

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP

GUSTAVO LAGE NOMAN

DAS PROVAS EM PROCESSO CONCORRENCIAL

Mestrado em Direito

SÃO PAULO
2010

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC/SP

DAS PROVAS EM PROCESSO CONCORRENCIAL

Mestrado em Direito Comercial

Dissertação apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em direito comercial, sob a orientação do Prof. Dr. Celso Campilongo

São Paulo - 2010

GUSTAVO LAGE NOMAN

Banca Examinadora

RESUMO

As provas são muito importantes para o processo concorrencial, da mesma forma que elas são importantes para todo e qualquer tipo de processo. Entretanto, por um período essa discussão foi deixada de lado pela comunidade de defesa da concorrência no Brasil.

Ocorre que com o incremento das atividades das autoridades brasileiras de defesa da concorrência, quer seja na análise de estruturas, quer seja na investigação de condutas anticoncorrenciais, estão começando a surgir diversas questões envolvendo provas. Por exemplo, qual é o padrão de prova necessário para que um caso seja decidido? Que tipo de prova é necessária para que se decida um processo concorrencial? Que tipos de provas podem ser utilizadas pelas autoridades? Qual é o papel da prova econômica no processo concorrencial? Como produzir as provas econômicas? Qual é o limite para o uso das provas emprestadas pelas autoridades de defesa da concorrência? Quais são os limites que as autoridades enfrentam para a produção de provas, em especial considerando os novos mecanismos à disposição (acordo de leniência, busca e apreensão e inspeção)?

A presente dissertação tem por objeto analisar essas questões, buscando, na jurisprudência do CADE, na doutrina e na experiência estrangeira a melhor forma de tratar as provas.

PALAVRAS CHAVES: DIREITO DA CONCORRÊNCIA – PROCESSO CONCORRENCIAL – PROVAS – PROVAS ECONÔMICAS – INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA – BUSCA E APREENSÃO

ABSTRACT

Evidences are very important for the antitrust procedure, as well as in any and all types of procedures. However, for a long time the discussion of evidences was set aside by the Brazilian antitrust community.

Due to the increase in the activities of the Brazilian antitrust authorities, in both the merger control revision and the investigation of anticompetitive behaviors, there is an increase in the discussion regarding evidences. For example, which is the standard of proof necessary for a decision of any concrete case? What type of evidences is necessary for a decision in an antitrust procedure? What type of evidences can be used by the authorities? Which is the role of the economic evidences in the antitrust procedure? How to produce such economic evidences? Which are the limits for the use by the antitrust authorities of the “borrowed” evidences? Which are the limits that the antitrust authorities face for the evidences collected, in special regarding the new mechanisms available (leniency agreements, dawn raids and inspections)?

The purpose of the present essay is to analyze these questions, seeking in CADE’s case law, in commentators and in the foreign experience, the best approach to deal with the evidences in antitrust cases.

KEYWORDS: ANTITRUST LAW – ANTITRUST PROCEDURE – EVIDENCES – ECONOMIC EVIDENCES – WIRE TAPPINGS – DAWN RAIDS

ÍNDICE

I. INTRODUÇÃO	3
II. DO PROCESSO CONCORRENCIAL	9
II.1 Princípios constitucionais de direito administrativo e sua pertinência com o processo administrativo	9
II.2 Breve Histórico sobre a Defesa da Concorrência e do Processo Concorrencial no Brasil	14
III. DAS PROVAS	18
III.1 Conceituação.....	18
III.2 Dos Princípios da Prova.....	20
III.2.1 Princípio do Contraditório.....	20
III.2.2 Princípio da Ampla Defesa	23
III.2.3 Princípio da Proibição da Prova Ilícita	25
III.2.4 Princípio Dispositivo.....	26
III.2.5 Princípio da Oralidade	28
III.2.6 Princípio da Imediatidade.....	29
III.2.7 Princípio da Identidade Física do Juiz	30
III.2.8 Princípio da Aquisição Processual ou da Comunhão de Prova.....	32
III.2.9 Princípio do Livre Convencimento Motivado do Juiz.....	33
III.3 Da Prova em Matéria Concorrencial	35
III.3.1 No Ato de Concentração	37
III.3.2 No Processo de Investigação de Infração da Ordem Econômica.....	38
III.3.3 Do Padrão de Prova em Matéria Concorrencial	39
III.4 Do Ônus da Prova	45
III.4.1 Direito Concorrencial com Direito Difuso – impacto nas provas.....	50
III.5 Da Prova Emprestada.....	54
III.6 Da diferenciação entre a prova direta e a prova indireta	60
III.7 Da Prova Ilícita	62
III.8 Da Prova Ilícita por Derivação (Teoria dos Frutos da Árvore Venenosa).....	66
IV. DA PROVA ECONÔMICA	69
IV.1 Conceituação	69
IV.2 Problematização.....	70

IV.3 Do Instituto do <i>Amicus Curiae</i>	74
IV.4 O Caso <i>Daubert</i>	77
IV.5 Da Prova Econômica em Atos de Concentração	80
IV.6 Da Prova Econômica em Processos Administrativos	98
IV.7 Da Prova Econômica em Ações Judiciais	118
V. DOS DEMAIS TIPOS DE PROVA E DA FORMA DE OBTENÇÃO DA PROVA NO PROCESSO CONCORRENCIAL	129
V.1 Das Provas Documentais	129
V.2 Das Provas Testemunhais	134
V.3 Das Provas Periciais.....	140
V.4 Do Depoimento Pessoal.....	142
V.5 Das Gravações e das Interceptações Telefônicas.....	145
V.6 Do Acordo de Leniência	157
V.6.1 Do não cumprimento do acordo de leniência.....	161
V.6.2 Do leniente que é líder da conduta.....	161
V.6.3 Da posição processual do leniente	164
V.7 Da Busca e Apreensão	166
V.8 Da Inspeção.....	171
VI. CONCLUSÃO	176
VII. BIBLIOGRAFIA	183

I. INTRODUÇÃO

Com o desenvolvimento da economia brasileira, o direito da concorrência está se tornando cada vez mais importante. Ele está presente no dia-a-dia das empresas e é uma preocupação cada vez maior dos empresários. Essa preocupação foi ampliada quando as autoridades brasileiras de defesa da concorrência¹ começaram a ser mais rigorosas com a análise de atos de concentração² e de condutas que potencialmente possam ter violado a legislação de defesa da concorrência.

No Brasil a legislação de defesa da concorrência (Lei 8.884/94) é relativamente nova. Adicionalmente, são ainda mais recentes as alterações³ que permitem a obtenção de melhores provas de infrações da ordem econômica. Também é recente o uso de estudos e pareceres econômicos para tentar demonstrar a licitude, ou ilicitude, da conduta concorrencial em análise.

Com isso, é natural que surjam questionamentos sobre as provas produzidas. Quer seja discutindo a licitude da prova produzida, quer seja produzindo provas técnicas que corroborem a alegação da parte.

Ora, em qualquer tipo de processo, e o processo concorrencial não é diferente, é fundamental provar os fatos constitutivos do direito alegado. Também como nos demais tipos de processo, não é permitido o uso de provas ilícitas em processo concorrencial (conforme o art. 5º, LVI da Constituição Federal e o artigo 30 da Lei 9.784/1999).

Ocorre que, nos últimos anos, viu-se uma melhora na qualidade das provas utilizadas para a decisão de processos concorrenciais, o que levou a um aumento de condenações por infração da ordem econômica e o aumento da imposição de restrições em atos de concentração. Esses fatos levaram a uma grande quantidade de demandas,

¹ O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”) é formado por: CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), SDE (Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça) e SEAE (Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda).

² “Ato de Concentração” é o nome do processo pelo qual se dá a análise de estruturas.

³ No que tange a obtenção das provas, as mais importantes alterações previstas na Lei 10.149/2000, que alterou a Lei 8.884/94, são: (i) a possibilidade da realização de busca e apreensão, (ii) a possibilidade de realização de inspeção, e (iii) a faculdade de celebração de acordo de leniência.

inclusive na justiça, questionando a legalidade das provas produzidas pelas autoridades de defesa da concorrência.

Esse ponto torna-se mais importante ao perceber que determinadas infrações da ordem econômica também são crimes tipificados na Lei 8.137/90. Com isso, é possível que determinadas provas produzidas na esfera criminal sejam emprestadas para a esfera administrativa e vice-versa.

Assim, os primeiros questionamentos dizem respeito à licitude das provas produzidas e eventualmente emprestadas. Pode a autoridade administrativa usar determinados tipos de provas emprestadas do processo criminal, tal como interceptação telefônica? Ou, ainda, qual é o limite para as buscas e apreensões realizadas pelas autoridades administrativas? E para a inspeção, há algum tipo de restrição? Qualquer documento ou informação obtida em tais diligências podem ser usados indiscriminadamente? E, no caso da leniência, será que cabe a autoridade verificar se o proponente é o líder da conduta?⁴ E se, durante a investigação do processo descobre-se que o leniente era o líder da conduta e, por isso, não poderia ter celebrado o acordo de leniência. Como proceder nesses casos? Além disso, é importante saber qual é o padrão da prova necessária para que um caso seja decidido? Que tipo de prova é necessária para que se decida um processo concorrencial? Qual é o papel da prova econômica no processo concorrencial?

Essas são algumas das questões que surgiram nos últimos anos e que o presente trabalho pretende abordar.

Outro ponto importante, é que o direito da concorrência tem algumas particularidades em relação aos outros ramos do direito. Nessa área há uma estreita ligação entre direito e economia. Assim, diferentemente do processo civil ou penal, no processo concorrencial a principal forma de obtenção de prova talvez sejam os estudos econômicos e/ou econométricos.

⁴ Vale lembrar que nos termos do art. 35-B, parágrafo 1º da Lei 8.884/94, o líder de uma conduta anticoncorrencial não pode celebrar um acordo de leniência.

Isso porque, a lei de defesa da concorrência busca a prevenção e a repressão ao abuso de posição dominante⁵. Segundo a Professora PAULA FORGIONI⁶, “em conclusão: a posição dominante é decorrência e, ao mesmo tempo, se identifica com o poder detido pelo agente, no mercado, que lhe assegura a possibilidade de atuar um comportamento independente e indiferente em relação a outros agentes, impermeável às leis de mercado.”

Para SÉRGIO VARELLA BRUNA⁷, “pode-se dizer que posição dominante é aquela que confira ao seu detentor quantidade substancial de poder econômico ou de mercado, a ponto de que possa ele exercer influência determinante sobre a concorrência, principalmente no que se refere ao processo de formação de preços, quer atuando sobre o volume da oferta, quer sobre o da procura, e que lhe proporcione elevado grau de independência em relação aos demais agentes econômicos do mercado relevante.”

Assim, os principais pontos para uma análise sobre o impacto concorrencial de um determinado ato ou contrato horizontal – quais sejam: (i) a definição do mercado relevante, (ii) a definição das condições de entrada, (iii) a eventual reação dos concorrentes e (iv) as eficiências presentes decorrentes de ato ou contrato – são análises muito mais econômicas do que jurídicas ou fáticas.⁸

Ora, dependendo da definição de mercado relevante a empresa ou grupo de empresas pode deter uma posição dominante e, com isso, ter um potencial de abusar do poder de mercado, ou, por outro lado, ter uma participação tão pequena que não teria o condão de prejudicar o mercado.

O mesmo se aplica à definição das condições de entrada. Mercados com baixas barreiras à entrada são menos propensos a sofrer prejuízos por atos anticoncorrenciais. Destarte, ao infringir a livre concorrência a empresa estará, por definição, obtendo

⁵ Note-se que não se proíbe a existência do poder de mercado, apenas seu abuso é coibido.

⁶ “Os Fundamentos do Antitruste”. Editora Revista dos Tribunais. p. 272.

⁷ “O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu Exercício”. Editora Revista dos Tribunais. p. 115.

⁸ Essas são as principais análises feitas em atos de concentração horizontais. Veja item III.5 para maiores esclarecimentos.

ganhos superiores aos que seriam esperados caso não houvesse conduta anticoncorrencial. Não obstante, outras empresas, atraídas por esse lucro extraordinário, poderiam facilmente entrar no mercado. Com essa nova concorrência, a tendência é a redução de preços e o aumento da qualidade dos produtos, ou seja, estar-se-ia impedindo que a empresa dominante continuasse com a conduta potencialmente prejudicial à concorrência.

Outro ponto importante a ser verificado é como as demais empresas do mercado reagiriam a um aumento de preços das firmas fusionadas. Isso porque, se tais empresas, seguissem a política das firmas fusionadas e aumentassem seus preços, significaria que a chance de sucesso de uma conduta anticoncorrencial pós-fusão seria maior. Por outro lado, caso houvesse, por exemplo, uma grande capacidade ociosa das demais firmas, o aumento de preço dos concorrentes poderia fazer com que elas, mantendo os preços anteriores, vendessem um volume maior de produtos, ocupando a sua capacidade ociosa. Nesse cenário, a tentativa de aumentar preços pós-fusão não teria sucesso, ou seja, dificilmente elas tentariam prejudicar a concorrência.

Por fim, a análise das eficiências potencialmente previstas no ato ou contrato sob análise é importante, pois, como se verifica da legislação, doutrina e jurisprudência do CADE, no Brasil, a análise concorrencial segue a regra da razão⁹. Assim, é extremamente importante mensurar corretamente as eficiências que porventura existam para identificar se aquela conduta será sancionada ou não. Uma vez que, mesmo se uma conduta gerar efeitos negativos ao mercado, ela não será sancionada se gerar, também, eficiências econômicas superiores aos efeitos negativos.

Ou seja, o julgador de uma questão concorrencial, quer administrativo quer do Poder Judiciário, tem que levar em consideração diversos conceitos econômicos ao decidir um determinado caso.

⁹ Resumidamente, a regra da razão diferencia-se da regra *per se*, pois enquanto nesta a ilicitude é demonstrada apenas comprovando a conduta e onexo causal, naquela é necessário, além disso, pesar os prós (as eficiências eventualmente existentes e decorrentes da conduta) com os contras (os potenciais efeitos negativos ao mercado). Caso haja mais prós do que contras, a conduta não será reprovada.

A prova econômica pode ser equiparada a uma prova científica que deve ser produzida pela parte para tentar convencer o julgador do seu direito. Ocorre que poderão surgir determinados problemas nesse tipo de análise econômica. Isso porque podem ser apresentadas diversas teorias econômicas que apontam para resultados diferentes. Ou seja, dependendo da teoria usada conclui-se pela não existência de ilegalidade concorrencial ou, caso use-se outra teoria, pela incompatibilidade do ato com a ordem econômica.

Nesse ponto cabe a pergunta, em casos como esse, como deve proceder o julgador? Qual deve ser a teoria mais correta para cada caso concreto?

Ora, segundo OVÍDIO BAPTISTA, de forma geral, a prova pode ser definida como a demonstração da existência dos fatos formadores do direito da parte.¹⁰ Pelo acima descrito, em matéria concorrencial a prova, em especial a prova econômica, apesar de corretamente feita, pode não servir para demonstrar o direito da parte.

O presente trabalho está dividido de forma que o primeiro capítulo (item 2) contenha uma breve análise sobre o processo, em particular o processo concorrencial – que é um tipo de processo administrativo. Assim, serão apresentados os principais princípios que regem tal tipo de processo e que regem a administração pública. Será apresentado, também, um curto histórico sobre a evolução legislativa da defesa da concorrência e o impacto na forma de obtenção das provas.

O segundo capítulo, trará a conceituação de prova, com uma análise dos principais princípios que a regem, bem como algumas características da prova no processo concorrencial – tais como o ônus da prova, o padrão de prova e o dever de colaboração da parte para com a autoridade –, o uso de prova emprestada e a prova ilícita.

Após essas considerações iniciais, o terceiro capítulo trará uma análise das provas econômicas e sua utilização em matéria concorrencial. Tal capítulo apresentará estudos de casos concorrenciais nacionais e estrangeiros onde a prova econômica foi

¹⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. In “Curso de Processo Civil – Vol. 1 - Processo de conhecimento”. Editora Revista dos Tribunais - 5ª Edição. 2000. p. 337.

utilizada. Buscaremos, também, identificar o que precisa ser provado para se caracterizar as principais condutas anticoncorrenciais e os danos em caso de cartéis. Além disso, o presente trabalho tentará apresentar uma resposta para as questões anteriormente levantadas sobre a prova econômica.

No capítulo seguinte, o quarto capítulo, serão estudados os demais tipos de provas disponíveis no processo concorrencial – prova documental, testemunhal, interceptação telefônica, entre outros. Além disso, serão tecidos comentários sobre as formas de obtenção de provas específicas do processo concorrencial, em especial a realização de buscas e apreensões, inspeções e acordos de leniência. Haverá, também, uma análise de casos administrativos e judiciais onde determinados aspectos das provas foram discutidos.

Por fim, faremos uma conclusão do presente estudo.

II. DO PROCESSO CONCORRENCIAL

Antes de iniciar o estudo das provas no processo concorrencial é importante fazer uma pequena análise sobre o que vamos denominar como “teoria geral do processo concorrencial”. Nesse estudo, vamos analisar a origem, fontes e princípios desse processo concorrencial.

Inicialmente cabe notar que a defesa da concorrência tem como base a Constituição Federal. De fato, o art. 170 da Carta Magna indica que um dos princípios da ordem econômica é a defesa da concorrência¹¹. Além disso, o parágrafo 4º do art. 173 da Lei Maior estabelece que: *“a lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”*.

Com base nesses dispositivos, foi editada a Lei 8.884/94 em 11 de junho de 1994 (“Lei de Defesa da Concorrência”). Essa lei dispõe, entre outras, *“sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica”*.

Pode-se dizer que há dois tipos de processos concorrenciais, a análise de atos de concentração e a investigação de infrações da ordem econômica. Cada um desses processos tem suas particularidades e características, entretanto, toda a sua fundamentação está calcada na Constituição Federal, na Lei de Processo Administrativo (Lei 9.784/1999) e no Código de Processo Civil. Além disso, é possível concluir que o Código de Processo Penal também pode ser aplicável ao Processo Concorrencial.

II.1 Princípios constitucionais de direito administrativo e sua pertinência com o processo administrativo

Inicialmente, cabe fazer a diferenciação entre processo e procedimento. Conforme ensina EGON BOCKMANN MOREIRA processo é uma relação jurídica específica, de caráter processual em sentido estrito. O procedimento, por sua vez, é,

¹¹ Inciso IV do Art. 170.

simplesmente, o desenrolar dos atos e fatos que constituem o início, meio e fim do processo.¹²

Como ensina EGON BOCKMANN MOREIRA, “o processo é descrito como instrumento autônomo no mundo do Direito, concebido para regular interações entre pessoas postas em especial relação jurídica: aquela que existe para solucionar conflitos de interesses, mediante participação dos sujeitos envolvidos e intervenção decisória de órgão estatal específico (o Poder Judiciário)”.¹³

Como dito, o processo concorrencial é um processo administrativo. Como tal ele tem algumas particularidades com relação aos processos judiciais. A primeira e mais clara diferença é o fato do processo concorrencial ser um ramo do direito público. Assim, há uma série de regras e princípios administrativos que são importantes para o processo concorrencial. O presente item trará os princípios e regras que julgamos os mais relevantes para o processo concorrencial.

O primeiro princípio da administração que é importante mencionar é o princípio da legalidade. Esse, como princípio da administração, expressa que o administrador público em sua atividade funcional está sujeito aos mandamentos da lei. Destarte, a eficácia de toda a atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei e do direito.

Assim, ao contrário do direito civil – em que o particular pode fazer tudo que não seja proibido – no direito administrativo a administração – que incluem os órgãos de defesa da concorrência – somente podem fazer o que a lei permite.

A conclusão é que a Administração Pública não possui liberdade nem vontade pessoal. Isto porque segundo CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO a norma geral abstrata e impessoal visa garantir que a atuação do Executivo seja nada mais senão a concretização da vontade geral.¹⁴

¹² “Processo Administrativo – Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999”. Editora Malheiros. 3ª edição. p. 40.

¹³ “Processo Administrativo ...”. op. cit. pp. 35-36.

¹⁴ “Curso de Direito Administrativo”. Ed. Malheiros. 11ª ed. p. 59.

Nesse sentido cumpre destacar o ensinamento de HANS KELSEN que assevera: “o princípio da legalidade que, por definição domina qualquer ato executivo, exclui qualquer influência política sobre a execução das leis”.¹⁵ Assim, é através da legalidade que se dá em sua plenitude o Estado Democrático de Direito.

Outro princípio que rege o processo administrativo e é particularmente importante para o processo concorrencial é o princípio da publicidade. Esse princípio está previsto no artigo 37 da Constituição Federal.

Como ensina MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, devido à natureza da atividade da administração, os processos administrativos devem estar abertos ao acesso dos interessados.¹⁶

Entretanto, tal princípio não é absoluto. De fato, o acesso aos autos de um processo administrativo em geral, e de um processo concorrencial em particular, pode ser restrito em determinadas situações.

No caso específico do processo concorrencial muitas vezes as empresas que são partes de tal processo precisam apresentar dados que podem ser considerados como “segredos do negócio”, como, por exemplo, dados de capacidade instalada, volume de vendas, estratégias de vendas, etc. Tais informações não podem passar para mãos de seus concorrentes sob pena de, de posse de tais informações, os concorrentes falsearem a concorrência prejudicando o mercado. Ou seja, dar publicidade a tais informações significaria colocar em risco exatamente o que se pretende proteger.

Por outro lado, há determinadas investigações que estão em fase muito preliminar. Nesse sentido, a sua publicidade pode tanto frustrar o objetivo da investigação – uma vez que o investigado, sabendo da investigação, poderia destruir eventuais provas – quanto causar danos à imagem do investigado – eventualmente representado por algo que não é ilegal.

¹⁵ “A Democracia”. São Paulo. Martins Fontes, 1993. p. 84.

¹⁶ “Direito Administrativo”. Editora Atlas. 18ª Edição. 2005. p. 548

Com isso, é muito comum haver o pedido de tratamento confidencial ou sigiloso para determinadas informações ou mesmo para todo o processo. Nesse sentido, o Regimento Interno do CADE (Resolução 45/2007, como alterada), prevê diversas situações onde, caso seja do interesse da parte, a confidencialidade poderá ser concedida. Regras similares estão contidas nos regimentos internos tanto da SDE quanto da SEAE.

Há, também, outro princípio do processo administrativo que é muito utilizado no processo concorrencial, principalmente devido à multiplicidade de órgãos que compõe o sistema de defesa da concorrência, com a sobreposição de atividades entre esses órgãos. Assim, está se falando do princípio da economia processual.

Segundo MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO¹⁷ com esse princípio deve-se evitar o excessivo formalismo que possa onerar de forma desnecessária a Administração Pública.

Do ponto de vista do processo concorrencial, em especial no que diz respeito aos atos de concentração, tem-se uma sobreposição de atividades dos órgãos competentes. Isso porque, a SEAE – primeira a analisar o processo – prepara um parecer abordando os aspectos econômicos da operação – tais como a definição de mercado relevante, condições de entrada, etc. – após a SDE também deveria elaborar um parecer e encaminhar o processo ao CADE. No CADE o processo deveria ser analisado pela Procuradoria-Geral do CADE antes de poder ser julgado.

Nesse cenário, haverá três pareceres opinativos sobre operações que, na maior parte das vezes, não gera nenhuma preocupação do ponto de vista concorrencial. Isso, claramente, onera excessiva e desnecessariamente a administração pública.

Para evitar esse tipo de re-trabalho, nos últimos anos os órgãos que compõe o sistema de defesa da concorrência tem feito análises conjuntas (no caso da SEAE e SDE) ou apenas revisado os pareceres já emitidos concordando com eles.

¹⁷ “Direito Administrativo”. Op. cit. p. 554.

Por fim, tem-se o princípio da eficiência. Tal princípio foi inserido na Constituição Federal de 1988 por meio da Emenda Constitucional 19/1998. Como lembra ODETE MEDAUAR, “o vocábulo liga-se à idéia de ação, para produzir resultado de modo rápido e preciso, com a menor onerosidade possível.”¹⁸

Ou seja, a administração precisa agir de modo rápido e preciso para que os resultados atendam as necessidades dos administrados.

No caso de processos concorrenciais, a administração precisa agir com extrema eficiência, pois caso contrário poderá causar prejuízos ao mercado ou produzir uma decisão ineficaz.

Em atos de concentração, por exemplo, a demora da administração em decidir se aquela determinada operação irá ou não ser aprovada pode causar prejuízos ao mercado, uma vez que o adquirente poderá não realizar os investimentos necessários ou não aproveitar as sinergias que seriam criadas na espera da decisão do CADE. Ou ocorrer o contrário, a empresa adquirente começa a integrar a adquirida de tal forma que a demora na decisão possa tornar aquela aquisição um fato consumado. Em ambos os casos, o mercado será prejudicado por essa demora.

No caso de investigações de infração da ordem econômica, a demora pode gerar decisões de eficácia limitada. De fato, se uma determinada conduta for iniciada e interrompida anos antes de uma decisão condenatória, dificilmente a sanção imposta teria alguma eficácia.

Como exemplo dos riscos dessa ineficiência tem-se o chamado Cartel das Lisinas¹⁹. Esse processo tratava de um cartel mundial envolvendo o mercado de lisinas. No Brasil o processo foi instaurado em 2000, quase cinco anos após o encerramento da conduta (cabe notar que o encerramento nessa data foi reconhecido por autoridades de defesa da concorrência em diversos outros países). Assim sendo, após quase 10 anos de

¹⁸ “A Processualidade no Direito Administrativo”. Editora Revista dos Tribunais. 2ª Edição.p. 98.

¹⁹ Processo Administrativo 08012.004897/2000-23, representante SEAE e representados Sumitomo Corporation do Brasil S.A., Ajinomoto Interamericana Ind. e Com. e ADM Exportadora e Importadora S.A.

instrução na SDE, em janeiro de 2010 decidiu-se encaminhar o processo ao CADE com a recomendação de arquivamento do feito, pois as provas obtidas eram contra outras empresas e não as representadas. Além disso, a conduta estaria prescrita em face dessas empresas contra quem se obteve provas.

Ora, cerca de quinze anos após o encerramento da conduta, ainda há um processo que investiga tal prática. E, como se não bastasse essa grande demora, a conclusão da SDE – ainda pendente de confirmação pelo CADE foi no sentido de arquivar o processo, pois não havia provas contra as representadas.

Entretanto, felizmente, o tempo médio de julgamento de um processo concorrencial está sendo reduzido.

II.2 Breve Histórico sobre a Defesa da Concorrência e do Processo Concorrencial no Brasil

Após a apresentação dos principais princípios e regras do processo administrativo em geral e do processo concorrencial em particular, cabe fazer um breve histórico da defesa da concorrência no Brasil.

A primeira Constituição Federal a trazer normas sobre defesa da concorrência – na verdade sobre proteção da economia popular – foi a de 1934. De fato, o art. 117 da Constituição de 34 determinava que a lei deveria promover o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização das empresas de seguros, em todas as modalidades, devendo constituir-se em sociedades brasileiras as estrangeiras que operavam no Brasil.

Posteriormente, a Constituição de 1937 estabeleceu, em seu art. 141, que a lei deveria fomentar a economia popular e determinava que os crimes contra a economia popular, que foram equiparados aos crimes contra o Estado, deveriam ter penas graves, devendo ter processo e julgamento adequados a sua pronta e segura punição.

Com base nesse artigo da Constituição, foi editado o Decreto-Lei 869 de 18 de novembro de 1938 – a primeira norma infraconstitucional a trazer dispositivos de defesa da concorrência. Referido Decreto-Lei indicou determinadas práticas que poderiam constituir infração da livre concorrência. Entre tais práticas, pode-se citar a celebração de acordos para o aumento arbitrário de lucros e venda de mercadorias abaixo do preço de custo para prejudicar a concorrência.

Esse Decreto-Lei era uma norma de caráter penal. De fato, ela cominava penas pesadas para as práticas listadas no decreto. Tais penas poderiam chegar a dez anos de prisão²⁰. Como lembra ISABEL VAZ, o objetivo dessa norma era proteger a economia popular contra os delitos econômicos e a defesa da concorrência. Além disso, continua ISABEL VAZ para informar que tais crimes eram julgados pelo Tribunal de Segurança Nacional²¹.

Após esse Decreto-Lei, foi editado outro Decreto-Lei, o de número 7.666 de 22 de junho de 1945. Essa nova norma infraconstitucional estabelecia determinados atos que deveriam ser punidos, pois seriam contrários à economia brasileira. Entre o rol de atos puníveis estavam algumas práticas anticoncorrenciais. Outro mérito de tal norma foi a criação da Comissão Administrativa de Defesa Econômica, órgão que antecedeu o atual CADE.

No ano seguinte foi promulgada a Constituição Federal de 1946. O art. 148 da Constituição de 1946 foi o primeiro a fazer referência expressa à repressão ao abuso de poder econômico.

Com base nessa nova Constituição foi promulgada a Lei 4.137/62. Segundo FÁBIO ULHOA COELHO, o conceito adotado pelo legislador era, em conformidade com o art. 148 da Constituição de 1946, a repressão ao abuso de poder econômico.²²

²⁰ Tal pena é muito mais pesada do que as atualmente em vigor para crimes contra a ordem econômica previstos na Lei 8.137/90. Atualmente, a pena é de reclusão de 2 a 5 anos ou multa.

²¹ “Direito Econômico da Concorrência”, Forense, Rio de Janeiro, 1993, pp. 245-246.

²² “Direito Antitruste Brasileiro – Comentários à Lei 8.884/94”. Ed. Saraiva, 1995. p. 04.

Essa lei trazia, em seu art. 2º, uma série de definições sobre formas de abuso de poder econômico. Entre essas formas, pode-se citar a dominação dos mercados nacionais ou a eliminação total ou parcial da concorrência e a elevação sem justa causa dos preços, nos casos de monopólio natural ou de fato, com o objetivo de aumentar arbitrariamente os lucros.

Ocorre que tal lei teve pouca efetividade, pois logo após a sua promulgação iniciou-se o período do governo militar no Brasil. Com o advento desse novo governo, houve uma mudança na organização econômica, com a criação de monopólios estatais, reservas de mercado e regulação de preço. Assim, a defesa da concorrência não tinha muito campo para se desenvolver.

Com a Constituição de 1988 e as privatizações ocorridas no início dos anos 90, esse cenário começou a se alterar. Com isso, também editou-se novas leis de defesa da concorrência.

A primeira lei de defesa da concorrência editada nesse novo cenário foi a Lei 8.158/91. Tal lei inovou em determinados aspectos a defesa da concorrência no Brasil. Em especial ela trouxe o conceito de infração contra a ordem econômica. Entretanto, a Lei 8.158/91 não revogou integralmente a Lei 4.137/62. Isso causou a coexistência de ambas as leis.

Para JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA, a edição da Lei 8.158/91 teve, como pretexto, trazer maior reforço para a legislação antitruste existente, em especial no que tange à definição e configuração de abuso de poder econômico. Ocorre que as duas leis juntas trouxeram, na opinião desse Professor, uma maior confusão, que impediu a sua implementação no mundo dos fatos.²³

Talvez por causa dessa dualidade problemática, pouco tempo após a Lei 8.158/91 ter sido editada, veio a Lei 8.884/94, que revogou ambas as leis anteriores. Como já indicado, essa é a Lei de Defesa da Concorrência atualmente em vigor.

²³ “Lei de Proteção da Concorrência”. Ed. Forense. 2007. p. 53.

No que tange às provas, resta claro que até a Lei 4.132/62 estava-se falando de um processo judicial criminal. Assim, a obtenção das provas era regida pelo Código de Processo Penal.

Após o advento de tal lei, a investigação de tais condutas passou a ser feita administrativamente, assim, a obtenção de provas deixou de ser feita respeitando-se regras penais e passou a ser feita respeitando-se as regras administrativas.

Outro fato importante na mudança das regras para a obtenção de provas foi a edição da Lei 10.149/2000. Tal lei deu poderes muito maiores às autoridades de defesa da concorrência no que diz respeito à obtenção de provas. De fato, ela criou dois novos institutos para a obtenção de provas, a inspeção e a busca e apreensão. Além disso, ela criou a possibilidade da celebração de acordos de leniência – instituto reconhecido internacionalmente como a melhor forma de combate a cartéis. Todas essas formas de obtenção de provas serão melhor analisadas no item V, abaixo.

III. DAS PROVAS

Nesse capítulo entramos efetivamente no objeto do presente estudo, qual seja, a análise das provas em um processo concorrencial. Para tal, o presente capítulo trará análises sobre prova em geral e sobre a prova concorrencial em particular.

Assim, em todas as análises envolvendo provas em geral, se tentará, sempre que possível, fazer o paralelo com o processo concorrencial.

Nesse capítulo faremos estudos sobre (i) os mais importantes princípios do processo e da prova, (ii) o ônus da prova, (iii) da prova emprestada, (iv) da diferenciação entre a prova direta e a prova indireta e (v) da prova ilícita por derivação.

III.1 Conceituação

Segundo FRANCESCO CARNELUTTI, “*o complexo das normas jurídicas, que regulam o processo de fixação dos fatos controvertidos, constitui, portanto, o instituto jurídico da prova.*”²⁴

Da mesma forma, para ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CÂNDIDO R. DINAMARCO, a prova é o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo.²⁵ Ora, uma das máximas do direito diz que o julgador recebe os fatos e dá o direito. Ocorre que os fatos têm que ser provados, demonstrados²⁶. Dessa forma, a prova, em direito, é de suma importância, pois sem ela não é possível demonstrar os fatos alegados.

²⁴ “A Prova Jurídica – Parte Geral – O Conceito Jurídico da Prova”. Livraria e Editora Universitária de Direito. Tradução e notas por Amilcare Carletti. 2003. p. 73

²⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido R.. “Teoria Geral do Processo”. Editora Malheiros. 14ª Edição, p. 347.

²⁶ Nos termos do art. 334 do CPC, independem de prova os fatos notórios, os admitidos como incontroversos, os afirmados por uma parte e confessados pela outra e nos que hajam presunção legal de existência ou veracidade.

Nesse sentido também leciona Vicente Greco Filho²⁷ que vislumbra a prova como um elemento capaz de levar o conhecimento de um fato a alguém. Assim, o juiz para poder declarar a procedência ou improcedência do pedido irá analisar o fato veiculado por meio de prova.

Já para ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO SCARANCE FERNANDES e ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, a prova “*é o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo*”²⁸.

Da mesma forma LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO ensina que “*a prova é o elemento integrador da convicção do juiz com os fatos da causa*”²⁹.

Segundo César Dario Mariano da Silva³⁰:

“(...) sem dúvida nenhuma, a prova é o âmago do processo. É através dela que as partes tentarão demonstrar ao juízo a ocorrência de um fato e, excepcionalmente, o direito, quando invocado direito estadual, municipal, consuetudinário ou estrangeiro.

Enquanto a prova do fato é dirigida à percepção do Juiz, com o intuito de formar a sua convicção, a prova do direito encaminha-se à inteligência do julgador, visando a aplicação do direito correspondente.”

Apesar da prova em geral referir-se aos fatos alegados, também pode ser utilizada para provar o direito alegado, quando tal direito for estadual, municipal, estrangeiro ou consuetudinário. Isso porque, o juiz é obrigado a conhecer o direito federal, mas não está obrigado a conhecer legislações estaduais, municipais ou estrangeiras. Assim, nos termos do art. 337 do Código de Processo Civil, o juiz pode

²⁷ “Direito Processual Civil Brasileiro – 2º Volume”. Editora Saraiva. 14ª Edição. p. 179.

²⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. “As Nulidades no Processo Penal”. Editora Revista dos Tribunais. 7ª Edição, p. 120.

²⁹ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. “Provas Ilícitas – Interceptação telefônica e gravações clandestinas”. Editora Revista dos Tribunais. 2ª Edição. p. 24.

³⁰ Provas Ilícitas, p. 13.

determinar, por exemplo, que a parte que alegar prove o teor e a vigência do direito municipal que está sendo alegado.

Cabe ressaltar que o termo “prova” também é utilizado para definir os instrumentos pelos quais as informações sobre os fatos são introduzidas no processo e, ainda, o resultado dessa atividade.

III.2 Dos Princípios da Prova

O presente trabalho versa sobre provas, assim, acreditamos que é importante apresentar alguns princípios gerais sobre provas.

Isso porque, *“os princípios são os aspectos fundamentais que orientam o comportamento normativo de uma lei, de um sistema, de um programa jurídico.”*³¹

Com isso, apresentam-se, abaixo, os princípios relativos às provas que tenham maior relevância para o processo concorrential. Dessa forma, é importante ressaltar que a lista abaixo pode não ser exaustiva, sendo certo que outros princípios que podem ser aplicados às provas não estejam contemplados.

III.2.1 Princípio do Contraditório

O princípio do contraditório, enunciado no artigo 5º, LV, da Constituição Federal, estabelece que: *“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”*. Assim sendo, deve o julgador ouvir a parte contra a qual a prova foi produzida antes de valorá-la.

Consoante JORGE FÁBREGA esse princípio não é um fim em si mesmo, sendo um meio para que o processo se cumpra. Ressalta, ainda, que *“tiene un carácter instrumental; es una garantía para el adversario, pero sobre todo un auxilio para el*

³¹ AZENHA, Nivia Aparecida de Souza. “Prova Ilícita no Processo Civil”. Juruá Editora, 2004. p. 39.

juez, con el objeto de que la parte contraria se pueda defender de las maniobras de la contraparte y la prueba sea lo más fiel y auténtica posible.”³²

Para NELSON NERY JÚNIOR, o princípio do contraditório está intimamente ligado ao princípio da igualdade das partes. Segundo o autor as partes têm o direito de ser ouvidas igualmente no processo, podendo apresentar suas pretensões, defesa e realizar as provas requeridas.³³

Insta destacar, que o princípio do contraditório não admite exceções, pois mesmo nos casos de urgência, como bem lecionam ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CÂNDIDO R. DINAMARCO³⁴, o juiz para evitar o *periculum in mora*, provê *inaudita altera parte*, possibilitando, portanto, ao demandado desenvolver sucessivamente a atividade processual plena e sempre antes que o provimento se torne definitivo.

Também por meio desse princípio, o julgador deve dar ciência de todas as provas produzidas por uma parte à outra, com o intuito de possibilitar a parte de conhecer, impugnar e produzir contraprova, ou seja, permitindo que se tente invalidar essa prova produzida.

É claro, por outro lado, que o julgador deve apenas dar o direito da outra parte se manifestar sobre a prova produzida, a parte, por sua vez, não é obrigada a fazer tal manifestação.

Em matéria concorrencial esse princípio é amplamente aplicável. A questão relevante a ser tratada diz respeito à forma como a lei de defesa da concorrência criou o SBDC e estabeleceu a divisão entre os órgãos instrutórios – a SEAE e a SDE – e o órgão julgador – o CADE.

³² “Teoría General de La Prueba”. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. Segunda Edición. 2000. p. 116.

³³ NERY JÚNIOR, Nelson. “Princípio do Processo Civil na Constituição Federal.” pp. 128-129.

³⁴ “Teoria Geral...” op. cit. p. 57. Para os autores o princípio do contraditório também indica a atuação de uma garantia fundamental de justiça, sendo intimamente ligado ao exercício do poder, sempre influente sobre a esfera jurídica das pessoas.

Além disso, não há, na realidade, um litígio entre as partes. De fato, há, no que diz respeito ao ato de concentração, um pedido de aprovação de uma operação que, nos termos da lei, é presumida como sendo potencialmente limitadora da concorrência. Assim, a parte deve apresentar provas de que aquela operação não causará prejuízos à concorrência.

Nem mesmo quando um terceiro tenta impugnar o ato de concentração pode-se dizer que há um litígio. Isso porque, o terceiro não é parte no processo, ele funciona mais como um *amicus curiae*³⁵ do que como parte. De fato, a função do terceiro é apresentar informações que possam ajudar o julgador a entender o mercado e – no caso do impugnante – tentar mostrar que a operação causará prejuízos à concorrência.

Cabe notar, adicionalmente, que caso o impugnante de um ato de concentração apresente informações ou documentos que possam ser usados para proibir ou restringir a operação apresentada, às partes do ato de concentração tem o direito de se manifestar sobre essas informações.³⁶

No caso de processo administrativo para a análise e eventual condenação por prática anticoncorrencial, esse princípio fica ainda mais difícil de ser seguido. Isso porque, também nesse caso não há litigantes envolvidos, existem, apenas, os representados – as empresas e pessoas físicas acusadas da prática anticoncorrencial – e a SDE. A SDE tem uma função dupla nesse caso. Ela atua como acusadora, determinando a instauração do processo, mas também atua como “juiz de instrução”. É ela quem decide quais provas serão produzidas e faz uma primeira análise do material produzido, emitindo sua opinião ao CADE.

Assim, tem-se a curiosa situação onde o próprio órgão acusador é responsável por determinar quais são as provas de defesa que podem ser produzidas e quais são as provas – utilizadas por ela para a acusação – que seriam ilícitas. Ora, isso pode causar

³⁵ Para mais detalhes sobre o instituto do Amicus Curiae, favor reportar-se ao item IV.3 abaixo.

³⁶ Nesse sentido favor notar que a decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região no julgamento da apelação do CADE contra a decisão que determinou a aprovação da operação Nestlé/Garoto foi de ordenar ao CADE que reabrisse o caso, concedendo a Nestlé vista de todas as informações apresentadas por terceiros, mesmo aquelas de caráter confidencial, para que a Requerente se manifestasse. Após a manifestação da Nestlé, o Conselho poderia julgar o caso. Cabe notar que esse processo ainda não transitou em julgado.

um conflito de interesses, pelo qual a SDE tende a aceitar todas as provas de acusação que ela mesma produziu.

Por outro lado, a função do CADE como julgador e responsável pela decisão final sobre qualquer processo concorrencial, entalha a competência para declarar quais provas de acusação que foram produzidas pela SDE eventualmente serão desconsideradas, por serem ilícitas ou por haver contraprova que demonstre que a SDE o interpretou de forma errada. Além disso, cabe ao CADE reconhecer se as provas produzidas são suficientes ou não para ensejar a condenação das partes.

Assim, resta claro que o princípio do contraditório é a garantia que todas as partes serão ouvidas sobre todas as provas produzidas, antes que o julgamento ocorra. Com isso, caberá ao julgador valorar todas as informações e documentos recebidos antes de emitir sua decisão.

III.2.2 Princípio da Ampla Defesa

Esse princípio que está insculpido na Constituição Federal juntamente com o princípio do contraditório no art. 5º, LV, também se aplica em matéria concorrencial, tendo em vista que tanto os requerentes – em atos de concentração – quanto os representados – em processos administrativos – têm o direito de apresentar todas as provas julgadas necessárias para a demonstração do seu direito.

A ampla defesa é uma decorrência do princípio do contraditório, pois não teria finalidade ouvir a parte se não lhe fosse oferecida a oportunidade de se defender amplamente.³⁷ Nesse sentido é o entendimento de ODETE MEDAUAR que ressalta a profunda interação desses dois princípios, “*mesclando-se, em muitos pontos, as decorrências de um no outro.*”³⁸

³⁷ Cf. Celso Agrícola Barbi, “Garantias Constitucionais Processuais”, Revista dos Tribunais, vol. 659, p. 10.

³⁸ MEDAUAR, Odete. “A Processualidade no Direito Administrativo”. Editora Revista dos Tribunais. 2º ed., p. 122.

No tocante aos representados nos processos administrativos de matéria concorrencial, a anterioridade da defesa em relação ao ato decisório, consolida a garantia a ampla defesa. Para AGUSTIN GORDILLO “*em cada um dos aspectos dessa garantia, desde o ter acesso às autuações, apresentar alegações, produzir provas etc., insiste-se em que devam ser respeitados antes de se tomar a decisão que possa afetar direitos do indivíduo.*”³⁹

Já nos atos de concentração apresentados pelos requerentes a referida garantia está no fato de que as partes sejam previamente intimadas a se manifestar sobre todos os aspectos que possam levar a imposição de uma obrigação ou uma multa⁴⁰.

Por outro lado, não se pode admitir que um pedido de produção de prova em qualquer dos tipos de processo administrativo, seja aceito de qualquer forma. Isso porque, em nosso entendimento, há provas que são impossíveis de serem realizadas enquanto outras são claramente protelatórias. Nessas situações, a não produção dessas provas não viola o princípio da ampla defesa.

Entretanto, é importante que fique claramente demonstrado que a prova não pode ser produzida ou que ela é meramente protelatória, caso contrário esse princípio restará violado.

Outra questão relacionada ao processo concorrencial diz respeito às informações tratadas como confidenciais e, por isso, sem que uma das partes do processo tenha acesso a tal informação. Isso decorre da própria natureza de determinadas informações que são apresentadas aos autos.

Em atos de concentração, por exemplo, é comum que as autoridades de defesa da concorrência consultem concorrentes e/ou clientes para tentar estabelecer

³⁹ Agustín A. Gordillo. “La Garantía de Defensa como Principio de Eficacia en el Procedimiento Administrativo”. Revista de Direito Público, n. 10, out.-dez. 1969, pp. 16-24.

⁴⁰ Nesse sentido, cabe notar que, na prática, antes de impor uma multa pela apresentação intempestiva da notificação, os conselheiros do CADE questionam as partes para que elas se manifestem sobre essa questão. Da mesma forma, questiona-se as partes sobre todos os aspectos econômicos da operação e do mercado antes de impor-se uma obrigação de fazer (por exemplo, a determinação de venda de um determinado ativo) ou de não fazer (por exemplo a determinação de manter inalterada a rede de distribuição).

corretamente o mercado relevante e a participação de mercado de cada agente econômico. É claro que o concorrente que fornece informações sensíveis sobre sua política comercial não quer que tal dado seja repassado ao concorrente. Dessa forma, é comum a solicitação de tratamento confidencial para a informação.

O mesmo ocorre em investigações por infração da ordem econômica. Em diversos processos há determinados documentos que, apesar de serem usados para a formação do convencimento da autoridade administrativa, tem seu acesso restrito a determinadas empresas – proprietárias de tais dados. Assim, uma das partes poderá ser condenada com base em um documento que não teve conhecimento.

Por outro lado, franquear acesso a determinadas informações de concorrentes e/ou clientes pode significar que a empresa que está envolvida naquele processo poderá deter informações sensíveis e, com isso, alterar sua conduta comercial. Ou seja, ela poderá fazer exatamente o oposto do que a Lei de Defesa da Concorrência pretende proteger.

Nesse conflito aparente de normas, somos da opinião que sempre o Princípio da Ampla Defesa deverá ser preservado. Assim, todo e qualquer documento ou informação que está sendo utilizado pela autoridade administrativa para a formação do seu convencimento sobre aquele determinado ato deve ter seu acesso franqueado à parte contra a qual se está utilizando a informação.

Caso essa parte utilize-se dessa informação para infringir a Lei de Defesa da Concorrência, nada impede que ela seja processada e condenada por tal infração.

