

O processo de apuração do abuso do poder econômico na atual legislação do CADE

JOSÉ INÁCIO GONZAGA FRANCESCHINI
Advogado militante em São Paulo

S U M Á R I O

I. *Processo penal-econômico*

- a) *Objetivo da sanção. Função quase-jurisdicional do CADE;*
- b) *Natureza e finalidade da ação penal-econômica;*
- c) *Introdução aos procedimentos penais-econômicos.*

II. *Sindicância*

- a) *Notícia e representação da vítima direta do abuso do poder econômico — forma e requisitos;*
- b) *Instauração — natureza jurídica e propósitos;*
- c) *Não obrigatoriedade do procedimento;*
- d) *Medida liminar ou cautelar — conveniência de sua introdução;*
- e) *Sindicância e sindicância administrativa — diferenciação;*
- f) *Sindicância e procedimentos processuais — inviabilidade de sua equiparação;*
- g) *Caráter inquisitivo e sumário;*
- h) *Sigilo na sindicância;*
- i) *Procedimento;*
- j) *Parecer-denúncia da Procuradoria — natureza, efeitos e requisitos;*
- l) *Julgamento.*

III. *Averiguações preliminares*

- a) *Desnecessidade do procedimento;*
- b) *Objetivo regulamentar e natureza sumária;*
- c) *Efeitos quanto ao representante de má fé — sugestão;*
- d) *Procedimento;*
- e) *Participação da Procuradoria — natureza e efeitos de seu parecer-libelo acusatório;*
- f) *Julgamento — limites e apreciação do real motivo à instauração do processo administrativo.*

IV. *Processo Administrativo*

- a) *Instauração — vinculação ao processo penal comum;*
- b) *Princípios fundamentais — aplicabilidade;*
- c) *Princípio da ação ou oficialidade;*
- d) *Princípio da indisponibilidade, irretratabilidade ou obrigatoriedade;*
- e) *Princípio do contraditório — exceção de suspeição;*
- f) *Princípio da verdade real ou material;*
- g) *Princípio da persuasão ou do livre convencimento;*
- h) *Princípio da publicidade;*
 - i) *Notificação-citação — modalidades;*
 - j) *Formação da culpa — interrogatório do acusado;*
 - l) *Prova testemunhal — princípios e procedimento;*
- m) *Prova documental — produção e limites temporais;*
- n) *Julgamento — sustentação oral;*
- o) *Recorribilidade e seus limites — natureza jurídica do CADE e de suas decisões;*
- p) *Controle judicial e princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário — parâmetros.*

V. *Compromisso de Cessação*

- a) *Origens e efeitos — conveniência de sua implantação;*
- b) *Objetivos;*

- c) *Interesse do acusado;*
- d) *Política antitruste — conciliação do princípio da livre concorrência com a eficiência e o desenvolvimento;*
- e) *Propositura — exclusividade da iniciativa do acusado;*
- f) *Preclusão do direito e admissibilidade restrita;*
- g) *Processo transaccional — procedimentos, efeitos e extensão;*
- h) *Homologação pelo Plenário — ampliação “de lege ferenda” da competência do Colegiado;*
- i) *Prazo e ruptura — efeitos;*
- j) *Cosa julgada administrativa e alterabilidade.*

1. *Processo penal-econômico*

Todas as leis, indiferentemente, em tese buscam o bem comum, sendo, portanto, de interesse geral. O direito cria, assim, mandamentos e deveres, que *sanciona* como garantia de autoridade. As sanções visam, sobretudo, pela ameaça de sua cominação, a permanência da ordem jurídica.

Ao distinguir o lícito do ilícito, o direito se defronta com material heterogêneo e, para ser eficaz na ordenação da conduta humana, deve ter *proporção, oportunidade e adequação de meios*. Para algumas infrações, a mera *restituição* ou o *ressarcimento de danos* basta à preservação da ordem jurídica; para outras, torna-se necessária a imposição de uma *pena*. O objetivo da reprimenda é, antes de tudo, resguardar o prestígio da lei substantiva. Assim sendo, a lei penal-econômica é, principalmente, de interesse público e sua efetivação aproveita à *coletividade*, mais do que aos individualmente ofendidos (1).

A observância coativa da lei penal-econômica beneficia a todos, indistintamente, sendo de proveito geral, desse abono necessitando a sociedade para que não sejam ilusórios os privilégios individuais de seus membros.

O Estado defende seus direitos-deveres e desempenha suas funções usando de força própria. A faculdade de legislar, de administrar, de julgar, etc., não tem endosso judiciário, mas garantias puramente administrativas. Os agentes competentes atuam, de regra, por coação direta.

Por isso, a função quase-jurisdiccional do CADE, ou seja, a atividade-*poder específica de seus Conselheiros de decidir qual a vontade da lei em relação a um caso concreto e de conferir à decisão autoridade pública e,*

(1) J. CANUTO MENDES DE ALMEIDA, *Processo Penal*, p. 109.

por via judicial, exeqüibilidade compulsória, foi instituída para *tutelar* direitos coletivos, exprimindo-se no poder de conhecer e julgar acerca de abusos do poder econômico. Dispõe o órgão, portanto, de funções e exerce atividade parajurisdicional penal, embora conservando, ele próprio, estruturalmente, caráter administrativo.

As normas penais-econômicas e processuais penais-econômicas são cogentes, objetivando não só o dever de uniformizar a conduta com a vontade nelas expressa, mas, também, o direito subjetivo público do Estado de exigir que o comando contido na norma de direito penal-econômico seja atuado e, precisamente, nos modos, nas formas e nos limites prescritos por normas de direito processual. A esse direito do Estado, nas hipóteses de *abuso do poder econômico, exercitado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE, corresponde o do acusado (sujeito secundário processual) de que o órgão não aja senão nesses moldes, maneiras e lindes previstos em lei* (2).

A ação penal-econômica, portanto, constitui a atividade destinada a dar satisfação ao interesse social de restabelecimento do equilíbrio da sociedade, preservado pela livre concorrência, abalado pelo abuso do poder econômico. A ação penal-econômica configura meio idôneo para efetivar a proteção do direito subjetivo. Segundo ALTAVILLA (*Manuale di Procedura Penale*, pp. 35/36), se as normas abstratas de conduta são violadas, determina-se uma vontade concreta do Estado para aplicar as sanções, o que significa atender à concretização de um direito, crendo-o realizável. Trata-se de uma pretensão do Estado à punição do infrator, mediante prévia verificação da procedência da acusação que lhe é feita, com a conclusão de ser-lhe aplicada a pena, à qual, em caso positivo, terá de submeter-se (3).

Isto não significa, porém, que sempre se movimente uma ação penal-econômica objetivando-se a imposição da sanção ao acusado. Ao CADE cabe a garantia da livre concorrência ofendida pelo abuso do poder econômico. Não defendendo direito próprio (do Estado), mas da coletividade, procura sua atuação o restabelecimento da ordem econômica violada mediante remédios que mais se amoldem à preservação desta e da autoridade da lei. A atividade processual do CADE, portanto, pertence à sociedade, devendo o órgão buscar, mais do que a punição do infrator, a consecução de um desempenho social, econômico e tecnológico desejável, pressupostos da realização do desenvolvimento nacional e da justiça social constitucionalmente almejados (art. 160 da Constituição Federal). O Conselho tem o direito de persecução penal-econômica, em expressão subtraída a BERNER, procurando tornar efetivo o *jus puniendi* resultante do abuso do poder econômico para impor ao infrator a sanção pertinente.

