

A colaboração processual nos casos de cartel em face do princípio *nemo tenetur se detegere*.

Paula Kovalski Fernandes¹

RESUMO:

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade, autarquia responsável pela prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, tem fortalecido, nos últimos anos, os mecanismos de combate às práticas colusivas, consubstanciadas nos cartéis. No entanto, as inovações que tornam mais rígidos os procedimentos cujo escopo é coibir os acordos entre concorrentes podem vir a macular certos direitos dos representados. Este artigo pretende analisar a relação entre a colaboração processual ativa no âmbito administrativo e o princípio *nemo tenetur se detegere*, ou seja, o direito de não produzir provas contra si mesmo, no que se refere à infração de cartel e seus desdobramentos criminais.

Palavras-chave: Antitruste - Colaboração processual - Cartel - Constituição - Princípio *nemo tenetur se detegere*.

ABSTRACT:

The Brazilian Antitrust authority (Conselho de Defesa Econômica - CADE), an independent governmental agency responsible for the prevention and repression of violations to the economical order, has throughout the years been strengthening its mechanisms for fighting collusive conducts, such as cartels. However, certain innovations that turn procedures to restrain agreements between competitors more rigorous, may fail to respect some of the rights granted to the defendants. The objective of this article is to examine the relationship between active legal collaboration at the administrative level and the principle of *nemo tenetur se detegere*, that is, the right to not be forced to provide evidence against yourself, with particular reference to cartels as object of criminal prosecution.

Keywords: Antitrust - Legal collaboration - Cartel - Constitution - Principle of *nemo tenetur se detegere*.

JEL: K21- Antitrust Law

¹Graduanda do oitavo período em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Participou da IX Edição do Programa de Intercâmbio da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça e da Subchefia para Assuntos Legislativos da Casa Civil. Participou da XXXIV Edição do Programa de Intercâmbio do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Foi estagiária do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e do Ministério Público de Santa Catarina. Foi assistente jurídica do grupo de antitruste do escritório Trench, Rossi e Watanabe Advogados associado a Baker and McKenzie. E-mail: paulakf@hotmail.com

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Histórico do princípio *nemo tenetur se detegere* 3. O princípio *nemo tenetur se detegere* e a Constituição brasileira 4. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e a colaboração processual 5. A colaboração processual em face do princípio *nemo tenetur se detegere* 5.1. Alteração da pena pelo crime de formação de cartel 5.2. Compromisso de Cessação e as obrigações de confissão e de colaboração 5.3. A instrução processual no Cade 6. A colaboração processual no processo administrativo 7. A evolução dos Cartéis e dos meios de repressão 8. Conclusões; 9 Referências Bibliográficas.

1. Introdução

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, disciplinado pela Lei nº 12.529 de 2011, prevê diversas situações onde se exige a colaboração processual dos representados no processo administrativo. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, por meio de resoluções, editou nos últimos anos disposições controversas em relação à contribuição imposta às partes passivas dos processos, inquéritos e averiguações.

Determinadas previsões, por seu conteúdo material, podem vir a colocar os representados em situações de insegurança, sem que haja certeza sobre a viabilidade do exercício de seus direitos de defesa. O princípio *nemo tenetur se detegere*, que veda a autoincriminação, é uma garantia constitucional, cujo exercício se dá principalmente no processo penal. Sua incidência no âmbito administrativo, no entanto, não pode ser ignorada.

As recentes mudanças na legislação antitruste ainda mantiveram como único crime contra a ordem econômica aquele relacionado à acordos entre concorrentes, cuja prática se dá por meio do cartel. Por ser a única infração com desdobramentos penais, a exigência de colaboração processual ativa do representado pode significar a supressão do exercício do seu direito constitucional de se manter em silêncio. A mitigação dessa garantia, nesses casos, tem especial gravidade, haja vista o caráter criminal da conduta colusiva.

Pretende-se discutir neste artigo até que ponto é possível dizer que o direito decorrente do princípio *nemo tenetur se detegere*, por não ser absoluto, não se aplicaria às investigações de cartel, em face do caráter *sui generis* desta infração. Para tanto, é feita uma análise histórica do princípio em questão, demonstrando quais os seus fundamentos e suas origens, de modo que seja possível configurar sua importância dentro do ordenamento jurídico. Demonstra-se também como ele está inserido na legislação brasileira.

Em seguida, são expostas algumas previsões legais contidas na legislação antitruste que versam sobre formas de colaboração processual que exigem a participação direta dos investigados e representados nos procedimentos administrativos do Cade. A Lei nº 12.529/2011 e a Resolução Cade 5/2013 trouxeram algumas inovações no âmbito da colaboração processual que, pelo curto lapso temporal transcorrido desde sua entrada em vigor, ainda não possibilitaram aos administrados terem certeza e segurança sobre a maneira como a autoridade antitruste irá aplicá-las.

Após, discutem-se possíveis problemas decorrentes da coexistência entre o princípio *nemo tenetur se detegere* e as recentes alterações em determinadas formas de colaboração processual nas investigações e processos administrativos envolvendo a prática de cartel. São apontadas circunstâncias onde não se observa a convergência entre esta garantia fundamental e a imposição da participação dos representados no processo, ocasionando, por um lado, o desrespeito a um princípio constitucional e, por outro, a possibilidade de enfraquecimento das ferramentas de repressão às infrações contra a ordem econômica.

Por fim, este artigo reflete sobre maneiras como a autoridade antitruste seria capaz de harmonizar a sua função de repressão com a manutenção e preservação dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, para que os benefícios coletivos auferidos pela sociedade na preservação da ordem econômica e da livre concorrência não sejam obtidos através da desconsideração dos direitos dos particulares.

