rather than on an item-by-item basis*”¹³. Nesse sentido, as provas indiciárias devem ser valoradas, de forma holística, para fundamentar o convencimento do julgador e, sendo o caso, eventual decisão condenatória.

Até mesmo na esfera criminal, indícios podem ser suficientes para sustentar uma condenação. O Supremo Tribunal Federal, nesse sentido, afirmou que:

“Resgata-se a importância que sempre tiveram, no contexto das provas produzidas, **os indícios**, que podem, sim, pela argumentação das partes e do juízo em torno das circunstâncias fáticas comprovadas, apontarem para uma conclusão segura e correta.

Essa função persuasiva da prova é a que mais bem se coaduna com o sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, previsto no art. 155 do CPP e no art. 93, IX, da Carta Magna, pelo qual o magistrado avalia livremente os elementos probatórios colhidos na instrução, mas tem a

¹³ OCDE, *Prosecuting Cartels without Direct Evidence*, 2006

obrigação de fundamentar sua decisão, indicando expressamente suas razões de decidir.

(...)

Aliás, a força instrutória dos indícios é bastante para a elucidação de fatos, podendo, inclusive, por si próprios, o que não é apenas o caso dos autos, conduzir à prolação de decreto de índole condenatória. (cf. PEDROSO, Fernando de Almeida. Prova penal: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 90-91).

[...] (HC nº 111.666, Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 08/05/2012)

[...] (HC 96062, Relator: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 06/10/2009)

[...] (HC nº 83.542, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 09/03/2004; HC nº 83.348, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Primeira Turma, julgado em 21/10/2003.)

As digressões ora engendradas se justificam porque, nesses delitos econômicos e sofisticados, unem-se as forças das provas diretas e dos indícios” (Excerto de voto do Ministro Luiz Fux, Ação Penal 470, STF, Ministro Relator Joaquim Barbosa, julgado em 17/12/2002, DJe 19/04/2013, sem destaques no original).”¹⁴. Grifamos

“A força instrutória dos indícios é bastante para a elucidação de fatos, podendo, inclusive, por si própria, o que não é apenas o caso dos autos, conduzir à prolação de decreto de índole condenatória, quando não contrariados por contraindícios ou por prova direta.”¹⁵. Grifamos

[...] O conceito de “certeza” e “verdade” são inatingíveis, sendo que o processo, num mecanismo dialético, busca aproximar-se o máximo possível do que realmente ocorreu. Se, em face de tudo o que foi produzido e debatido durante o contraditório, o juiz atingir um grau de certeza que lhe dê segurança para condenar, assim deverá proceder. Do contrário, a absolvição é de rigor.

¹⁴ STF. AP 470. Voto Min. Luiz Fux.

¹⁵ STF. HC 97781/PR, Rel. Min. Marco Aurélio. Rel. p/ Acórdão: Min. Luiz Fux. Primeira Turma. Julgamento em 26/11/2013

A perspectiva que disso se extrai, diante da *livre persuasão motivada do juiz, é de não se excluir, em abstrato, o valor da prova indiciária*¹⁶. Grifamos

Renato Brasileiro Lima, renomado processualista penal, afirma que:

“Muito se discute acerca da possibilidade de se *condenar alguém com base única e exclusivamente em indícios*. A nosso juízo, com a incorporação ao processo penal do *sistema da persuasão racional do juiz* (CPP, art. 155, caput, e CF/88, art. 93, IX), e a conseqüente *exclusão de qualquer regra de prova tarifada, permite-se que tanto a prova direta como a prova indireta* sejam em igual medida válidas e eficazes para a formação da convicção do magistrado”¹⁷ Grifamos

Portanto, mesmo na esfera penal é possível condenação baseada exclusivamente em indícios, o que corrobora a possibilidade de seu uso na esfera administrativa.