(2) J. CANUTO MENDES DE ALMEIDA, *Processo Penal*, p. 112.

(3) EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, *Código de Processo Penal*, vol. 1, pp. 323/345.

A jurisdição de que o CADE é dotado, porém, é um poder estático. A ação penal-econômica põe em atividade esse poder, constituindo-se na via adequada para levar a pretensão punitiva a juízo. O CADE é, assim, o mandatário da coletividade na tarefa de restaurar a paz e a ordem econômico-jurídica atingidas pelo abuso do poder econômico, ou seja, pela violação dos preceitos assecuratórios da livre concorrência.

O processo penal-econômico se instaura com a propositura da ação. Não se cuida aqui de representação da vítima direta do abuso do poder econômico (arts. 28, *b*, e 29 da Lei n.º 4.137/62), posto que, tratando-se a ação penal-econômica de ação pública, o *dominus litis* é a Procuradoria. Esta ação, no entanto, é precedida de uma fase de pesquisas ou *sindicância* (art. 9.º do Decreto n.º 92.323/86 — Regulamento da Lei Antitruste), em que se colhem os dados necessários para ser pedida a imposição da pena. Neste estágio, desenvolve-se atividade preparatória, de caráter preliminar e informativa, enquanto que consiste a ação penal-econômica no pedido de julgamento da pretensão punitiva. Esta surge para o Estado com a prática do abuso do poder econômico e representa a exigência de que seu *ius puniendi* no caso prevaleça sobre o exercício da liberdade econômica do acusado, com a sujeição deste à pena cabível na espécie⁽⁴⁾.

II. *Sindicância*

A persecução penal-econômica tem início com a notícia da ocorrência de acontecimento enquadrável numa das figuras típicas com que a lei define e estrutura os abusos do poder econômico. Pode ela ser *espontânea* quando se dá por cognição imediata ou comunicação não formal (e.g. a *vox populi*, as informações da imprensa, a investigação e estudos do próprio órgão, a matéria surgida no decurso de outro feito etc.), atuando o CADE *ex officio* (art. 28, *a*, da Lei n.º 4.137/62), ou *provocada*, quando alguém a leva ao conhecimento do órgão, através de representação (art. 28, *b*, da Lei n.º 4.137/62). Merece aprimoramento, aliás, o Regimento Interno (Portaria n.º 501, de 26 de setembro de 1986, do Ministério da Justiça), que utiliza como sinônimas as expressões “representação” e “denúncia” (arts. 14, 15, inciso I, 23, inciso II, e 25, incisos II e III, do Regimento Interno), termo este que, nesses artigos, é utilizado em seu sentido leigo, tal como a palavra “queixa” (peça inicial da ação penal privada comum) é popularmente usada para definir o requerimento de abertura de inquérito policial.

Exige a Lei n.º 4.137/62 (art. 29) que a representação seja escrita, devidamente fundamentada e (requisito burocrático a ser tão logo possível abolido) traga reconhecida a firma do signatário, que se identificará, devendo, mais, conter exposição do fato argüido como caracterizador de

(4) J. FREDERICO MARQUES, *Elementos*, vol. I, p. 130.

abuso do poder econômico e identificar o acoimado infrator (art. 10, § 1.º do Regulamento).

Embora prevalecendo o princípio da forma escrita, recomendável seria que futura legislação fizesse concessão à oralidade. Assim, exemplificativamente, poderia a Subcoordenadoria de Orientação, à qual já compete instruir o público sobre as formas de abuso do poder econômico e os mecanismos de defesa e orientar o consumidor (aliás, e por que não também os empresários?) na formulação de representações (art. 23, incisos I e II, do Regimento Interno), ser admitida a receber delações verbais, a exemplo das reclamações feitas à Justiça do Trabalho, de forma a se permitir que pessoas naturais ou jurídicas desprovidas de maior assistência possam adequadamente expor a lume argüidos abusos do poder econômico. As reclamações assim formuladas, reduzidas a termo pela Subcoordenadoria de Orientação, engendrariam a iniciativa *ex officio* do CADE.

De qualquer modo, diante da *notitia* da prática de abuso do poder econômico e recebendo o requerimento, a Secretaria Executiva instaurará *sindicância* ou *inquérito* (art. 9.º do Regulamento), que tem por objeto a avaliação prévia das circunstâncias de fato e de direito referentes aos atos e sucessos apresentados como constitutivos do alegado abuso (art. 9.º, § 2.º, do Regulamento). Trata-se de procedimento *investigatório*, que não se confunde com a instrução processual. Busca a obtenção de dados para que a Procuradoria, na qualidade de órgão da acusação, verifique se deve ou não propor a ação penal-econômica e não uma colheita de provas tendentes a corporificar a formação da culpa ou a legitimidade do direito de defesa. A *sindicância* é a forma por excelência da investigação ⁽⁵⁾.

Exatamente por se tratar de trâmite pré-processual, não foram incluídos entre os procedimentos (processuais) arrolados no art. 10, § 2.º, do Regulamento, estes componentes do *processo penal-econômico* propriamente dito.

A Lei n.º 4.137/62 não contemplou a *sindicância* — e nem precisava fazê-lo. A investigação preliminar é instituição indispensável à justiça penal-econômica, sendo seu primeiro mérito proteger o inculcado. Dá à defesa a faculdade de dissipar suspeitas, combater indícios, explicar os fatos e destruir prevenções no nascedouro; propicia-lhe meios de desvendar prontamente precipitações e inverdades e de evitar a sempre prejudicial e por vezes escandalosa publicidade de julgamentos indevidos. Por outro lado, é meio de caracterização precisa dos eventos e um crisol decantador da moralidade das ações.

Não constitui a *sindicância* inovação do atual Regulamento, pois já fora contemplada no art. 41 do antigo diploma regulamentar (Decreto n.º 52.025, de 1963). Praticamente esquecida enquanto vigente esse decreto, foi revitalizada no atual Regulamento, notadamente diante da usual ino-

(5) J. FREDERICO MARQUES, *op. cit.*, p. 142.

cuidade dos procedimentos de averiguações preliminares (art. 30 da Lei n.º 4.137/62), em verdade inanes (adstritas ao prazo improrrogável, frequentemente desrespeitado, de 30 dias para sua conclusão). Trata-se de instrumento de desenganado valor e utilidade, por sua rapidez, objetividade e precisão. Não se reveste, porém, de caráter obrigatório, por não prevista na Lei n.º 4.137/62. Assim, dispensável: *a*) quando se trate de representação de Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara ou do Senado (art. 28, § 2.º, da Lei n.º 4.137/62), *b*) quando flagrante, fundamentada e comprovada *ab initio*, a tipicidade do abuso do poder econômico (embora, ainda nesse caso, seja recomendável sua instauração, permitindo explicações ao infrator) ou *c*) quando, também evidentemente, mas ao reverso, seja atípica a conduta acoimada de violadora da Lei do CADE ou óbvia a incompetência do órgão em relação à proposta da lide. Inaplicável, porém, a rejeição liminar e imprescindível a instauração de sindicância, nos casos de mera insuficiência da representação.