2. Histórico do princípio *nemo tenetur se deteger*

A consolidação dos direitos humanos enquanto agenda política internacional resultou da crescente necessidade de proteção do indivíduo perante o próprio Estado. Nesse contexto, o princípio *nemo tenetur se detegere* consagrou-se como uma das garantias individuais que impedem os governantes de agirem de forma abusiva contra seus governados. Esta máxima latina, que significa literalmente que ninguém é obrigado a se descobrir, possui raízes incertas, sendo tida como regra geral de direito.

Historicamente, no período que se seguiu após as revoluções burguesas, o processo penal observou a transição entre o modelo inquisitório e o modelo acusatório, de modo que a vedação da autoincriminação passou a figurar como uma das principais formas de proteção do indivíduo.

No modelo inquisitório, o acusado era visto como meio para a obtenção de provas. A confissão era considerada a prova máxima e, por essa razão, o acusado tinha obrigação de cooperar. A tortura e a extorsão eram os instrumentos utilizados para extrair a confirmação de uma culpabilidade pré-concebida. Logo, permanecer em silêncio não era uma opção.

Com as revoluções iluministas, foram – ao menos idealmente – eliminadas do processo penal a tortura como meio de obtenção de provas e a imposição ao acusado do juramento de somente dizer a verdade. Nos sistemas anglo-americanos, o direito conhecido como *privilege against self-incrimination* paulatinamente tomou força, especialmente com a adoção da defesa técnica, momento no qual o direito de silêncio durante o interrogatório foi reconhecido e viabilizado.

Nos Estados Unidos, o *privilege against self-incrimination* constou de vários diplomas ao longo dos anos e já em 1770 era tido como direito constitucional. Hoje, está expresso através da V Emenda Constitucional, que preceitua: “No person shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself”.

No âmbito da proteção internacional dos direitos humanos, embora a Declaração Universal dos Direitos do Homem tenha feito referência somente ao princípio da presunção de inocência e à não utilização da tortura, outros diplomas, como o Pacto de San José da Costa Rica, prevêem a vedação a autoincriminação como uma das garantias mínimas a serem observadas em relação aos acusados de um delito.²

3. O princípio *nemo tenetur se detegere* e a constituição brasileira.

O princípio *nemo tenetur se detegere* insere-se dentro das garantias fundamentais do homem e a sua introdução em variados diplomas resultou fundamentalmente do processo político de formação do Estado Moderno, no qual afirmou-se o direito de resistência à opressão. A desconstrução da ideia de que o poder está concentrado nas mãos do governante resultou na ideia de que a soberania está nas mãos de cada cidadão.³ Nesse diapasão, o desenvolvimento das teorias dos direitos fundamentais serviu para dar o caráter formal necessário às normas de proteção individuais.

²QUEIJO, M. E. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003.

³BOBBIO, N. *A Era dos Direitos*. 7ª ed, Rio de Janeiro, Elsevier, 2004.

Dentre as garantias fundamentais do acusado está o princípio que veda a autoincriminação. O princípio *nemo tenetur se detegere* vai além do direito ao silêncio, configurando-se como verdadeira liberdade individual frente ao Estado. É forma de proteção contra arbitrariedades e abusos cometidos no curso da persecução penal.

Embora o Brasil não tenha adotado literalmente este direito no texto de sua Carta Magna, o princípio que veda a autoincriminação está no rol das garantias fundamentais do nosso ordenamento. Segundo Maria Elizabeth Queijo, considerando que o princípio *nemo tenetur se detegere* foi expressamente previsto em diplomas internacionais ratificados pelo Brasil – como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – em razão da interpretação do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, tal direito foi incorporado à relação dos direitos fundamentais contidos neste artigo. Foi, deste modo, reconhecido expressamente no direito brasileiro por meio das incorporações dos tratados internacionais ao direito interno.

Ainda segundo a autora, o referido princípio já poderia ser extraído das cláusulas que prevêm o devido processo legal, o princípio da presunção de inocência e o direito à ampla defesa, com especial destaque ao direito ao silêncio (não obstante este não se confunda ao princípio *nemo tenetur se detegere*).

No âmbito do processo penal, o direito ao contraditório garante o exercício de defesa. Uma de suas mais importantes facetas é o equilíbrio entre as partes. As técnicas empregadas por inquisidores, denunciadas por Cesare Beccaria em *Dos Delitos e Das Penas*, claramente subvertiam esta lógica, ao colocar um acusado em uma posição de submissão. Contemporaneamente, a efetivação das garantias do devido processo legal ainda não são plenamente observadas, ao passo que as desigualdades sociais permitem que certos cidadãos não possuam acesso a defesa técnica.

4. O sistema brasileiro de defesa da concorrência e a colaboração processual

Nas últimas décadas, a política de proteção concorrencial no Brasil observou o fortalecimento de seus mecanismos, de modo que se observam consistentes avanços no controle e punição dos ilícitos antitruste. Com o advento da Lei nº 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC, os métodos de prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica se fortaleceram por meio de mudanças

drásticas que alteraram significativamente a organização do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade.

O Cade, autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, é um dos principais responsáveis por estimular a cultura da concorrência no Brasil e vem obtendo resultados que chamam a atenção no âmbito internacional. Com a crescente conscientização da sociedade para os problemas causados pelas infrações contra a ordem econômica, a mídia tem dado cada vez mais atenção aos casos de maior impacto julgados por este Tribunal Administrativo, especialmente aos casos de cartel.

