

A APURAÇÃO DAS PRÁTICAS RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA - AVERIGUAÇÕES PRELIMINARES E PROCESSOS ADMINISTRATIVOS.¹

Magali Klajmic²

A apuração das práticas restritivas da livre concorrência nos mercados é realizada mediante procedimentos administrativos estabelecidos no Título VI, Capítulos I a V da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994.

Tais procedimentos iniciam-se na Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, a quem cabe a competência legal para a instrução dos feitos, previstos na Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994, são: a Averiguação Preliminar e o Processo Administrativo.

Os casos em que a Secretaria entende configurada a infração devem se encaminhados ao julgamento do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE; aqueles outros em que decide pelo arquivamento, submetem-se ao Conselho em grau de recurso *ex officio*.

Inicia-se uma apuração de práticas restritivas de ofício, pelo Secretário de Direito Econômico, ou por representação, de qualquer interessado, em peça escrita e fundamentada.

A exigência legal de “peça escrita e fundamentada” tem tido, na prática, um tratamento pouco rígido por parte dos aplicadores da norma, justificando-se esse entendimento pela idéia de que critérios muito estreitos restringiriam o meio mais direto que a coletividade dispõe de acesso à proteção legal, além de confrontar-se com o próprio espírito da Lei que investe a Autoridade Administrativa do poder-dever de acompanhar permanentemente os mercados para prevenir e reprimir infrações à ordem econômica, outorgando-lhe a competência para, inclusive, instaurar processo administrativo de ofício.

Assim, entendo que a norma legal estará atendida se o documento inicial contiver uma descrição clara e coerente dos atos ou fatos, informações sobre o representante e sobre o seu mercado de atuação e uma estimativa dos

1 PALESTRA REALIZADA NO DIA 26.06.98 IV SEMINÁRIO DO IBRAC ANGRA DOS REIS/RJ

2 Procuradora do quadro permanente do CADE, exercendo a função de Inspetora-Chefe da Secretaria de Direito Econômico/MJ.

seus efeitos reais ou prováveis no mercado. Na hipótese de outros dados e documentos estarem disponíveis, tanto melhor para subsidiar a investigação.

Nos casos em que a representação não atender, minimamente, a tais requisitos, pode, ainda, a Secretaria de Direito Econômico oficial o representante para complementá-la, bem como praticar quaisquer outros atos que julgar necessários à apuração, (realização de diligências, requisição de informações, esclarecimentos e documentos, de quaisquer pessoa física ou jurídica, públicas ou privadas).

DAS AVERIGUAÇÕES PRELIMINARES

As Averiguações Preliminares objetivam **a identificação dos indícios suficientes à instauração de processo administrativo.**

Prioritário, portanto, estabelecer o conceito de **indício suficiente**, pois, trata-se de elemento básico para a decisão de promover uma Averiguação Preliminar ou de instaurar Processo Administrativo.

Tem-se como **indício suficiente**, aquele ato ou fato com aptidão de produzir efeitos anticoncorrenciais no mercado, praticado por agente em condições de adotar estratégias independentemente das forças reguladoras de mercado, em virtude de poder econômico ou poder de mercado.

Com esse entendimento, podemos, portanto, apontar como pressuposto à promoção de Averiguações Preliminares o ato ou fato que, em tese, possa produzir efeitos nocivos à atuação livre dos agentes econômicos no mercado, mas que não constitua ainda indício suficiente à instauração do Processo Administrativo.

A atuação dos agentes econômicos não se dá no vácuo, uma vez que a empresa não é um ente isolado. De fato, integra-se a um setor da economia, produzindo bens e serviços para um determinado mercado, e necessariamente se relacionando com concorrentes, fornecedores e clientes.

O juízo de admissibilidade de uma representação deve considerar os atos ou fatos trazidos ao conhecimento da autoridade, neles identificando,

uma prática com aptidão de produzir efeitos no mercado em virtude do efetivo poder de mercado dos agentes econômicos envolvidos a tais práticas.

Na falta de informações que permitam estabelecer a aptidão de tais práticas de produzir efeitos no mercado e aferir o efetivo poder de mercado da investigada, são **promovidas Averiguações Preliminares, por despacho do Secretário, com o objetivo de identificar a existência de indícios suficientes para a instauração do processo administrativo.**

Trata-se de procedimento sigiloso, sem formalidades rígidas, a desenvolver-se no âmbito restrito da esfera de competência da autoridade administrativa, podendo prescindir da manifestação do representado nos casos em que tais esclarecimentos possam ser obtidos de outra forma.³⁴

O escopo de atuação da autoridade competente é amplo o bastante para buscar a verdade dos fatos, mas com a discricão que merece a empresa representada, uma vez que ainda não há acusação formal contra ela.

