

O ACESSO À JUSTIÇA E AMPLA DEFESA NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

*Pedro Dutra**

1. O voluntarismo jurídico que serviu ao regime econômico liberal vigente no século passado viu-se vencido ao início deste com a crescente elevação social dos grandes estratos da população e a respectiva afirmação política de seus direitos. Uma das conseqüências mais significativas dessa transformação, a repercutir na ordem jurídica, é a evolução a que assistimos neste final de milênio, e que se traduz pela extensão do acesso à justiça a largas faixas da sociedade, em movimento que abriu expectativas à conformação de um sistema jurídico, “moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar, os direitos de todos”²⁹.

Entre nós, registrou a atual Constituição esse avanço, ordenando nesse sentido uma “constelação de garantias: as da independência e imparcialidade do juiz, a do juiz natural ou constitucional, a do direito de ação e de defesa.”³⁰. No plano do direito da concorrência, essa orientação está expressamente contida no artigo 30, da Lei 8.884/94, que confere a “qualquer interessado” o direito de exigir dos órgãos de defesa da concorrência a apuração de eventual infração.

Esse inquestionável avanço abre ao agente econômico de menor porte a possibilidade de medir-se com o de maior porte, em nível de igualdade, bastando para tanto dirigir “representação escrita e fundamentada” à Secretaria de Direito Econômico, a ser informada por esta em averiguação preliminar, ou em processo administrativo, nos termos dos artigos 30 e 32, da citada Lei³¹.

Certa a filiação constitucional do amplo acesso à justiça, e inequívoca a aplicação desse princípio aos domínios do direito da

* Advogado e Diretor do IBRAC

²⁹ CAPPELLETTI & GARTH. *Acesso à justiça*. : 1988. p.12.

³⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. : p. 410. 10ª. ed.

³¹ "artigo 30: a SDE promoverá averiguações preliminares, de ofício, ou à vista de representação escrita e fundamentada, de qualquer interessado...",
e

“artigo 32: O processo administrativo será instaurado em prazo não superior a oito dias, contado do conhecimento do fato, da representação, ou encerramento das averiguações preliminares, por despacho fundamentado do Secretário da SDE, que especificará os fatos a serem apurados.”.

concorrência, expressamente contido na Lei especial, não pode ele contudo vir a ser interpretado como a liberação absoluta, subitamente assegurada ao representante - “qualquer interessado”, ou à própria SDE, agindo de ofício - para que possam promover acusações descuidadas da prescrição contida na norma legal específica, a saber, o dever de fundamentar a representação que der causa à averiguação preliminar, ou ao processo administrativo.

Não enseja esse dever, explícito na norma jurídica, qualquer limitação ao acesso à justiça, à postulação do representante junto aos órgãos de defesa da concorrência. Visa, apenas, cumprir outro princípio, também constitucional, o de ampla defesa, que foi conciliado na ordem jurídica nacional ao de amplo acesso à justiça, ambos descendo ao plano do direito econômico.

O princípio da ampla defesa foi estendido ao processo administrativo - Carta Federal, art. 5., LV -, pondo termo à viva discussão sobre um dos viezes mais importantes da natureza dos poderes conferidos aos órgãos administrativos³². Esse princípio e o do acesso à justiça são complementares³³, e, atendendo a essa realidade, o legislador conciliou-os nos artigos 30 e 32, da Lei 8.884/94.

Assim, qualquer interessado poderá representar perante a SDE, mas não por meio de representação qualquer, senão por intermédio de representação fundamentada. Como se tem na Lei ora citada, a iniciativa em representar cabe a “qualquer interessado” - e também à própria Secretaria de Direito Econômico - decidindo essa como enformar a denúncia: em averiguação preliminar, se os “indícios de infração não forem suficientes para instauração imediata de processo administrativo” - artigo 30, antes referido.

