

Do Sigilo das Averiguações Preliminares

Fernando de Oliveira Marques¹

Constituem as averiguações preliminares, procedimento anterior ao processo administrativo, com o objetivo de apurar a existência de indícios de infração à ordem econômica.

Assim, o referido procedimento é utilizado quando as informações, até então conhecidas, não são suficientes para instauração de um processo administrativo.

O seu trâmite é disciplinado pelo artigo 30 e seguintes da Lei nº 8.884/94 e artigo 6º e seguintes da Portaria do Ministério da Justiça nº 753/98, que trata do Regulamento de Competências da Secretaria de Direito Econômico nos Procedimentos para Apuração de Práticas Restritivas à Concorrência.

Uma particularidade do procedimento da averiguação preliminar é o seu caráter sigiloso, isto é, por força da lei, não se pode fazer qualquer divulgação das informações constantes dos autos.

O parágrafo 1º da Portaria mencionada vai mais além, restringindo o acesso das informações somente ao agente econômico averiguado ou ao seu advogado legalmente constituído.

Entretanto, em atenção ao princípio constitucional da publicidade dos atos (art. 37, CF/1988), não parece adequado excluir o direito de participação neste procedimento, das demais pessoas, principalmente da pessoa física ou jurídica que solicitou a apuração de eventual infração, que ensejou a instauração das averiguações, senão vejamos:

¹ Fernando de Oliveira Marques é Professor de Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Advogado.

O parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 8.884/94, coloca que “a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei”, o que significa dizer que a tutela da lei de defesa da concorrência abrange os interesses coletivos e difusos como bem temos sustentado, em consequência e harmonia com o que resta disposto na Constituição Federal e no Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Neste sentido também se manifestam os Profs. Carlyle Popp e Edson Vieira Abdala (PUC/PR) em comentários ao referido dispositivo legal *in verbis*:

“Conforme contido no parágrafo em comento a titularidade da proteção jurídica conferida por esta lei pertence à coletividade.

*Tal expressão, coletividade, não abrange tão-somente, os chamados interesses coletivos propriamente ditos, mas sim, também, os chamados interesses difusos, isto porque, a partir da vigência do Código de Proteção ao Consumidor, o direito coletivo abrange: a) os interesses ou direitos difusos; b) interesses ou direitos coletivos; c) interesses ou direitos individuais homogêneos.”*²

Isto posto, pelo fato da proteção da ordem econômica constituir um direito difuso de grande relevância, não se pode pretender delimitá-lo também às pessoas que possuem legitimidade para participação nos procedimentos que versam sobre esta matéria, visto que “os interesses difusos, por definição, não comportam atribuição a um titular definido...”³

Ainda corroborando com este entendimento importante destacar que os interesses difusos em termos de exclusividade “constituem a “reserva”, o “arsenal” dos anseios e sentimentos mais profundos que, por serem necessariamente referíveis à comunidade ou a uma categoria como um todo, são insuscetíveis de apropriação a título reservado. Do fato de se referirem a muitos não deflui, porém, a conclusão de que sejam *res nullius*, coisa de ninguém, mas, ao contrário,

² “COMENTÁRIOS À NOVA LEI ANTITRUSTE”, 2ª ed., Juruá, Curitiba, 1997, pág. 38.

³ Mancuso, Rodolfo de Camargo. “INTERESSES DIFUSOS”, 4ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, pág. 121.

*pertencem indistintamente, a todos; cada um tem título para pedir tutela de tais interesses.*⁴

Restringir a participação, nas averiguações preliminares para somente o agente averiguado ou ao seu patrono, coibindo a atuação de outros entes legitimamente interessados, como por exemplo, o Representante que trouxe à análise do Poder Público, a eventual conduta infrativa, configura nítido desrespeito à natureza da tutela que pretende resguardar a Lei nº 8.884/94.