As Averiguações Preliminares não devem ser confundidas com o Processo Administrativo, este sim, de natureza formal, submetido aos princípios do devido processo legal. Observa-se, também, que devem ser ágeis o suficiente para cumprir seu objetivo, que, como já se sabe, é o de **identificar, nos fatos denunciados, práticas com potencialidade de afetar as relações no mercado, e a aptidão do agente para atingir os objetivos anticoncorrenciais previstos na Lei.**

No entanto, se, desde logo, evidencia-se a **aptidão da empresa** investigada de estabelecer estratégias anticoncorrenciais, (poder de mercado ou poder econômico) existindo, ademais, **inequívocos sinais da prática denunciada e de sua potencialidade nociva**, entendo que os indícios já se fazem presentes,

³Vale notar que a Constituição Federal de 1988 se refere expressamente a “processo judicial ou administrativo”. Assim, antes que exista formalmente um processo administrativo, a autoridade pode realizar diligências iniciais, prescindindo da manifestação do interessado.

⁴ Considerando que não foi instaurado processo administrativo e, portanto, não existe acusação formal contra a empresa, entendo que não necessariamente a representada deva ser notificada. No entanto, o perigo de arbitrariedade por parte da autoridade administrativa na condução das investigações sem a ciência e o acompanhamento da representada, leva a correntes divergentes desse entendimento. Na prática, não conheço nenhum caso de Averiguação Preliminar levada a efeito sem ciência da representada, até porque, na maioria das vezes, as informações que trazem são subsídios importantes e necessários.

podendo, desde logo, a autoridade competente, em despacho fundamentado, instaurar o Processo Administrativo.

Este entendimento respalda-se no art. 30 da Lei n.º 8.884/94, que dispõe sobre as Averiguações Preliminares, tendo o Legislador visado, certamente, proteger as empresas de denúncias inconseqüentes. **A regra geral é a instauração de Processo Administrativo, sendo as Averiguações Preliminares uma exceção à essa regra.**

DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS

O Secretário da SDE, ao concluir pela existência de ato com aptidão de produzir efeitos anticoncorrenciais no mercado, praticado por agente econômico em condições de atuar com independência em relação às forças de mercado, - seja pela conclusão das Averiguações Preliminares, seja pelos indícios já aparentes na descrição do ato ou fato, - há que instaurar o competente Processo Administrativo.

No âmbito da SDE, podemos reconhecer no Processo Administrativo quatro fases: instauração, defesa, instrução e relatório conclusivo.

- 1. FASE DE INSTAURAÇÃO:** instaura-se o processo mediante despacho fundamentado do Secretário de Direito Econômico, que poderá se louvar em Nota Técnica. Os fatos deverão ser descritos e qualificados no tempo e no espaço, delimitando-se o objeto da investigação e fazendo-se o enquadramento legal de modo a permitir a plena defesa do acusado.

O despacho instaurador que constituirá a peça acusatória deverá conter:

- **relato resumido dos fatos e das razões da representação;**
- **qualificação do representado;**
- **descrição das condições básicas do mercado em que atuam o representante e o representado - (produto relevante; indicação dos produtores/fornecedores, compradores/consumidores; estrutura do mercado do relevante (grau de concentração e participações relativas);**
- **descrição da conduta e de seus atuais ou prováveis efeitos anticoncorrenciais sobre o mercado;**

- **delimitação do objeto da investigação, com o enquadramento da conduta nos incisos do art. 20 e, se possível, nos incisos do art. 21; e**
- **a determinação de instauração do Processo Administrativo.**

Explica-se a expressão “se possível” pelo fato de o art. 21 não ser exaustivo, apresentando apenas exemplos de condutas indiciárias. A expressão “entre outras” assegura ao aplicador da Lei uma interpretação analógica, que lhe permite identificar uma das hipóteses mencionadas nos quatro incisos do artigo 20, mesmo que a conduta adotada para atingir uma situação anticoncorrencial adotada não esteja expressamente prevista entre aquelas enumeradas no artigo 21 do mesmo texto legal.

Essa possibilidade não afronta o princípio da legalidade, mas confere ao intérprete maior liberdade na aferição de práticas anticoncorrenciais, que a cada dia se multiplicam, em razão do alto poder de criatividade e da sofisticação de certas tecnologias postas à disposição da sociedade.

2.FASE DA DEFESA: o acusado terá amplo acesso aos autos, para que se defenda dos fatos que lhe são imputados, podendo produzir as provas que desejar, e participar, por si ou por advogado constituído, da inquirição de testemunhas, perícias, etc.