O comando jurídico desse artigo, que prescreve como condição essencial à eficácia da representação ser ela fundamentada, destina-se, em um primeiro plano, ao representado, para que possa esse, conhecendo a denúncia que contra ele é feita, prestar os esclarecimentos a ele solicitados em

³² Na década de quarenta, escrevia Francisco CAMPOS: “É certo, entretanto, que apesar de conferido a algumas das citadas comissões o poder de tomar decisões finais e conclusivas quanto aos fatos, o Poder Judiciário nem por isso se julgou desautorizado a rever tais decisões, verificando: primeiro, se havia sido observado o processo prescrito em Lei para investigação dos fatos; segundo, se à parte se garantiu a faculdade de produzir testemunhos e evidências; terceiro, se o julgamento das comissões se conformava com as evidências produzidas ou era o resultado de um critério puramente pessoal e arbitrário”. *Exercício, pela administração, de funções de natureza judicial*. in: *Direito administrativo*. Rio de Janeiro. : 1943. p. 18.

³³ Ao referi-los - nota 1, acima - José Afonso da SILVA diz: “Todos ínsitos nas regras do artigo 5, XXXV, LIV e LV.” *ob. cit. idem*.

averiguação preliminar, ou apresentar sua defesa, em sede de processo administrativo. Em um segundo plano, destina-se à própria SDE: no caso de averiguação preliminar, para se ver habilitada a solicitar informações e esclarecimentos, os mais precisos possíveis, ao representado; o mesmo ocorrendo na hipótese de processo administrativo, para que, se o caso, possa a SDE instaurá-lo sem fazê-lo precedido de averiguação preliminar. Da mesma forma sendo a SDE a promotora, seja de averiguação preliminar, quando deverá obter informações e esclarecimentos os mais precisos do representado, seja ao instaurar processo administrativo, mediante “despacho fundamentado do Secretário da SDE que especificará os fatos a serem apurados”, para que se tenha, desde o início, assegurada a ampla defesa ao representado e o feito orientado no sentido de sua melhor instrução, como prescreve o artigo 40, da Lei 8.884/94: “as averiguações preliminares e o processo administrativo devem ser conduzidos e concluídos com a maior brevidade compatível com o esclarecimento dos fatos...”.

2. É assegurado ao representado conhecer a acusação contra ele lançada na representação, e, para tanto, deverá ser ele notificado de todos os fatos supostamente infrativos cujo cometimento a ele foi imputado, conforme previsto no § 1, do artigo 33, da referida Lei³⁴. É-lhe assegurado, portanto, conhecer os fatos, que devem se achar expostos na denúncia, que nela não podem faltar. "O fato e os fundamentos jurídicos do pedido" são o elemento essencial da denúncia, refere o artigo 282, III, do Código de Processo Civil³⁵. Mas não simplesmente fatos, como observou PONTES DE MIRANDA, senão que:

"A narração há de ser clara e precisa; convém, outrossim que seja exaustiva, mas concisa; e subentende-se que há de conter as verdades dos fatos, expostos com probidade e encadeamento, tal como se passaram. São os requisitos que se podem e devem exigir a todos os enunciados de fato (...) No narrar, é inútil mencionar esses fatos que não o determinaram, ou não entram nos fatos jurídicos da causa.

³⁴ Art. 33 - O representado será notificado para apresentar defesa no prazo de quinze dias;

§1º - A notificação inicial conterá inteiro teor do despacho de instauração do processo administrativo e da representação, se for o caso.

³⁵ Diz o artigo 282, III, do Código de Processo Civil: “A petição inicial indicará:

(.....)

III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;”

As afirmações são julgamentos, comunicação de conhecimento, e não declaração de vontade."³⁶

Ou seja, ao autor da representação incumbe fundamentá-la com os fatos todos disponíveis - que lhe sejam razoavelmente possível conhecer e ordenar - deles deduzindo a infração à ordem concorrencial cujo cometimento imputa ao representado.

O Código do Processo Penal, em linha com esse princípio geral do processo repete, no âmbito de sua competência, comando jurídico análogo ao do Civil ao prescrever em seu artigo 41:

"a denúncia ou queixa conterá exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias ...".