Além disso, parece importante afastar uma falsa premissa de que indícios possuem, inerentemente, menor força probatória do que provas diretas. A título ilustrativo, um vídeo mostrando que o acusado de homicídio entrou no prédio da vítima cinco minutos antes de seu assassinato e um depoimento de uma testemunha que viu o acusado saindo do prédio cinco minutos depois empunhando uma arma e com a roupa manchada de sangue são indícios. São meios de prova dos seguintes fatos: o acusado entrou no prédio e saiu empunhando uma arma e com a roupa manchada de sangue. Esses dois fatos não são o fato probando (que o acusado matou a vítima). No entanto, são fatos que, por meio de um raciocínio indutivo, permitem concluir pela existência do fato probando – ou seja, indícios. Até mesmo a expressão “batom na camisa”, vulgarmente utilizada como sinônimo de prova cabal, é um indício, uma prova indireta.

¹⁶ STF. HC 83.348-9/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa. Primeira Turma. Julgamento em 21/10/2003.

¹⁷ LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. 3ª Ed. Salvador: Editora JusPodium. 2015, p. 580.

Dessa forma, não se pode assumir que prova indiciária possui baixo valor para o convencimento. O valor de cada prova, direta ou indireta, depende das circunstâncias de cada caso e deve ser avaliado pelo julgador, com base no princípio da persuasão racional (ou livre convencimento motivado).

A respeito da utilização dos indícios para sustentar condenação no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, Fabio Medina Osório afirma que:

“No campo das responsabilidades sancionatórias, cabe aduzir que *os indícios podem ser suficientes para uma condenação*, especialmente no terreno de aplicação do *Direito Administrativo repressor*, embora até mesmo no Direito Penal isto seja possível, justificadamente”¹⁸ Grifamos

No Processo Administrativo nº 08012.001273/2010-24 (cartel dos aquecedores), o Plenário do CADE discutiu a possibilidade de utilização de provas indiretas para condenações no âmbito do CADE. Isso também ocorreu no Processo Administrativo nº 08012.004039/2001-68, julgado em 2013, através de voto-condutor da Conselheira Ana Frazão:

“Mostra-se de *fundamental relevância o recurso a provas indiciárias* e circunstanciais que, ainda de forma indireta, sejam capazes de constituir um conjunto suficientemente robusto para gerar um *convencimento* por parte da autoridade julgadora no sentido da configuração do ilícito. [...] *Diante das especificidades dos delitos econômicos, em particular nos de caráter associativo*, deve ser visto com naturalidade o recurso a provas indiretas e circunstanciais em investigações de cartéis, especialmente na seara administrativa (...) tenho que o conjunto probatório colhido pela Secretaria de Direito Econômico, apesar de formado em sua maior parte por evidências indiretas, é suficiente para caracterizar a prática de

¹⁸ OSÓRIO, Fabio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 424.

infração colusiva por parte das panificadoras e pessoas físicas que integram o polo passivo”.¹⁹ Grifamos

Outra decisão sobre o tema é o voto do Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva no Processo Administrativo 08012.004860/2000-01, onde se reconheceu a dificuldade de obtenção de provas em investigações de cartel:

“A prova de ação de cartéis - na maioria das vezes - é feita mais por meio de indícios de conluio do que pela comprovação de existência de acordos formais. Tal regra aplica-se em todos os países que adotam o sistema de proteção antitruste, tendo em vista a *dificuldade de encontrar documento formal assinado entre os partícipes* da conduta afirmando as condições de acordo. [...]

Cumprir registrar que o sistema de provas, tanto no processo penal, civil ou administrativo, não se coaduna com a hierarquia das provas, de modo que não há um meio de prova melhor, mais eficaz ou que tenha mais valor que outro.

Um conjunto de indícios pode, então, levar a um juízo probatório conclusivo. [...]”²⁰ Grifamos.