Na primeira hipótese (representação de CPI), trata-se de comando legal coativo que determina a imediata instauração do processo administrativo (não sem que antes tenha a Procuradoria, embora sem possibilidade de recusa, sobre ela se manifestado, quer adotando suas conclusões, quer aditando-a, como lhe facultam os incisos *c* e *f* do art. 25 da Lei n.º 4.137/62, de modo a assumir a posição de *dominus litis* por via de denúncia). Na segunda (tipicidade e autoria evidentes), basta à Secretaria Executiva, mediante parecer sumário, encaminhar o feito à Procuradoria para que esta, desde logo, requeira a instauração da ação penal-econômica com lastro nos elementos vestibularmente trazidos à colação. Na última (atipicidade ou incompetência flagrantes), rejeitando a Secretaria Executiva, *in limine*, a representação, segue-se o arquivamento a pedido da Procuradoria e *ad referendum* do Conselho. Nesta hipótese, por analogia ao art. 9.º, § 2.º, do Regulamento, tem a prática interna admitido que, em caso de divergência sobre a rejeição *ab ovo* do requerimento inicial entre a Secretaria Executiva e a Procuradoria, seja o debate dirimido pelo Presidente. Não nos parece adequado. Sendo a Procuradoria a titular da ação penal-econômica, sua manifestação contrária ao sobrestamento liminar deveria bastar à instauração da sindicância, sem que para tanto se tenha que provocar a Presidência ou o próprio Plenário.

Por outro lado, *de lege ferenda*, desde que presentes o *fumus boni iuris*, ou seja, o juízo de probabilidade e verossimilhança do direito cautelar a ser acertado (WILLARD DE CASTRO VILLAR, *Medidas Cautelares*, p. 59) e o *periculum in mora*, isto é, o receio *fundado* e *objetivo* de dano plausível à ordem econômica (não bastando que o dano afete o patrimônio ou negócios da vítima imediata do abuso do poder econômico), o CADE, sempre ao prudente critério do Plenário, após manifestação da Presidência, à qual poderia o pedido ser dirigido, deveria ser dotado de poderes para conceder *medida liminar* ou *cautelar* (sujeita ou não a contracautela) tendente à sustação temporária da conduta *prima facie* abusiva do poder econômico. Não se concebe que infrações de trato continuado (a medida,

obviamente, não se coadunaria com os delitos consumados) persistam em detrimento, quicá irreparável, da ordem econômica e social, no aguardo do desfecho futuro da ação penal-econômica. Eventuais excessos de autoridade encontrariam, por seu turno, remédio adequado junto ao Poder Judiciário.

Não há confundir a *sindicância* de que trata o Regulamento (a despeito da homonímia e semelhança — homenagem à natureza administrativa do CADE) com a *sindicância administrativa*, meio sumário de que se utiliza a Administração Pública para, sigilosa ou publicamente, com indiciados ou não, proceder à apuração de ocorrências anômalas no serviço público (J. CRETELLA JR., *Tratado de Direito Administrativo*, vol. VI, p. 153). De fato, não só diversos seus objetivos e destinatários, como também suas características. Assim, por exemplo, sem um indiciado, seria inconcebível a *sindicância* perante o CADE.

Aplicam-se à *sindicância*, “no que couber”, as regras processuais pertinentes à averiguação preliminar e ao processo administrativo, é o que dispõe o incompreensível § 3.º do art. 9.º do Regulamento. Urgente sua supressão, não só porque dispensável matéria-prima da indústria de nulidades, mas também por não encontrar maior suporte nos princípios que regulam o processo penal-econômico. Salva-se o preceito (e comprova-se sua inutilidade) tão-somente por conter a expressão “no que couber”, ou seja, ao menos em relação ao processo administrativo, virtualmente nada. Pretende equiparar o inequívoco, a natureza inquisitiva e administrativa da *sindicância* com a contraditória e quase-jurisdicional do processo administrativo. Inútil, outrossim, a remissão às averiguações preliminares, sendo estas sumário de culpa inconfundível com o inquérito preliminar. Se aplicado, redundaria em duplicação (ou triplicação) de esforços procedimentais e cautelas, resultado inconciliável com a disposição programática do art. 35 da Lei do CADE, que exige do Conselho, como um todo, a celeridade compatível apenas com o pleno esclarecimento dos fatos.

A *sindicância* tem caráter *inquisitivo*, nela não interferindo o infrator, salvo na exata medida de sua convocação para esclarecimentos. Não dispõe a Secretaria Executiva do CADE, à qual compete a execução das atividades investigatórias (art. 13, inciso I, do Regimento Interno), sem prejuízo de seu acompanhamento ativo pela Procuradoria em sua dupla função e interesse como titular da ação penal-econômica e fiscal da lei (art. 12, inciso IV, do Regimento Interno), de poderes arbitrários, conduzindo-se, porém, de maneira *discricionária*.

Processa-se de forma *sumária*, sem prejuízo do esmero na coleta de elementos que fundamentem a ação. Cabe à Secretaria Executiva, nesta fase, por si ou por manifestação da Procuradoria, investigar e apurar o que de real existe, mesmo porque a justiça penal-econômica não se cinge à mecânica aplicação da *norma agendi* do direito punitivo, mas se amplia em face do princípio da individualização da pena (art. 4.º do Regulamento) e os imperativos da ordem social contra a delinqüência econômica. Com tais responsabilidades, não pode a *sindicância* conter-se dentro de prazos

herméticos (tais como os exigidos para a conclusão das averiguações preliminares), sob pena de se tornar inservível às suas finalidades, devendo desenvolver-se por período compatível com a necessidade de esclarecimento dos fatos. Não poderá eternizar-se, sob pena, aliás, de promoção da responsabilidade das autoridades, servidores e funcionários causadores da injustificada *delonga* (art. 35 da Lei n.º 4.137/62). Dever-se-ia, porém, estabelecer um prazo para sua conclusão, digamos, 3 (três) meses, mas sempre prorrogável a prudente critério da Presidência (art. 23, inciso f, da Lei n.º 4.137/62).

No exercício de suas funções (art. 13, inciso I, do Regimento Interno), poderá a Secretaria Executiva, entre outras atividades, por iniciativa própria ou mediante concurso das demais unidades, inclusive das Inspetorias Regionais ou mesmo das autoridades policiais ou quaisquer outras, conforme o caso, pedir informações e pareceres às Coordenadorias competentes, solicitar diretamente providências (art. 17, inciso c, do Regulamento) e determinar diligências necessárias à sua instrução dentro dos prazos (que não de ser razoáveis) que fixar. Possível defeito de redação permite o entendimento de que a eventual convocação do agente imputado para que preste esclarecimentos no termo assinalado somente seja feita pelo Plenário (art. 9.º, § 4.º, do Regulamento). A discricionariedade administrativa e a natureza puramente inquisitiva da sindicância constituem óbice natural a essa interpretação. A redação regulamentar, porém, merece reparo e futura alteração.

