

O CARTEL E SUA PROVA

MAURO GRINBERG

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Ex-Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômico. Procurador Federal aposentado. Advogado.

RICARDO CASANOVA MOTTA

Especialista em Direito Econômico pela Fundação Getúlio Vargas. Mestrando em Direito pela Universidade de São Paulo. Advogado.

LUÍS HENRIQUE PERRONI FERNANDES

Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

ÁREA DO DIREITO: Comercial/Empresarial; Consumidor; Constitucional; Concorrencial

RESUMO: O presente estudo tem como escopo apresentar considerações sobre os princípios constitucionais, penais e processuais aplicáveis às investigações antitrustes. Discute-se o padrão de prova que deve ser considerado pela autoridade de defesa da concorrência na persecução dos agentes econômicos, bem como a legalidade dos instrumentos corriqueiramente adotados nas investigações de condutas anticompetitivas, notadamente o cartel.

PALAVRAS-CHAVE: Provas – Cartel – Licidade – Processo administrativo sancionador – Cade.

ABSTRACT: The scope of the present study is to provide considerations about constitutional, criminal and procedural principles applicable to antitrust investigations. It is discussed the standard of proof to be considered by antitrust authorities on prosecution of economic agents, as well the legitimacy of the mechanisms currently adopted in the investigations of anticompetitive practices, specially cartel.

KEYWORDS: Evidence – Cartel – Lawful – Sanctioning Administrative Proceeding – Cade.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Ônus da prova – 3. Contraditório, ampla defesa e isonomia – 4. A intenção do infrator – 5. Licitude da prova – 6. Prazo para definição da prova – 7. Os meios de prova – 8. Prova emprestada – 9. Processo administrativo sancionador: 9.1 Presunção de inocência; 9.2 Princípio da oficialidade e busca da verdade real – 10. Conclusões – 11. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Todos nós sabemos os malefícios que os cartéis causam à economia e, por isso, sempre que descobertos e devidamente processados, devem ser punidos. Todavia, é extremamente importante, em um Estado de Direito, que a punição só aconteça se devidamente comprovada, por meios legais e legítimos, a efetiva existência da colusão. Ao longo dos últimos anos, estudos realizados em diversos mercados já demonstraram que a mera existência de presunções de uma suposta conduta ilícita

não é suficiente para determinadamente concluir pela existência de uma verdadeira prática ilegal. Condenação sem prova hábil é típica de regimes de exceção, em que não vigoram as garantias individuais constantes da Constituição Federal. É exatamente aí que entra o objetivo deste texto.

2. ÔNUS DA PROVA

Parece intuitivo – e de fato é – que quem alega deve provar o alegado. Mas, se é intuitivo, deve-se perguntar o motivo pelo qual tantos artigos e até livros foram escritos sobre o tema do ônus da prova, conceituado como “a situação jurídica que atribui certa conduta ao seu titular para que a sua esfera jurídica não seja negativamente afetada”.¹ Aliás, este capítulo é mais um texto a tratar do tema, apenas, neste caso, focalizando de forma esquemática o ônus da prova do cartel.

A Lei 12.529, de 2011, conhecida como Lei de Defesa da Concorrência, passa ao largo da definição do ônus da prova e da prova em geral. Dois artigos são aqui relevantes:

“Art. 70. Na decisão que instaurar o processo administrativo, será determinada a notificação do representado para, no prazo de 30 (trinta) dias, apresentar defesa e especificar as provas que pretende sejam produzidas, declinando a qualificação completa de até 3 (três) testemunhas”.

“Art. 72. Em até 30 (trinta) dias úteis após o decurso do prazo previsto no art. 70 desta Lei, a Superintendência-Geral, em despacho fundamentado, determinará a produção de provas que julgar pertinentes, sendo-lhe facultado exercer os poderes de instrução previstos nesta Lei, mantendo-se o sigilo legal, quando for o caso.”

Vemos na redação destes dois artigos, desde logo, (i) a desproporção do tratamento legal deferido à acusação e à defesa, gerando inconstitucionalidade, (ii) a limitação do número de testemunhas, aliás constante da Lei 8.884, de 1994, gerando inconstitucionalidade e (iii) a possibilidade de aprovação tácita, por decurso de prazo, de pedidos de provas não apreciados no prazo do art. 72 acima referido. Esses três pontos são tratados em capítulos específicos adiante.