Vale notar que mesmo no acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que discordou da valoração da prova realizada pelo CADE no Processo Administrativo nº 08012.009088/99-48 (caso conhecido como cartel dos medicamentos genéricos), o Tribunal deixou claro que não se exige nenhuma formalidade ou tipo de prova específico para a condenação de cartel, em razão da dificuldade de obtenção de provas desse delito:

“Preliminarmente, não é a ausência de assinatura da ata ou a informalidade da reunião que lhe retiram a força probatória, visto que não se espera formalidades em ajustes ilícitos; [...]”²¹ Grifamos.

Enfim, o CADE e inúmeras outras autoridades da concorrência aceitam a utilização de provas indiretas adotando a doutrina do paralelismo

¹⁹ Processo Administrativo nº 08012.004039/2001-68

²⁰ Processo Administrativo 08012.004860/2000-01

²¹ TRF1, Processo nº 200734000443146, Rel. Des. Federal Kassio Marques. Julgado em 30/03/2015.

plus. Utilizam-se provas indiretas como paralelismo econômico, provas de reuniões entre concorrentes, ausência de explicações razoáveis para o comportamento coordenado de preços, entre outras. A análise conjunta desses indícios pode sustentar, por si só, uma decisão condenatória, caso o julgador se convença da existência da infração.

Diante desse contexto, a utilização de prova indireta para fundamentar uma condenação, no âmbito do processo administrativo sancionador no CADE, parece plenamente possível.

6. Condenação com base exclusivamente em delação premiada

Pode-se afirmar que as discussões acerca do valor de provas decorrentes de acordos de colaboração premiada (incluindo o acordo de leniência e o TCC) surgem, por vezes, de uma confusão muito comum: a diferença entre a delação e as provas produzidas no âmbito da colaboração.

Em regra, as declarações de um corrêu podem ser usadas como meio de prova. Em rigor jurídico, com relação àquele que confirma sua participação na infração e a descreve, trata-se de confissão. Com relação aos outros corrêus, trata-se de prova testemunhal. Como se sabe, a prova testemunhal pode embasar decisão condenatória, se suficiente para convencer o julgador. Dessa forma, regra geral, a declaração de um corrêu pode ser usada como elemento para embasar condenação dos outros.

Entretanto, há uma exceção. Caso a declaração, confessando participação no ilícito e imputando responsabilidade aos corrêus, seja feita no âmbito de um acordo de colaboração premiada, a lei impede que essa declaração seja o único fundamento da condenação. Trata-se da regra da corroboração, que possui assento legal e é pacificamente aplicada pela jurisprudência, inclusive do STF. Em outras palavras, a mera declaração/testemunho de um colaborador não pode ser o único fundamento de uma condenação. O dispositivo legal que prevê essa regra é o §16 do artigo 4º da Lei 12.850/13, que trata da colaboração premiada na esfera penal:

Art. 4º [...]

§ 16. Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.

Portanto, as declarações do colaborador não podem ser *fundamento exclusivo* da condenação. Isso porque se reconhece claros incentivos do colaborador em incriminar seus corrêus.

Dito isto, há uma grande diferença entre a declaração do colaborador e eventuais provas (documentais, periciais, etc.) apresentadas por ele no âmbito do acordo da colaboração. Suponha que o colaborador delate um cartel. Suas afirmações não podem, por expressa vedação legal, ser o único fundamento de condenação – em que pese poderem ser valoradas pelo julgador para a formação de seu convencimento. No entanto, caso esse colaborador, além de suas declarações, apresente outras provas a respeito do fato relatado, essas poderão constituir o fundamento da decisão condenatória, como por exemplo, documentos das reuniões do cartel, e-mails enviados à época dos fatos relatando o teor das reuniões, um vídeo ou áudio da reunião, entre outros.

Note-se que, muitas vezes, as provas fornecidas pelo colaborador, adicionalmente às suas declarações, configuram provas diretas do fato probando. Portanto, cumpre esclarecer que, em que pese as declarações do colaborador não possam ser o único fundamento de condenação, outras provas por ele apresentadas podem.