Em se tratando de direitos difusos, não é adequado a estipulação de titulares de tais interesses, como também manifesta Rodolfo de Camargo Mancuso:

“O corolário está em que, se se quer realmente tutelar os interesses difusos, não se lhes pode impor a exigência sine qua non da “organização”; não se lhes pode exigir que se apresentem adrede aglutinados em torno de um ente esponenziale personificado: com isso, se correria o risco de deixar sem tutela justamente os interesses, que, sendo adespoti, não tendo um loro portatori, são, justamente, os que mais precisam de proteção. Estão neste caso as “minorias sociais”, como as comunidades étnico-lingüísticas, chamadas na doutrina italiana comunità diffuse.”⁵

Neste sentido ainda é oportuna a transcrição do artigo 81, parágrafo único, inciso I da Lei, 8.078/80 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor):

“interesses ou direitos difusos, assim entendidos para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.”

O Prof. Celso Bastos no tocante à titularidade dos direitos difusos coloca que a “descoincidência” do interesse difuso com o interesse de uma determinada pessoa abrangendo na verdade “toda uma categoria de indivíduos unificados por possuírem um denominador tático qualquer em comum”. Para Mancuso “essa indeterminação de su-

⁴ op. cit. pág. 121, (Grifos nossos)

⁵ op. cit. pág. 122 (Grifamos)

jeitos revelar-se-ia, também, quanto à natureza da lesão decorrente de afronta aos interesses difusos, lesão esta que poderia ser disseminada por um número indefinido de pessoas, tanto podendo ser uma comunidade, uma etnia ou mesmo toda a humanidade."⁶

O Prof. Celso Fiorillo, elenca como matéria de tutela transindividual, de natureza indivisível e portanto difusa, a ordem econômica, da qual são titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.⁷

Isto posto a matéria de investigação das averiguações preliminares tuteladas pela Lei nº 8.884/94, não pode ser objeto de irrestrito sigilo, uma vez que trata-se de potencial interesse de toda coletividade e, portanto, acessível a todos.

O sigilo deve ater-se unicamente sobre os segredos de indústria e de negócio do agente econômico investigado, nos moldes dos artigos 37 e 38 da Portaria MJ nº 753/98, posto que a sua escrituração, movimentação financeira, processos e fórmulas industriais, etc, constituem dados inerentes a empresa sob análise e não de terceiros, como observa muito bem o Dr. José Inácio Gonzaga Franceschini.⁸

Ademais, principalmente no que concerne a atuação do Representante, isto é, aquele que solicitou a investigação de prática infrativa junto aos órgãos de defesa da concorrência, trata-se de um verdadeiro trabalho de colaboração deste junto à administração pública, não se justificando a vedação ao mesmo do acesso aos autos, salvo no que se referiu às informações privadas confidenciais que devem ficar autuadas em apartado.

O caráter de extremado sigilo das averiguações preliminares pode ensejar o acobertamento de eventuais impunidades existentes contra a ordem econômica, o que não se pode admitir.

⁶ in Fiorillo, Celso Antônio Pacheco. Palestra: "A AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A DEFESA DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DIFUSOS", Escola de Magistrados TRF 3ª Região, São Paulo, Brasil, 1998, pág. 24

⁷ op. cit. pág. 38

⁸ in texto: "ROTEIRO DO PROCESSO PENAL-ECONÔMICO NA LEGISLAÇÃO DE CONCORRÊNCIA", Revista do IBRAC, vol. 5, nº 10, págs. 28 e ss.

Isto acontece porque as alegações oferecidas para instrução do processo são apresentadas apenas pela empresa denunciada, passíveis, portanto, de omissões que podem constituir a essência da investigação de elevada natureza.

A adoção de tal extremado critério também explicaria o baixíssimo índice de condenações nos processos relativos às condutas empresariais neste país e, por conseguinte o grande número de arquivamentos dos mesmos por insuficiência de elementos.

Os eventuais abusos dos Representantes possuem coartamentos próprios (art. 5º, XXIX da CF/1988, arts. 30 e 83 da Lei nº 8.884/94, art. 17 do CCom, art. 155 do CPC, art. 153 do CP e art. 195, XI e XII da Lei nº 9.279/96), os quais auxiliam a autoridade administrativa a evitar abusos da disputa privada entre agentes econômicos dentro de um procedimento de relevante natureza transindividual.

Portanto, a presença de terceiros, os quais possuem legítimo interesse na matéria, possibilita uma apuração mais eficiente dos fatos e da verdade material nas condutas dos agentes econômicos junto ao mercado.