Inexistindo regra específica na lei própria, a Lei de Defesa da Concorrência, em seu art. 115, apresenta as normas integradoras aplicáveis subsidiariamente: (i) Código de Defesa do Consumidor, (ii) Código de Processo Civil e (iii) Lei 9.784, de 1999, também conhecida como Lei do Processo Administrativo. Desde logo, exclui-se a Lei de Processo Administrativo, que não trata do ônus da prova e bem assim o Código de Defesa do Consumidor, que trata da matéria apenas quando aborda a possibilidade de sua inversão a favor do consumidor. Como o Código de Defesa do Consumidor visa

1. NETTO, Fernando Gama de Miranda. *Ônus da prova no direito processual público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 135.

especificamente à defesa do consumidor (art. 1.º) e como a Lei de Defesa da Concorrência trata da prevenção e apuração das infrações contra a ordem econômica (art. 1.º), e como “a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei” (art. 1.º, parágrafo único), resta claro que a inversão do ônus da prova prevista no Código de Defesa do Consumidor não se aplica aos processos previstos na Lei de Defesa da Concorrência. Na verdade, a instituição da inversão do ônus da prova visa à proteção do consumidor que se vê impossibilitado de enfrentar grandes empresas; não se pode presumir que o Estado e a coletividade sejam hipossuficientes.

Resta-nos recorrer ao CPC, cujo art. 333 aponta a solução:

“Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I – recair sobre direito indisponível da parte;

II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.”

Desde já, podemos mostrar algumas consequências da aplicação do Código de Processo Civil: (i) se duas ou mais empresas são acusadas da prática de cartel e elas negam que o tenham praticado, compete à autoridade fazer a prova, razão pela qual basta a negativa absoluta da parte acusada para que a autoridade seja encarregada de demonstrar a existência do cartel; e (ii) se a parte acusada alegar a existência de fato que contrarie a acusação (por exemplo: eventual contato com concorrente teve por objetivo o enfrentamento de situação de emergência), compete ao acusado demonstrar a situação de emergência que gerou este contato.

Suzanna Santi Cremasco explica esta inversão: “O deslocamento da carga de provar para o réu sempre que alegados na defesa fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito afirmado na inicial ocorre não só em razão da maior facilidade que se presume que cada qual tem para produzir a prova de suas alegações, mas, fundamentalmente, porque, nesse caso, o demandado admite, reconhece como verdadeiro o fato que embasa a pretensão do demandante e, de forma a obstar a produção dos efeitos jurídicos dele decorrentes, invoca fatos novos e diversos, até então desconhecidos no processo”.² No exemplo dado acima, o representado reconhece que teve contato com o concorrente, mas apresenta outro fato: o contato foi lícito; assume assim o ônus da prova da licitude deste contato. Veja-se, no entanto, que a assunção aqui realizada pelo representado limita-se ao fato por ele alegado.

2. CREMASCO, Suzanna Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 61.

Ainda que não logre êxito em demonstrá-lo, incumbe à autoridade comprovar a existência da conduta colusiva.

Em outras palavras, o ônus assumido pelo representado limita-se ao fato por ele alegado. O resto, ou melhor, a conduta como um todo, ainda continua sob o ônus da autoridade, ainda que as alegações do representado se mostrem inverídicas. A desqualificação pela autoridade das alegações do representado não são, portanto, provas da existência da conduta.

3. CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA E ISONOMIA

A interpretação conjunta dos arts. 70 e 72 da Lei de Defesa da Concorrência demonstra grande assimetria entre partes, em violação dos princípios da isonomia e do contraditório. “Do contraditório, centrado na informação necessária para possibilitar a reação, emanam faculdades, direitos, enfim, consequências que formam o corpo do seu próprio conteúdo. Tendo em vista sua profunda inter-relação com o princípio da ampla defesa, alguns desdobramentos vêm inseridos pela doutrina e jurisprudência também no rol dos elementos configuradores deste último”.³

Voltemos, todavia, à Constituição Federal, verificando que o art. 5.º, em seu *caput*, trata de igualdade perante a lei e, no inc. LV, garante o contraditório e a ampla defesa. Não se busca aqui lembrar tudo o que já foi escrito sobre estas garantias, mas apenas verificar até que ponto os arts. 70 e 72, lidos conjuntamente, podem representar ou possibilitar suas violações. O dado mais eloquente é o da necessidade do/a representado/a, no prazo dado, apresentar as provas e especificar as provas que pretendem sejam produzidas, declinando a qualificação completa de até 3 (três) testemunhas, sendo que, posteriormente, “a Superintendência-Geral (...) determinará a produção de provas que julgar pertinentes”.⁴ Isso resulta em que o/a representado/a apresenta suas provas antes da autoridade que, ao apresentar as suas provas, não poderá mais sofrer a produção de prova contrária.