A sindicância tem-se desenvolvido, indiscriminadamente, em caráter reservado (item II, 4, da Resolução Regimental n.º 1/87), embora inexista, nesse sentido, comando na Lei n.º 4.137/62, sob duplo pretexto de resguardo do interesse do acusado e da atividade investigatória na medida do necessário à elucidação dos fatos ou no interesse da sociedade. Não nos parece a melhor solução — aliás passível de questionamentos jurídicos posto que ofensiva aos incisos XV, XVI e XVII do art. 89 da Lei n.º 4.215, de 27 de abril de 1963 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). De fato, a sindicância deve se processar de forma *sigilosa*, ou seja, *não pública*, sem que com isso se obste o acesso do advogado do indiciado aos autos, que poderá não só examiná-los a qualquer tempo, como também copiar peças, tomar apontamentos e deles ter vista, sob sua responsabilidade profissional. A licença, porém, não é irrestrita. Ao causídico não é permitido interferir no desenvolvimento da sindicância, manter contatos com os setores técnicos do CADE encarregados de elaborar pareceres ou estudos ou manifestar-se em julgamentos de inquéritos. Claro está que em situações determinadas de reserva prevista em lei ou quando justificadamente necessário à preservação do interesse público (assim, e.g., quando indispensável para se evitarem situações que dificultem o prosseguimento da sindicância ou a consecução de sua finalidade ou do processo penal-econômico), poderá o CADE (quicá mediante despacho de sua Presidência, recorrível ao Plenário) determinar *segredo de justiça*. Portanto, a reserva deve ser excepcional, não a regra, limitando-se a sindicância à sua natureza *sigilosa*, isto é, não acessível ao público em geral. Assim, nesta fase, nem

mesmo o patrono do representante deverá ter acesso aos autos, posto não ser seu constituinte *parte* na ação penal-econômica, não se lhe possibilitando a lei sequer admissão como assistente da Procuradoria (6).

Uma vez recebido o requerimento e acolhida a representação, no exercício de suas funções de órgão condutor da sindicância, a Secretaria Executiva deve, nos termos do art. 9.º do Regulamento, *antes* ouvir a Procuradoria, para, *afinal*, emitir parecer conclusivo, opinando pela existência ou não de indícios à instauração das “averiguações preliminares”. A prática tem demonstrado a errônea da inversão procedimental e, sem qualquer nulidade (mesmo porque a sindicância é procedimento administrativo não obrigatório, onde não prevalece o direito de defesa), tem primeiro opinado, a Secretaria Executiva, após informações dos setores técnicos da unidade, para, somente então, pronunciar-se a Procuradoria. A irregularidade regulamentar, entretanto, recomenda retificação do dispositivo.

De fato, embora refira-se o art. 9.º do Regulamento à simples “oitiva” (parecer) da Procuradoria-Geral, tal manifestação, quando positiva, equipara-se à *denúncia (opinio delicti)*, no sentido processual penal, iniciadora, desde que aceita, da ação penal-econômica. Não há confundir início da ação penal-econômica com seu requerimento e muito menos com a instauração da relação processual. Aquele dá-se com a oferta da peça vestibular pela Procuradoria (art. 9.º do Regulamento); o requerimento com a representação ou indiciamento *ex officio* do CADE (art. 28 da Lei n.º 4.137/62) e a relação processual se perfaz, triangularmente, com a notificação do indiciado (chamamento, art. 32 da Lei n.º 4.137/62) (7).

Excessiva a exigência de que a inicial há de ser oferecida pelo Procurador-Geral (art. 9.º do Regulamento), podendo perfeitamente sê-lo por um dos Procuradores do CADE (é claro, havendo-os). Eventualmente, a concentração burocratizante do poder poderá ser objeto de futura reforma regulamentar.

De qualquer modo, a manifestação da Procuradoria, com tais efeitos, é imprescindível diante do sistema acusatório, *ne procedat iudex ex officio*, separando-se a “acusação” da “quase-jurisdição”. Recebendo os autos da sindicância, a Procuradoria poderá, na dependência do caso concreto: a) solicitar novas providências à Secretaria Executiva (art. 25, e, da Lei n.º 4.137/62) essenciais ao oferecimento da inicial; b) requerer a decretação da extinção da punibilidade; c) pedir o arquivamento (art. 25, b, da Lei n.º 4.137/62); d) se entender que o CADE não é competente, pleitear

(6) JOSÉ INÁCIO GONZAGA FRANCESCHINI, “A Lei Antitruste Brasileira e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE: Alguns Aspectos”, *Rev. Inf. Legislativa*, n. 88, pp. 337 e ss.

(7) FERNANDO TOURINHO Fº, *Processo Penal*, vol. 1, p. 338.

a remessa dos autos à autoridade que o for ou e) oferecer a peça vestibular da ação penal-econômica.

A denúncia é o ato processual através do qual o Estado-Administração, por seu órgão competente, no caso a Procuradoria, se dirige ao CADE dando-lhe conhecimento de um fato que se reveste dos caracteres de infração penal-econômica, manifestando a vontade de ver aplicada ao acusado a *sanctio juris*. Ao oferecê-la, deverá a Procuradoria cuidar para que a peça contenha: a) a exposição do fato presuntivamente delituoso, com todas as suas circunstâncias; b) a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo; c) a classificação do argüido abuso do poder econômico; e d) quando necessário (*neste momento e não em qualquer outro*), o rol das testemunhas de acusação (art. 41 do Código de Processo Penal). A Lei do CADE não indica quantos depoentes poderão ser listados pela Procuradoria, mas o faz mercê da sua fonte subsidiária, o art. 398 do Código de Processo Penal (art. 36 da Lei n.º 4.137/62), ou seja, 8 (oito). Nem poderia ser de outra forma, sob pena de ofensa ao princípio da igualdade das partes, uma vez que caberá ao acusado indicar igual número máximo (art. 37 da Lei n.º 4.137/62).

A matéria se encontra quase que inteiramente omissa no atual Regulamento e na própria Lei n.º 4.137/62, merecendo urgentes cuidados *de lege ferenda*. Com efeito, não só faz jus a Procuradoria ao explícito reconhecimento de sua qualidade de *dominus litis*, como também a enganosa honraria da exigência da manifestação do Procurador-Geral se esvai no absolutamente desnecessário e burocrático requisito de que as sindicâncias sejam submetidas a "juízo" (art. 9.º, § 5.º, do Regulamento). A inobservância dos princípios elementares que tratam da matéria chega às raias de cogitar de "divergências" entre a Secretaria Executiva e a Procuradoria-Geral, a serem resolvidas pela Presidência do Conselho (art. 9.º, § 1.º, do Regulamento), a despeito da mais absoluta diversidade de funções e atribuições daqueles órgãos.