III.2.3 Princípio da Proibição da Prova Ilícita

Apesar do direito à prova estar garantido, esse direito, como tantos outros, não é absoluto. A própria Constituição Federal, em seu art. 5º, LVI, proíbe a utilização em processos judiciais ou administrativos da prova obtida por meios ilícitos.

Esse princípio cria limitações ao direito de obtenção de provas. Entende-se, simplesmente, que determinados tipos de provas ou provas produzidas de forma ilícita, não podem ser utilizadas no processo.

Entre as formas de produção de provas consideradas ilícitas estão aquelas que claramente violam os direitos das pessoas como, por exemplo, “a proibição de exibição ou leitura de documentos no plenário do Júri, se não for dada ciência da existência deles à parte contrária no prazo de três dias antecedentes ao julgamento (art. 475, CPP); a proibição de depor a determinadas pessoas que, em razão da função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar sigilo (art. 207, CPP), etc.”⁴¹

Ou seja, apesar dessas provas poderem demonstrar o fato alegado, elas serão desconsideradas, pois foram produzidas em desconformidade com as regras do direito.

Do ponto de vista do processo concorrential, essa proibição também se aplica. Aliás, considerando a natureza sigilosa das condutas investigadas, para se obter prova de tais condutas deve-se adotar medidas mais restritas para a obtenção de provas, tais como a realização de busca e apreensão. Com isso, tem-se um aumento do questionamento da licitude dessas provas.

Para mais detalhes sobre a prova ilícita, reportar-se ao item III.7 abaixo.

III.2.4 Princípio Dispositivo

Esse princípio “*consiste na regra de que o juiz depende, na instrução da causa, da iniciativa das partes quanto às provas e às alegações em que se fundamentará a decisão: iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet*”.⁴²

Cabe notar que, à luz das novas teorias processuais, o magistrado não está mais limitado a assistir inerte a produção de provas. Conforme o Código de Processo Civil, o juiz pode e deve assumir a iniciativa de produzir provas.⁴³

⁴¹ SILVA, César Dario Mariano da. “Provas Ilícitas”. Editora Forense. 4ª Edição. p. 13.

⁴² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido R., op. cit. p. 64.

No passado a idéia era que, pelo menos no processo civil, o juiz deveria esperar que as partes provassem o alegado e, se satisfazendo com a verdade formal, emitisse sua decisão. Hoje, espera-se que o juiz busque a verdade real, tal qual era feito no processo penal.

Assim, *“hoje, a passividade do juiz não é mais aceitável, podendo o magistrado determinar a prova necessária à formação do seu convencimento, desde que nos limites dos fatos alegados.”*⁴⁴

Nesse sentido, FERNANDA LETICIA SOARES PINHEIRO⁴⁵ assevera que *“não é mais imposta ao magistrado a obrigação de julgar a causa limitado à produção probatória das partes, porque foi atribuída a ele a possibilidade de determinar ex officio, a produção de prova que entender necessária para o deslinde do conflito (...)”*. De qualquer forma, o julgador continua limitado ao pedido, não podendo, por óbvio, favorecer uma parte em detrimento da outra. Assim, o princípio dispositivo está mitigado, não afastado.

No processo concorrencial isso é importante, pois o julgador pode, esponte própria, buscar diversas informações para comprovar, por exemplo, a situação do mercado. Esse fato é particularmente importante considerando-se, como já explicado, que não há, no processo concorrencial, uma lide. Assim, não haveria uma parte pedindo a produção de provas de determinados fatos que seriam contrários à outra parte.

Caso não se admitisse essa possibilidade, as decisões exaradas pelo CADE poderiam ser menos fundamentadas e, conseqüentemente, menos eficazes. Isso decorre do fato de que as partes apenas tentariam solicitar a produção de provas das que mostrassem os pontos positivos que a operação geraria. Como as autoridades estariam impedidas de buscar outras informações, não teriam como descobrir os fatos que pudessem levar a uma conclusão contrária à pretendida pelas partes.

⁴³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido R., op. cit. p. 65.

⁴⁴ AZENDA, Nivia Aparecida de Souza. “Prova Ilícita no Processo Civil”. Editora Jurua, 1ª Edição. p. 45.

⁴⁵ “Princípio da Proibição da Prova Ilícita no Processo Civil”. Editora Jurua, 1ª Edição. pp. 97-98.

Outra característica importante desse princípio diz respeito aos Termos de Compromisso de Cessão de Prática. Isso porque, nesse tipo de acordo, previsto no art. 53 da Lei de Defesa da Concorrência, a parte pode, entre outras obrigações, se comprometer a colaborar com a autoridade de defesa da concorrência em troca do encerramento do processo contra ele.

Com isso, essa empresa, que também é ré na investigação, apresentará provas não solicitadas pela autoridade, mas que serão utilizadas contra as demais acusadas.

III.2.5 Princípio da Oralidade

Referido princípio reconhece a importância da manifestação oral das partes no processo.

Segundo ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO SCARANCE FERNANDES e ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, “*os procedimentos passados, assim como os atuais, demonstram que pode o procedimento seguir exclusivamente a forma oral, apenas a escrita, ou ambas em combinação.*”⁴⁶

Isso significa que determinadas provas podem ser produzidas de forma oral. A oitiva de testemunhas é o melhor exemplo disso.

Segundo NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY⁴⁷, o princípio da oralidade: “*consiste no conjunto de subprincípios que interagem entre si, com o objetivo de fazer com que seja colhida oralmente a prova e julgada a causa pelo juiz que a colheu*”. Cumpre destacar que compõem a oralidade os seguintes elementos: a identidade física do juiz; a prevalência da palavra falada sobre a escrita; a concentração dos atos processuais na audiência; a imediação do juiz na colheita da prova (colhe diretamente, não deixando os advogados dirigirem perguntas às testemunhas); e a inapelabilidade, em separado, das decisões interlocutórias.

⁴⁶ Op. cit. p. 324.

⁴⁷ “Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante”. Editora Revista dos Tribunais. 7ª Edição. pp. 532-533.

No caso específico do processo concorrencial, há outra característica que faz da oralidade um princípio relevante. As autoridades que analisam e julgam os processos podem realizar reuniões com as partes para discutir o caso. Em muitas situações não há a redução a termo do discutido na reunião.

Entretanto, muitas vezes tais reuniões são importantes para demonstrar os produtos/serviços envolvidos no processo. Além disso, elas servem como uma forma de responder às dúvidas dos julgadores. Tal fato encontra guarida no princípio da oralidade.

III.2.6 Princípio da Imediatidade

Como ensinam ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO SCARANCE FERNANDES e ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, “o princípio da imediação exige o contato direto do juiz com as partes e as provas, a fim de que receba, sem intermediários, o material de que se servirá para julgar.”⁴⁸ Ou seja, por meio desse princípio, o julgador deve estar diretamente envolvido na produção das provas.

Em processo concorrencial, tal princípio não é seguido. Já que as provas são produzidas no âmbito da SDE e/ou da SEAE, enquanto o órgão julgador é o CADE. É fato que o conselheiro-relator no CADE pode determinar que as partes produzam algum tipo de prova complementar, por exemplo, estudos econômicos sobre determinados aspectos do processo. Ocorre que, nos termos da lei, a produção de provas tal como definida nos manuais de processo – por exemplo, a oitiva de testemunhas – é realizada apenas na SDE⁴⁹.

Apesar disso, até o presente momento, não se tem conhecimento de nenhuma ação que tenha tido sucesso em questionar se tal violação constitui uma questão que levaria à nulidade de um processo concorrencial.

⁴⁸ Op. cit. p. 325.

⁴⁹ É importante notar que não há um impedimento legal de que as partes produzam provas perante o Conselheiro Relator no CADE, entretanto, do ponto de vista legal, as provas são produzidas perante a SDE.

É importante notar que existe um projeto de lei (Projeto de Lei da Câmara nº 6/2009, atualmente na comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal) que vai alterar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Pelo que está disposto em referido projeto de lei, a instrução processual passará a ser feita pelo CADE. Entretanto, o princípio da imediatidade ainda não estará totalmente respeitado, pois o Conselheiro-relator, que é o julgador do caso, não fará a colheita das provas. A responsabilidade pela obtenção das provas será do Diretor-Geral.

Com isso, entende-se que o projeto de lei ora em discussão no Senado Federal é um avanço para o cumprimento desse princípio, isso porque, o mesmo órgão fará a instrução e o julgamento do caso. Entretanto, ainda não é um avanço completo, pois o julgador ainda não será o responsável pela instrução.

III.2.7 Princípio da Identidade Física do Juiz

A idéia desse princípio é que o julgador que presidiu a produção das provas tem melhor capacidade para julgar o feito. De fato, esse princípio é corolário indispensável do princípio da imediatidade.

Conforme ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO SCARANCE FERNANDES e ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, “(...) *o magistrado deve ser o mesmo, do começo ao fim da instrução oral, salvo casos excepcionais, para que o julgamento não seja feito por um juiz que não teve contato direto com os atos processuais.*”⁵⁰

Como NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY⁵¹ ensinam que “*o subprincípio da identidade física do juiz consiste no dever que tem o magistrado que concluiu a audiência de instrução e julgamento de proferir a sentença de mérito no processo civil. (...) A norma estipula a vinculação do juiz que concluiu a audiência, obrigando-o a julgar a lide.*” Essa norma é aplicada ao juiz que colhe a

⁵⁰ Op. cit. p. 325.

⁵¹ “Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante”. Editora Revista dos Tribunais. 7ª Edição. p. 533.

prova oral em audiência, pois será o mesmo a decidir a causa. Por outro lado, caso não haja a prova oral, não há tal vinculação.

Com relação ao processo concorrencial, as mesmas restrições que foram feitas ao princípio da imediatidade são aplicadas ao presente princípio. Pois, não é o julgador, no caso o conselheiro-relator do CADE, que participa da instrução processual.

De fato, as audiências realizadas pela SDE para a oitiva de testemunhas prescindem até mesmo da presença do Secretário da SDE, sendo certo que nos termos da Portaria 4 do Ministério da Justiça, diversos funcionários da SDE podem tomar os depoimentos das testemunhas.

Esse procedimento, claramente, está em desacordo com o presente princípio. Entretanto, o CADE já foi chamado diversas vezes a se manifestar sobre a inobservância desse princípio. Via de regra, a resposta do CADE é no sentido de que a Lei de Defesa da Concorrência dispõe sobre a organização do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, sendo certo que até ser declarada inconstitucional, ela deverá ser seguida.

Essa justificativa não nos parece razoável, uma vez que a prova é feita para que o julgador consiga decidir da forma mais correta possível. Para que ele tome essa decisão, é preciso que ele participe da produção da prova.

Uma sugestão para que ambos os aludidos princípios que não são cumpridos no processo concorrencial tenham aplicabilidade seria a participação do conselheiro-relator nas audiências realizadas pela SDE. Com isso, a proposta é que tão logo se decida abrir um processo administrativo, um conselheiro do CADE seja sorteado para acompanhar o processo⁵². Destarte, tal conselheiro teria o dever de participar de todas as audiências realizadas pela SDE.

⁵² Atualmente o conselheiro é sorteado apenas após o recebimento do processo pelo CADE, algo que só ocorre após o encerramento da instrução processual.

O mesmo deve ocorrer quando da aplicação das regras constantes do projeto de lei supra mencionado. Um conselheiro do CADE seria escolhido para acompanhar as audiências realizadas pelo Diretor-Geral.

Essas idéias são relativamente simples de serem implementadas e permitiriam que os julgadores pudessem avaliar melhor a prova produzida.

III.2.8 Princípio da Aquisição Processual ou da Comunhão de Prova

Por meio desse princípio, verifica-se que a prova produzida pertence ao processo e não à parte que a produziu.

Conforme os ensinamentos de NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY⁵³, o destinatário da prova “*é o processo. O juiz deve julgar segundo o alegado no processo, vale dizer, o instrumento que reúne elementos objetivos para que o juiz possa julgar a causa. Portanto, a parte faz a prova para que seja adquirida pelo processo. (...)*”

NIVIA APARECIDA DE SOUZA AZENHA⁵⁴ informa que “*se a prova de fato constitutivo for trazida pelo Réu, ou se a prova de fato extintivo for trazida pelo autor, isso não importa, não podendo o juiz rejeitá-las. A prova do fato não interfere no seu valor se trazida por aquele a quem cabia o ônus ou pelo seu adversário.*”

No processo concorrencial, isso significa, por exemplo, que se houve prova, trazida por qualquer das partes, de que o mercado relevante deve ser definido de uma determinada forma, essa definição será utilizada para todos os envolvidos naquele processo, independentemente de concordarem com tal definição.

Por outro lado, parece haver situações em que tal princípio não seria aplicável. Por exemplo, em caso de investigação por infração da ordem econômica, caso haja

⁵³ “Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante”. Editora Revista dos Tribunais. 7ª Edição. p. 721.

⁵⁴ “Prova Ilícita no Processo Civil”. Editora Jurua, 1ª Edição. p. 53.

algum tipo de confissão, essa somente atingiria quem confessou, e não aos demais. Assim, caso houvesse uma informação da existência de uma determinada reunião, e uma das partes confessasse a existência de tal evento, as demais poderiam continuar a negar a sua existência ou a sua não participação.

III.2.9 Princípio do Livre Convencimento Motivado do Juiz

Esse princípio está fundado na Constituição Federal (art. 93, IX) e no Código de Processo Civil (art. 131). Por meio de tais dispositivos, tem-se que o julgador deve livremente apreciar as provas e deve emitir sua decisão de forma fundamentada. Assim, resta claro que o julgador deve valorar as provas da forma que acreditar ser mais correta.

Para NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY⁵⁵: “O juiz é soberano na análise das provas produzidas nos autos. Deve decidir de acordo com o seu convencimento. Cumpre ao magistrado dar as razões de seu convencimento. Decisão sem fundamentação é nula pleno iure (CF 93 IX). Não pode utilizar-se de fórmulas genéricas que nada dizem. Não basta que o juiz, ao decidir, afirme que defere ou indefere o pedido por falta de amparo legal; é preciso que diga qual o dispositivo de lei que veda a pretensão da parte ou interessado e porque é aplicável no caso concreto.”

Conforme ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO SCARANCE FERNANDES E ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, “tal princípio regula a apreciação e a avaliação das provas existentes nos autos, indicando que o juiz deve formar livremente sua convicção. Situa-se entre o sistema da prova legal e o do julgamento secundum conscientiam.”⁵⁶

⁵⁵ “Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante”. Editora Revista dos Tribunais. 7ª Edição. p. 533.

⁵⁶ Op. cit. p. 67. Ainda segundo tais autores: “O primeiro (prova legal) significa atribuir aos elementos probatórios valor inalterável e prefixado, que o juiz aplica mecanicamente. O segundo coloca-se no pólo oposto: o juiz pode decidir com base na prova dos autos, mas também sem provas e até mesmo contra a prova. Exemplo do sistema da prova legal é dado pelo antigo processo germânico, onde a prova representava, na realidade, uma invocação a Deus. Ao juiz não competia a função de examinar o caso, mas somente a de ajudar as partes a obter a decisão divina; a convicção subjetiva do tribunal só entrava em jogo com relação à atribuição da prova. O princípio da prova legal também predominou largamente na Europa, no direito romano-canônico e no comum, com a determinação de regras aritméticas e de uma

No entendimento de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR⁵⁷, o julgador não pode agir arbitrariamente ao julgar uma causa, ele tem que se basear em algum método ou sistema. Insta destacar que há três sistemas conhecidos: a) critério legal, b) livre convicção e c) persuasão racional.

Em relação ao sistema do critério legal deve-se apontar que está totalmente superado. Isso porque, o julgador seria um quase autômato, ao colocar as provas em uma ordem e obtendo a decisão. Nesse sistema cada prova tem um valor inalterável e constante, previamente estabelecido pela lei, não sendo lícito ao juiz valorar cada prova segundo critérios pessoais e subjetivos de convencimento.

Já o sistema da livre convicção é exatamente oposto ao da prova legal. Na livre convicção o que deve prevalecer é a íntima convicção do julgador, que deve, sem nenhuma regra pré-estabelecida, investigar a verdade e apreciar as provas. Podendo, até mesmo, permitir o convencimento extra-autos e contrário à prova das partes. Esse sistema peca pelos excessos, uma vez que ele pode conflitar com o próprio princípio do contraditório.

Por último, abordemos o sistema de persuasão racional, como sendo a forma mais atualizada de compreensão da atividade jurisdicional. Por esse sistema, “o julgamento deve ser fruto de uma operação lógica armada com base nos elementos de convicção existentes no processo.”⁵⁸

Para o Professor OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA o sistema de persuasão racional é um sistema misto, que aproveita ao mesmo tempo elementos dos outros dois sistemas anteriormente explicitados. Mas bem observa que: “*O sistema da persuasão racional da prova, embora aceite em geral a tese do livre convencimento, impõe certas restrições à legitimidade da formação do convencimento judicial. Fundamentalmente, impõe ao juiz a observância de regras lógicas e das máximas de experiência comum,*

complicada doutrina envolvida num sistema de presunções, na tentativa da lógica escolástica de resolver tudo a priori.”

⁵⁷ “Curso de Direito Processual Civil – Volume I”. Editora Forense. 41ª Edição. pp. 384-385.

⁵⁸ “Curso de Direito Processual ...”. op. cit. p. 385.

*considerando ilegítima, por exemplo, uma convicção que o juiz haja formado exclusivamente com base numa intuição pessoal, incapaz de ser justificada segundo regras lógicas e de senso comum.”*⁵⁹

Em matéria concorrencial esse princípio é particularmente importante, pois, como será abordado abaixo e nos próximos capítulos, grande parte da prova não é direta, ou seja, grande parte das decisões, em especial em investigações de infração da ordem econômica, é baseada em indícios de uma conduta alegadamente anticoncorrencial. Assim, o julgador deverá observar todas as provas colhidas e se perguntar se, com base nessas provas, é mais provável a existência da conduta do que a sua inexistência.

Além disso, em atos de concentração o exercício a ser feito é se no futuro a empresa fusionada poderá abusar de uma eventual posição dominante. Como há diversas teorias econômicas que podem ser usadas para prever como será o mercado no pós-fusão, caberá ao julgador se convencer de uma das teorias adotadas e decidir o caso com base nela.

III.3 Da Prova em Matéria Concorrencial

Nessa seção trataremos de algumas particularidades da prova em matéria concorrencial. Como será analisado no item IV abaixo, há uma grande relação entre o direito da concorrência e a economia. Assim, a prova para o processo concorrencial passará, por via de regra, por uma análise econômica do mercado.

Da análise da jurisprudência do CADE é fácil verificar que houve uma grande evolução no nível de entendimento das autoridades brasileiras, bem como da sociedade no que diz respeito à defesa da concorrência – algo que era esperado devido ao amadurecimento das autoridades e dos agentes econômicos. Desta forma, houve uma melhora significativa na qualidade das provas obtidas e, conseqüentemente, necessárias para a tomada de uma decisão.

⁵⁹ Op. cit. p. 349.

De fato, nos primeiros casos julgados pelo CADE a análise era rudimentar, sem muitos detalhes. Assim sendo, poucas condutas anticoncorrenciais foram punidas⁶⁰. Atualmente, a forma de obtenção de provas foi drasticamente alterada. Enquanto no passado esperava-se que uma denúncia com dados detalhados fosse recebida, hoje a autoridade busca as informações. Tal busca se dá através da divulgação da cultura da defesa da concorrência, quer para os administrados quer para os demais órgãos da administração pública. Isso foi devido às alterações legislativas que criaram a possibilidade da celebração de acordo de leniência, da busca e apreensão e da inspeção (para detalhes, favor reportar-se ao item V abaixo). Tais institutos colaboraram em muito para que as autoridades pudessem obter provas contra empresas acusadas de infração da ordem econômica.

Com relação aos atos de concentração, as autoridades brasileiras foram se especializando, principalmente com a notificação de atos muito complexos⁶¹. Assim, hoje em dia as autoridades conhecem a maior parte dos mercados relevantes existentes. Isso facilita sobremaneira a análise de operações.

De qualquer forma, ainda é necessário questionar o que precisa ser provado nos processos concorrenciais. Nesse aspecto, acreditamos que seja necessário fazer uma pequena distinção entre os tipos de processos concorrenciais.

Como mencionado acima, acreditamos que há dois tipos principais de processos concorrenciais, a análise de atos de concentração e a investigação de infrações da ordem econômica.⁶²

A análise sobre o que é necessário provar está contida em cada um desses tipos de processos concorrenciais. Além disso, após essa diferenciação, o tópico seguinte apresentará o nível de prova julgado necessário para cada tipo de processo.

⁶⁰ Nesse sentido, vale notar que apesar da lei de defesa da concorrência ser de 1994, o primeiro caso de cartel punido – o chamado Cartel do Aço – foi julgado apenas em 1999.

⁶¹ Apenas para citar os mais famosos, temos Kolynos/Colgate em 1995, Ambev em 1999 e Nestlé/Garoto em 2002.

⁶² Vale notar que o art. 23 do Regimento Interno do CADE, aprovado pela Resolução 45/2007, prevê 10 (dez) tipos de procedimentos. Entretanto, ao analisar essa lista, percebe-se que todos podem ser enquadrados nos dois tipos indicados.

III.3.1 No Ato de Concentração

No ato de concentração, também chamado de análise preventiva, busca-se a aprovação de uma operação de concentração realizada entre empresas. Assim, estão incluídas as fusões, aquisições (inclusive de ativos), a constituição conjunta de novas sociedades, entre outras, desde que sejam atingidos os critérios previstos no parágrafo 3º do art. 54 da Lei 8.884/94⁶³ e nas Súmulas e Resoluções do CADE.

Conforme disposto na legislação de defesa da concorrência, operações que devem ser submetidas ao CADE têm sua eficácia condicionada a aprovação da operação. Ou seja, elas são celebradas, mas possuem eficácia limitada.

Para aprovar um ato de concentração, a autoridade concorrencial terá que verificar se, por conta da operação, a parte deterá uma posição dominante que lhe permita, no futuro, abusar dessa posição causando danos ao mercado. Ou seja, deverá verificar se a operação resulta ou fortalece uma posição dominante e se o grupo econômico resultante dessa operação poderá abusar dessa posição dominante.

Nesse caso, a prova a ser realizada é puramente econômica. Isso porque, a autoridade deverá, em um primeiro momento, definir o mercado relevante – conceito econômico – e determinar a participação de mercado da empresa resultante da operação. Após essa definição e, verificando-se a existência de poder de mercado, será necessário analisar as condições de entrada naquele mercado em particular (inclusive por meio de importações). Outra análise feita é a de rivalidade, ou seja, como os concorrentes reagiriam a um aumento de preços por parte das firmas fusionadas. E, por fim, caso as condições de mercado não sejam suficientes para garantir a aprovação da operação, fazer uma análise das eficiências econômicas resultantes da operação.

⁶³ Os critérios são: (i) se qualquer dos grupos econômicos participantes da operação (comprador e vendedor) tenha registrado faturamento bruto no Brasil igual ou superior à R\$400 milhões; ou (ii) que haja concentração horizontal e que a empresa resultante da operação passe a deter uma participação de mercado de pelo menos 20%.

Com essas análises será possível concluir se, futuramente, uma operação pode ou não causar prejuízos ao mercado. Essas são as questões de fato que precisam ser provadas em um ato de concentração.

Ora, se a autoridade chegar a conclusão que a operação pode gerar um agente econômico de tal porte que, no futuro, possa abusar de sua posição dominante, ela deverá rejeitar a operação, ou aprová-la com a determinação de condições que têm por objetivo minimizar a possibilidade desse futuro abuso.

Por outro lado, um ato de concentração se assemelha aos procedimentos de jurisdição voluntária previstos no Código de Processo Civil. Assim, as partes têm todo o interesse de ver a operação aprovada e, por isso, tendem a colaborar efetivamente com esse procedimento. Aliás, as autoridades, na maioria dos atos de concentração, confiam nas informações prestadas pela parte, sendo que em algumas situações – destarte em operações sem maiores preocupações concorrenciais – não há nem mesmo a verificação das informações com outros agentes do mercado.

III.3.2 No Processo de Investigação de Infração da Ordem Econômica

Com relação ao processo de investigação de infrações da ordem econômica, pode-se dizer que se refere à atividade repressiva do Estado que deve ser acionado sempre que se tiver notícia de uma possível violação da legislação de defesa da concorrência. Ora, ao contrário do ato de concentração – que verifica se há possibilidade para uma violação futura – aqui se tem uma violação anterior ao processo⁶⁴, que, por causa disso, é um processo sancionador. Com isso, verifica-se que esse tipo de processo assemelha-se mais a uma investigação por ato ilícito. Nesse caso, a questão de fato que deve ser provada diz respeito à própria conduta do agente

⁶⁴ Infrações da ordem econômica estão definidas no art. 20 da Lei de Defesa da Concorrência. Segundo tal artigo, são infrações:

“Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

- I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III - aumentar arbitrariamente os lucros;
- IV - exercer de forma abusiva posição dominante.”

econômico. É importante notar que, no Brasil, na análise de processos administrativos é utilizada a chamada “regra da razão” e não a regra *per se*.

Essas são duas formas distintas de analisar um processo concorrencial. No caso da regra *per se*, não se questiona se há e quais são os efeitos concorrenciais da conduta analisada. De fato, caberia a autoridade demonstrar a existência da conduta e do nexo causal entre a conduta e a potencialidade de prejudicar o mercado para condenar a empresa.

Já na “regra da razão”, é necessário, inicialmente, provar a existência da conduta do agente, bem como o nexo causal entre a conduta e o dano potencialmente causado, posteriormente, essa conduta será analisada para verificar se ela pode ser enquadrada como uma violação da ordem econômica e sopesar esses efeitos negativos às eventuais eficiências econômicas advindas dela.

Segundo PAULA FORGIONI⁶⁵ “*pela regra da razão, somente são consideradas ilegais as práticas que restringem a concorrência de forma não razoável (que se subsumiriam, por via de consequência, à regra da proibição per se). A contrario sensu, por óbvio, são permitidas as práticas que não impliquem restrição desarrazoada ao livre comércio*”.

Assim, uma conduta que seja potencialmente violadora da ordem econômica pode não ser punida caso ela gere mais efeitos pró-competitivos do que efeitos anti-competitivos.

III.3.3 Do Padrão de Prova em Matéria Concorrencial

Não está estabelecido em nenhuma norma legal qual é o padrão de prova necessário para a análise de processos concorrenciais. Assim, para verificar o padrão de prova considerado necessário, é importante analisar a jurisprudência do CADE.

⁶⁵ “Os Fundamentos do Antitruste”, pp. 184-185.

No caso de atos de concentração há o Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontais, que foi aprovado pela Portaria Conjunta SEAE/SDE 50. Em tal Guia há quais são os fatores que serão levados em consideração pela autoridade concorrencial para avaliar se uma operação é ou não prejudicial à concorrência. Ocorre que lá não está estabelecido qual é o padrão de prova.

No caso de processos administrativos de investigação de condutas anticoncorrenciais não há nada equivalente ao Guia mencionado anteriormente.

Entretanto, existem algumas poucas decisões administrativas que tentam explicar qual é o padrão de prova necessário. Uma das decisões mais importantes nesse sentido foi o julgamento do chamado Cartel dos Cegonheiros (Processo Administrativo 08012.005669/2002-31), de relatoria do Conselheiro Luiz Fernando Schuartz.

Tal processo investigava a “acusação de condutas concertadas visando ao fechamento de mercados de prestação de serviços de transporte a concorrentes, divisão de mercado, imposição de preço excessivo e promoção de negociações conjuntas dos valores dos fretes por operadores logísticos de transporte de veículos novos e por transportadores autônomos de veículos novos.”⁶⁶

A SDE concluiu a fase instrutória e encaminhou o processo ao CADE com a recomendação da punição das Representadas por infração da ordem econômica “previstas nos artigos 20, incisos I, II, III e IV e 12, incisos I, II, III, IV, V e XXIV da Lei 8.884/94”.

A Procuradoria-Geral do CADE, órgão que também emite pareceres em processos concorrenciais, seguindo a linha da SDE, também sugeriu a condenação das Representadas. A mesma foi a conclusão do Ministério Público Federal em seu parecer não-vinculativo emitido nos autos no referido processo administrativo.

Entretanto, o plenário do CADE decidiu pela absolvição das Representadas por entender que não havia provas suficientes para condená-las. O importante em referido

⁶⁶ Ementa do voto do Conselheiro-relator. Disponível no sítio eletrônico do CADE (www.cade.gov.br).

voto é a explicação que o Conselheiro-Relator traz sobre o nível de prova que é necessário para a condenação das representadas.

Segundo o Conselheiro Schuartz, o art. 20 da Lei 8.884/94 – que traz quais são as infrações da ordem econômica – articula tal conceito de forma dual. A infração se caracterizaria pela presença (i) do propósito objetivamente visado de que se produza um dos efeitos listados nos incisos do art. 20 da Lei 8.884/94, ou (ii) da elevada probabilidade de que se produza os efeitos previstos em referidos incisos. Explicando melhor, no primeiro caso predominaria o caráter intencional da realização de uma finalidade por meio da conduta, no segundo caso, o risco objetivo, a ela associado, de produção de um dos efeitos previstos nos referidos incisos.⁶⁷

No voto, que foi aprovado pelo Plenário do CADE, o Conselheiro Schuartz apresenta suas opiniões sobre como avaliar a existência de uma infração da ordem econômica. Inicialmente ele indica que a referida dualidade sobre infrações corresponde a uma dualidade nos métodos de conhecimento usados para determinar se houve ou não a conduta violadora da legislação de defesa da concorrência.

Conforme o entendimento do Conselheiro Schuartz, em ambas as situações o julgador deveria se colocar na posição do agente no momento em que ele adotou as condutas investigadas. Com base nisso deve-se fazer análises e responder questões que são totalmente diferentes para cada tipo de conduta.⁶⁸

A primeira forma de identificar se uma conduta é anticoncorrencial é questionar o propósito do agente quando da adoção de referida conduta. Se a resposta fosse algo como “prejudicar a concorrência”, e considerando que, ao tempo da conduta, as condições objetivas poderiam ser consideradas como suficientes para que a conduta não fosse tratada como “absolutamente ineficaz”, então haveria uma infração. De qualquer

⁶⁷ Voto do Conselheiro-Relator, parágrafo 58.

⁶⁸ Para referência do leitor, transcreve-se os trechos do voto que apresentam tal entendimento: “60. À dualidade no plano do conceito jurídico de infração corresponde a dualidade no plano dos métodos de conhecimento usados para determinar se um ato infringe o art. 20. Decidir se uma conduta é uma infração ‘em razão do objeto’ implica em percorrer um caminho probatório distinto do adequado para decidir se a mesma é uma infração ‘em razão dos seus efeitos esperados’. Nas duas hipóteses, o procedimento correto para o julgador é colocar-se, de início, na posição do agente ao tempo em que adotou a conduta que está sendo investigada; entretanto, a partir daí, as questões a serem respondidas, bem como os meios juridicamente apropriados para respondê-las, distinguem-se quase que totalmente.”

forma, na visão do Conselheiro-relator, nesse caso seria necessário que pudesse ser atribuída ao agente intenção específica de fraudar a concorrência. Para a demonstração da atribuição de intencionalidade, seria necessário haver a prova direta de que essa era a motivação dos administradores da empresa ou demonstrar que não havia outra explicação racional e plausível para tais condutas.⁶⁹

O Conselheiro Schuartz continua para explicar que a outra forma de determinar se a conduta é uma infração da ordem econômica, seria voltar ao momento da conduta e questionar se considerando as condições objetivas daquele momento seria plausível esperar que houvesse um dano à concorrência. Caso positivo, a conclusão lógica seria a condenação das Representadas.⁷⁰

Esses métodos devem ser operados de forma simplificada se o que se pretende investigar é se os indícios da conduta podem ser considerados como infração. A diferença entre as magnitudes dos riscos de invalidação devem ser usadas para compreender a diferença entre prova de um fato e o início da ocorrência de um fato.⁷¹

O voto continua para dizer que a prova de um fato demanda um conjunto de premissas mais robusto do que aquele associado à existência de indício do fato. Ou seja, é necessário mais informações para a conclusão do fato do que para a verificação de um

⁶⁹ Veja o parágrafo 61 do voto.

⁷⁰ Conforme o parágrafo 62 do voto.

⁷¹ Ver parágrafo 63: “Os dois métodos de conhecimento devem obviamente operar de forma simplificada quando o que se pretende investigar não é propriamente a existência de uma infração, mas sim, em vez disso, de indícios de que a conduta investigada seja uma infração. Esta diferença pode ser explicada invocando-se um conceito familiar aos lógicos: o conceito de inferência não-monotônica. Diz-se que uma inferência é não-monotônica se a adição de novas premissas pode lhe comprometer a validade, i.e., pode afetar a verdade de conclusões previamente obtidas. Com exceção das inferências tratadas como validadas nos limites de certas linguagens formais, toda inferência é não-monotônica e, enquanto tal, inevitavelmente traz consigo um risco de invalidação a partir da acumulação de novas informações e conhecimento. Este, obviamente, é o caso das inferências que dão suporte racional a decisões administrativas ou judiciais. No âmbito da aplicação do direito, logo, a distinção relevante não é a existente entre inferências monotônicas e não-monotônicas – dado que toda inferência jurídica é não-monotônica. A distinção relevante, que deverá por esta razão ser buscada no conjunto das inferências não-monotônicas, incide sobre os diferentes ‘graus de não-monotonicidade’, vale dizer, as diferentes magnitudes do risco de invalidação a partir de novas informações que pode ser associado a cada inferência. Será então nessas diferenças de magnitude dos riscos de invalidação que encontrar-se-á a chave para a compreensão da diferença entre prova de um fato e indício da ocorrência de um fato.”

indício que tal fato ocorreu. Além disso, como regra, simples indícios não servem para autorizar uma decisão condenatória.⁷²

Após essas explicações, o Conselheiro-relator esclarece que o padrão de prova aplicável às investigações antitruste está ligado aos pontos anteriores. Isso é importante, pois há uma diferença entre as condições necessárias para a existência da infração e as condições para considerar a infração provada. *In verbis*:

“O tema do standard de prova aplicável à investigação de condutas anticompetitivas está internamente ligado às considerações anteriores. Essa lembrança é importante, pois é infelizmente bastante comum a confusão entre condições necessárias para a existência da infração e condições necessárias para se considerar provada a infração. Por exemplo, a conduta de um agente será uma infração se for tal que, dadas as condições objetivas vigentes ao tempo da conduta e conhecidas pelo agente, a probabilidade de a conduta produzir um dos estados de coisas referidos no art. 20 superar a probabilidade de que a conduta não produza um desses estados; ou, para expressá-lo de maneira mais simples: se a conduta for tal que aumente, significativamente, o risco de

⁷² Parágrafos 64, 65 e 66. “(...) Em outras palavras, para que se considere um fato como provado juridicamente, requer-se o exame de um conjunto maior e mais profundo de informações que o requerido para que se considere existente um indício de que o fato ocorreu ou possa vir a ocorrer. Em geral, indícios não bastam para autorizar decisões restritivas de direitos ou liberdades privadas – um exemplo familiar está nas decisões de condenação pronunciadas em processos administrativos instaurados com base no art. 32 da Lei n.º 8884/94 (muito embora existam as exceções juridicamente previstas, uma das quais se encontra no art. 52 da referida lei) (...).

Por exemplo, se a prova de uma infração em razão do objeto exige que a conclusão quanto à presença da específica intenção anticompetitiva esteja baseada em argumentos que excluam, como pouco plausíveis, atribuições de racionalidade ao comportamento do representado que tenham sido apresentadas como explicações alternativas à hipótese de que buscaria uma finalidade anticompetitiva, a constatação do indício no mesmo sentido requer somente que esta seja uma hipótese racionalizável, vale dizer, que a atribuição ao agente da intenção anticompetitiva não pressuponha, da parte dele, um comportamento economicamente irracional. A eliminação das explicações alternativas para a motivação econômica subjacente a uma conduta prova que a conduta tem por objeto o efeito que a lei considera lesivo ao interesse público e é necessária para a condenação de alguém por infração à ordem econômica; por outro lado, o caráter racionalizável da explicação que lhe atribui a motivação anticompetitiva assegura o indício da existência da infração ‘em razão do objeto’.

Similarmente, se a prova da infração ‘em razão dos efeitos esperados’ associados à conduta investigada exige a rigorosa aplicação da metodologia convencional de análise utilizada pelas autoridades de defesa da concorrência para identificação de seus custos e benefícios esperados (...), a constatação do indício no mesmo sentido requer da autoridade somente que percorra, a passos rápidos, algumas das etapas de que se compõe a referida metodologia (tipicamente, até a etapa da verificação das condições estruturais favoráveis à produção do resultado socialmente danoso, em regra, o aumento nos preços de mercado).”

realização de um desses estados. Para provar que a conduta é uma infração, porém, o que se exige juridicamente da autoridade é que a inferência que deveria suportar a decisão condenatória conduza, racionalmente, a uma conclusão capaz de satisfaz (sic) o standard de prova aplicável. Para ficarmos no mesmo exemplo, a exigência é que o juízo condenatório se apresente como conclusão de uma inferência em que o nexo de causalidade entre conduta e aumento significativo no risco de produção do efeito lesivo seja constatado com um grau de certeza correspondente ao standard de prova.”⁷³

Por fim, o Conselheiro-relator define o que ele entende que é o nível de prova necessário tanto em atos de concentração quanto para investigações de infração da ordem econômica. No primeiro caso, bastaria que a proposição fosse “mais verossímil” que a sua negação, enquanto que no segundo caso, seria o “acima de qualquer dúvida razoável”. Nas palavras dele:

*“A aplicação das leis de defesa da concorrência – e no meu entender a Lei 8.884/94 não é uma exceção – usualmente envolve o recurso a Standards de prova distintos para repressão ex post de condutas anticompetitivas e o controle ex ante das concentrações econômicas. No primeiro caso, dada a natureza sancionadora da atividade estatal e suas implicações para o administrado, uma proposição é provada quando sua verdade estiver – para me valer da expressão norte-americana – “acima de qualquer dúvida razoável” (no direito brasileiro, pode-se identificar no ‘in dubio pro reo’ um equivalente para a idéia de que, nos processos sancionadores, deve-se aplicar um standard de prova mais rigoroso), ao passo que, no segundo, basta a constatação de que a proposição é ‘mais verossímil’ que a sua negação”.*⁷⁴

Com isso, tem-se claramente que o nível de prova varia de acordo com o tipo de processo concorrencial que está sendo analisado. Por óbvio, nos processos administrativos – por serem processos sancionadores – o nível de prova exigido para a

⁷³ Parágrafo 67.

⁷⁴ Parágrafo 68.

condenação de uma representada é significativamente superior ao nível de prova exigido para a avaliação de atos de concentração.

III.4 Do Ônus da Prova

Após a verificação do padrão de prova que é necessário em matéria concorrencial, cabe a discussão de outro ponto relevante, qual seja, o ônus da prova.

Segundo GUILHERME DE SOUZA NUCCI, “o termo ônus provém do latim – onus – e significa carga, fardo ou peso. Assim, ônus da prova quer dizer encargo de provar. Ônus não é dever, pois este é uma obrigação, cujo não cumprimento acarreta uma sanção. Quanto ao ônus de provar, trata-se do interesse que a parte que alega o fato possui de produzir prova ao juiz, visando fazê-lo crer na sua argumentação.”⁷⁵

Em processo civil, como regra, o ônus da prova cabe a quem alega o fato. Nas palavras de OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA⁷⁶:

“Como todo direito se sustenta em fatos, aquele que alega possuir um direito deve, antes de mais nada, demonstrar a existência dos fatos em que tal direito se alicerça. Pode-se, portanto, estabelecer, como regra geral dominante de nosso sistema probatório, o princípio segundo o qual à parte que alega a existência de determinado fato para dele derivar a existência de algum direito incumbe o ônus de demonstrar sua existência. Em resumo, cabe-lhe o ônus de produzir a prova dos fatos por si alegados como existentes.”

Na lição de EDUARDO COUTURE a matéria de ônus da prova pode ser exposta em dois preceitos fundamentais. O primeiro em matéria de obrigações, enuncia que o autor prove os fatos que pressupõe a existência da obrigação e o réu os que pressupõem a sua extinção. Já em matéria de fatos e atos jurídicos, tanto o autor como o réu provem as suas respectivas alegações.⁷⁷

⁷⁵ “Manual de Processo e Execução Penal”. Editora Revista dos Tribunais. p. 354.

⁷⁶ Op. cit. p. 344.

⁷⁷ “Fundamentos do Direito Processual Civil”. Saraiva. 1946. p. 167.

Como dito no início, acreditamos que há determinados aspectos do processo concorrencial onde se pode utilizar os princípios do processo penal. Esse fato é particularmente verdadeiro quando se trata de investigação de infração da ordem econômica. Assim, cabe fazer algumas considerações sobre o ônus da prova em processo penal.

No processo penal, nas palavras de GUILHERME NUCCI⁷⁸, o ônus da prova é da acusação, *verbis*: “*Via de regra, em processo penal, o ônus da prova é da acusação, que apresenta a imputação em juízo através da denúncia ou da queixa-crime. Entretanto, o réu pode chamar a si o interesse de produzir prova, o que ocorre quando alega, em seu benefício, algum fato que propiciará a exclusão da ilicitude ou da culpabilidade, embora nunca o faça de maneira absoluta. (...) Saliente-se, no entanto, que tal ônus de prova da defesa não deve ser levado a extremos, em virtude do princípio constitucional da presunção de inocência e, conseqüentemente, do in dúbio pro reo.*”

Além disso, o ilustre professor explica que a auto-incriminação não é exigível no processo penal, ou seja, o réu não está obrigado a fornecer prova contra si mesmo. Isso significa que o réu não é obrigado a fornecer nenhum tipo de informação ou documento que possam ser usados contra ele.

Em matéria concorrencial o ônus da prova é uma questão um pouco mais delicada. Isso porque, conforme o art. 26 e art. 26-A da Lei 8.884/94, as partes têm o dever de cooperar com as autoridades sobre pena de multa diária.

Assim, como ficaria o direito constitucional de não se auto-incriminar? Além disso, de quem é o ônus da prova em cada tipo de processo concorrencial?

Considerando o que já foi apresentado no ponto III.3 acima, nos parece claro que em atos de concentração o ônus de provar que a operação não causará nenhum impacto negativo no mercado é das requerentes que submetem tal processo.

⁷⁸ Op. cit. p. 355.

Isso porque, tal processo, como já dito, se assemelha aos procedimentos de jurisdição voluntária do processo civil. Assim, pode-se considerar que as regras do processo civil são aplicáveis a esses procedimentos. Com isso, tem-se que como são as requerentes de um ato de concentração que alegam que a operação não causará impactos negativos, cabe a elas provar a realidade de tal fato.

Sabe-se que a prova para a aprovação de um ato de concentração passa (i) pela definição do mercado relevante, (ii) pela determinação da participação de mercado das requerentes, (iii) pelas condições de entrada e de rivalidade e (iv) pelas eficiências geradas pela operação. Em nosso entender, cabe às partes provar que esses pontos estão presentes de tal forma que a operação pode ser aprovada⁷⁹.

Por outro lado, caso as autoridades de defesa da concorrência não aceitem quaisquer dos argumentos das requerentes do ato de concentração, caberá às autoridades demonstrar que a posição delas – e não das requerentes – está correta.

Ora, por exemplo, caso as requerentes defendam uma determinada definição de mercado relevante, tal definição deverá ser demonstrada. Mas se as autoridades entenderem que essa definição apresenta produtos ou áreas geográficas que deveriam ser excluídas caberá a elas, autoridades, a demonstração da razão que tais produtos/áreas geográficas deveriam estar fora da definição. Com isso, estar-se-ia respeitando a regra geral do ônus da prova.

Adicionalmente, e como explicado no voto do Conselheiro Schuartz acima mencionado, o nível de prova exigido para a aprovação de atos de concentração é menor do que o necessário para processos administrativos. No primeiro caso é necessário, apenas, que a proposição seja “mais verossímil” do que sua negação.

Entretanto, as autoridades de defesa da concorrência – com base nos arts. 26 e 26-A da Lei de Defesa da Concorrência – podem solicitar quaisquer informações e

⁷⁹ Cabe notar que para a aprovação de operação não é necessário provar todos esses pontos. Em determinados casos, a prova de apenas um de tais pontos é suficiente para determinar a aprovação da operação.

documentos adicionais para a conclusão da análise da operação. Ora e se tais informações ou documentos fizerem provas contra o alegado pelas requerentes? Como se deve agir?

De um lado está o dever de cooperar com a autoridade e o dever de agir com boa-fé e lealdade nos processos⁸⁰. De outro lado está o direito contra a auto-incriminação.

Em nossa opinião, as requerentes não são obrigadas a apresentar informações/documentos que possam ser utilizadas para restringir o ato de concentração. Isso porque, a lei não pode exigir que a parte apresente qualquer prova que possa ser utilizada contra ela. Com isso, entendemos que as sanções indicadas nos arts. 26 e 26-A não podem ser utilizadas em tais situações. Cabe notar, ainda, que a autoridade concorrencial pode questionar outros agentes no mercado, que não as requerentes, para obter as informações necessárias. Assim, a autoridade poderia obter a informação necessária sem que a requerente fosse obrigada a produzir prova contra si mesma.

Já no caso de investigações de infração da ordem econômica, acreditamos que por serem processos assemelhados aos processos penais, devam seguir a regra prevista no Código de Processo Penal, qual seja, a autoridade tem a obrigação de provar a existência da infração da ordem econômica.

O problema que é encontrado nessa situação, e que já foi apresentado no item III.2.1, é que a autoridade que determina quais as provas serão produzidas, também é a autoridade que faz a avaliação, pelo menos preliminar, de tais provas.

Isso, é claro, pode causar problemas. Em pelo menos um caso⁸¹ julgado pelo CADE, houve esse tipo de discussão.

⁸⁰ Nesse sentido, a Lei de Processo Administrativo (Lei 9.784/99) prevê que:

“Art. 4º São deveres do administrado perante a Administração, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo:

I - expor os fatos conforme a verdade;

II - proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé;

III - não agir de modo temerário;

IV - prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos.”

De fato, no caso do Cartel do Aço, a denúncia era de combinação de preços entre três empresas do setor de siderurgia, a Companhia Siderúrgica Nacional – CSN, Companhia Siderúrgica Paulista – Cosipa e Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S.A. – Usiminas. O processo iniciou-se quando o Instituto Brasileiro de Siderurgia (IBS) se reuniu com a SEAE para informar sobre o aumento de preços que as siderúrgicas praticariam. As pessoas que representavam o IBS nessa reunião eram funcionários das três empresas acusadas.

