

Uma Batalha Travada em torno das Evidências: O Valor Probatório dos Indícios e sua (In)Suficiência para a Condenação de Carteis

Dandara Perassa Coêlho¹²⁷

RESUMO

O objetivo deste trabalho foi questionar o alto valor probatório conferido aos indícios no âmbito das investigações de carteis, por meio de documentação indireta – pesquisa documental e pesquisa bibliográfica –, inclusive com o estudo da teoria da prova. O problema foi formulado quanto à possibilidade ou não de tal meio de prova ser forte o suficiente para gerar uma condenação nos âmbitos do Direito Penal Econômico e do Direito Administrativo Sancionador, com foco neste último. Constatou-se a importância da valoração das provas no procedimento probatório, em verificar quais meios de prova são mais eficazes na tarefa de identificar carteis, estruturas complexas, modernas e dificilmente detectáveis. A maioria das investigações depende de provas indiretas, dentre elas, os indícios e as máximas de experiência; por não serem suficientes, em alguns casos, aplica-se o paralelismo *plus*, que também pode ser insuficiente para embasar uma condenação, por necessitar de um mínimo conjunto probatório.

Palavras-chave: cartel; valor probatório; prova indiciária; indícios; administrativo sancionador; penal econômico; paralelismo plus.

ABSTRACT

The present study was aimed to question the high probative value of indirect evidence in cartel investigations, through indirect documentation – documentary and bibliographic research –, including the study of the Theory of Legal Proof. The problem was formulated on whether that mean of proof is strong enough to base a conviction in the areas of Economic Criminal Law and Sanctioning Administrative Law, focusing on the latter. This paper highlighted the importance of the assessment of evidence in the probative procedure, as it serves to check which means of proof are more effective in the task of identifying cartels, modern and complex structures, and hardly detectable. Most investigations depend on indirect proof, including indirect evidence and “maxims of experience”; because of the insufficiency, sometimes, of indirect evidence, the next step was to analyse the parallelism plus theory, which, in its turn, can also be insufficient, by requiring a minimum evidence to work with.

Key words: cartel; indirect proof; indirect evidence; circumstantial evidence; probative value; Economic Criminal Law; Sanctioning Administrative Law; parallelism plus theory.

Classificação JEL: K14; K21; K41; K42; L41.

¹²⁷ Pós-graduanda (Especialização Lato Sensu) em Ciências Criminais na Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – FESMPDFT. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Advogada. E-mail: dandarapcoelho@hotmail.com.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A dificuldade de detecção do cartel e a importância de uma valoração probatória mais criteriosa para a sua persecução; 3. A valoração como interpretação da realidade manifestada nas provas (linguagem); 4. A frágil força probatória dos indícios; 5. A eficaz (?) aplicação do Paralelismo *Plus*; 6. Considerações Finais; 7. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

Dentro do convívio social, o cometimento de alguns crimes lesa bens jurídicos coletivos e supraindividuais e causa prejuízos em larga escala. A Criminalidade Econômica envolve poder, corrupção, e pessoas das mais altas classes econômicas e hierárquicas. Diz-se que “a criminalidade econômica reúne as violações à ordem pública econômica e a delinquência cometida no âmbito da empresa”.¹²⁸

Nesse uso mais generalizado do termo, encaixam-se crimes de colarinho branco, crime organizado, e em geral, crimes de natureza econômica, como os cometidos nos âmbitos concorrencial e penal econômico, dentre eles, a formação de carteis, estruturas complexas de associação delitiva, que ainda hoje representam um grave problema à ordem econômica.

O termo “cartel” é inglês, e pode ser explicado como acordos implícitos ou explícitos firmados entre várias empresas em um mesmo setor industrial ou mesmo mercado relevante, a nível nacional ou internacional, para fixação de preços e quotas de venda, fabricação e distribuição; limitação de produção; além de divisão do mercado e dos lucros entre seus membros.¹²⁹ Pela magnitude dos danos que causam ou podem vir a causar, exigem uma intervenção estatal repressiva (*post factum*).

Tal intervenção é legitimada pelo poder punitivo do Estado, o qual se ramificou e, dentre estas ramificações, estão o Direito Penal Econômico e o Direito Administrativo Sancionador. O panorama jurídico atual, entretanto, vê-se diante de uma dificuldade muito grande quanto à

¹²⁸ BOULLANGER, Hervé apud SANTOS, Juliana Pinheiro Damasceno e. Questão conceitual: Crimes de colarinho-branco ou crimes econômicos? Em: Revista **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 85, fev 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9179> Acessado em 02 de junho de 2015.

¹²⁹ MONTOYA, Mario Daniel. Máfia e Crime Organizado – Aspectos legais. Autoria mediata. Responsabilidade penal das estruturas organizadas de poder. Atividades criminosas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 110.

sua contenção, pelo alto nível social daqueles agentes delitivos, e pela própria estruturação dos grupos criminosos a fim de que não sejam expostos às autoridades.

Apesar do procedimento de investigação de cartéis estar disposto em diversas leis especiais no Brasil, a valoração probatória das provas trazidas no âmbito daqueles processos carece de regras mais claras e objetivas. Ora, o livre convencimento do julgador deve pautar-se em critérios jurídicos e objetivos na valoração da prova. Acontece que a doutrina e a legislação não indicam quais seriam eles.

Em ambas as áreas já mencionadas acima, as autoridades têm um trabalho altamente complexo de verificar os documentos e depoimentos colhidos, e analisar então as condutas dos competidores investigados. As provas são, majoritariamente, circunstanciais. É praticamente como montar um quebra-cabeça, onde não se sabe exatamente a imagem final que deverá ser formada. O problema dá-se quando as provas trazidas, por si só, não geram mais que fortes indícios do conluio.

É nesse contexto que surge a pergunta-problema do presente estudo. Questiona-se se os indícios são meios de prova com valor probatório suficientemente alto para embasar uma condenação nos âmbitos do Direito Penal Econômico e do Direito Administrativo Sancionador, com foco neste último. Para tanto, serão apontados os meios de prova normalmente disponíveis nas investigações de cartéis – diretas e indiretas.

Toma-se como hipótese que os indícios são por vezes insuficientes para embasar uma condenação. Defende-se que os indícios poderão ser usados somente após o estabelecimento de critérios claros para a sua interpretação, sempre feita juntamente com todo o conjunto probatório. Também como hipótese, tem-se que até mesmo a aplicação da teoria do paralelismo *plus* não é uma resposta estatal altamente eficaz, na medida em que conta com provas indiciárias, majoritariamente, e acaba por não provar a inexistência do fato, sua licitude, ou a não participação do réu na infração. Inclusive, quando sua aplicação é suficiente, a condenação ocorre não pela comprovação direta do conluio, mas pelo afastamento de outras explicações legais para os fatos investigados, e parece carecer de segurança jurídica.

Não obstante todas as considerações positivas sobre as provas indiciárias feitas atualmente pela jurisprudência e por parte da doutrina, é evidente o desafio que as autoridades penal e administrativa ainda têm para efetivar sua aplicação respeitando as constatações feitas aqui, a fim de embasar condenações com segurança jurídica e robustez probatória. Por conta de todo o exposto, o presente tentará apontar soluções para uma valoração mais eficaz dos indícios.

2. A dificuldade de detecção do cartel e a importância de uma valoração probatória mais criteriosa

Os delitos sofisticaram-se, os criminosos também. O cartel faz parte dos delitos cujos prejuízos tomam grande proporção econômica e social, que afetam bens coletivos ou supraindividuais, de natureza econômica, abarcados tanto pelo Direito Penal Econômico quanto pelo Direito Administrativo Sancionador, e cometidos por pessoas associadas – por meio de empresas ou mesmo informalmente –, pertencentes a altos níveis sociais ou socioeconômicos, ou inseridas em cargos de confiança. Para conter essas lesões, protege-se constitucionalmente a ordem econômica, dispondo-se sobre a intervenção estatal na economia, o desenvolvimento econômico, a proteção de bens e serviços, e a cadeia produtiva do mercado, desde a produção até o consumo, atribuindo-se ao Penal e ao Administrativo, inclusive, o poder sancionador nesse âmbito econômico.

Não há dúvida quanto à relevância dessa tarefa. A análise dos possíveis cartéis deve ser feita mediante uma atuação firme das autoridades, e com instrumentos adequados e efetivos à disposição delas para investigar e punir tais práticas contra a ordem econômica.

Os cartéis podem ser acordos *hardcore*, que são os cartéis clássicos, onde o arranjo feito entre os agentes é manifestamente anticoncorrencial, e um ilícito *per se*. Nele, os instrumentos elaborados para alcançar seus objetivos, como a fixação de preços e condições de venda, divisão de mercados, e fechamento do mercado, são permanentes. Acontece quando se fala de reuniões periódicas, manuais de comportamento, etc.

Por outro lado, existem acordos entre empresas – na sua maioria, acordos horizontais, que ocorrem entre *players* que atuam num mesmo mercado relevante – que devem ser analisados pelas autoridades para que se constate sua aceitabilidade ou não pelas regras antitruste. São os chamados cartéis difusos, de caráter eventual, cujas circunstâncias podem ser relevadas para a atribuição de sanções mais brandas aos seus participantes.

Cartéis difusos são também ilícitos por objeto. Um dos fatores que torna necessária, entretanto, uma análise mais pormenorizada dos fatos pela autoridade para sua constatação é o de que, por vezes, alguns acordos horizontais têm uma aparência de conluio, mas não o são. Acontece que o ato de promover ajustes ou acordos entre empresas em si não é um ilícito, desde que seu escopo ou seu resultado não invoquem qualquer abuso do poder econômico. Aliás, é comum e lícita a formação de acordos de cooperação entre agentes, ou mesmo a emergência de

“fenômenos” como as empresas coligadas, as empresas controladoras ou controladas, o grupo de sociedades, as empresas consorciadas ou, ainda, as chamadas *joint ventures*.¹³⁰

Em um primeiro momento, essas associações em geral são legítimas se seus fins também o são, a exemplo das que objetivam maior eficiência e vantagens econômicas significativas, compartilhando riscos, *know-how*, inovando no mercado de forma rápida, propiciando resultados econômicos positivos para todas as empresas envolvidas. No entanto, sua formação legítima não as impede de eventualmente serem enquadradas na conduta de cartel, se seus resultados acabarem por lesar a concorrência ou promover o abuso do poder econômico, razão pela qual mesmo elas devem ser apreciadas pelas autoridades competentes.¹³¹

O autor desse tipo de delito de natureza econômica é o homem de negócios,¹³² uma pessoa respeitada e com alto status social, que comete um crime no âmbito profissional por violação de confiança,¹³³ característica esta que também está presente nos crimes de colarinho branco, e que torna complexa sua detecção e investigação.