Com maior funcionalidade, celeridade e consonância com os princípios jurídicos pertinentes, bastaria que, após o parecer da Secretaria Executiva e manifestação (denúncia) da Procuradoria (através de Procurador do CADE), abolindo-se o prescindível "juízo" da sindicância, mediante simples despacho do Presidente e distribuição do processo ao competente Relator (art. 28, § 1.º, da Lei n.º 4.137/62), fossem instauradas, de imediato, as *averiguações preliminares* (enquanto, também, não forem dispensados). Fica aí nossa sugestão.

Perante o vigente Regulamento, porém, concluída a sindicância, após parecer do Relator previamente designado, o CADE deve decidir ou pelo arquivamento dos elementos coligidos ou pela instauração de averiguações preliminares (art. 9.º, § 5.º, do Regulamento). Se por um lado, desnecessário tal pronunciamento, por outro, inconcebível a possibilidade que se

abre ao Plenário de determinar o prosseguimento investigatório, a despeito de pedido em contrário formulado pela Procuradoria, em flagrante ofensa ao princípio *nemo iudex sine auctore*. Preferível seria que, recusando-se o Procurador, fundamentadamente, a oferecer denúncia, após as averiguações preliminares que autorizem o CADE a divergir daquele, fossem os autos remetidos ao Procurador-Geral, a fim de submetê-los à sua apreciação (art. 25 da Lei n.º 4.137/62 e art. 27, inciso I, do Regimento Interno). Se o Procurador-Geral entender improcedente a manifestação do Procurador oficiante, poderá ele próprio oferecer denúncia, designando outro Procurador para acompanhar o processo (art. 27, inciso VI, do Regimento Interno); caso contrário, não poderá o Plenário deixar de sustar o feito. Mais coerente, nesse ponto, o Regimento Interno, que, de certa forma, contraria o disposto no art. 9.º do Regulamento. Com efeito, de acordo com o art. 27, parágrafo único, inciso I, do Regimento, compete aos Procuradores a emissão de “pareceres” nos processos que lhes forem distribuídos, cabendo ao Procurador-Geral (art. 27, incisos I, IV e VI, do mesmo diploma) “opinar” sobre seus pronunciamentos, distribuir processos entre os Procuradores e determinar sua substituição na distribuição. Não nos parece adequado, porém, que o CADE, titular do poder quase-jurisdicional, usurpe da Procuradoria o poder de ação e *ex proprio Marte* se transforme em parte.

Outro pormenor. As sessões de “julgamento” de sindicância desenvolvem-se de forma *reservada* (item II, 4, da Resolução Regimental n.º 1/87). Se questionável esse caráter quando do desenrolar daquela fase liminar, ainda mais injustificável se afirma sua aplicação ao ensejo do “julgamento”, impedindo a simples presença do advogado do indiciado em sessão na qual não pode sequer manifestar-se (exceto como garante da legalidade) e quando nada mais poderia ser feito para impedir o desenvolvimento das diligências investigatórias encaminhadas pelo inquérito. Repita-se: não há confundir *reserva* (fonte de eventuais ilegalidades e arbitrariedades), com *sigilo* (vedação de acesso ao público ou a não-partes) e *segredo de justiça* (lastreado em critérios de necessidade, conveniência fundada ou exigência legal). Tem o acusado, sempre, direito de saber o que se lhe imputa.

III. *Averiguações preliminares*

Historicamente desprestigiadas e de efeitos práticos questionáveis, permanecem as averiguações preliminares como um dos procedimentos da ação penal-econômica (art. 10, § 2.º, do Regulamento), mais pelas dificuldades de alteração da Lei do CADE (art. 30 da Lei n.º 4.137/62) do que por seus próprios méritos, máxime diante da existência do procedimento investigatório da sindicância.

Destinam-se as averiguações preliminares a verificar se há *real motivo* para a instauração de processo administrativo. A expressão “provocado por representação” inserida no art. 27 da Lei n.º 4.137/62 permite até o entendimento da desnecessidade de sua realização quando a ação penal-econômica tiver sido desencadeada *ex officio*. Não nos parece a melhor herme-

nêutica, não só por subtrair a determinados acusados, discriminatoriamente e em ofensa ao princípio da isonomia, o benefício dessa fase prevista em lei, como também porque, esclarece o art. 28, inciso c, da Lei n.º 4.137/62, as averiguações preliminares serão igualmente realizadas em processos iniciados *ex officio* pelo CADE. Por presunçosa disposição legal, dispensam-se as averiguações apenas quando o processo tiver por peça inicial representação de Comissão Parlamentar de Inquérito, da Câmara ou do Senado (art. 28, § 1.º, da Lei n.º 4.137/62).

As averiguações, dirigidas por Conselheiro-Relator (art. 30 da Lei n.º 4.137/62), processam-se de forma *sumária*, sem intervenção do indiciado (sem que isto impeça sua convocação — conf. art. 27 da Lei n.º 4.137/62), devendo estar concluídas dentro do prazo *improrrogável* de 30 (trinta) dias.

Qual sua natureza jurídica?

Trata-se de procedimento de *formação de culpa* que objetiva um *juízo de acusação* (*judicium accusationis*), como que uma *pronúncia* no processo penal comum. Não determina o fundamento condenatório ou absolutório, mas, apenas, o alicerce acusatório, exprimindo o direito de inculpar e seus limites. Se o CADE se convencer de que não há nos autos indícios veementes da existência de abuso do poder econômico ou de sua autoria, ao invés da “pronúncia”, equivalentemente decretará a “impronúncia”, decisão de não *instauração do processo administrativo, verdadeira absolutio ab instancia*.

As averiguações preliminares foram instituídas para salvaguardar a inocência contra acusações infundadas e o CADE contra o custo e inutilidade que destas redundariam. O mal causado pela ação penal-econômica deixada ao arbítrio dos acusadores seria uma injustiça, na hipótese de absolvição.

Aliás, tratando-se de queixoso de má fé, ou seja, aquele que: a) deduzir pretensão cuja falta de fundamento não possa razoavelmente desconhecer; b) alterar, conscientemente, os fatos; c) omitir, *intencionalmente*, dados essenciais à apreciação da causa ou d) usar o CADE para conseguir objetivo ilícito, deveria o órgão proclamar a circunstância, para que respondesse ele por perdas e danos sofridos pelo representado e, *de lege ferenda*, arque com as despesas e custas decorrentes da sindicância e averiguações preliminares indevidamente processadas, sem prejuízo de, se fosse o caso, ser responsabilizado por denúncia caluniosa. Mais: deveria o CADE, nestas situações, estar legalmente autorizado a impor multas ao representante inescrupuloso, nos mesmos níveis cominatórios a que estariam sujeitos os representados (atualmente 5 (cinco) a 10.000 (dez mil) vezes o maior valor de referência — art. 43 da Lei n.º 4.137/62, atualizado pelo art. 4.º do Regulamento). É inaceitável que, livre de conseqüências patrimoniais ou morais, se desencadeie a atuação do CADE para propósitos mesquinhos ou inconfessáveis, em desrespeito às suas alevantadas finalidades e autoridade.