Questionadas, tanto a Usiminas quanto a Cosipa negaram que seus funcionários estivessem presentes na reunião. Depois da comprovação que tais funcionários estiveram presentes na reunião, essas empresas admitiram a presença deles, mas não como representantes da empresa, e sim do IBS. De qualquer forma, negaram que tivessem infringindo a legislação de defesa da concorrência.

Entretanto, por causa da informação – considerada enganosa – prestada por ambas às empresas, de que seus funcionários não estiveram presentes à fatídica reunião, o CADE aplicou multa por enganabilidade às empresas⁸². Vale notar que tal decisão está sendo questionada na justiça.

Com a devida vênia, nos parece que a decisão de multar as empresas por não terem produzido provas que poderiam ser usadas contra elas, não é correta. A despeito da previsão expressa nos arts. 26 e 26-A da Lei de Defesa da Concorrência, não nos parece razoável exigir que as partes prestem informações que possam ser usadas contra elas.

Isso porque, poderia se ter a seguinte situação absurda: a representada, devidamente intimada a apresentar sua defesa, nega a participação na conduta

⁸¹ O chamado “Cartel do Aço”, Processo Administrativo 08000.015337/97-48, Representante: SDE e Representadas, Companhia Siderúrgica Nacional – CSN, Companhia Siderúrgica Paulista – Cosipa e Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S.A. – Usiminas.

⁸² Conforme o acórdão do CADE: “(...) (i) a condenação da representada Usiminas, por descumprimento do artigo 26 da Lei 8884/94, ao pagamento de multa no valor de 3.595.000 UFIR, equivalente a R\$ 3.512.315,00 (três milhões, quinhentos e doze mil e trezentos e quinze reais); (ii) a condenação da representada Cosipa, por descumprimento do artigo 26 da Lei 8884/94, ao pagamento de multa no valor de 3.570.000 UFIR, equivalente a R\$ 3.487.890,00 (três milhões, quatrocentos e oitenta e sete mil e oitocentos e noventa reais); (...)”.

investigada – algo perfeitamente aceito e lícito em nosso ordenamento jurídico. Entretanto, ao final do processo demonstra-se a participação daquela empresa em uma conduta anticoncorrencial. Com isso, e baseando-se no art. 26 e 26-A, além de punir a empresa pela prática anticoncorrencial, ter-se-ia que puni-la por prestação de informação enganosa (negativa da participação na conduta investigada).

Esse cenário, é claro, é absurdo e não encontraria guarida no sistema jurídico pátrio.

Assim, nos parece claro que a representada no processo administrativo não é obrigada a apresentar prova que possa ser utilizada contra ela. Qualquer interpretação diversa dessa é incompatível com o nosso ordenamento jurídico.

III.4.1 Direito Concorrencial com Direito Difuso – impacto nas provas

Inicialmente, cabe ressaltar que o direito da concorrência é um direito difuso. Nesse sentido, o parágrafo único do art. 1º da Lei de Defesa da Concorrência diz que “a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei”.

Em alguns ramos do direito também considerados como direitos difusos, contempla-se a previsão de inversão do ônus da prova, como, por exemplo, no caso do direito do consumidor. Assim, caberia questionar se o ônus da prova em matéria concorrencial também estaria sujeita a essa inversão.

No caso específico do Código de Defesa do Consumidor é expressa a determinação da possibilidade da inversão do ônus da prova em determinados casos (art. 6º, VIII⁸³), pois se considerou que determinadas provas são extremamente difíceis ou mesmo impossíveis de serem produzidas pelo consumidor. Por outro lado, o fornecedor teria mais facilidade em produzir tais provas. De fato, ao fornecedor é mais

⁸³ “Art. 6º - São direitos básicos do consumidor:

...

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência. (...)”

fácil demonstrar que determinado produto está de acordo com as regras de segurança do que o consumidor demonstrar que esse produto não está de acordo com tais regras.

A determinação do legislador por essa inversão do ônus da prova está no entendimento que o consumidor é hipossuficiente e que há determinadas provas que simplesmente não são possíveis ao consumidor produzir, enquanto podem ser facilmente produzidas pelo fornecedor.

Ou seja, o objetivo do referido Código seria equilibrar a relação de consumo, retirando do consumidor um ônus, que foi dado ao fornecedor.

Com isso, cabe questionar se o mesmo poderia se aplicar em processos concorrenciais.

Nesse sentido, cabe notar que o CADE já se manifestou sobre esse tipo de possibilidade, tendo-a rechaçado.

Ao analisar o ato de concentração 054/1995⁸⁴ houve discussão sobre a inversão do ônus da prova – que foi defendido pelo conselheiro-relator de tal caso. Segundo o voto de vista do então presidente Gesner de Oliveira:

“Rechaço, em qualquer hipótese, a proposição de que o ônus da prova do caráter concorrencial do ato deva recair sobre as requerentes. Cabe ao Estado, através de sua agência de defesa da concorrência, o CADE, demonstrar o efeito anticoncorrencial e, se o fizer, adotar as medidas necessárias, nos termos da lei.

Cumpra ao Estado, por meio do CADE, demonstrar a existência de ameaça à livre iniciativa ou à livre concorrência, para que se legitime a interferência nas relações privadas. Os agentes privados não podem se tornar culpados potenciais até prova em contrário!”

Segundo a ementa do referido caso:

⁸⁴ Tendo como requerentes Poliolefinas S.A., Petroquímica Triunfo S.A., OPP Petroquímica S.A. e COPESUL - Companhia Petroquímica do Sul.

“A ordem econômica constitucional não admite a inversão do ônus da prova para os processos relativos ao Direito da Concorrência, mesmo porque o art. 5º, inciso LVII, da Carta Magna estabelece a presunção de inocência, cabendo ao CADE o ônus da demonstração do caráter abusivo ou anticoncorrencial da conduta individual. Inadmissível, na seara constitucional, é a aplicação analógica do art. 6º, inciso VII do CDC, eis que se trata de direito excepcional que limita direito individual constitucional.”

Como regra, concordamos com a posição adotada pelo CADE nesse caso.

Entretanto, em nosso entendimento, caso esteja-se tratando de um ato de concentração, como já explicado acima, parece razoável supor que as requerentes tenham que produzir as provas necessárias para demonstrar que a operação apresentada não causa prejuízos à concorrência. Por outro lado, caso as autoridades, por exemplo, não concordem com a definição de mercado adotada pelas requerentes, caberá à autoridade provar que a sua definição é a mais apropriada para o caso em tela. Ou seja, a prova inicial é das requerentes, mas, seguindo o entendimento de Gesner de Oliveira, cabe a autoridade demonstrar que a operação gera prejuízos à ordem econômica.

Por outro lado, em investigações de infração da ordem econômica, tal inversão não parece ser razoável.

Primeiramente, cabe notar que a regra é que quem alega o fato deve prová-lo. As exceções a tal princípio ocorrem em situações muito específicas onde há alguma razão para tal (por exemplo, a hipossuficiência de uma parte).

Entretanto, nenhuma dessas situações específicas estão presentes no processo concorrencial. Com relação às investigações de infração da ordem econômica, também não há partes em litígio. Isso porque, a relação processual se dá entre os investigados e órgãos do governo que têm função de coletar provas e analisá-las de forma imparcial⁸⁵.

⁸⁵ Pode haver duas formas de início de uma investigação de infração da ordem econômica, a primeira diz respeito à instauração do processo de ofício por parte da SDE e a segunda refere-se à representação feita

Desta forma, não há, pelo menos em uma primeira vista, como concluir que as autoridades de defesa da concorrência sejam hipossuficientes, em especial se considerarmos todos os mecanismos que elas possuem para produzirem provas que serão melhor analisados no Capítulo V abaixo.

Além disso, a inversão do ônus da prova em casos de investigação por infração da ordem econômica poderia gerar uma obrigação por parte das empresas de produzirem provas negativas – ou seja, teriam que provar, por exemplo, que não participaram de uma reunião com concorrentes. Caso fosse admitida a possibilidade de inversão do ônus da prova em investigações por infração da ordem econômica, poder-se-ia chegar, até mesmo, a situação em que a representada teria que produzir prova da sua inocência.

Vale mencionar um exemplo para demonstrar o absurdo dessa proposição.

Inicialmente, cabe mencionar que, em matéria concorrencial, o CADE tem entendido que não é suficiente a demonstração de condutas paralelas entre empresas para condená-las por infração da ordem econômica. É preciso demonstrar que tais condutas paralelas foram resultado de algum acordo entre concorrentes (o chamado paralelismo *plus*).

Por exemplo, supondo que em determinada cidade pequena exista apenas dois postos de gasolina, é claro que o dono de um posto sabe qual é o preço cobrado pelo dono do outro posto.

Imagine-se, agora, que em determinado momento, o dono de um dos postos resolva aumentar o preço da gasolina, com o objetivo de obter um lucro maior. O dono do segundo posto, observando o aumento do preço do concorrente resolve também aumentar seu preço no mesmo percentual. Ao fazer tal aumento, o dono do segundo posto acredita que também terá o lucro superior previsto pelo seu concorrente.

por qualquer pessoa. Entretanto, mesmo no segundo caso, o processo não envolve o denunciante. De fato, o denunciante, apesar de poder colaborar com a investigação, não é considerado como parte no processo.

Ora, se o aumento de preços foi combinado entre os concorrentes, eles estariam, claramente, violando a legislação de defesa da concorrência e deveriam ser punidos. Entretanto, se não houve nenhum acordo prévio, mas apenas a decisão individual de cada empresário que aquele era o momento de aumentar o preço, não há que se falar em infração da ordem econômica.

Ocorre que, tal conduta é claramente paralela e pode levar os consumidores ou às autoridades locais a acreditarem que houve um acordo entre os donos de postos. Com base nisso, poder-se-ia fazer uma representação por infração da ordem econômica contra os dois donos de postos.

Caso fosse admitida a inversão do ônus da prova, caberia aos donos dos postos provarem que não mantiveram nenhum entendimento prévio para aumentar o preço da gasolina. Entretanto, é praticamente impossível fazer prova que não houve tal reunião prévia.

Em nosso entendimento, a situação correta nesse caso é determinar que a autoridade concorrencial prove a existência de um acordo prévio para o aumento do preço. Ao contrário da prova negativa, provar a existência da reunião é possível (por exemplo, testemunhas que viram os donos dos postos se encontrando).

Assim, resta claro que não é viável determinar a inversão do ônus da prova em investigação por infração da ordem econômica.

III.5 Da Prova Emprestada

A prova emprestada é uma construção da doutrina e da jurisprudência e constitui uma exceção ao princípio da identidade física do juiz.

Segundo a Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER⁸⁶:

⁸⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. “Prova Emprestada”. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 1, n. 4, out/dez de 1993. pp. 61-69.

“Entende-se por prova emprestada aquela que é produzida num processo para nele gerar efeitos sendo depois transportada documentalmente para outro, visando a gerar efeitos em processo distinto. (...)”

Pode-se afirmar, no entanto, que seu valor é o da sua essência, e esta será sempre a originária, consoante foi produzida no processo primitivo.”

Primeiramente, deve-se destacar que a validade da prova emprestada como documento e meio de prova está vinculada ao reconhecimento de sua existência por sentença transitada em julgado.⁸⁷ Já a sua eficácia fica sujeita a certas limitações.

Consoante OVÍDIO A. BATISTA DA SILVA, uma das limitações refere-se à circunstância de ter sido ela produzida no processo anterior perante as mesmas partes integrantes da causa, onde a prova deva agora ser introduzida sob a forma de prova emprestada, ou, ao contrário, não haver figurado no processo anterior a parte contra quem se pretende produzir novamente a prova.⁸⁸ Outro fator limitador a ser observado na avaliação da eficácia da prova emprestada é a obediência ao contraditório.

Como bem destaca EDUARDO TALAMINI *“é preciso que o grau do contraditório e de cognição do processo anterior tenha sido, no mínimo, tão intenso quanto o que haveria no segundo processo.”*⁸⁹ Para exemplificação pode-se dizer que as provas produzidas em procedimento de jurisdição voluntária não possuem o mesmo valor das produzidas em um processo contencioso que possui um rigoroso contraditório entre as partes.

Há quem estabeleça como pressuposto de prova emprestada a identidade ou semelhança do fato probando nos dois processos.⁹⁰ No entanto, não se trata de requisito

⁸⁷ Nelson Nery Junior. p. 720. Nesse sentido é o entendimento de Bentham em “*Traité des preuves judiciaires*”, in ‘*Oeuvres*’, t. II, p. 367.

⁸⁸ Op. cit. pp. 360-361.

⁸⁹ “Prova Emprestada no Processo Civil e Penal”. Revista de Processo nº 91. 1998.

⁹⁰ Moacyr Amaral Santos. Prova Judiciária no cível e no comercial. 4ª Edição. São Paulo. Max Limonad, 1970. V. I. Ada Pellegrini Grinover. Prova emprestada, in Revista Brasileira de Ciências Criminais 4, 1993, p. 67.

específico da prova emprestada, mas de pressuposto genérico de pertinência e relevância a ser considerado para a admissão de qualquer meio probatório.⁹¹

Cabe notar, também, que a prova emprestada sempre será documental. Mesmo provas testemunhais, quando emprestadas, tornam-se provas documentais.⁹²

A questão de prova emprestada é de suma importância para o processo concorrencial. Isso porque, determinados tipos de infrações da ordem econômica – em especial a formação de cartel – também são crimes tipificados na Lei 8.137/90. Assim sendo, tem-se a possibilidade de haver, simultaneamente, um processo administrativo e um processo criminal para investigar a conduta⁹³.

Tais processos são independentes e, por isso, podem produzir provas diferentes. Entretanto, como é a mesma conduta que está sendo investigada, abre-se a possibilidade de emprestar provas do processo criminal para o processo administrativo, ou vice-versa⁹⁴.

A primeira questão que se levanta diz respeito à possibilidade de emprestar a prova do processo criminal para o processo administrativo, tendo em vista que há, necessariamente, partes diferentes nesses processos. Isso porque, a pessoa jurídica não é parte no processo criminal, mas responde ao processo administrativo. Assim, teria-se a situação da prova produzida em um processo criminal envolvendo determinadas pessoas físicas ser aproveitada em outro processo, que envolve essas mesmas pessoas, mas, também, as empresas nas quais elas trabalham.

⁹¹ “Prova Emprestada...” Eduardo Talamini, *op. cit.*, p. 103.

⁹² Cf. Eduardo Talamini. Prova Emprestada no Processo Civil e Penal. Revista de Processo nº 91. 1998. Segundo o autor são trazidos do primeiro processo todos os elementos documentais em que se consignou a atividade probatória a ser reaproveitada. No caso de prova testemunhal esclarece que trasladam-se reproduções de todas as folhas dos autos do primeiro processo que documentaram a produção dessa prova. Ressalta, ainda, que é indispensável o transporte de todas as peças atinentes à atividade probatória objeto do empréstimo ou de certidão com esse teor. Conclui que apenas assim o juiz do segundo processo poderá verificar a presença dos requisitos de legitimidade da prova emprestada e valorá-la adequadamente.

⁹³ Vale notar que no direito brasileiro, apenas as pessoas físicas podem responder ao processo criminal por infração da ordem econômica. Por outro lado, tanto a pessoa física quanto a pessoa jurídica respondem ao processo administrativo para apurar a violação da ordem econômica.

⁹⁴ Considerando o escopo do presente trabalho, apenas o empréstimo da prova criminal para o processo administrativo será considerada.

Como ficaria essa hipótese, se, conforme a construção doutrinária, apenas se poderia emprestar provas para processos com identidade de partes?

Nesse cenário descrito, não nos parece que haveria problema algum no empréstimo da prova. Isso porque, quem é o objeto da investigação em ambos os processos são as mesmas pessoas, o fato da pessoa jurídica não responder ao processo criminal não significa que ela não tenha participado da conduta. Ela apenas não pode, por regras processuais penais, responder ao processo criminal.

Assim, e considerando que seu funcionário responde ao processo criminal, parece lógico que há a identidade das partes envolvidas.

Por outro lado, é comum que exista um processo criminal contra pessoas físicas que representam determinadas empresas e o processo administrativo seja instaurado contra essas pessoas físicas e jurídicas, mas também contra outras empresas e pessoas físicas, que não são parte do processo criminal.

Nesse caso, não haveria a tal identidade de partes, pelo menos não no que se refere às empresas e pessoas físicas não investigadas no processo criminal. Nesse cenário, há como compatibilizar o empréstimo da prova com o defendido pela doutrina?

Em nossa opinião não. A prova emprestada somente pode ser utilizada em processos envolvendo as mesmas partes. Assim, a prova produzida no processo criminal, por exemplo, somente poderia ser utilizada em processo administrativo envolvendo as pessoas jurídicas nas quais essas pessoas físicas trabalham.

Isso não significa a impossibilidade do empréstimo para processo envolvendo outras partes, apenas que essas provas não poderiam ser utilizadas contra os terceiros que não foram parte do processo original.

Admitir seu uso com a alegação de que as representadas que não estão envolvidas no processo original teriam direito à contraditar tais provas no processo de destino, não é, a nosso ver inteiramente correto. Destarte, uma das formas do exercício

dos direitos à ampla defesa e ao contraditório está na discussão da própria produção da prova – por exemplo, se a prova foi produzida de forma lícita.

Ora, se a representada não participou do processo de origem, não é possível a ela discutir a licitude da produção da prova. A autoridade administrativa, por outro lado, não tem elementos para questionar se a prova foi licitamente produzida. Não obstante, até que se prove o contrário, a autoridade deve aceitar que a prova foi produzida na forma da lei.

Ou seja, admitir-se o uso da prova emprestada contra representadas que não puderam participar do contraditório no processo de origem significa reduzir seu direito à ampla defesa e ao contraditório.

Nem mesmo a realização do contraditório no processo de origem entre as partes daquele processo, pode sanar a impossibilidade do uso desse tipo de prova emprestada contra terceiros não envolvidos no processo original.

Isso porque, cada parte tem sua peculiaridade, sendo certo que uma parte pode fazer uma alegação que a outra não fez. Veja o seguinte exemplo, em um determinado processo criminal houve uma prova produzida de forma ilícita, entretanto, a parte contra quem foi utilizada essa prova, não alegou a existência desse vício. Da mesma forma, o juiz da causa também não atentou sobre esse vício e determinou a legalidade da produção da prova.

Essa situação poderia prejudicar a representada no processo concorrential que não fez parte do processo criminal que originou a prova, uma vez que ela não teria como questionar a legalidade da produção da prova. Assim sendo, a autoridade administrativa do processo de origem não teria como determinar a ilegalidade de uma prova considerada lícita pelo Poder Judiciário. Da mesma forma, essa representada não teria como se manifestar no processo de origem – já que não é parte dele – para ver declarada a ilegalidade da prova. Ou seja, seu direito à ampla defesa seria cerceado, e ela teria que conviver com uma prova ilícita.

Um outro fator que favorece ao empréstimo da prova diz respeito aos casos em que a prova não pode ser refeita. Por exemplo, em um processo criminal o juiz determina a realização de uma operação de busca e apreensão de documentos. É óbvio que no processo administrativo não é possível reproduzir essa prova. O mesmo é aplicável aos casos das gravações telefônicas, entretanto, esse tema será tratado no item V.5 abaixo.

Acreditamos que o mesmo raciocínio anteriormente aplicado pode ser utilizado nessa situação. Essa prova sempre poderá ser usada contra as pessoas⁹⁵ que fizeram parte do processo original⁹⁶.

Entretanto, tais provas não poderiam ser usadas contra as demais representadas. Até mesmo porque se a pessoa não era investigada no processo criminal, ela não sofreu esse tipo de diligência (busca e apreensão, por exemplo). Assim, é possível afirmar que não houve o perecimento desse tipo de diligência, pois os documentos da empresa não investigada no processo criminal continuam em sua sede.

Assim, resta claro que é possível emprestar provas para o processo concorrencial, ainda mais se não houver como refazer essas provas. Ocorre que, conforme entendido pela doutrina, deve-se assegurar que determinadas regras sejam cumpridas.

A primeira regra é que a prova emprestada somente poderá ser utilizada contra as pessoas físicas e jurídicas que estejam, de alguma forma, envolvidas no processo de origem das provas.

Além disso, as provas somente poderão ser utilizadas após o efetivo exercício do contraditório no processo de origem.

⁹⁵ Incluindo tanto as pessoas físicas originalmente envolvidas quanto às pessoas jurídicas para as quais essas pessoas físicas trabalham.

⁹⁶ Como será explicado no item V.5 abaixo, acreditamos ser impossível o empréstimo da interceptação telefônica ao processo concorrencial.

III.6 Da diferenciação entre a prova direta e a prova indireta

Outra diferenciação entre os tipos de prova se dá entre as provas diretas e as provas indiretas.

A prova direta fornece ao juiz a idéia objetiva do fato probando. Por exemplo, a testemunha narra o fato que viu ou ouviu. O juiz tem a idéia dos fatos sem necessidade de qualquer dedução, pois lhe são apresentados objetivamente.

Já a prova indireta, também denominada circunstancial ou indiciária, é o resultado de um processo lógico. O juiz conhecerá o fato probando indiretamente, pois a pessoa que afirma ou o documento ou a coisa que atestam, não se referem ao fato probando, mas a um outro fato que com aquele se relaciona.

Para FRANCESCO CARNELUTTI a diferença entre os dois tipos de prova *“está na coincidência ou na divergência do fato a ser provado (objeto da prova) e do percebido pelo juiz (objeto da percepção); justamente a prova indireta apresenta a separação do objeto da prova do objeto da percepção: o fato submetido à percepção do juiz não serve senão como meio de conhecimento dele.”*⁹⁷

Consoante MOACYR AMARAL SANTOS o fato conhecido, também denominado indício, desencadeia uma atividade mental, através da qual poderá se chegar ao fato desconhecido, como causa ou efeito daquele. O resultado desse raciocínio será uma presunção.⁹⁸

As presunções são classificadas em simples ou legais. Nas simples o juiz faz o raciocínio e estabelece a presunção; já nas legais, o legislador faz o raciocínio e a lei estabelece a presunção.

Há que se destacar algumas características próprias das presunções legais. Tais presunções são expressamente estabelecidas pela lei. Outra característica está no seu efeito, pois dispensam a parte que as tem em seu favor do ônus da prova.

⁹⁷ “A Prova Civil ...”. op. cit., p. 82.

⁹⁸ “Primeiras Linhas...” op. cit. p. 507.

Já as presunções simples, também denominadas comuns, de homem, apresentam a condição de que o fato base auxiliar esteja provado. Insta destacar que o juiz vale do seu livre convencimento para ter o indício como provado. Entretanto, deverá se valer dos seguintes caracteres antes de se dar por convencido: gravidade, precisão e concordância.

Como bem destaca MOACYR AMARAL SANTOS a importância das presunções simples aparece em sua plenitude no momento de provar “*estados do espírito – a ciência ou ignorância de certo fato, a boa-fé, a má-fé etc. – e, especialmente, de provar as intenções, nem sempre claras e não raramente suspeitas, ocultas nos negócios jurídicos.*”⁹⁹

Essa diferenciação é importante para o processo concorrencial, uma vez que a maior parte das condutas ilícitas não é documentada. Assim, apesar de ser muito mais favorável para a condenação a existência de uma prova direta do que da prova indireta, nem sempre há uma prova direta que demonstre a existência daquela conduta.

De fato a utilização de teorias como o do paralelismo plus, já mencionadas, mostra que o uso da prova indireta ainda é importante para a análise de processos concorrenciais.

Como exemplo do uso das provas indiretas, pode-se citar o chamado Cartel da Ponte Aérea¹⁰⁰. Nesse caso, determinadas empresas aéreas foram condenadas por fixação de preços na ponte-aérea São Paulo – Rio de Janeiro. As provas utilizadas foram o aumento de preço em percentuais próximos, em datas próximas e a existência de uma reunião entre os presidentes das empresas anteriormente ao aumento de preços realizados.

⁹⁹ “Primeiras Linhas...” op. cit. p. 513.

¹⁰⁰ Processo Administrativo 08012.000677/1999-70, representantes SEAE e SDE e representados Rolim Adolfo Amaro, Geraldo Vieira, Fernando ABS da Cruz Pinto, Celso Cipriani, Wagner Canhedo Azevedo SNEA - Sindicato Nacional das Empresas Aeroviárias, VASP - Viação Aérea São Paulo S/A, Transbrasil S/A Linhas Aéreas, TAM - Transportes Aéreos Regionais S/A e Varig S.A.

Nesse caso, apesar da reunião não ter sido pública, a sua existência foi divulgada pela imprensa. Da mesma forma, verificou-se a possibilidade dos reajustes terem sido feitos em resposta ao reajuste da empresa líder.

Mesmo assim, considerou-se que a reunião mantida entre os presidentes das quatro empresas e o aumento de preços ocorrido logo após, deveriam estar ligadas. Ou seja, utilizou-se da prova indireta para a conclusão da existência da conduta ilegal.

Outro caso que foi condenado pelo uso de provas indiretas é o denominado Cartel dos Jornais do Rio de Janeiro¹⁰¹. Nesse caso a acusação era de fixação de preços, pois os jornais envolvidos teriam aumentado o preço no mesmo percentual, nas mesmas datas e um anúncio com teor similar teria sido publicado em todos os jornais justificando o aumento.

O fato da nota em termos similares ter sido publicada no mesmo dia em todos os jornais e o fato do reajuste ter sido no mesmo percentual foram considerados suficientes para a condenação das representadas. Mais uma vez as provas indiretas foram tidas como suficientes para a condenação de empresas.

Por outro lado, com a ampliação do uso das buscas e apreensões e do acordo de leniência, a tendência é de um aumento do uso da prova direta.

III.7 Da Prova Ilícita

Esse é um tema muito discutido pela doutrina e jurisprudência atualmente. Da mesma forma que no processo judicial, no processo concorrencial esse tema se tornou muito importante, em especial com o advento de novas formas de obtenção de prova por parte das autoridades de defesa da concorrência (veja próximo capítulo). De qualquer forma, o presente estudo não pretende esgotar esse tema, mas apenas fazer as referências necessárias ao correto entendimento do tema e suas implicações no processo concorrencial.

¹⁰¹ Processo Administrativo 08012.002097/1999-81, representante SEAE e representadas Infoglobo Comunicações Ltda., O Dia S/A, Jornal do Brasil S/A e Sind. Emp. Proprietárias de Jornais e Revistas Município / RJ.

Inicialmente, cabe fazer, mesmo que brevemente, a distinção entre prova ilícita e prova ilegítima. A primeira é a prova produzida em desacordo com as normas ou princípios constitucionais ou legais. Já as provas ilegítimas são aquelas que violam o direito processual.¹⁰² Cabe notar que tanto a Constituição Federal (art. 5ª, LVI) quanto a Lei de Processo Administrativo (art. 30) proíbem o uso da prova ilícita e da prova ilegítima no processo em geral e no processo concorrential no particular.

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira a expressamente proibir o uso de provas ilícitas em processo. Antes havia grandes discussões sobre essa possibilidade. Após a edição do CPC de 1973, os defensores da proibição da prova ilícita tiveram um reforço, pois o art. 332 de referido Código estabelecia que todos os meios legais e ou moralmente legítimos são hábeis para provar a verdade dos fatos.

Dessa forma, como as provas ilícitas não eram meios legais ou moralmente legítimos, elas não poderiam ser utilizadas em um processo civil.

Entretanto, novas discussões surgiram. Por exemplo, como o julgador deve agir se receber uma prova ilícita que demonstra determinado fato objeto da lide? Deveria o julgador desconsiderar a prova e decidir contrário à verdade dos fatos ou ele deveria aceitar a prova e violar a norma Constitucional?

Há correntes em todas as direções. Há aqueles que defendem que a prova, desde que comprove o fato alegado, deve sempre ser considerada, independente de serem ilícitas. Outra corrente defende que elas nunca podem ser utilizadas. A terceira corrente utiliza-se da teoria da proporcionalidade para determinar, em cada caso concreto, se a prova ilícita pode ou não ser utilizada.

Como informa LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO¹⁰³, a primeira corrente – que pugna pela possibilidade de utilização da prova ilícita – defendia o uso de tais provas em nome de dogmas como o “livre convencimento” e a “verdade real”.

¹⁰² LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO. “Provas Ilícitas – Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas”. Editora Revista dos Tribunais. 2003. p. 43.

¹⁰³ “Provas Ilícitas...”. op. cit. pp. 44-45.

Além disso, o interesse coletivo de ter um processo resolvido da forma correta deveria sobrepujar qualquer forma de irregularidade jurídica na produção de tal prova.

Sobre a violação da Constituição e, eventualmente, de determinadas leis para a busca de tal prova ilícita não é, necessariamente, um problema para os defensores dessa teoria. A punição ou não do agente que obteve a tal prova ilícita não é um impeditivo para que tal prova seja utilizada.

Já a segunda corrente, que rejeita qualquer tipo de prova ilícita, o faz, basicamente, em nome do princípio da moralidade dos atos praticados pelo Estado. Isso porque, se a prova é ilícita, ela ofende o direito e se torna inadmissível.¹⁰⁴

Além disso, os defensores de tal proibição entendem que ao aceitar esse tipo de prova estar-se-ia violando a Constituição – que proíbe a prova ilícita. Assim, em respeito ao ordenamento jurídico, essa prova nunca poderia ser utilizada.

A terceira corrente é o meio do caminho entre as duas anteriores. Por tal corrente, deve-se utilizar a teoria da proporcionalidade para verificar se a prova pode ou não ser utilizada.

Segundo CÉSAR DARIO MARIANO DA SILVA¹⁰⁵, *“o princípio (ou teoria) da proporcionalidade foi desenvolvido na Alemanha Federal e preceitua que havendo interesses conflitantes, deverão ser sopesados a fim de ser verificado qual preponderará em determinado caso concreto”*.

Para RICARDO RABONESE, essa corrente é uma construção doutrinária e jurisprudencial que é utilizada para que o julgador proceda a uma escolha, em cada caso concreto, entre os valores constitucionalmente relevantes posto em confronto.¹⁰⁶

A idéia por traz desse princípio é que nenhum princípio constitucional é absoluto. Assim, o princípio da proibição da produção da prova ilícita também não seria

¹⁰⁴ FERNANDA LETÍCIA SOARES PINHEIRO. “Princípio da Proibição...”. op. cit. p. 121.

¹⁰⁵ “Provas Ilícitas”. Editora Forense. 4ª edição. 2005. p. 21.

¹⁰⁶ “Provas Obtidas por Meios Ilícitos”. Editora Síntese. 4ª Edição. p. 25.

absoluto, permitindo-se, assim, que o julgador avaliasse se naquele caso concreto o prova poderia ser utilizada.

Dessa forma, em determinados casos, a prova ilícita poderia ser admitida. Um exemplo dessa possibilidade é a prova ilícita em benefício do réu, em especial no caso de processo penal – e, por conseqüência, na investigação de infração da ordem econômica. A justificativa clara é que ao fazer-se o cotejamento entre uma condenação injusta e a utilização de uma prova ilícita, essa última deve prevalecer.

Entretanto, a questão fica mais complexa quando se trata de prova a ser utilizada pela acusação. Na opinião de CÉSAR DARIO MARIANO DA SILVA¹⁰⁷, a prova ilícita poderia ser utilizada contra acusados de crimes gravíssimos. Isso porque, esse princípio não poderia sobrepor-se ao interesse da sociedade em ver retirado de seu convívio pessoa que seria capaz de atos tão bárbaros.

Essa posição de CÉSAR DARIO MARIANO DA SILVA pode ser utilizada para demonstrar as principais críticas que são feitas ao uso de tal teoria.

Talvez a principal crítica a tal teoria seja que ela possui um grande subjetivismo, pois parte de seus elementos essenciais – interesses e valores – são abstratos, conforme assevera LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO¹⁰⁸.

Em nossa opinião, permitir que toda e qualquer prova ilícita seja utilizada em um processo concorrencial é uma clara violação à Constituição Federal e à Lei de Processo Administrativo e não pode ser aceita de forma alguma. Assim, acreditamos que a primeira corrente não pode ser aplicada.

Com relação às demais correntes, entendemos que a prova ilícita somente pode ser aceita para beneficiar o réu e nunca para a sua acusação. De fato, ao permitir a existência de uma prova ilícita em um processo concorrencial estar-se-ia, apenas, incentivando a violação da lei por parte da administração pública, algo impensável, em

¹⁰⁷ “Provas Ilícitas”. op. cit. p. 24.

¹⁰⁸ “Provas Ilícitas ...”. op. cit. pp. 66-67.

especial considerando os princípios da legalidade e da moralidade da administração pública.

Utilizar-se de uma prova ilícita em um processo concorrencial para ver condenada determinada conduta parece significar que os fins (condenação) justificam os meios (prova ilícita). Entretanto, em nossa opinião, não se pode admitir que a administração pública tenha que infringir as leis para condenar alguém. Se isso é necessário, então o Poder Público não é melhor do que o particular que infringiu a Lei de Defesa da Concorrência.

III.8 Da Prova Ilícita por Derivação (Teoria dos Frutos da Árvore Venenosa)

É pacífico que o ordenamento jurídico brasileiro baniu a possibilidade do uso de provas ilícitas em qualquer tipo de processo, inclusive o processo concorrencial. A questão que se põe agora é o que fazer com as provas obtidas licitamente, mas que foram originadas de uma prova ilícita. Tal resposta não é tão simples quanto a anteriormente apresentada.

Em processo concorrencial, tem-se como exemplo de prova ilícita por derivação o recebimento pela SDE de determinada prova emprestada de um processo criminal que, posteriormente, foi declarada ilícita. Ocorre que com base em tal prova, a SDE instaura um processo concorrencial para investigar uma determinada conduta e no curso desse processo ouve uma testemunha que afirma a existência da conduta. Essa última prova foi produzida licitamente, mas teve origem na prova declarada ilícita. Assim, essa prova testemunhal é válida ou inválida?

A discussão sobre a prova ilícita por derivação já foi travada pelo STF que incorporou a doutrina norte-americana conhecida como “the fruits of the poisonous tree doctrine” (teoria dos frutos da árvore venenosa).

Tal doutrina foi trazida no julgamento do HC 69.912 RS, em 16 de dezembro de 1993, tendo como relator, o I. Ministro Sepúlveda Pertence. Em tal processo discutiu-se a condenação em processo criminal que teve como base provas consideradas ilícitas

(interceptação telefônica) e provas a princípio lícitas, mas que foram derivadas das provas ilícitas.

Nas palavras do Relator: *“vedar que se possa trazer ao processo a própria ‘degravação’ das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas, que sem tais informações, não colheria, evidentemente, é estimar e, não, reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina de conversa privada”*.

Assim sendo, tem-se que a prova ilícita contamina todas as provas dela derivadas. Esse ponto é importante para o processo concorrential, uma vez que é possível que as autoridades de defesa da concorrência produzam ou recebam provas e com base em tais provas, produzam outras ou decidam-se pela condenação das representadas. Entretanto, caso essas provas sejam julgadas ilícitas, todo o processo concorrential pode ser anulado.

Entretanto, esse entendimento não é pacífico nem na doutrina nem na jurisprudência (a decisão do HC mencionado acima foi por maioria).

Inicialmente, cabe notar que há situações onde a prova derivada seria obtida mesmo sem que se utilizasse a prova considerada ilícita. Ora, se a prova derivada não guarda nenhuma relação com a prova ilícita, parece razoável admitir que essa não estaria contaminada pela prova ilícita.

Para LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO, se a prova ilícita foi tomada com violação aos valores fundamentais, tais como a vida, a integridade física, a privacidade ou a liberdade, esse ilicitude passa para as provas derivadas delas.¹⁰⁹

Por outro lado, há doutrinadores que entendem que a prova derivada não é ilícita. Assim, a visão de CÉSAR DARIO MARIANO DA SILVA¹¹⁰ é que *“não vemos como não admitir no processo uma prova somente porque ela teve origem em uma prova ilícita. Se as provas angariadas, mesmo derivadas de uma ilícita, obedecerem a*

¹⁰⁹ “Provas Ilícitas ...” op. cit. pp. 72-73.

¹¹⁰ “Provas Ilícitas” op. cit. p. 31.

todos os princípios constitucionais e processuais, não há como desprezá-las e deixar criminosos impunes, uma vez que o Processo Penal visa a busca da verdade real e a punição de pessoas que atentem contra a ordem pública.”

Acreditamos que a posição esposada pelo I. Min. Sepúlveda Pertence no HC anteriormente citado é a mais correta. Admitir-se o uso da prova derivada de uma prova ilícita seria o mesmo que convidar o poder público a praticar a prova ilícita. Isso porque, com base nessa prova ilícita bastaria gerar uma prova lícita para se conseguir uma condenação. O objetivo da Constituição foi, claramente, rejeitar qualquer tipo de prova ilícita.

Adotar outro entendimento é, em nossa opinião, ir contra a proibição constitucional do uso da prova ilícita e criaria, na verdade, um estímulo para produção de tal prova.

IV. DA PROVA ECONÔMICA

IV.1 Conceituação

A prova econômica é uma prova típica dos processos concorrenciais. De fato, como já indicado acima, a interação entre a economia e o direito em matéria de defesa da concorrência é muito próxima.

Diversos conceitos econômicos são utilizados no dia-a-dia de processos concorrenciais. Os principais conceitos do direito da concorrência, como, por exemplo, mercado relevante, barreiras à entrada e eficiências, são conceitos eminentemente econômicos. Como tal, é necessária a presença de economistas para a análise dessas questões. Nesse sentido, uma simples leitura da agenda do CADE¹¹¹ verifica-se que diversas reuniões contam com a presença de advogados e economistas.

O fato é que cada vez mais a assessoria econômica é necessária para a elucidação de processos concorrenciais, em especial dos processos mais complexos, por exemplo, atos de concentração que gerem uma concentração mais significativa ou mesmo determinados tipos de infração da ordem econômica.

Com isso, verifica-se cada vez mais a apresentação de pareceres econômicos para tentar demonstrar que a operação pode ser aprovada – no caso das requerentes – ou que a operação não pode ser aprovada – no caso de impugnantes – ou, ainda, que a conduta não causou prejuízos à ordem econômica e, por essa razão, a conduta não deve ser sancionada.

Tais pareceres são juntados como uma prova documental. Por essa razão, devem seguir todos os trâmites necessários para tal tipo de prova (para mais detalhes sobre a prova documental, favor reportar-se ao item V.1 abaixo). Nesse ponto, há uma pequena observação a ser feita, apesar da Lei de Defesa da Concorrência estabelecer que as partes podem juntar documentos até o encerramento da instrução processual, o que

¹¹¹ A agenda do CADE está disponibilizada no sítio eletrônico da autarquia (www.cade.gov.br) e serve para dar publicidade para todas as audiências e eventos marcados com os Conselheiros do CADE.

significa que não é possível juntar tal tipo de prova quando o processo tiver chegado ao CADE, na prática, até mesmo para respeitar o livre convencimento motivado do julgador, os Conselheiros do CADE permitem que tal prova seja produzida e apresentada quando o processo já se encontrar no CADE. Isso significa que as partes podem esperar a opinião da SEAE e da SDE e contratar economistas para tentar rebater os argumentos apresentados por tais órgãos.

Outro ponto a ser apresentado diz respeito à natureza jurídica dessa prova. Como indicado acima, entendemos que o parecer econômico apresentado trata-se de prova documental e não de prova pericial. Isso porque, tal parecer, como regra, não é solicitado pelo Conselheiro do CADE para tentar elucidar alguma questão técnica específica. Além disso, o Conselheiro não indica quem deve ser o perito e nem estabelece quais são os requisitos que o parecer deve buscar responder, da mesma forma, não é dado direito às partes apresentarem quesitos técnicos para serem respondidos. Por fim, tal parecer é contratado por uma parte para tentar demonstrar que os seus argumentos são os corretos. Com isso, tem-se que o parecer econômico é uma prova documental e não pericial.

Adicionalmente, entendemos que esse tipo de prova é similar ao instituto do *amicus curiae*, que será melhor explicado no item IV.3 abaixo.

IV.2 Problematização

Há alguns problemas que precisam ser abordados sobre esse tipo de prova. O primeiro deles diz respeito à amplitude dos conceitos econômicos. De fato, eles são extremamente vagos e amplos.

Alguns exemplos desse tipo de conceito podem ser obtidos ao analisar determinadas publicações da conceituada Seção de Direito Concorrencial da *American Bar Association*.

O primeiro de tais exemplos é sobre a definição de poder de mercado:

“Economists define ‘market power’ as the ability of a firm, or group of firms within a market to profitably charge prices above the competitive level for a sustained period of time. Although any firm can raise its price, not every firm can profitably do so. As a result, a distinguishing characteristic of a firm or group of firms with market power is that their prices can be raised without the firm or group of firms losing so many sales that the price increase is unprofitable. If there are close substitutes or others could easily begin producing close substitutes, a firm will not profit from a price increase and thus, by definition, does not have market power.”^{112 113}

Outro exemplo que pode ser citado é sobre como a Seção de Direito Concorrencial da *American Bar Association* recomenda que os membros do júri devem ser instruídos com relação a uma conduta anticoncorrencial:

*“The difference between anticompetitive conduct and conduct that has a legitimate business purpose can be difficult to determine (...). In determining whether defendant’s conduct was anticompetitive or whether it was a legitimate business conduct, you should determine whether the conduct is consistent with competition on the merits, whether the conduct provides benefits to consumers, and whether the conduct would make business sense apart from any effect it has on excluding competition or harming competitors.”*¹¹⁴

O nível de subjetividade em ambos os trechos é muito grande. No primeiro, deve-se verificar se a empresa, ou grupo de empresas, pode aumentar seu preço e lucrar com esse aumento. Se isso for possível ela deterá poder de mercado, se isso não for possível ela não deterá poder de mercado. A questão a ser feita é como saber o que vai acontecer em um futuro que a empresa aumentou seus preços. Qual é a essencialidade do produto para verificar se os consumidores continuarão comprando esses produtos? Ora, pode-se estimar algum evento futuro, mas nunca será totalmente preciso.

¹¹² ABA Section of Antitrust Law. “Market Power Handbook”. ABA Publishing. 2005. pp. 1-2.

¹¹³ Ao comentar essa passagem Edwin S. Rockefeller em seu livro “The Antitrust Religion” diz: “In other others, you have market power if you have market power.”

¹¹⁴ ABA Section of Antitrust Law. “Model Jury Instructions in Civil Antitrust Case”. ABA Publishing. 2005. pp. C-27.

Um exemplo da dificuldade de mensurar determinados eventos futuros é o Ato de Concentração 08012.002088/2000-03¹¹⁵. Durante a análise dessa operação a SEAE entendeu que as requerentes teriam uma participação muito significativa no mercado de Catchups – da ordem de 53%. Além disso, verificou que as barreiras à entrada seriam suficientes para impedir a entrada de novos agentes econômicos. Ocorre que durante a análise dessa operação (que levou cerca de 5 anos), as requerentes demonstraram que houve uma entrada significativa de novas empresas nesse mercado após a operação, cerca de pelo menos 80 novas marcas foram lançadas.

Com isso, com essa análise do que de fato ocorreu no mercado relevante em questão, pode-se aprovar a operação no mercado de Catchups.

No segundo trecho temos a informação que o júri deveria ser instruído a considerar se a determinada conduta da empresa fazia sentido do ponto de vista do negócio (“make business sense”). A primeira pergunta que surge é como pessoas leigas (no caso os membros do júri) podem avaliar se a conduta fazia ou não sentido para o negócio?

Mesmo considerando pessoas com um grau maior de instrução, tal como os Conselheiros do CADE ou juízes togados, como eles poderiam avaliar se aquela determinada conduta fazia sentido para a empresa?

Para saber se uma determinada conduta fazia ou não sentido do ponto de vista da empresa é preciso conhecer em profundidade o mercado de atuação da empresa e a própria política da empresa. Entretanto, na maior parte dos casos não é possível que o julgador conheça em todos os detalhes o mercado relevante daquela empresa. Isso porque, cada Conselheiro do CADE, por exemplo, sempre recebe diversos casos cada um tratando de um mercado relevante distinto.

Mesmo considerando que o Conselheiro estude o mercado, como regra, esse estudo é baseado em respostas a ofícios que as partes e terceiros (clientes, fornecedores e concorrentes) recebem. Entretanto, dificilmente ele conseguiria ter a visão prática

¹¹⁵ Requerentes: Arisco Produtos Alimentícios S/A, Best Foods e Refinaria de Milho, Brasil Ltda. – RMB.

daquele mercado. Sem isso, não é possível saber se a conduta sob investigação faria sentido do ponto de vista da empresa.

Por exemplo, em um determinado mercado pode ser que a empresa líder faça acordos de exclusividade com os principais distribuidores. Essa conduta teria o condão de prejudicar a concorrência, vez que as demais concorrentes não conseguiriam distribuir seus produtos através dos principais distribuidores.

Ocorre que ao analisar esse mercado pode-se chegar a uma conclusão de que é praxe que o fornecedor faça investimentos pesados no distribuidor de forma a adequá-los à venda de seus produtos e de treinar os funcionários para demonstrar o uso dos produtos. Nessa situação, deixar que concorrentes possam vender em tais distribuidores seria incentivar o chamado “free-rider”, ou seja, aquele que aproveita o investimento realizado por outra empresa de modo a não ter os custos de tal investimento e apenas os benefícios. Tal prática é rejeitada pelo direito brasileiro.

O fato é que não se espera de um juiz togado o conhecimento técnico-científico de micro economia necessário para julgar um processo concorrencial¹¹⁶, da mesma forma que não se espera conhecimento técnico-científico para, por exemplo, julgar um caso de erro médico. Assim, é cada vez mais comum o uso de pareceres econômicos para tentar convencer o julgador que no pós-operação o mercado se comportará de forma tal que as empresas fundidas não poderão causar nenhum prejuízo ou que a conduta investigada não era anticoncorrencial.

Entretanto, para LUÍS FERNANDO SCHUARTZ, no relacionamento entre direito e economia na política de defesa da concorrência é cada vez mais comum que particulares usem linhas de argumentação mais sofisticadas baseadas em teorias econômicas, entretanto, a utilização de tais ferramentas contrasta com a reduzida quantidade e, até mesmo, qualidade, dos dados disponíveis para garantir a aplicabilidade dos argumentos ao caso concreto.¹¹⁷

¹¹⁶ Aliás, esse tipo de conhecimento não é obrigatório nem mesmo para conselheiros do CADE, que, nos termos da lei podem ter notório saber jurídico ou econômico.

¹¹⁷ “Quando o Bom é o Melhor Amigo do Ótimo. A Autonomia do Direito perante a Economia e a Política da Concorrência”, *in* Revista de Direito Administrativo, n. 245, 2007, pp. 96-127.

Além do ponto levantado pelo ex-Conselheiro Schuartz citado acima, outra questão relevante a ser respondida diz respeito ao fato da economia não ser uma ciência exata. Assim, não é possível, em questões econômicas, ter uma única resposta correta. Nesse sentido, como decidir qual é a resposta mais correta para cada caso concreto?