Pelo lado do direito processual penal e seus comandos, procura-se estabelecer métodos de apuração da verdade material quanto à existência do fato típico e a atribuição de sua autoria, além de critérios que permitam a aplicação de uma sanção justa e razoável em relação à conduta cometida.¹³⁴ Nessa análise, as cortes criminais baseiam suas decisões a partir predominantemente de evidências diretas, enquanto as cortes administrativas são mais predispostas a aceitar evidências econômicas.¹³⁵ Assim, o padrão de prova seria menor no âmbito administrativo sancionador que na esfera penal. De fato, o CADE admite que a dimensão de responsabilidade atrelada aos âmbitos jurídicos penal, cível e administrativo acaba por dar tratamentos distintos à prova em cada um daqueles.

Ainda assim, a verdade buscada pelo tribunal administrativo referido aproxima-se cada vez mais daquela investigada no âmbito penal, mas falha em sua eficácia. Com efeito, o Judiciário tornou-se um grau recursal vulgarmente utilizado para os inconformados com as

¹³⁰ MAIA, Carlos Rodrigo Fonseca Tigre. Tutela penal da ordem econômica: o crime de formação de cartel. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008. p. 162-163.

¹³¹ Ibidem, p. 162-164.

¹³² SUTHERLAND, Edwin Hardin. White-Collar Criminality. In: American Sociological Review. v. 5, n. 1, fev, 1940. p. 1-12. Disponível em: <cooley.libarts.wsu.edu/criminology/documents/sutherland.pdf> Acessado em 24 de outubro de 2014.

¹³³ COSTA, Gisela França da. Breve panorama do pensamento de Edwin H. Sutherland e a nova etiologia da criminalidade. In: Inovações no Direito Penal Econômico – Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. SOUZA, Artur de Brito Gueiros (org.). Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. p. 65-90.

¹³⁴ MAIA, Carlos Rodrigo Fonseca Tigre. Tutela penal da ordem econômica: o crime de formação de cartel. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008, p. 26-28.

¹³⁵ CONSIDERA e DUARTE, apud PRAXEDES, Renata Rodrigues. Valoração de Prova na Condenação de Cartéis: O Mercado de revenda de combustíveis. In: Revista do IBRAC, v. 19, n. 22, jul./dez., 2012, p. 341–353.

decisões exaradas pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, desmerecendo o poder decisório deste.¹³⁶ Essa conclusão é consequência natural dos padrões distintos de suficiência de prova para uma condenação no Direito Administrativo Sancionador e no Direito Penal (Econômico, no caso).

Cabe esclarecer que o estudo caminhará sempre nesse sentido, focando o Direito Administrativo Sancionador como âmbito de punição aos carteis, mas preenchendo, com parcimônia, as lacunas daquele com normas e discussões quanto à valoração das provas na seara penal econômica. Não se considerou relevante, para fins deste, aprofundar mais as distinções de standard probatório entre ambas as esferas do poder punitivo; entende-se que o rigor da prova no direito penal é superior àquele no direito antitruste; que o standard probatório menor deste confere tratamentos diferentes à prova nas esferas penal, cível e administrativa; e que, apesar dessas diferenças, o direito antitruste tem procurado aproximar-se cada vez mais daquela verdade investigada na esfera penal, e dos critérios desta para aplicação de uma sanção justa e razoável aos agentes infratores.

Em consonância com tais objetivos, a valoração probatória tornou-se mais técnica, científica, e as regras de valoração do sistema probatório devem ser estabelecidas pelo legislador a fim de que não se cometam juízos por íntima convicção.¹³⁷ Para tanto,

“deve atender-se a que os homens, não tendo a mesma natureza física nem o mesmo temperamento, são despertados por diversas impressões e sentimentos, que com mais ou menos facilidade se convencem a determinarem-se por uns ou outros fatos e a convencerem-se de uma ou outra circunstância. Aquilo que para uns é claro, para outros é incompreensível, e o que a uns parece justo, parece a outros injusto. Daí a necessidade de ser prescrito pela lei o maior número de regras para a investigação da verdade por meio das provas, para se tirar aos juizes, quanto se possa, a possibilidade de errarem e de proferirem decisões menos justas”.¹³⁸

É interessante mencionar a observação que o princípio do livre convencimento não diz respeito ao processo norteado por regras lógicas e jurídicas, mas ao resultado, ao convencimento do juiz. Isto é, a liberdade aqui referida não se aplica ao modo de convencer-se, motivo pelo qual a formação do convencimento depende sim de regras determinadas, inclusive no que se refere à utilização dos meios de prova. Do contrário, a aplicação daquele princípio

¹³⁶ PRAXEDES, Renata Rodrigues. Valoração de Prova na Condenação de Carteis: O Mercado de revenda de combustíveis. In: Revista do IBRAC, v. 19, n. 22, jul./dez., 2012, p. 341–353.

¹³⁷ A revolução industrial traz transformações sociais que alteraram o sistema legal de provas. Surge o sistema da íntima convicção do juiz, o qual apreciaria livremente o caso e o julgaria a partir de sua íntima convicção, sem que esta precisasse ser fundamentada.

¹³⁸ NEVES E CASTRO, Francisco Augusto. Teoria das Provas e suas aplicações aos atos civis. Atualização ortográfica da 2ª ed. da obra, editada em 1917. Campinas: Servanda, 2000, p. 37.

representaria a concessão de poder ilimitado ao juiz para determinar a “verdade” no processo, com resultados possivelmente desastrosos.¹³⁹

Assim, na busca pelo equilíbrio entre a manutenção da segurança e a defesa das liberdades, destaca-se que é indispensável preservar a proteção dos inocentes, ou distinguir estes dos culpados.¹⁴⁰ Isto é, o livre convencimento do julgador – tido como a regra dell’*oltre ragionevole dubbio* – deve se alçar em “critérios jurídicos e objetivos na valoração da prova, e a sociedade democrática, sustentada na moral e nos princípios constitucionais, não pode abandonar esses critérios”.¹⁴¹ E é essa análise dos critérios de valoração da prova que será feita a seguir.

3. A valoração como interpretação da realidade manifestada nas provas (linguagem)

A valoração é a última fase do procedimento probatório. É bem verdade que o valor probatório relaciona-se com o nível de convencimento das provas que a autoridade competente deve ver satisfeito para comprovar uma infração anticoncorrencial. Aqui o juiz deverá convencer-se, por meio daquela, da verdade processual. Logo em seguida, “[o juiz] redige a decisão apontando os elementos dos autos mais determinantes para o resultado, cumprindo assim o dever de motivação”.¹⁴²

O processo probatório conduz à transformação do “caos de sensações que advém das partes envolvidas em um processo, aproximando-se o mais possível de uma certeza impugnável”.¹⁴³ A prova seria um fenômeno, a representação da realidade, não a realidade em si. É uma tentativa de se atingir o fato, sendo este sempre inatingível. A realidade difere-se da linguagem.

É ainda um ato de comunicação, entre um conjunto de informações postas à análise e aquele que as analisa. Nesse sentido, a aproximação entre a realidade e a linguagem ocorre com

¹³⁹ ROSITO, Francisco. Direito Probatório: as máximas de experiência em juízo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 46.

¹⁴⁰ PEREIRA, Frederico Valdez. Compatibilização Constitucional da Colaboração Premiada. In: Revista CEJ, ano XVII, n. 59, jan./abr., 2013. Brasília: CEJ, 2013, p. 90.

¹⁴¹ PEREIRA, Frederico Valdez. Compatibilização Constitucional da Colaboração Premiada. In: Revista CEJ, ano XVII, n. 59, jan./abr., 2013. Brasília: CEJ, 2013, p. 90.

¹⁴² PRAXEDES, Renata Rodrigues. Valoração de Prova na Condenação de Cartéis: O Mercado de revenda de combustíveis. In: Revista do IBRAC, v. 19, n. 22, jul./dez., 2012, p. 341–353.

¹⁴³ ANDRADE, Osvaldo Lucas. Número e Fenômeno: Impossibilidade e Necessidade da Certeza no Processo Probatório. In: Processo, Verdade e Justiça – Estudos sobre a Prova Judicial. ZAGANELLI, Margareth Vetis (coord.). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 223-244.

a interpretação, isto é, a realidade manifestará a si mesma pela linguagem, mas somente poderá ser acessada por meio da interpretação.¹⁴⁴

Dellepiane aplica à prova um método reconstrutivo, que utiliza elementos lógicos para comprovar fatos a partir da observação de “coisas, fatos ou seres do passado”.¹⁴⁵ Para ele, a prova é o próprio “método de investigação ou determinação dos fatos”.¹⁴⁶

Essa técnica coaduna-se com os estudos de alguns autores sobre a prova penal, de acordo com os quais o juiz decide-se com base em um silogismo, isto é, valora o fato histórico, premissa menor reconstruída por meio da prova, verificando se ele se adequa ou não à premissa maior, a norma penal incriminadora.¹⁴⁷

A prova, por si mesma, não comprova nada. Prevalece, aqui, o princípio da relatividade das provas.¹⁴⁸ E é por isso que tem tanta importância o sujeito que as interpreta, que as valora. Da mesma forma, o valor probatório é obtido a partir de um processo de interpretação, que deve ser alçado por regras, a fim de que as provas não sejam interpretadas com sentido diverso daquele com o qual elas foram produzidas, uma vez que um feitiço nesse sentido seria uma utilização das provas, e não sua interpretação.¹⁴⁹

A interpretação das provas sempre partirá, é claro, do texto literal da lei e da Constituição Federal. Aqui se começa uma interpretação mínima. Entretanto, as leis que dispõem sobre os cartéis fornecem poucos elementos objetivos para a valoração da prova. Assim, por vezes ela é avaliada de forma diversa dependendo do órgão que a julga. Trata-se de um erro. Ainda que a interpretação da prova caiba ao julgador, resta óbvio que “nem tudo é atribuição de sentido e valor, nem todas as interpretações são aceitáveis”.¹⁵⁰ Bem por isso surgem indagações quanto ao valor adequado dado a algumas provas trazidas em investigações de possíveis cartéis, quais sejam, a prova testemunhal e as provas direta e indireta (inclusive no que concerne à sua insuficiência e consequente análise em conjunto das provas), e a prova do

¹⁴⁴ Ibidem, p. 228-229.

¹⁴⁵ DELLEPIANE, Antonio. Nova Teoria da Prova. Tradução da 5ª ed. argentina por Erico Maciel. São Paulo: Editora Minelli, 2004, p. 45.

¹⁴⁶ Ibidem, loc. cit.