Poderá o Conselheiro-Relator designado (art. 28, § 1.º, da Lei n.º 4.137/62), em face dos resultados da sindicância e dos termos da denúncia oferecida pela Procuradoria, limitar-se a adotar as conclusões daquela. Insatisfeito, porém, com os dados até então coligidos, poderá: a) pedir informes ou pareceres às Coordenadorias competentes; b) solicitar esclarecimentos, diretamente ou não, e determinar diligências; c) pedir esclarecimentos à Procuradoria; d) requisitar informações a quaisquer pessoas físicas ou jurídicas (art. 17 do Regulamento) e e) tomar outra providência que reputar necessária à instrução.

Permite, igualmente, o art. 12, inciso V, do Regimento Interno, à Procuradoria requerer diligências e elementos que houver por cabíveis. Nada mais protelatório e injustificável, *data venia*. As averiguações preliminares constituem procedimento pré-jurisdicional, destinado a proteger o inocente, após ter a acusação esgotado todas as providências investigatórias na fase de sindicância. Trata-se, exatamente, de procedimento em que, na busca do *real motivo*, examina o CADE a própria consistência da denúncia, sendo inconcebível que à acusação se permitam seródias “complementações”, quando entenda parcas as suas possibilidades de sucesso.

Findas as averiguações preliminares, aí sim, admissível à Procuradoria a vista dos autos (sendo que a prática interna do CADE tem para tal deferido o prazo de 5 (cinco) dias), para que esta, ouvida, ofereça espécie de antecipado *libelo acusatório*, ou seja, um resumo articulado e delimitativo da acusação, com o pedido de instauração do processo administrativo. A essa altura, à Procuradoria é vedado retratar-se da acusação e requerer o arquivamento do processo. Embora *dominus litis*, a Procuradoria *não é dona da ação penal-econômica*. Oferecida a denúncia e dado início à ação, pelo princípio da indisponibilidade, deve a Procuradoria ficar subordinada tão-somente à lei, no desenvolvimento de sua atividade processual. Inaceitável, portanto, *venia concessa*, o disposto no art. 12, inciso II, do Regimento Interno.

Chega-se, assim, ao julgamento colegiado das averiguações preliminares (art. 30 da Lei n.º 4.137/62). Após o relatório e com base na letra do art. 30 da Lei n.º 4.137/62, tem-se dado a palavra à Procuradoria para sustentação oral. Outra providência, com o devido respeito, dispensável. Tendo a acusação já se pronunciado em duas oportunidades (denúncia e libelo acusatório), após amplo acesso aos autos e às providências dele constantes (de que teve irrestrita faculdade de acompanhamento e participação — art. 12, inciso V, do Regimento Interno), repetitiva essa *adicional* manifestação. Parece-nos mais adequado que a oitiva de que trata o art. 30 da Lei n.º 4.137/62 seja entendida como a oportunidade de que goza a Procuradoria de, concluídas as averiguações preliminares, formalizar o libelo. A presença da Procuradoria no julgamento se nos afigura, sem dúvida, imprescindível, mas no exercício de suas funções como *custos legis*, sem interferência senão para garantia da legalidade do ato.

De qualquer modo, as averiguações preliminares não comportam apreciação de questões de alta indagação e nem permitem amplas considerações atinentes ao mérito da pretensão punitiva. Em face dos meios de prova até então coligidos, devem apenas determinar a presença ou não de *real motivo* para a instauração de processo administrativo, ou seja, se existem indícios veementes de que houve ou há um abuso do poder econômico (tipicidade) e de que é ele imputável a determinada pessoa, física ou jurídica (culpabilidade). Deve mais, não só verificar a possível ocorrência de um delito econômico punível, mas, também, *fixar os limites da acusação*, tipificando, com base no libelo, uma das formas de abuso de poder econômico das previstas na Lei n.º 4.137/62, de modo a se impedir o futuro julgamento *ultra* ou *extra petita* do processo administrativo.

IV. *Processo administrativo*

A existência de abuso do poder econômico será apurada em *processo administrativo* instaurado pelo CADE (art. 26 da Lei n.º 4.137/62). Tratando-se de ação penal-econômica, tem o procedimento (art. 10, § 2.º, inciso b, do Regulamento) essa denominação em homenagem à natureza administrativa do órgão colegiado julgador.

De fato, por expressa disposição legal, na instauração do processo observar-se-á o rito dos feitos e do julgamento dos crimes comuns de competência do Juiz singular, conforme enunciado no Livro II, Capítulo III, Título I, do Código de Processo Penal, obviamente com as alterações exigidas pela Lei n.º 4.137/62 (art. 36 da Lei n.º 4.137/62).

Assim sendo, é claro que a referência implica a automática aplicação ao processo penal-econômico dos princípios fundamentais do processo penal comum. São eles seis: a) o princípio da *ação*; b) o da *indisponibilidade*; c) o do *contraditório* e da *imparcialidade*; d) o da *verdade real*; e) o da *persuasão* e f) o da *publicidade*.

Pelo princípio da *ação* ou *oficialidade*, não se admite procedimento penal-econômico *ex officio*. Para constituir-se, a relação processual depende sempre de acusação da Procuradoria, órgão oficial. Igualmente, o princípio delimita o campo do poder de decisão do CADE, pela determinação do fato submetido à sua apreciação, impedindo, desta forma, o julgamento *ultra petita*.

Pelo princípio da *indisponibilidade* ou *irretratabilidade* se reconhece que o Estado não tem apenas o *direito*, mas o *dever* de punir. Portanto, a Procuradoria não dispõe de poderes discricionários para apreciar a oportunidade ou conveniência da instauração, quer do processo penal-econômico, quer do inquérito preliminar, desde que, evidentemente, enquadrado um fato na tipificação legal do abuso do poder econômico (princípio da *obriga-*

toriedade). A Procuradoria não age senão em nome da coletividade, que ela representa, tendo, portanto, o exercício, mas não a disposição, da ação penal-econômica, que lhe não pertence. O princípio comporta abrandamentos, tal como ocorre no processo penal comum, mas com maior razão. O crime, em geral, acarreta lesão irreparável ao interesse coletivo, tornando a pena indispensável à restauração da ordem jurídica violada. Já em tema da Lei Antitruste, prevalece o aspecto utilitário-preventivo do direito penal-econômico, pondo em relevo o processo competitivo e o desempenho econômico, social e tecnológico desejável. Competitividade, eficiência e progresso são palavras-chave, interessando muito mais o restabelecimento da ordem econômica e social ofendida do que propriamente sua reparação. Daí, em boa hora, instituiu-se o chamado *compromisso de cessação* da prática economicamente indesejável (art. 15 do Regulamento).