A fase da defesa se inicia com a notificação do representado e continua até a elaboração do relatório. O representado poderá requerer informações sobre o andamento do processo e todas as diligências que forem realizadas. A observância do princípio do contraditório permear todo o processo administrativo.

3.FASE DE INSTRUÇÃO: a produção de provas abrange o depoimento do representado e do representante, inquirição de testemunhas, inspeções pessoais, perícias técnicas e juntada de documentos pertinentes. Integra a instrução o parecer da SEAE/MF, que é facultativo.⁵

Na instrução do processo administrativo, a par da convicção que a SDE vai formando sobre a existência de uma conduta anticoncorrencial, deve-se proporcionar a oportunidade ao representado para oferecer a prova do seu interesse.

⁵ O parecer da SEAE/MF torna-se obrigatório à análise dos atos enquadrados no art. 54, da Lei n.º 8.884/94.

4.FASE DO RELATÓRIO: o relatório conterá a descrição de todas as fases do processo, referindo-se às fls. que contenham fatos, argumentos, documentos, e demais provas que são consideradas pela autoridade em suas razões de decidir. Deverá ser concluído com uma proposta clara de arquivamento ou de encaminhando ao CADE para julgamento, baseado em sólidos argumentos de fato e de direito.

Na instrução do processo administrativo, a autoridade deve cuidar tanto da observância das formalidades legais exigíveis no trâmite processual quanto da análise da prova e do aprofundamento das questões de mérito, considerando não só o julgamento a ser realizado pelo CADE, como também a possibilidade de revisão de seu ato pelo Poder Judiciário.

O aplicador da norma há que ter sempre presente os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, não se esquecendo, porém, que deve prevalecer a verdade material, sendo, portanto, de inestimável importância a produção da prova.

Os processos a cargo da SDE, se submetem a cinco princípios básicos: o da legalidade objetiva, o da oficialidade, o do informalismo, o da verdade material e o da garantia de defesa.⁶

- **A legalidade objetiva** exige que o processo administrativo seja instaurado com base na lei;
- **A oficialidade** atribui a movimentação do processo e o ônus da prova à autoridade administrativa;
- **O informalismo** dispensa formas rígidas, sendo suficientes aquelas necessárias à obtenção da certeza jurídica e à segurança procedimental;
- **A verdade material** autoriza a autoridade a valer-se de qualquer prova desde que a faça transladar ao processo;
- **A garantia de defesa** está assegurada na Constituição Federal (art. 5.º, LIV), resumindo-se na observância do rito adequado, na notificação da parte interessada, na oportunidade de se contestar a acusação, na oportunidade de se produzirem provas, de se acompanharem os atos da instrução e de se utilizar dos recursos previstos em lei.

⁶ “Direito Administrativo Brasileiro” de Hely Lopes Meirelles, Malheiros Edit.

Tem-se como objetivo do processo administrativo a **identificação das práticas capazes de produzir efeitos no mercado e a aferição do real poder de mercado da empresa, que lhe confere a aptidão para afastar ou desencorajar a entrada ou o desenvolvimento de concorrentes**, para que a autoridade possa reprimir o abuso do poder econômico.

Para tanto, impõe-se uma análise do setor a que pertencem os agentes econômicos e a busca da (ir)razoabilidade da conduta analisada.

Essa análise, resguardadas as especificidades de cada caso, fundamenta-se, em linhas gerais, nos seguintes dados:

a) condições básicas do mercado:

- do lado da oferta: matérias-primas, tecnologia, sindicalização, durabilidade do produto, valor do produto, atitudes empresariais e políticas públicas;
- do lado da demanda: elasticidade de preços, existência de substitutos, índice de crescimento, natureza sazonal ou cíclica dos produtos, métodos de compra e tipo de *marketing*;

b) estrutura do mercado:

- grau de concentração;
- participação relativa das empresas;
- número de compradores e vendedores e respectiva participação no mercado;
- diferenciação do produto;
- identificação de barreiras à entrada de novos concorrentes;
- estruturas de custos;
- integração vertical das empresas; e
- existência de conglomerados;

c) conduta dos vendedores e compradores:

- comportamento na determinação dos preços;
- estratégias relativas ao produto e à propaganda;
- pesquisas e inovações tecnológicas;
- investimentos;
- táticas legais adotadas;
- comportamento do agente face ao seu objeto e/ou efeitos no mercado;

d) definição do mercado relevante (de produto e geográfico):