Um dos desdobramentos do princípio em tela é o da informação geral, a respeito do qual Odete Medauar ensina que “significa o direito, atribuído aos sujeitos e à própria Administração, de obter conhecimento adequado dos fatos que estão na base da formação do processo e de todos os demais documentos, provas e dados que vieram à luz no curso do processo”.⁵ Mas não basta que se dê vista das provas; é preciso que essa vista seja adequada e útil, o que significa permitir que o/a representado/a tenha a oportunidade de fazer a devida prova contrária. Isso fica ainda mais evidente pelo fato de a Superintendência-Geral entender que pode defi-

3. MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 183.

4. Art. 72, *caput*, da Lei 12.529/2011.

5. MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p.183.

nir o mercado relevante e individualizar as condutas posteriormente ao prazo para que o/a representado/a especifique as provas que pretende produzir.

Notemos que a definição do mercado relevante e a individualização das condutas são fundamentais para permitir defesas eficientes. Quanto ao mercado relevante, se a definição geográfica abrange o mundo, um país, um território dentro de um país, uma cidade ou um bairro, verifica-se uma imensa dificuldade, quase impossibilidade, para a defesa, se a definição não lhe é anterior, até porque essa definição permite saber quais os agentes econômicos que concorrem com o/a representado/a, bem como o alcance da prova que se faz necessária. Também quanto ao mercado relevante material, a sua definição é fundamental, uma vez que cada produto pode ter dinâmica própria e até mesmo áreas distintas das empresas para a sua comercialização. Verifica-se, assim, uma imensa dificuldade à defesa caso a definição não lhe é anterior. O mesmo ocorre com a individualização das condutas. Se, por exemplo, num determinado caso de acusação de cartel, os/as acusados/as poderiam ter participado de várias reuniões ou influenciado um ou mais produtos; se o/a representado/a não tem noção exata da acusação que lhe constrange mais uma vez há uma imensa dificuldade, chegando à impossibilidade, para a defesa, se a definição não lhe é anterior, até porque essa definição permite saber quais os fatos em relação aos quais é necessário fazer prova.

O que se verifica é que a definição do mercado relevante – tanto na vertente geográfica quanto na vertente material – e a individualização das condutas são condições necessárias para a aplicação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Os arts. 70 e 72, lidos conjuntamente, incidem em violação do art. 5.º, LX, da CF/1988. Contrariam também o espírito do art. 38 da Lei de Processo Administrativo, que estabelece: “O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo”. A Lei de Defesa da Concorrência e a Lei de Processo Administrativo estão no mesmo grau hierárquico, razão pela qual aqui se utiliza a lei mais antiga como substrato doutrinário.

Como não existe óbice para que a Superintendência-Geral conceda prazo adicional, após a edição do despacho previsto no art. 72 da Lei de Defesa da Concorrência, a Superintendência-Geral pode, querendo, evitar a incidência da inconstitucionalidade. Mas, por óbvio, terá que definir o mercado relevante e individualizar as condutas antes de notificar o/a representado/a. Alternativamente, se alterada a definição de mercado relevante ou a individualização das condutas, a Superintendência-Geral poderá abrir novo prazo para defesa. Como bem expressa Eduardo Cambi, “as partes não podem ser surpreendidas por uma decisão que se apoie em fatos sobre os quais não puderam opinar”.⁶ Lembremos que o verbo “opinar” não

6. CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 144.

está aqui no sentido de “dar opinião”, mas no sentido de “atuar efetivamente”, isto é, podendo fazer prova. É o que demonstra Fernão Borba Franco: “(...) a ampla defesa é uma consequência do contraditório, não se limitando ao conhecimento, pelo interessado, de todos os atos do processo (contraditório), mas agregando-se a ele o direito de efetuar alegações e produzir as provas necessárias”.⁷ Ou seja, não basta dar vista à parte da nova definição do mercado relevante e/ou da nova individualização das condutas; é preciso que se proporcione à parte não apenas a possibilidade de manifestação como também – e sobretudo – a possibilidade de produzir prova que eventualmente não tenha sido requerida na defesa.