¹⁴⁷ TONINI, Paolo apud LIMA, Marcellus Polastri. A Prova Penal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p. 6-7.

¹⁴⁸ MORAIS, Paulo Heber de, e LOPES, João Batista. Da Prova Penal – Teoria e Prática. Campinas: Julex Livros Ltda., 1978, p. 20.

¹⁴⁹ ANDRADE, Osvaldo Lucas. Número e Fenômeno: Impossibilidade e Necessidade da Certeza no Processo Probatório. In: Processo, Verdade e Justiça – Estudos sobre a Prova Judicial. ZAGANELLI, Margareth Vetis (coord.). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 231.

¹⁵⁰ Ibidem, p. 235.

paralelismo de condutas (na medida em que é insuficiente, analisa-se a aplicação do paralelismo *plus* e a validade das provas indiciárias como elemento *plus* desta teoria).

A própria jurisprudência do CADE indica que a constatação do cartel exige a comprovação da materialidade da conduta. Trata-se de uma conduta por objeto, que demanda um padrão de prova específico.¹⁵¹ Para atingir esse padrão e formar seu convencimento, por sua vez, as autoridades brasileiras antitruste não encontram limites quanto às fontes de prova utilizáveis, ressalvadas as provas ilícitas.¹⁵² Ora, para demonstrar a existência de acordos colusivos, a literatura entende que se deve avaliar todas as provas disponíveis, tanto as provas diretas quanto as provas indiretas, justamente por conta da vantagem estratégica dos membros do cartel em relação à autoridade antitruste, “sob pena de solapar a efetividade e o correlato efeito dissuasório das investigações”.¹⁵³

As provas diretas são obtidas sem o auxílio de nenhum fato externo, ou por meio do conhecimento próprio da consciência, ou com o subsídio dos sentidos.¹⁵⁴ De acordo com a Superintendência-Geral do CADE,¹⁵⁵ elas podem ser documentos que comprovem a existência de acordo material entre agentes econômicos.

É comum que os participantes do cartel dissimulem a existência de provas diretas do conluio, justamente para impedir o trabalho das autoridades antitruste, as quais, sabendo disso, tendem a assumir provas indiretas, visto que estas constituem meios importantes para se demonstrar a existência de um acordo ilícito entre agentes.¹⁵⁶ Menciona-se, inclusive, que as provas diretas podem ser apenas fragmentos ou documentos esparsos, o que evidencia a necessidade de aplicar a interpretação também a elas a fim de que se obtenham provas do cartel.

O uso da prova indireta, por sua vez, é inclusive feito pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos, responsável pela persecução criminal do cartel na sua jurisdição. Diz ele que quase sempre é necessário inferir os conluios a partir do comportamento dos agentes envolvidos na conspiração, obtendo-se provas indiretas suficientes para demonstrar o arranjo de intenções

¹⁵¹ CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto Vogal (Com Retificação) – Versão Pública, Conselheira Ana Frazão. Processo Administrativo n.º 08012.011142/2006-79. p. 6. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?6FaC8_hjzwNSL-4pSZBnKooq70N69D1rZs8lGAfahk4MMaAum0SInrlvZFAYQ3zNPd3OC8s-XbAAokfTdDK0dZQ,> Acessado em 13 de junho de 2015, p. 248-262 (no documento eletrônico).

¹⁵² GILBERTO, André Marques. O processo antitruste sancionador: aspectos processuais na repressão das infrações à concorrência no Brasil. São Paulo: Lex Editora S.A., 2010, p. 165.

¹⁵³ CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Nota Técnica n.º 190/SG. Processo Administrativo n.º 08012.003931/2005-55, p. 17. 16 de maio de 2013. Disponível em: <http://www.anticartel.com/materias/docs/parecer_cade_MAI0_2013.pdf> Acessado em 30 de maio de 2015.

¹⁵⁴ NEVES E CASTRO, Francisco Augusto. Teoria das Provas. Atualização ortográfica da 2ª ed., editada em 1917. Campinas: Servanda, 2000, p. 90.

¹⁵⁵ Op. cit., loc. cit.

¹⁵⁶ Ibidem.

antitruste. Assim, uma de suas decisões sugere que deve ser aceita a inferência de acordos colusivos a partir de provas indiretas que indiquem a alta probabilidade de que a conduta investigada resultou de uma ação concertada.¹⁵⁷

A prova indireta exige um maior trabalho a fim de se chegar à verdade, ao menos, aparente. A SG/CADE menciona como exemplos de prova indireta, inferências lógicas, análises econômicas, e deduções, feitas a partir de fatos e indícios, os quais comprovam a conduta anticoncorrencial quando não há nenhuma outra explicação plausível para o comportamento dos acusados.¹⁵⁸

A ProCADE segue o mesmo raciocínio, afirmando que o indício permite, a partir dele, a indução ou dedução de uma conduta infrativa, tendo seu valor probatório aumentado quando seu teor é confirmado por meio de outras provas juntadas aos autos do processo. Dessa forma, os indícios deverão ser investigados à luz de critérios igualdade e proporcionalidade, baseados na regra da razão, a fim de se concluir se houve ou não ofensa aos bens jurídicos protegidos pela norma.¹⁵⁹

Nesse sentido, segue o raciocínio afirmando que é possível a condenação de carteis a partir de provas indiretas, mencionando alguns casos na jurisprudência dos Estados Unidos e da Comissão Europeia como referencial. Até porque mesmo as provas indiretas são diretas no que tange ao que for imediatamente provado – uma efetiva comunicação por e-mail entre concorrentes sobre produtos de certo mercado relevante, por exemplo – e indiretas em relação ao que não for imediatamente comprovado – que a comunicação ocorreu no âmbito de um conluio entre aqueles agentes.

Os métodos interpretativos para sua obtenção são, por sua vez, a dedução e a indução, os quais dirão se da prova obtém-se o fato probatório por meio de explicações (dedução) ou como evidência empírica (indução).¹⁶⁰

O fundamento da dedução é a verdade absoluta; a dedução ocorre quando, a partir do conhecido, de ideias primárias e princípios supremos de que temos conhecimento, caminha-se de raciocínio em raciocínio para compreender o desconhecido, ou para, com probabilidade,

¹⁵⁷ KOVACIC, W.E.; MARSHALL, R.C.; MARX, L.M.; WHITE, H.L. apud CADE, op. cit., p. 18.

¹⁵⁸ CADE, op. cit., loc. cit.

¹⁵⁹ CADE – Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. ProCADE – Procuradoria Federal - CADE. Parecer ProCADE n.º 32/2007. Processo Administrativo n.º 08012.002493/2005-16. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000319211303.pdf> Acessado em 10 de junho de 2015.

¹⁶⁰ NEVES E CASTRO, Francisco Augusto. Teoria das Provas. Atualização ortográfica da 2ª ed., editada em 1917. Campinas: Servanda, 2000, p. 91 (nota de rodapé).

“julgar deduzir o desconhecido dos conhecidos”.¹⁶¹ O método indutivo, por sua vez, permite julgar “prováveis os fatos desconhecidos pela existência dos conhecidos”.¹⁶² Assim, a indução funda-se em uma verdade hipotética. A isto, ao resultado do processo lógico quanto à existência do fato foi atribuído o nome jurídico de presunções,¹⁶³ constituindo modalidade de prova indireta juntamente com os indícios.

4. A frágil força probatória dos indícios

Como já visto anteriormente, ambos os tipos de cartel – *hardcore* ou difusos – são ilícitos pelo objeto, não se analisando, em um primeiro momento, seus efeitos positivos. Raramente, no entanto, as autoridades dispõem já de provas para a simples constatação da formação de cartel; o que lhe está disponível normalmente são indícios da existência do conluio.

Essa discussão provoca um standard probatório diverso entre a prova de um fato e o indício da ocorrência de um fato. A prova de um fato requer a análise de um conjunto probatório muito mais robusto de premissas em comparação ao requerido para que se considere existente um indício de que o fato ocorreu.

Os indícios são, pois, circunstâncias que auxiliam na investigação de um fato. Conforme o disposto no artigo 239 do Código de Processo Penal, indício é “a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”. No entanto, cabe pontuar que o indício é uma prova de difícil valoração; para conferir-lhe, pois, a qualidade de prova plena, é necessária a aplicação do máximo rigor crítico.¹⁶⁴ Tal como referenciado no processo penal, para o indício a prova será uma indução que o juiz faz a fim de se convencer da existência do fato histórico e das circunstâncias em que este ocorreu.¹⁶⁵ Nesse sentido, a prova indiciária é

“uma prova de puro raciocínio, é ela aceita no direito quando, não podendo ser a verdade diretamente constatada pelo juiz, vê-se ele na contingência de estabelecer uma relação de causa e efeito entre certos fatos conhecidos e o fato contestado”.¹⁶⁶

¹⁶¹ Ibidem, p. 92.

¹⁶² Ibidem, loc. cit.

¹⁶³ MARQUES, José Frederico apud MORAIS, de Paulo Heber de, e LOPES, João Batista. Da Prova Penal – Teoria e Prática. Campinas: Julex Livros Ltda., 1978, p. 178.

¹⁶⁴ ECHANDÍA, Hernando Devis. Compendio de la Prueba Judicial. Vol. II. Anotado y Concordado por Adolfo Alvarado Velloso. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editores, 2000, p. 272.

¹⁶⁵ TONINI, Paulo apud LIMA, Marcellus Polastri. A Prova Penal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

¹⁶⁶ CAMPOS, Asér Martins de Souza, e JUNIOR, Asér de Souza Campos. Breves Anotações sobre a Prova e Erros Judiciários. 1984, p. 59-60.

Esse referido gênero de prova – indício – foi adotado pelo processo civil brasileiro, o qual lhe dá inferior valor se comparado às outras provas. Ela pressupõe o exercício da razão na investigação da existência dos fatos. Procura-se, a partir do conhecido, isto é, de regras de experiência ou normas científicas,¹⁶⁷ firmar um fato desconhecido.¹⁶⁸ A presunção, ao contrário de outras provas, não gera uma verdade ou uma certeza, mas a dúvida.¹⁶⁹ Assim, não basta uma só presunção, mas sim um conjunto suficiente delas para que o julgador firme seu entendimento.