Pelo princípio do *contraditório*, garantia fundamental de Justiça, consagra-se a igualdade da acusação e defesa dentro do processo penal-econômico. Coloca-se o CADE equidistante em face da parcialidade das partes, possibilitando a ambas expor suas razões, apresentar provas e influir no convencimento do Conselho. O contraditório é composto de dois elementos: a informação ou notificação do indiciado (arts. 32 e 33 da Lei n.º 4.137/62) e a possibilidade de reação. Ao contrário, porém, do princípio da indisponibilidade, este não comporta exceções, prevalecendo em sua aplicação o aspecto substancial (direito de defesa constitucionalmente garantido) sobre o formal (art. 40 da Lei n.º 4.137/62). Não lhe representa desvio a revelia, desde que se conceda à parte omissa a oportunidade de exercer seu direito em qualquer fase do processo (art. 34 da Lei n.º 4.137/62). Por outro lado, a isenção dos Conselheiros é condição *sine qua non* para que o CADE exerça suas funções no processo penal-econômico. É pressuposto para que a relação processual se instaure validamente. As partes têm o direito de exigir a retidão dos Conselheiros, razão pela qual urge a restauração do capítulo do antigo Regimento Interno (arts. 43 a 50 do Decreto n.º 53.670, de 9 de março de 1964), relativo à *exceção de suspeição*, embora a atual ausência não implique, obviamente, em revogação do princípio.

Desde as averiguações preliminares desponta a aplicabilidade do princípio da *verdade real* ou *material* (que se contrapõe à *verdade formal*, prevalecente no processo civil), predominando o sistema da livre investigação da prova. O CADE, notadamente o Conselheiro-Relator, não pode manter-se como simples espectador da contenda, permitindo-se-lhe ampla gama de atividades instrutórias. É claro que sua atuação não pode ser arbitrária, pautando-se, porém, pelo poder discricionário na condução do processo instrutório (art. 8.º, inciso I, do Regimento Interno). Pode, assim, requisitar dados e pareceres às Coordenadorias competentes, solicitar diretamente informações a quaisquer pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas (art. 17 do Regulamento), determinar diligências, perícias e outras provas, inclusive complementares (art. 39 da Lei n.º 4.137/62) etc. Compete-lhe o impulso oficial (art. 31, parágrafo único, da Lei n.º 4.137/62).

Outrossim, ao CADE é vedado decidir com base em provas ou elementos inexistentes nos autos, embora possa avaliar os colhidos segundo critérios críticos e racionais (princípio do *livre convencimento*), desde que, é claro, o faça de forma motivada (art. 44, inciso *a*, da Lei n.º 4.137/62), observando as regras legais existentes e as máximas de experiência.

Finalmente, a *publicidade* dos autos e dos julgamentos (item II, 3, da Resolução Regimental n.º 1/87) configura o instrumento de fiscalização popular do CADE. Constitui princípio amplamente reconhecido no processo administrativo. Não só as decisões do órgão nesta fase são publicadas no *Diário Oficial* (art. 43, § 2.º, da Lei n.º 4.137/62), louvadamente em seu inteiro teor, como também se permite a qualquer interessado *requerer certidão* de atos, pareceres ou decisões ou informações sobre qualquer matéria que se inclua na esfera de competência do Conselho (art. 18 do Regulamento), com ligeiras e compreensíveis restrições, preservadoras do direito à privacidade ou de situações de reserva previstas em lei (art. 18, § 1.º, do Regulamento).

O processo administrativo é célere, mas não sumário. Deve ser conduzido e concluído com a maior brevidade compatível com o pleno esclarecimento dos fatos (art. 35 da Lei n.º 4.137/62). Inicia-se com a designação de Conselheiro-Relator diverso do das averiguações preliminares (art. 31 da Lei n.º 4.137/62), providência esta fiadora da imparcialidade do Colegiado. Prática interna do CADE recomenda ao Relator que, em 48 (quarenta e oito) horas, especifique as provas que serão produzidas e o modo de sua realização, sem que isto o impeça de determinar novas providências no curso do procedimento. Deverá, entretanto, desde logo, designar dia, hora e local para o início da instrução e fazer notificar o indiciado (art. 32 da Lei n.º 4.137/62). Trata-se da *citação*, que será feita *pessoalmente*, por carta com recibo de volta ou por cartório do Registro de Títulos e Documentos (art. 32, § 2.º, da Lei n.º 4.137/62), ou *por editais*, quando baldados os esforços de notificação pessoal (art. 32, § 3.º, da Lei n.º 4.137/62).

A prova será iniciada dentro de 10 (dez) a 45 (quarenta e cinco) dias a contar da instauração do feito (art. 32, § 1.º, da Lei n.º 4.137/62), o que ocorrerá com o chamamento do acusado. Começa com o interrogatório do indiciado pelo Conselheiro-Relator, ato indelegável de autoridade, como aliás consagra o art. 16 do Regulamento, que poderá ser acompanhado pela Procuradoria, na qualidade de *custos legis*, e pelo defensor do acusado, não lhes sendo permitido interferir, salvo para apresentação de questões de ordem. O interrogatório é o meio atribuído ao Relator para se instruir, pessoalmente, sobre a verdade real e firmar sua convicção, registrando nos autos os elementos colhidos.

Ouvido o acusado, segue-se o tríduo para a defesa prévia (que não é obrigatória para a defesa), podendo-se nesta peça oferecer testemunhas

(art. 395 do Código de Processo Penal), até o número de 8 (oito) (art. 37 da Lei n.º 4.137/62).

Além dos depoentes de acusação e os de defesa, poderá o Conselheiro-Relator ouvir informantes (que não prestarão compromisso) e testemunhas referidas, sem prejuízo de poder convocar quantas mais entender necessárias (art. 37 da Lei n.º 4.137/62), sempre, é claro, sem perder de vista os critérios da prudência, pertinência e celeridade do processo, sob pena de responsabilização (art. 35 da Lei n.º 4.137/62).

As testemunhas estão sujeitas à coação processual, devendo seus depoimentos serem tomados sob compromisso (art. 37, §§ 1.º e 2.º, da Lei n.º 4.137/62). Se não for encontrada qualquer delas, o Relator poderá deferir pedido de sua substituição, desde que não tenha por fim frustrar o disposto nos arts. 42, *in fine*, e 395 do Código de Processo Penal, suprimindo imperdoável anterior omissão das partes. Se os depoentes de defesa não forem encontrados, e o acusado, dentro de 3 (três) dias, não indicar outros em substituição, prosseguir-se-á nos demais termos do processo (art. 405 do Código de Processo Penal). Podem as partes, por outro lado, desistir da oitiva de testemunhas arroladas (art. 404 do Código de Processo Penal), sem que isto impeça que o Relator tome seus depoimentos se assim entender necessário ou conveniente à instrução.

A audiência das testemunhas, a exemplo do interrogatório do acusado, também constitui indelegável ato de autoridade (art. 16 do Regulamento). Como indica o art. 37, § 1.º, da Lei n.º 4.137/62, a inquirição deverá observar o disposto nos arts. 202 a 225 do Código de Processo Penal, devendo, assim, o depoimento ser oral (art. 204 do Código de Processo Penal), sujeitar-se à contradita (art. 214 do Código de Processo Penal) e às perguntas e reperguntas das partes (art. 212 do Código de Processo Penal). Os depoentes de acusação, como é intuitivo, serão ouvidos primeiramente (art. 396 do Código de Processo Penal) já que os de defesa se destinam a contrariar as provas de incriminação.