O combate aos ilícitos concorrenciais tem ganhado força e é expressivo o empenho das autoridades em exercer de fato a proteção imediata dos consumidores e, mediata, da livre concorrência. Buscando maior eficiência e celeridade, diversas alterações legais e normativas vem sendo implementadas. Nesse sentido, a nova legislação antitruste trouxe mudanças muito importantes: alterou o artigo 4º da Lei nº 8.137/1990, passando a atribuir aos crimes cometidos contra a ordem econômica a pena de reclusão de dois a cinco anos cumulada com multa, ao contrário da redação anterior que previa o mesmo tempo de reclusão, porém multa alternativa.

A alteração supramencionada, embora a olhos leigos possa parecer insignificante, elimina uma possibilidade de benefício processual-penal: a suspensão condicional do processo, também chamado de *sursis processual*⁴. Tal opção garantia ao acusado por formação de cartel que o processo fosse suspenso por dois a quatro anos, no qual aquele ficaria submetido à período de prova e pagamento de multa⁵. A existência dessa alternativa impossibilitou que as condenações por cartel submetessem qualquer indivíduo a penas restritivas de liberdade.

No entanto, com o advento da nova legislação antitruste, que entrou em vigor na metade de 2012, o crime de cartel deixou de ser de menor potencial ofensivo⁶ e, portanto, não está mais sujeito à Lei nº 9.099/1995. Logo, os crimes elencados no artigo 4º da Lei nº 8.137/1990 não estão mais submetidos à legislação dos Juizados Especiais, na qual constam os benefícios da suspensão condicional do processo. A consequência dessa mudança é que, agora, uma condenação no âmbito criminal pode levar o acusado a cumprir pena restritiva de liberdade, o que antes não acontecia.

⁴LIMA, J.L.O.; DALL'ACQUA, R. Confissão em infração concorrenciais é inconstitucional. **Conjur**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-09/confissao-culpa-infracao-concorrenciais-inconstitucional>>.

⁵Vide Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

⁶BOTTINI, P.; SOUZA, R. I.; DELLOSSO, A. F. A.; Nova dinâmica dos acordos de cessação de práticas anticoncorrenciais no Brasil. *Revista do Ibrac*, São Paulo, v. 20, jan. - jun. / 2013.

Outra inovação recente, desta vez por meio da Resolução Cade 5/2013⁷, alterou a seção referente ao Compromisso de Cessação⁸. As mudanças mais relevantes ocorreram no que se refere, em primeiro lugar, à necessidade imposta ao compromissário de que reconheça sua participação na conduta em determinados casos, quais sejam: investigações de acordo, combinação, manipulação e ajuste entre concorrentes⁹. A segunda mudança impactante contida na Resolução Cade 5/2013 diz respeito à obrigatoriedade de que o compromissário colabore com a instrução processual¹⁰.

Disso decorre que a exigência de confissão e colaboração processual do acusado se aplica para todas as condutas anticoncorrenciais tipificadas penalmente. Porém, diversamente do que ocorre nos acordos de leniência, para o compromissário não está prevista a extinção da punibilidade penal ou redução da punição. A antiga regulamentação, no que tange às pessoas físicas, excluía a exigência de confissão, embora impusesse o reconhecimento da legalidade da diligência de busca e apreensão. Atualmente, no entanto, não há regulamentação específica para as pessoas físicas, o que permite que o Cade faça tal exigência à administradores de empresas envolvidos em investigações de cartel¹¹.

A colaboração na instrução do processo de que trata a mencionada resolução não está estabelecida de forma taxativa, ficando sujeita à discricionariedade da Administração. No que se refere ao acordo de leniência, a Lei nº 12.529/2011 prevê que o leniente deve identificar os demais envolvidos na infração e comprová-la através de informações e documentos. Requer, também, que a primeira empresa a se qualificar cesse seu envolvimento na conduta noticiada, confesse sua participação no ilícito e coopere com as investigações e o processo. Tal cooperação se dá por meio do comparecimento em todos os atos processuais. Por fim, o acordo de leniência só é celebrado se a Superintendência-Geral do Cade não dispuser ainda de provas suficientes que garantam a condenação dos envolvidos.

⁷BRASIL. Resolução nº 5, de 06 de março de 2013. Aprova a Emenda Regimental n. 01/2013, que altera a seção referente ao Compromisso de Cessação. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%205_2013.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2014.

⁸ZARZUR, C. S.; GARRIDO, M. P.; SILVA, L. B. Admissão de culpa em TCC não configura reincidência. *Conjur.* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mar-26/admissao-culpa-tcc-nao-configura-reincidencia>>.

⁹Art. 185. Tratando-se de investigação de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes, o compromisso de cessação deverá, necessariamente, conter reconhecimento de participação na conduta investigada por parte do compromissário.

¹⁰Art. 186. Tratando-se de investigação de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes, a proposta final encaminhada pelo Superintendente-Geral ao Presidente do Tribunal, nos termos do Art. 181, §4º deste Regimento Interno, deverá, necessariamente, contar com previsão de colaboração do compromissário com a instrução processual.

¹¹BOTTINI, P.; SOUZA, R. I.; DELLOSSO, A. F. A.; Nova dinâmica dos acordos de cessação de práticas anticoncorrenciais no Brasil. *Revista do Ibrac*, São Paulo, v. 20, jan. - jun. / 2013.

Em sentido diverso, a nova legislação antitruste, em seu capítulo dedicado ao Compromisso de Cessação, menciona que o termo de compromisso deve conter “a especificação das obrigações do representado no sentido de não praticar a conduta investigada ou seus efeitos lesivos, bem como obrigações que julgar cabíveis”, além da fixação de multa para o descumprimento dessas obrigações e o valor da contribuição para o Fundo de Direitos Difusos. Ou seja, a autoridade antitruste reveste-se de enorme poder pois possui margem discricionária bastante ampliada, o que pode gerar insegurança para os compromissários.