Logo, a fim de que possam fundamentar uma decisão, as provas indiciárias devem ser coerentes entre si e convergentes para um ponto comum, qual seja, o fato que elas pretendem demonstrar¹⁷⁰. Estabelece-se que elas devam ser graves, precisas e concordantes¹⁷¹. Nesse sentido, os juízes têm apreciado as presunções por meio dos precedentes, acolhendo aquelas que são graves e deixadas ao seu arbítrio e prudência.¹⁷²

Entretanto, José Frederico Marques pontua que os indícios por si só não são meios de prova¹⁷³. Puglia, por sua vez, observa que não prospera a crítica de outros autores no que se refere ao valor probatório da prova indiciária, uma vez que esperam algo desta que na realidade é impossível de se obter na maioria dos casos: a prova verdadeira e legítima. Até porque não existe hierarquia entre as provas penais. Nesse sentido, o valor da prova indiciária seria inquestionável “sempre que inexistirem outros meios de se provar a infração e a autoria”.¹⁷⁴ Assim, resta claro que os documentos fragmentados, esparsos, as declarações, têm sim um papel decisivo nas investigações de cartéis, uma vez que em geral serão os únicos elementos de que disporão as autoridades para constatar a existência das condutas criminosas.

Constata-se, pois, o poder daqueles para a instauração de um processo. Da mesma forma em que, na prova de uma infração pelo seu objeto, os argumentos que o façam excluir, como

¹⁶⁷ LIMA, op. cit., p. 167.

¹⁶⁸ NEVES E CASTRO, Francisco Augusto. Teoria das Provas. Atualização ortográfica da 2ª ed., editada em 1917. Campinas: Servanda, 2000, p. 579.

¹⁶⁹ Ressalte-se que aqui não entram as presunções legais, como diz Vicente Greco Filho: “o objeto de prova, referida a determinado processo, são os fatos pertinentes, relevantes e não submetidos à presunção legal”. FILHO, Vicente Greco apud LIMA, op. cit., p. 7.

¹⁷⁰ MORAIS, de Paulo Heber de, e LOPES, João Batista. Da Prova Penal – Teoria e Prática. Campinas: Julex Livros Ltda., 1978, p. 181.

¹⁷¹ FASSONI, Elvio. L'Utilizzazione degli Atti, la Valutazione della Prova. In: Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura – Incontri di Studio sul Nuovo Codice di Procedura Penale – Relazioni e Contributi. v. 1, novembro de 1988 – junho de 1989, p. 516-542. Disponível em: http://www.csm.it/quaderni/quad_27.pdf> Acessado em 31 de maio de 2015; NEVES E CASTRO, Francisco Augusto. Teoria das Provas. Atualização ortográfica da 2ª ed., editada em 1917. Campinas: Servanda, 2000, p. 590.

¹⁷² CAMPOS, Asér Martins de Souza, e JUNIOR, Asér de Souza Campos. Breves Anotações sobre a Prova e Erros Judiciários. 1984, p. 17.

¹⁷³ MARQUES, José Frederico apud MORAIS, LOPES, op. cit., p. 178.

¹⁷⁴ MORAIS, de Paulo Heber de, e LOPES, João Batista. Da Prova Penal – Teoria e Prática. Campinas: Julex Livros Ltda., 1978, p. 179.

pouco plausíveis, outras explicações racionais que tenham sido suscitadas para negar a hipótese de ilícito concorrencial,

“a constatação de 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' e – junto com os indícios de poder de mercado, é condição suficiente para a instauração do processo.

[...]

Para se provar que a conduta é uma infração, porém, o que se exige juridicamente da autoridade é que a inferência a suportar a decisão condenatória conduza, racionalmente, a uma conclusão que satisfaz o standard de prova aplicável ao caso. Para ficarmos no mesmo exemplo, a exigência é que o juízo condenatório se apresente como a conclusão de uma inferência em que o nexo causal entre conduta e aumento significativo no risco de produção do efeito lesivo seja constatado com um grau de certeza correspondente ao standard de prova”.¹⁷⁵

No entanto, existe atualmente uma grande aceitação dos juízes quanto aos indícios como prova artificial completa e plena que justifique também a condenação, caso haja uma convergência daqueles. Não existindo valor fixo para os indícios, no entanto, cabe ao juiz apreciá-los no caso concreto, o que pode ser visto como um perigo, essa liberdade de ampla ação apreciatória do juiz.¹⁷⁶

Os indícios, os quais constituem prova artificial ou circunstancial, além de prova indireta, têm sido usados nesse sentido, para excluir qualquer hipótese favorável ao réu. Observa-se em algumas decisões do século passado que já existia um posicionamento favorável ao uso dos indícios como prova suficiente para autorizar a condenação. Diz-se que, quando concludentes e em recíproco apoio à exclusão de todas as hipóteses favoráveis ao réu, os indícios são base suficiente para sustentar uma condenação em desfavor deste.¹⁷⁷

É esse o entendimento do STF, cuja jurisprudência consolida a constatação de que os indícios são, com as necessárias ressalvas,¹⁷⁸ meios de provas, sendo sim suficientes para a

¹⁷⁵ CADE – Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. Voto do Conselheiro Luiz Fernando Schuartz. Processo Administrativo n.º 08012.002493/2005-16. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000319211303.pdf> Acessado em 10 de junho de 2015, p. 15-16.

¹⁷⁶ MITTERMEYER apud CAMPOS, Asér Martins de Souza, e JUNIOR, Asér de Souza Campos. Breves Anotações sobre a Prova e Erros Judiciários. 1984, p. 60.

¹⁷⁷ CAMPOS, Asér Martins de Souza, e JUNIOR, Asér de Souza Campos. Breves Anotações sobre a Prova e Erros Judiciários. 1984, p. 59.

¹⁷⁸ Quando fortes, seguros, indutivos e não contrariados por contraindícios ou por prova direta. Cf. HC 97781, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 26/11/2013, Acórdão Eletrônico: DJe-051 Divulgado em 14 de abril de 2014. Publicado em 17 de abril de 2014. Nesse sentido, cita-se trecho da ementa da Ação Penal n.º 481, cujo relator foi o Ministro Dias Toffoli: “Fraude

elucidação dos fatos,¹⁷⁹ e podendo inclusive servir de fundamentação para a condenação,¹⁸⁰ caso sejam suficientes para a formação da livre convicção do julgador, e desde que não sejam um indício-suspeita – *notitia criminis* – ou uma prova colhida somente em procedimento não submetido ao contraditório.¹⁸¹ Nesse sentido, afirmam seus Ministros que os indícios, admitidos no sistema de articulação de provas (art. 239 do CPP), “valem por sua idoneidade e pelo acervo de fatores de convencimento”,¹⁸² tendo “força condenatória, pois, coerente e logicamente, indicam a autoria com uma dose de razoabilidade bem marcante”.¹⁸³ No julgamento do Agravo de Instrumento n.º 759292/RS, parte da doutrina é citada para se falar que, da mesma forma que o ser humano não consegue chegar à verdade senão por argumentos probatórios indiretos, na esfera criminal os indícios não podem ser ignorados, para evidenciar pontos como o nexo de

eleitoral que tem sido comumente praticada em nosso País, cometida, quase sempre, de forma engenhosa, sub-reptícia, sutil, velada, com um quase nada de risco. O delito de corrupção via de regra permite que seus autores, mercê da falta de suficiente lastro probatório, escapem pelos desvãos, em manifesta apologia do fantasma da impunidade, e com sério e grave comprometimento do processo eleitoral. Bem por isso, vem se entendendo que indícios e presunções, analisados à luz do princípio do livre convencimento, quando fortes, seguros, indutivos e não contrariados por contraindícios ou por prova direta, podem autorizar o juízo de culpa do agente.” Cf. AP 481, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 08 de setembro de 2011, Acórdão Eletrônico: Dje-127. Divulgado em 28 de junho de 2012. Publicado em 29 de junho de 2012.

¹⁷⁹ Cf. HC 97781, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 26 de novembro de 2013, Acórdão Eletrônico: DJe-051 Divulgado em 14 de abril de 2014. Publicado em 17 de abril de 2014.

¹⁸⁰ Nesse sentido, destaca-se trecho de acórdão do Ministro Luiz Fux: “Devo anotar que, na seara do Direito Processual Penal, o princípio do favor rei não ilide a possibilidade de utilização de presunções *hominis* ou *facti*, pelo juiz, para decidir sobre a procedência do *ius puniendi*. Esta Turma já admitiu a legalidade de condenação lastreada em prova indiciária, em acórdão assim ementado: CONDENAÇÃO - BASE. Constando do decreto condenatório dados relativos a participação em prática criminosa, descabe pretender fulminá-lo, a partir de alegação do envolvimento, na espécie, de simples indícios. (HC 96062, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 06/10/2009, DJe-213 DIVULG 12-11-2009 PUBLIC 13-11-2009 EMENT VOL-02382-02 PP-00336)” Cf. HC 111294 MC, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 27 de março de 2012, Processo Eletrônico: DJe-065, Divulgado em 29 de março de 2012, Publicado em 30 de março de 2012. Julgou-se nesse mesmo sentido no HC nº 111.666, Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 08 de maio de 2012. Acórdão Eletrônico: Dje-100. Divulgado em 22 de maio de 2012. Publicado em 23 de maio de 2012.

¹⁸¹ “Como bem salientou o Eminentíssimo Ministro Joaquim Barbosa em voto proferido no HC 83.348/SP: (...) Deveras, ‘Como indícios deve ser entendido o resultado de uma operação lógica levada a efeito pelo órgão julgador, que parte de um fato provado (e com observância do contraditório), e a partir dele retira uma conclusão lógica’, sendo que ‘os indícios a que se refere o artigo 239 do CPP podem e devem servir de fundamento para condenação, desde que suficientes para a formação da livre convicção do órgão julgador, o que não se aplica ao ‘indício-suspeita’ e tampouco àquela prova colhida no âmbito exclusivo de procedimento administrativo não submetido ao contraditório, de que é exemplo o inquérito policial’ (SOUZA, Sérgio Ricardo e SILVA, Willian. Manual de Processo Penal Constitucional: pós-reforma de 2008. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 480). O próprio CPP (art. 239) e a jurisprudência da Suprema Corte admitem, com as necessárias ressalvas, os indícios como meio de prova. Cf. ARE 757876/ES - ESPÍRITO SANTO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA Julgado em 01 de agosto de 2013. Processo Eletrônico: DJe-150, Divulgado em 02 de agosto de 2013, Publicado em 05 de agosto de 2013.

¹⁸² Cf. AI 759292/RS – Rio Grande do Sul. Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 29 de junho de 2009, Acórdão Eletrônico em Dje-144. Divulgado em 31 de julho de 2009. Publicado em 03 de agosto de 2009.