Essas conclusões são aplicáveis à esfera penal – onde se asseguram maiores garantias processuais aos acusados. No entanto, a despeito de inexistência de previsão legal similar ao §16 do artigo 4º da Lei 12.850/13 para acordos de colaboração premiada no âmbito do CADE (leniência e TCC), essa vedação também deve ser aplicada, por analogia, na esfera administrativa sancionadora.

Assim, as declarações dos beneficiários de acordos de leniência ou dos compromissários de TCC, normalmente instrumentalizadas em documento chamado “Histórico da Conduta”, não podem ser o único e exclusivo fundamento para decisão condenatória por parte do CADE. No entanto, caso sejam apresentadas outras provas pelo colaborador, essas sim podem fundamentar a condenação, caso sejam suficientes para convencer o Tribunal do CADE da existência da infração à ordem econômica. Mais uma vez, todo o conjunto probatório deverá ser analisado de forma holística pelo julgador, que apreciará livremente as provas para formar sua convicção e terá o ônus de fundamentar seu juízo de maneira clara e racional – princípio do livre convencimento motivado.

Pelo exposto, não nos parece ser apropriada a tentativa de tarifação das provas, sobretudo aquelas apresentadas no âmbito de acordos de leniência

ou de TCC. Apesar de meras declarações não serem suficientes, isoladamente, para a condenação, outras provas eventualmente entregues pelos colaboradores – atas de reuniões, agendas, e-mails, planilhas, etc. – devem ser valoradas pelo Tribunal e, caso sejam suficientes para convencer os julgadores da existência da infração, podem ser usadas como fundamento para a condenação.

É possível que se cogite a impossibilidade de utilização de prova fornecida pelo colaborador caso esta seja “unilateral” – produzida sem a participação dos outros acusados. A título ilustrativo, podemos citar a agenda do colaborador relatando a reunião ou um e-mail trocado entre o funcionário que esteve presente na reunião ilícita e seu superior, todos empregados da empresa colaboradora. A esse respeito, também nos parece que cada prova deve ser valorada caso a caso pelo julgador, que deverá considerar seu teor e formar seu convencimento. Não parece conveniente tarifá-la como insuficiente, *a priori*, o valor de uma prova unilateral para o convencimento do julgador. Caso as provas unilaterais sejam robustas e capazes de convencer o julgador, este pode fundamentar decisão condenatória.

Sobre esse ponto, é relevante citar a lição de Fábio Medina Osório, em sua obra “Direito Administrativo Sancionador”:

“Parece-nos, enfim, artificial, muitas vezes, uma valoração automática e abstrata das provas. Um único testemunho direto vale mais do que um forte conjunto de indícios? E dois ou três testemunhos diretos? Mas as testemunhas não podem ser “compradas” ou orientadas à prática do “falso testemunho”? A prova documental não pode ser forjada, com alta sofisticação? [...]

Trata-se de ingênuo raciocínio esse de exigir provas “pré-tarifadas” para a formação do juízo reprovatório, seja no Direito Penal, seja no Direito Administrativo. O limite da “tarifa” legal há de ser o campo da licitude ou ilicitude de determinados procedimentos destinados à obtenção das provas, porque o processo não é um jogo sem regras. O certo é que mesmo provas materiais, perícias, podem ser falsificadas, eventualmente, mas nem por isso se pode desmoralizar ou desprezar esses – e quaisquer outros – meios de prova a priori.

Potencial veracidade ou falsidade toda e qualquer prova possui. O problema é analisar o caso concreto e verificar o

*grau de razoável credibilidade que apresentam as provas, de modo a extrair daí um razoável juízo de certeza, não uma certeza intocável e suprema que somente os “deuses” possuem.”*²²

Portanto, não parece adequado limitar a utilização de provas unilaterais – ou quaisquer outras – *a priori*. Não se pode presumir falsidade de prova unilateral fornecida por beneficiário de acordo de colaboração (leniência ou TCC). O grau de credibilidade de cada prova deverá ser valorado caso a caso.