Outra modificação bastante significativa foi a criação da Superintendência-Geral - SG, agora integrando a autarquia e incorporando funções exercidas anteriormente pela Secretaria de Defesa Econômica- SDE (vinculada ao Ministério da Justiça) e também pela Secretaria de Acompanhamento Econômico – Seae (vinculada a Ministério da Fazenda). As principais atribuições da SG são a análise, aprovação ou impugnação de atos de concentração e a realização de inquérito administrativo e instrução de processo administrativo para a imposição de sanções contra a ordem econômica.

Compete à SG, no interesse da instrução dos tipos processuais referidos em lei, a realização de diversos tipos de diligências. Dentre elas, a requisição de informações e documentos a qualquer pessoa, órgão ou entidade, bem como a requisição de vista e cópias de inquéritos e ações judiciais. Ocorre que a Lei nº 12.529/2011 manteve, com redação quase idêntica, previsão de imposição de multa diária (no valor de R\$ 5.000,00, podendo ser aumentada em até vinte vezes) para aquele que recusar, omitir ou retardar injustificadamente as informações ou documentos requeridos pelo Cade ou pela Seae¹².

Tais mudanças certamente visam o *enforcement* da política de defesa da concorrência no Brasil. É inegável que as autoridades competentes devem empreender os esforços necessários para promover as necessárias modernizações nos mecanismos de proteção da ordem econômica, cujos princípios estão elencados no artigo 170 da Constituição Federal de 1988, com especial destaque ao princípio da livre concorrência, inserido no inciso IV.

Nesse sentido, convém ressaltar que todas as alterações mencionadas visam o recrudescimento da repressão às práticas anticoncorrencias, especialmente àquelas que envolvem colusão entre concorrentes. Tal postura é de fato legítima, posto que intenciona a manutenção dos benefícios do livre mercado. Mister salientar que a política antitruste possui diversos objetivos, dentre eles a consecução de uma economia eficiente, a manutenção do

¹²Art. 40. A recusa, omissão ou retardamento injustificado de informação ou documentos solicitados pelo Cade ou pela Secretaria de Acompanhamento Econômico constitui infração punível com multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), podendo ser aumentada em até 20 (vinte) vezes, se necessário para garantir sua eficácia, em razão da situação econômica do infrator.

processo competitivo, a prescrição de padrões de conduta para a justa competição e a prevenção da concentração de poder de mercado¹³.

O Brasil está se tornando paulatinamente uma referência no que tange à proteção da ordem econômica e alterações na legislação antitruste que intencionem o alcance de resultados mais efetivos, eliminando a impunidade, são louváveis. Porém é necessário evitar que a ânsia de produzir melhorias coletivas não acabe por ignorar garantias individuais.

5. A colaboração processual em face do princípio *nemo tenetur se detegere*.

Com o advento da Lei nº 12.529/2011, foram realizadas sensíveis transformações no que diz respeito às formas de colaboração processual exigidas dos representados. Resta verificar se este contexto de maior rigidez no trato com possíveis infratores à ordem econômica não pode ser capaz de ocasionar situações onde os direitos e garantias do acusado deixam de ser aplicados, sob uma pretensa satisfação da pretensão punitiva.

As mudanças legais aqui discutidas abrangem basicamente a esfera do crime de cartel e suas interfaces administrativa e criminal. A alteração na pena para os ilícitos colusivos, as obrigações impostas para a celebração do Compromisso de Cessação e as prerrogativas instrutórias da inédita Superintendência-Geral possuem, todas, consequências no âmbito da colaboração processual.

Nesse contexto, o princípio *nemo tenetur se detegere* restaria desassistido ou, para as situações expostas, é previsto algum tipo de exceção? Sobre a questão, à luz do princípio da proporcionalidade, convém citar a lição de Maria Elizabeth Queijo:

“O *nemo tenetur se detegere* é direito fundamental que não apresenta limites expressos na Constituição brasileira, assim como em textos constitucionais estrangeiros. Mas a inexistência de limites expressos na própria Constituição ou na legislação infraconstitucional não significa que o *nemo tenetur se detegere* seja um direito absoluto”¹⁴.

Portanto, é necessário verificar se possíveis violações ao direito de vedação da autoincriminação não estariam sendo provocadas pela colisão desse princípio com outros direitos fundamentais, igualmente resguardados pela Carta Magna. A fim de realizar esta

¹³HANDLER, M.; PITOFKY, R.; GOLDSCHMID, H. J.; WOOD, D. P. *Trade Regulation*. 4th ed. New York, The Foundation Press, 1997.

¹⁴QUEIJO, M. E. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003.

análise, é preciso inicialmente verificar em que ponto as alterações provocadas pela nova legislação antitruste afrontam o princípio em questão.

5.1. Alteração da pena pelo crime de formação de cartel

A mudança na penalidade para o crime previsto no artigo 4º da Lei nº 8.137/1990 resultou na eliminação de um benefício processual, constante da legislação que disciplina os Juizados Especiais, que prevê a suspensão condicional do processo. Esta nova realidade submete a persecução criminal dos presidentes, diretores, funcionários ou administradores de empresas envolvidas na prática de cartel, pelo Juízo Comum. Desse modo, a possibilidade de condenação à penas privativas de liberdade sofre substancial aumento, além do próprio inconveniente de ser réu em um processo penal.

Não se está com isso, de forma alguma, querendo mitigar a responsabilidade daqueles que cometem tal crime. A realidade é que o cartel de fato é a infração com o maior potencial lesivo no âmbito da ordem econômica, sendo capaz de provocar imensos danos à sociedade, como o aumento de preços e a redução a oferta. Além disso, os autores dessa prática são, em geral, pessoas com alto grau de instrução e que ocupam cargos de chefia em empresas de grande porte. Sabem, desse modo, que estão cometendo um ilícito. O desconhecimento da ilegalidade dessa prática nos dias atuais, à vista do incremento da cultura concorrencial, é praticamente impossível, além de inescusável.