¹⁸³ *Ibidem*.

causalidade, uma vez que os criminosos, com inteligência, prudência e cautela, têm dificultado cada vez mais o acesso das autoridades à prova direta.¹⁸⁴

Apesar do seu uso legitimado inclusive pelo STF, resta clara também a falibilidade dos indícios como lastro condenatório, com todas as suas ressalvas e “poréns”. Assim, caso sejam considerados insuficientes por si só para embasar uma condenação, e em não sendo a verdade possível de ser constatada pelo juiz, serão um elemento a mais importante para se deduzir a existência de fatos desconhecidos, eliminando, no caso da criminalidade econômica, qualquer explicação econômico-racional para os fatos investigados dentro de uma conduta paralela entre agentes ou pessoas, encaixando-se, aqui, à teoria do paralelismo *plus* que será então abordada, para preencher esta provável insuficiência daqueles para a condenação dos carteis.

Também pelo método indutivo, pode-se chegar às regras de experiência – ou máximas de experiência –, pelas quais conexões entre acontecimentos vividos no passado constituem uma base vivencial que será aplicada a casos posteriores. A ideia básica aqui é a de que, “sob determinadas condições, se repetem como consequência os mesmos fenômenos”.¹⁸⁵ No mesmo sentido, diz-se que “a casos similares corresponde um idêntico comportamento humano”.¹⁸⁶ Nota-se nas referidas máximas, enquanto proposições abstratas, um alto grau de probabilidade, o qual se vincula ao número e rigor de observações referentes aos casos observados.¹⁸⁷ Não é regra jurídica, quanto menos um fato; trata-se de regra geral e abstrata que vincula fatos e normas jurídicas,¹⁸⁸ e que “servem para determinar a probabilidade da existência ou inexistência do fato *probando*”.¹⁸⁹

As máximas da experiência servem para mediar o processo indutivo de busca consensual da verdade, que se dá no processo. Este consenso, por sua vez, origina-se do

“mecanismo inferencial que permite a extensão do saber de uma forma não empírica. E a fórmula de extensão desse saber por uma via indutiva é, notadamente, do particular ao geral por meio da mediação de um universal. Este universal recebe o nome de máxima ou regra de experiência, e é constituído de uma série de leis científicas ou empíricas. [...] o universal deve ser individuado também a propósito da prova histórica, representativa ou direta. E o consenso deve se formar com base na regra adotada para enunciar um juízo de credibilidade, que permita passar da preposição

¹⁸⁴ *Ibidem*.

¹⁸⁵ MORAIS, Paulo Heber de, e LOPES, João Batista. *Da Prova Penal – Teoria e Prática*. Campinas: Julex Livros Ltda., 1978, p. 188.

¹⁸⁶ LIMA, Marcellus Polastri. *A Prova Penal*. Rio de Janeiro: Ed+itora Lumen Juris, 2002, p. 169.

¹⁸⁷ ROSITO, Francisco. *Direito Probatório: as máximas de experiência em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 79.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 85.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 87.

enunciada pelo declarante ao resultado de prova, isto é, à afirmação da verdade em tal proposição”.¹⁹⁰

Ora, as máximas auxiliam o juiz na estruturação dos indícios e fatos para que ele chegue a resultados de prova, e, por conseguinte, a uma decisão. Sabendo-se, no entanto, que essas regras de experiência existem no inconsciente do magistrado, adverte-se do fato de que podem não se desvincular das convicções íntimas ou da cultura em que aquele se encontra inserido. Bem por isso, indica-se que aquele consenso universal aplicado à valoração não pode basear-se em “regras de experiência subjetivas ou equívocas, ou ainda, frutos de culturas particulares e circunscritas” [tradução livre].¹⁹¹

Resta advertir dos riscos da aplicação das máximas da experiência. Ora, o sistema probatório abarca dois mecanismos, uma maquinaria processual das convicções e uma maquinaria processual das expectativas; ainda que em regra só o primeiro deva ser considerado para fins de valoração, acredita-se que este acaba por contagiar aquele.¹⁹² Enquanto as convicções são contaminadas por evidências vindas de dentro do campo jurídico, as expectativas ocorrem a partir de movimentos de evidência vindos de fora da fronteira jurídica.

A expectativa, pois, parte do real e estima este como campo de experiência, selecionando aquilo que se pode presumir como expectável e compreendendo, além disso, a vontade de preenchimento dessa expectativa,¹⁹³ o que pode resultar na parcialidade do juiz ao valorar a prova, e acabar por contaminar seu convencimento.

Não obstante essas considerações, tais máximas são muito utilizadas no campo da prova indiciária. A exemplo da leniência. Num acordo destes, é usual que sejam juntados aos autos pautas de reuniões, e-mails esparsos, documentos referentes a licitações. Nada um destes, por si só, constata a existência do cartel ou sequer sua autoria. Acontece que a autoridade antitruste

¹⁹⁰ Tradução livre da seguinte assertiva: “*mecanismo inferenziale che permette l'estensione del sapere in forma non empirica. E la formula di estensione del sapere in via indutiva è, com'è noto, dal particolare al generale attraverso la mediazione di un universale. Questo universale prende il nome di massima d'esperienza o regola, ed è costituito da una sorta di legge scitencificia o empirica. [...] l'universale deve essere individuato anche a proposito della prova storica, rappresentativa, o diretta. Ed il consenso deve formarsi sulla regola adottata per enunciare un giudizio di credibilità, che permetta di passare dalla preposizione enunciata dal dichiarante al risultato di prova, e cioè all'asserzione della verità di tale proposizione*”. FASSONI, Elvio. *L'Utilizzazione degli Atti, la Valutazione della Prova*. In: *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura – Incontri di Studio sul Nuovo Codice di Procedura Penale – Relazioni e Contributi*. v. 1, novembro de 1988 – junho de 1989, p. 516-542. Disponível em: http://www.csm.it/quaderni/quad_27.pdf> Acessado em 31 de maio de 2015.

¹⁹¹ FASSONI, Elvio. *L'Utilizzazione degli Atti, la Valutazione della Prova*. In: *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura – Incontri di Studio sul Nuovo Codice di Procedura Penale – Relazioni e Contributi*. v. 1, novembro de 1988 – junho de 1989, p. 516-542. Disponível em: http://www.csm.it/quaderni/quad_27.pdf> Acessado em 31 de maio de 2015.

¹⁹² MARTINS, Rui Cunha. *O Ponto Cego do Direito – The Brazilian Lessons*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 51.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 54-55.

observa ao longo de seus anos de atuação, em muitos casos, uma ligação peculiar entre a conduta, os autores, e o *modus operandi* do cartel, de modo que o conteúdo dos documentos seguem alguns padrões já observados em condutas cartelizadas anteriores, o que pode, a partir da análise lógica das provas e da aplicação das máximas de experiência, demonstrar a grande probabilidade de que tenha ocorrido o conluio entre agentes.

Ademais, as máximas de experiência também fazem as autoridades confiarem na veracidade das declarações prestadas por testemunhas, não porque sempre se encaixam na realidade, mas por se considerar mais prováveis sua sinceridade e veracidade do que o ânimo daquelas de enganarem o juiz. Acontece que essas máximas somente serão aplicadas quando as testemunhas não tiverem interesse no deslinde do processo, o que normalmente não é o que ocorre.¹⁹⁴

Ora, as investigações das condutas aqui em foco – cartéis – iniciam-se por vezes com uma denúncia. É o que ocorreu no âmbito do CADE, com o Processo Administrativo n.º 08012.011142/2006-79, conhecido também como Cartel do Cimento. Sabe-se, ademais, que a Administração Pública pode obter fontes de prova por meio de monitoramento de mercados, obtenção de informações por terceiros, e a obtenção de informações por parte das empresas e pessoas físicas envolvidas no conluio.¹⁹⁵ Essas declarações de terceiros, em especial, de testemunhas, juntamente com as denúncias referidas acima, no entanto, têm um valor probatório limitado segundo as autoridades antitrustes.

No cartel referido acima, a ex-Conselheira Ana Frazão, em seu voto vogal, diz que o depoimento do próprio denunciante é interessado e comprometido, contendo valor suficiente para iniciar uma investigação, mas não para formar o convencimento do juiz acerca da condenação de uma pessoa natural – no caso em questão –, ou sequer para reforçar o conjunto indiciário presente nos autos do processo. Isto porque os requerimentos e representações que provocam a instauração de um processo são formulados por terceiros que comumente têm interesses diretos no processo, jurídicos ou econômicos.¹⁹⁶

O Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, em seu voto vogal no mesmo processo, afirma que o depoimento do denunciante deve ser valorado no conjunto probatório, por possuir

¹⁹⁴ ECHANDÍA, Devis apud VARELA, Casimiro A.. Valoración de la prueba. Procedimientos civil, comercial y penal. 2ª ed. atualizada e ampliada, 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2007, p. 261.

¹⁹⁵ NETO, Amadeu de Souza Ferreira. Programa de Leniência e a Lei 12.529/2011: Avanços e desafios. In: Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional – RIBRAC. Ano 19, n. 22, julho-dezembro, 2012. CORDOVIL, Leonor (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 147.

¹⁹⁶ GILBERTO, André Marques. O Processo Antitruste Sancionador – Aspectos Processuais na Repressão das Infrações à Concorrência no Brasil. São Paulo: Lex Editora, 2010, p. 177.

conexão lógica com os outros meios de prova obtidos na fase instrutória.¹⁹⁷ Em seguida, afirma que há sim a presunção, como já dito acima, de que denunciante e testemunhas falaram a verdade em suas declarações, sob pena de responsabilização pessoal. Confere às partes, pois, o ônus de provar que o denunciante faltou com a verdade ou mesmo especificar qual era o interesse deste em distorcer os fatos narrados.

Diz ainda que o vínculo – pretérito ou presente – do denunciante ou da testemunha com as Representadas não invalida os depoimentos prestados; na verdade, é justamente esse vínculo que conferiria confiabilidade aos depoimentos, e não parcialidade. No caso em questão, a participação desses cidadãos no mercado de cimento e concreto os qualificava para esclarecer os fatos investigados.

Ora, a prova testemunhal é muito frequente no processo penal e no processo administrativo sancionador, e tem por dever esclarecer questões quanto aos fatos ligados ao processo. A sua força probatória é dada pelo juiz, após analisar cuidadosamente a individualidade do testemunho, comparar suas características particulares “sob aspectos físicos e morais com seu continente e suas palavras perante a justiça”.¹⁹⁸

Até mesmo os impedidos e suspeitos podem testemunhar; aqui, seus depoimentos são tomados sem a exigência de se falar a verdade e, por isso, a autoridade tem a liberdade de atribuir ao depoimento o valor que bem entender.¹⁹⁹ Consequentemente, a decisão não pode ser motivada com base unicamente nas afirmações obtidas pela prova testemunhal.