No direito administrativo norte-americano, o direito ao conhecimento integral dos fatos imputados ao acusado, para que esse possa deles amplamente defender-se, é assim resumido por SCHWARTZ:

"O devido processo (procedural due process) é essencialmente a prerrogativa de ser notificado e ser ouvido. Ser notificado e ter a oportunidade para se defender são elementos fundamentais do devido processo legal"³⁷

Ora, representação fundamentada será a que expuser os fatos disponíveis, em seu contexto, ligados eles à infração que o denunciante imputa ao representado. Não só a legislação brasileira da concorrência isso requer. Por igual, as normas processuais respectivas ao direito da concorrência vigentes no âmbito da União Européia, o que levou um de seus maiores intérpretes, C.S. KERSE, a afirmar:

"O representante está obrigado a demonstrar o seu "legítimo interesse". A substância da denúncia deve ser colocada da maneira mais clara possível: cópias de toda a correspondência relevante ao caso e outros documentos que se façam necessários devem ser anexados". (...) A descrição de produtos ou serviços pertinentes ao caso deve ser feita principalmente no que se refere a dados técnicos ou produtos especializados: quando apropriado, devem ser anexadas fotografias, diagramas, catálogos, listas de preços. Outras indicações sobre a natureza, estrutura e posição da empresa no mercado também devem ser fornecidas através de cópias ou extratos, estatísticas ou

³⁶ *Comentários ao código de processo civil.* : p. 14. vol. IV.

³⁷ "Procedural due process is essentially a requirement of notice and hearing. Notice and opportunity to be heard are fundamental to due process of law." *Administrative law*. New York. : 1995. p. 225.

publicações de relatórios (...) O Representante deve indicar de maneira clara o que espera da Comissão para que possam ser tomadas as devidas medidas a seu favor"³⁸. (grifamos)

Inexistente na representação a exposição dos fatos disponíveis ao representante, não terá o representado conhecimento do que lhe é imputado, prejudicada assim a sua defesa. Por outras palavras, estará vulnerado, já ao início do feito, o seu direito à ampla defesa; a esse propósito, LORD DENNING, um dos mais notáveis magistrados britânicos deste século, afirmou em uma de suas memoráveis decisões:

"Se o direito de defesa (de fazer sua voz ser ouvida) é para ser considerado como um verdadeiro direito, deve ele assegurar o direito de o acusado conhecer a denúncia (a causa) que contra ele é feita"³⁹..

A influência do direito anglo-saxônico sobre o norte-americano faz-se sentir no "Federal Administrative Procedure Act", que em seu artigo 554 (b) estipula que

"a notificação deve informar ao notificado das matérias de fato e de direito", ⁴⁰ e as cortes daquele país assim decidiram a respeito:

"O notificado deve ser informado dos assuntos relativos ao processo, de modo que lhe seja permitido preparar a sua defesa."⁴¹

³⁸ "The complainant should adduce evidence to show that he has a "legitimate interest"... The substance of the complaint should be set out as clearly as possible: copies of all relevant correspondence and other documents, if any, should be attached. (...) A description of the relevant products or services should be given, particularly if of a specialised or technical nature: where appropriate, photographs, diagrams, catalogues, price lists, etc., might be supplied. Some indication should be given of the nature and structure of the relevant market and position of the undertakings concerned in relation to it: any available statistical information and other published reports and materials might be referred to or copies or extracts supplied." (...) *E. C. antitrust procedure*. London. : 1993. p. 2.31.

³⁹ "If the right to be heard is to be a real right which is worth anything, it must carry with it a right in the accused man to know the case which is made against him." *Canda v. Government of Malaya*. 1962, A.C. 322, 337; cit. por CRAIG, P.P.. *Administrative law*. Oxford. : 1993. p. 217.

⁴⁰ "The notice must inform the individual of the matters of fact and law asserted.". SCHWARTZ. *ob. cit.*: p. 305.

⁴¹ "The individual must be given such notice of the issues involved at the hearing as

Deve, portanto, a representação ser clara e precisa, articulada de forma lógica e inteligível, para que se possa perceber o nexos indispensável entre os fatos, devidamente articulados, e a norma supostamente violada. Ou seja, deve a representação ser fundamentada, como se tem no artigo 30, da Lei ora citada.

3. A inafastabilidade da exigência de se ter uma representação assim fundamentada não pode, contudo, sugerir o desequilíbrio na conciliação dos princípios constitucionais do direito à ampla defesa e do amplo acesso à justiça, a qual, como vimos acima, se acha inscrita na Lei de Defesa da Concorrência.