Além disso, deve-se considerar que o CADE lida com responsabilidade administrativa, onde se dispensa, para punição, até a culpa do agente. Dessa forma, a imposição, normalmente a pessoas jurídicas, de sanções pecuniárias exige menor grau de garantismo processual do que a responsabilização criminal.

Ademais, como já mencionado, deve-se levar em consideração as dificuldades inerentes à obtenção de provas em casos de cartel. Cartel é, quase sempre, um delito classificado como transeunte, ou seja, não deixa vestígios materiais. Nas palavras de Guilherme Ribas, em tese de doutorado sobre o tema aqui tratado:

*“Diversas decisões do CADE enfatizam a dificuldade de obtenção de provas em processos de investigação de cartel. Conscientes da ilicitude da prática, os participantes de acordos dessa natureza não costumam deixar rastros de suas atividades ilícitas. Assim, todo meio de prova idôneo a demonstrar a conduta é aceito pelo CADE [...]”*²³ Grifamos.

Em cartéis internacionais, as provas obtidas em razão de acordo de colaboração assumem ainda maior relevância. É que nesse tipo de conduta, se afigura praticamente impossível a realização de buscas e apreensões no exterior ou de interceptações telefônicas – meios úteis de obtenção de prova em casos de cartéis domésticos.

²² OSÓRIO, Fabio Medina. Direito Administrativo Sancionador. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 424.

²³ RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. A prova no processo administrativo de investigação de cartel. São Paulo: USP/Faculdade de Direito. 2014, p. 76.

Em conclusão, nos parece indevida qualquer tentativa de tarifação do valor de provas decorrentes de colaboração premiada no âmbito do CADE, sob pena de distorcer o princípio do livre convencimento motivado. O julgador, com acesso às particularidades do caso concreto e ao teor das provas específicas, está melhor posicionado para aferir o valor persuasório de cada uma delas, *in concreto*.

7. Padrão de prova necessário para condenação

Intimamente ligado à valoração da prova está o padrão probatório. Enquanto as normas sobre valoração instruem o julgador a respeito do valor de cada tipo de prova, o padrão probatório indica qual a certeza necessária – decorrente da valoração das provas – para que um acusado seja condenado.

Tradicionalmente, há diferentes padrões de prova a depender da gravidade das consequências de uma decisão. Em casos criminais, nos quais a liberdade do acusado está ameaçada, exige-se maior grau de certeza. Em casos cíveis, onde apenas o patrimônio do réu será afetado, o nível de certeza requerido é mais brando.

No direito comparado, especificamente nos Estados Unidos, cunhou-se as expressões “*beyond a reasonable doubt*” e “*preponderance of the evidence*” para indicar os padrões (*standards*) probatórios em casos criminais e cíveis, respectivamente.

Considerando a gravidade da sanção penal – prisão e, em alguns estados norte-americanos, até a morte –, exige-se que o órgão julgador tenha um nível de certeza “além de uma dúvida razoável”. Obviamente, nunca seria possível atingir um grau de certeza além de qualquer dúvida. A verdade absoluta sobre fatos passados é inatingível. Por isso, qualifica-se a dúvida capaz de impedir a condenação de um acusado: deve ser razoável. Nesse sentido, vale a citação de decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos:

“Proof beyond a reasonable doubt is proof that leaves you firmly convinced of the defendant's guilt. There are very few things in this world that we know with absolute certainty, and in criminal cases the law does not require proof that overcomes every possible doubt. If, based on your consideration of the evidence, you are firmly convinced that the defendant is guilty of the crime charged, you must find him guilty. If on the other hand, you think there is a real

possibility that he is not guilty, you must give him the benefit of the doubt and find him not guilty.”²⁴

O *standard* probatório em casos cíveis, onde apenas o patrimônio do réu responde, é mais brando – *preponderance of the evidence*. Nesse tipo de lide, o réu deverá ser condenado se, com base nas provas dos autos, o julgador se convencer que a ocorrência do fato é mais provável do que sua não ocorrência. Sobre o tema, cita-se Devit e Blackmar:

“To establish by a preponderance of evidence means to prove that something is more likely so than not so”²⁵

No Brasil, inspirado na tradição jurídica da Europa Continental, aplica-se em casos criminais a máxima “*in dubio pro reo*”. Essa regra significa que o benefício da dúvida deve ser dado ao acusado. Trata-se de padrão muito semelhante ao aplicado nos Estados Unidos em casos criminais – *beyond a reasonable doubt*. Em outras palavras, caso haja uma dúvida razoável a favor do acusado, este não poderá ser condenado.