Bem por isso, a jurisprudência dos Tribunais Superiores deixa transparecer um entendimento pacificado quanto ao que parece ser a única regra atual objetiva no que se refere à valoração probatória dos testemunhos suspeitos, dos indícios, ou mesmo da chamada de *corrêu*, no sentido de que suas declarações sempre serão analisadas juntamente com todo o conjunto probatório nos autos.

¹⁹⁷ CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto Vogal do Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Processo Administrativo n.º 08012.011142/2006-79. 531 pg. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?SkONKeKapqrBv2Tt7GYaty_hE5PfdsgYm_alzIQXBtX6HYX8vMR154ZcXOLPd6i22giNfmxMED4ZKNXYTOvLTQ> Acessado em 13 de junho de 2015, p. 77-78 (do documento eletrônico).

¹⁹⁸ Tradução livre de trecho do MITTERMAYER apud VARELA, Casimiro A.. Valoración de la prueba. Procedimientos civil, comercial y penal. 2ª ed. atualizada e ampliada, 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, p. 269.

¹⁹⁹ GILBERTO, André Marques. O Processo Antitruste Sancionador – Aspectos Processuais na Repressão das Infrações à Concorrência no Brasil. São Paulo: Lex Editora, 2010, p. 177-178.

A doutrina também louva tal regra, inclusive no âmbito do processo penal, no qual autores repetem que as provas penais têm valor relativo, e devem ser analisadas conjuntamente para formar a convicção do juiz.²⁰⁰

Em um estudo sobre a prova judiciária à luz do novo Direito Probatório, cita-se uma peculiar analogia entre interpretação musical e interpretação jurídica. Foi observado que a melodia de uma composição musical representa um todo único, e não uma soma de suas notas musicais. O referido raciocínio foi então aplicado à decisão judicial, concluindo-se em seguida que os fatos devem ser vistos como um todo, e não como a soma das provas contidas nos autos.²⁰¹

Por todo o exposto, entende-se pela evidente fragilidade da prova indiciária, por conta da falta de elementos objetivos na legislação para promover sua valoração, e da consequente e perigosa liberdade ampla de apreciação daquelas pelo juiz. Isto porque mesmo um processo de interpretação não pode ser carente de critérios claros. A análise de todo um conjunto probatório de indícios com “prudência e cautela” ainda assim deixa o processo valorativo à mercê de um magistrado vinculado a convicções íntimas ou regras de experiências criticáveis, pois são permeadas não só de convicções do juiz, mas também de expectativas, que compreendem, ademais, a própria vontade de preenchimento desta expectativa, e termina por contaminar o convencimento.

A regra referida, de análise em conjunto das provas obtidas, é ao menos um mínimo constrangimento do convencimento do juiz, juntamente com a obrigatoriedade de justificação da decisão e o próprio exercício da motivação, teoricamente entendidos como controle *a posteriori*.²⁰²

Um conjunto de fatos, no entanto, mesmo após uma profunda análise, pode indicar tão somente um paralelismo de condutas,²⁰³ um comportamento semelhante entre agentes, onde normalmente um agente com maior poder de mercado toma uma decisão, por exemplo, aumenta

²⁰⁰ MORAIS, de Paulo Heber de, e LOPES, João Batista. Da Prova Penal – Teoria e Prática. Campinas: Julex Livros Ltda., 1978, p. 52.

²⁰¹ FRANK, Jerome. Say it with music. 1947-8, p. 927, apud KNIJNIK, Danilo. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um Direito Probatório. In: Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório. KNIJNIK, Danilo (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 13.

²⁰² MARTINS, Rui Cunha. O Ponto Cego do Direito – The Brazilian Lessons. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 16.

²⁰³ Nesse sentido, cita-se a Averiguação Preliminar nº 08012.010626/2010-87 e o Processo Administrativo nº 08012.001119/2000-91; este restou arquivado pela falta de provas diretas ou inferências que indicassem que o paralelismo comportamental observado decorreu de acordo entre os agentes investigados; além da Averiguação Preliminar nº 08012.012116/1999-50, arquivada pela impossibilidade de confirmação dos indícios de um suposto cartel no mercado de revenda de combustíveis, por motivos tais como o esgotamento de todos os meios ao alcance da SDE para a obtenção de provas.

seus preços, e a fim de se manter a concorrência os outros *players* do mercado o seguem naquela decisão, aumentando também seus preços. Nesse caso, como se verá adiante, será necessário aplicar uma teoria do direito antitruste denominada Teoria do Paralelismo Plus, para que seja possível condenar os agentes do conluio.

5. A eficaz (?) aplicação do Paralelismo Plus

O paralelismo representa um comportamento de concorrentes que agem similarmente um ao outro, que adotam uma mesma política comercial (como preços, condições de venda, financiamento, fórmulas de preços, formas de entrega, qualidade dos produtos, etc.).²⁰⁴ Isso decorre da máxima no direito concorrencial de que os agentes econômicos agem racionalmente e egoisticamente, visando o seu lucro.

Essa conduta paralela por si só não tem relevância no âmbito concorrencial, muito menos indica a existência de acordo, pois é fruto da racionalidade econômica individual de cada um dos agentes naquele mercado (como o *price leadership*). Seriam, assim, reações idênticas de agentes econômicos concorrentes quando deparados com um mesmo conjunto de fatos econômicos. Esse fenômeno recebe o nome de paralelismo consciente, e ocorre com maior frequência em um mercado com menor número de agentes.²⁰⁵

A Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu, pois, que é necessário demonstrar o paralelismo **mais** algo, a fim de se indicar uma possível ação concertada entre agentes. Em um mercado com um alto número de *players*, por exemplo, a adoção de comportamentos similares aos dos demais participantes é improvável, pois em grande parte dos casos há um incentivo muito maior em se comportar de forma desviante a dos outros. Nesse sentido, em uma situação dessas, a ocorrência de um paralelismo de conduta é praticamente uma evidência do cartel.

A verificação da licitude de uma conduta dá-se quanto à existência de paralelismo acrescido de evidência de que não há explicação racional para a ação, salvo na presença de um acordo.²⁰⁶ A doutrina do “paralelismo mais” vem justamente para dispor sobre esse elemento adicional que qualifica a conduta como ilícito concorrencial, juntamente com um paralelismo não suficientemente explicável por qualquer teoria racional-econômica.²⁰⁷

²⁰⁴ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Cartel – Teoria Unificada da Colusão. São Paulo: Lex Editora, 2007, p. 310.

²⁰⁵ FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. 6ª ed. revisada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 347.

²⁰⁶ TURNER apud GICO JUNIOR, op. cit., p. 310-311.

²⁰⁷ GICO JUNIOR, op. cit., p. 315.

Nesse sentido, “não é necessário se provar a existência de um acordo ou de um mecanismo explícito de coordenação de preços para a configuração do ilícito”,²⁰⁸ considerando-a inclusive como o melhor instrumento analítico atual disponível para diferenciar os cartéis do mero paralelismo de condutas. Este estudo não concorda com o posicionamento daquele autor, na medida em que, como se verá a seguir, o paralelismo *plus* não é especificamente um meio de se obter novas provas ou indícios do conluio, mas apenas um outro modo de olhar, um método interpretativo diverso da linguagem das provas, que conta por vezes com um conjunto probatório insuficiente para ser analisado e, em muitas situações, também insuficiente como lastro condenatório.

A primeira vez em que houve uma menção àquela teoria no ordenamento jurídico brasileiro ocorreu no âmbito do Processo Administrativo n.º 08000.015337/94-48, popularmente chamado de Cartel do Aço, onde se definiu que um aumento simultâneo de preços era uma conduta paralela entre agentes econômicos, não racionalmente explicável a não ser no contexto de um cartel, por conta do elemento *plus*, no caso, uma reunião ocorrida entre os representados anteriormente à divulgação dos preços ao público. Segue abaixo sua ementa:

Processo administrativo. 1. Representação contra as empresas Cosipa, Usiminas e CSN por prática de cartel na comercialização de aço plano comum. 2. Infração prevista no art. 20, I, c/c art. 21, I, da Lei nº 8.884/94. (...) 4. Conduta de cartel configurada: paralelismo de conduta **sem explicação racional do ponto de vista econômico e reunião entre os concorrentes anterior ao efetivo aumento de preço**. 5. Imposição de multa mínima de 1% do valor do faturamento no ano de 1996 das representadas CSN, Usiminas e Cosipa, nos termos do artigo 23, inciso I e observando o disposto no art. 11 da Lei 9.021, nos valores de R\$ 22.180.000,00, R\$ 16.180.000,00 e R\$ 13.150.000,00, respectivamente. 6. Determinação de publicação pelas representadas, às suas expensas, de extrato da decisão condenatória, no jornal de maior circulação no Estado da Federação, em que estiver sediada, em meia página, por dois dias seguidos, no primeiro caderno do jornal. 7. Remessa de cópia da íntegra dos autos ao Ministério Público Federal, para, se cabível, requisitar a instauração de inquérito policial ou promover a competente ação penal contra os representantes legais da CSN, Usina e Cosipa. 8. Envio de ofício à SDE para que, concluindo pela existência de indícios de infração à ordem econômica, promova averiguações preliminares ou instaure processo administrativo contra a empresa Mallory S.A..²⁰⁹

O CADE vem entendendo alguns fatores como sendo aquele elemento *plus* que daria uma base sólida para a constatação do cartel, tais como os listados a seguir:

a) reuniões entre concorrentes; b) oportunidades de comunicação; c) existência de um motivo racional para o comportamento coletivo das representadas; d) atitudes

²⁰⁸ Ibidem, loc. cit.

²⁰⁹ _____. CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ementa de Decisão no Processo Administrativo n.º 08000.015337/94-48. Ementa retirada do seguinte sítio eletrônico: <http://nc-moodle.fgv.br/cursos/centro_rec/pag/comentarios/comentarios1/prova_plus.htm> Acessado em 06 de junho de 2015.

contrárias aos próprios interesses das representadas, em função de uma ação coletiva; e) fenômeno de mercado que não pode ser racionalmente explicado a não ser como fruto de ação concertada; f) registros de colusões passadas das representadas em violação ao Direito Concorrencial; g) evidências de encontros entre as empresas ou outras formas de comunicação direta entre os alegados conspiradores; h) utilização de práticas facilitadoras de colusão por parte das representadas; i) características estruturais da indústria que complicam ou facilitam o afastamento da concorrência; j) e fatores de desempenho da indústria que sugerem a dedução de colaboração horizontal.²¹⁰

No entanto, a aplicação em abstrato dessa lista tem pouco efeito, na medida em que os fatores adicionais só podem ser determinados a partir da especificidade do processo, e devem ser aplicados somente naquela situação em que é constatado. A aplicação das máximas aqui, a fim de indicar que, pela experiência, tal elemento pode ser considerado o *plus* da teoria referida, não deve ser feita; se aplicada, o será com muita cautela, exigindo-se da mesma forma uma análise rigorosa do possível elemento *plus* à luz do contexto do caso.