Nem se alegue alguma prioridade do Poder Público, já afastada pela Constituição Federal, falando Fernando Gama de Miranda Netto na “premissa de que as prerrogativas do Poder Público em juízo, em especial a presunção de legalidade de seus atos, devem ser afastadas, não só porque violam a isonomia processual, mas também porque criam um obstáculo garantístico à tutela efetiva dos direitos fundamentais”.⁸ O termo “paridade de armas”⁹ é largamente empregado para demonstrar a situação. Enfim, no processo administrativo a acusação e a defesa devem ser vistas como partes que se equivalem em forças e prerrogativas. Isto é o que se extrai dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

4. A INTENÇÃO DO INFRATOR

Muito se tem comentado a respeito da aplicação do princípio da responsabilidade objetiva no processo administrativo decorrente de supostas infrações concorrenciais. O art. 36 da Lei de Defesa da Concorrência usa até a expressão “independentemente de culpa”, o que faz com que as autoridades muitas vezes não se sintam obrigadas a demonstrar culpa ou dolo dos/as partes acusadas. Bastaria, dentro desse entendimento, o simples envolvimento na conduta. Obviamente não se defende aqui a ideia de que a ignorância da lei exime alguém de acusações. Mas é preciso verificar que este dispositivo da Lei de Defesa da Concorrência é inconstitucional. Com efeito, o § 4.º do art. 173 da CF/1988 diz que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. O que se vê é que a matriz constitucional é clara no sentido de que o comportamento a ser punido deve ter por objetivo (“que vise a”) uma infração. Com efeito, a intenção e/ou propósito é condição constitucionalmente imposta para a aferição de uma conduta anticompetitiva.

Não se pode dar à Constituição Federal outra forma de interpretação que não a mais clara possível, o que ocorre também com o verbo “visar”. De fato, Celso Ribe-

7. FRANCO, Fernão Borba. *Processo administrativo*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 44.

8. NETTO, Fernando Gama de Miranda. *Op. cit.*, p. 133.

9. HARGER, Marcelo. *Princípios constitucionais do processo administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 132.

ro Bastos é claro no sentido de que “não se deve atribuir aos termos interpretados significado distinto daquele que estes termos têm na linguagem comum”.¹⁰ Resta claro que não pode a autoridade, baseada num suposto princípio da responsabilidade objetiva, deixar de apreciar a intenção do/a representado/a.

5. LICITUDE DA PROVA

Pode parecer pleonástico, mas a prova deve necessariamente ser lícita. A autoridade não tem o privilégio de usar provas ilícitas ou obtidas ilicitamente para a condenação do/a representado/a, por mais que, paradoxalmente, essas provas sejam eloquentes, conforme expressamente dispõe o art. 5.º, LVI, da CF/1988. Ainda que uma determinada prova possa levar à cabal comprovação de uma conduta constitucionalmente reprovável, tal evidência não poderá ser utilizada, sequer para o convencimento íntimo do julgador. O que pretendeu o legislador constitucional aqui foi proteger outros bens de igual ou até maior valor, evitando a perpetração de condutas tão ou mais reprováveis para a obtenção de uma prova.

Mas a verdade é que neste caso não se trata de provas, porque as provas têm que ser lícitas e lícitamente produzidas. Alguns exemplos hipotéticos podem ser lembrados: (i) busca e apreensão determinada por juiz incompetente; (ii) busca e apreensão determinada pelo juiz, ainda que competente, com base em informações erradas e/ou enganosas; (iii) escuta telefônica sem a devida autorização judicial ou extrapolando a autorização concedida. A apuração das infrações da ordem econômica – e, se for o caso, a aplicação de sanções – é feita pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). É intuitivo que o Cade, entidade judicante (de acordo com o art. 4.º da Lei de Defesa da Concorrência), não pode agir contra a lei quando aplica a lei, mesmo porque o art. 30 da Lei de Processo Administrativo é claro: “São inadmissíveis no processo administrativo as provas obtidas por meios ilícitos”.

A hipótese acima descrita, qual seja, provas lícitas obtidas a partir de provas ilícitas, é objeto de intensa discussão doutrinária e também jurisprudencial. Não obstante se questione acerca da possibilidade de relativização de tal princípio em situações excepcionais, diante do sopesamento entre os direitos e garantias constitucionais envolvidos, parece inafastável a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada (ou por derivação), emprestada da doutrina americana “fruits of the poisonous tree”.¹¹

10. BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: IBDC, 1997. p. 112.

11. Sobre o tema merece destaque as análises de MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 254 e ss; e também de AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. São Paulo: Ed. RT, 2010. p 81 e ss.