É certo que o agente econômico, sobretudo o de menor porte, pode não dispor de meios para colher os elementos factuais suficientes para articular uma denúncia integralmente fundamentada; mas seu ofício, ainda assim, haverá de, ao menos, apontar-lhe os caminhos a indicar ao órgão instrutor para que esse busque a apuração dos fatos.

No âmbito do direito da concorrência, as relações dão-se entre agentes econômicos, que, ofertando ou demandando bens e serviços, entre si competem, todos formando os variados mercados relevantes que integram o mercado concorrencial. Ou, ainda, entre agentes econômicos que se relacionem em posição vertical, não competindo pela mesma forma, mas concorrendo também na oferta e demanda de bens e serviços. Nesses mercados, horizontais ou verticais, as relações entre os agentes econômicos ferem-se objetivamente, vale dizer, todos os agentes, ainda que variando em grau entre si - distinta participação nos mercados dados e em poderio econômico -, conhecem o seu mercado, as práticas deles peculiares e os agentes neles presentes⁴².

Portanto, a não ser excepcionalmente poder-se-á admitir que determinado agente, ou agentes não conheçam, pelo menos suficientemente, os mercados onde atuem, ignorem suas práticas e sua estrutura, e, portanto, se achem incapazes de prover, nas denúncias que ofereçam, os fatos respectivos à situação que vejam como infrativa na conduta do representado. Na maioria das vezes, poderão tais agentes, em suas denúncias prover suficientemente tais fatos, que serão bastantes a uma configuração inicial do quadro infrativo e assim permitam que a averiguação preliminar ou o processo administrativo iniciem-se equilibradamente, isto é, nele admitindo a representação de “qualquer interessado”, sem todavia cercear, já ao começo, o direito de ampla

will reasonably enable preparation of a case.”. SCHWARTZ. *ob. cit.*: p. 305.

⁴² cf. Jacquemim e G. Schrans, citados por: VOGEL, Louis. in *Droit de la concurrence economique. Paris. : 1988. p. 135. nº. 3.*

defesa assegurado ao representado, que, como vimos, começa pelo conhecimento deste dos fatos e da infração que a ele se imputa.

Assim é que, tanto em averiguação preliminar, quanto em processo administrativo, poderá a SDE requerer ao representante que melhor especifique os fatos de sua denúncia, se entender que a tanto seja possível ao representante proceder. Pode a SDE, se no autor da denúncia vir capacidade de prover em melhor forma e maior profundidade, dele requerer que lhe aperfeiçoe a descrição dos fatos. O bem jurídico protegido, no caso, como já assentou pacificamente a doutrina, é o mercado concorrencial e, por isso, a situação factual a ser descrita - e a seguir investigada - é a do mercado e não a específica dos agentes neles presentes. A situação do representante inscreve-se naquela própria do mercado, e não o inverso. Esse acha-se agravado porque antes foi atingido o mercado no qual ele está. Como visto acima, não pode o denunciante eximir-se de um mínimo conhecimento do mercado onde atua, mercado esse vulnerado pela conduta, supostamente infrativa, do ofensor. O denunciante, alcançado pelo agravo feito à ordem concorrencial do mercado, por certo o conhece; a admitir-se o oposto, como poderia o denunciante ver, em seqüência à ofensa feita ao mercado, o dano que terá sofrido?

Nesse contexto, poderá a SDE, ao identificar o mercado em questão e o denunciante que nele figura, a ele solicitar, se o entender capaz, melhor fundamentar sua denúncia, a ela trazendo fatos que razoavelmente não pode seu autor desconhecer, em razão direta de sua participação no mercado. A busca, legítima, de celeridade do processo, que o artigo 40, da Lei aqui referida, põe como um dos objetivos da instrução do processo administrativo, deve interessar a todos os operadores do direito, e em especial ao denunciante. Dele, portanto, deve ser cobrado - sempre nos limites de sua capacidade - o dever de bem fundamentar sua denúncia.