Além disso, é importante avaliar como e quais são os critérios que precisam ser levados em consideração para que a autoridade possa aceitar um estudo econômico em matéria concorrencial.

Dessa forma, nos próximos itens trataremos, primeiro, das questões relevantes sobre o instituto do *Amicus Curiae*, posteriormente será feita uma análise do caso *Daubert*, da jurisprudência norte-americana. Tal caso é considerado um divisor de águas em matéria de aceitação de prova científica.

Após essa parte, serão analisados os impactos da prova econômica em atos de concentração, em investigações de infração da ordem econômica e em ações judiciais que visam a obtenção de indenização por infração da ordem econômica.

Nessas análises, pretendemos buscar a experiência norte-americana¹¹⁸ e européia¹¹⁹ sobre o uso de provas econômicas em processos concorrenciais. Isso porque, tais jurisdições são muito mais maduras que a brasileira em matéria concorrencial, ou seja, há lições importantes para aprender dessas jurisdições.

IV.3 Do Instituto do *Amicus Curiae*

Inicialmente cumpre explicar o significado da expressão “*amicus curiae*”. A palavra latina “*amicus*” corresponde a “amigo”. Já “*curiae*” refere-se a cúria, justiça.¹²⁰

¹¹⁸ A experiência norte-americana em processos concorrenciais é centenária. De fato, a primeira legislação norte-americana sobre defesa da concorrência data do fim do século XIX.

¹¹⁹ Desde o início da Comunidade Européia, já havia artigos prevendo defesa da concorrência.

¹²⁰ Conforme Paulo Rónai, “Não Perca seu Latim”. p. 25.

Essa expressão é largamente usada pela doutrina e jurisprudência. Entretanto, a única menção a tal expressão na legislação brasileira é na Resolução 390/2004 do Conselho da Justiça Federal, que dispõe sobre o regimento interno da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais.¹²¹

Cabe, também, destacar a origem desse instituto. Apesar da doutrina e jurisprudência norte-americanas apontarem sua origem no direito romano, é mister reconhecer que é no direito inglês que surgem referências de maneira sistemática. Os tribunais ingleses possuíam ampla liberdade para definir a admissão do *amicus curiae*, bem como as possibilidades e os limites de sua atuação em cada caso concreto.

No entanto, foi nos Estados Unidos que esse instituto alcançou maior relevância. A doutrina e a jurisprudência norte-americanas apontam a existência de dois grupos de *amicus curiae*: os “*amici*” governamentais e os “*amici*” privados ou particulares. O primeiro grupo pleiteia sua intervenção em juízo em busca da tutela de um interesse público, já o segundo grupo tende a ingressar em juízo para a tutela de interesses próprios.

A intervenção dos “*amici*” privados é bastante criticada na doutrina norte-americana, sobretudo os que pretendem atuar como verdadeiros litigantes, burlando os mecanismos que a lei processual dispõe sobre a participação de um terceiro no processo. Assim sendo, observa-se que a figura do *amicus curiae* nos Estados Unidos atualmente é muito mais interessada e parcial na busca da tutela de direitos próprios, desvirtuando a concepção originária do instituto.¹²²

No âmbito do direito brasileiro a figura do *amicus curiae* possui atuação bem mais limitada e que desperta ainda muita discussão na doutrina e na jurisprudência.

¹²¹ No art. 23, parágrafo 1º dessa Resolução há a permissão para que eventuais interessados, entidades de classe, associações, organizações não-governamentais “na função de *amicus curiae*” apresentem memoriais e façam sustentação oral nos julgamentos.

¹²² CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, “*Amicus Curiae* no Processo Civil Brasileiro - um terceiro enigmático”. 2ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2008. pp. 87- 108. Interessante destacar os índices que o autor apresentou sobre a atuação do *amicus curiae* no foro americano: “(...) entre 1970 e 1980, 53,4% de todos os casos não comerciais pendentes de julgamento na Suprema Corte americana receberam, de alguma forma, petições (manifestações) de ‘*amici curiae*’. Em 1993 e 1995, o número passou para 89% dos casos, e, não obstante, eles continuam a ser admitidos perante aquela corte, em função do benefício que trazem para a qualidade da prestação jurisdicional. No ano judiciário de 1998 a 1999, 95% dos casos apreciados pela Suprema Corte americana tinham pelo menos um *amicus curiae*.” p. 107.

CÁSSIO SCARPINELLA BUENO considera essencial para a caracterização do *amicus curiae* “a busca, em juízo, da tutela de interesses ou direitos não subjetivados nas partes litigantes nem, propriamente, nele, *amicus*, mas que têm o condão de influenciar, de forma mais ou menos intensa, o julgamento da causa. Interesses ou direitos que já estão postos perante o juízo, ainda que de forma pouco perceptível ou que, mercê de sua grande dispersão na sociedade civil ou nos próprios pólos do Estado, mostram-se carentes de adequada consideração.” Para o autor o *amicus curiae* teria a função de canalizar aqueles interesses ou direitos levando-os ao Estado-Juiz.¹²³

No caso específico da prova econômica, que será melhor explorada nos itens abaixo, ela se equivale a um *amicus curiae*, na medida em que sua função precípua é formar a convicção do juiz que julgará o caso. Isso decorre do fato de que nos ordenamentos jurídicos que lidam tradicionalmente com esse instituto, o portador de informações não-jurídicas para a autoridade julgadora é o *amicus curiae*. Ou seja, cabe a ele levar ao julgador dados extrajurídicos necessários para que o julgador possa decidir o caso.¹²⁴

Como ensina CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, no direito brasileiro acostumou-se com o fato de que tais informações eram trazidas pelo perito quando da produção de uma prova pericial. Entretanto, há uma semelhança entre o perito e a figura do *amicus curiae*.¹²⁵ Ocorre que em determinadas situações os *amici* são portadores de informações estranhas ao conhecimento do julgador, sendo certo que seu conhecimento fará com que haja uma decisão melhor.¹²⁶

Do ponto de vista do processo concorrencial, entendemos que a apresentação de pareceres técnicos com estudos econômicos é uma espécie de *amicus curiae*. Destarte, apesar de tais estudos serem contratados, eles servem para ajudar o conselheiro do CADE a melhor entender a mecânica e as características do mercado. Tais estudos

¹²³ “*Amicus Curiae* no ...”. op. cit. p. 668.

¹²⁴ CÁSSIO SCARPINELLA BUENO “*Amicus Curiae* no ...”. op. cit. p. 436.

¹²⁵ Cabe notar que o *amici* não substitui o perito.

¹²⁶ “*Amicus Curiae* no ...”. op. cit. pp. 436-437.

também corroboram ao apresentarem cálculos econométricos sobre diversos aspectos da operação.

Resta claro que o fato dos estudos terem sido contratados pode significar que sua imparcialidade seja questionada. Entretanto, se tal estudo contiver determinados requisitos, que serão melhor explorados no item IV.4. abaixo, é possível concluir que a força probante dele é maior do que a de estudos que não contenham tais requisitos.

IV.4 O Caso *Daubert*

Da mesma forma, os tribunais norte-americanos sempre lidaram com questões sobre o uso de provas científicas para a análise de determinadas questões importantes para a resolução de certas ações judiciais. Até porque a permissão para peritos testemunharem tanto em questões de fato quanto em questões de opinião está baseada na premissa de que eles apresentam um conhecimento que está fora do dia-a-dia do Poder Judiciário.

Atualmente o principal precedente do direito norte-americano sobre o uso de provas científicas em processos judiciais é o caso *Daubert*¹²⁷. Esse caso envolvia a alegação de que o remédio Bendectin, produzido pela empresa ré, quando ingerido por mulheres grávidas causaria defeitos de nascença nas crianças.

O autor da ação utilizou-se de provas científicas baseadas em estudos com animais, estudos farmacológicos da estrutura química do Bendectin e em re-análises dos estudos epidemiológicos já publicados sobre esse medicamento.

A empresa ré, por sua vez, utilizou-se de um depoimento de um médico e epidemiologista que, ao rever os estudos já publicados sobre esse medicamento, não encontrou nenhuma indicação de que ele causaria defeitos de nascença em humanos.

¹²⁷ *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* 509, U.S. 579, 1993.

Até esse caso, a jurisprudência norte-americana entendia que a prova científica para ser aceita precisava ser relevante e ter aceitação geral¹²⁸. Por causa disso, a prova científica dos autores da ação *Daubert* foi, inicialmente, recusada.

Entretanto a Suprema Corte daquele país, ao analisar o recurso interposto, explicou que as regras sobre provas (*Federal Rules of Evidences*), em especial a regra 702¹²⁹, tornaram o caso *Frye* obsoleto e a aceitação geral não deveria ser o único critério para a aceitação de provas científicas¹³⁰.

Além disso, a decisão indicou que os juízes deveriam agir como “guardiães” ao verificar que tais provas seriam relevantes e confiáveis. Ou seja, os juízes não poderiam deixar que apenas a comunidade científica decidisse se a prova é ou não aceita – derrubando desta forma a argumentação da aceitação geral.

Com isso, a confiabilidade da prova passou a ser baseada na sua “validade científica”, que implica ela ser baseada em métodos e procedimentos da ciência. No caso *Daubert*, a Suprema Corte norte-americana apresentou uma lista de fatores que os juízes devem considerar para determinarem se uma teoria ou metodologia é cientificamente válida. Os fatores são: (i) se ela pode ser (e foi) testada¹³¹; (ii) se ela foi submetida à revisão da comunidade científica e publicada¹³²; (iii) a sabida ou potencial probabilidade de erro¹³³; (iv) a existência e manutenção de padrões de controle da operação da técnica¹³⁴; e (v) se ela é geralmente aceita pela comunidade científica¹³⁵.

¹²⁸ *Frye v. United States*, 293 F. 1013. 1923.

¹²⁹ A Regra 702 diz que: “If Scientific, technical, or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue, a witness qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education, may testify thereto in the form of an opinion or otherwise, if (1) the testimony is based upon sufficient facts or data, (2) the testimony is the product of reliable principles and methods, and (3) the witness has applied the principles and methods reliably to the facts of the case.”. Cabe notar que essa redação é alterada em 2000. Antes dessa alteração, ou seja, a regra analisada pela Suprema Corte parava na palavra “otherwise”.

¹³⁰ LLOYD DIXON e BRIAN GILL “Changes in the Standard for Admitting Expert Evidence in Federal Civil Cases Since the *Daubert* Decision”. RAND Institute for Civil Justice. 2001. p. 2.

¹³¹ Tradução livre de “whether it can be (and has been) tested”.

¹³² Tradução livre de “whether it has been subjected to peer review and publication”.

¹³³ Tradução livre de “the known or potential rate of error”.

¹³⁴ Tradução livre de “the existence and maintenance of standards controlling the technique’s operation”.

¹³⁵ Tradução livre de “whether it is generally accepted in the scientific community”.

Cabe notar que os juízes não estão obrigados a considerar esses fatores em todos os casos, além disso, outros fatores poderão ser utilizados pelos juízes.¹³⁶

Após esse caso, os tribunais norte-americanos trataram de diversos outros que complementaram esse entendimento. Dentre eles, pode-se citar o precedente *Kumho Tire*¹³⁷. Nele a Suprema Corte reconheceu que os fatores mencionados em *Daubert* devem ser aplicados a todos os casos envolvendo “ciências sociais”, tais como o direito da concorrência. A Corte também entendeu que tais fatores são ilustrativos do que os juízes devem considerar, entretanto, eles não são nem mandatórios nem exaustivos.

No caso específico da teoria econômica, os depoimentos de especialistas estão indo relativamente bem, apesar do aumento do padrão para admissibilidade dos depoimentos. Além disso, os tribunais norte-americanos estão aceitando melhor os depoimentos de profissionais que também utilizaram essa experiência em situações que não envolvam um litígio.¹³⁸

Com isso, pode-se dizer que ao analisar um estudo econômico – que não deixa de ser um trabalho científico – o julgador pode utilizar, basicamente, três pontos muito importantes para verificar como aceitar tal estudo, quais sejam: (i) qualificação do autor do estudo econômico; (ii) confiança nos resultados do estudo; e (iii) adequação do estudo ao caso concreto.

Outro fator importante para ser considerado é se o autor de tal estudo também já se utilizou da metodologia do estudo para atividades que não sejam meramente litigiosas. Já que o uso daquela metodologia ou teoria apenas para casos litigiosos pode indicar que o estudo foi tendencioso para apontar o resultado desejado pelo contratante do autor.

Assim, com todos esses pontos é possível verificar se o parecer econômico tem ou não credibilidade. Desta forma, é possível que o julgador tenha melhores e mais

¹³⁶ LLOYD DIXON e BRIAN GILL “Changes in the Standards ...”. op. cit. p. 3.

¹³⁷ *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 526, U.S. 137, 1999

¹³⁸ THOMAS R. IRELAND “The *Daubert* Decision and Forensic Economics – an Overview”. *Journal of Forensic Economics* 10(2). 1997. p. 122.

corretas informações sobre o mercado e/ou a conduta em análise para decidir da melhor forma possível.

IV.5 Da Prova Econômica em Atos de Concentração

Em atos de concentração o uso de prova econômica pode ser fundamental para a conclusão se uma determinada operação pode ou não ser aprovada e quais são as condições para tal aprovação.

Os atos de concentração podem ser divididos em horizontais, verticais e conglomerados. O primeiro tipo – horizontais – são aqueles em que participam da operação duas ou mais empresas concorrentes e, por isso, gera-se uma concentração horizontal. O segundo – verticais – envolvem empresas que estão em diferentes níveis da cadeia de produção, ou seja, envolve, por exemplo, um fornecedor de matéria-prima e um produtor do produto final. O último tipo – conglomerado – envolve empresas que não estão nem horizontalmente nem verticalmente integradas.

Cada tipo de ato de concentração necessita de uma análise diferente para que se chegue a uma conclusão se a operação pode ou não ser aprovada.

Atos de concentração horizontal são os que potencialmente mais riscos trazem para a concorrência. Assim, há, como em outros países, um Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal¹³⁹ (o “Guia”). Conforme tal Guia, em atos de concentração horizontais a autoridade deve definir o mercado relevante envolvido, as participações de mercado das empresas que atuam em tal mercado, as condições de entrada, a potencial reação das demais empresas atuantes em tal mercado – também chamado de rivalidade –, o impacto de importações e, por fim, as eficiências geradas por tal operação.

Tem-se, com isso, que toda a análise é baseada em teoria econômica e no que pode acontecer no futuro. Assim, o uso de estudos econômicos é muito importante para definir o resultado do processo.

¹³⁹ Aprovado pela Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50/2001.

Cabe fazer a análise de cada um desses itens e verificar aonde a prova econômica é importante e o que ela precisaria demonstrar em cada item.

O mercado relevante, nas palavras de PAULA FORGIONI, é definido como sendo *“aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado”*¹⁴⁰. Ou seja, é um conceito extremamente amplo. Além disso, a definição do mercado relevante leva em consideração dois aspectos o material e o geográfico.

Segundo o próprio CADE o mercado relevante de produto *“compreende todos os produtos/serviços considerados substituíveis entre si pelo consumidor devido às suas características, preços e utilização. Um mercado relevante do produto pode eventualmente ser composto por um certo número de produtos/serviços que apresentam características físicas, técnicas ou de comercialização que recomendem o agrupamento.”*¹⁴¹

Já o mercado relevante geográfico *“compreende a área em que as empresas ofertam e procuram produtos/serviços em condições de concorrência suficientemente homogêneas em termos de preços, preferências dos consumidores, características dos produtos/serviços. A definição de um mercado relevante geográfico exige também a identificação dos obstáculos à entrada de produtos ofertados por firmas situadas fora dessa área. As firmas capazes de iniciar a oferta de produtos/serviços na área considerada após uma pequena mas substancial elevação dos preços praticados fazem parte do mercado relevante geográfico. Nesse mesmo sentido, fazem parte de um mercado relevante geográfico, de um modo geral, todas as firmas levadas em conta por ofertantes e demandantes nas negociações para a fixação dos preços e demais condições comerciais na área considerada”*.¹⁴²

Para ajudar na definição, foi criado um teste chamado de “monopolista hipotético”. Em tal teste há a suposição de que a empresa participante da operação seja a única produtora daquele determinado produto. Nesse cenário, a pergunta que precisa ser feita é como os consumidores reagiriam “a um pequeno porém significativo e não

¹⁴⁰ “Os Fundamentos...”op. cit. p. 200.

¹⁴¹ Item 1.6.1 do Anexo V da Resolução CADE 15/1998.

¹⁴² Item 1.6.2 do Anexo V da Resolução CADE 15/1998.

transitório” aumento de preços¹⁴³. Se os consumidores passassem a comprar outros produtos e/ou comprar os produtos de outra região, então o mercado relevante deverá incluir o menor grupo de produtos/área geográfica onde seria factível a existência da concorrência.¹⁴⁴

Ocorre que durante um dos casos onde esse teste foi utilizado, houve um problema que ficou conhecido na literatura como a “Falácia do Celofane”. Tal problema surgiu em um caso envolvendo a empresa E. I. du Pont de Nemours & Co. (“Du Pont”)¹⁴⁵. A Du Pont era uma grande empresa produtora de celofane, respondendo por cerca de 75% de todo o celofane vendido nos Estados Unidos. Entretanto, caso o mercado fosse considerado como sendo o de embalagens flexíveis, a participação de mercado dela era reduzida para menos de 20%.

Ao se aplicar o teste do monopolista hipotético, verificou-se que em caso de aumento os clientes desse produto poderiam trocar o celofane por outras embalagens. Assim, o mercado relevante foi definido de uma forma mais ampla. Ocorre que descobriu-se que o preço do celofane não era um preço competitivo e sim um preço próximo ao de monopólio. Dessa forma, novos aumentos de preços fariam os clientes mudarem de produto. O problema é que se o preço utilizado para a elaboração do teste fosse o preço competitivo, talvez a resposta dos clientes fosse diferente e o mercado a ser considerado fosse o de celofane e não de embalagens flexíveis.

Assim, tem-se que o teste do “monopolista hipotético” é muito importante para definir o mercado relevante, entretanto é preciso ter cuidado com seu uso.

De qualquer forma, com base na definição de mercado relevante é possível saber se a empresa resultante da operação poderá deter uma participação de mercado significativa ou não. A importância de tal definição está no fato de que dependendo dessa participação de mercado a empresa deterá uma posição dominante e, nesse caso,

¹⁴³ Em geral o “pequeno porém significativo”, representa um aumento de 5% ou 10%.

¹⁴⁴ Cabe notar que tal teste também é utilizado tanto pelas autoridades norte-americanas quanto pelas autoridades européias.

¹⁴⁵ Caso 351 U.S. 377 (1956).

poderá exercer unilateralmente essa posição¹⁴⁶ ou, então, poderá haver a possibilidade de exercício coordenado de poder de mercado¹⁴⁷.

Com isso, verifica-se que se houver uma definição de mercado mais ampla a tendência é que a operação seja aprovada sem maiores restrições, pois a participação de mercado resultante será menor. Por outro lado, uma definição que seja mais restrita pode gerar maiores concentrações de mercado e, com isso, maiores restrições à operação.

Um exemplo de como essa definição é relevante são os atos de concentração da Vale¹⁴⁸. Os sete atos de concentração apresentados pela Vale foram julgados em conjunto e a decisão foi aplicar uma restrição sendo que a Vale poderia optar por desfazer da participação acionária adquirida em uma das operações notificadas – a aquisição da Ferteco – ou abrir mão das cláusulas de preferência constantes do Acordo Casa de Pedra¹⁴⁹.

A decisão por essa restrição foi feita, pois o mercado relevante foi definido em seu aspecto de produto como os diversos tipos de minério de ferro e geográfico como sendo a Região Sudeste.

A Vale, por sua vez, propunha que o mercado relevante geográfico deveria ser mundial. Isso porque, o preço do minério de ferro no mercado nacional era o preço do mercado internacional reduzindo o frete pago do porto brasileiro até o porto de destino. Além disso, a maior parte da produção brasileira era exportada. Com isso, a Vale

¹⁴⁶ Segundo o Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal, a possibilidade de exercício unilateral de mercado é presumida quando a empresa resultante detém 20% do mercado.

¹⁴⁷ Conforme tal Guia, para essa situação ser presumida, a participação da empresa no pós-fusão deve ser de pelo menos 10% e a participação combinada dos 4 maiores agentes econômicos deve ser de pelo menos 75%.

¹⁴⁸ Esses casos referem-se a 7 notificações envolvendo a atual Vale S.A.. Tais casos foram protocolados entre 2000 e 2001 e julgados em conjunto pelo CADE. Tais atos de concentração envolviam a aquisição integral ou do controle das mineradoras Socoimex, Samitri, Ferteco, MBR e Belém, além de dois atos de concentração envolvendo o descruzamento das participações acionárias da Vale e da Companhia Siderúrgica Nacional (“CSN”). Tais atos de concentração receberam os seguintes números: 08012.000640/2000-09, 08012.001872/2000-76, 08012.005226/2000-88, 08012.005250/2000-17, 08012.002838/2001-08, 08012.002962/2001-65 e 08012.006472/2001-38.

¹⁴⁹ Casa de Pedra é uma mina de propriedade da CSN. Por tal acordo, a Vale tinha direito de preferência na aquisição da mina caso a CSN decidisse vendê-la e também tinha direito de preferência pelo minério de ferro produzido em tal mina e não utilizado pela CSN.

tentava mostrar, com o uso de estudos econômicos, que o preço no Brasil teria que acompanhar o preço internacional.

Entretanto, durante a análise das operações verificou-se que os portos brasileiros estavam preparados para exportar minério de ferro, mas não para importar. Assim, não seria possível que consumidores desse produto no Brasil passassem a importar o produto em caso de aumento de preços por parte da Vale. Ou seja, se a Vale aumentasse seus preços em 5% ou 10% não seria possível aos seus clientes buscarem o produto em outra região que não a Sudeste. Por essa razão o mercado relevante foi definido de uma forma mais restrita.

Por causa dessa definição a participação de mercado da Vale ao final dos 7 atos de concentração foi muito significativa. Assim, o CADE entendeu que deveriam ser feitas as restrições anteriormente mencionadas. Por outro lado, se o mercado fosse considerado como mundial, a Vale teria uma participação significativamente menor e, talvez, tais restrições não fossem necessárias.

Após a definição do mercado relevante e da participação de mercado das empresas envolvidas na operação, às autoridades devem verificar se a empresa poderá exercer unilateralmente poder de mercado ou se a operação pode levar ao favorecimento de um exercício coordenado de poder de mercado. Os critérios para tais situações foram indicados anteriormente.

Se tais condutas não forem possíveis, a operação pode ser aprovada. Por outro lado, caso tais condutas sejam possíveis, às autoridades devem verificar se tal exercício é provável.

O primeiro fator analisado são as condições de entrada naquele mercado. A lógica é que se as barreiras à entrada¹⁵⁰ são pequenas, qualquer tentativa de abusar de uma posição dominante será combatida com a entrada de novos agentes econômicos que busquem os lucros superiores que aquele mercado está proporcionando.

¹⁵⁰ Barreiras à entrada podem ser definidas como qualquer fator que ponha o potencial competidor eficiente em desvantagem com relação aos agentes econômicos estabelecidos. “Guia para Análise...” parágrafo 52.

Tem-se, com isso, que uma operação que gere uma concentração maior pode ser aprovada sem restrições, caso haja provas de que a entrada no mercado é “provável”, “tempestiva” e “suficiente”. Nos termos do Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal, a entrada é provável se ela for economicamente viável a preços pré-concentração. Além disso, ela será tempestiva se for feita em até 2 anos contados do planejamento da entrada até a distribuição dos produtos. Outrossim, será suficiente se o novo entrante conseguir atender todas as oportunidades de venda.

Mais uma vez existem conceitos amplos e que precisam da ajuda de economistas para fazer essa análise de forma correta.

Na análise das barreiras à entrada, existem fatores que podem ajudar a delimitar se o mercado é ou não de difícil entrada. Entre esses fatores, o Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal cita os seguintes: (i) custos irre recuperáveis¹⁵¹; (ii) barreiras legais ou regulatórias¹⁵²; (iii) recursos de propriedade exclusiva de empresas instaladas¹⁵³; (iv) economias de escala e/ou escopo¹⁵⁴; (v) o grau de integração da cadeia produtiva¹⁵⁵; (vi) a fidelidade do consumidor às marcas estabelecidas¹⁵⁶; e (vii) a ameaça de reação dos competidores instalados¹⁵⁷.

Há diversos casos onde as barreiras à entrada foram analisadas. Um dos principais casos onde essa análise ocorreu foi no Ato de Concentração Nestlé/Garoto¹⁵⁸. Esse processo envolveu a aquisição da Chocolates Garoto S.A. pela Nestlé Brasil Ltda.

¹⁵¹ Custos irre recuperáveis são aqueles que não podem ser recuperados pela empresa quando ela decide deixar aquele mercado. O principal exemplo de tais custos são os gastos necessários com promoção, publicidade e formação de redes de distribuidores.

¹⁵² Essas são exigências criadas pelo governo para a instalação e funcionamento de empresas em determinados setores.

¹⁵³ Esses são fatores que podem dificultar a entrada, pois será necessário que a empresa entrante negocie com seu futuro concorrente para poder entrar no mercado.

¹⁵⁴ Economias de escala são as economias geradas pelo aumento no volume produzido. Já as economias de escopo são aquelas geradas pela produção conjunta de dois ou mais produtos.

¹⁵⁵ Esse fator é a exigência, ou não, da entrada simultânea em dois ou mais mercados, por exemplo, na produção e na distribuição dos produtos.

¹⁵⁶ Caso haja no setor analisado esse tipo de barreira, o novo entrante deverá investir valores maiores em marketing para conseguir atuar no mercado.

¹⁵⁷ Esse fator verifica como os demais agentes do mercado reagiriam a uma entrada. As barreiras serão maiores caso tais empresas adotem medidas com o objetivo de impedir a entrada de novas empresas.

¹⁵⁸ Ato de Concentração 08012.001697/2002-89.

Nesse caso houve a definição de quatro mercados relevantes¹⁵⁹. Em dois mercados a análise foi abreviada, pois a concentração gerada foi baixa – no mercado de balas e confeitos – e em outro, de achocolatados, a participação da Chocolates Garoto era muito pequena, assim, não havia nexo de causalidade entre a operação e o poder de mercado da Nestlé.

Entretanto, nos outros dois mercados a concentração gerada foi significativa (88,5% no mercado de coberturas para chocolate e 58,41% no mercado de chocolates sob todas as formas). Assim, foi necessário fazer a análise de barreiras à entrada para esses mercados.

Para fazer essa análise tanto as requerentes quanto outros agentes atuantes no mercado foram questionados sobre as barreiras à entrada nos dois mercados indicados acima. Entretanto, as informações apresentadas pelas requerentes foram diferentes das informações apresentadas pelos concorrentes.

Segundo o voto do conselheiro relator Thompson Andrade¹⁶⁰, a Lacta e a Cadbury – impugnantes do referido ato de concentração – indicaram que a escala mínima viável era de 30 mil toneladas por ano e o custo de entrada era por volta de US\$50 milhões. Já as requerentes estimaram uma escala mínima viável de 15 mil toneladas por ano e um custo de US\$31,5 milhões, mais R\$10 milhões para a rede de distribuição.

Ou seja, já há uma discussão preliminar que o Conselheiro do CADE precisa resolver, qual seja, em qual informação confiar? É claro que a tendência natural é que as requerentes informem que há poucas barreiras à entrada, já que essa informação deve favorecer a aprovação da operação. Da mesma forma, as impugnantes tendem a aumentar o nível das barreiras simplesmente para tentar dificultar a aprovação da operação.

¹⁵⁹ Os mercados foram definidos como: (i) balas e confeitos; (ii) achocolatados; (iii) cobertura de chocolate; e (iv) chocolates sob todas as formas. Em todos os mercados o âmbito geográfico foi nacional.

¹⁶⁰ Disponível no sítio eletrônico do CADE (www.cade.gov.br).

Assim, entendemos que o Conselheiro deve analisar o mercado com ambas as opções de informações recebidas e verificar se o resultado é diferente. Se o resultado for igual, não há necessidade de adotar-se um cenário em prejuízo do outro. Entretanto, se o resultado for diferente, será necessário escolher um cenário para basear suas conclusões.

Nessa forma, para decidir, o Conselheiro poderia seguir as indicações contidas no caso *Daubert* mencionado no item IV.4 acima. Caso essas indicações não sejam suficientes, ele deve atentar para a situação do mercado e verificar se alguma das informações é mais verossímil. Caso essas análises sejam inconclusivas, ou seja, não sendo possível saber qual dos cenários é o mais correto, entendemos que o Conselheiro deve adotar o cenário mais favorável às partes da operação. Esse entendimento é baseado no princípio de que em caso de dúvida deve-se decidir em favor do réu.

Não obstante, ao analisar os dados de escala mínima viável e de investimento necessário para entrada, o Conselheiro adotou os números das impugnantes e concluiu, mesmo utilizando-se de premissas favoráveis às requerentes, que o eventual novo entrante não conseguiria ter uma capacidade utilizada suficiente para continuar a operar no mercado.

Além desses fatores, utilizou-se de outras características específicas do mercado de chocolate. Entre as barreiras consideradas para esse mercado foi apontado o segredo industrial da formulação de chocolates, uma vez que cada região possui preferências em termos de sabores, texturas e outras características do gosto local. Assim, o novo entrante precisaria testar a aceitação da sua formulação antes de poder comercializar o produto.

Outra barreira desse mercado dizia respeito à fidelidade a marca. Para provar essa característica, utilizou-se uma pesquisa feita pelo Ipsos Inovation que demonstrou que a maior parte das pessoas já tem uma marca escolhida antes de entrar na loja, sendo que apenas 6% dos consumidores escolhem o chocolate pelo preço¹⁶¹. Foram feitas também análises de mercado para descobrir que a própria Nestlé levou três anos no

¹⁶¹ Voto do Conselheiro Thompson Andrade, p. 20.

processo de mudança da marca do chocolate “Lollo” para “Milkybar”¹⁶². Por fim, verificou-se que as marcas com maiores volumes de vendas eram antigas, sendo que a marca líder tinha 60 anos de mercado na época da notificação da operação¹⁶³.

Com esses pontos, o Conselheiro Relator entendeu que havia provas suficientes para concluir que as barreiras à entrada nesse mercado impediriam que novas empresas entrassem. Isso fez com que a análise do CADE nesse caso continuasse.

Ao contrário senso, caso houvesse provas de que as barreiras à entrada são baixas, a operação poderia ter sido aprovada. A ajuda de economistas para essa demonstração é importante, uma vez que é essa categoria de profissional que quantificará quais são as barreiras à entrada, indicando se a operação pode ou não ser aprovada.

Outro fator que pode levar à aprovação da operação é a existência de rivalidade entre as empresas atuantes no mercado. Ou seja, como as demais empresas do mercado vão reagir se a empresa resultante da operação resolvesse abusar de uma posição dominante? Caso a rivalidade seja grande, provavelmente as empresas envolvidas na operação não abusariam dessa posição, pois tenderiam a perder mercado. Por outro lado, caso a rivalidade não seja alta, é provável que tal abuso pudesse ocorrer, pois os concorrentes provavelmente também seguiriam as empresas que se uniram.

No Ato de Concentração Owens Corning e Saint Gobain¹⁶⁴, operação que envolveu a aquisição do negócio de fibra de vidros da Saint Gobain pela Owens Corning e que foi rejeitada pelo CADE, o Conselheiro Relator, Fernando de Magalhães Furlan, foi enfático ao mencionar que “*não há rivalidade resultante em território nacional pós-operação, com o que não se avançará nesse argumento*”¹⁶⁵.

¹⁶² Voto do Conselheiro Thompson Andrade, p. 19.

¹⁶³ Voto do Conselheiro Thompson Andrade, p. 20.

¹⁶⁴ Ato de Concentração 08012.001885/2007-11.

¹⁶⁵ Voto do Conselheiro Fernando Furlan, disponível no sítio eletrônico do CADE (www.cade.gov.br), p. 37.

No já mencionado caso Nestlé/Garoto, foram apresentados diversos pareceres econômicos e estudos econométricos indicando que haveria rivalidade e outros tantos indicando que não haveria essa rivalidade.

Dentre tais estudos há diversas simulações feitas. Para a realização de tais simulações é necessário assumir algumas hipóteses. Da mesma forma que no caso das barreiras à entrada, as hipóteses levantadas pelos pareceristas das requerentes eram mais favoráveis à aprovação da operação, enquanto que as hipóteses dos pareceres das impugnantes eram contrárias à operação. Críticas às hipóteses dos outros pareceristas foram feitas por ambos os lados.

No voto do Conselheiro Relator há a menção de um parecerista que responde às críticas recebidas afirmando que todos precisam adotar hipóteses para os respectivos modelos funcionarem. Assim, os resultados dependem dessas hipóteses. Em resposta o Conselheiro Relator informa que: “*certamente existem hipóteses e hipóteses, algumas são mais ou menos aceitáveis que outras, dependendo da realidade em que são aplicadas.*”¹⁶⁶ Além disso, durante esse tópico do voto, o Conselheiro Relator fez diversas ponderações sobre os métodos apontados pelos pareceres de forma a questionar as conclusões de tais estudos.

Ao final, o conselheiro, baseado nos pareceres apresentados, entendeu que a rivalidade existente não era suficiente para garantir que não haveria aumento de preços. De fato, os estudos indicaram que a rivalidade sozinha permitiria um aumento de preços da ordem de 12%.

Com esse exemplo, tem-se que a necessidade de estudos econômicos e econométricos é ainda mais importante para a correta conclusão das autoridades. Além disso, as hipóteses que tais estudos são baseados precisam ser razoáveis e guardar relação com a realidade do mercado. Assim, caso as hipóteses dos estudos estejam fora da realidade, é provável que o estudo não seja considerado pelo CADE.

¹⁶⁶ Voto do Conselheiro Relator, p. 34.

O quinto aspecto importante a ser analisado são os impactos da importação no mercado em estudo. Isso porque, se as importações forem viáveis, é possível que as empresas que se concentraram não abusem da sua posição dominante, pois os clientes poderiam importar os mesmos produtos, ou seja, a importação seria equivalente à entrada de um novo agente econômico no mercado.

Segundo o Guia, serão considerados como indícios razoáveis de que a importação é um fator que impede o abuso de poder dominante a situação onde a importação responda por pelo menos 30% do consumo aparente do Brasil em um prazo de até 1 ano.

Ou seja, se atualmente as importações são pequenas, mas elas poderão crescer para atingir esse nível nesse período, então as importações serão consideradas como suficientes para permitir a aprovação da operação.

No caso Owens Corning e Saint Gobain mencionado acima, o CADE considerou que em determinados mercados havia importações que eram próximas à marca estabelecida no Guia. Entretanto, o período analisado (primeiro semestre de 2008) foi caracterizado pela grande valorização do Real frente ao Dólar. Assim, o custo da importação era menor. Ou seja, a efetiva força das importações pode ter sido superestimada devido a esse fator.

De qualquer forma, o voto do Conselheiro Relator¹⁶⁷ indica como inferir a possibilidade de importar. Os fatores indicados foram: (a) informações de que os produtos importados tenham exercido uma disciplina efetiva nos preços domésticos, (b) as tarifas de importação, (c) os custos de internalização dos produtos importados, (d) a existência de barreiras não-tarifárias, (e) as preferências dos consumidores e (f) os preços internacionais.

Com isso, verifica-se que a prova desses fatores deverá ser feita para que as importações sejam consideradas como um método eficiente para impedir que as empresas que se uniram abusem de uma posição dominante. Isso resulta na necessidade

¹⁶⁷ Voto do Conselheiro Relator, p. 45.

de estudos de mercado que demonstrem a importância das importações. Outra forma importante para provar essa possibilidade está na realização de pesquisa junto aos clientes, uma vez que se os clientes indicarem que enxergam importações como viáveis, os Conselheiros do CADE tendem a ficar mais inclinados a aceitarem esse argumento.

Mesmo que todos os fatores anteriores indiquem que as empresas podem abusar de sua posição dominante no pós-fusão, ainda assim a operação pode ser aprovada, caso seja possível demonstrar que a operação gerará eficiências econômicas. Com tais eficiências haveria uma redução de custos da empresa no pós-fusão de volume tal que elas não precisariam aumentar seus preços para terem lucros maiores.

As eficiências econômicas são o único fator que indicam a aprovação de uma operação que estão expressamente previstas na Lei de Defesa da Concorrência. De fato, as eficiências econômicas que devem ser levadas em consideração estão previstas nos parágrafos 1º e 2º do art. 54 da Lei de Defesa da Concorrência¹⁶⁸.

Há poucos casos onde o plenário do CADE aceitou o argumento das eficiências para a aprovação da operação. Talvez um dos primeiros tenha sido o Caso Química da Bahia¹⁶⁹.

Essa operação envolveu a aquisição, pela Air Products, de uma planta que produzia aminas denominada Química da Bahia. A concentração gerada atingiu 90% do

¹⁶⁸ Art. 54. ...

§ 1º O Cade poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições:

I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;

III - não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;

IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

§ 2º Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.

¹⁶⁹ Ato de Concentração 08012.007085/1998-06. Requerentes Air Products Gases Industriais Ltda. e Química da Bahia Indústria e Comércio S.A..

mercado. Entretanto, o plenário do CADE reconheceu que havia alguns fatores que mitigavam essa concentração, além da existência de eficiências geradas pela operação.

Segundo o Conselheiro Relator, Mércio Felsky, a operação gerou as seguintes eficiências: (a) aumento da produtividade em 50% desde 1996, (b) projeto de construção de planta conjunta com a Monsanto para a produção de herbicidas no pólo petroquímico de Camaçari no valor de US\$550 milhões, (c) aplicação de tecnologia mais avançada na produção de aminas, (d) crescimento das exportações, principalmente para o Mercosul, (e) planos para a adequação aos padrões internacionais de proteção ao meio ambiente e às regras internacionais de segurança e (f) obtenção do certificado ISO 9002.¹⁷⁰

Entretanto, conforme o disposto na Lei de Defesa da Concorrência, não basta a demonstração de eficiências, a redução dos custos precisa ser repassada para os clientes. Assim, além da demonstração dessas eficiências, as empresas teriam juntado notas fiscais provando que houve redução de preços¹⁷¹, assim, restou demonstrado que as eficiências geradas foram transmitidas para os clientes.

Esses fatos somados a outras determinadas características do mercado e do produto (em especial a facilidade de importação e o porte dos clientes), levou a aprovação da operação.

Após esse caso, houve uma evolução na análise das eficiências. Em especial foi publicado o Guia. Segundo tal Guia, *“são consideradas eficiências econômicas das concentrações os incrementos do bem-estar econômico gerados pelo ato e que não podem ser gerados de outra forma (eficiências específicas da concentração). Não são consideradas eficiências específicas da concentração aquelas que podem ser alcançadas, em um período inferior a 2 (dois) anos, por meio de alternativas factíveis, que envolvem menores riscos para a concorrência.”*¹⁷²

¹⁷⁰ Voto do Conselheiro Relator disponível no site do CADE (www.cade.gov.br), p. 5.

¹⁷¹ Voto do Conselheiro Relator, p. 6.

¹⁷² Guia, parágrafo 71.

Com isso, verifica-se que somente serão consideradas as eficiências que sejam específicas da operação e que não poderiam ser obtidas senão pela sua realização. Com base nesse ponto, diversas eficiências alegadas pelas partes são descartadas pelas autoridades.

Como exemplos de eficiências que podem ser aceitas pelo CADE para compensar uma alta concentração, estão as derivadas de economias de escala e/ou escopo, ainda que decorrentes da racionalização do uso das fábricas. Por outro lado, eficiências decorrentes de economias gerenciais e administrativas não devem ser aceitas, pois, as autoridades entendem que não seria necessária a realização da operação para que tais eficiências ocorressem.¹⁷³

Além dessas características, é importante que a eficiência seja gerada no mercado onde há a preocupação do ponto de vista concorrencial. Isso porque, eficiências geradas em outro mercado não reduziriam o custo dos produtos objeto da análise e, com isso, não teriam o condão de impedir o aumento de preços.

Entre as operações que houve a análise de eficiências está o Caso Ambev¹⁷⁴. Referido caso é um dos mais famosos já julgados pelo CADE e envolveu a fusão entre as empresas Brahma e Antarctica para a criação da maior empresa de bebidas no Brasil. A principal preocupação surgida com essa operação foi no mercado de cervejas. A decisão do CADE foi no sentido de aprovar a operação com diversas restrições, sendo as principais a venda (i) de uma marca de cerveja – a Bavária – e (ii) de cinco fábricas de cerveja, uma em cada região do Brasil.

Nessa operação às requerentes apresentaram um trabalho realizado por uma empresa de consultoria que indicou quais seriam as eficiências econômicas geradas, bem como apontar que as reduções de custos estimadas seriam de mais de R\$500 milhões¹⁷⁵.

¹⁷³ Estudo da OCDE e do Banco Mundial mencionado nas páginas 44-45 do voto do Conselheiro Relator do Caso Nestlé/Garoto.

¹⁷⁴ Ato de Concentração 08012.005846/1999-12.

¹⁷⁵ Voto da Conselheira Relatora disponível no site do CADE (www.cade.gov.br), p. 57.

Entretanto, o plenário do CADE rejeitou certas eficiências econômicas com o argumento que elas não eram relacionadas à operação ou que envolviam mercados relevantes distintos do mercado de cerveja. De qualquer forma, as eficiências que foram mantidas, junto com outros fatores, levaram a decisão de aprovar a operação com determinadas restrições.

Além desse caso, houve o caso G. Barbosa¹⁷⁶, que envolveu a aquisição da rede de supermercados G. Barbosa pela BR Participações e Empreendimentos, essa operação foi aprovada com restrições. Nessa operação também houve a análise de eficiências econômicas, tendo o CADE concluído que as eficiências, para serem aceitas, precisam seguir os seguintes critérios: (a) devem ser específicas da operação, (b) serem demonstradas por meios razoáveis, (c) não serem meramente pecuniárias, (d) compensem integralmente os riscos à concorrência e (e) devem ser distribuídas equitativamente entre as empresas e os consumidores.

As requerentes desse ato de concentração apresentaram estudo de uma consultoria que apontava quais seriam as eficiências e quais seriam os ganhos gerados. Entretanto, o CADE entendeu que nenhuma das eficiências apresentadas atendiam a todos os critérios acima identificados. Por isso, rejeitou todas as eficiências apresentadas.

No caso Nestlé/Garoto também houve a contratação de estudo econômico para demonstrar quais seriam as eficiências econômicas e os ganhos gerados por elas. O CADE, em análise detalhada de cada eficiência, rejeitou algumas, aceitou outras e reduziu o valor indicado em outras eficiências. A conclusão que se chegou foi que as eficiências aceitas representavam 1,47% do custo variável total da Nestlé. Como os próprios pareceristas da Nestlé entenderam que seriam necessárias eficiências da ordem de 12%, a conclusão foi no sentido das eficiências não serem suficientes para compensar o poder de mercado que a Nestlé passou a deter no pós-operação.

Pode-se concluir dessa notificação que a demonstração das eficiências econômicas resultantes de uma operação não é fácil e nem simples. Por outro lado, é

¹⁷⁶ Ato de Concentração 08012.006976/2001-58.

possível demonstrar que a existência de determinadas eficiências pode resultar na aprovação da operação, entretanto, os estudos econômicos sobre essas eficiências precisam ser muito bem feitos.

Outro caso que será citado é o já mencionado caso Owens Corning e Saint Gobain. Nesse caso as requerentes também contrataram um estudo econômico sobre as eficiências que acreditavam que a operação deveria gerar. Nesse caso também aceitou-se algumas eficiências e rejeitou-se outras. Entretanto, ao final, as eficiências aceitas não seriam suficientes para impedir o abuso de poder de mercado.

No caso das eficiências, o estudo econômico é importante para primeiro identificar as eficiências e, posteriormente, quantificá-las. Ocorre que tais estudos devem seguir regras muito restritas para conseguirem o seu propósito de demonstrar a existência das eficiências.

Nesse caso, nos parece que o uso das regras indicadas no caso *Daubert* são importantes para determinar a aceitação de quais eficiências serão geradas e qual é o valor do benefício.

Não menos importante é a demonstração de que os benefícios gerados serão repartidos com os consumidores. Entretanto, nesse caso, a prova de que haverá essa repartição é um pouco mais difícil, pois esse é um evento futuro que pode não acontecer por razões às vezes alheia à vontade das partes.

Com relação aos demais tipos de atos de concentração – vertical e conglomerado – eles são menos prováveis de causar prejuízos significativos ao mercado do que os atos horizontais. Com isso, há menos estudos sobre os impactos de tais atos. Além disso, não há, no Brasil, um guia para a análise desse tipo de atos de concentração.

O menor risco concorrencial desse tipo de ato de concentração está associado ao fato de não haver perda direta de concorrência entre as empresas participantes da operação. Além disso, esse tipo de ato de concentração tem o potencial de gerar grandes eficiências econômicas, em especial devido ao fato das empresas se complementarem.

Com isso, há um potencial para a redução dos custos e, como consequência, dos preços cobrados por tais empresas.¹⁷⁷

Por outro lado, tais operações podem causar prejuízos à ordem econômica se ocorrerem efeitos não-coordenados ou efeitos coordenados. O primeiro caso ocorre quando esse tipo de operação gerar um fechamento de mercado. Tal fechamento pode ser traduzido na criação de dificuldades ou impedimento para os concorrentes acessarem fornecedores ou mercados, ou seja, há uma redução da habilidade de tais empresas rivais em efetivamente concorrerem no pós-fusão.¹⁷⁸

Já no segundo caso, os efeitos coordenados ocorrem quando a operação altera a forma da concorrência de tal maneira que as empresas estão mais propensas a coordenar os esforços para aumentar preços e/ou prejudicar a concorrência.¹⁷⁹

Com isso, verifica-se que o nível da prova que precisa ser feita é menor do que no caso de atos de concentração horizontal. Além disso, como a possibilidade de ocorrer eficiências é muito grande, a análise que as autoridades devem fazer é bem diferente da descrita acima.

Um caso interessante para demonstrar a análise de um ato de concentração vertical é o Ato de Concentração 08012.005092/2000-89¹⁸⁰. Em tal processo, a Acesita, única produtora nacional de aços especiais que detinha cerca de 88% do mercado, adquiriu o controle da Amorim, que era o maior centro de serviços¹⁸¹ de produtos Acesita. A Amorim respondia por quase 30% das vendas realizadas por centro de serviços.

¹⁷⁷ Conforme o “Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings”, publicado pela Comissão Européia. Parágrafos 11, 12 e 13.

¹⁷⁸ Conforme o “Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings”, publicado pela Comissão Européia. Parágrafo 18.

¹⁷⁹ Conforme o “Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings”, publicado pela Comissão Européia. Parágrafo 19.