No âmbito dos Processos Administrativos julgados pelo CADE, não há possibilidade de penas restritivas de liberdade. Apenas o patrimônio das representadas responde por eventual multa. Ademais, a maioria dos condenados pelo CADE é constituída de pessoas jurídicas. Desse modo, poder-se-ia argumentar que o padrão de prova deveria se aproximar do padrão cível. No entanto, com base em posicionamento mais garantista, a jurisprudência do CADE aponta para o uso de padrão probatório mais rigoroso no Direito Administrativo Sancionador, semelhante ao utilizado na esfera criminal. Isso porque, em regra, as sanções aplicadas pelo CADE são substanciais e possuem impactos relevantes na esfera jurídica dos administrados.

Em suma, havendo dúvida razoável a respeito do fato controverso no processo – entendida como aquela dúvida realmente plausível para um julgador médio – o julgamento deverá ser em favor do acusado.

²⁴ Victor v. Nebraska, 511 U.S. 1, 27, 114 S.Ct. 1239, 1253 (1994) (Justice Ginsberg concurring).

²⁵ DEVIT, Edward James. BLACKMAR, Charles B. Federal jury practice and instructions. 3ª Ed. St. Paul: West Pub. Co., 1977.

8. Conclusão

O debate da teoria da prova aplicada ao direito antitruste não é novo. No entanto, o tema ainda suscita controvérsias e desafia o aplicador do direito em casos concretos. Especialmente em processos administrativos para a sanção de cartéis, o assunto possui grande relevância prática. Em parcela significativa desses casos, a questão mais importante para o deslinde do processo é uma questão fática. Diante disso, o julgador deve ser o mais transparente possível no que concerne suas premissas teóricas sobre a valoração das provas e qual o padrão exigido para fundamentar um juízo de probabilidade suficiente para a condenação, vez que essas diferentes premissas podem acarretar conclusões opostas no caso concreto. Nesse contexto, o presente artigo abordou a teoria da prova aplicada ao direito antitruste, em especial os sistemas de valoração de prova e o padrão de prova.

A conclusão a que se chegou é que se deve adotar, no Direito Administrativo sancionador, o sistema do livre convencimento motivado para a valoração da prova. Dessa forma, tem-se como indevida qualquer tentativa de tarifar o valor de categorias de provas aprioristicamente, tais como provas indiretas, provas decorrentes de acordos de colaboração, provas documentais unilaterais, entre outras. Todas as provas devem ser analisadas holisticamente e, caso o julgador se convença, para além de uma dúvida razoável, da existência de uma infração à ordem econômica, deverá condenar com base nesses elementos probatórios, indicando-os de forma clara e coerente em sua fundamentação.

Bibliografia

CARNELUTTI, Francesco. A prova civil. 2 [Ed. Campinas: Bookseller, 2002.

DEVIT, Edward James. BLACKMAR, Charles B. Federal jury practice and instructions. 3a Ed. St. Paul: West Pub. Co., 1977.

DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 2. 12ª Ed. Salvador: Editora JusPodium, 2016.

DINAMARCO, Candido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v.3.

GABAN, Eduardo Molan; Domingues, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, vol. 2.

LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. 3ª Ed. Salvador: Editora JusPodium. 2015.

OCDE, *Prosecuting Cartels without Direct Evidence*, 2006.

OSÓRIO, Fabio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. *A prova no processo administrativo de investigação de cartel*. São Paulo: USP/Faculdade de Direito. 2014.