Cabe, contudo, ressaltar que o fato de que este delito deixou de ser um crime de menor potencial, ficando sujeito ao procedimento ordinário, impinge que as autoridades redobrem a atenção no sentido de evitar qualquer desrespeito aos direitos fundamentais do acusado, haja vista este estar sujeito à gravosas consequências.

Assim, faz-se necessário que a instrução do processo criminal seja feita respeitando o direito do acusado de não produzir provas contra si mesmo e de não participar ativamente na colaboração processual, cabendo às autoridades competentes a construção do conjunto probatório necessário.

5.2. Compromisso de cessação e as obrigações de confissão e de colaboração:

As novas regras para a celebração do Termo de Compromisso de Cessação de Prática estabeleceram controversas obrigações para aqueles que pleiteiam este benefício, especialmente no que se refere às posteriores repercussões penais que a sua colaboração pode

vir a ter. Este é, talvez, o ponto de maior sensibilidade no contexto da vedação à autoincriminação.

A começar pela obrigatoriedade de confissão, sem que haja o afastamento da punibilidade criminal (como ocorre nos acordos de leniência). Claramente se está diante de uma inconstitucionalidade, pois essa situação praticamente inviabiliza o exercício do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência na esfera penal, afastando a incidência do princípio *nemo tenetur se detegere*.

Nesse diapasão, é relevante discutir a natureza do Compromisso de Cessação. A possibilidade de celebração deste compromisso entre o Cade e empresas e indivíduos acusados de práticas anticoncorrenciais existe desde 1986¹⁵. O Tribunal Regional Federal da 1º Região entende, majoritariamente, que antes da vigência da Lei nº 10.149/2000 a celebração de Termo de Compromisso era direito subjetivo da parte e só podia ser negada pelo Cade caso não fossem cumpridos determinados requisitos (cláusulas mínimas previstas no § 1º do art. 53 da Lei nº 8.884/1994)¹⁶.

Mesmo que a redação do artigo 85 de Lei nº 12.529/2011 tenha sido bastante clara no sentido de que o Compromisso de Cessação fica sujeito ao juízo de conveniência e oportunidade da Administração e esteja vinculado ao alcance dos interesses protegidos por lei, não se pode alegar que a possibilidade de firmar referido compromisso, pelo simples fato de ser somente um opção da parte, cujo direito é o de pleitear o benefício mas não o de vê-lo atendido, possa submeter os representados à situações que ofendam os seus direitos fundamentais.

Se fosse esse o caso, a própria essência do instituto estaria corrompida. As finalidades precípuas do sistema preventivo e repressivo às infrações contra a ordem econômica são a proteção ao consumidor, a desconcentração de poder econômico¹⁷ e a alocação eficiente de recursos¹⁸. Não é, pois, isoladamente, objetivo da política antitruste punir os infratores, especialmente na esfera criminal. A punição penal deve servir como *ultima ratio*, sendo, portanto, absolutamente plausível que a celebração do TCC inclua, assim como os acordos de

¹⁵Art 15. Se, durante qualquer fase da sindicância ou dos procedimentos, a parte a eles submetida assumir o compromisso de cessar a prática sob investigação, o CADE suspenderá a sindicância ou o processo, sem que tal compromisso implique na confissão de ocorrência de abuso do poder econômico, inexistindo conseqüentemente penalidade a ser aplicada

¹⁶Vide Apelação em mandado de segurança nº 2002.34.00.007525-4, Apelação/Reexame Necessário nº 2002.01.00.027976-7/DF, Agravo de Instrumento nº 2002.01.00.026790-6, Agravo de Instrumento nº 2007.01.00.059730-8/DF, Apelação Cível nº 2002.34.00.039067-2/DF.

¹⁷WISH, R.; BAILEY, D. *Competition Law*. 6th ed. New York, Oxford University Press, 2008.

¹⁸VISCUSI, W. K.; VERNON, J. M.; HARRINGTON JR., J. E. *Economics of Regulation and Antitrust*. 3th ed. London, The MIT Press, 2000.

leniência, previsão de extinção da punibilidade para pessoas físicas, posto que é possível a consecução dos mesmos objetivos de modos menos gravosos.

Novamente, não se está, com isso, pretendendo garantir a impunidade perante infração tão grave quanto a formação de cartel. Porém, igualmente inadmissível é conceber um procedimento que inviabilize a preservação das garantias individuais, particularmente por impossibilitar o exercício do princípio *nemo tenetur se detegere*.

5.3. A instrução processual no Cade

A nova legislação antitruste agregou ao órgão de defesa da concorrência uma estrutura responsável por realizar, dentre outras atribuições, a instrução dos processos administrativos com vistas à imposição de sanções contra ilícitos que ferem a ordem econômica. A SG, de acordo com a Lei nº 12.529/2011, possui competência para realizar praticamente qualquer tipo de diligência que pretender, sendo necessário autorização judicial somente nos casos de busca e apreensão.

É bem verdade que, se para esse poder quase ilimitado de atuação no sentido de instruir o processo com o maior número de provas possíveis, não houvessem, na mesma medida, meios de coibir o seu descumprimento, não se estaria tratando de um poder, mas de uma atribuição formal sem qualquer eficácia. Por certo, é preciso que a autoridade antitruste possa revestir-se de poder sancionatório, sem o qual seus atos estariam esvaziados.

No entanto, as disposições legais que autorizam a SG a requisitar, a quem quer que seja, informações, documentos e esclarecimentos, de qualquer tipo¹⁹, sob pena de multa no caso de retardamento injustificado ou recusa²⁰, pode vir a macular as garantias do acusado constantes do princípio *nemo tenetur se detegere*, especialmente diante das repercussões penais geradas por essa provas.