¹⁸⁰ Requerentes Acesita S.A., Amorim S.A. Aço Inoxidável e Luiz Alves Amorim.

¹⁸¹ Apenas para esclarecer, o centro de serviços é um distribuidor de aços. Tais distribuidores realizam algum tipo de beneficiamento de aços antes da distribuição.

Apesar do risco de fechamento do mercado, já que a Acesita poderia deixar de fornecer para os demais centros de serviços, o plenário do CADE entendeu que a operação poderia ser aprovada. A justificativa de tal aprovação foi:

“Embora tenha, a Acesita, posição dominante no mercado relevante, considero plausíveis as justificativas apresentadas para a integração vertical com a Amorim. Segundo alega, para que a mesma se mantenha atualizada com as necessidades de seus clientes e com as novas tecnologias, o setor siderúrgico necessita de constantes investimentos de alto porte. O cliente, por sua vez, procura (i) adquirir produtos mais elaborados e que se adaptem à cadeia produtiva de cada um deles; e (ii) recebê-los no menor espaço de tempo possível, o que implica a necessidade dos fornecedores possuírem logística diferenciada para propiciar a redução de estoques dos clientes. O uso de distribuidores próprios, segundo a Acesita, tem sido o caminho utilizado pelo mercado siderúrgico para atender a essa tendência.”¹⁸²

O CADE, entretanto, fez algumas recomendações de que a Acesita, para não violar a Lei de Defesa da Concorrência, deveria vender seus produtos para todos os distribuidores, em igualdade de condições com a Amorim, além de respeitar os volumes de vendas históricos dos demais distribuidores. Outras recomendações foram no sentido da Acesita não privilegiar a Amorim em prejuízo dos demais distribuidores.

Nesse caso se verifica que operações verticais, mesmo que envolvam empresas com grandes participações de mercado, podem ser aprovadas. Para isso, é necessário prova de que elas não causarão prejuízos ao mercado.

Já no caso de atos de concentração conglomerados, eles são pouco analisados no Brasil. De fato, a principal jurisdição que analisa tais tipos de atos é a Comissão Européia¹⁸³.

¹⁸² Voto do Conselheiro Relator Mércio Felsky, disponível no sítio eletrônico do CADE (www.cade.gov.br), p. 4.

¹⁸³ Uma das primeiras decisões da Comissão Européia vedando uma operação considerando não só as altas concentrações geradas, mas também os aspectos conglomerados foi o caso GE/Honeywell (Caso nº COMP/M.2220).

Para esse tipo de ato de concentração, a experiência da Comissão Europeia é de fundamental importância. Segundo o Guia Europeu, a Comissão Europeia fará as seguintes análises: (i) se as empresas participantes da operação podem fechar o mercado para suas rivais, (ii) se elas teriam incentivo econômico para realizar tal fechamento e (iii) se essa estratégia de fechamento pode causar prejuízos significativos para a concorrência, causando danos aos consumidores.¹⁸⁴

Ou seja, seria necessária a prova desses três fatores para fazer com que a operação seja rejeitada. Mais uma vez seria necessária a elaboração de estudos econômicos para se chegar a uma conclusão sobre qual seria a possibilidade das empresas poderem prejudicar a concorrência no futuro.

A conclusão é que a prova econômica é fundamental para a correta análise de qualquer ato de concentração. Assim, estudos bem feitos e com a adoção de hipóteses plausíveis são mais bem aceitos pela autoridade de defesa da concorrência.

IV.6 Da Prova Econômica em Processos Administrativos

Já em investigações de infração da ordem econômica esse tipo de prova depende da forma que se usa para avaliar determinada conduta.

De fato, há duas formas de se avaliar se uma determinada conduta investigada é ou não anticoncorrencial. A primeira é a chamada regra *per se*. Segundo tal regra, para a comprovação do ato ilícito é necessário, apenas, demonstrar a existência da conduta e o nexo causal entre a conduta e o potencial dano à ordem econômica para que a conduta seja punida.

A segunda forma é a chamada regra da razão. Por tal regra, além das demonstrações indicadas no uso da regra *per se*, será necessário provar que os efeitos anticoncorrenciais de tal conduta são superiores aos eventuais efeitos pró-concorrenciais da conduta. Assim, a conduta somente será sancionada se houver mais efeitos anticoncorrenciais do que pró-concorrenciais.

¹⁸⁴ Conforme o “Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings”, publicado pela Comissão Europeia. Parágrafo 94.

Como ensina PAULA FORGIONI, “*pela regra da razão, somente são consideradas ilegais as práticas que restringem a concorrência de forma não razoável (que se subsumiriam, por via de consequência, à regra da proibição per se). A contrario sensu, por óbvio, são permitidas as práticas que não impliquem restrição desarrazoada ao livre comércio.*”¹⁸⁵

No Brasil há uma farta doutrina e jurisprudência entendendo que a autoridade de defesa da concorrência somente pode usar a regra da razão. Por outro lado, recentemente o plenário do CADE tem entendido que em cartéis pode-se utilizar a regra *per se*. A razão desse entendimento é que todos os estudos sobre cartel apontam que sempre há um risco, mesmo que potencial, de tal acordo causar um prejuízo à ordem econômica. Dessa forma, e considerando o disposto no art. 20 da Lei de Defesa da Concorrência, não seria necessário demonstrar os eventuais danos do cartel para que essa conduta fosse punida.

Segundo uma jurisprudência recente do CADE, “*se a partir da análise dessas evidências puder ser mostrado que essas empresas atuam de forma sistemática para coordenar suas atividades comerciais (e que têm poder de mercado para afetar a concorrência) está caracterizada a infração de cartel.*”¹⁸⁶

Por outro lado, conforme questiona EDWIN S. ROCKEFELLER, se eficiências podem justificar a aprovação de concentrações, que supostamente eliminam parte da concorrência, por que elas não podem ser usadas para justificar, por exemplo, uma coordenação de preços entre empresas, uma vez que tal conduta é parcialmente uma fusão?¹⁸⁷

¹⁸⁵ “Os Fundamentos ...”. op. cit. pp. 184-185.

¹⁸⁶ Voto do Conselheiro Relator Luiz Carlos Delorme Prado no Processo Administrativo 08012.000099/2003-73. Representante: Ministério Público do Estado de São Paulo. Representados: Auto Moto Escola Detroit, Auto Moto Escola Manhattan, Auto Moto Escola Indaiá, Auto Moto Escola São Jorge, Auto Moto Escola São Judas Tadeu, Auto Moto Escola Gonzaga, Auto Moto Escola Martins, Auto Moto Escola União, Auto Moto Escola Rallye, Auto Moto Escola Orla, Auto Escola Estoril, Auto Escola Fátima, Pioneiro – Centro de Formação de Condutores Ltda. e Autotran – Centro de Formação de Condutores.

¹⁸⁷ “The Antitrust Regilion”. Cato Institute. 2007. p. 89.

Com essa breve explicação sobre a regra *per se* e a regra da razão, bem como com a jurisprudência indicada acima, verifica-se, facilmente, que a prova econômica em casos analisados sobre a regra da razão são fundamentais, uma vez que a sanção ou não da conduta depende de uma análise de questões econômicas.

Por outro lado esse tipo de prova é menos relevante em casos que se utilizam da regra *per se*, pois nesse tipo de análise pressupõe-se que sempre haverá o potencial de gerar efeitos econômicos negativos. Apesar disso, a prova econômica também pode ser utilizada em tais casos, não para formar o convencimento sobre a legalidade ou não da conduta, mas para reduzir ou aumentar o montante da pena imposta.

De fato, conforme o art. 27, IV e VI da Lei de Defesa da Concorrência, entre os fatores que deverão ser levados em consideração na imposição da penalidade estão a consumação ou não da infração e os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado.

Assim, se houve um acordo para, por exemplo, fixar preços entre concorrentes, mas que não teve nenhum efeito negativo no mercado, a conduta será sancionada nos termos do art. 20 da Lei de Defesa da Concorrência, entretanto, como a infração não foi consumada, ou seja, na prática, não causou efeitos negativos ao mercado, a pena aplicada será menor do que a pena a ser aplicada caso a infração tivesse sido consumada e/ou houvesse grandes efeitos negativos gerados no mercado.

Outra prática adotada na economia para identificar cartéis está na avaliação de determinadas características daquele mercado que podem favorecer ou dificultar a formação de um cartel.

Como ensinam GESNER DE OLIVEIRA e JOÃO GRANDINO RODAS¹⁸⁸, entre os fatores econômicos que favorecem a existência de um cartel, pode-se citar a existência de poucas empresas atuando naquele mercado¹⁸⁹, a homogeneidade do

¹⁸⁸ “Direito e Economia da Concorrência”. Editora Renovar. 2004. pp. 42-43

¹⁸⁹ Pois há uma maior facilidade de coordenação entre poucas empresas do que entre diversas empresas.

produto¹⁹⁰, fases mais maduras de ciclo do produto¹⁹¹, condições de demanda estáveis, inelasticidade da demanda, determinadas restrições verticais¹⁹², ocorrência de licitações frequentes¹⁹³, elevadas barreiras à entrada¹⁹⁴ e circunstâncias que levem ao aprendizado sobre a política de preços de concorrentes.

Essas são características de mercado que favorecem a existência de um cartel. Entretanto, é claro que a simples existência de tais fatores não significa que há ou que haverá um cartel naquele mercado.

De qualquer forma, como indicado acima, atualmente o cartel está sendo tratado como uma conduta *per se* no Brasil. Assim, a prova econômica da sua existência é menos importante. Por outro lado, a prova econômica é importante para o cálculo do dano que o cartel causou. No próximo tópico faremos a análise desse aspecto.

Com relação aos demais tipos de infração da ordem econômica a prova econômica é mais relevante, pois essas condutas são analisadas pela regra da razão. Assim, um estudo econômico que demonstre que a conduta não poderia ser definida como não razoável pode significar a conclusão de que a conduta não era ilícita ou, pelo contrário, mostrar a ilicitude da conduta.

Assim, analisaremos as seguintes condutas: (i) preços predatórios, (ii) discriminação, (iii) venda casada, (iv) exclusividade e (v) recusa de vendas. Todas essas condutas são tratadas pela regra da razão, assim, a prova econômica sobre a razoabilidade ou não da conduta é muito importante.

A primeira conduta que será analisada é da prática de preços predatórios. Inicialmente cabe notar que a SEAE tem um Guia para Análise Econômica da Prática de

¹⁹⁰ Esse ponto decorre do fato de que quando os produtos são homogêneos a competição se dá pelo preço e não pela qualidade técnica do produto.

¹⁹¹ Nesse caso, a inovação é menos freqüente, ou seja, não é necessário investir em pesquisa e desenvolvimento. Da mesma forma, não há situação onde uma empresa lança um novo produto e, por essa razão, ganha mercado.

¹⁹² Uma vez que o maior controle sobre os distribuidores (ou fornecedores) pode facilitar a implementação do cartel.

¹⁹³ Com esse tipo de prática, é possível saber o preço praticado pelo concorrente e, com isso, verificar se ele está cumprindo as determinações do cartel.

¹⁹⁴ A existência de grandes barreiras à entrada significa que outras empresas não poderão entrar naquele mercado, e, com isso, contestar o cartel.

Preços Predatórios (“Guia de Preços Predatórios”)¹⁹⁵. Referido guia indica o que são os preços predatórios e como serão investigadas as acusações.

A Lei de Defesa da Concorrência estabelece, em seu art. 21, XVIII, que pode ser uma infração da ordem econômica a venda injustificada da mercadoria abaixo do preço de custo. O objetivo de tal prática é retirar do mercado outras empresas que sejam, pelo menos, tão eficientes quanto a empresa predadora.

Conforme CALIXTO SALOMÃO FILHO, a predação é o “*ato pelo qual o agente econômico incorre em prejuízos na expectativa de eliminar o concorrente do mercado, esperando recuperar posteriormente, através de diversas formas, o montante perdido.*”¹⁹⁶

Com essas definições, já é possível estabelecer o que é necessário provar para que a conduta seja condenada pelo CADE. Em primeiro lugar é preciso que a empresa venda a mercadoria abaixo do preço de custo, ou seja, com prejuízos. Além disso, essa conduta precisa ter o potencial de eliminar a concorrência. Por fim, o autor da conduta deve ter a possibilidade de recuperar os prejuízos.

Assim, o Guia de Preços Predatórios estabelece qual deve ser a análise dessa conduta. O primeiro passo é definir o mercado relevante¹⁹⁷. Depois deve-se verificar as condições de entrada¹⁹⁸. Se a entrada for fácil, a conduta não deve ser punida. Isso decorre do fato de que se a entrada for fácil, durante a tentativa de recuperar o prejuízo, onde, por definição, os preços serão maiores, outras empresas entrariam no mercado e, com isso, o preço seria reduzido, impedindo a recuperação do prejuízo.

Se a entrada não for fácil, será analisada as condições de oferta, em especial se há capacidade ociosa ou a possibilidade de expansão da linha de produção. Isso decorre do fato de que se a empresa predadora não conseguir atender a todo o mercado, não faz

¹⁹⁵ Aprovado pela Portaria SEAE 70/2002.

¹⁹⁶ “Direito Concorrencial – as Condutas”. Editora Malheiros. p. 159.

¹⁹⁷ Para detalhes da definição do mercado relevante, favor reportar-se ao item IV.5 acima.

¹⁹⁸ Para detalhes sobre as condições de entrada, favor reportar-se ao item IV.5 acima.

sentido econômico a retirada de outros agentes do mercado. Ora, se isso acontecer, haverá a entrada de novas empresas, buscando atender a tal mercado.

Se houver a possibilidade da empresa predadora atender a todo o mercado, a etapa seguinte será a análise da possibilidade dessa empresa se financiar. Isso decorre do fato de que a empresa deverá atuar no prejuízo pelo tempo necessário para que seus concorrentes saiam do mercado. Assim, se ela não tiver a capacidade de se financiar por esse longo tempo, então a conduta não poderá causar prejuízos à concorrência.

Caso a empresa possa se financiar – talvez por ser parte de um grande grupo econômico ou atuar em outros mercados com lucros significativos – será necessário avaliar se o preço cobrado está acima do custo. Se o preço estiver acima do custo, mesmo que seja menor do que o preço dos demais concorrentes, a conduta não será caracterizada. Mesmo o preço abaixo do custo, a conduta pode não ser punida. Isso porque se houver uma contração repentina da demanda ou um excesso repentino da capacidade da indústria, pode ser necessário vender a mercadoria abaixo do custo para acabar com os estoques.

Todos esses fatores precisam ser demonstrados com o uso de provas econômicas. Ora, para a demonstração das condições de oferta é necessário verificar os custos para a ampliação da capacidade instalada e compará-los ao preço que o produto será vendido. Dependendo desse estudo, não será viável ampliar a capacidade instalada.

Outro fator que depende de um estudo econômico é a capacidade de financiamento. Isso decorre do fato de ser necessário estimar, inicialmente, qual é o preço que deve ser cobrado e por quanto tempo é necessário manter esse preço artificialmente baixo para que os demais concorrentes saiam do mercado. Somente após esses cálculos, será possível saber se a empresa pode se financiar no nível requerido e pelo tempo necessário.

Por fim, há a questão do preço comparado ao custo. Nesse ponto é importante, primeiro, definir qual custo está se falando, é o custo total, o custo marginal, o custo variável médio, etc.? Para a SEAE, a análise deve se basear no custo total médio, já para

o CADE, deve-se verificar o custo variável médio¹⁹⁹. De qualquer forma, caberá ao estudo econômico demonstrar qual era o custo da empresa e verificar se o preço cobrado estava ou não abaixo desse custo.

Um caso relativamente recente julgado pelo CADE que envolveu a acusação de preço predatório é o caso da Gol²⁰⁰. Nesse caso a empresa aérea Gol fez uma oferta de vender em determinados horários e rotas um número específico de passagens ao custo de R\$ 50,00.

O Departamento de Aviação Civil entendeu que tal oferta consistia na prática de preço predatório, pois esse valor era abaixo do custo médio total e do custo médio variável para as rotas indicadas. Após a investigação, a SDE e a SEAE sugeriram o arquivamento da investigação, por não haver a configuração da conduta ilícita. Tal sugestão foi aceita pelo CADE.

Ao julgar o processo, o CADE entendeu que essa política se tratava de uma promoção e não de uma política de preços predatórios. Como base para essa conclusão, verificou-se que o número de assentos disponíveis nessa promoção era limitado a 50 por voo, sendo certo que tal número correspondia a não mais do que 35% da capacidade do menor avião da Gol. Além de ela ter um tempo curto de duração e especificar quais rotas e horários estariam abrangidos pela promoção.

A conclusão foi que não haveria a possibilidade de tirar as demais empresas do mercado. Assim, a investigação foi arquivada.

Cabe notar que no voto o Conselheiro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva cita William Baumol para dizer que um preço somente será predatório se atender as seguintes três condições: (i) não existir um propósito legítimo para a sua escolha; (ii) ameaçar a existência ou a entrada de firmas que são no mínimo tão eficientes quanto à firma que o adotou; e (iii) haver uma previsão razoável de recuperar no mínimo qualquer custo inicial incorrido com a predação.

¹⁹⁹ Conforme o anexo à Resolução CADE 20/1999.

²⁰⁰ Averiguação Preliminar 08012.006298/2004-03. Representante: Ministério da Defesa. Representada: Gol Linhas Aéreas S.A..

Assim, resta claro que somente com a prova desses três fatores é que se poderia dizer que houve um preço predatório.

Outra conduta que também é analisada pela regra da razão é a discriminação entre adquirentes ou fornecedores de determinados bens. Essa é uma conduta prevista no art. 21, XII da Lei de Defesa da Concorrência, que fala da discriminação por meio da imposição diferenciada de preços ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços.

Segundo o anexo da Resolução CADE 20/1999, a discriminação seria a utilização, pelo produtor, de seu poder de mercado para fixar preços diferentes para o mesmo produto, discriminando compradores, de forma a elevar seus lucros. Por outro lado, essa própria legislação reconhece que essa conduta não é intrinsecamente anticompetitiva, uma vez que pode não afetar o bem-estar dos consumidores, mesmo que aumente o lucro do produtor.

Entre os exemplos de uma discriminação lícita estão os serviços de utilidade pública, onde pode haver categorias de consumidores com níveis muito díspares de consumo, assim, como regra é mais eficiente cobrar menos de consumidores com maiores volumes. Da mesma forma, não é um problema a cobrança de preços maiores quando há um aumento significativo pelo serviço, os chamados “períodos de pico”.

Por outro lado, quando uma empresa possui uma infra-estrutura essencial a discriminação de preços pode servir para elevar o custo do concorrente, podendo causar um efeito negativo no mercado.

Uma decisão importante do CADE em caso de discriminação de preços foi o Caso das Empresas Incumbentes de Telecomunicações²⁰¹. Nesses casos, julgados em conjunto, as operadoras de longa distância nacional – Embratel e Intelig – acusaram as

²⁰¹ Processos Administrativos 53500.001821/2002, 53500.001823/2002, 53500.001824/2002. Representantes: Embratel – Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A. e Intelig Telecomunicações Ltda. Representadas: Telesp – Telecomunicações de São Paulo S.A., Telemar Norte/Leste S.A. e Brasil Telecom Participações S.A..

empresas incumbentes em cada uma das regiões do Plano Geral de Outorgas de práticas discriminatórias por meio de: (i) subsídio cruzado²⁰² ou (ii) aumento de custos dos rivais²⁰³.

Cabe notar que a acusação era baseada no fato das operadoras locais possuírem um insumo essencial para a atividade da ligação longa distância. De fato, a rede local é essencial para que se faça ligações de longa distância. Além disso, na época das representações duas das incumbentes locais – Telesp e Telemar – tinham sido autorizadas pela Agência Nacional de Telecomunicações (“Anatel”) para prestar o serviço de longa distância. Ou seja, passaram a ser efetivamente concorrentes da Embratel e da Intelig.

Com essa efetiva concorrência haveria, pelo menos em tese, a possibilidade de haver discriminação nas chamadas TU-RL (Tarifas de Uso da Rede Local). Para evitar isso, a Anatel tem normas que impedem a discriminação nas tarifas de interconexão.

Em sua defesa as incumbentes informaram que cobravam o valor máximo que era permitido pela Anatel. Assim, o cumprimento de tal regulação sem que se configure abusividade não seria uma infração da ordem econômica. Por outro lado, mesmo se estivessem seguindo as regras regulatórias, mas de tal conduta resultasse um aumento artificial dos custos dos rivais, essa conduta poderia ser punida.

Como assinala LUIZ FERNANDO RIGATO VASCONCELLOS²⁰⁴ o CADE discordou da posição da SEAE para determinar o arquivamento dos processos. Tal conclusão foi baseada no padrão de prova necessária para a conclusão da existência de conduta anticoncorrencial com relação à determinada infra-estrutura essencial.

Com isso, o CADE entendeu *“que tanto a prova da existência de subsídios cruzados quanto a de discriminação anticompetitiva das tarifas de interconexão (...)*

²⁰² As empresas incumbentes estariam subsidiando as operações de longa distância por meio das receitas oriundas dos monopólios na telefonia local.

²⁰³ Uma vez que as empresas incumbentes estariam cobrando preços diferenciados para o acesso a denominada “última milha” valores diferentes entre suas próprias operadoras de longa distância e a Embratel e a Intelig.

²⁰⁴ “Acesso às redes locais de STFC: os casos Embratel/Intelig v. Incumbentes”. In “A Revolução do Antitruste no Brasil 2. A Teoria Econômica aplicada a casos concretos”. p. 245.

são fortemente dependentes de uma análise acurada e rigorosamente precisa dos registros contábeis apresentados pelas Representadas”²⁰⁵. Esse tipo de prova precisaria de auditorias contábeis confiáveis e implicaria na superação das assimetrias de informações entre os agentes econômicos, a agência reguladora e o CADE.

Nesse ponto é importante notar que a SEAE, para chegar a sua conclusão, utilizou-se de uma matriz tarifária das operadoras locais, comparando-a com os valores cobrados de TU-RL. Se os preços cobrados pelas incumbentes fossem menores do que o preço do insumo, considerando cada cédula da matriz, essas operadoras não poderiam cobrir os custos que são impostos aos concorrentes não verticalizados. Tal argumento foi baseado na literatura sobre *price squeeze*, em especial sobre as “regras de imputação”. Tal argumentação procura estabelecer as condições necessárias e suficientes para que se possa inferir uma conduta anticoncorrencial a uma empresa com poder de mercado, baseado em evidências econômicas.

O plenário do CADE, por sua vez, acompanhou o voto do Conselheiro Relator Roberto Augusto Castellano Pfeiffer, entendendo, inicialmente, que a discriminação de preços ao consumidor não constituiria, necessariamente, uma conduta anticompetitiva. Isso porque, no setor de telecomunicações é comum se cobrar tarifas diferenciadas conforme o horário da ligação e a distância entre a origem e o destino da ligação. Por essa razão, a comparação entre a tarifa unitária e o custo da TU-RL não seria suficiente para concluir que houve a discriminação de preços nesses casos concretos. Ou seja, a análise feita pela SEAE poderia levar a distorções sobre esse mercado.²⁰⁶

Tem-se com isso que não basta analisar os preços e custos marginais para chegar a conclusão se houve ou não a conduta. Segundo o CADE seria necessário conhecer a demanda por ligações de longa distância por horário e por cada matriz tarifária, sendo que isso seria muito custoso. Além disso, como a Anatel teria reconhecido que as operações de longa distância das incumbentes eram rentáveis, não seria possível concluir pela existência de conduta anticompetitiva.

²⁰⁵ Luiz Fernando Rigato Vasconcellos, op. cit. p. 245.

²⁰⁶ Luiz Fernando Rigato Vasconcellos, op. cit. p. 246.

Com base nisso o CADE entendeu que havia provas de que a conduta das representadas não era uma infração da ordem econômica.

Outra dificuldade que existe para a demonstração da ilicitude de uma discriminação de preços está na situação de cada venda de mercadorias. Isso porque, há determinadas variáveis na formação do preço que pode causar uma discriminação. Por exemplo, é plausível que uma empresa que adquire grandes volumes tenha um preço unitário menor do que aquela empresa que adquire pequenas unidades. Da mesma forma, se uma empresa paga as mercadorias a vista, é razoável supor que ela pague um preço unitário médio menor do que outra empresa que precisa de um prazo para realizar tal pagamento.

Com isso, verifica-se que a prova de tal conduta não é tão simples quanto observar o preço pago por cada cliente daquele produto.

A experiência europeia sobre discriminação de preços é no sentido de proibir a aplicação de condições não similares para operações equivalentes, colocando a outra parte em uma desvantagem concorrencial.

Há diversos casos na Europa que investigaram essa prática. Um dos primeiros é o caso *United Brands*²⁰⁷ nesse caso, como indica VALENTINA KORAH²⁰⁸, havia um tipo de discriminação de preços *ad hoc* que permitia a empresa maximizar seus lucros ao cobrar o máximo que cada mercado estava disposto a pagar.

A empresa *United Brands* cobrava preços diferentes para caixas de bananas idênticas transportadas para os mesmos portos. Assim, apesar dos custos serem iguais para cada caixa de banana (o custo envolvia o transporte até o mesmo porto na Europa), o preço pago era diferente dependendo do país de destino de cada caixa.

²⁰⁷ *United Brands Corporation and United Brands Continental BV v. Commission* (27/76) 14 February 1978, [1978] ECR 207, [1978] 1 CMLR 429, CMR 8429.

²⁰⁸ “Na Introductory Guide to EC Competition Law and Practice”. 7th Edition. Hart Publishing. 2000. p. 135.

Nesse caso, os tribunais europeus mantiveram a condenação da empresa United Brands, pois as vendas eram equivalentes, mas os preços variavam conforme o destino da carga. Ou seja, países com maiores demandas pagavam mais caro pelo produto. A prova, dessa discriminação era simples de fazer, pois as caixas de bananas idênticas chegavam ao mesmo porto, o que significava que os custos de cada caixa de banana eram iguais. Além disso, dependendo do destino da caixa, o preço cobrado era diferente.

A terceira conduta que será analisada é a venda casada. Essa conduta é a subordinação da venda de um bem ou a prestação de um serviço à aquisição de outro produto ou serviço. A venda casada está prevista no art. 21, XXIII da Lei de Defesa da Concorrência.

Como ensina RICHARD WHISH²⁰⁹, *“a tie-in agreement is one whereby a supplier causes, whether by contractual stipulation or by some other means, a buyer to purchase all or part of its requirements for a second (tied) product from the supplier of a first (tying) product.”*

Para que essa conduta seja considerada uma infração da ordem econômica é necessária a existência de dois produtos distintos, pois se houver apenas um único produto não é possível realizar uma venda casada. Essa questão parece simples, mas pode ser um pouco mais complicada dependendo do mercado em questão. Por exemplo, no caso de venda a prazo, o cliente está comprando um produto, mas está sendo obrigado a comprar, também, um financiamento. Nesse cenário haverá uma venda casada?²¹⁰

Outro ponto relevante é que a empresa precisa ter posição dominante em um mercado e, por causa da venda casada, transferir esse poder para o segundo mercado.

²⁰⁹ “Competition Law”. 4th Edition. Butterworths. p. 606

²¹⁰ Nesse sentido, cabe notar que nos Estados Unidos durante a análise do caso Fortner a Suprema Corte daquele país esteve próxima de declarar que venda a prazo com financiamento era uma conduta ilegal. Tal caso envolveu uma empresa chamada Fortner que financiava a compra de terras e a construção de casas pré-fabricadas. Para tal obtinha dinheiro da U.S. Steel Credit Corp. Além disso, a Fortner concordou a construir casas pré-fabricadas produzidas pela U.S. Steel. Em primeiro e segundo graus a ação foi julgada improcedente. Entretanto a Suprema Corte entendeu, por maioria, que se tratava de dois produtos distintos e, por isso, determinou o reexame do caso. Após vários anos houve um acordo que encerrou a ação judicial.

Nos últimos anos o caso mais rumoroso no mundo envolvendo venda casada foi a tentativa norte-americana de cindir a Microsoft. A acusação de venda casada contra a Microsoft devia-se ao fato dela comercializar seu navegador de internet – o Explorer – junto com o sistema operacional – o Windows. Assim, a empresa estaria abusando do seu notório poder no mercado de sistemas operacionais para tentar “monopolizar” o mercado de navegadores de internet. Entretanto, a ação judicial não teve sucesso.

Já na Europa, a Microsoft também foi acusada de venda casada ao comercializar, no mesmo pacote, o sistema operacional e um “Media Player”. A acusação foi levada por um concorrente que dizia que essa venda casada significava que ele não conseguia vender seus produtos.

A Comissão Européia, considerou que a Microsoft estava infringindo a legislação de defesa da concorrência e a multou em €497 milhões, além de determinar que a empresa também comercializasse seu sistema operacional sem a inclusão do “Media Player”.

No Brasil há diversos casos onde se discutiu a venda casada. Entre esses processos está um instaurado contra a Microsoft que, entre outras, alegava-se a existência de venda casada.²¹¹ A representante alegou que a Microsoft teria incluído no seu pacote de aplicativos denominado “Microsoft Office for Small Business 97” o software de gerenciamento financeiro “Money 97”, realizando, assim, uma venda casada.

Entretanto, o CADE não considerou essa conduta como ilegal, uma vez que era possível adquirir o software “Money 97” isoladamente. Ou seja, se um cliente desejasse somente esse software seria possível adquiri-lo. Além disso, esse mercado tem algumas particularidades que levaram a conclusão de que a conduta da Microsoft não era prejudicial à concorrência.

Assim, tem-se que para a conduta de venda casada ser configurada, é necessário provar a existência de dois produtos distintos que estão sendo vendidos necessariamente

²¹¹ Processo Administrativo 0812.001182/1998-31. Representante: Paiva Piovesan Engenharia & Informática Ltda.. Representada: Microsoft Informática Ltda..

em conjunto. Além disso, será necessário demonstrar que a empresa tem poder de mercado em um desses produtos e está tentando transferir tal poder para o outro mercado.

A quarta conduta a ser analisada é a exigência de exclusividade por parte de uma empresa. Nesse caso, uma empresa é obrigada a adquirir toda a sua necessidade daquele determinado produto de um único fornecedor.

A cláusula de exclusividade que se está tratando é a que impede a concorrência intermarcas, ou seja, a que impede o distribuidor ou o revendedor de comercializar produtos de concorrentes.²¹²

Essa conduta também será analisada pela regra da razão, ou seja, não basta provar a existência da exclusividade. É necessário, também, demonstrar que ela tinha o condão ou o potencial de prejudicar a manutenção ou o desenvolvimento de um concorrente.²¹³

Isso decorre do fato de que contratos de exclusividade podem ter um efeito positivo no mercado. Por exemplo, a empresa pode gastar enormes recursos para montar uma rede de distribuição eficiente. Entretanto, se não houver a exclusividade tal rede estará sujeita ao *free-rider*, que é aquela empresa que se aproveita de externalidades positivas de certas ações para obter os benefícios, mas não para arcar com os custos. O impedimento do acesso dos *free-riders* a tal rede de distribuição significa a retirada de uma grande insegurança para a concretização do negócio.

No Brasil um caso importante que tratou da questão da exclusividade é o caso CRT/Telet.²¹⁴ Em tal caso, a Telet, empresa espelho da telefonia celular no Estado do Rio Grande do Sul acusou a CRT, a empresa incumbente, de ter celebrado acordos de exclusividade com diversos pontos de venda de forma a impedir a sua entrada iminente.

²¹² CALIXTO SALOMÃO FILHO. “Direito da Concorrência ...”. op. cit. pp. 246-247.

²¹³ RICHARD WHISH. “Competition Law”. op. cit. p. 603.

²¹⁴ Processo Administrativo 53500.000202/2001.

Além disso, a Telet afirmava que não havia justificativas econômicas para a realização de tal exclusividade que não fosse o aumento de seus custos, uma vez que os concorrentes teriam sido obrigados a investir na criação de novas redes de distribuição.

A defesa da CRT afirmava que a Telet não teria tido dificuldades para entrar no mercado, tendo, inclusive, atingido uma expressiva participação de mercado. Além disso, apenas cerca de 30% das vendas da CRT eram por meio de lojas com esse tipo de exclusividade. Isso significaria que o fechamento de mercado não era grande ao ponto de resultar em uma prática anticoncorrencial. Por fim, alegou que a conduta possuía diversas eficiências.

A Anatel analisou esse processo e entendeu que a prática da CRT causou um fechamento de mercado, sendo certo que em todas as cidades onde esse índice de fechamento atingiu 60% teria havido uma prática ilícita. Foi preparada uma tabela com o índice de fechamento por cidade.

A CRT juntou um parecer técnico onde questionava a metodologia utilizada pela Anatel para a elaboração de tal tabela. A base para esse questionamento era o Caso *Daubert* explicado no item IV.4 acima.

Além disso, o Conselheiro Relator votou no sentido de que a conduta gerou prejuízos ao concorrente, uma vez que a Telet teria crescido mais do que cresceu se não houvesse a referida conduta. Além disso, a CRT teria aumentado os custos dos rivais, pois eles teriam que abrir novas lojas ao custo superior do que se utilizassem a rede de varejo existente no Estado do Rio Grande do Sul.

Com relação às eficiências apontadas pela CRT, o Conselheiro Relator afirmou que os ganhos de escala indicados pela empresa não foram provados. Logo, não poderia considerá-los. Com relação ao argumento de impedir um *free-rider* referido voto indica que os investimentos feitos pela CRT nas lojas relacionam-se basicamente ao mobiliário e identificação visual. Assim, na opinião do relator, tais custos não poderiam ser aproveitados pelos rivais, pois seria uma publicidade da empresa.

Com base nisso, o relator votou pela condenação da representada. O plenário do CADE, por outro lado, entendeu por maioria dos votos – de fato foi necessário o voto de qualidade da presidente do CADE – que a conduta não era anticoncorrencial.

O voto vencedor foi proferido pelo Conselheiro Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado e foi no sentido de afirmar que, ao se analisar o mercado anos após a conduta²¹⁵, verificou-se que não houve fechamento. Ou seja, não teria havido o prejuízo ao mercado que foi alegado pela Telet.

Além disso, analisou, também se a conduta da CRT, mesmo não tendo causado o fechamento de mercado era suficiente para uma condenação.

Segundo o voto vencedor:

“Em processo administrativo o ônus da prova é da autoridade. No caso, esse ônus é ainda maior visto que, dado o tempo de duração do processo, o resultado obtido indica que o fechamento de mercado não produziu efeitos.

A caracterização do ilícito antitruste, independente de culpa, não prescinde que a autoridade indique que há a possibilidade real da empresa ter obtido o resultado almejado. Não basta que a empresa possa ter pretendido obter o resultado ilegal – o que se pune não é a intenção subjetiva. É necessário que se mostre que essa possibilidade existia, mesmo que eventualmente não possa ter alcançado os resultados esperados.”²¹⁶

Com base nisso, o voto vencedor continua para afirmar que não houve provas suficientes para indicar que a CRT: (i) tivesse a possibilidade de fechar o mercado; (ii) pudesse obter ganhos de monopólio com essa estratégia; e (iii) tenha imposto um custo a seus concorrentes que seja considerado, mesmo potencialmente, uma forte restrição aos rivais e/ou permitido à empresa manter de forma sustentada lucros de monopólios.

²¹⁵ Nesse sentido cabe notar que a representação foi proposta em 2001 e o julgamento do CADE se deu em 2008.

²¹⁶ Voto do Conselheiro Prado, p. 2.

Ou seja, a decisão do CADE, por maioria, foi no sentido de não haver provas de que a conduta investigada poderia ter causado danos ao mercado.

Um caso interessante sobre exclusividade na Europa é o caso *Delimitis*²¹⁷. Esse caso envolvia um acordo de exclusividade pelo qual a cervejaria Henninger Bräu alugou um bar para o Sr. Stergios Delimitis com a condição de que o Sr. Delimitis adquirisse toda a cerveja lá comercializada da Henninger Bräu. Além disso, o Sr. Delimitis deveria adquirir uma quantidade determinada de cerveja.

Ao término do contrato houve uma discussão sobre a dívida do Sr. Delimitis com a cervejaria. O tribunal europeu foi questionado sobre esse caso e indicou os benefícios de tal prática para ambas as partes. No caso do Sr. Delimitis, ele recebeu o bar, em troca a cervejaria tinha um local para vender seus produtos.²¹⁸

Com isso, tinha-se que o contrato não tinha como objetivo restringir a concorrência, nos termos da legislação aplicável. Apesar disso, o tribunal europeu precisava determinar se o contrato tinha o potencial de restringir ou distorcer a livre concorrência.

Nesse caso, o tribunal europeu indicou que seria necessário determinar se o acesso ao mercado foi impedido. Para tal, era necessário responder às seguintes questões: (i) um novo concorrente poderia entrar no mercado, quer abrindo novos bares quer adquirindo uma cervejaria existente; e, em caso negativo, (ii) se os contratos celebrados pela Henninger Bräu, devido a sua quantidade e duração, contribuíram para o fechamento do mercado. Se isso tivesse acontecido, então haveria um ato ilícito.²¹⁹

²¹⁷ Stergios Delimits v. Henninger Bräu AG (C-234/89) 28 February 1991, [1991] ECR I-935, [1992] 5 CMLR 210, [1992] 2 CEC 530.

²¹⁸ VALENTINA KORAH “Cases and Material on EC Competition Law”. 3rd Edition. Hart Publishing. 2006. p. 388.

²¹⁹ “The reply to be given to the first three questions is therefore that a beer supply agreement is prohibited by Article 81 (1) of the EC Treaty, if two cumulative conditions are met. The first is that, having regard to the economic and legal context of the agreement at issue, it is difficult for competitors who could enter the market or increase their market share to gain access to the national market for the distribution of beer in premises for the sale and consumption of drinks. The fact that, in that market, the agreement in issue is one of a number of similar agreements having a cumulative effect on competition constitutes only one factor amongst others in assessing whether access to that market is indeed difficult. The second condition is that the agreement in question must make a significant contribution to the sealing-off effect brought about by the totality of those agreements in their economic and legal context. The extent of the contribution made by the individual agreement depends on the position of the

As decisões mencionadas acima, apesar de serem relacionadas aos mercados de telecomunicações e de cerveja, respectivamente, trazem uma idéia do que seria necessário provar para que a conduta de fechamento de mercado seja considerada ilícita. Em primeiro lugar, é importante notar se a conduta poderia ter fechado o acesso ao mercado para outras empresas. Depois, é importante verificar se os contratos sob investigação estão relacionados a tal potencialidade de fechamento de mercado.

A última conduta a ser analisada é a recusa de contratar ou de vender. Segundo RICHARD WHISH²²⁰ a recusa de contratar é um tema difícil e controverso no direito da concorrência. Inicialmente, cabe notar que na maior parte dos países de economia de mercado, as empresas têm liberdade para contratar com quem quiserem, assim, a obrigação de contratar não é parte normal da legislação de contratos. Além disso, mesmo que haja uma legislação que obrigue uma empresa com posição dominante a contratar, pode haver diversas justificativas para que essa empresa se recuse a contratar, por exemplo, o solicitante pode ser um péssimo pagador ou pode haver falta de produtos. Outro fator é que a obrigação de contratar pode favorecer o aparecimento de *free-riders*.

Por outro lado, caso a empresa seja detentora de uma infra-estrutura essencial²²¹, é difícil que ela possa se recusar a contratar.

Um caso que trata desse assunto no Brasil é o Processo Administrativo da Globo²²². Nesse caso a TVA acusava a Globo de se recusar a contratar e de agir de forma discriminatória. A acusação era que a TVA gostaria de retransmitir o sinal da Globo através de sua empresa de TV por assinatura DIRECTV nos mesmos moldes que a SKY – ligada ao Grupo Globo e concorrente da DIRECTV – transmitia. Entretanto, a Globo se recusava a responder a qualquer aproximação da TVA.

contracting parties in the relevant market and on the duration of the agreement.” Trecho da decisão do tribunal europeu citado em VALENTINA KORAH “Cases and Materials ...”, op. cit. p. 391.

²²⁰ “Competition Law” op. cit. p. 611.

²²¹ Em breves linhas, infra-estrutura essencial é a existência de algo sem o qual as demais empresas não conseguem concorrer no mercado. Acima foi citado o exemplo do acesso à denominada “última milha” como fundamental para que as empresas pudessem prestar o serviço de longa distância nacional.

²²² Processo Administrativo 53500.000359/1999. Representante: TVA Sistema de Televisão S.A.. Representadas: TV Globo Ltda. e TV Globo São Paulo Ltda.

O voto do Conselheiro Relator João Bosco Leopoldino da Fonseca conclui que a Globo era detentora de uma infra-estrutura essencial. Tal infra-estrutura, no entender do Conselheiro Relator era o sinal da Globo, até mesmo por ser uma concessão pública. Esse entendimento decorreu do fato da Globo ser a emissora mais assistida, assim, as empresas de TV por assinatura que não contivessem esse canal estariam em desvantagem com relação às demais empresas.

Com base nesse argumento – de infra-estrutura essencial – o Conselheiro Relator votou pela condenação das representadas.

Entretanto, os demais conselheiros do CADE entenderam que o sinal da Globo não era uma infra-estrutura essencial. Conforme se verifica do voto do conselheiro Celso Campilongo, para se caracterizar uma infra-estrutura essencial é necessário apresentar as seguintes condições: “(i) que, sem o acesso àquela estrutura, não exista chance de competição, isto é, que a estrutura seja indispensável à concorrência; (ii) que não seja economicamente eficiente nem possível, para novos entrantes, duplicar a estrutura; (iii) que o controle da estrutura gere ao seu titular o potencial de eliminar a concorrência; (iv) que a facilidade seja efetivamente essencial, como dispõe a literalidade da expressão, e não mera conveniência ou oportunidade menos dispendiosa para o concorrente; e (v) que a recusa de disponibilização da essencialidade não possua razão econômica ou jurídica justificável e razoável.”²²³

Ao analisar essas condições no mercado em concreto, verificou-se que o sinal da Globo não é indispensável, uma vez que a DIRECTV era um concorrente forte. Além disso, a DIRECTV poderia reproduzir o conteúdo ou contratá-lo de terceiros. Outro fator é que a DIRECTV continuava no mercado, além de haver um novo concorrente – a Tecsat. E que a recusa era justificável e razoável. Por fim, a participação de mercado da DIRECTV, que durante o prazo da investigação sempre se manteve alta – o menor percentual foi na casa dos 38% – somada a entrada de outro agente econômico, significava que era possível concorrer sem o sinal da Globo.

²²³ Voto Vista p. 11.

Assim, esse sinal não poderia ser considerado uma infra-estrutura essencial. Com isso, a conduta não poderia ser sancionada.

Na Europa há um caso similar. De fato no caso Bronner²²⁴, o Oscar Bronner, empresa austríaca, desejava que a Mediaprint utiliza-se a sua rede nacional para distribuir o jornal *Der Standard* de propriedade de Oscar Bronner.

Segundo Oscar Bronner a recusa da distribuição pela Mediaprint seria uma violação à legislação de defesa da concorrência. O tribunal austríaco solicitou a opinião da Corte Européia de Justiça sobre essa situação.

A Corte Européia de Justiça respondeu a tal consulta informando que os tribunais nacionais deveriam, inicialmente, determinar se há um mercado separado de distribuição domiciliar de jornais na Áustria e se havia uma substituição insuficiente entre o sistema da Mediaprint e outros sistemas regionais.

Na visão da Corte Européia, o serviço da Mediaprint não era indispensável, uma vez que havia outras formas de distribuição de jornais. Além disso, não havia obstáculos técnicos, legais ou econômicos para se estabelecer um serviço de distribuição domiciliar de jornais. Assim, a recusa de contratar da Mediaprint não seria anticoncorrencial.

Segundo a Corte Européia, para se caracterizar um abuso, seria necessário demonstrar que a recusa ao acesso a tal serviço provavelmente eliminaria toda a concorrência no mercado de jornais diários e que o serviço de distribuição domiciliar era indispensável para manter o negócio de jornais.

Assim, caso se verifique que há uma infra-estrutura essencial e que o seu proprietário está se recusando a contratar com terceiros o uso da infra-estrutura, provavelmente a conduta será sancionada. Por outro lado, se não se tratar de uma infra-estrutura essencial, nos parece que dificilmente essa conduta será sancionada.

²²⁴ Oscar Bronner GmbH & Co. KG v Mediaprint Zeitungs-und Zeitschriftenverlag GmBH & Co. KG and others (C-7/97) 26 November 1998, [1998] ECR I-7817, [1999] 4 CMLR 112, [1999] CEC 53.

IV.7 Da Prova Econômica em Ações Judiciais

Nesse tópico abordaremos apenas as questões relevantes relativas às provas econômicas em ações judiciais que visam a recuperação de danos causados por práticas anticompetitivas.

Cabe notar que o art. 29 da Lei de Defesa da Concorrência estabelece que os prejudicados podem ingressar em juízo para obter a cessação da prática anticoncorrencial e receber indenizações por perdas e danos sofridos. Tal ação é independente do processo administrativo.

O tema de ações de indenização privadas é muito discutido em outros países por ser um importante meio para prevenir que empresas incorram em práticas anticompetitivas. Isso é devido ao fato de que se as empresas tiverem uma certeza de que além da punição pela autoridade de defesa da concorrência também tiverem que reparar os danos causados a seus clientes, o desestímulo é ainda maior.

Nos Estados Unidos, em especial, a prática de ações de indenização é muito comum, sendo certo que todos os principais casos envolvendo cartel acabam por gerar ações de indenizações. Na Europa essa prática é menos difundida. Mas está ganhando força, em especial com a decisão da Comissão Européia de retirar os principais empecilhos para esse tipo de ação.²²⁵

Esse tipo de ação é ainda mais incipiente no Brasil, mas que deve ganhar cada vez mais força. De fato, com o aumento das condenações por infração da ordem econômica fundadas em provas cada vez mais robustas, a tendência é que os prejudicados por tais práticas recorram ao Poder Judiciário com o objetivo de serem ressarcidos por tais danos.

Dessa forma, para que um prejudicado possa pleitear uma indenização por prática anticoncorrencial será necessário provar, na ação judiciária, que (i) houve um ato

²²⁵ Cabe notar que em 2008 a Comissão Européia publicou um “White Paper” com sugestões para políticas e medidas específicas que podem ajudar as vítimas de infrações da ordem econômica a terem acesso a mecanismos que os permitam receber indenizações pelos danos sofridos.

ilícito por parte das empresas que acusa, (ii) como decorrência de tal ato o autor da ação sofreu um dano, (iii) a culpa do réu e, por fim, (iv) qual foi o valor do dano sofrido.