De acordo com tal teoria, são inadmissíveis não somente as provas obtidas por meios ilícitos, como também aquelas que nela tiveram origem, ou seja, aquelas que, apesar de lícitas (provas material e processualmente válidas), foram extraídas de provas obtidas por meio ilícito, havendo, portanto, um nexo de causalidade entre elas.

Como exemplo, poderíamos considerar hipoteticamente a descoberta de uma reunião entre associados (em que seriam discutidos preços a serem praticados por cada um deles) em razão de interceptação telefônica realizada pela autoridade, mas de maneira irregular, sem autorização judicial, que resultou na prisão em flagrante de diversas pessoas físicas.

Além disso, infere-se que a identificação de uma prova ilícita necessariamente resulta em nulidade absoluta e, portanto, em seu desentranhamento dos autos. Caso tenha sido proferida uma sentença com base em tais provas, eivadas de irregularidades, exige-se a reabertura da fase de instrução, com a prolação de nova sentença. É natural, nesse sentido, imaginar que as provas obtidas de maneira ilícita, apesar de desentranhadas dos autos, possam influenciar – ainda que implicitamente – a convicção judicial. Tal preocupação já foi enfrentada pela doutrina, merecendo destaque a orientação de Luiz Guilherme Marinoni, que sustenta a necessidade de descontaminação do julgado, que só poderia ser alcançada com o afastamento do magistrado originário, para que haja um juízo ‘limpo’:

“Trata-se de situação que é peculiar à natureza humana, e assim algo que deve ser identificado para que a descontaminação do julgado seja plena ou para que a sua descontaminação pelo tribunal elimine – ou previna – qualquer possibilidade de infecção posterior. Portanto, se o tribunal decide que uma das provas em que a sentença se baseou é ilícita, o julgamento de primeiro grau deverá ser feito por outro juiz que não aquele que proferiu a sentença que se fundou na prova ilícita”.¹²

6. PRAZO PARA DEFINIÇÃO DA PROVA

Já se viu acima que os arts. 70 e 72 da Lei de Defesa da Concorrência, combinados, estabelecem que o/a representado/a tem um prazo para requerer a produção de suas provas e a autoridade tem um prazo para deferir (ou não) a produção de tais provas. Já se sabe a consequência da perda do prazo pelo/a representado/a: seu direito fica precluso. Indaga-se aqui qual a consequência da perda do prazo pela autoridade. É claro que, ausente a justificação, o pedido do/a representado/a é tacitamente deferido, a não ser que seja invocado o art. 187 do CPC: “Em qualquer grau de jurisdição, havendo motivo justificado, pode o juiz exceder, por igual tempo, os prazos que este Código lhe assina”. Há, todavia, dois requisitos para o uso desta prerrogativa: (i) o prazo pode apenas ser duplicado e não pode se tornar perene; (ii) como com relação a qualquer ato decisório, é necessária a motivação, se o/a representado/a não conside-

12. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 259.

rar válida a motivação, poderá levar a questão ao Poder Judiciário. De qualquer sorte, não pode o prazo do art. 72 simplesmente ser excedido, sem qualquer justificação; este prazo, como tudo o mais que da lei consta, não pode ser simplesmente deixado de lado, pois tudo o que está na lei tem uma razão para tanto.

7. OS MEIOS DE PROVA

Nenhum meio de prova, previsto na Lei de Defesa da Concorrência, no Código de Processo Civil ou na Lei de Processo Administrativo pode ter sua produção impedida. Quanto à prova documental, embora a Lei de Defesa da Concorrência não tenha previsão, vê-se que a Lei de Processo Administrativo, no seu art. 38, prevê que a qualquer momento os documentos podem ser apresentados, sendo que a Superintendência-Geral tem mantido este parâmetro.

Já a prova testemunhal apresenta três tipos de problemas, pois é preciso definir (i) quem pode testemunhar, e (ii) quantas testemunhas podem ser ouvidas. No que tange à primeira indagação, sabe-se que testemunha é terceira pessoa, que não tem ligação com o objeto da demanda. Assim, lenientes eventualmente ouvidos não prestam testemunhos, mas sim depoimentos pessoais; como tal, têm o direito básico de não produzir provas contra eles/as mesmos/as.