Exigindo a SDE, do denunciante, o cumprimento do dever de fundamentar sua representação, não estaria ela subtraindo-se ao seu dever, inafastável, de conduzir, exclusivamente, a instrução do processo, em busca do “esclarecimento dos fatos”. Ao contrário, reafirmá-lo-ia, recusando-se à função - que não é sua e não pode vir a ser - de mero veículo, isento e inerte, de acusações - de nuncio de qualquer representação. Deixando-se assumir esse papel converter-se-ia a SDE em instrumento de pressão indevida, sobre agentes econômicos, e afinal sobre a livre concorrência, que é seu papel fiscalizar e prover, em conjunto com os demais órgãos de defesa da concorrência.

CONDORELLI a partir desse ponto, amplia o dever da fundamentação:

“Pero, justamente para que, en la medida de lo posible, ese derecho a demandar no se convierta en vehículo de trastrueque de legítimas pretensiones o, dicho de otra manera, camino llano para finalidades inconfesables, es que el legislador se ha preocupado en instalar en la órbita del proceso una suma de ingredientes que ha de contener necesariamente el escrito de demanda y, eventualmente, el responde.”⁴³ (nossos grifos).

Numa palavra, pode a SDE entender não fundamentada a denúncia, e requerer-lhe do representante a fundamentação devida, sem que, com isso, se esquive de iniciar e conduzir a instrução a que está obrigado promover.

4. O ato administrativo de instauração do processo promovido diretamente pela SDE deverá necessariamente seguir pela mesma ordem. Nesse caso, os fatos antes terão se avolumado, publicamente, a ponto de atraírem a atenção do órgão, porque não se tratará de práticas veladas pela especificidade de determinado mercado relevante, mas de mercados de considerável dimensão econômica, no mais das vezes a compreender agentes de porte e cujos efeitos projetam-se sobre um largo contingente de consumidores.

Portanto, à SDE não haverá óbice maior em configurar os fatos disponíveis, em grau suficiente, para neles ver os indícios de infração, a qual também deverá estar indicada no despacho do Secretário da SDE que instaurar processo administrativo, como requer o artigo 32, da Lei aqui referida. Claro está, que os fatos serão os suficientes, naquele momento, para a instauração do processo, sem prejuízo de o dever de a SDE buscar outros, adicionais inclusive, ao longo da instrução do feito. Note-se, todavia, que, antes de instaurar processo administrativo, já terá tido oportunidade a SDE de promover averiguação preliminar, também por iniciativa sua, para, precisamente, obter esclarecimentos factuais que entenda necessários à instauração do processo administrativo.

A necessidade da correta descrição dos fatos, pela autoridade administrativa, está afirmada também na doutrina alemã:

“Todo ato administrativo, expresso ou ratificado formalmente, deverá conter razões por escrito. A declaração de razões deverá fornecer os fatos essenciais e

⁴³ CONDORELLI, Epifanio J.L.. *Del abuso y la mala fe dentro del proceso*. Buenos Aires. : 1985. p.110.

bases legais que a autoridade administrativa tenha considerado para chegar à sua decisão.”(...) ⁴⁴

O despacho do Secretário da SDE, que instaura o processo administrativo, põe a andar, em sua plenitude, a máquina da administração pública voltada à defesa da concorrência. Vale dizer, movimenta o Estado para a proteção do bem jurídico supostamente agravado - o livre mercado concorrencial - e aí se acha o Administrador no exercício de seu dever, obrigado a observar-lhe os princípios específicos.

Nesse quadro, a fundamentação do ato administrativo põe-se como um dever para o órgão administrativo, como observou J.C. VIEIRA DE ANDRADE:

"No nosso entendimento, o dever da fundamentação expressa obriga a que o órgão administrativo indique as razões de facto e de direito que o determinaram a praticar aquele acto, exteriorizando, nos seus traços decisivos, o procedimento interno de formação da vontade decisória". ⁴⁵

Como se vê, a razão dos fatos liga-se à razão de direito, essa igualmente necessária ser apontada pelo Secretário da SDE em seu despacho instaurador do processo administrativo. A relação dos fatos verificados não será bastante se esses não indicarem uma hipótese de infração, cometida eventualmente pelo representado, pois, como se viu acima, não é a SDE mero veículo de imputações, ou mesmo motor de imputações deduzidas de um apanhado de fatos; não é ela um órgão isento, movimentada apenas pela ação de terceiros prejudicados, senão que um órgão ativo, que conta, dentre suas atribuições, o acompanhamento, permanente, do mercado concorrencial. Ora, está a SDE perfeitamente habilitada a ponderar os fatos que lhe são apresentados, ou que colha da realidade, e deles deduzir eventuais indícios de infração à ordem concorrencial.