Conforme ensina SÍLVIO DE SALVO VENOSA, dano é toda diminuição do patrimônio. Ou seja, para haver o dever de indenizar, será necessário demonstrar o ato ou conduta ilícita do réu e o nexo causal entre essa conduta e a repercussão negativa no patrimônio de quem está reclamando. Além disso, em casos onde não está presente a responsabilidade objetiva – como em matéria concorrencial – será necessário, também, demonstrar a culpa do agente.²²⁶

Com relação ao primeiro aspecto, a dificuldade de realizar tal prova é a mesma que as autoridades de defesa da concorrência enfrentam para provar um ilícito anticoncorrencial. Entretanto, caso já haja uma decisão do CADE no sentido de considerar a conduta como anticoncorrencial, acreditamos que referida decisão poderia ser levada ao Poder Judiciário como prova da conduta.

Com relação à prova da existência do dano, há uma questão relevante a ser tratada. Como grande parte dos cartéis envolve matérias-primas os compradores desses produtos não são os usuários finais. De fato, eles utilizam esses produtos na produção dos bens que eles vendem aos usuários finais.

Quando essas empresas estão estabelecendo os preços de seus produtos, elas têm que levar em consideração os custos da matéria-prima e os demais custos incorridos. Assim, os valores maiores que eles pagaram pela matéria-prima seriam necessariamente repassados aos clientes finais.

O resultado de tal prática é que os danos causados pelo cartel a tais empresas não foi direto – ou seja, não foi resultado diretamente do valor maior da matéria-prima. Por outro lado, como seus produtos custaram mais caro – devido ao aumento de custos –, pode ter havido uma redução da demanda de seus produtos que seria indenizável como lucros cessantes. Assim, temos que os usuários finais dos produtos também sofreram danos, uma vez que pagaram mais caro pelo produto.

²²⁶ “Direito Civil” Vol. IV “Responsabilidade Civil”. 3ª Edição. Editora Atlas. 2003. p. 197.

Mas não são só esses dois grupos que podem ter sido prejudicados pelo cartel. Pode haver outros cinco grupos de prejudicados, são eles: (i) os fabricantes de matéria-prima para as empresas envolvidas no cartel²²⁷; (ii) outras empresas fornecedoras do mesmo produto objeto do cartel, mas que não participaram da conduta²²⁸; (iii) os clientes de outras empresas que não participam do cartel²²⁹; (iv) os usuários finais dos produtos que foram comercializados pelas empresas não envolvidas na conduta²³⁰; e (v) empresas que atuam em mercados complementares ao mercado objeto do cartel²³¹.

Não se tem conhecimento de nenhuma ação no Brasil que envolva qualquer dos cinco grupos acima indicados. Até mesmo porque a prova do dano para esses grupos é muito mais complexa do que para os clientes diretos das empresas envolvidas no cartel.

Com isso, a presente seção vai se concentrar apenas na análise da prova econômica necessária para os clientes diretos tentarem reaver o prejuízo causado pelas empresas participantes do cartel.

Como indicado, o autor da ação de indenização precisa demonstrar a existência da conduta, o nexo causal e a culpa, além do dano sofrido. Considerando que os primeiros pontos indicados acima sejam provados na ação de indenização – algo que não é fácil –, ainda resta a prova mais difícil a ser feita, qual seja, o valor do dano sofrido pelo autor da ação.

A questão do dano sofrido é muito importante, pois esse, somado a eventuais lucros cessantes, é o valor da indenização a ser concedida pelo Poder Judiciário. Isso

²²⁷ Eles são prejudicados, pois como o cartel exige uma redução do volume produzido, os fornecedores de matéria-prima devem reduzir os volumes vendidos para as empresas que formaram o cartel.

²²⁸ Esse grupo pode se beneficiar da existência do cartel ao também cobrar preços maiores ou pode se prejudicar com o cartel caso as empresas envolvidas na conduta aumentem os custos que os clientes incorram ao trocar de fornecedor e, com isso, dificulte o fornecimento pelas empresas não envolvidas na conduta. Esse tipo de conduta é particularmente danosa aos novos entrantes, pois eles podem não conseguir clientes para vender seus produtos.

²²⁹ Isso porque, eles também podem ter que pagar preços maiores, caso esse fornecedor também resolva aumentar seus preços.

²³⁰ Eles também podem ter pago preços maiores pelos bens adquiridos.

²³¹ Eles podem ser prejudicados, pois com a redução do volume vendido no mercado cartelizado, pode haver, também, uma redução do volume demandado no mercado de produtos complementares.

porque, não se admite, no ordenamento jurídico brasileiro, enriquecimentos ilícitos. Assim, o valor da indenização não pode ser superior ao dano causado²³².

A única forma de demonstrar o dano causado em matéria concorrencial é com a ajuda de economistas²³³.

Considerando que a curva de demanda demonstra que quanto maior a quantidade ofertada menor o preço que os consumidores estariam dispostos a pagar por tal produto, tem-se que para aumentar o preço – objetivo final do cartel – é necessário reduzir a oferta de produtos.

Na teoria econômica, para esse cenário, o dano causado pela conduta é o valor da área do retângulo formado pela diferença entre o preço cobrado (P2) e o preço que seria cobrado caso não houvesse a conduta anticoncorrencial (P1) e o valor da quantidade ofertada com a existência da conduta (como regra chamada de Q2). Com isso, a fórmula matemática para calcular o prejuízo seria expressa como sendo $(P2 - P1) \times Q2$. Ou seja, multiplica-se o volume comercializado (Q2) pelo preço supracompetitivo que foi cobrado, que é representado pela subtração do preço efetivamente cobrado (P2) e o preço que deveria ter sido cobrado (P1).

O que é facilmente indicado na teoria econômica pode ser um pesadelo para ser demonstrado na prática. Isso porque, há três variáveis a serem consideradas, P1, P2 e Q2. Dessas, P2 e Q2 são valores que são facilmente identificados. Basta buscar informações sobre o volume de produtos que a empresa participante do cartel comercializou durante o cartel e o preço que ela efetivamente cobrava por tais produtos.

A maior discussão está na identificação do preço que deveria ser cobrado se não houvesse a conduta (P1). Como avaliar tal preço?

²³² Essa situação é diferente do que ocorre nos Estados Unidos, onde a indenização devida por práticas anticoncorrenciais é de três vezes o valor do dano.

²³³ Pouparemos os leitores do presente trabalho dos infundáveis gráficos utilizados pelos economistas para demonstrar eventuais danos.

Essa não é uma questão fácil de ser resolvida em nenhum caso. No Brasil, um caso que tratou dessa questão é a ação ordinária movida pela Cobraco Serviços Ltda. contra a Companhia Siderúrgica Belgo Mineira (atual ArcelorMittal Aços Longos), empresa condenada no chamado “Cartel do Aço”, junto ao Poder Judiciário de Minas Gerais²³⁴.

Nesse caso, o juiz titular da ação deferiu o pedido de tutela antecipada – decisão essa que foi confirmada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais – para determinar que a empresa ré praticasse os mesmos preços do período anterior ao início do cartel (1997), reajustados pela inflação²³⁵.

Ao que pese o racional por traz de tal decisão, esse não parece ser um critério dos mais corretos para a determinação do preço justo a ser cobrado no pós-cartel. Isso porque, qualquer índice de inflação representa a média ponderada dos aumentos de preços de diversos produtos. Quais produtos serão considerados em cada índice em particular e qual é o seu peso no índice depende de que tipo de inflação se quer medir²³⁶.

Assim, não parece razoável que para a determinação de P1 leve-se em consideração apenas o aumento no preço de produtos que não guardam a menor relação com a produção do produto objeto do cartel.

No caso da ação judicial mencionada acima, sabe-se que as principais matérias-primas para a produção do aço são o minério de ferro e o carvão, logo seria lógico que pelo menos a variação de preço desses produtos deveria ter sido considerada na antecipação da tutela deferida.

Entretanto, como ensinam EMILY CLARK, MAT HUGHES e DAVID WIRTH²³⁷ há alguns métodos para calcular tais danos. Tais métodos são: (i) “antes e

²³⁴ Processo Número 002406984815-8, ainda em trâmite perante a 22ª Vara Civil de Belo Horizonte.

²³⁵ É importante notar que até a presente data, ainda não há uma sentença de mérito.

²³⁶ Por exemplo, se se quiser medir a inflação dos produtos da construção civil será feito um estudo para descobrir o peso de cada insumo em uma construção. Da mesma forma, se o objetivo for calcular a inflação para famílias de renda média, a pesquisa deve verificar quais produtos esse tipo de família adquire e quanto é gasto em cada item.

²³⁷ “Study on the Conditions of Claims for Damages in Case of Infringement of EC Competition Rules - Analysis of Economic Models for the Calculation of Damages”.

depois”²³⁸; (ii) padrão de comparação²³⁹; (iii) baseado no custo; (iv) previsão de preço, utilizando-se de modelos econométricos; e (v) modelação teórica que envolve simulação de oligopólios.

Cabe explicar cada método, utilizando-se dos ensinamentos desses autores.

O método do “antes e depois” envolve a simples comparação de preços durante o período do suposto cartel, com os preços do período antes e/ou depois da conduta. Assume-se que os preços antes e/ou depois da conduta são aproximações razoáveis dos níveis de preços quando não houve cartel.

Esse método é muito chamativo pela sua simplicidade e pela sua transparência visual – caso utilize-se um gráfico com tais preços. Por outro lado, há algumas dificuldades significativas que podem surgir. A primeira dificuldade que se tem é na avaliação dos preços fora do cartel. Destarte, é preciso buscar os preços de equilíbrio no longo prazo, ou seja, é necessário obter-se um longo período de avaliação de preços para evitar desvios que possam ter ocorrido devido a situações específicas (por exemplo, quando houve excesso ou falta de capacidade ou logo após a entrada ou saída de um player).

Outra dificuldade que tais autores identificaram é que tal método parte da premissa de que durante o período do cartel os fatores determinantes para a formação do preço continuaram constantes se comparados aos períodos de inexistência do cartel. Ocorre que tal premissa não é necessariamente verdadeira. De fato, há determinadas situações que podem ter ocorrido durante o período de preços avaliado – tais como aumento da demanda, melhorias tecnológicas, entre outras – que podem ter causado uma alteração no nível dos preços. Além disso, esse método pode não capturar efetivamente tal variação de nível de preços. Ou seja, esse método pode não conseguir corretamente isolar outros fatores que podem ter influenciado os preços antes, durante e após o cartel.

²³⁸ Do inglês “‘before-and-after’ method”.

²³⁹ Do inglês “‘yardstick’ approach”.

Além desses pontos há outra questão relevante que pode causar dificuldades para esse método. De fato, é sabido que diferentes empresas possuem poder de barganha diferentes, bem como, os preços cobrados de cada cliente podem ser diferentes. Da mesma forma, pode haver determinados clientes que não sofreram danos pelo cartel. Assim, o uso de preços médios pode levar a conclusões imprecisas.

Com isso, verifica-se que esse método pode ser utilizado em situações onde se sabe quando o cartel se iniciou e quando não há nenhuma alteração nas condições do mercado, com exceção da formação do cartel. Assim, esse método pode ser utilizado em casos onde o cartel teve curta duração ou em indústrias maduras. Por outro lado, o seu uso em outras situações pode gerar resultados imprecisos.

Outro método que pode ser utilizado é o de padrão de comparação. Tal método envolve a comparação dos preços no mercado onde houve a colusão com os preços em mercados similares onde não houve tal conduta. Essa comparação pode ser tanto do mesmo produto em outro mercado relevante geográfico quanto em diferentes mercados de produto na mesma região geográfica ou, ainda, produtos diferentes em áreas diferentes.

Assim, esse método será melhor aceito na medida em que o mercado que vai servir de comparação tiver mais características similares ao mercado do produto cartelizado. Com isso, tem-se que o mercado que possui estruturas de custo e características de demanda similares são mais convincentes para esse tipo de comparação. Por outro lado, quanto mais diferente o mercado for, mais difícil será isolar os efeitos do cartel e, com isso, provar os danos.

Esse método traz informações mais corretas quando se compara o mesmo mercado relevante de produto, mas em diferente área geográfica. Além disso, ele pode ser utilizado em conjunto com o método do antes-e-depois para obter dados mais precisos.

O terceiro método analisado pelos mencionados autores é o baseado no custo. Nesse método obtém-se a informação sobre o custo médio de produção de cada unidade

e estima-se o preço competitivo ao adicionar uma margem de lucro considerada apropriada em condições competitivas.

Como regra deve-se obter os dados do custo total da administração da empresa acusada do cartel e divide-se esse custo pelo total de unidades produzidas. Assim, tem-se a média do custo total por unidade.

Por outro lado, esse método simplifica em muito a dinâmica do mercado ao assumir que o custo competitivo e a margem de preço e custo seriam constantes durante o cartel. Outra dificuldade é como calcular corretamente a margem de lucro que deverá ser adicionada ao preço médio.

Segundo os autores, idealmente a margem utilizada deve refletir o custo do capital para a empresa que considera o retorno que os investidores necessitam para investir naquela empresa em particular e não em outro lugar. Isso significa que se deve considerar os riscos associados ao investimento²⁴⁰.

De qualquer forma, esse método pode não ser considerado o mais apropriado para medir os efeitos de um cartel, pois não é claro que a construção de um suposto preço competitivo é um referencial apropriado para um preço fora do cartel, além de haver grandes dificuldades para estimar os lucros.

O quarto método indicado pelos autores é o de previsão do preço. Inicialmente, cabe notar que devido às limitações dos métodos anteriores, em especial o antes-e-depois e o de padrão de comparação, acredita-se que métodos mais sofisticados para a avaliação do dano são preferidos. Dentre esses métodos mais sofisticados, verifica-se que aqueles métodos que se utilizem de técnicas de regressão – indo até a data mais antiga para onde tem-se informações – são os mais importantes.

Nesse método se utiliza técnicas de regressão para avaliar qual deveria ter sido o preço durante o período da alegada conduta ilícita. Essa análise pode, em teoria, controlar outros fatores que afetam o preço e, por isso, isolar os efeitos da conduta

²⁴⁰ Apenas como comparação, no caso das lisinas nos Estados Unidos, utilizou-se esse método e decidiu-se adicionar 6% ao custo médio da empresa ADM.

ilícita. Isso é feito com o desenvolvimento de um modelo estatístico que examina a relação entre preço e os fatores da demanda e da oferta que afetam o preço.

Os economistas chamam isso de equação de forma reduzida²⁴¹, sendo que tal equação busca descrever o preço como uma função dos fatores fora do controle dos fornecedores. O modelo fornece uma estimativa da média do preço considerando valores específicos para os fatores de demanda e oferta e seus coeficientes.

Há diversas formas de especificar essa equação. Entre elas, os autores mencionam dois modelos, um chamado de *dummy variable model* e o *residual model*.

O primeiro usa informações de preços e os fatores de demanda e oferta de ambos os períodos (sem a colusão e com colusão). Há uma variável *dummy* que tem o valor de um no período da conduta ilícita e o valor de zero quando do período de não colusão. Essa variável fornece uma estimativa da média do sobrepreço cobrado durante o período da colusão.

O segundo modelo envolve a especificação da relação entre preço e os fatores de oferta e demanda durante o período onde não houve colusão. A estimativa dessa relação é utilizada para estimar preços durante o período de colusão. Com isso, o sobrepreço é calculado pela comparação entre os preços indicados por esse modelo e os preços que foram efetivamente praticados. Esse modelo, entretanto, assume que não houve mudanças estruturais entre os períodos com e sem a colusão.

O último modelo indicado pelos referidos autores é o de modelação teórica que envolve simulação de oligopólios. Essas simulações usam modelos econômicos baseados na teoria da organização industrial para prever o efeito de fusões em preços e volumes produzidos em cada mercado relevante identificado. Isso é obtido com a inclusão de estimativas de elasticidades da demanda e outras variáveis – tais como custos marginais, preços e quantidades – em um modelo econômico simplificado de como as empresas concorrem entre si e como elas respondem às decisões concorrenciais dos concorrentes.

²⁴¹ Do inglês “reduced form equation”.

Tais modelos de simulação variam muito em sofisticação e complexidade, por isso é preciso adotar algumas premissas. Em casos de quantificação de danos, esses modelos de simulação podem ser usados para se obter um nível de preços caso não houvesse um cartel naquele mercado. Com isso, é só subtrair o valor indicado em tais simulações com os valores praticados durante o período do cartel para se obter o sobrepreço.

Ocorre que, da mesma forma que os outros modelos, há algumas dificuldades para o uso desse método. A primeira dificuldade diz respeito ao uso do modelo de Cournot²⁴², entretanto, tal modelo não é o único modelo plausível para oligopólios, já que é possível, também, a utilização, por exemplo, do modelo de Bertrand²⁴³.

A segunda crítica que os autores mencionam sobre esse método é que tanto o modelo de Cournot quanto o modelo de Bertrand são estáticos, assim há muito debate no sentido de que modelos estáticos não conseguem prever como as empresas vão responder, do ponto de vista da dinâmica concorrencial, considerando as iniciativas dos rivais.

A terceira e última crítica feita pelos autores a tal modelo é que o nível de compreensão econométrica necessária para entender esse método restringe em muito seu uso em tribunais.

²⁴² Resumidamente, no modelo de Cournot, considera-se que cada empresa produz um único produto homogêneo a um custo marginal constante, com cada empresa sendo capaz de fornecer para todo o mercado e cada empresa tendo um claro conhecimento da demanda do mercado. Além disso, não há a possibilidade de entrada de outras empresas no mercado. Esse modelo pode ser conceituado das seguintes formas: (i) cada empresa estabelece, simultaneamente, o volume a ser produzido e seu preço e que não há relação concorrencial entre as empresas após esse passo, ou (ii) o equilíbrio é alcançado com base em considerações específicas de como cada empresa acredita que seus rivais vão responder a sua decisão sobre volume a ser produzido, a idéia é que cada empresa acredita que seus concorrentes não vão responder a alterações nos volumes produzidos.

²⁴³ De forma simplificada, no modelo de Bertrand é similar ao modelo de Cournot, com exceção de que para o modelo de Bertrand as empresas estabelecem preços e não níveis de produção. Como resultado, o preço de mercado é igual ao custo marginal uma vez que uma empresa pode capturar todo o mercado se vender seus produtos a um preço mais baixo do que as demais empresas.

Com isso, verifica-se a existência de cinco métodos que podem não ser os mais precisos ou os mais simples de se demonstrar, mas, pelo menos, servem como parâmetros para o cálculo do dano.

Ocorre que em todos esses métodos há a necessidade de perícia econômica muito especializada. Ou seja, não será um estudo fácil ou barato para ser feito. Além disso, as controvérsias que surgirão com o uso de cada método podem tornar a resolução do caso algo ainda mais difícil.

V. DOS DEMAIS TIPOS DE PROVA E DA FORMA DE OBTENÇÃO DA PROVA NO PROCESSO CONCORRENCIAL

Após a explicação sobre a Prova Econômica, cabe notar que o processo concorrential também está sujeito aos diversos outros tipos de provas previstos no Código de Processo Civil.

Assim, o presente capítulo trará explicações sobre esses demais tipos de provas bem como os mecanismos utilizados pelas autoridades de defesa da concorrência na obtenção dessas provas.

As demais provas a serem discutidas são os chamados meios de provas tradicionais, quais sejam: as provas documentais, as provas testemunhais, as provas periciais e o depoimento pessoal. Além desses meios, será estudada a possibilidade do uso das gravações e das interceptações telefônicas no processo concorrential.

Adicionalmente, cabe tecer alguns comentários sobre os novos meios de obtenção de prova adotados pelas autoridades de defesa da concorrência em investigações de infração da ordem econômica. Dessa forma, serão tecidos comentários sobre os acordos de leniência, as buscas e apreensões e as inspeções.

V.1 Das Provas Documentais

A prova documental é muito utilizada no processo concorrential. Isso porque, o conceito de tal prova é muito amplo. De fato, o documento é entendido como sendo toda coisa que seja capaz de representar um fato.²⁴⁴

Da mesma forma, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO conceitua documento como sendo “*todo ser composto de uma ou mais superfícies portadoras de símbolos*”

²⁴⁴ “Curso de Direito Processual Civil” volume 2. Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira. Editora Podivm. 2ª Edição. 2008. p. 131.

capazes de transmitir idéias e demonstrar a ocorrência de fatos.”²⁴⁵ Para MOACYR AMARAL SANTOS, “*documento – de documentum, do verbo doceo, ensinar, mostrar, indicar – significa uma coisa que tem em si a virtude de fazer conhecer outra coisa*”.²⁴⁶

Assim, considerando a amplitude do conceito de “documento”, a prova documental é, sem sombra de dúvida, a mais utilizada em processo concorrential.

JOSÉ FREDERICO MARQUES indica as características relevantes em relação à prova documental, são elas: (i) pode ter função probatória principal (nos casos em que a lei considerar o documento escrito como prova da relação com exclusão das demais) ou acessória (se o documento é prova que simplesmente concorre com as demais); (ii) quando representada por documento escrito, trata-se da chamada prova literal; (iii) sua utilização no processo deve ser precedida da verificação de quem é seu autor (conceito abrangendo tanto a pessoa que elaborou o documento como aquela para quem ou a partir da determinação de quem o documento foi feito), qual foi o meio empregado para sua produção (forma escrita, fotográfica, áudio ou vídeo) e qual é seu conteúdo (podendo ser as declarações ou informações ali constantes dispositivas, constitutivas ou probatórias, dependendo do objetivo para o qual ele foi produzido).²⁴⁷

Em relação à verificação da autoria do documento, pode-se entender do art. 371 do CPC que o autor é quem elabora intelectualmente o documento. Ou seja, se uma pessoa prepara o texto do documento, mas ele é digitado por outra, o primeiro ainda pode ser considerado seu autor (nesse caso o documento é chamado de heterógrafo²⁴⁸).

Nesse aspecto, os documentos podem ser particulares ou públicos. Os documentos particulares são aqueles feitos por particulares sem a participação de agentes públicos. Por outro lado, nos termos do art. 364 do CPC, os documentos públicos são aqueles elaborados por escrivão, tabelião ou funcionários públicos em geral, no exercício de suas funções públicas. Cabe notar que o documento por ser

²⁴⁵ “Instituições de Direito Processual Civil” volume III. Cândido Rangel Dinamarco. Ed. Malheiros. 4ª Edição. 2004. p. 565.

²⁴⁶ “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil” volume 2. Moacyr Amaral Santos. Editora Saraiva. 25ª Edição. 2009. p. 398.

²⁴⁷ “Instituições de Direito Processual Civil” Vol. III, Millenium, Campinas, 2000, pp. 356-357.

²⁴⁸ O documento quando é produzido materialmente pelo próprio autor intelectual é denominado autógrafo. Quando ele é produzido materialmente por terceiro, ele é chamado de heterógrafo.

público não faz prova da veracidade do seu conteúdo, só atinge aos elementos de formação do ato e à autoria das declarações das partes.

Os documentos públicos, segundo o enunciado no artigo 364 do CPC, podem ser judiciais, quando elaborados por escrivão, com base em atos processuais ou peças dos autos; notariais, quando provenientes de tabeliães ou oficiais de Registros Públicos, e extraídos de seus livros e assentamentos; administrativos quando oriundos de outras repartições públicas. Todos gozam de presunção de veracidade, quando legitimamente preparados. É cediço que essa presunção é apenas *iuris tantum*, pois pode ser desconstituída por declaração judicial de falsidade do documento (art. 387 do CPC).

Cumprе mencionar que quanto sua autoria, os documentos podem ainda ser classificados como assinados ou não assinados, segundo sejam ou não subscritos ou assinados pelo seu autor. Por último podem ser classificados como autênticos, quando em si mesmos contêm a prova da coincidência entre o seu autor aparente e o seu autor real; autenticados quando essa prova se dá fora dos próprios documentos e sem autenticidade quando essa prova não é feita.

Já em relação ao meio de sua formação, os documentos podem ser escritos, gráficos ou diretos. Os escritos são os documentos normais, particularmente regulados pela lei. Os gráficos são os documentos representados por sinais gráficos diversos da escrita como desenhos, pinturas, entre outros. Já os diretos são aqueles em que o fato representado se transmite diretamente para a coisa representativa como fotografia, fonografia, etc.

No tocante ao conteúdo, os documentos poderão ser classificados em narrativos e constitutivos ou dispositivos. Os narrativos e constitutivos possuem declarações de ciência ou de verdade, que podem ser testemunhais ou confessórias. Os dispositivos contêm declarações de vontade, constitutivas, modificativas ou extintivas de relações jurídicas.

Nem a Lei de Defesa da Concorrência nem a Lei de Processo Administrativo trazem previsão específica sobre a forma de produção da prova documental. Apenas o

art. 37 da Lei de Defesa da Concorrência informa que podem ser juntados novos documentos antes de encerrada a instrução processual²⁴⁹.

Com isso, pode-se concluir que as regras para a produção de prova documental, para a arguição de falsidade do conteúdo ou de forma de documento, devem seguir os dispositivos do CPC.

Do ponto de vista da investigação de infrações da ordem econômica, a prova documental é extremamente importante. Isso porque, podem ser juntados aos autos determinados documentos sem as características expostas acima, mas que podem levar a conclusão de que havia a prática anticoncorrencial investigada.

Por exemplo, pode haver um documento apócrifo, que indique como as empresas investigadas deveriam agir em determinada situação. Será que a falta dos requisitos para a definição de “documento” faria com que o que foi apresentado, deixasse de ser uma prova documental?

A jurisprudência do CADE não tem maiores problemas em admitir que tal situação consiste em uma prova documental. Um caso em que isso ocorreu foi o denominado Cartel dos Genéricos (Processo Administrativo 08012.009088/1999-48²⁵⁰).

Nesse caso, a prova da conduta ilícita seria uma ata de uma reunião realizada em 27 de julho de 1999 da Fundação Getúlio Vargas em São Paulo, cujos participantes foram os gerentes regionais de vendas das Representadas. A acusação era, basicamente, que tais gerentes teriam discutido ações em conjunto para tentar impedir a entrada de medicamentos genéricos no Brasil.

²⁴⁹ Entretanto, considerando as particularidades do processo concorrencial já explicadas – em que os órgãos instrutórios (SEAE e SDE) são diferentes do órgão julgador (CADE) – e até mesmo considerando o princípio do livre convencimento motivado do julgador, é possível apresentar provas documentais mesmo após o encerramento da instrução probatória.

²⁵⁰ Representante: Conselho Regional de Farmácia do Distrito Federal e Representados: Merck Sharp & Dohme Farmacêutica Ltda., Hoeschst Marion Roussel S/A, Akzo Nobel Ltda - Divisão Organon, Glaxo Wellcome S/A, Eurofarma Laboratórios Ltda., Sanofi Winthrop Farmacêutica Ltda., Abbott Laboratórios do Brasil Ltda., Laboratórios Whyeth-Whitehall Ltda., Bristol-Myers Squibb Brasil S/A, Centeon Farmacêutica Ltda., Boeringher Ingelheim do Brasil Química e Farmacêutica Ltda., Schering do Brasil Química e Farmacêutica Ltda., SEARLE do Brasil Ltda., Produtos Roché Química e Farmacêutica S/A, Indústria Química e Farmacêutica Schering Plough S/A, Eli Lilly do Brasil Ltda., Bayer S/A, Janssen-Cilag Farmacêutica Ltda., BYK Química Farmacêutica Ltda. e Laboratórios Biosintética Ltda.

Tal ata não era assinada, mas teria sido encaminhada a todos os participantes da referida reunião. Ou seja, poder-se-ia dizer que faltava um dos requisitos para essa ata ser considerada um documento, qual seja, a autoria. Entretanto, o plenário do CADE entendeu que ela era suficiente para configurar a infração da ordem econômica e punir as empresas que participaram de tal reunião.²⁵¹

Como indicado no caso citado acima, é necessário a existência de um conjunto de fatores que somados à prova documental sem os requisitos legais, levem a conclusão da conduta anticoncorrencial.

No caso específico de cartéis, caso haja um documento estabelecendo as regras da conduta, mesmo que seja apócrifo e/ou que não tenha os demais indícios previstos na doutrina para sua aceitação, pode ser considerado como prova da conduta, desde que haja outros fatores que confirmem essa suposição. Destarte, não se pode esperar que os acordos ilícitos sejam devidamente formalizados para que seja possível a sua condenação.²⁵²

Por outro lado, isso não significa que qualquer coisa que seja levada para as autoridades possa ser considerada como um prova documental que por si só enseja a condenação do representado. Isso porque, no exercício do contraditório, é possível que uma explicação plausível para aquela coisa seja apresentada. Nesse caso, a autoridade deve analisar o documento com razoabilidade e verificar qual era a sua verdadeira natureza.

No que diz respeito aos atos de concentração, esse tipo de prova também é importante, e ganhará um tónus com a implementação da notificação eletrônica²⁵³. De acordo com o item II.15 (v) do novo formulário, as partes deverão submeter toda e qualquer apresentação relacionada à operação que porventura tenha sido levada ao

²⁵¹ É importante notar que esse mesmo documento foi considerado insuficiente pelo Ministério Público Federal e pela Justiça Federal Criminal para a instauração de processo penal contra tais executivos.

²⁵² Talvez uma das poucas exceções a regra de que acordos ilícitos não são formalizados seja o chamado Cartel das Drogarias do DF (Processo Administrativo 08012.006241/1997-03). Nesse caso, as principais provas utilizadas para condenar as representadas foram as atas da Associação Rede da Economia, que haviam sido devidamente registradas.

²⁵³ Como prevista da Resolução CADE 49 de 23 de julho de 2008.

Conselho de Administração, Diretoria ou bancos. O objeto é, sem sombras de dúvidas, saber as reais intenções dos particulares ao realizar determinado ato sujeito à notificação nos termos do art. 54 da Lei de Defesa da Concorrência. Entretanto, tais estudos e apresentações serão juntados aos autos como provas documentais.

V.2 Das Provas Testemunhais

Segundo CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, a *“prova testemunhal é a técnica de obtenção de informes sobre fatos relevantes para o julgamento mediante perguntas a serem respondidas por pessoas estranhas ao processo, as testemunhas. É uma prova pessoal e ativa a sua fonte, porque dela participa uma pessoa com seus sentidos e sua vontade, ouvindo e respondendo”*.²⁵⁴

Com isso, verifica-se que nesse tipo de prova, ouve-se uma pessoa – a testemunha – que possui determinado conhecimento do fato ou do ato controvertido. A testemunha, nas palavras de MOACYR AMARAL SANTOS, *“é uma pessoa distinta dos sujeitos processuais que, convidada na forma da lei, por ter conhecimento do fato ou ato controvertido entre as partes, depõe sobre este em juízo, para atestar a sua existência”*.²⁵⁵

Segundo VICENTE GRECO FILHO, *“os elementos que caracterizam a pessoa como testemunha são: a) é uma pessoa natural; b) é uma pessoa estranha ao feito; c) é uma pessoa que deve saber do fato litigioso; d) a pessoa deve ser convocada regularmente a depor em juízo; e) a pessoa deve ser capaz de depor e não pode estar impedida ou ser suspeita.”*^{256 257}

A Lei de Defesa da Concorrência da mesma forma que nas provas documentais, também não traz dispositivos específicos sobre a prova testemunhal. A única regra existente é o parágrafo único do art. 37 de Lei que estabelece que cada representado tem

²⁵⁴ “Instituições...”, op. cit., p. 601.

²⁵⁵ “Primeiras linhas...”, op. cit., p. 461.

²⁵⁶ “Direito Processual ...” op. cit., p. 216.

²⁵⁷ Cabe notar que MOACYR AMARAL SANTOS em seu livro “Primeiras Linhas...” op. cit., p. 462, apresenta a mesma classificação.

direito a requerer a oitiva de até três testemunhas. Ou seja, aqui, tal qual nas provas documentais, também devem ser observadas as regras do CPC.

Assim, cabe levantar algumas questões importantes sobre a prova testemunhal.

Há determinadas pessoas que não podem testemunhar, mesmo quando se tratam de pessoa natural com conhecimento do fato ou ato em discussão. Como ilustra MOACYR AMARAL SANTOS, citando o art. 405 do CPC, *“a regra é que todas as pessoas podem testemunhar em juízo, exceto as declaradas incapazes para o exercício dessa função, as incompatíveis com essa função, e as inidôneas, ou suspeitas, por falta de credibilidade.”*²⁵⁸

Completa CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, informando que a regra de que todos podem ser testemunhas *“é no entanto racionalmente restringida, com vistas a excluir depoimentos de pessoas que, por sua condução pessoal ou moral, ou pelas relações que tenham com a parte ou interesse na causa, possam prejudicar os bons resultados do processo, prestando informes infiéis.”*²⁵⁹ Tais pessoas seriam as incapazes, as impedidas e as suspeitas.

Segundo esse autor, os incapazes são os menores de dezesseis anos ou todo aquele que, por conta de uma deficiência, física ou mental, não consigam perceber os fatos a informar. Entre essas pessoas estariam os cegos e surdos – desde que os fatos que se querem provar dependam dos sentidos que os faltem (art. 228, III, do Código Civil) – e os portadores de determinados tipos de deficiências mentais.²⁶⁰

Adicionalmente, são impedidos de testemunhar as próprias partes, o cônjuge e parentes próximos das partes, o juiz da causa e todas as pessoas que atuem ou tenham atuado em nome ou na defesa de uma das partes.²⁶¹

²⁵⁸ “Primeiras Linhas...” op. cit. p. 464.

²⁵⁹ “Instituições...” op. cit. p. 605.

²⁶⁰ “Instituições...” op. cit. p. 605.

²⁶¹ “Instituições...” op. cit. pp. 605 - 606.

Além disso, o autor identifica quem são os suspeitos para testemunhar. Eles “são o inimigo capital ou amigo íntimo da parte, quem tiver interesse pessoal na solução do litígio e as pessoas de vida pregressa desonrosa”.²⁶² Apenas para esclarecer, pessoas de “vida pregressa desonrosa” são aquelas já condenadas por falso testemunho, por exemplo.

Há, ainda, a testemunha referida. Essa é a testemunha que não havia sido chamada para depor, mas foi mencionada por alguma outra testemunha como conhecedora dos fatos narrados (art. 418 do CPC). O juiz não é obrigado a ouvir tais testemunhas, nos termos do CPC, é facultado ao juiz ouvi-las. No caso do processo concorrential, há decisões judiciais determinando a oitiva de testemunhas referidas, com vistas a garantir a ampla defesa dos representados.

Com relação ao comparecimento da testemunha, é importante notar que a testemunha, quando intimada, é obrigada a comparecer ao depoimento. Vale notar que nos termos do art. 41 da Lei de Processo Administrativo, a intimação para a oitiva deve ser feita com antecedência mínima de três dias úteis. Essa intimação vale tanto para a testemunha quanto para as demais partes envolvidas no processo.

No processo judicial, a testemunha pode ser coagida a comparecer perante o juízo pela força policial. No processo concorrential não é possível coagir a testemunha a comparecer utilizando-se da força policial, entretanto, a Lei de Defesa da Concorrência em seu art. 26, parágrafo 5º, determina que a testemunha que não comparecer ao depoimento deve arcar com o pagamento de uma multa que pode chegar a R\$10.700,00. Ou seja, a coação é financeira e não restritiva de direito.

Da mesma forma, a testemunha que presta depoimento falso em juízo pode ser criminalmente processada. No processo concorrential, a testemunha estaria sujeita ao pagamento da multa prevista no art. 26 da Lei de Defesa da Concorrência.

Do ponto de vista concorrential, a prova testemunhal tem sua importância, pois ela poderá ajudar a elucidar determinadas condutas que não estão documentalmente

²⁶² “Instituições...” op. cit. p. 606.

formalizadas. Isso porque, a testemunha pode dar declarações que somada aos documentos constantes dos autos indiquem a existência da conduta investigada.

Por exemplo, determinado cliente de um setor sob investigação, pode testemunhar informando que sempre era atendido pela mesma empresa, apesar dos aumentos constantes de preço, pois toda vez que tentava mudar de fornecedor recebia do novo contato preços superiores aos praticados pelo fornecedor atual ou recebia a informação de que o novo fornecedor não poderia entregar a mercadoria. Isso é uma prova de que provavelmente havia um cartel naquele setor.

Por outro lado, o cliente pode informar que todos os fornecedores atuavam de forma tal que não se coadunava com um cartel naquele setor. Esse tipo de depoimento pode significar que as empresas investigadas não realizam nenhum tipo de prática anticoncorrencial.

O CADE já explorou alguns aspectos sobre a prova testemunhal de diversos casos. Entre eles pode-se citar o Processo Administrativo 08012.005669/2002-31 (o Cartel dos Cegonheiros).

Nesse caso houve a alegação de que o conjunto probatório era lastrado no testemunho e em outras informações prestadas por indivíduos suspeitos. O posicionamento do plenário do CADE foi seguir o voto do Conselheiro-Relator Luis Fernando Schuartz que entendeu que *“mesmo não podendo ser ‘declaradas’ formalmente suspeitas, parece-me bastante plausível supor que as testemunhas em questão parecem ter exibido nas suas manifestações uma disposição a priori mais favorável e alinhada aos interesses e reivindicações da (...), devendo também os seus depoimentos ser tratados com a devida cautela, não podendo de modo algum valer como meio decisivo de convencimento para eventual condenação no processo.”*

Como ensinam FREDIE DIDIER JR., PAULA SARNO BRAGA e RAFAEL OLIVEIRA o fato é que testemunhas suspeitas podem ser ouvidas, mas esse depoimento não será considerado como uma prova testemunhal. Para esse tipo de depoimento, não será necessário o compromisso de dizer a verdade, sendo certo que o

julgador deverá levar isso em consideração quando do julgamento. Ou seja, caberá ao julgador dar o valor que entende ser relevante para esse tipo de declaração.²⁶³ Por outro lado, tais depoimentos não podem ser os únicos meios de prova utilizados para a condenação por infração da ordem econômica.

Adicionalmente, há alguns casos julgados pelo CADE que deliberam sobre a existência de provas testemunhais que teriam sido produzidas sem a presença dos representados. Como regra, a alegação é que em tais processos a SEAE e/ou a SDE teriam ouvido, formal ou informalmente, pessoas relacionadas ao mercado, sem a devida intimação dos representados.

Entre tais casos pode-se citar o Processo Administrativo 08012.004086/2000-21²⁶⁴. Nesse caso o Conselheiro-Relator, Luis Alberto Esteves Scaloppe, apesar de reconhecer a existência das alegadas oitivas, entendeu que elas teriam feito parte de um conjunto de atos persecutórios necessários para a apuração da infração denunciada e sua autoria e, portanto, tais provas seriam aceitáveis. Cabe ressaltar que essa decisão não foi unânime.

Outro caso que traz tal situação é o Processo Administrativo 08012.003805/2004-10²⁶⁵. Em tal caso, representantes da SDE teriam conversado com donos de bares e mercearias para obter informações sobre a conduta sob investigação. Não há notícias que a representada tivesse sido intimada para participar de tais conversas.

A decisão do Conselheiro-Relator Fernando de Magalhães Furlan foi de indeferir esse pedido com o argumento de que a SDE não estaria buscando informações quantitativas sobre o programa investigado, mas apenas confirmando ou refutando a mecânica de execução do referido programa que constou do depoimento de determinados pontos de vendas que haviam sido juntados aos autos.

²⁶³ “Curso de Direito ...”. op. cit. p. 197.

²⁶⁴ Representantes: Sindicato da Indústria da Construção Civil de Grandes Empresas no Estado de São Paulo e Sindicato das Empresas de Compra, Venda, Locação e Administração de Imóveis Residenciais e Comerciais de São Paulo; Representadas: Gerdau S/A, Companhia Siderúrgica Belgo Mineira e Siderúrgica Barra Mansa S/A; j. em 23.09.2005.

²⁶⁵ Representante: Primo Schincariol Ind. de Cervejas e Refrigerantes S/A; Representada: Companhia de Bebidas das Américas.

Além disso, o Conselheiro afirma que o relatório preparado pelos funcionários da SDE tem presunção de imparcialidade e de veracidade das informações contidas nos mesmos, uma vez que isso seria um ato administrativo e como tal gozaria da mencionada presunção.

Ao que pese a argumentação do CADE e o fato dos atos da administração pública gozarem da presunção de veracidade, em nossa opinião, a obtenção de provas é muito sensível para ser admitida a sua realização sem a presença do representado. Ainda mais quando se considera que em uma parte significativa das investigações de infração da ordem econômica o processo é instaurado pela SDE *ex-officio*.

O fato é que pode ter ocorrido determinadas manifestações das pessoas entrevistadas contra a representada, que não constaram dos relatórios simplesmente porque estava fora de seu escopo²⁶⁶. Entretanto, tal manifestação pode ter sido contrária aos interesses da representada e ter sido utilizada, mesmo que inconscientemente, pela SDE na formulação da sua convicção.

Admitir essa possibilidade leva a conclusão de que a SDE poderia manter reuniões com pessoas que conhecessem o mercado relevante, objeto de uma investigação, apenas para entender a sua mecânica. Ocorre que a pessoa entrevistada pode dar suas impressões pessoais sem necessariamente ter uma base fática para isso. Essas impressões podem guiar, de forma equivocada, a interpretação do conjunto probatório constante dos autos.

Assim, a boa técnica recomenda que qualquer entrevista, reunião ou conversa com pessoas que possam elucidar questões sob o processo investigado devam contar com a participação, caso queiram, dos representados.

Caso contrário, podemos estar diante de provas ilícitas que contaminem o processo concorrencial.

²⁶⁶ Por exemplo, algum dos entrevistados poderia estar insatisfeito com seu relacionamento comercial com a representada e ter feito determinada crítica contra a empresa que foi interpretada pelo servidor da SDE que as colheu como uma prova da existência da conduta.

Outra forma de prova testemunhal são as pesquisas de opinião. Esse tipo de prova ainda é pouco comum no processo concorrencial, talvez um dos poucos casos que fizeram uso de tal prova foi o Processo Administrativo 08012.003805/2004-10, mencionado anteriormente nesse item.

Nos Estados Unidos, em matéria concorrencial, as pesquisas de opinião têm sido utilizadas para obter informações sobre as características quantitativas de uma empresa e para investigar a extensão da competição em determinados mercados.²⁶⁷

Nesse país, os principais problemas no uso de tais provas estão na forma como elas são apresentadas ao tribunal. Em geral, os responsáveis pela pesquisa devem testemunhar para explicar a adequação da forma como a pesquisa foi feita e sobre a precisão dos resultados. Com essas informações, o julgador pode dar à pesquisa a força probatória que entender necessária.

Aos leigos em estatística, parece que quanto maior o universo pesquisado maior será a precisão da pesquisa. Entretanto, o número limitado de pessoas entrevistadas não significa que a margem de erro a torna inútil²⁶⁸. Assim, para que uma pesquisa desse tipo seja aceita sem maiores questionamentos, deverá ser demonstrado que ela seguiu todas as regras comumente utilizadas e aceitas pelos institutos de pesquisa para a realização de pesquisas similares.

V.3 Das Provas Periciais

Conforme ensina PONTES DE MIRANDA, o perito é uma pessoa estranha ao processo, dotado de conhecimentos especiais sobre algum segmento da atividade

²⁶⁷ HIRAM C. BARKSDALE. “The Use of Marketing Data in Courts of Law”. The Journal of Marketing, vol. 23, No. 4 (Apr. 1959). p. 376 – 385.

²⁶⁸ Nas palavras de HIRAM C. BARKSDALE, op. cit. 383-384, “some research practitioners think that larger samples are required for surveys intended to yield data for use as legal evidence. This is because lawyers, judges, and juries, like other non-marketing men, tend to overestimate the numbers required in a sample and to underestimate the precision with which a sample must be selected”.

humana – científicos, industriais, tecnológicos, etc. – que lhe permite auxiliar o juiz na investigação de fatos e na realização de julgamentos.²⁶⁹

Para CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “*perícia é o exame feito em pessoas ou coisas, por profissional portador de conhecimentos técnicos e com a finalidade de obter informações capazes de esclarecer dúvidas quanto a fatos.*”²⁷⁰

Segundo FREDIE DIDIER JR., PAULA SARNO BRAGA e RAFAEL OLIVEIRA “*a prova pericial é aquela pela qual a elucidação do fato se dá com o auxílio de um perito, especialista em determinado campo do saber, devidamente nomeado pelo juiz, que deve registrar sua opinião técnica e científica no chamado laudo pericial – que poderá ser objeto de discussão pelas partes e seus assistentes técnicos.*”²⁷¹

Tem-se, assim, que a prova pericial é utilizada sempre que forem necessários exames fora do conhecimento do homem comum. Nesses casos, o perito usará seus conhecimentos técnicos como auxiliar do juiz. Por isso, o art. 138, III determina que os mesmos requisitos para o impedimento e a suspeição dos juízes se apliquem aos peritos.

Da mesma forma que nas provas indicadas anteriormente, nem a Lei de Defesa da Concorrência nem a Lei de Processo Administrativo possuem regras sobre a perícia. Assim, dever-se-ia, também, adotar as regras do CPC.

Entretanto, a Portaria 4/2006 do Ministério da Justiça – que Regulamenta as diversas espécies de processos administrativos no âmbito da SDE – trata sobre a perícia. De fato, o art. 53 da referida portaria institui regras procedimentais sobre a realização da perícia. Em resumo, uma vez determinada a realização desse tipo de prova, os peritos devem prestar compromisso de desempenhar suas funções de forma correta e fiel, a SDE deverá encaminhar ao perito os quesitos que deferir e os representados poderão indicar assistentes técnicos, formular quesitos adicionais e solicitar esclarecimentos ao perito.

²⁶⁹ “Comentários ao Código de Processo Civil”. Ed. Forense. 2000. p. 452.

²⁷⁰ “Institutos...” op. cit., p. 585.

²⁷¹ “Curso de Direito ...” op. cit., p. 207.

Sobre a pessoa do perito, a Portaria 4/2006 estabelece que ela pode ser autoridade de qualquer órgão público, inclusive da SDE, ou por profissional contratado especialmente para esse fim.

Há uma questão que pode dificultar a realização de perícia pelos próprios servidores da SDE, como autorizado pela Portaria 4/2006. De fato, o art. 18, II da Lei de Processo Administrativo impede peritos de atuar como autoridade em processos. Assim, caso haja uma autoridade da SDE agindo como perita, essa pessoa estaria impedida de atuar no processo como autoridade.

No processo concorrential, a prova pericial está se tornando mais importante na medida em que novos tipos de prova – tais como arquivos eletrônicos – são colhidas. De fato, com o crescente número de buscas e apreensões realizadas, tem-se o aumento no número de arquivos eletrônicos apreendidos e há a necessidade de um perito para buscar as informações constantes de tais arquivos.