Quanto ao número máximo de testemunhas, o art. 70 da Lei de Defesa da Concorrência fixa-o em três, embora o § único do art. 407 do CPC estabeleça: “É lícito a cada parte oferecer, no máximo, 10 (dez) testemunhas; quando qualquer das partes oferecer mais de 3 (três testemunhas) para a prova de cada fato, o juiz poderá dispensar as restantes”. Vê-se que o Código de Processo Civil foi mais benéfico para esta prova ao estabelecer o número máximo de dez testemunhas para cada parte.

Com efeito, é muito comum que mais de um fato tenha que ser provado por testemunhas, ainda mais em se tratando de acusação de cartel, quando cada alegada reunião ou encontro entre possíveis concorrentes constitui um fato a merecer prova. Independentemente da hierarquia das normas (Código de Processo Civil e Lei de Defesa da Concorrência), o Código de Processo Civil é mais consentâneo com os princípios do contraditório e da ampla defesa, sendo a Lei de Defesa da Concorrência, neste ponto, passível de acusação de violação constitucional por não permitir a ampla defesa.

As interceptações telefônicas têm sido largamente utilizadas na persecução dos cartéis. Mas, para que elas sejam provas válidas, devem necessariamente ser feitas de acordo com os critérios, requisitos e procedimentos estabelecidos na Lei 9.296, de 1996, esta baseada no inc. XII do art. 5.º da CF: “É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. Desde logo, ressalta a constatação de que escutas telefônicas só podem ser feitas quando se está diante de processos criminais, não sendo abrangidos aqui os proces-

tos administrativos, até por desígnio constitucional. Deixemos claro, entretanto, que “na interceptação está ínsita a presença de um terceiro que não seja um dos interlocutores e que, ademais, não lhes seja de conhecimento”.¹³

Tomada a prova da interceptação telefônica em juízo criminal, resta saber se ela pode ser transplantada para outro juízo, inclusive o administrativo, em que se processa a acusação de cartel. Luiz Flávio Gomes e Eduardo Maciel respondem de modo taxativamente negativo: “Estando em jogo liberdades constitucionais (...), procurou o constituinte, desde logo, demarcar o âmbito de prevalência de outro interesse (criminal) em detrimento daquele. (...) Em conclusão, a prova colhida por interceptação telefônica no âmbito penal não pode ser ‘emprestada’ (ou utilizada) para qualquer outro processo vinculado a outros ramos do direito”.¹⁴ É certo que existem opiniões contrárias mas todas elas levam em consideração que a prova emprestada só pode ocorrer se, do processo do qual ela é tomada, participa a parte contra a qual corre o processo no qual ela passa a ser utilizada. Assim, os processos criminais só ocorrem contra pessoas físicas; se, nos processos administrativos, existem também – e, sobretudo – pessoas jurídicas, contra esta a prova emprestada não pode ser utilizada.

Também são meios de prova válidos as perícias, as inspeções (previstas no Código de Processo Civil), estas para, por exemplo, verificar as condições de determinados mercados locais e aquelas, por exemplo, para provar que determinados preços são ou não considerados como de mercado.

8. PROVA EMPRESTADA

O aproveitamento de provas produzidas em outros processos é perfeitamente admissível, não só porque compatível com princípios constitucionais, tais como celeridade e economia processual, mas também porque pode suprir fontes de provas que não estejam mais acessíveis. Ainda que admissível, no entanto, a sua utilização está sujeita ao preenchimento de alguns requisitos que as conferem validade jurídica.

Certamente o requisito mais relevante, até porque constantemente ignorado, é o exercício regular do direito de ampla defesa e livre contraditório de maneira ilimitada. Tais direitos são materializados, sobretudo, na participação do representado no processo de produção dessas provas, o que lhes dará a oportunidade de contraditar tais provas no momento de sua produção. Com isso, pode-se concluir que a prova produzida em outro processo, do qual o acusado não tenha tomado parte, não pode ser emprestada e, portanto, não deve ser considerada em hipótese alguma.