Ou uso das provas obtidas no curso do processo penal, no processo administrativo - a chamada prova emprestada - é admitida, desde que não esteja eivada de nulidade na origem. Tal possibilidade possui diversas vantagens, em especial a economia processual e a economia de recursos, posto que a mesma diligência não precisará ser realizada duas vezes.

¹⁹Vide art. 13., inciso VI, alíneas “a” a “f”, da Lei nº 12.529/2011.

²⁰Art. 40. A recusa, omissão ou retardamento injustificado de informação ou documentos solicitados pelo Cade ou pela Secretaria de Acompanhamento Econômico constitui infração punível com multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), podendo ser aumentada em até 20 (vinte) vezes, se necessário para garantir sua eficácia, em razão da situação econômica do infrator.

No Superior Tribunal de Justiça, é pacífico o entendimento sobre a admissibilidade do uso de prova emprestada, devidamente autorizada judicialmente, do processo penal no processo administrativo²¹. O MS 32.197-RJ, da lavra do Ministro Moura Ribeiro, autoriza a utilização em processo administrativo instaurado pela antiga SDE, de provas emprestadas de inquérito policial, inclusive escutas telefônicas, obtidas por meio da operação "Roupa Suja" da Polícia Federal.

O próprio Cade entende que é admissível o uso de tais provas como base para a condenação de cartéis. Exemplo disso é o voto do Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan, no processo administrativo nº 08012.009888/2003-70, que condenou dezesseis representados (oito empresas e oito pessoas físicas) por formação de cartel no mercado de gases industriais e hospitalares, entendendo pela legalidade do empréstimo de prova produzida no âmbito penal, pelos seguintes argumentos:

“Nosso ordenamento constitucional privilegia o direito à intimidade e ao sigilo de comunicações telefônicas. Por este motivo, restringe a possibilidade de violação estatal do sigilo àqueles casos em que haja suspeita de dano considerável à sociedade. Ou seja, apenas a casos de condutas tipificadas como crime. Uma vez reconhecido esse dano e ocorrida a intervenção estatal, é plenamente possível a extensão da utilização da prova. Ao condicionar a realização de interceptações a casos de investigação criminal, a lei não está pretendendo restringir o uso da informação obtida; o que se pretende é apenas assegurar que um mecanismo incisivo de inquérito seja empregado somente a casos graves. Não há nenhum óbice ao uso da prova em outras esferas após o reconhecimento da gravidade do caso e a realização da diligência.”

Pelos precedentes citados, inquestionável a possibilidade de utilização pelo Cade de provas emprestadas, obtidas em investigações, inquéritos ou processos no âmbito criminal, desde que essas não tenham incorrido em qualquer tipo de nulidade, tendo respeitado os princípios da legalidade, do contraditório, da ampla defesa e da vedação da autoincriminação.

As provas obtidas no processo administrativo por meio da colaboração direta do acusado, não podem, no entanto, jamais serem transferidas, sob pena de afronta ao princípio *nemo tenetur se detegere*. Não haveria, a princípio, problema quanto a utilização para a instauração de Ação Civil Pública, por exemplo, de provas obtidas através de busca e apreensão autorizada judicialmente no processo administrativo, até mesmo porque é impossível realizar tal procedimento duas vezes e obter as mesmas provas. Uma vez realizada, os documentos necessários à instrução do processo são apreendidos, inviabilizando uma nova busca e apreensão.

²¹Vide Mandado de Segurança nº 17.472/DF, Mandado de Segurança nº 19703 / DF, Reexame Necessário em Mandado de Segurança nº 32197 / RJ.

Mas, no que se refere às provas obtidas por meio da colaboração ativa do representado (tais como a confissão, a entrega de documentos e outros meio de provas pertinentes e a prestação de informações no curso do processo administrativo), e que, teoricamente, poderiam ser usadas para incriminá-lo no processo penal, estas não poderiam ser transferidas, como já mencionado. É inconcebível a violação do direito de não autoincriminação do acusado. E restaria impossibilitado o exercício do contraditório, pois como contraditar uma prova produzida por si próprio?

Nesse sentido, importa ressaltar que o Cade vem firmando diversos acordos de cooperação com outros órgãos, visando a intensificação das ações de combate aos crimes contra a ordem econômica. A SDE e o Ministério Público Federal, por exemplo, especificamente no que se refere às práticas de cartel, firmaram acordo visando ao intercâmbio e à cooperação técnica relacionados à defesa do consumidor²².

O Cade, por sua vez, no intuito de dar maior celeridade e efetividade na prevenção e repressão de cartéis em licitações, firmou o Acordo de Cooperação nº 02/2014, com a Controladoria Geral da União, que prevê que: “O Cade encaminhará à CGU as informações e indícios obtidos nos procedimentos administrativos, averiguações preliminares e processos administrativos que tenham por objeto a apuração de infrações previstas no art. 36 da Lei nº 12.529, de 2011, observadas as competências do órgão”²³.

Já a Secretaria de Acompanhamento Econômico – Seae, possui acordo firmado com o Ministério Público Federal, com o objetivo de acentuar a repressão às práticas anticompetitivas, com as seguinte previsão: “A Seae enviará ao Ministério Público as informações e provas que forem obtidas, no âmbito da investigação administrativa, nos procedimentos administrativos referentes a condutas anticompetitivas”²⁴.

A possibilidade, portanto, de as autoridades antitruste encaminharem as provas obtidas no curso do procedimento administrativo, sem que esses acordos tenham previsto que não se incluem aquelas provas obtidas por meio da colaboração processual ativa do representado, é motivo de insegurança para os administrados, pois como garantir que será respeitados o seu direito advindo do princípio *nemo tenetur se detegere*?