V.4 Do Depoimento Pessoal

Conforme MOACYR AMARAL SANTOS, “*consiste o depoimento pessoal no testemunho da parte em juízo. Por meio do interrogatório, a que é submetida, sobre os fatos alegados pela parte contrária, e mesmo sobre fatos por ela própria deduzidos em seus articulados, visa-se, por um lado, aclará-los, e, por outro, provocar a sua confissão.*”²⁷²

Já para FREDIE DIDIER JR., PAULA SARNO BRAGA e RAFAEL OLIVEIRA, citando PONTES DE MIRANDA, “*o depoimento pessoal ou depoimento da parte é ‘o conjunto de comunicações (julgamento de fato) da parte, autor ou réu, para dizer o que sabe a respeito do pedido, ou da defesa, ou das provas produzidas ou a serem produzidas, como esclarecimentos de que se sirva o juiz para seu conhecimento.*”²⁷³

²⁷² “Primeiras Linhas...” op. cit., pp. 450-451.

²⁷³ “Curso de Direito ...” op. cit., p. 101.

Para JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, as partes têm o dever de comparecer a juízo e responder ao que for perguntado, caso o seu depoimento tenha sido ordenado pelo juiz ou requerido pela outra parte. Entretanto, não estaria incluído nesse dever de depor quando lhe for imputado fato criminoso ou torpe, ou de fatos cujo respeito deva guardar sigilo, por estado ou profissão.²⁷⁴

Segundo JOSÉ FREDERICO MARQUES, o depoimento pessoal tem uma grande importância no sistema oral estabelecido pelo CPC, já que coloca a parte em contato direto com o juiz e cria uma imediatidade que permite ao julgador avaliar melhor os fatos que fundam a pretensão do autor ou da defesa do réu.²⁷⁵

Da mesma forma que nas provas anteriormente estudadas, nem a Lei de Defesa da Concorrência nem a Lei de Processo Administrativo trazem regras sobre o depoimento pessoal. Assim, mais uma vez, deve-se usar as regras previstas no CPC.

Uma questão extremamente importante que surge com o depoimento pessoal é a possibilidade do depoente recorrer ao direito de permanecer em silêncio e não produzir provas contra si próprio, que está previsto no art. 5º, LV da Constituição Federal.

Isso porque, tal garantia está relacionada ao direito penal e por consequência ao processo penal e não tanto relacionada ao processo civil. Entretanto, por uma questão principiológica, é possível concluir que essas garantias também seriam aplicáveis ao processo concorrential.

Aliás, o próprio Supremo Tribunal Federal já analisou esse tipo de questão, entendendo pela sua aplicabilidade.²⁷⁶

²⁷⁴ “O Novo Processo Civil Brasileiro”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. 25ª Edição. Editora Forense. p. 57.

²⁷⁵ “Instituições de Direito Processual Civil...” op. cit., pp. 401-402.

²⁷⁶ Ver HC n. 80.530-2 (relator Ministro Celso de Mello): “Defiro o pedido de medida liminar, para o fim de assegurar, à ora paciente, o direito de permanecer em silêncio, se e quando inquirida sobre fatos cujo esclarecimento possa importar em sua auto-incriminação, (...). Tenho enfatizado, em decisões proferidas no Supremo Tribunal Federal, a propósito da prerrogativa constitucional contra a auto-incriminação (HC 79.812-SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO), que assiste, a qualquer pessoa, (...) o direito de se manter em silêncio, sem se expor - em virtude do exercício legítimo dessa faculdade - a qualquer restrição em sua esfera jurídica, desde que as suas respostas, às indagações que lhe venham a ser feitas, possam acarretar-lhe grave dano (Nemo tenetur se detegere). É que indiciados ou testemunhas dispõem, em nosso ordenamento jurídico, da prerrogativa contra a auto-incriminação, consoante tem proclamado a

Nesse ponto, ensina ODETE MEDAUAR que o direito ao silêncio, que abrange o direito de permanecer calado, o direito de não declarar contra si próprio e de não se declarar culpado, são desdobramentos da ampla defesa.²⁷⁷

Nesse sentido a doutrinadora cita Garcia de Enterría e Tomás-Ramon Fernandez que apresentavam um exemplo de tal direito ao silêncio nos tribunais europeus. Seguindo esses autores, a Corte de Justiça da Comunidade Européia, em decisão de 18 de outubro de 1989, decidiu que a “*Comissão não poderia impor à empresa a obrigação de fornecer as respostas naqueles casos em que isso suporia admitir a existência da infração, pois cabe à Comissão – tratava-se de expediente em matéria de defesa da concorrência – estabelecer a prova.*”²⁷⁸

No Brasil, como já indicado das decisões do STF e dos doutrinadores citados, tal princípio tem total aplicação. Entretanto, pode surgir, no processo concorrencial, um conflito aparente de normas. Isso porque, o art. 26 da Lei de Defesa da Concorrência, pune com multa diária quem se recusar, omitir, enganar ou retardar injustificadamente a prestação de informações e/ou documentos solicitados pela autoridade concorrencial.

Ora, se a recusa ou a omissão na prestação de informação solicitada pela autoridade pode gerar uma multa diária, a parte estaria em uma situação complicada. Isso porque não apresentar essa informação poderia ser considerada como uma violação ao art. 26 da Lei de Defesa da Concorrência. Por outro lado, apresentá-la poderia complicar a sua situação no processo concorrencial. A resolução dessa situação é bastante clara e foi muito bem abordada pelo Ministro Celso de Mello no HC 80.530-2. Nessa situação, claramente a parte não precisaria apresentar a informação ou o documento solicitado.

Talvez por essa razão, o depoimento pessoal no âmbito do processo concorrencial não é muito utilizado. De fato, há diversos casos em que os representados

jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal (RDA 196/197, Rel. Min. CELSO DE MELLO - HC 78.814- PR, Rel. Min. CELSO DE MELLO - HC 79.244-DF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, v.g.).”

²⁷⁷ “A Processualidade Administrativa...” op. cit., p. 128.

²⁷⁸ “A Processualidade Administrativa...” op. cit., p. 128.

não são ouvidos pela SDE. A maior exceção a essa regra são as pessoas que celebram acordos de leniência. Como será melhor explicado no item V.6 abaixo, tais pessoas tem o dever de cooperar com as autoridades de defesa da concorrência, devendo, inclusive, comparecer para prestar esclarecimentos sempre que chamados.

V.5 Das Gravações e das Interceptações Telefônicas

Antes de adentrar nas gravações e interceptações telefônicas propriamente ditas, cabe notar que tais tipos de provas não estão listadas no rol de provas possíveis de serem produzidas no CPC. Ocorre que, a Constituição Federal em seu art. 5º, XII garante o sigilo das comunicações telefônicas, ressalvadas as hipóteses previstas em lei para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.²⁷⁹

Apesar do referido inciso XII trazer o direito a intimidade, tal direito, como todos os outros indicados na Constituição Federal, não é absoluto. Com certeza ele pode perder espaço para outros direitos e garantias constitucionais igualmente importantes.

Com base nesse dispositivo, foi publicada a Lei 9.296 de 24 de julho de 1996 (“Lei de Interceptações Telefônicas”) que regulamenta o inciso XII do art. 5º da Constituição. Tal lei é, como seria esperado, eminentemente penal. Com isso surge uma questão sobre a possibilidade de utilizar esse tipo de prova em processos outros que não o penal. Essa questão será melhor abordada abaixo.

Como esperado, as gravações diferem das interceptações telefônicas. Como explica LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO²⁸⁰, “*a interceptação telefônica, em sentido estrito, é a captação da conversa telefônica por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores*”. Como distingue Ada Grinover, “*é aquela que se efetiva pelo ‘grampeamento’, ou seja, pelo ato de ‘interferir numa central telefônica, nas ligações da linha do telefone que se quer controlar, a fim de ouvir e/ou gravar conversações*”.

²⁷⁹ Art. 5º, XII – “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.”

²⁸⁰ “Provas Ilícitas...” op. cit., p. 94.

Já sobre as gravações telefônicas, referido autor as classifica como sendo gravações clandestinas, aquelas praticadas pelo próprio interlocutor, que, como tal, não pode ser enquadrada no conceito de interceptação. Tal gravação consiste em um dos participantes, sem o conhecimento do outro, registrar conversa telefônica – as gravações clandestinas – ou a conversa entre presentes – que seriam as gravações ambientais²⁸¹

Nos ensinamentos de RICARDO RABONEZE²⁸² “a gravação clandestina consiste no ato de registro de conversação própria por um de seus interlocutores, subrepticamente, feita por intermédio de aparelho eletrônico ou telefônico (gravação clandestina propriamente dita) ou no ambiente da conversação (gravação ambientais).”

De forma didática, esse autor explica que a interceptação telefônica é aquela onde sempre haverá um terceiro na conversa mantida entre duas pessoas. Além disso, se um dos interlocutores tiver conhecimento da interceptação, estará caracterizada a escuta telefônica. Caso não haja conhecimento, estar-se-ia diante de uma interceptação em sentido estrito. Já se a interceptação for feita entre presentes e houver o conhecimento de um dos interlocutores, haverá a escuta ambiental. Por outro lado, se não houver tal conhecimento, chama-se interceptação ambiental.²⁸³

No primeiro caso – das interceptações telefônicas – é necessário uma autorização judicial baseada na Lei de Interceptações Telefônicas. Já no segundo caso – gravações telefônicas – tal autorização não é necessária.

Como se verifica da Lei de Interceptação Telefônica, para realizar uma interceptação, para fins de prova em investigação criminal e em instrução processual penal, é necessário a autorização do juiz competente da ação principal²⁸⁴.

²⁸¹ “Provas Ilícitas...” op. cit., p. 99.

²⁸² “Provas Obtidas por Meios Ilícitos”. p. 54.

²⁸³ “Provas Obtidas ...” op. cit., p. 54.

²⁸⁴ Como lembra CÉSAR DARIO MARIANO DA SILVA, em seu “Provas Ilícitas”, Editora Forense, 4ª Edição. p. 45, caso o pedido seja feito no plantão judiciário, é possível que o juiz que presidirá o feito não seja o mesmo que está de plantão. Assim, tal pedido seria uma afronta a tal disposição? Na resposta do autor, que aderimos, ele entende que não haverá nenhuma ilegalidade em tal prova, pois não é possível escolher dia e hora para a realização dessa prova, isso porque, se houver a necessidade de se esperar um

As interceptações somente serão autorizadas caso o fato investigado seja punido com pena de reclusão (art. 2º, III). Além disso, a interceptação não poderá ser autorizada se não houver indícios razoáveis da autoria ou participação na infração penal (art. 2º, I) ou quando a prova puder ser feita por outros meios disponíveis (art. 2º, II).

Outra característica constante da Lei de Interceptação Telefônica, que é importante para o presente estudo, está no seu art. 8º. Conforme tal artigo, as interceptações ocorrem em autos apartados, preservando-se o seu sigilo.²⁸⁵

Com base nessas regras da Lei de Interceptação Telefônica, verifica-se que o seu uso deve ser difundido para todos os casos. Além disso, a interceptação é tão sensível que somente pode ser autorizada quando não é possível realizar a prova por outros métodos e, uma vez realizada, o resultado dessa prova deve permanecer em sigilo.

Esse tipo de prova é extremamente importante como meio de investigação e instrumento eficaz para elucidar crimes e combater a criminalidade organizada. A razão para tal eficiência é o fato da organização criminosa não saber da existência do grampo e falar sobre como proceder para manter a organização.

Tal fato é particularmente verdadeiro para casos de cartel. Isso porque, dificilmente será possível obter outro tipo de prova física direta que comprove a existência da conduta. Como o cartel também é um crime tipificado na Lei 8.137/90 e apenado com reclusão, seria possível concluir pela possibilidade de se obter uma autorização judicial para a interceptação telefônica de suspeitos de prática de cartel. Entretanto, essa autorização teria que ser feita nos autos de uma investigação ou de um processo criminal, nunca de um processo administrativo.

dia útil para fazer esse pedido, pode ser que a prova se torne inócua. De qualquer forma, essa é uma decisão provisória, que pode ser revista pelo juiz da ação principal.

²⁸⁵ Art. 8º “a interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas.”

Destarte, cabe responder ao questionamento se tal tipo de prova, se legalmente produzida em uma investigação ou processo criminal²⁸⁶, pode ser utilizada em um processo administrativo.

Inicialmente, cabe citar o ensinamento de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, para o qual *“no campo doutrinário tem-se admitido a possibilidade de semelhante utilização. A favor dela pode argumentar-se que, uma vez rompido o sigilo, e por conseguinte sacrificado o direito da parte à preservação da intimidade, não faria sentido que continuássemos a preocupar-nos com o risco de arrombar-se um cofre já aberto. Mas por outro lado talvez se objete que assim se acaba por condescender com autêntica fraude à Constituição. A prova ilícita, expulsa pela porta, voltaria a entrar pela janela...”*²⁸⁷

Contra a possibilidade do empréstimo de tal prova para outros processos, tem-se o seguinte comentário de VICENTE GRECO FILHO²⁸⁸: *“cremos que não, porque, no caso, os parâmetros constitucionais são limitativos. A finalidade da interceptação, investigação criminal e instrução processual penal é, também, a finalidade da prova, e somente nessa sede pode ser utilizada. Em termos práticos, não poderá a prova obtida ser utilizada em ação autônoma, por exemplo, de indenização relativa a direito de família etc.”*

Já para LUIZ FLÁVIO GOMES, *“o legislador constitucional ao delimitar a finalidade da interceptação telefônica (criminal) já estava ponderando valores, sopesando interesses. Nisso reside também o princípio da proporcionalidade. Segundo a imagem do legislador, justifica-se sacrificar o direito à intimidade para uma investigação ou processo criminal, não civil. Isso tem por base os valores envolvidos num e noutro processo. (...)”*²⁸⁹

²⁸⁶ Caso ela não tenha sido legalmente produzida em uma investigação ou processo criminal, tratar-se-ia de prova ilícita, e, com isso, imprestável para o uso em qualquer tipo de processo.

²⁸⁷ “A Constituição e as Provas Ilícitamente Adquiridas”. Revista de Direito Administrativo v. 205, p.20.

²⁸⁸ “Interceptação Telefônica”. Editora Saraiva. 2008. p.39

²⁸⁹ “Finalidade da Interceptação Telefônica e a Questão da ‘Prova Emprestada’” Repertório IOB de Jurisprudência v. 4/97, p. 75. O autor continua para afirmar que como estavam em jogo liberdades constitucionais, o constituinte procurou demarcar o âmbito de prevalência do interesse da persecução de determinados tipos penais em detrimento da intimidade. Por isso, desde o início o constituinte já havia indicado que esse tipo de prova não poderia ser emprestada ao processo civil ou administrativo. Ou seja, para esse autor, o constituinte já fez uma análise do princípio da proporcionalidade ao impor tal limite.

Entretanto, esse posicionamento não é seguido por outros doutrinadores e pelos tribunais brasileiros.

De fato, para NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, a interceptação telefônica lícitamente produzida – qual tal autorizada pela Constituição Federal e pela Lei de Interceptação Telefônica – no âmbito de uma investigação ou um processo criminal pode ser lícitamente emprestada para o processo civil (podemos aqui extrapolar o entendimento para permitir o seu uso em um processo administrativo).²⁹⁰

Sobre esse assunto, ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO SCARANCE FERNANDES E ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO ensinam que: *“as opiniões dividem-se, mas, de nossa parte, pensamos ser possível o transporte de prova. O valor constitucionalmente protegido pela vedação das interceptações telefônicas é a intimidade. Rompida esta, lícitamente, em face do permissivo constitucional, nada mais resta a preservar. Seria uma demasia negar-se a recepção da prova assim obtida, sob a alegação de que estaria obliquamente vulnerado o comando constitucional.”*²⁹¹

Entretanto, tais autores fazem uma ressalva sobre esse uso. Segundo eles, o processo penal não pode servir exclusivamente como meio oblíquo para obter tal prova para o processo civil. Caso isso ocorra, na opinião desses autores, o juiz não deve admitir essa prova na causa civil.

Da mesma forma, CARLA HEIDRICH ANTUNES²⁹², afirma que *“a prova obtida através de interceptação telefônica em juízo criminal, sendo autorizada judicialmente, pode ser emprestada para o processo civil, já que se trata de prova produzida lícitamente, não sendo eivada por qualquer vício. A Constituição proíbe*

Por fim, conclui o autor que o fato da prova ser produzida e mantida em sigilo deporia contra qualquer tipo de empréstimo.

²⁹⁰ “Código de Processo...”. op. cit., p. 1513.

²⁹¹ “As Nulidades...”, op. cit., pp. 119-120.

²⁹² “Prova Emprestanda: Algumas Considerações”. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, v.5, p. 36

somente as provas obtidas por meios ilícitos, e não o empréstimo de uma prova que foi colhida por meio lícito.”

Da mesma forma, há diversas decisões dos tribunais superiores autorizando o uso de provas originadas em interceptação telefônica para processos administrativos.

Do STF, pode-se citar os seguintes exemplos de tais tipos de decisões: (i) Inq 2424 QO / RJ – Rio de Janeiro, Relator Min. Cezar Peluso²⁹³; (ii) RMS 24.956, Relator Min. Marco Aurélio²⁹⁴; e (iii) AI 769094 / MT - MATO GROSSO, Relatora: Min. Cármen Lúcia²⁹⁵.

No caso de gravações telefônicas, o STF tem entendido que seu uso é permitido, desde que algumas regras sejam seguidas. Conforme decidido no HC 80949, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, j. 30/10/2001, *“a hipótese de gravação de comunicação telefônica própria, sem ciência do interlocutor, tem sido aqui examinada caso a caso, e ora reputada prova ilícita, por violação da privacidade (assim, v.g., no caso Collor, Apn 307, Galvão, RTJ 162/3, (ementa, 1.1 e p. 33ss), ora, considera lícita, se utilizada na defesa de direito do autor ou participe da gravação, em especial, se vítima ou destinatária de proposta criminosa do outro (v.g., HC 74.678, 1ª T., Moreira, 10.06.97, e EDHC 74.678, 1ª T., Moreira, 02.09.97, Inf. STF 75; RE 212.081, 1ª T., Gallotti, 5.12.97, DJ 27.03.98; HC 74.356, 1ª T., Gallotti, 10.12.96, RTJ 165/934; HC 69.204, 2ª T., Velloso, 26.05.92, TRJ 144/213 e HC 75.338, Pl., Jobim, 11.03.98, RTJ 167/206)”*.

²⁹³ “EMENTA: PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra os mesmos servidores. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos.”

²⁹⁴ Ementa: “INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA - OBJETO - INVESTIGAÇÃO CRIMINAL - NOTÍCIA DE DESVIO ADMINISTRATIVO DE CONDUTA DE SERVIDOR. A cláusula final do inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal – ‘... na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal’ - não é óbice à consideração de fato surgido mediante a escuta telefônica para efeito diverso, como é exemplo o processo administrativo-disciplinar”.

²⁹⁵ “DECISÃO: Agravo de Instrumento. Constitucional. 1. Uso de Interceptação Telefônica de Inquérito Policial em Ação de Improbidade Administrativa. Precedentes. (...) Agravo ao qual se nega seguimento.”

Assim, verifica-se que o STF entende que se pode utilizar a gravação telefônica para a defesa, em especial quando o usuário é vítima ou destinatária de proposta criminosa.

Já do STJ, temos os seguintes exemplos de decisões: (i) Agravo Regimental da Ação Penal 2006/0258867-9, Relatora Min. Eliana Calmon²⁹⁶; (ii) Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 2003/0087046-0, Relatora Min. Maria Thereza de Assis Moura²⁹⁷; e (iii) Mandado de Segurança 2008/0081303-0, Relator Min. Felix Fischer²⁹⁸.

Da mesma forma, o plenário do CADE tem admitido tanto a utilização de interceptações quanto de gravações telefônicas.

Talvez o primeiro processo que trata desse assunto é o Processo Administrativo 08012.002299/2000-18²⁹⁹. Esse processo iniciou-se com a representação feita pelo

²⁹⁶ “PROCESSO PENAL – COMPARTILHAMENTO DE INFORMAÇÕES – INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA INCLUSIVE – POSSIBILIDADE – PRECEDENTES DO STF E DA CORTE ESPECIAL DO STJ. (...)”

2. É possível compartilhar a prova, colhida em processo criminal em tramitação, com o MPF e outros órgãos administrativos, para fim disciplinar.

3. Inclui-se no rol dessas provas os diálogos colhidos mediante interceptação autorizada.(...)”

²⁹⁷ “RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA AUTORIZADA POR JUIZ CRIMINAL. PROVA EMPRESTADA. SINDICÂNCIA E PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO DO JUÍZO CRIMINAL. NÃO-OCORRÊNCIA NO CASO. NULIDADE.

1. É cabível o uso excepcional de interceptação telefônica em processo disciplinar, desde que seja também observado no âmbito administrativo o devido processo legal, respeitados os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, bem como haja expressa autorização do Juízo Criminal, responsável pela preservação do sigilo de tal prova, de sua remessa e utilização pela Administração.

(...)”

²⁹⁸ “MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. COMISSÃO DISCIPLINAR. IMPEDIMENTO. INOCORRÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. PROVA EMPRESTADA. LEGALIDADE. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. AUTO CIRCUNSTANCIADO. DEGRAVAÇÃO INTEGRAL. DESNECESSIDADE. (...)”

IV - A doutrina e a jurisprudência se posicionam de forma favorável à "prova emprestada", não havendo que suscitar qualquer nulidade, tendo em conta que foi respeitado o contraditório e a ampla defesa no âmbito do processo administrativo disciplinar, cujo traslado da prova penal foi antecedido e devidamente autorizado pelo Juízo Criminal. (...)”

²⁹⁹ Representante: Ministério Público do Estado de Santa Catarina; Representados: Posto Divelin, Big Imagi Combustíveis, Auto P. Parque São Jorge, Jóia Posto Ltda., Auto Posto Florianópolis Ltda., Jóia Comércio de Combustíveis Ltda., Auto Posto Interlagos Ltda., Cláudio Luiz Pereira Ltda., Maria do Rocio Rodrigues Ruthes Pereira, Auto Posto Desterro Ltda., Auto Posto Desterro Itajaí Ltda., Auto Posto Big Boss Ltda., Auto Ilha do Norte Com. Lubrificantes Ltda., Posto Ipiranga Ltda., Alexandre Comércio de Automóveis Ltda., Alexandre Comércio de Automóveis Ltda. Filial I, Posto Avenida Ltda., Auto Posto Esquina Ltda. Alexandre Carioni e Fausto Carioni, Alex Sander Guarnieri, Cláudio Luiz Pereira,

Ministério Público de Santa Catarina (“MP/SC”) em face de determinados postos de combustíveis do município de Florianópolis e o Sindicato patronal, sob a acusação de formação de cartel.

Simultaneamente à formalização da representação, o poder judiciário local já havia autorizado a interceptação telefônica do Presidente do referido Sindicato. Tais provas foram emprestadas ao processo administrativo, tendo sido questionadas pelas representadas.

O Conselheiro-Relator, citando o parecer da Procuradoria-Geral do CADE abordou essa questão, e pugnou pela validade das provas. As razões foram:

“Data Venia, laboraram em equívoco os Representados. Não se pode cogitar de existência de prova ilícita no que concerne à interceptação telefônica, uma vez que decorrente de autorização judicial após requerimento do Ministério Público, que tinha como destinação justamente a investigação criminal e a instrução processual penal. Dessa forma, como a prova foi lícita na origem, uma vez que foi autorizada judicialmente, e para os fins que a Constituição Federal permite, não há que se falar na aplicabilidade da Teoria da Derivação ou doutrina dos Fruits of the poisonous tree (frutos da árvore envenenada). Ademais, sendo a sanção administrativa um minus em relação à sanção penal, impossível admitir-se que o Estado tendo legitimidade para utilizar a prova decorrente de interceptação telefônica no processo penal e não a tenha para utilizá-la no processo administrativo.”

Tal entendimento foi seguido por unanimidade pelos demais membros do plenário do CADE.

Posição semelhante foi adotada no Cartel dos Vigilantes (Processo Administrativo 08012.001826/2003-10³⁰⁰). Esse processo, cabe notar, é um marco no

José Cristóvão Vieira, Tadeu Emílio Vieira, Zoélio Hugo Valente, Gilberto Rollin e Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis Minerais de Florianópolis.

³⁰⁰ Representantes: SDE ex-officio e Representados: Secure Sistemas de Segurança Ltda., Vivaldi Pereira Rodrigues, Vigitec, Vigilância Pedrozo Ltda., Vigilância Patrulhense S/C Ltda., Vigilância Asgarras S/C Ltda., Vigilância Antares Ltda., Tânia E. Euler, Sindi-Vigilantes do Sul, Silvio Renato Medeiros Pires,

direito concorrencial brasileiro, pois foi o primeiro a ser iniciado com a celebração de um acordo de leniência.

O caso envolvia a acusação de formação de cartel por determinadas empresas de vigilância do Estado do Rio Grande do Sul. Houve, também, uma investigação criminal feita pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul (“MP/RS”), onde foi deferido o pedido de interceptação telefônica.

A decisão do Conselheiro-Relator Abraham Benzaquen Sicsú, seguida por unanimidade pelo plenário do CADE, foi no sentido de que *“não há qualquer óbice à utilização como meio de prova das gravações telefônicas e dos documentos, emails e arquivos eletrônicos juntados ao presente processo, advindos do Inquérito Policial. São essas as principais provas da existência do conluio.”* Além disso, segundo o Conselheiro-Relator *“as gravações telefônicas ocorreram em total acordo com a lei e a jurisprudência pátrias.”*

Além desses casos, há o já mencionado Cartel dos Cegonheiros (Processo Administrativo 08012.005669/2002-31). Nesse processo também houve o pedido de interceptação telefônica deferido pela Justiça Federal Criminal em Porto Alegre. O Poder Judiciário autorizou o empréstimo de tais provas ao processo administrativo após a solicitação feita pela SDE.

O Conselheiro-Relator Luís Fernando Schuartz votou no sentido de que como o STJ já teria se manifestado *“sobre a legalidade da utilização de interceptações telefônicas como prova emprestada na instrução de procedimentos administrativos,*

Sérgio González, Sênior Segurança Ltda., Sênior Segurança Ltda., Seltec Vigilância Especializada Ltda., Segurança e Transporte de Valores Panambi Ltda., Rudder Segurança Ltda., Rubem Isnar Baz Orelí, Rota-Sul Empresa de Vigilância Ltda., Ronaldo Carvalho, Reação Segurança e Vigilância Ltda., Protevale Vigilância e Segurança Ltda., Protege Serviços de Vigilância Ltda., Patrícia Ghen, Paulo Renato Pacheco, Paulo Elder Bordin, Osmar Maciel Guedes, Nilton Reginaldo, Mobra Serviços de Vigilância Ltda., MD Serviços de Segurança Ltda., Mario Haas, Luiz Osmar Duarte do Amaral, Luiz Fernando Vieira, Luiz Fernando Fernandez, José Renato Quadros, Jorge Luiz Vieira Rolim, Joel Valdermir Eich, J.M. Guimarães Empresa de Vigilância Ltda., Evandro Vargas, EPAVI-Empresa Portoalegrense de Vigilância Ltda., Edegar Vieira Rolim, EBV-Empresa Brasileira de Vigilância, Delta Serviços de Vigilância Ltda., Délcio Rubenich, Cláudio Laude, Caio Alberto Cortina Souza, Caio Flavio Quadros dos Santos, ASSEVIRGS-Associação das Empresas de Vigilância do Rio Grande do Sul, Ari Dalbem, Antônio Carlos Coelho, Antônio Carlos Fontag, Angra Log. de Segurança S/C Ltda., Alexandre Luzardo da Silva e Airton Rolim Araújo.

desde que legalmente produzidas e tendo sido respeitados os princípios do contraditório e ampla defesa”.

O Conselheiro-Relator continua para informar que *“tendo em vista que as representadas tiveram ampla oportunidade de manifestação sobre a totalidade dos documentos acostados aos autos, decido, na linha do sugerido pelo MPF, pelo afastamento da preliminar de ilegalidade na utilização dos documentos como prova emprestada neste processo administrativo.”*

A última decisão do CADE que será citada diz respeito ao Cartel do GLP (Processo Administrativo 08012.006019/2002-11³⁰¹). Nesse processo, o representante gravou conversas telefônicas mantidas com prepostos de determinadas empresas fornecedoras de GLP. Tais conversas, junto com outros documentos, foram a base para a condenação de parte dos representados.

Um ponto importante nesse caso foi a posição da Procuradoria-Geral do CADE no sentido da ilegalidade do uso das gravações telefônicas. Isso porque, não estava presente nenhuma excludente de ilicitude que sustentasse a admissibilidade de tais gravações³⁰².

Segundo a Procuradoria-Geral do CADE, para esse tipo de prova ser admitida, era necessária a presença de alguma das seguintes excludentes de antijuridicidade: (i) estado de necessidade; (ii) legítima defesa e (iii) estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito. A conclusão é que a gravação somente seria possível de ser usada como prova com o propósito de defesa contra uma investida criminosa. Nesse sentido, como o Representante não havia gravado tais fitas para esse fim, elas seriam imprestáveis para serem usadas em um processo concorrencial.

³⁰¹ Representante: Empresa Antonio Jader Lopes e Representados: João Carlos Nicolau, João Gomes de Sousa, José Duarte de Almeida, Ultragaz, Copagaz, Minasgás, Onogás, Nacional Gás Butano, SP Gás Distribuidora de Gás, Supergasbrás, Carlos José Dantas, Caetano Guimarães, Pedro Paulo Martins, Antenor Gomes de Moraes Filho.

³⁰² Nesse sentido, cabe notar que o Procurador Geral escreveu um artigo intitulado “Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas nas Investigações de Cartéis”. A posição do Procurador foi a exposta em tal artigo.

Para o Conselheiro-Relator, Luis Carlos Delorme Prado, como o direito da concorrência reflete a primazia do interesse público, o direito ao sigilo deve ser relativizado.

Além disso, o Conselheiro-Relator afirma que o caso envolvia a proteção de uma *“vítima de uma ação ilícita concorrencial defender-se das ações concertadas de outros, sem que possa ser acusado de representação caluniosa ou falsa.”*

A conclusão do relator foi no sentido de que *“as gravações deste PA podem ser consideradas instrumento legítimo de defesa do interlocutor que grava diálogos realizados com prepostos das distribuidoras. Por essa razão afastado o argumento de ilicitude no uso das gravações e aceito-as como **uma das provas** a serem consideradas para a formação de meu convencimento.”* (grifos no original).

Outro caso que houve o uso de gravações telefônicas foi no Cartel das Auto Escolas de Santos³⁰³. Nesse caso, entre as provas utilizadas estão *“degravação de fitas cassetes, realizadas por ordem do Ministério Público do Estado de São Paulo, certificada pela Oficial de Promotoria, Patrícia Pinho Guerato, em fls. 202 do presente PA.”*³⁰⁴

Entretanto, pelo voto não consta que as representadas tenham questionado o uso de tais provas. Assim, não houve discussão sobre o uso ou não de tais provas.

Ao que pese os argumentos dos doutrinadores e das decisões judiciais e administrativas indicadas acima, em nossa opinião, a interceptação telefônica não pode ser emprestada ao processo concorrencial.

Essa conclusão é baseada na Constituição Federal que veda a violação do sigilo das comunicações telefônicas, salvo para fins criminais. Ora, se o próprio constituinte assim determinou, qualquer outra interpretação viola frontalmente a Constituição.

³⁰³ Processo Administrativo 08012.000099/2003-73.

³⁰⁴ Voto do Conselheiro Relator página 7.

Além disso, o argumento de que sendo o sigilo violado por ordem do juiz criminal, não restaria nada a ser protegido é, com a devida vênia, falacioso. Consoante o indicado no art. 8º da Lei de Interceptação Telefônica, as gravações devem fazer constar de autos apartados e mantidos sobre sigilo. Isso significa que apesar do sigilo ter sido violado, as conversas não devem cair em domínio público. Ou seja, houve a quebra do sigilo, mas apenas para as pessoas que estão diretamente envolvidas no processo criminal (Ministério Público, Juiz e acusados).

Nesse ponto, é importante notar que a própria Lei de Interceptação Telefônica impõe, como obrigação, a inutilização das gravações que não interessarem ao processo criminal (art. 9º). Além disso, a quebra do sigilo das interceptações telefônicas é crime previsto no art. 10 da mencionada lei, tendo como pena reclusão de dois a quatro anos e multa.

Com isso, verifica-se que a violação do sigilo, por previsão legal, não torna as conversas públicas. E mais, caso alguém divulgue essas gravações está sujeito a pena de reclusão.

Outro ponto que coloca em dúvida a utilização de tal prova no processo concorrencial é o fato de que nem todas as condutas objeto de um processo concorrencial são tipificadas como crime. Ou seja, nem todas as condutas estão sujeitas a serem investigadas criminalmente e, por isso, sujeitas a uma ordem de interceptação telefônica.

Da mesma forma, nem todas as condutas que são tanto um crime quanto uma infração da ordem econômica são levadas ao poder judiciário para a persecução criminal. Ou seja, também nessas ações não haverá a possibilidade de haver uma interceptação telefônica.

Assim, se verifica que a interceptação telefônica não é uma prova que pode ser utilizada em todos os tipos de processo concorrencial. Ou seja, poderia se falar em violação ao princípio da igualdade, uma vez que processos similares teriam possibilidade de utilizar-se de provas diferentes não por vontade da autoridade

concorrencial, mas simplesmente porque o fato não é tipificado como crime ou porque o Ministério Público entendeu que os indícios que possui não são suficientes para uma ação criminal.

No caso da gravação telefônica, apesar de terem sido admitidas no processo concorrencial, entendemos que elas também não podem ser utilizadas, salvo em situações muito específicas, como definidas pela jurisprudência do STF. Em especial, somente quando se pudesse considerar que a pessoa que a gravou estivesse se defendendo de uma investida criminoso. Ora, admitir que como o titular do bem jurídico protegido pela Lei de Defesa da Concorrência é a coletividade (art. 1º) e, por isso, qualquer um estaria sendo vítima da conduta, o que resultaria na possibilidade da utilização da gravação por qualquer pessoa, nos parece um exagero. Como indicado no item IV.7 acima, há determinadas pessoas que são as vítimas diretas de um cartel, além disso, há outras pessoas que podem ter sofrido prejuízos pela ação do cartel, entretanto, não necessariamente são suas vítimas.

Além disso, como ensina CLAUS ROXIN “*las conversaciones com personas de la estricta confianza del inculpado – especialmente familiares y ‘compañeros sentimentales’ – deben, em cambio, seguir siendo um tabu, aun cuando eventualmente puedan manifestarse em ellas, lo que sucede raras veces, expresiones autoincriminadoras de um delito ya cometido.*”³⁰⁵

Por fim, no caso específico das autoridades concorrenciais, como bem coloca ANDRÉ MARQUES GILBERTO em sua dissertação “*a posição final do CADE (...) equivale a dizer que os fins (reunir provas quanto à determinada prática anticoncorrencial) justificam os meios (fazer uso de gravações não autorizadas de conversas com terceiros), o que é muito preocupante*”.

V.6 Do Acordo de Leniência

Inicialmente, cabe notar que os Acordos de Leniência não são um tipo de prova propriamente dito. Na verdade eles são contratos firmados entre a SDE e uma pessoa

³⁰⁵ “La Prohibición de Autoincriminación y de lãs escuchas domiciliarias”. Claves del Derecho Procesal Penal. Hammurabi. 2008. p. 112.

física e/ou jurídica que participa de um conluio com os concorrentes. Por meio de tal instrumento, o leniente se compromete a colaborar com as autoridades de defesa da concorrência e como resultado de tal colaboração, ele deve ajudar na identificação da existência da conduta anticoncorrencial, bem como na identificação dos demais co-partícipes de tal conduta. Em troca de tal colaboração o leniente poderá ficar isento de qualquer pena administrativa ou criminal.

Conforme EDUARDO MOLAN GABAN e JULIANA OLIVEIRA DOMINGUES, leniência “*para o direito da concorrência significa a aplicação de uma sanção ou obrigação mais branda, com menor severidade, concedida em decorrência de uma cooperação voluntária e plena que ajude na investigação da formação de cartéis hardcore.*”³⁰⁶

Esse instrumento é utilizado em diversas jurisdições no mundo e é considerado uma das formas mais efetivas de combate ao cartel. Como informar EDUARDO MOLAN GABAN e JULIANA OLIVEIRA DOMINGUES, a leniência surgiu nos Estados Unidos em 1978. Entretanto, como esse programa tinha uma série de inseguranças, não teve muito sucesso. O programa foi revisto em 1993 e desde então tem sido um grande sucesso.³⁰⁷

Na Europa, o primeiro programa de leniência foi introduzido em 1996, sendo certo que tal programa foi alterado em 2002. Por tal programa, a primeira empresa a se qualificar tem imunidade total para as multas aplicadas. Por outro lado esse programa, diferentemente do programa brasileiro, permite que outras empresas também busquem um acordo de leniência. Para tal, a Comissão Européia vai verificar se essa empresa subsequente poderá contribuir com algum documento ou informação relevante para a análise da conduta. Tal empresa subsequente não terá imunidade total sobre as multas aplicadas, mas terá alguma redução. Apenas para comparação, a segunda empresa terá 50% de redução na multa que receberá da Comissão Européia.

³⁰⁶ “Direito Antitruste: O Combate a Cartéis”. Editora Saraiva. 2009. p.280.

³⁰⁷ “Direito Antitruste...” op. cit. pp. 281-282.

No Brasil, desde 2000 existe a possibilidade de celebração de acordos de leniência. Entretanto, o primeiro acordo de leniência somente foi firmado em 2003, o já mencionado Cartel dos Vigilantes.

Segundo as informações disponibilizadas pela SDE, foram firmados cerca de 10 acordos de leniência entre 2003 e 2008³⁰⁸. E o número tende a crescer.

O acordo de leniência está previsto nos arts. 35-B e 35-C da Lei de Defesa da Concorrência. Tais artigos estabelecem as obrigações, os benefícios e os requisitos para que seja celebrado um acordo de leniência.

Dentre as obrigações do leniente estão a necessidade de colaborar efetivamente com a investigação, sendo que dessa colaboração deverá resultar na identificação dos demais co-autores da conduta e na obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada. O leniente também é obrigado a comparecer a todos os atos processuais que for chamado. Além disso, o leniente deverá interromper às suas atividades do cartel.³⁰⁹

Os benefícios do leniente somente são garantidos se o acordo for devidamente cumprido. Nesse sentido, apesar do acordo ser firmado com a SDE e ser nessa Secretaria que todas as provas são produzidas, cabe ao CADE reconhecer o efetivo cumprimento do acordo de leniência. A consequência do cumprimento do acordo é a eliminação, ou redução de um a dois terços, da punição administrativa e da eliminação da punição criminal. Além disso, a celebração do acordo de leniência impede o oferecimento da denúncia contra os lenientes.

Dentre os requisitos para a celebração da conduta pode-se citar o fato da empresa líder do cartel não poder ser leniente. Além disso, a SDE não deverá ter provas suficientes para garantir a condenação do cartel. Nesse caso cabe notar que se a SDE tiver conhecimento do cartel, mas não provas suficientes, o leniente terá a pena

³⁰⁸ Cartilha “Combate a Cartéis e o Programa de Leniência”. Coleção SDE/DPDE 01/2008.

³⁰⁹ Cabe notar que em alguns casos, pode-se autorizar que o leniente continue operando o cartel com vistas a obtenção de provas da conduta.

administrativa reduzida de um a dois terços. Caso a SDE não tenha notícia da conduta, o leniente terá isenção total da pena.

Outro fator importante, é que apenas o primeiro a se habilitar pode ser um leniente. Assim, ao contrário da Europa, as demais empresas envolvidas no cartel não podem buscar a leniência.³¹⁰

Apesar de trazer informações sobre o acordo de leniência, o presente item não tem a pretensão de estudar em detalhes o acordo de leniência, mesmo porque isso fugiria do escopo do presente estudo. Esse item trará informações sobre como tratar as provas produzidas pelo leniente e quais são as restrições e observações que precisam ser feitas sobre essas provas.

Ocorre que, com base nas obrigações previstas na Lei de Defesa da Concorrência, algumas questões sobre a validade das provas produzidas pelo leniente podem surgir. Por exemplo, caso o acordo de leniência seja considerado não cumprido pelo CADE, qual é o impacto nas provas produzidas no processo? Ou, ainda, supondo que no curso da investigação descubra-se que a empresa leniente era a líder do cartel investigado, como se deve proceder, em especial com relação às provas apresentadas por ela?

Outro ponto que é relevante para o presente estudo diz respeito à situação processual do leniente. Deve ele integrar o pólo passivo do processo administrativo ou o pólo ativo? Como essa diferenciação impacta as provas produzidas?

A presente seção abordará essas questões, iniciando sobre o que ocorreria com as provas produzidas pelo leniente em caso de não cumprimento do acordo de leniência firmado com a autoridade.

³¹⁰ Cabe notar, entretanto, que nos termos do art. 53 da Lei de Defesa da Concorrência, essas empresas podem fazer Termos de Compromissos de Cessão de Prática (“TCC”). Através de tais TCCs, as empresas se comprometem a parar a conduta e a pagar uma contribuição pecuniária, além de outras obrigações que podem vir a ser determinadas pelo CADE, em troca da suspensão do processo administrativo contra elas. Caso o TCC seja integralmente cumprido, o processo administrativo é arquivado. Vale ressaltar que o TCC não gera nenhum benefício no âmbito do processo criminal.

V.6.1 Do não cumprimento do acordo de leniência

Como indicado, a celebração do acordo de leniência enseja no cumprimento de diversas obrigações por parte do leniente, sendo certo que o não cumprimento de tais obrigações resulta na negativa dos benefícios previstos na lei de defesa da concorrência.

A questão a ser respondida na presente seção é qual o impacto nas provas produzidas pelo leniente no processo administrativo caso o acordo de leniência não seja devidamente cumprido.

A nosso ver, o não cumprimento do acordo de leniência não gera maiores conseqüências processuais para as provas produzidas pelo leniente. Em nosso entendimento, o reconhecimento de que o acordo de leniência não foi cumprido gera, apenas, o não recebimento dos benefícios previstos em lei para o leniente.

Assim, o leniente não fará jus à imunidade administrativa e criminal, devendo ser processado e punido caso haja provas suficientes para tal.

V.6.2 Do leniente que é líder da conduta

O art. 35-B da Lei de Defesa da Concorrência é claro ao proibir ao líder da conduta o benefício do acordo de leniência. Entretanto, nem sempre é fácil identificar o líder da conduta, em especial no início de uma investigação ou quando a empresa procura à SDE para celebrar o acordo de leniência.

Entretanto, com o curso das investigações, é possível verificar se as informações fornecidas pelo leniente eram corretas além de se ter, com clareza, a situação real do mercado e das práticas das empresas.

A questão a ser respondida diz respeito ao que ocorreria com as provas produzidas pelo leniente se durante o curso das investigações caso a SDE descobrisse que o leniente era o líder³¹¹ da conduta. Isso porque, se o leniente é o líder da conduta

³¹¹ É importante notar que nem sempre existe um líder da conduta.

não seria possível a celebração do acordo de leniência, ou seja, essa é uma condição necessária para a própria existência do acordo. Nessa situação não se poderia ter instaurado o processo administrativo.

Essa é uma questão um pouco mais complexa de ser respondida.

Inicialmente, cabe fazer uma pequena descrição de como funciona o processo de negociação e assinatura do acordo de leniência. Conforme os regulamentos da SDE, o interessado em assinar um acordo de leniência deve procurar o Secretário da SDE ou o seu chefe de gabinete e apresentar algumas informações relevantes para a caracterização da conduta³¹². Não é necessário, nessa primeira etapa, apresentar nenhum documento que comprove a conduta alegada.

De posse dessas informações a autoridade administrativa pode, caso entenda que exista uma infração da ordem econômica, iniciar as negociações para a celebração de um acordo de leniência. Com isso, as partes recebem uma senha informando que foram os primeiros a buscar a leniência para aquela conduta específica.

Adicionalmente, é assinalado um prazo para que as partes apresentem os documentos que comprovem os fatos alegados e indiquem os demais co-autores da conduta.

Com a apresentação dos documentos, a autoridade administrativa deve verificar se a conduta narrada pelas pessoas que buscam a leniência pode ser demonstrada. Caso os documentos consigam demonstrar a conduta, o acordo de leniência é negociado e assinado. Cabe notar, também, que no acordo de leniência uma das declarações feitas pelo leniente é que ele não é o líder da conduta.

Com essa explicação sobre a negociação do acordo de leniência, vamos apresentar a nossa opinião sobre a questão proposta nessa seção.

³¹² Conforme a “Cartilha sobre combate a cartéis e programa de leniência” editada pela SDE, o interessado deve apresentar informações sobre “quem”, “o quê”, “onde” e “quando”.

Como foi dito, a análise dos documentos feita pela autoridade administrativa quando da assinatura do acordo de leniência não é muito profunda. Apenas após a celebração do acordo é que todos os documentos e informações serão analisados em profundidade pelas autoridades para a determinação de instauração do processo administrativo.

Apesar disso pode surgir, no curso do processo administrativo, provas de que o leniente era o líder da conduta. Isso é, sem dúvida, uma violação às declarações assumidas quando da negociação do acordo de leniência. Agora, como a autoridade administrativa deve reagir a tal comprovação?

Sem dúvida ao ter essa informação, a autoridade deve indicar que o leniente perdeu o direito aos benefícios previstos na lei, pois o acordo não poderia nem mesmo ter sido assinado. Entretanto, o que fazer com as provas apresentadas pelo leniente e que serviram para a instauração da investigação?

Em nossa opinião, essa hipótese deve ser dividida em dois cenários distintos, a saber: (i) os documentos apresentados pelo leniente não tinham qualquer indicação de tal liderança; ou (ii) havia alguma indicação da existência dessa liderança.

No primeiro cenário, a autoridade não tinha como saber, quando da celebração do acordo de leniência, sobre o fato de o leniente ser o líder da conduta. Assim, resta claro que ela agiu com toda a cautela necessária para a celebração do acordo.

Nesse cenário, entendemos que o fato de o leniente ser o líder não afeta as provas produzidas por ele. Ou seja, ele perderá os benefícios da leniência e as provas produzidas poderão ser usadas para a condenação de todos os representados, inclusive do próprio leniente.

No segundo cenário, desde o início, havia alguma indicação de que o leniente era o líder da conduta³¹³. Ora, se havia esse indício, a autoridade precisava investigar em mais detalhes a existência dessa liderança por parte do leniente. Com isso, resta

³¹³ Por exemplo, poderia haver indicações de que era o leniente que solicitou a primeira reunião ou que era ele que tentava uniformizar os aumentos de preços.

claro que a autoridade administrativa não agiu com a cautela necessária. Caso tivesse agido com a devida cautela – investigando essas sugestões de liderança – sem dúvidas o acordo de leniência não teria sido celebrado.

Ao agir dessa forma, a autoridade contribuiu para a nulidade do acordo de leniência. Como ela contribuiu para a nulidade, entendemos que os documentos produzidos pelo leniente – que são acessórios ao acordo de leniência – não servem como provas da alegada conduta.