Nesse sentido, acusa-se a autoridade de aplicar o paralelismo *plus* por vezes de forma mecânica e descuidada, sem um aprofundamento sobre o “valor relativo de cada fator para o caso concreto e nem uma avaliação ponderada do resultado final agregado”.²¹¹

Consequentemente, fica evidente a distorcida aplicação da teoria, uma vez que, se a corte desenvolve uma intuição acerca da existência de cartel, exige menos fatores adicionais ou *plus* (aplicando inclusive as já referidas máximas de experiência, esperando já uma conduta e querendo que essa expectativa seja preenchida); se ela está pendente a acreditar no comportamento unilateral, exige mais fatores para caracterizar a conduta como ilícita. É o que acontece nos processos em que houve a assinatura de uma delação ou leniência, onde o juiz parece aceitar standards de prova mais baixos para constatar o cartel. Essa postura também é criticada por Ivo Teixeira Junior, que argumenta que

“o objetivo da análise dos fatores adicionais deve ser sempre descaracterizar, com um grau de segurança jurídica razoável, a presunção de colusão tácita, uma vez identificadas as condições suficientes para o paralelismo dependente; não pode servir meramente para justificar intuições de aplicadores do Direito acerca da suposta realidade, sejam eles técnicos do SBDC, conselheiros do CADE ou juízes”.²¹²

Questiona-se aqui sobre o uso, na teoria supracitada, das já analisadas provas indiciárias. Ora, diz-se que, quando os elementos adicionais não conseguem comprovar diretamente o cartel, este será verificado a partir das circunstâncias. Acontece que as provas

²¹⁰ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Cartel – Teoria Unificada da Colusão. São Paulo: Lex Editora, 2007, p. 368-369.

²¹¹ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Cartel – Teoria Unificada da Colusão. São Paulo: Lex Editora, 2007, p. 377.

²¹² Ibidem, p. 378.

destas devem ser diretas e inquestionáveis, não sendo possível “utilizar suposições, presunções ou suspeitas de indícios no lugar de provas circunstanciais”.²¹³ Outros autores, no entanto, acreditam que o elemento *plus* pode ser uma prova ou mesmo um indício forte do evento colusivo que ensejou a conduta paralela investigada.²¹⁴

Na linha desse posicionamento favorável às provas indiretas como meios suficientes para se concluir a existência de um cartel, entende-se que aquelas, se observadas isoladamente, podem não convencer a autoridade da existência de um cartel, semelhantemente ao que ocorre com a análise isolada das provas diretas. Apesar disso, a constatação de um ou mais *plus factors* pode promover a condenação dos acusados, pois, em não havendo uma explicação racional para suas condutas, presumir-se-ia a ocorrência de um acordo expreso entre concorrentes.

Assim, da mesma forma que uma alegação razoável de uma explicação racional econômica para o paralelismo de condutas é suficiente para o arquivamento do feito a favor das representadas, a ausência de qualquer dúvida além do razoável quando à ilicitude de tal paralelismo também seria suficiente para a condenação dos agentes, a partir daquela já mencionada presunção de ocorrência do conluio.

Isso ficou claro no caso *American Tobacco Co.*, julgado em 1946 pelo Departamento de Justiça norte-americano (USDOJ), cuja decisão condenou as representadas, apesar de não se ter obtido evidência de trocas de informações – em mensagens ou encontros – ou acordos explícitos entre os agentes.²¹⁵ À época, com base no paralelismo de preços, os indícios foram considerados como “provas” suficientes para embasar a condenação dos investigados.²¹⁶

Acontece que por vezes sequer a aplicação da referida teoria é eficaz para constatar a existência de um suposto cartel. No Processo Administrativo nº 08012.000677/1999-70, por exemplo, investigou-se um suposto cartel no mercado de serviço de transporte aéreo regular na ponte-aerea Rio de Janeiro – São Paulo. Assim, a SEAE analisou quatro elementos que poderiam justificar um aumento de preços sem a presença de acordo (eram eles: coincidência, liderança de preços, reajuste governamental no teto máximo das tarifas em 10%, e aumento de

²¹³ Ibidem, p. 368.

²¹⁴ GABAN, Eduardo Molan, e DOMINGUES, Juliana Oliveira. Direito Antitruste. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 178.

²¹⁵ GABAN, Eduardo Molan, e DOMINGUES, Juliana Oliveira. Direito Antitruste. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 178.

²¹⁶ Semelhantemente, em 1954, no caso *Theatre Enterprises, Inc. v. Paramount Film Distributing Corp.*, a Suprema Corte constatou que o “paralelismo consciente”, ou seja, o simples comportamento oligopolista dos agentes econômicos, reduzindo a competição, não é condição suficiente por si só para se presumir a existência de conluio entre eles. A partir dessas preocupações, o governo estadunidense passou a aplicar a Teoria dos Jogos de dois modos no combate aos cartéis. Primeiramente, os comportamentos puníveis seriam não só a coordenação dos agentes, mas também todas as condutas que a facilitaram. Ademais, criou-se a política de concessão de imunidade criminal ao primeiro membro do cartel que delatasse sua existência. Cf. Ibidem, p. 68-69.

10% no custo das empresas). Três deles foram descartados. Isto porque não se conseguiu descaracterizar a liderança de preços, visto que o reajuste de tarifa promovido pela TAM foi rapidamente divulgado ao mercado, para companhias aéreas e agências de turismo, o que permitiu que aquelas seguissem o reajuste pouquíssimo tempos depois. Ora, como mostrado no voto do ex-Conselheiro Relator Thompson Almeida Andrade,²¹⁷ o *matching*, configurado pelo acompanhamento das alterações tarifárias pelos concorrentes, é prática comum no setor aéreo, por conta da própria dinâmica do mercado. Além disso, tentou-se considerar como elemento *plus*, no caso, uma reunião ocorrida entre os presidentes das empresas acusadas. Acontece que, ao final da instrução, a SEAE não conseguiu associar a reunião ocorrida com o reajuste nas tarifas promovido pelas Representadas. Consequentemente, determinou-se o arquivamento do processo, pela não configuração do cartel, entendimento seguido pela ex-Conselheira Elizabeth Maria Mercier Querido Farina, apesar de ter restado vencido pela maioria do Conselho.

Situação similar é a do Processo Administrativo n.º 08012.006059/2001-73,²¹⁸ onde se concluiu que não havia provas indiretas substantivas que afirmassem, acima de qualquer dúvida razoável, que houve acordo entre as empresas investigadas quanto às variáveis concorrenciais sensíveis naquele caso. Assim, não se falou da impossibilidade de se utilizar provas indiciárias, mas da falta de robustez do conjunto probatório indiciário quanto à simultaneidade das condutas, que impedisse a aplicação de uma explicação racional econômica. O processo foi arquivado, em consonância com os pareceres da SDE, do Ministério Público Federal e da Procuradoria do CADE nos autos do processo em questão.

Similarmente ao que acontece no processo penal (art. 386 do CPP), é certo que o arquivamento de um processo ou absolvição dos acusados é mais “certo” e mais seguro juridicamente quando restar provada a inexistência do fato, sua licitude, ou a não participação do réu na infração. Viu-se que a aplicação do paralelismo *plus* não costuma gerar essas constatações; pelo contrário, o arquivamento dos casos ocorre quando não há prova, ou quando esta é insuficiente para afastar possíveis explicações econômico-rationais ao comportamento paralelo observado, consequentemente insuficiente para condenar as representadas. Por sua vez,

²¹⁷ CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto do Conselheiro Thompson Andrade. Processo Administrativo n.º 08012.000677/1999-70. 27 pg. 14 de julho de 2014. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000593821675.pdf> Acessado em 16 de junho de 2015.

²¹⁸ CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto do Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho. Processo Administrativo n.º 08012.006059/2001-73. 25 pg. 23 de fevereiro de 2011. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000586091160.pdf> Acessado em 16 de junho de 2015.

quando sua aplicação é suficiente, a condenação ocorre não pela comprovação direta do conluio, mas pelo afastamento de outras explicações legais para os fatos investigados.

6. Considerações Finais

A Procuradoria que trabalha junto ao CADE diz que as provas são indícios que pressupõem que os agentes econômicos com grande possibilidade se comportaram de forma a concertar as suas ações.²¹⁹ A batalha é travada em torno das evidências. As autoridades as analisam verificando sua aceitabilidade ou não, enquanto os réus procuram demonstrar nelas essa mesma aceitabilidade do ponto de vista econômico-racional ou, quando não consegue fazê-lo, argumentam que as condutas não geraram efeitos danosos ao mercado e à livre concorrência.

A partir da investigação conduzida neste artigo, destacou-se que a valoração probatória, quando conduzida sem qualquer lastro, conforme a livre discricionariedade do juiz, demonstra um excesso na observância do princípio inquisitivo, e pode violar princípios como o da segurança jurídica e mesmo o da igualdade entre as partes, um motivo a mais pelo qual se verifica a urgência em se estabelecer critérios de verificação do valor probatório dos indícios.

Entendeu-se pela fragilidade do uso dos indícios como lastro condenatório, uma vez que, na ausência de critérios claros para sua valoração, e mesmo analisados obrigatoriamente juntamente com o conjunto probatório do caso, podem não ser suficientes para a deflagração da estrutura complexa do cartel e de seus membros, ou podem vir a ser utilizados discricionariamente pela autoridade, sem a devida segurança jurídica e robustez probatória.

Indagou-se ainda sobre a aplicação do paralelismo *plus*, considerada potencialmente eficaz na medida em que analisa as provas e seu contexto, interpretando-o de forma a excluir ou não qualquer explicação econômico-racional para a conduta investigada que não o conluio. O paralelismo *plus*, no entanto, também é pouco eficaz na resposta estatal a tais crimes, uma vez que trabalha com o conjunto probatório já obtido e juntado aos autos do processo, o que, por conta do tipo de crime ora exposto, pode ser insuficiente para embasar uma condenação.