Embora o Cade em si ainda não tenha firmado acordo com o Ministério Público Federal, tudo leva a crer que a cooperação técnica entre as entidades será eventualmente

²²Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID=%7B34431BE8-99AE-426E-B569E0785B5AB1B8%7D¶ms=itemID=%7B4F5AE714-C24F-4717-8996742E1EC1BE94%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>.

²³Disponível em <<http://www.cade.gov.br/upload/Acordo%20CADE%20e%20%20CGU.pdf>>.

²⁴Disponível em <<http://www.seae.fazenda.gov.br/legislacao/acordos>>.

formalizada, tendo em vista que a Superintendência-Geral do Cade já está estruturada e consolidada. No mesmo sentido, é plausível que os Ministérios Públicos dos Estados venham a trocar informações com o Cade e vice-versa, com o intuito de reforçar a repressão aos cartéis.

6. A colaboração processual no processo administrativo

Pelo exposto, a colaboração processual, em algumas situações, pode levar à abnegação do princípio *nemo tenetur de detegere* no âmbito no processo criminal instaurado contra administradores de empresas acusadas de participação na formação de cartel. A imposição da colaboração ativa no processo administrativo, seja das pessoas jurídicas ou físicas, não pode ocasionar dano àqueles que porventura venham a ser parte passiva em ação penal, não devendo tais provas serem objeto de transferência.

Entende-se por colaboração processual ativa aquela que envolve a participação direta do representado, por exemplo, documentos enviados pela parte e informações prestadas após requisição do Cade, bem como a própria confissão. Já a colaboração passiva é a não criação de obstáculos ou barreiras à investigação e a lealdade e a boa-fé processual.

A Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo, prevê, em seu artigo 3º, que são direitos dos administrados: direito de ser respeitado, direito à informação, direito à alegações e comprovações e o direito a representação. Já no que se refere aos deveres dos administrados, dispõe: dever de veracidade, dever de lealdade, proibição de temeridade e o dever de informação e colaboração²⁵.

Quanto ao dever de informação e colaboração, leciona o professor José dos Santos Carvalho Filho:

“Quanto ao dever de informação, é de notar-se que o indivíduo pode deixar de fornecê-la nas hipóteses constitucionalmente asseguradas de sigilo por força de ofício ou profissão (art. 5º, SIV, CF). Da mesma forma, não haverá ofensa ao dever de informação a recusa do acusado em comunicar fatos que provem contra si mesmo. Daí seu direito de não responder a perguntas, garantia também asseguradas aos acusados no processo penal (art. 186, Cód. Proc. Penal), com base na garantia constitucional de permanecer calado (art. 5º, LXIII, CF). A garantia se consubstancia no brocardo “*nemo tenetur se detegere*” (“ninguém é obrigado a acusar-se”), nem de sujeitar-se a meios que visem esse fim. Não pode, todavia, chegar ao extremo de fazer auto-acusação falsa, conduta que se qualifica como delito, previsto no art. 341, do Cód. Penal.”

²⁵CARVALHO FILHO, J. S. *Processo Administrativo Federal*: comentários a lei 9.784. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001.

Por essa razão, se o representado entender que a sua colaboração pode vir a representar mácula ao seu direito de não produzir prova contra si mesmo, pode manter-se em silêncio, o que é assegurado pelo direito constitucional acima referido e pelo princípio *nemo tenetur se detegere*.

7. A evolução dos cartéis e dos meios de repressão

O crime de cartel configura a maior violação contra a ordem econômica. Por essa razão, a repressão a essa conduta vem sendo intensificada, obtendo, inclusive grande atenção da mídia, que repercute grandes casos de condutas colusivas em diversos mercados. A repressão a essa infração traz grandes benefícios à sociedade, mas, como já mencionado, é preciso que se garanta o respeito aos direitos fundamentais durante o processo administrativo.

O maior problema para as autoridades antitruste no que se refere à atuação repressiva contra o cartel é, justamente, a produção de provas. Algumas décadas atrás, quando a cultura concorrencial ainda não estava bem desenvolvida, os cartéis se desenvolviam com grande liberdade e facilidade. Há casos em que os acordos eram registrados em cartório, em contratos, em atas de reuniões ou em outros documentos públicos. Os participantes do cartel chegavam a declarar em entrevistas para jornais detalhes das avenças entre os concorrentes, sem se preocupar com qualquer consequência.

Em suma, a facilidade de se produzir provas era muito grande, pois os cartéis se desenvolviam sem muito cuidado ou diligência por parte dos concorrentes, que reuniam-se e realizavam combinações sem qualquer preocupação de que isso viesse a se tornar público. Muitas vezes, estes empresários nem mesmo sabiam que o que estavam fazendo era ilegal.

No presente, a situação é muito diferente. Os cartéis se desenvolvem por meio de esquemas de alta complexidade, em que os acordos são firmados de maneiras bastante discretas. Qualquer empresa e seus administradores têm ciência de que o combate e a repressão aos cartéis evoluiu muito, de modo que agora, para organizar um cartel, é necessário fazer uso de ferramentas que permitam dissimular ao máximo a existência do conluio.

O desenvolvimento de métodos refinados de combinação entre concorrentes dificulta a repressão a essas infrações. Há setores em que sindicatos e associações são utilizados para disfarçar os acordos, servindo como justificativa para eventuais encontros entre concorrentes. Por essa razão, o Ministério da Justiça editou uma cartilha com informações sobre cartéis em

sindicatos e associações, além de diversas outras publicações do mesmo gênero que pretendem difundir a cultura concorrencial²⁶.