- identificação dos produtos ou serviços que concorrem entre si;
- grau de substituíbilidade (preços, métodos de vendas, estratégias das empresas para a identificação dos seus produtos, localização dos compradores, capacidade ociosa dos agentes fora da área geográfica relevante, e suas possibilidades de ingresso, custos de transporte, preferências do consumidor, custos de distribuição e conveniências do consumidor);

-demarcação da área geográfica: concorrência efetiva (abrangendo todas as empresas que operam na área além de outras que poderiam ali operar em resposta a uma demanda por substitutos);

-concorrência potencial (análise da reação dos consumidores na hipótese de aumento de preço, do tempo de substituição, e a possibilidade de uma substituição integrar as estratégias adotadas pelos vendedores);

e)identificação das condições de entrada de novos agentes:

- identificar a existência de **vantagens absolutas** das empresas estabelecidas (custos de produção, diferenciação de produto e economias de escala não significativas em relação à produção total da indústria):

- identificar os fatores que propiciam vantagens absolutas de **custos de produção** : matérias-primas, exploração de patentes de produto ou de processo, *know-how*, localização geográfica, rede de distribuição própria, etc.

- identificar os fatores que propiciam vantagens pela **diferenciação de produto** e **economias de escala** (fidelidade à marca e reputação): lançamento de novos modelo, e etc.

- identificar a existência de **capital significativo necessário a investimentos** (indústrias que exigem alta tecnologia, publicidade, pesquisa e desenvolvimento de novos produtos);

- identificar a existência de políticas governamentais:

- protecionistas (cotas de importação, tarifas alfandegárias, etc.)

- de compras (contratos de longa duração)

- setoriais (regulação complexa em relação à saúde, segurança, higiene e meio-ambiente).

f)Desempenho

- o estabelecimento do efetivo poder de mercado do agente investigado e a sua aptidão para afastar ou desencorajar a entrada ou o desenvolvimento de concorrentes;

- configuração do nexo de causalidade entre prática indiciária e efeitos potenciais ou efetivos no mercado.

A análise conclusiva é feita com base em provas, que podem ser:

prova documental - documentos que atestam ter sido a prática efetivamente levada a efeito pelo representado: cláusulas contratuais com exclusividade, notas fiscais que atestem venda casada, tabelas de preços, correspondência trocada entre as partes, etc.

prova pericial - realizada, basicamente, em documentos e instalações do representado. A SDE pode valer-se das cautelares judiciais através da AGU.

prova testemunhal - para a oitiva de testemunhas será sempre notificado o representado para participar do interrogatório.

DO SIGILO

A garantia do sigilo só se aplica como exceção, pois, confronta-se com as garantias contidas nos **princípios fundamentais** do processo administrativo, quais sejam, os princípios da **publicidade e da oficialidade**, pelos quais a autoridade administrativa submete-se ao controle da coletividade.

A publicidade dos atos administrativos, no entanto, pode ser excepcionada quando afronta garantias constitucionais.

Por tais razões, ao prever a proteção do sigilo, o legislador não o fez de forma genérica, e sim excepcional, condicionando o deferimento do sigilo ao exame da real motivação do pleito. A autoridade competente deverá avaliar a conveniência e oportunidade do pedido, de forma a harmonizá-lo com o princípio fundamental e geral da publicidade, e a manutenção da ordem jurídico-processual.

Acrescente-se, ainda, que, tratando-se de proteção excepcional, o requerimento deverá ser **específico e fundamentado** (circunscrito aos segredos de negócios que não possam ser disponibilizados a terceiros, sob pena de prejudicar a atuação da empresa solicitante).

Esses, os temas que nos foram apresentados para uma primeira abordagem nesta ocasião, e que são o objeto de nosso trabalho cotidiano na Inspeção Geral e no Departamento de Proteção e Defesa Econômica da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça.

A experiência colhida, inestimável pela riqueza dos ensinamentos, abrangendo das mais simples às mais complexas questões no campo da aplicação da lei de prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, estará presente em um Manual para normatizar os procedimentos na esfera de competência da SDE, e que, dentro de algumas semanas, será disponibilizado à coletividade para manifestação e sugestões.

Esse Manual, é preciso que se diga, não será fruto do esforço de uma só pessoa, mas da colaboração de vários especialistas e interessados na matéria. Não tenho dúvidas de que está sendo dado um passo importante em direção à maior celeridade do processo no âmbito da SDE, sem prejuízo da segurança jurídica necessária aos procedimentos apuratórios das práticas restritivas à livre concorrência, previstos na Lei n.º 8.884/94.

Angra dos Reis, 26 de junho de 1998