É exatamente nesse sentido que acena Egon Bockmann Moreira, quando discorre sobre o processo administrativo: “Assim, o princípio do contraditório não trata apenas do ‘direito à prova’, mas é garantia de participação processual como

13. CABETTE, Eduardo Luiz Santos: *Interceptação telefônica*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 29.

14. GOMES, Luís Flávio; MACIEL, Eduardo. *Interceptação telefônica*. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 62.

pressuposto de validade de toda a atividade instrutória. Participação, essa, compreendida em sentido amplíssimo. Ou seja, a integridade das manifestações processuais (verbais e escritas) oferecidas pelas partes integra o exercício do contraditório – quanto à possibilidade de sua apresentação, dever de intimação da parte adversa e necessidade de serem integralmente apreciadas”.¹⁵

Igualmente devem ser invocadas as palavras de Moacyr Amaral Dos Santos que, em relação às provas emprestadas, afirma que “quando a prova haja sido produzida em processo em que uma das partes do processo para qual é transportada litigou com terceiro, e a prova é trasladada por quem participou de sua produção no processo anterior, não terá ela eficácia em relação a parte contrária, que não participou de sua produção.”¹⁶ (g.n.).

Evidentemente, a validade deste raciocínio, como não se pode pretender negar, atinge tanto o processo judicial como o administrativo. Celso Antônio Bandeira de Mello discorre sobre o princípio “da ampla instrução probatória, o qual significa, como muitas vezes observam os autores, não apenas o direito de oferecer e produzir provas, mas também o de, muitas vezes, fiscalizar a produção de provas da Administração, isto é, o de estar presente, se necessário, a fim de verificar se efetivamente se efetuaram com correção ou adequação técnica devidas”¹⁷ (g.n.).

O STJ¹⁸ já se manifestou sobre o tema, reiterando o que já era assente na jurisprudência, no sentido de que “só se admite a prova emprestada quando retirada de processo em que se tenha oportunizado à parte contra a qual se quer aproveitar o direito ao contraditório”.

Com isso, tem-se que a participação do representado no processo do qual a prova emprestada está sendo emprestada é imprescindível, sob pena de frontal violação aos princípios do contraditório e ampla defesa na utilização dessa prova.

9. PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

O poder punitivo do Estado é exercido tanto pela Administração Pública (sanções administrativas retributivas), como pelo Poder Judiciário (sanções penais). A experiência mostra que infrações penais e administrativas possuem uma série de correlações, tanto é que parte da doutrina e jurisprudência¹⁹ considera, inclusive, não haver qualquer distinção ontológica entre elas.

15. MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo – Princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 233.

16. SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Princípios de direito processual civil*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. vol. 2, p. 366.

17. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 283.

18. STJ, T5 – 5.ª T, rel. Min. Felix Fischer, DJ 27.05.2003.

19. Voto do Des. Federal João Batista Moreira nos autos do processo 1999.01.00.037217-6, j. 25.10.2002 (TRF1).

Tal aproximação tem uma implicação significativa, que é a aplicação de princípios do direito penal e do direito processual penal aos processos sancionadores administrativos, sobretudo no que se refere ao padrão de prova exigido.

Isso ocorre não apenas em virtude da identificação entre ambos os processos, mas principalmente em razão da natureza sancionadora de um e de outro. Assim como no processo penal, no processo administrativo sancionador a natureza persecutória e poder punitivo estatal requerem a aplicação de alguns princípios. Dois deles merecem principal destaque: (i) o princípio da presunção de inocência; e (ii) princípio da oficialidade e busca da verdade real.

9.1 Presunção de inocência

Conforme dispõe o art. 5.º, LVII, da CF/1988, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Desse dispositivo decorre o princípio da presunção de inocência, aplicável aos particulares que enfrentam o poder punitivo estatal.

O princípio da presunção de inocência vai além da simples garantia ao administrado de não ser considerado culpado enquanto pendente de julgamento o processo persecutório. Nesse princípio estão contidos diversos conteúdos como a necessidade de se efetivamente provar (i) a existência da conduta, (ii) a participação do administrado na conduta e, por fim, (iii) a correta individualização da conduta. Além disso, o conteúdo do princípio da presunção de inocência também revela a garantia da disponibilização de todos os instrumentos necessários para que o administrado possa se defender,

Este conteúdo se revela de forma bastante clara na Declaração Universal dos Direitos do Homem, elaborada pela Organização das Nações Unidas: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma a sua inocência, enquanto não se provar sua culpabilidade, conforme a lei em julgamento público no qual se hajam assegurado todas as garantas necessárias à sua defesa” (art. 11, n.º 1).