A possibilidade de condenação de empresas por formação de cartel, no processo administrativo do Cade, com base somente em provas indiretas, é um meio de evitar a impunidade, nos casos em que não há documentos ou outras provas capazes de embasar uma condenação. Ou seja, se não há outra explicação racional para um aumento coordenado de preços, por exemplo, que não a colusão, e as própria empresas não conseguem fornecer qualquer justificativa ou explicação verossímil, é possível que o Cade condene tais empresas, com base na doutrina do paralelismo *plus*²⁷.

A condenação com base em provas indiretas, porém, só se justifica quando não houver qualquer outro tipo de prova. Por essa razão, e também diante da sofisticação dos cartéis, é que mecanismos como o programa de leniência vem sendo fortalecidos. Através deles, facilita-se a construção de um conjunto probatório suficientemente sólido. As diligências de busca e apreensão também são uma forma bastante eficiente de reunir documentos que possam comprovar os acordos.

Da mesma forma que os cartéis se sofisticaram, também é evidente que as autoridades antitruste tiveram uma grande evolução nos últimos anos e que continuarão dando saltos de qualidade cada vez maiores. Um sistema bem consolidado e bem estruturado é capaz de se orientar de forma a sempre resguardar os direitos dos representados, mesmo que seja duro no combate às infrações contra a ordem econômica.

8. Conclusões

Diante deste contexto, é possível uma conclusão no seguinte sentido: a autoridade deve sempre buscar obter as provas necessárias à repressão e condenação dos cartéis sem que para isso seja necessário a colaboração processual ativa dos representados. A requisição de documentos e informações dos representados deve ser somente utilizada quando estritamente necessária e não deve ser objeto de transferência processual em nenhuma hipótese, sob pena de colocar as pessoas físicas constantes do pólo passivo do processo administrativo em situação temerária, em face da persecução penal.

²⁶Disponível:<<http://portal.mj.gov.br/main.asp?Team=%7B51A08827-4F0E-4A4E-8D62-A1FAEFA848CB%7D>>.

²⁷Vide Processo Administrativo CADE nº 08012.000677/99-70.

A sanção para a recusa no fornecimento de informações deve ser mínima e só deve ser aplicada contra pessoas jurídicas. Não se entende que tal recusa não deva ser passível de aplicação de multa para as empresas, pois caso não houvesse uma punição, o poder do Cade seria inócuo. Somente deveria ser passível de uma sanção mais rigorosa a prestação de informações falsas ou enganosas, posto que inescusável a má-fé do representado nesses casos.

Para as pessoas físicas que sejam parte passiva em processo administrativo do Cade ou em momento anterior a instauração do processo, durante a fase instrutória, deve ser respeitado o direito decorrente do princípio *nemo tenetur se detegere*, posto que é uma garantia constitucional e deve ser preservada. As repercussões penais a que estão sujeitos estes administradores de empresas envolvidas em cartéis são significativas e, portanto, a colaboração processual destes, no âmbito administrativo, não pode ser objeto de imposição ou obrigação, posto que estes tem a prerrogativa de se manterem em silêncio, caso assim o desejem.

Trata-se, somente, da preservação dos direitos e garantias constitucionais dos indivíduos, o que não interfere na repressão e punição a que estão sujeitos. Estas sanções, no entanto, não podem ser fruto de sua própria participação, mas sim advirem de provas colhidas por outros meios legítimos e que respeitam os princípios constitucionais pertinentes.

9. Referências bibliográficas

- QUEIJO, M. E. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BOBBIO, N. *A Era dos Direitos*. 7ª ed, Rio de Janeiro, Elsevier, 2004.
- LIMA, J.L.O.; DALL'ACQUA, R. *Confissão em infração concorrencial é inconstitucional*. Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-09/confissao-culpa-infracao-concorrencial-inconstitucional>>.
- BOTTINI, P.; SOUZA, R. I.; DELLOSSO, A. F. A.; *Nova dinâmica dos acordos de cessação de práticas anticoncorrenciais no Brasil*. Revista do Ibrac, São Paulo, v. 20, jan. - jun. / 2013.
- ZARZUR, C. S.; GARRIDO, M. P.; SILVA, L. B. *Admissão de culpa em TCC não configura reincidência*. Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mar-26/admissao-culpa-tcc-nao-configura-reincidencia>>.
- HANDLER, M.; PITOFSKY, R.; GOLDSCHMID, H. J.; WOOD, D. P. *Trade Regulation*. 4th ed. New York, The Foundation Press, 1997.
- WISH, R.; BAILEY, D. **Competition Law**. 6th ed. New York, Oxford University Press, 2008.
- VISCUSI, W. K.; VERNON, J. M.; HARRINGTON JR., J. E. *Economics of Regulation and Antitrust*. 3th ed. London, The MIT Press, 2000.
- CARVALHO FILHO, J. S. *Processo Administrativo Federal: comentários a lei 9.784*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001.
- PRAXEDES, R. R. *Valoração de prova na condenação de cartéis*. Revista do Ibrac, São Paulo, v. 19, jul. – dez. / 2012.
- GABAN, E. M.; DOMINGUES, J. O. *Investigações de cartel no Brasil: parâmetros constitucionais e considerações sobre aplicação da teoria dos efeitos*. Revista do Ibrac, São Paulo, v. 17, jan. - jun. / 2010.
- ROSA, J. D. C. F.; DANIEL, J. M.; PEREIRA JÚNIOR, A. A. *A prova emprestada nos processos administrativos para investigação da prática de cartel*. Revista do Ibrac, São Paulo, v. 17, jan. - jun. / 2010.
- TALAMINI, E. *Prova emprestada no processo civil e penal*. Revista de informação legislativa, v. 35, n. 140, out. – dez. / 1998. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/426>>.