Ademais, denunciou-se uma aplicação descuidada da já citada teoria, acontecendo, em alguns casos, de forma mecânica, e em outros, de forma distorcida, na medida em que, no caso de a corte desenvolver ainda no início da investigação uma intuição acerca do cartel, esperando já a constatação desta conduta, exigirá menos fatores *plus* para embasar uma condenação. Ora, a postura ativa das autoridades ao lidar com provas indiretas é válida e necessária, mas o

²¹⁹ CADE – Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. ProCADE – Procuradoria Federal - CADE. Parecer ProCADE n.º 32/2007. Processo Administrativo n.º 08012.002493/2005-16. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000319211303.pdf> Acessado em 10 de junho de 2015.

problema de que quem procura sabe o que pretende encontrar verifica-se na medida em que as presunções da autoridade nesse contexto assumem pontos de vista e uma carga ideológica que têm uma inclinação ou tendência potencialmente comprometedora da imparcialidade do julgador.²²⁰

Bem por isso cabe ao juiz atuar na busca da prova somente de forma supletiva, sob pena de comprometer toda a estrutura acusatória e a imparcialidade na formação de seu convencimento. No Direito Administrativo Sancionador, inclusive, em sendo a Administração Pública a principal titular da pretensão punitiva, esta por vezes despe-se de sua imparcialidade, inclusive aceitando com menor frequência a alegação de dúvida – que, no direito processual penal, em regra geral, favorece o infrator.

A máxima cautela ao lidar com os indícios é imprescindível, principalmente na esfera antitruste, uma vez que as autoridades administrativas têm não só uma maior “elasticidade competencial”, como também uma vinculação direta com o resultado de seu trabalho. Elas devem cumprir metas, e isto pode contaminar sua imparcialidade e, conseqüentemente, o processo de obtenção de resultados.

7. Referências Bibliográficas

_____. CADE – Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. Averiguação Preliminar n.º 08012.012116/1999-50.

_____. CADE – Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. Averiguação Preliminar n.º 08012.010626/2010-87.

_____. CADE – Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. Processo Administrativo n.º 08012.001119/2000-91.

_____. CADE – Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. ProCADE – Procuradoria Federal - CADE. Parecer ProCADE n.º 32/2007. 12 de janeiro de 2007. 66 pg.

²²⁰ MARTINS, Rui Cunha. O Ponto Cego do Direito – The Brazilian Lessons. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 10-11.

Processo Administrativo n.º 08012.002493/2005-16. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000319211249.pdf> Acessado em 10 de junho de 2015.

_____. CADE – Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. Voto do Conselheiro Luiz Fernando Schuartz. 34 pg. 28 de novembro de 2007. Processo Administrativo n.º 08012.002493/2005-16. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000320441773.pdf> Acessado em 10 de junho de 2015.

_____. CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ementa de Decisão no Processo Administrativo n.º 08000.015337/1994-48. Ementa retirada do seguinte sítio eletrônico: <http://nc-moodle.fgv.br/cursos/centro_rec/pag/comentarios/comentarios1/prova_plus.htm> Acessado em 06 de junho de 2015.

_____. CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Nota Técnica n.º 190/SG. Processo Administrativo n.º 08012.003931/2005-55. 41 pg. 16 de maio de 2013. Disponível em: <http://www.anticartel.com/materias/docs/parecer_cade_MAIO_2013.pdf> Acessado em 30 de maio de 2015.

_____. CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto do Conselheiro Thompson Andrade. Processo Administrativo n.º 08012.000677/1999-70. 27 pg. 14 de julho de 2014. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000593821675.pdf> Acessado em 16 de junho de 2015.

_____. CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto do Conselheiro Vinicius Marques de Carvalho. Processo Administrativo n.º 08012.006059/2001-73. 25 pg. 23 de fevereiro de 2011. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000586091160.pdf> Acessado em 16 de junho de 2015.

_____. CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto Vogal (Com Retificação) – Versão Pública, da Conselheira Ana Frazão. Processo Administrativo n.º 08012.011142/2006-79. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?6FaC8_hj>

zwNSL-4pSZBnKoq70N69D1rZs8lGAfahk4MMaAum0SInrlvZFAYQ3zNPd3OC8s-XbAAokfTdDK0dZQ,,> Acessado em 13 de junho de 2015. p. 248-262 (no documento eletrônico).

_____. CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto Vogal do Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Processo Administrativo n.º 08012.011142/2006-79. 531 pg. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?SkONKeKapqrBv2Tt7GYaty_hE5PfdsgYm_alzIQXBtX6HYX8vMR154ZcXOLPd6i22giNfmxMED4ZKNXYTOvLTQ> Acessado em 13 de junho de 2015. p. 77-78 (do documento eletrônico).

ANDRADE, Osvaldo Lucas. Número e Fenômeno: Impossibilidade e Necessidade da Certeza no Processo Probatório. In *Processo, Verdade e Justiça – Estudos sobre a Prova Judicial*. ZAGANELLI, Margareth Vetis (coord.). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 223-244.

ANDRADES, Alcides. O cartel sob a ótica penal e administrativa. In: *Sítio Eletrônico JusBrasil*. Disponível em: <http://alcidesandrade.jusbrasil.com.br/artigos/184182053/o-cartel-sob-a-otica-penal-e-administrativa?ref=topic_feed> Acessado em 23 de junho de 2015.

BUHART, Jacques, MAULIN, Romain. Proof in Cartels: State of Play and Perspectives. In: *Concurrences*, n.º 4, 2011. p. 51-64. Disponível em: <<http://awa2012.concurrences.com/academic/article/proof-in-cartels-state-of-play-and>> Acessado em 06 de maio de 2015.

CAMPOS, Asér Martins de Souza, e JUNIOR, Asér de Souza Campos. *Breves Anotações sobre a Prova e Erros Judiciários*. 1984.

COSTA, Gisela França da. Breve panorama do pensamento de Edwin H. Sutherland e a nova etiologia da criminalidade. In: *Inovações no Direito Penal Econômico – Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. SOUZA, Artur de Brito Gueiros (org.). Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. p. 65-90.

DELLEPIANE, Antonio. Nova Teoria da Prova. Tradução da 5ª ed. argentina por Erico Maciel. São Paulo: Editora Minelli, 2004.

ECHANDÍA, Hernando Devis. Compendio de la Prueba Judicial. Vol. II. Anotado y Concordado por Adolfo Alvarado Velloso. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editores, 2000.

ESTORILIO, Jairo Amodio. Investigação Criminal nos Delitos Empresariais. Curitiba: Juruá, 2007.

FACHETTI, Gilberto Silvestre. In: Processo, verdade & justiça: estudos sobre a prova judicial. Margareth Vetis Zaganelli. (Org.). 1ª ed., v. 1. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 75-96.

FASSONI, Elvio. L'Utilizzazione degli Atti, la Valutazione della Prova. In: Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura – Incontri di Studio sul Nuovo Codice di Procedura Penale – Relazioni e Contributi. v. 1, novembro de 1988 – junho de 1989. p. 516-542. Disponível em: http://www.csm.it/quaderni/quad_27.pdf> Acessado em 31 de maio de 2015.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira. In RDC, Vol. 1, nº 2, Novembro 2013, pp. 11-31. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/revista/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/75>>. Acessado em 14 de abril de 2015.

FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. 6ª ed. revisada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GABAN, Eduardo Molan, e DOMINGUES, Juliana Oliveira. Direito Antitruste. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Cartel – Teoria Unificada da Colusão. São Paulo: Lex Editora, 2007.

GILBERTO, André Marques. O processo antitruste sancionador: aspectos processuais na repressão das infrações à concorrência no Brasil. São Paulo: Lex Editora S.A., 2010.

KNIJNIK, Danilo. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um Direito Probatório. In: Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório. KNIJNIK, Danilo (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LIMA, Marcellus Polastri. A Prova Penal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

MAIA, Carlos Rodrigo Fonseca Tigre. Tutela penal da ordem econômica: o crime de formação de cartel. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008.

MANDEL, Gabriel. Ações de busca e apreensão do CADE preocupam advogados. In: Consultor Jurídico. 23 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-23/invasao-aco-es-busca-apreensao-cade-preocupam-advogados>> Acessado em 06 de junho de 2015.

MARTINS, Rui Cunha. O Ponto Cego do Direito – The Brazilian Lessons. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

MONTOYA, Mario Daniel. Máfia e Crime Organizado – Aspectos legais. Autoria mediata. Responsabilidade penal das estruturas organizadas de poder. Atividades criminosas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

MORAIS, de Paulo Heber de, e LOPES, João Batista. Da Prova Penal – Teoria e Prática. Campinas: Julex Livros Ltda.

NETO, Amadeu de Souza Ferreira. Programa de Leniência e a Lei 12.529/2011: Avanços e desafios. In: Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional – RIBRAC. Ano 19, n. 22, julho-dezembro, 2012. CORDOVIL, Leonor (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

NEVES E CASTRO, Francisco Augusto. Teoria das Provas e suas aplicações aos atos civis. Atualização ortográfica da 2ª ed. da obra, editada em 1917. Campinas: Servanda, 2000.

OLIVEIRA JUNIOR, Gonçalo Farias de. Ordem Econômica e Direito Penal Antitruste. 2ª edição. Coleção Biblioteca de Estudos Avançados em Direito Penal e Processual Penal. Curitiba: Juruá, 2009. 316 págs..

OSÓRIO, Fábio Medina, Direito Administrativo Sancionador. 4ª ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PEREIRA, Frederico Valdez. Compatibilização Constitucional da Colaboração Premiada. In: Revista CEJ, ano XVII, n. 59, jan./abr., 2013. Brasília: CEJ, 2013. p. 84-99.

PRADO, Luiz Regis. Direito Penal Econômico. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PRAXEDES, Renata Rodrigues. Valoração de Prova na Condenação de Carteis: O Mercado de revenda de combustíveis. In: Revista do IBRAC, v. 19, n. 22, jul./dez., 2012. p. 341–353.

ROSITO, Francisco. Direito Probatório: as máximas de experiência em juízo. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

SABATINI, Guglielmo. Teoria delle Prove nel Diritto Giudiziario Penale. Catanzaro, 1909.

SANTOS, Juliana Pinheiro Damasceno e. Questão conceitual: Crimes de colarinho-branco ou crimes econômicos? In: Revista Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 85, fev 2011. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9179 Acessado em 02 de junho de 2015.

SUTHERLAND, Edwin Hardin. White-Collar Criminality. In: American Sociological Review. v. 5, n. 1, february, 1940. p. 1-12. Disponível em:

<cooley.libarts.wsu.edu/criminology/documents/sutherland.pdf> Acessado em 24 de outubro de 2014.

VARELA, Casimiro A.. Valoración de la prueba. Procedimientos civil, comercial y penal. 2ª ed. atualizada e ampliada, 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2007.

ZANETI JR., Hermes. Direito Probatório, Lógica Jurídica e Processo. In Provas: aspectos atuais do direito probatório. NEVES, Daniel Amorim Assumpção (coord.). São Paulo: Editora Método, 2009. p. 179-227.