Como desdobramento lógico da presunção apontada, tem-se a aplicação de outra máxima inerente ao processo penal, qual seja, *in dubio pro reo*. Assim, se não existir prova suficiente para a condenação, o juiz deverá absolver o réu.

Tais considerações indicam a necessidade de utilização de um padrão de prova rigoroso o suficiente para evitar a perpetração de presunções e incertezas que venham a tolher o direito à presunção de inocência.

9.2 Princípio da oficialidade e busca da verdade real

A autoridade administrativa tem o dever não só de inaugurar o processo, mas também de impulsioná-lo até que a prestação jurisdicional seja realizada em definitivo, conforme expressamente dispõe o art. 2.º, XII, da Lei de Processo Admi-

nistrativo. Tal exigência decorre da supremacia do interesse público e também do princípio da eficiência da administração, que devem ser sempre almejados, independentemente do comportamento das partes ao longo da instrução processual.

A interpretação sistemática do referido dispositivo indica que a administração deve adotar uma posição ativa, que pode ser traduzida na produção de provas, requerimentos de diligência, apresentação de pareceres e estudos, ou seja, todas as providências necessárias para alcançar a decisão final, independente de seu teor, devem ser tomadas.

Parece razoável imaginar, portanto, que a inércia dos administrados, em situações em que não há interesse exclusivo do acusado, não deve resultar em prejuízos ao processo. E é exatamente nesse sentido que do art. 27 da Lei de Processo Administrativo estabelece que o acusado pode produzir sua defesa a qualquer tempo, ainda que tardiamente:

“Art. 27. O desatendimento da intimação não importa o reconhecimento da verdade dos fatos, nem a renúncia a direito pelo administrado.

Parágrafo único. No prosseguimento do processo, será garantido direito de ampla defesa ao interessado”.

Tais situações representam com exatidão a preocupação do legislador em garantir a proteção do interesse público, na medida em que são propostos mecanismos buscam minimizar decisões falhas, inseguras e, portanto, prejudiciais à coletividade.

10. CONCLUSÕES

A autoridade concorrencial deve observar os princípios e limitações constitucionais inerentes à atividade persecutória que desempenha. Esses princípios não têm como objetivo criar impedimentos à atuação da administração pública, muito menos impossibilitar a identificação e condenação de cartéis. Ao revés, a efetiva coibição de práticas colusivas é benéfica à sociedade e aos consumidores de um modo geral, e deve ser incentivada como política de governo.

Os mecanismos e garantias constitucionais, no entanto, visam apenas à proteção dos administrados de um Estado Democrático de Direito contra abusos e práticas ilegítimas no âmbito de uma investigação, que, em regra, levam a conclusões erradas. A investigação de cartéis deve, portanto, andar de mãos dadas com o rigor e a técnica processual exigidos por lei.

Uma decisão condenatória que tenha garantido a correta observância aos princípios constitucionais certamente renderá melhores frutos.

Não se tratou no presente estudo acerca do padrão de provas econômicas para condenação em cartel. Além disso, o que se tratou aqui é apenas uma visão geral. Cada um dos capítulos deste artigo pode e deve render livros e tratados.

11. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1995.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: IBDC, 1997.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Interceptação telefônica*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- CREMASCO, Suzanna Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.
- FRANCO, Fernão Borba. *Processo administrativo*. São Paulo: Atlas, 2008.
- GOMES, Luís Flávio; MACIEL, Eduardo. *Interceptação telefônica*. São Paulo: Ed. RT, 2013.
- Marcelo HARGER. *Princípios constitucionais do processo administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Ed. RT, 2009.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- MEDEIROS NETO, Elias Marques de. *Proibição da prova ilícita no processo civil brasileiro*. São Paulo: Fiuza, 2010.
- MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador – As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo – Princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- NETTO, Fernando Gama de Miranda. *Ônus da prova no direito processual público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. vol. 2.
- SILVA, César Dario Mariano da. *Provas ilícitas*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A revisão judicial das decisões do CADE. O mérito do ato administrativo e a efetividade da política antitruste, de Andressa Lin Fidelis – *RIBRAC* 20/427 (DTR\2011\5254);
- Bem-estar do consumidor - uma análise concorrencial sob a perspectiva brasileira, de Ludmila Passos Holtz – *RIBRAC* 13/107 (DTR\2011\2153); e
- Disciplina jurídica do abuso do poder econômico, de José Inácio Gonzaga Franceschini – *RT* 640/255 (DTR\1989\33).