VIRGA projeta a significação desse ponto, para ligá-lo à decisão final do processo:

⁴⁴ “Every administrative act expressed or confirmed in writing must contain written reasons. The statement of reasons must give the essential facts and legal grounds which the administrative authority has considered in arriving at its decision.” SINGH, Mahendra P.. *German administrative law*. Berlim. : 1985. p. 37.

⁴⁵ *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*. Coimbra. : 1992. p. 13.

“Quanto mais conhecimento (rectius: quanto mais possibilidade de conhecimento) houver existido no curso do processo, maior será a probabilidade que seja proferida uma sentença aderente à situação fática e às normas previstas pelo ordenamento...”⁴⁶

O mesmo VIEIRA DE ANDRADE, cifra o dever de órgão da administração pública, nesse sentido :

"Depois, a fundamentação obrigatória aparece medularmente associada à responsabilidade pela realização de uma tarefa imputada à Administração. É a concepção de um poder-dever, de uma competência própria, orientada (e não apenas limitada) por normas jurídicas substâncias, que reúne os requisitos de autoridade e de função implícitos no acto de fundamentar. A indicação das razões da decisão implica uma actuação reflectida, sobretudo quando se manifesta como exigência de forma, expondo o grau de conformação do agente aos valores e interesses cuja realização lhe foi confiada".⁴⁷

Em verdade, verifica-se uma correlação incindível entre as "razões de fato e de direito" e a fundamentação obrigatória do ato administrativo, a prefigurar - desde o início do feito, como é o caso - um julgamento justo, pois, segundo ARAUJO CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO,

"O que efetivamente vincula o juiz, delimitando o campo de seu poder de decisão, não é o requerimento de condenação por uma determinada infração penal, mas a determinação do fato submetido à sua indagação. A qualificação a ser dada aos fatos constitui juízo de valor

⁴⁶ “Quanta più conoscenza (rectius: quanta più possibilità di conoscenza vi è stata nel corso del giudizio, quanta più probabilità vi sarà che sia emessa una sentenza aderente alla fattispecie ed alle norme previste dall’ordinamento...” VIRGA, Giovanni. *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*. : 1991. p. 24.

⁴⁷ *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*. Coimbra. : 1992. p. 18.

que pertence preponderantemente ao órgão jurisdicional."⁴⁸

A instrução do processo administrativo, feita pela SDE, tem por objetivo os “esclarecimentos dos fatos”, nos termos do artigo 40, da sempre citada Lei, para que o CADE, que necessariamente irá “decidir sobre os processos instaurados pela SDE, (e) sobre a existência de infração à ordem concorrencial”, possa fazê-lo com os melhores elementos de instrução processual possíveis, em busca da melhor decisão.

Nesse contexto, ganha especial relevo a instrução, pois a valoração a ser feita pelo julgador irá ele alcançá-la, como afirma WATANABE:

“... é no outro dado da equação - vale dizer, na reconstituição dos fatos através da avaliação eqüitativa das provas e demais elementos de convicção - que o juiz consegue, na maior parte das vezes, o que se costuma denominar de julgamento justo e equânime.”⁴⁹.

Aí está, portanto, que a exigência da Lei 8.884/94, em seu artigo 30, de ser a representação fundamentada, vincula o ato que der causa ao processo administrativo, para que este possa visar - desde seu início - um julgamento justo, que só ocorrerá se não se registrar qualquer prejuízo à livre manifestação “de qualquer interessado”, e, igualmente, sem mácula ao direito à ampla defesa do representado.

Nesse caso, estarão devidamente conciliadas e asseguradas, também no plano do direito da concorrência, os princípios constitucionais do livre acesso à justiça e da ampla defesa.

⁴⁸ *Teoria geral do processo.* : p. 59.

⁴⁹ *in ob. cit.* : p. 44