Como os documentos não podem ser utilizados como provas e como eles foram utilizados para instaurar um processo administrativo, nosso entendimento é que o referido processo administrativo não poderia ter sido instaurado com base nessas provas ou em provas derivadas dessas – nesse caso em respeito à teoria dos frutos da árvore venenosa. Assim, salvo se houver alguma outra prova que não fosse derivada dos documentos e declarações prestadas pelos lenientes, a SDE deveria anular o processo instaurado.

É importante notar que nessa situação, tanto o leniente quanto os demais representados não estarão isentos da responsabilidade administrativa da conduta investigada. Assim sendo, nada impede que algum outro representado faça uma leniência ou que a SDE reinicie o processo administrativo com base em outras investigações conduzidas por ela.

V.6.3 Da posição processual do leniente

Essa é uma questão que talvez não tenha recebido a devida atenção quanto aos demais, mas é igualmente importante. Isso porque, devemos analisar qual é a posição processual do leniente, ou seja, ele deve ser incluído no pólo passivo ou no pólo ativo do processo administrativo? Faz-se mister notar que atualmente, a SDE considera o leniente como parte do pólo passivo em litisconsorte com os demais representados. Esse ponto é importante, pois poderá levar às discussões sobre a legitimidade das provas produzidas por ele durante o processo administrativo.

Como integrante do pólo passivo, o leniente tem o mesmo prazo dos demais representados para a apresentação de sua “defesa”, especificação de provas, oitiva de testemunhas, alegações finais, enfim, para se manifestar nos autos. Além disso, suas testemunhas são consideradas como provas de defesa, da mesma forma que as testemunhas dos demais representados.

Entretanto, a questão que se põe é sobre o interesse processual do leniente. Será que o leniente tem o mesmo interesse processual dos demais integrantes do pólo passivo? A resposta parece, claramente, negativa.

O interesse dos demais representados é que ao final do processo administrativo chegue-se à conclusão de que não houve a conduta alegada, ou que não há provas da existência de tal conduta, ou, ainda, que aquele representado em particular não teve participação na conduta que restou provada.

O leniente, por outro lado, até mesmo por causa do acordo de leniência, tem interesse em ver reconhecida a existência da conduta alegada e a participação dos demais representados, indicados por ele como co-autores da conduta.

O cumprimento do acordo de leniência – que garante ao leniente os benefícios previstos em lei – depende do reconhecimento da conduta e da condenação de todas ou de grande parte das pessoas indicadas pelo leniente como co-autores da conduta. Caso isso não ocorra, poder-se-ia levantar sérias dúvidas sobre o efetivo cumprimento do acordo de leniência.

Assim, nos parece claro que o leniente tem um interesse processual distinto dos demais representados. De fato, o interesse processual do leniente é diametralmente oposto ao interesse dos demais representados. Dessa forma, faz sentido eles estarem em pólos processuais distintos.

Com isso, somado ao fato da obrigação de cooperar com a autoridade concorrencial, chega-se a conclusão de que toda a manifestação processual do leniente produz prova de acusação. Ora, se durante a “defesa” os demais representados devem

alegar que a conduta não existiu ou que não participaram dela, o leniente deve mostrar que a conduta existiu e que tanto ele quanto os demais representados fizeram parte dela. Caso não faça isso, o leniente não estará cooperando com as autoridades concorrenciais e estará, com isso, violando o próprio acordo de leniência.

Essa situação é mais grave ao se produzir provas. Isso porque uma das regras processuais é que quem acusa deve produzir prova do alegado³¹⁴, sendo certo que quem se defende deve produzir provas para desconstituir o alegado pelo acusador.

Ocorre que no caso do leniente – que tem o interesse processual de ver os demais agentes condenados – a SDE considera que as provas produzidas por ele são, também, provas de defesa. Assim, pode ocorrer que as testemunhas indicadas pelos demais representados, ou seja, testemunhas de defesa, sejam ouvidas antes das testemunhas indicadas pelo leniente, que são, na verdade, testemunhas de acusação.

Essa inversão da ordem de produção de provas pode causar prejuízos aos demais representados, pois não terão o conhecimento de todas as provas que pesam contra eles antes de produzirem suas provas.

Sem dúvida essa questão pode causar graves prejuízos ao princípio da ampla defesa e do contraditório dos demais representados.

Assim sendo, o correto seria o leniente fazer parte do pólo ativo do processo administrativo. Desta forma, ele teria a obrigação de produzir provas antes que os demais representados tivessem que produzir as provas de defesa.

V.7 Da Busca e Apreensão

Em matéria concorrenciais, a busca e apreensão está prevista no art. 35-A da Lei de Defesa da Concorrência.³¹⁵ Da leitura de tal artigo, verifica-se que a SDE³¹⁶ pode

³¹⁴ Segundo César Dario Mariano da Silva “Provas Ilícitas” op. cit. p. 7, “à acusação caberá a prova dos fatos constitutivos (por exemplo: autoria, dolo, culpa, etc.) (...)”

³¹⁵ Art. 35-A. A Advocacia-Geral da União, por solicitação da SDE, poderá requerer ao Poder Judiciário mandado de busca e apreensão de objetos, papéis de qualquer natureza, assim como de livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos de empresa ou pessoa física, no interesse da instrução do

solicitar à Advocacia-Geral da União que requeira ao Poder Judiciário Federal mandado de busca e apreensão de objetos, papéis de qualquer natureza, assim como de livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos de empresa ou pessoa física, para instruir procedimento, averiguações preliminares ou processo administrativo.

Tal ação seguirá a regra prevista no art. 839 e seguintes do CPC, sendo certo que não será necessário propor a ação principal prevista no CPC.

Essa cautelar de busca e apreensão é uma ação com o único objetivo de se entrar de surpresa e simultaneamente na sede de diversas empresas ou na residência de acusados de formação de cartel. Com isso, tentar-se-ia obter provas da existência do conluio.

A utilidade prática de tais operações é coletar diretamente, na sede e instalações das empresas e/ou na residência de pessoas físicas, informações passíveis de ajudar a comprovar a existência de prática contrária à livre concorrência. Com esse dispositivo, as autoridades de defesa da concorrência têm à disposição um instrumento extremamente importante para ter acesso ao conteúdo de quaisquer tipos de documentos, estejam eles em formato impresso, manuscrito (agendas, cadernos ou blocos de anotações) e mesmo eletrônico (arquivos localizados em computadores, *pen drives*, CDs e DVDs, *palm tops*, etc.).

Cabe notar que a autorização será para realizar a operação aonde tais materiais se encontrarem. Assim, é possível que a ordem de busca e apreensão seja cumprida – desde que autorizada – em locais outros do que a sede da empresa ou a residência da pessoa física. Para isso, entretanto, é necessário demonstrar os indícios que as provas relacionadas a tal conduta encontram-se naquele local.

procedimento, das averiguações preliminares ou do processo administrativo, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 839 e seguintes do Código de Processo Civil, sendo inexigível a propositura de ação principal.

³¹⁶ Vale notar que nos termos do parágrafo 1º do art. 35-A, a SEAE pode exercer essas funções. Apesar disso, não se tem notícia de que a SEAE tenha alguma vez feito tal pedido.

A efetividade e importância dessa medida é muito grande. Segundo dados da própria SDE, em 2008 foram cumpridos 93 mandados de busca e apreensão, volume 11% superior ao ano de 2007.³¹⁷

Essa prática também é adotada por outros países com sucesso.

Entretanto, cabe responder algumas questões sobre esse tipo de ação. Primeiramente, como informado, trata-se de uma ação cautelar com pedido de medida preventiva. Assim, para o seu deferimento é necessário demonstrar o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.

Nas palavras de LIBERATO PÓVOA, “o primeiro (literalmente a fumaça do bom direito) significa ser necessária a demonstração da possibilidade jurídica aferível de plano pelo juiz, aí incluído o aparente direito ao pedido, e o segundo (o perigo da demora) que a não concessão da medida poderá acarretar prejuízo irreparável a parte”.³¹⁸

Tem-se, assim, que para conceder o pedido feito pela AGU – conforme solicitado pela SDE – o juiz deverá verificar se esses dois requisitos estão presentes. Nesse sentido, parece claro que o *periculum in mora* estará sempre presente. Isso porque, caso saibam da existência da investigação, as empresas e/ou pessoas físicas acusadas de um ilícito poderão destruir as eventuais provas que possuam que demonstrem essa ilegalidade.

Por outro lado, para a presença do *fumus boni iuris* seria necessário mostrar que há uma grande probabilidade de que as empresas e/ou pessoas físicas objeto da operação tenham participado de uma conduta anticoncorrencial e que deva haver provas de tal conduta nos locais onde se quer realizar a busca e apreensão.

³¹⁷ Fonte: Relatório de Gestão do DPDE 2008, p. 79. Disponível no sítio eletrônico da SDE (www.mj.gov.br/sde).

³¹⁸ “Busca e Apreensão – Teoria, Prática, Jurisprudência”. Editora Juruá. 5ª Edição. pp. 23-24.

Aqui já é possível identificar um grande problema na redação do art. 35-A. Conforme se verifica de tal artigo, o pedido deve ser feito para a “instrução do procedimento, das averiguações preliminares ou do processo administrativo”.

Destarte, ao analisar-se a Lei de Defesa da Concorrência, verifica-se que o “processo administrativo” será instaurado quando houver indícios de autoria e materialidade de uma infração da ordem econômica³¹⁹. Já as “averiguações preliminares” serão instauradas “quando os indícios de infração à ordem econômica não forem suficientes para a instauração de processo administrativo”³²⁰.

Entretanto, não há previsão legal para o “procedimento administrativo” mencionado no art. 35-A. De fato, há previsão, no parágrafo 1º do art. 48 da Portaria do Ministério da Justiça 4/2006 para que todas as representações sejam protocoladas como sendo procedimento.

Com isso, tem-se que esse tipo de processo é adotado para verificar se a denúncia recebida possui algum tipo de indício de infração da ordem econômica. Caso haja tal indício, a autoridade deverá abrir um “processo administrativo” ou, se não houver indícios suficientes, instaurar uma “averiguação preliminar”.

A conclusão lógica de tal fato é que em sede do “procedimento” não há qualquer tipo de indício de materialidade da infração da ordem econômica e/ou da autoria da infração. Até porque, caso houvesse tal indício, a administração pública, em respeito ao princípio da legalidade, tem o dever de instaurar um dos outros tipos de processo.

Assim, resta claro que pelo menos um dos requisitos para a obtenção da cautelar de busca e apreensão, o *fumus boni iuris*, não está presente. Ou seja, a autorização do art. 35-A para a realização de busca e apreensão para a instrução de procedimento está em desacordo com o ordenamento jurídico brasileiro.

³¹⁹ Arts. 32 e seguintes.

³²⁰ Art. 30.

Apesar dessa clara irregularidade, pelo menos em nossa visão, o CADE já teve a oportunidade de se manifestar sobre essa situação quando do julgamento do Cartel das Britas³²¹ (Processo Administrativo 08012.002127/2002-14³²²).

Nesse caso, houve uma denúncia anônima que resultou na instauração de um procedimento, durante o qual foi feito o pedido para que a AGU requeresse uma busca e apreensão. Tal pedido foi feito e autorizado pelo Poder Judiciário.

As representadas questionaram a validade de tal pedido no âmbito do processo concorrencial. A decisão do CADE aceitando o voto do Conselheiro-Relator Luiz Carlos Delorme Prado foi no sentido de aceitar essa prova, uma vez que ele entendeu que o procedimento administrativo é um meio válido para a SDE investigar indícios. Além disso, ele considerou que o pedido foi feito dentro dos termos do art. 35-A e deferido pelo Poder Judiciário, assim qualquer questionamento sobre a legalidade da medida somente poderia ser feita no âmbito do processo cautelar de busca e apreensão.³²³

Outro assunto importante para esse tema diz respeito à participação de servidores da SDE nas operações de busca e apreensão. Conforme o disposto no art. 842 do CPC – aplicável ao caso por ser expressamente mencionado no art. 35-A da Lei de Defesa da Concorrência – estipula que o mandado será cumprido por dois oficiais de justiça. Ou seja, pelas disposições do CPC apenas os oficiais de justiça, eventualmente acompanhados pela polícia, participariam da operação.

³²¹ Como dado, vale notar que nesse caso foi realizada a primeira operação de busca e apreensão já realizada pelas autoridades brasileiras de defesa da concorrência.

³²² Representante: SDE e representados: Basalto Pedreira e Pavimentação Ltda., Constran S/A - Construção e Comércio, Embu S.A. Engenharia e Comércio, Geocal Mineração Ltda., Holcim S.A., Indústria e Comércio de Extração de Areia Khouri Ltda., Itapiserra Mineração Ltda., Iudice Mineração Ltda., Lafarge Brasil S.A., Mendes Júnior Engenharia S/A, Mineradora Pedrix Ltda., Panorama Industrial de Granitos S.A., Paupedra – Pedreiras, Pavimentações e Construções Ltda., Pedreira Cachoeira S/A, Pedreira Dutra Ltda., Pedreira Mariutti Ltda., Pedreira Santa Isabel Ltda., Pedreira Sargon Ltda., Pedreiras São Matheus - Lageado S.A., Reago Indústria e Comércio S.A., Sarpav Mineradora Ltda./Minerpav Mineradora e Sindicato da Indústria de Mineração de Pedra Britada do Estado de São Paulo

³²³ Não se sabe se tal alegação foi feita no âmbito do processo judicial, de qualquer forma, em março de 2009 a Justiça Federal sentenciou o processo, julgando-o procedente. Além disso, consta que o processo transitou em julgado em setembro de 2009.

Ocorre que como se trata de busca e apreensões para fazer prova em processo concorrencial, é muito comum que os juízes autorizem que servidores da SDE participem da operação, pois eles teriam um conhecimento técnico do que seria preciso buscar e apreender. A idéia é que tais servidores possam ajudar os oficiais de justiça na identificação de quais são os documentos importantes e relevantes para o processo concorrencial. Assim, tais servidores participam da busca e apreensão na qualidade de perito.

Entretanto o art. 18, II da Lei de Processo Administrativo estabelece que é impedido de atuar em processo administrativo o servidor que tenha participado como perito.

Com isso temos uma situação na qual os servidores da SDE foram autorizados pelo Poder Judiciário para participar de uma busca e apreensão na qualidade de peritos – o que é perfeitamente lícito. Entretanto, ao fazer isso eles, pela determinação da Lei de Processo Administrativo, ficam impedidos de atuar no processo administrativo. Considerando o reduzido número de servidores comumente lotados na SDE e a quantidade de técnicos necessários para a realização de uma busca e apreensão – cerca de três por empresa – parece que aceitar tal autorização judicial até pode gerar um prova mais eficaz, mas se tem o risco de não haver servidores em situação de analisá-las.

V.8 Da Inspeção

A inspeção é um instituto previsto nos parágrafos 2º e 3º do art. 35 da Lei de Defesa da Concorrência³²⁴. Esse procedimento é bem menos gravoso do que a busca e apreensão, entretanto de eficácia duvidosa para a obtenção de provas.

³²⁴ § 2º Respeitado o objeto de averiguação preliminar, de procedimento ou de processo administrativo, compete ao Secretário da SDE autorizar, mediante despacho fundamentado, a realização de inspeção na sede social, estabelecimento, escritório, filial ou sucursal de empresa investigada, notificando-se a inspecionada com pelo menos vinte e quatro horas de antecedência, não podendo a diligência ter início antes das seis ou após às dezoito horas.

§ 3º Na hipótese do parágrafo anterior, poderão ser inspecionados estoques, objetos, papéis de qualquer natureza, assim como livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos, podendo-se extrair ou requisitar cópias de quaisquer documentos ou dados eletrônicos.

Conforme a Lei de Defesa da Concorrência, a inspeção é determinada ao Secretário da SDE, tendo como objetivo a inspeção de estoques, objetos, papéis de qualquer natureza, assim como livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos. Pode-se, também, extrair ou requisitar cópias de quaisquer documentos ou dados eletrônicos.

Além disso, o Secretário da SDE deve notificar a empresa com pelo menos vinte e quatro horas de antecedência, sendo que a inspeção deve se iniciar no período das seis até às dezoito horas. É importante notar que nos termos do art. 26-A da Lei de Defesa da Concorrência³²⁵, impedir, obstruir ou causar dificuldades à realização da inspeção, sujeita o infrator ao pagamento de uma multa que varia entre R\$ 21.200,00 a R\$ 425.700,00, conforme a situação econômica do infrator.

Ao se avisar a empresa objeto com vinte e quatro horas de antecedência, existe uma grande chance de haver a destruição das eventuais provas que levassem a confirmação da prática anticoncorrencial. De fato, a falta do elemento surpresa constante da busca e apreensão torna esse instituto de utilidade mais limitada na busca de provas.

Como se não bastasse esse ponto, há outra questão a ser abordada, qual seja, a constitucionalidade de tal dispositivo.

De fato, o art. 5º, XI da Constituição Federal estabelece que a casa é o asilo inviolável do indivíduo, sendo certo que somente os autorizados pelo proprietário, ou em caso de flagrante delito ou desastre, para prestação de socorro ou por determinação judicial. Nesse sentido, entende-se como protegida por tal princípio o local onde se exerce uma profissão ou a atividade, desde que seja um ambiente fechado sem acesso ao público³²⁶.

³²⁵ Art. 26-A. Impedir, obstruir ou de qualquer outra forma dificultar a realização de inspeção autorizada pela SDE ou SEAE no âmbito de averiguação preliminar, procedimento ou processo administrativo sujeitará o inspecionado ao pagamento de multa de R\$ 21.200,00 (vinte e um mil e duzentos reais) a R\$ 425.700,00 (quatrocentos e vinte e cinco mil e setecentos reais), conforme a situação econômica do infrator, mediante a lavratura de auto de infração pela Secretaria competente.

³²⁶ Nesse sentido, veja ALEXANDRE DE MORAES “Direito Constitucional” 17ª Edição. Editora Atlas. 2005. p. 49.

Com isso, temos um princípio constitucional que estabelece a inviolabilidade do domicílio – que inclui a sede da empresa – salvo em determinadas situações. Temos, também, uma lei que dá poderes a uma autoridade administrativa a determinar a entrada em tal domicílio, sob pena de pagamento de uma multa que pode ser pesada. Como resolver essa questão?

Ora, se o proprietário não é obrigado a deixar qualquer pessoa a entrar em seu domicílio, com certeza ele não é obrigado a deixar os representantes da SDE entrarem em sua empresa. Da mesma forma, a multa prevista no art. 26-A, nos parece inconstitucional. Isso porque, não é possível que a pessoa seja sancionada por exercer um direito constitucionalmente garantido.

Sabe-se que há casos tramitando no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência envolvendo esse tema, entretanto, desconhece-se casos decididos pelo CADE com esse problema.

De qualquer forma, é importante trazer decisões judiciais que tratem desse assunto, mesmo que em outras matérias. Nesse sentido, cabe estudar a decisão do HC 82.788/RJ – Rio de Janeiro de relatoria do Min. Celso de Mello³²⁷.

Esse caso discutiu-se a possibilidade de agentes fazendários, em conjunto com a Polícia Federal, adentrar a sede de um escritório de contabilidade – sem qualquer tipo de autorização judicial – e recolher diversos documentos fiscais e arquivos eletrônicos dos clientes de referido escritório. Com base nesses documentos arrecadados, o Ministério Público iniciou três processos criminais por supostos crimes tributários.

O HC foi impetrado no STF após o STJ ter negado provimento ao HC com os mesmos fundamentos. Na opinião do STJ, a operação não teria sido ilegal, pois os

³²⁷ Ementa: Fiscalização Tributária – Apreensão de livros contábeis e documentos fiscais realizada em escritório de contabilidade, por agentes fazendários e policiais federais, sem mandado judicial – Inadmissibilidade – Espaço privado, não aberto ao público, sujeito à proteção constitucional da inviolabilidade domiciliar (CF, ART. 5º, XI) – Subsunção ao conceito normativo de “casa” – Necessidade de ordem judicial – Administração pública e fiscalização tributária – Dever de observância, por parte de seus órgãos e agentes dos limites jurídicos impostos pela Constituição e pelas Leis da República – Impossibilidade de utilização, pelo Ministério Público, de prova obtida em transgressão a garantia da inviolabilidade domiciliar – Prova ilícita – Inidoneidade jurídica – “Habeas Corpus” deferido.

documentos arrecadados são de apresentação obrigatória para as autoridades tributárias. Assim, não teria havido nenhum tipo de ilegalidade na operação.

Ao analisar o caso, o STF tentou responder a duas questões, a primeira dizia respeito à legalidade da operação realizada pelas autoridades fazendárias e pela Polícia Federal e a segunda dizia respeito à possibilidade dos documentos apreendidos em tal operação serem usados em um processo criminal.

Como resposta da primeira questão, o STF entendeu, baseado em alguns precedentes, que o escritório de contabilidade deveria ser considerado como “casa” para efeitos do art. 5^a, XI da Constituição. Dessa forma, as autoridades fazendárias somente poderiam entrar em tal local com autorização judicial, com o consentimento do proprietário ou em alguma das outras hipóteses previstas na Constituição. Como nenhuma dessas hipóteses estava presente, o STF, por unanimidade, considerou a operação como ilegal³²⁸.

Com relação à segunda pergunta, o STF entendeu que os documentos arrecadados em operação considerada ilegal, constituem-se em provas ilícitas e, como tal, inadmissíveis em qualquer espécie de processo.

Cabe notar que tal decisão está baseada em diversos outros precedentes do STF. Assim, nos parece claro que o STF consideraria a inspeção prevista no art. 35-A, parágrafo 2º da Lei de Defesa da Concorrência como ilícita, a menos que houvesse autorização por parte da empresa objeto da inspeção para que a SDE adentrasse em sua sede.

Além disso, a punição, prevista no art. 26-A para a recusa de tal autorização nos parece claramente inconstitucional. Isso porque, não se pode admitir que a empresa esteja autorizada a não aceitar a entrada da SDE, mas, ao exercer esse direito, deva ser punida com uma multa pecuniária.

³²⁸ Segundo o voto do Min. Celso de Mello: “(...) a essencialidade da ordem judicial, para efeito de realização de qualquer diligência de caráter probatório, em área juridicamente compreendida no conceito de domicílio, nada mais representa senão a plena concretização da garantia constitucional pertinente à inviolabilidade domiciliar.”

A conclusão que resultada análise dos precedentes do STF é que a inspeção não deve ser muito eficaz para fins de obtenção de provas. Isso porque a ela falta o fator surpresa, pois a empresa tem que ser avisada com 24 horas de antecedência. Além disso, se a empresa se recusar a autorizar a entrada de servidores da SDE em sua sede, estes nada poderão fazer para obrigar ou coagir a empresa a aceitar tal entrada.

VI. CONCLUSÃO

O presente estudo teve por objeto analisar a situação atual de como são tratadas as provas nos processos concorrenciais. Desde o início da defesa da concorrência no Brasil – podemos dizer que desde 1962 – até os dias atuais, muito se evoluiu nos conhecimentos técnicos necessários ao processo concorrencial.

Ao longo desse período a legislação de defesa da concorrência foi sendo aperfeiçoada até a edição da atual Lei de Defesa da Concorrência. Com essa lei, juntamente com as alterações feitas, a prática da defesa da concorrência se tornou algo comum para a maioria das empresas com atuação, mesmo indireta, no país.

Como consequência dessa evolução a forma de obtenção das provas e o nível de provas necessário para a configuração de uma conduta anticoncorrencial também sofreram grandes evoluções.

Em uma primeira etapa da aplicação da atual legislação, o foco foi na análise de atos de concentração. Essa experiência foi boa para que as autoridades se acostumassem com termos tais como “mercado relevante”, “poder de mercado”, “barreiras à entrada”, entre outros pontos da defesa da concorrência que têm definições mais amplas. Tais definições são importantes para consolidar um entendimento e dar mais segurança jurídica aos administrados.

Além disso, nessa etapa, houve um grande número de atos de concentração multados por terem sido apresentados intempestivamente. Isso fez com que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência se tornasse mais conhecido não só no país como no mundo.

Com a etapa de maior foco em análise de atos de concentração, foi possível se preparar para fazer uma melhor análise das práticas anticompetitivas. Com o advento da Lei 10.149/2000, os órgãos de instrução do Sistema Brasileiro de Defesa da

Concorrência ganharam novos instrumentos para a obtenção de provas que levem à condenação de empresas acusadas de práticas anticoncorrenciais.

Assim, em 2003 iniciou-se o uso dessas novas ferramentas – como a busca e apreensão e os acordos de leniência. Com isso, conseguiu-se instaurar um maior número de processos administrativos. Da mesma forma, a qualidade da prova obtida foi sendo aprimorada ao longo desses anos.

Houve o reconhecimento desse esforço das autoridades brasileiras pelas entidades e publicações internacionais especializadas em direito da concorrência. De fato, nos últimos anos ocorreu um aumento dos comentários sobre o Brasil por parte de tais entidades e publicações. Além disso, às autoridades brasileiras recebem notas cada vez mais altas por parte de tais entidades.

Esse reconhecimento e importância culminaram com uma operação de busca e apreensão realizada em fevereiro de 2009. Em tal operação, denominada de Grau Zero, foi a primeira vez que as autoridades brasileiras fizeram uma busca e apreensão coordenada e simultânea com as autoridades norte-americanas e européias.

Isso demonstra que muito já foi feito pela defesa da concorrência. Entretanto, no que diz respeito às provas de tais condutas ainda é necessário algumas evoluções.

Inicialmente, é preciso que se estabeleça, claramente, qual é o padrão de prova necessário para cada tipo de processo. Além disso, é importante que se estabeleça o que é necessário provar em relação às diversas condutas existentes. Não se pretende que os órgãos do Sistema Brasileira de Defesa da Concorrência façam uma lista exaustiva de condutas passíveis de serem punidas. Mas é importante que se saiba, pelo menos para as principais condutas, o que seria importante provar. Isso é importante até mesmo para que se possa fazer uma representação por infração da ordem econômica de forma mais precisa.

Como indicado no item IV.6, para algumas condutas há esse tipo de indicação em determinados votos exarados pelo CADE. Ocorre que como o plenário do CADE

tem sua composição renovada constantemente³²⁹, pode ser que os novos conselheiros entendam que sejam necessárias provas diferentes para caracterizar tais condutas. Desta forma, a segurança jurídica pode ficar prejudicada se não houver uma perenização de determinados entendimentos.

Ainda com relação à prova econômica, é importante que se tenha uma visão clara, não só por parte das autoridades brasileiras, mas também pela comunidade de defesa da concorrência – que inclui advogados e economistas militantes nessa área – que o estudo técnico deve ajudar os conselheiros do CADE a melhor entender aquele mercado e as suas características.

Além desses usos, a prova econômica será de fundamental importância para o cálculo do dano causado por um cartel. As opções existentes para esse cálculo, indicadas no item IV.7, serão muito relevantes quando houver um aumento do número de ações privadas que busquem indenizações por danos sofridos em consequência de um cartel.

Assim, o uso de metodologias aceitas pela comunidade científica – tal como preconizado no Caso *Daubert* – é um passo fundamental para que se tenham decisões melhores.

Adicionalmente, com o aumento do número de investigações abertas com as novas técnicas de obtenção de provas e com o apoio do Ministério Público, as autoridades precisam ter mais cuidado para não utilizarem provas ilícitas ou provas que não podem ser usadas em processos administrativos – tais como as interceptações telefônicas.

Esse ponto é importante, pois da revisão de determinadas decisões do CADE, parece que certos direitos e garantias fundamentais podem ser “esquecidos” em prol do *enforcement* da legislação de defesa da concorrência. Em nossa opinião, as autoridades devem, sempre que hajam provas, condenar empresas que violaram a legislação de

³²⁹ Cada conselheiro é nomeado para o mandato de dois anos, permitida uma única recondução.

defesa da concorrência. Entretanto, deve haver limites para o uso de determinadas provas.

Não se pode admitir, em um Estado Democrático de Direito, que o Estado viole direitos individuais objetivando a busca de um suposto bem maior, no caso a defesa da concorrência. As autoridades, até mesmo em consideração aos princípios da administração pública, devem agir de modo a respeitar a Constituição e as Leis. Isso porque, ao violar os direitos e garantias individuais, as autoridades não serão melhores do que as empresas que violaram a legislação de defesa da concorrência.

O fato é que o mais importante não é condenar empresas utilizando-se de qualquer prova. O importante é que se obtenha provas, admitidas no ordenamento jurídico brasileiro, que demonstrem, de forma irrefutável que aquela determinada empresa fez um ato anticoncorrencial e, por essa razão, foi punida.

De fato, a cooperação com o Ministério Público tem colaborado em muito com a obtenção de provas. Entretanto, o processo criminal – onde tais provas em geral são obtidas – e o processo administrativo são distintos. Ou seja, não se pode emprestar provas obtidas no processo criminal de forma indiscriminada para o processo concorrencial.

Essa cooperação é bem vinda, mas determinadas regras devem ser respeitadas. Não é possível que às autoridades se utilizem do Ministério Público única e exclusivamente para a obtenção de provas para o processo concorrencial.

Aqui não se quer, por óbvio, imobilizar as autoridades, apenas fazer com que elas obtenham provas de tal forma que dificilmente haveria espaço para uma ação judicial questionando a validade delas. Não é concebível que a única forma de condenar empresas por uma prática anticompetitiva seja através de uso de provas questionáveis. Se isso ocorrer, talvez seja necessário rever todo o processo concorrencial.

Outro tipo de prova que as autoridades podem não estar obtendo de forma correta é a prova testemunhal. Como analisado no item V.2 acima, em alguns casos, as

autoridades instrutórias conversam de forma particular com determinadas pessoas sem que as partes do processo concorrencial saibam. Esse tipo de procedimento não é correto e pode violar o princípio da ampla defesa.

Para comprovar tal fato, basta analisar a agenda de compromissos do CADE. Todo mês há diversas reuniões envolvendo terceiros em processos concorrenciais sem que as partes sejam intimadas para comparecer. Esses terceiros, é claro, durante a reunião podem apresentar informações orais para os conselheiros de tal forma que se tratam de verdadeiras testemunhas. Ora, é cediço que as partes devem ser intimadas a participar de qualquer diligência que tenha por objetivo a coleta de provas – tal como as mencionadas reuniões.

Assim, a não intimação das partes para participar da produção desse tipo de prova pode resultar em uma nulidade de todo o processo.

Outro ponto importante diz respeito ao uso das interceptações e das gravações telefônicas em processos concorrenciais. Como já indicado, entendemos que as interceptações telefônicas não podem ser usadas em processos concorrenciais. Essa posição é baseada na Constituição Federal que somente autoriza esse tipo de prova em processo criminal.

Assim, não se pode admitir que uma prova que a Constituição Federal somente autoriza ser utilizada em um processo criminal, seja usada, também, em um processo concorrencial, por mais que demonstre a conduta.

Com relação às gravações telefônicas, a situação é similar. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência impõe limites ao seu uso. Ocorre que ao analisar as decisões do CADE nesse aspecto, verifica-se que foi feita uma interpretação muito extensiva de tais limites de forma a se permitir o uso de tais provas.

O fato é que será necessário que o Poder Judiciário verifique e imponha, caso entenda necessário, limites ao uso de determinadas provas ou à forma como determinadas provas foram produzidas. Esse tipo de ajuda do Poder Judiciário é

importante, pois a questão de provas é muito sensível para os juízes. Assim, há diversas questões pacificadas sobre o uso de provas. Essa experiência pode ser transmitida para o processo concorrencial. Caso isso ocorra, haverá um crescimento ainda maior da respeitabilidade das autoridades brasileiras de defesa da concorrência.

No início do presente trabalho, foram feitas uma série de perguntas que tentamos responder ao logo da presente dissertação. Apenas para recapitular, cabe repetir algumas perguntas e a nossa opinião sobre cada uma delas.

Sobre o uso das provas emprestadas no processo concorrencial, nossa posição é que toda a prova que também puder ser produzida para o processo concorrencial poderá ser emprestada para ele. Assim, documentos obtidos em uma busca e apreensão ordenada por um juiz criminal, por exemplo, podem ser usados no processo concorrencial, em determinadas circunstâncias. Entretanto, não se pode admitir o uso da interceptação telefônica, isso porque, a Constituição Federal veda o seu uso nesse tipo de processo.

Sobre a busca e apreensão e a inspeção, como indicados acima, entendemos que os seus limites são aqueles previstos no ordenamento jurídico brasileiro. Qual seja, a busca e apreensão somente pode ser pedida em sede de averiguação preliminar ou de processo administrativo e nunca durante um procedimento administrativo.

Já no caso das inspeções, a nossa opinião é que esse é um instituto fadado ao desuso, pois se já havia dúvidas quanto a efetividade dessa diligência – pois é necessário comunicar com 24 horas de antecedência – o fato da empresa poder recusar o acesso das autoridades à sua sede, sem poder sofrer nenhum tipo de sanção, a torna ainda mais ineficaz.

Já sobre o instituto da leniência, é importante que às autoridades adotem determinadas medidas para garantir a efetividade da prova produzida. Assim, é preciso fazer uma verificação dos documentos juntados para concluir se o proponente da leniência é ou não o líder da conduta. Aceitar a simples declaração dele nesse sentido pode não ser o bastante. Além disso, o leniente não pode ser considerado como pólo

passivo da ação. Isso porque a própria sistemática do acordo de leniência leva a conclusão de que toda e qualquer prova produzida pelo leniente é uma prova de acusação e, por consequência, deve ser produzida antes que a defesa precise produzir as suas provas.

Assim, caso não se respeite tal posição, é possível que, por exemplo, uma testemunha do leniente seja ouvida após a testemunha da defesa. Isso é uma grave violação ao ordenamento jurídico pátrio.

No final, tem-se que não se pode buscar uma condenação de todas as formas. Ou seja, os fins não podem justificar os meios. É preciso que as autoridades tenham consciência que deverão agir de forma a preservar a livre concorrência, mas também respeitando às leis e os entendimentos anteriores do CADE.

VII. BIBLIOGRAFIA

Livros e Revistas:

- ANTUNES, Carla Heidrich et al. "Prova Emprestada: Algumas Considerações" Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, v.5.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. "Provas Ilícitas – Interceptação telefônica e gravações clandestinas". Editora Revista dos Tribunais. 2ª Edição. 2003.
- AZENHA, Nivia Aparecida de Souza. "Prova Ilícita no Processo Civil". Juruá Editora, 2004.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. "Curso de Direito Administrativo". Ed. Malheiros. 11ª Edição.
- BARBI, Celso Agrícola. "Garantias Constitucionais Processuais". Revista dos Tribunais, vol. 659.
- BARKSDALE, Hiram C.. "The Use of Marketing Data in Courts of Law". The Journal of Marketing, vol. 23, No. 4 (Apr. 1959).
- BLAIR, Roger D. e PAGE, William H.. "The Role of Economics in Defining Antitrust Injury and Standing". Managerial and Decision Economics, Vol. 17, 127-142 (1996).
- BOCKMANN MOREIRA, Egon. "Processo Administrativo – Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999". Editora Malheiros. 3ª Edição.
- BRUNA, Sérgio Varella. "O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu Exercício". Editora Revista dos Tribunais.

- CARNELUTTI, Francesco. “A Prova Jurídica – Parte Geral – O Conceito Jurídico da Prova”. Livraria e Editora Universitária de Direito. Tradução e notas por Amilcare Carletti. 2003.
- CASTRO, Raimundo Amorim de. “Provas Ilícitas e o Sigilo das Comunicações Telefônicas”. Editora Juruá. 2009.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido R.. “Teoria Geral do Processo”. Editora Malheiros. 14ª Edição. 1998.
- CLARK, Emily, HUGHES, Mat e WIRTH, David. “Study on the Conditions of Claims for Damages in Case of Infringement of EC Competition Rules - Analysis of Economic Models for the Calculation of Damages”. Disponível em http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/economic_clean_en.pdf. Acessado em 10 de fevereiro de 2010.
- CONSIDERA, Cláudio M. e DUARTE, Gustavo F. de Seixas. “A Importância de Evidências Econômicas para a Investigação de Cartéis – A Experiência Brasileira”. Texto para Discussão 181 da Universidade Federal Fluminense – UFF/Economia. Outubro de 2005.
- COUTURE, Eduardo J. “Fundamentos do Direito Processual Civil”. Saraiva. 1946.
- DIDIER Jr., Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. “Curso de Direito Processual Civil” volume 2. Editora Podivm. 2ª Edição. 2008.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. “Instituições de Direito Processual Civil” volume III. Ed. Malheiros. 4ª Edição. 2004.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. “Direito Administrativo”. Editora Atlas. 18ª Edição. 2005.

- DIXON, Lloyd e GILL, Brian. “Changes in the Standard for Admitting Expert Evidence in Federal Civil Cases Since the *Daubert* Decision”. RAND Institute for Civil Justice. 2001.

- EINHORN, Henry e GOREY JR, Hays. “Antitrust Conspiracy: The Economist’s Role in Detection, Prevention and Relief”. Journal of Legal Economics. March 1991.

- FÁBREGA, Jorge P. “Teoría General de La Prueba”. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. Segunda Edición. 2000.

- FONSECA, João Bosco Leopoldino da, “Lei de Proteção da Concorrência – Comentários à Legislação Antitruste”. Editora Forense. 2ª Edição.

- FORGIONI, Paula A., in “Os Fundamentos do Antitruste”. Editora Revista dos Tribunais. 1998.

- FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. “Direito da Concorrência – Case Law”. Editora Singular. 2000.

- FREDERICO MARQUES, José. “Instituições de Direito Processual Civil”, Vol. III, Millenium, Campinas, 2000.

- GABAN, Eduardo Molan e DOMINGUES, Juliana Oliveira. “Direito Antitruste: O Combate a Cartéis”. Editora Saraiva. 2009.

- GOMES, Luiz Flávio. “Finalidade da Interceptação Telefônica e a Questão da ‘Prova Emprestada’” Repertório IOB de Jurisprudência v. 4/97.

- GORDILLO, Agustin A. “La Garantia de Defensa como Principio de Eficacia en el Procedimiento Administrativo”. Revista de Direito Público, n. 10, out.-dez. 1969.

- GRECO FILHO, Vicente. “Direito Processual Civil Brasileiro – 2º Volume”. Editora Saraiva. 14ª Edição. 2000.

_____, “Interceptação Telefônica”. Editora Saraiva. 2008.

- GRINOVER, Ada Pellegrini. “Prova Emprestada”. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 1, n. 4, out/dez de 1993.

- GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. “As Nulidades no Processo Penal”. Editora Revista dos Tribunais. 7ª Edição.

- GRINOVER, Ada Pellegrini, BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e, FINK, Daniel Roberto, FILOMENO, José Geraldo Brito, WATANABE, Kazuo, NERY JÚNIOR, Nelson e DENARI, Zelmo. “Código Brasileiro de Defesa do Consumidor”. Forense Universitária. 7ª Edição. 2001.

- GUERIN-CALVET, Margaret E.. “The Role of the Economist/Economic in ‘Proving’ Coordinated Effects”. Columbia Business Law Review. Vol. 2005.

- HOWREY, Edward F. “Economic Evidence in Antitrust Cases”. The Journal of Marketing. Volume XIX, Number 2. October 1954.

- IRELAND, Thomas R.. “The *Daubert* Decision and Forensic Economics – An Overview”. Journal of Forensic Economics 10(2). 1997.

- KORAH, Valentine. “An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice”. 7th Edition. Hart Publishing. 2000.

_____, “Case and Materials on EC Competition Law”. 3rd Edition. Hart Publishing. 2006.

- KELSEN, Hans. “A Democracia”. São Paulo. Martins Fontes, 1993.

- MATTOS, César (coordenação). “A Revolução do Antitruste no Brasil 2. A Teoria Econômica Aplicada a casos concretos”. Editora Singular. 2008.

- MEDAUAR, Odete. “A Processualidade no Direito Administrativo”. Editora Revista dos Tribunais. 2ª Edição.

- MORAES, Alexandre de. “Direito Constitucional”. 17ª Edição. Editora Atlas. 2005.

- MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O Novo Processo Civil Brasileiro”. 25ª Edição. Editora Forense. 2007.

_____, “A Constituição e as Provas Ilicitamente Adquiridas”. Revista de Direito Administrativo v. 205.

- NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade, “Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante”. Editora Revista dos Tribunais. 7ª Edição. 2003.

- NERY JÚNIOR, Nelson. “Princípio do Processo Civil na Constituição Federal.”

_____, “Princípios do Processo na Constituição Federal – Processo Civil, Penal e Administrativo”. Editora Revista dos Tribunais. 9ª Edição. 2009.

- NUCCI, Guilherme de Souza. “Manual de Processo e Execução Penal”. Editora Revista dos Tribunais. 2005.

- OLIVEIRA, Gesner de e RODAS, João Grandino. “Direito e Economia da Concorrência”. Editora Renovar. 2004.

- PINHEIRO, Fernanda Letícia Soares. “Princípio da Proibição da Prova Ilícita no Processo Civil”. Editora Juruá, 1ª Edição, 3ª Tiragem. 2006.

- PONTES DE MIRANDA. “Comentários ao Código de Processo Civil”, Tomo II, Forense, Rio de Janeiro, 2000.

_____, “Comentários ao Código de Processo Civil”, Tomo III, Forense, Rio de Janeiro, 2000.

- PORTANOVA, Rui. “Princípios do Processo Civil”. Editora Livraria do Advogado. 7ª Edição. 2008.

- PÓVOA, Liberato. “Busca e Apreensão”. Editora Juruá. 5ª Edição. 2006.

- PRADO, Geraldo. “Limite às Interceptações Telefônicas e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça”. Lumen Juris Editora. 2006.

- RABONESE, Ricardo. “Provas Obtidas por Meios Ilícitos”. Ed. Síntese. 4ª Edição. 2002.

- ROCKFELLER, Edwin S.. “The Antitrust Regilion”. Cato Institute. 2007.

- ROXIN, Claus. “La Prohibición de Autoincriminación y de lãs escuchas domiciliarias”. Claves del Derecho Procesal Penal. Hammurabi. 2008.

- SALOMÃO FILHO, Calixto. “Direito Concorrencial – as Condutas”. Malheiros Editores. 2003.

- SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. “Direito da Concorrência e Obrigação de Contratar”. Elsevier Editora. 2009.

- SANTOS, Moacyr Amaral. “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil” volume 2. Editora Saraiva. 25ª Edição. 2009.

_____, “Prova Judiciária no Cível e no Comercial”. 4ª Edição. São Paulo. Max Limonad, 1970.

- SCARPINELLA BUENO, Cássio. “Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro – um terceiro enigmático”. Editora Saraiva. 2ª Edição. 2008.

- SCHILD, Annette e BRANKIN, Sean-Paul. “Cartel Damages Actions in Germany and England: The Case Law Experience to Date”. Disponível em <http://www.crowell.com/documents/Cartel-Damages-Actions-in-Germany-and-England.pdf>. Acessado em 10 de fevereiro de 2010.

- SCHUARTZ, Luís Fernando. “Quando o Bom é o Melhor Amigo do Ótimo. A Autonomia do Direito perante a Economia e a Política da Concorrência”. Revista de Direito Administrativo, n. 245, 2007, p. 96.

- SILVA, César Dario Mariano da, in “Provas Ilícitas” Editora Forense. 4ª Edição. 2005.

- SILVA, Ovídio A. Baptista da, “Curso de Processo Civil – Vol. 1 - Processo de conhecimento”. Editora Revista dos Tribunais - 5ª Edição. 2000.

- TALAMINI, Eduardo. “Prova Emprestada no Processo Civil e Penal”. Revista de Processo nº 91. 1998.

- THEODORO JÚNIOR, Humberto. “Curso de Direito Processual Civil – Volume I”. Editora Forense. 41ª Edição. 2004.

- ULHOA COELHO, Fábio. “Direito Antitruste Brasileiro – Comentários à Lei n. 8.884/94”. Editora Saraiva. 1995.

- VAZ, Isabel. “Direito Econômico da Concorrência”. Editora Forense. 1993.

- VENOSA, Sílvio de Salvo. “Direito Civil” Vol. IV “Responsabilidade Civil”. 3ª Edição. Editora Atlas. 2003.

- WHISH, Richard. “Competition Law”. 4th Edition. Butterworths. 2001.

- WERNER, Gregory J.. “Economic Evidence on the Existence of Collusion: Reconciling Antitrust Law with Oligopoly Theory”. Antitrust Law Journal. Vol. 71.

_____, “Identifying Exclusionary Conduct Under Section 2: The ‘No Economic Sense’ Test”. Antitrust Law Journal. Vol. 71.

Julgados do CADE:

- Ato de Concentração 054/1995
- Processo Administrativo 08000.015337/97-48
- Processo Administrativo 08012.006241/1997-03
- Processo Administrativo 0812.001182/1998-31
- Ato de Concentração 08012.007085/1998-06
- Processo Administrativo 53500.000359/1999
- Processo Administrativo 08012.000677/1999-70
- Processo Administrativo 08012.002097/1999-81
- Ato de Concentração 08012.005846/1999-12
- Processo Administrativo 08012.009088/1999-48
- Ato de Concentração 08012.002088/2000-03
- Ato de Concentração 08012.000640/2000-09
- Ato de Concentração 08012.001872/2000-76

- Processo Administrativo 08012.002299/2000-18

- Ato de Concentração 08012.005092/2000-89

- Ato de Concentração 08012.005226/2000-88

- Ato de Concentração 08012.005250/2000-17

- Processo Administrativo 53500.000202/2001

- Ato de Concentração 08012.002838/2001-08

- Ato de Concentração 08012.002962/2001-65

- Ato de Concentração 08012.006472/2001-38

- Ato de Concentração 08012.006976/2001-58

- Ato de Concentração 08012.001697/2002-89

- Processo Administrativo 53500.001821/2002

- Processo Administrativo 53500.001823/2002

- Processo Administrativo 53500.001824/2002

- Processo Administrativo 08012.002127/2002-14

- Processo Administrativo 08012.005669/2002-31

- Processo Administrativo 08012.006019/2002-11

- Processo Administrativo 08012.000099/2003-73

- Processo Administrativo 08012.001826/2003-10

- Averiguação Preliminar 08012.006298/2004-03

- Ato de Concentração 08012.001885/2007-11

Dissertações de Mestrado e Teses de Doutorado:

- “Provas Ilícitas e o Processo Penal”. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. João Honório de Souza Franco. 2004.

- “Inversão do Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor”. Faculdade de Direito da USP. Débora de Oliveira Ribeiro. 2005.

- “Ônus da Prova no Processo Civil”. Faculdade de Direito da USP. Fernando Hellmeister Clito Fornaciari. 2005.

- “Ações Probatórias Autônomas”. Faculdade de Direito da USP. Daniel Amorim Assumpção Neves. 2006.

- “O Processo Antitruste Sancionador”. Faculdade de Direito da USP. André Marques Gilberto. 2008.