Terminadas as inquirições, as partes, primeiro a Procuradoria, em 24 (vinte e quatro) horas, e, depois, a defesa, dentro de igual prazo, sem interrupção, poderão requerer as diligências, inclusive perícias, cuja necessidade ou conveniência exsurja das circunstâncias ou de fatos apurados na instrução (art. 499 do Código de Processo Penal). Tem o Conselheiro-Relator, desde que não prejudique o direito de defesa ou o de acusação, autoridade para repelir qualquer pretensão probatória que repute abusiva, impertinente, ilegal ou meramente protelatória.

Para que a instrução não se eternize, a prova determinada pelo Relator, bem como a requerida pelo acusado, a inquirição de testemunhas e a realização de diligências (inclusive perícias), deverá estar concluída em 30 (trinta) dias (art. 38 da Lei n.º 4.137/62). O Relator poderá determinar a rea-

lização de diligências complementares e conceder dilação para a conclusão da prova dentro de 20 (vinte) dias adicionais. Esses prazos, porém, não são fatais. Nem poderiam sê-lo. Não há exigir do órgão julgador a decisão da causa quando ainda não tenha pleno conhecimento dos fatos que lhe permitam adequadamente exercer a prestação quase-jurisdicional. Porém, sempre que concluir a instrução fora dos prazos, o Conselheiro-Relator deverá consignar nos autos os motivos da demora (art. 402 do Código de Processo Penal). Delonga não justificada configuraria constrangimento ilegal de sua responsabilidade (art. 35 da Lei n.º 4.137/62).

A prova documental, por seu turno, poderá ser oferecida em qualquer fase do processo, admitindo a prática interna do CADE que possa sê-lo até a inclusão deste em pauta para julgamento. Mais adequado seria, nos parece, que a prova documental pudesse ser produzida até as alegações finais, salvo motivo justificado, a critério do Relator.

Esgotada a fase probatória, será aberta vista dos autos para alegações finais, sucessivamente, por 3 (três) dias, à Procuradoria e à defesa (art. 500 do Código de Processo Penal). Esse prazo correrá em cartório, independentemente de intimação (art. 501 do Código de Processo Penal). Subseqüentemente, os autos serão de pronto conclusos ao Conselheiro-Relator, que, dentro de 5 (cinco) dias, poderá ordenar diligências para sanar nulidades ou suprir faltas que prejudiquem o esclarecimento da verdade. Poderá, inclusive, se não houver ele próprio, em decorrência de substituição, interrogado o acusado ou inquirido as testemunhas, determinar a reiteração desses atos instrutórios (art. 502 e seu parágrafo único do Código de Processo Penal).

O processo administrativo culminará no julgamento em Plenário, podendo cada Conselheiro ter vista dos autos (art. 12 do Regulamento). Nesta fase, a Procuradoria e, após, o acusado ou seus advogados terão, nessa ordem, direito à palavra por 15 (quinze) minutos cada um (art. 42 da Lei n.º 4.137/62). Chama-se atenção para a faculdade de, nos debates, o acusado sustentar diretamente a própria causa. Trata-se de permissivo a ser abolido. De fato, em sua grande maioria, os indiciados são maus defensores da própria causa, não estando a seu alcance o que devem ou não dizer, nem o que calar. Supondo que estão se desculpando, poderão estar se comprometendo definitivamente. Ao patrono cabe, profissionalmente, proteger seus interesses.

Com o julgamento conclui-se o processo de apuração do abuso do poder econômico na atual legislação do CADE, mesmo porque, dependendo a *recorribilidade* da lei, à falta de previsão legal, nenhuma decisão do órgão, seja nas fases prévias (sindicância e averiguações preliminares), seja em tema de processo administrativo, é recorrível administrativa ou hierarquicamente. O Conselho, órgão dotado de autonomia, não está subordinado a qualquer autoridade superior, nem mesmo ao Ministro da Justiça. Todavia, embora a Procuradoria não tenha acesso a qualquer via recursal, por força do preceito constitucional consagrador do princípio da inafastabilidade do Poder

Judiciário (art. 153, § 4.º, da Constituição Federal), inestimável salvaguarda dos direitos individuais, poderá o condenado pelo CADE pleitear o controle judicial do ato administrativo representado pela decisão final adversa que repute ilegal. Sabe-se ser essa resolução colegiada ato administrativo *vinculado* ou *regrado*, sujeitando-se, portanto, à revisão. Caberá, então, à Justiça Federal civil (e não à criminal, posto que, como visto, se trata de ação anulatória de ato administrativo) reexaminar o pronunciamento quase jurisdicional impugnado, reapreciando o *mérito da causa* (*thema decidendum*) com ampla liberdade (não há confundir esse conceito com o de *mérito administrativo*, ou seja, a oportunidade, ou conveniência, da decisão), podendo anular ou confirmar (mas não modificar) o decisório proferido.

V. *Compromisso de cessação*

Por último, uma breve palavra sobre esta forma excepcional de suspensão do processo penal-econômico, que é o *compromisso de cessação*.

Fiel à progênie utilitarista (posto que originário dos chamados *consent decrees* do Direito norte-americano) e ao sentido teleológico preventivo que consagra a legislação antitruste nacional, o Regulamento (art. 15), introduziu a possibilidade de instalação de extraordinária crise a relação processual, *por acordo*, sem que o avençado implique a confissão da ocorrência de abuso do poder econômico (inexistindo, por consequência, penalidade a ser aplicada). Trata-se de instrumento de real valor para a pronta e eficaz restauração dos princípios da livre concorrência, cujo emprego deve ser estimulado. Nos Estados Unidos, por exemplo, nos últimos quarenta anos, o número de casos cíveis no âmbito do Departamento de Justiça que foram solucionados por essa via monta a cerca de 70% (setenta por cento) ⁽⁸⁾.

Os interesses econômicos da sociedade, em cuja seara viceja o pragmatismo das soluções e resultados, se sobrepõem ao formalismo dos atos e preponderam sobre a pretensão punitiva do Estado. A demora decorrente dos trâmites legais, durante os quais, em muitos casos, subsiste a conduta restritiva da concorrência sob apuração, é freqüentemente mais danosa à livre competição do que a eventual solução transaccional da lide, ainda que, dessa forma, permaneça impune o agente ativo da infração. Por outro lado, pode o CADE obter acordos em termos mais rigorosos e eficazes do que aqueles resultantes da ação penal-econômica, na medida em que o acusado se mostre ansioso em poupar o tempo e evitar as despesas, a publicidade e os riscos do processo. Ainda quando acredite o acusado na própria inocência, desde que o resultado econômico que se lhe proponha seja considerado aceitável, poderá ele preferir dispor de certos benefícios comerciais ou financeiros resultantes da questionada conduta (que poderá ser eventualmente repressível ou indesejável ou aética, mas não ilegal) em troca do ônus processual ou do clamor público decorrente da contenda. A primazia das soluções de

(8) S. C. OPPENHEIM, G. WESTON e J. T. MCCARTHY, *Federal Antitrust Laws*, 4ª edição, p. 1033.

mercado para as anomalias concorrenciais há de ser sempre preferível ao controle estatal repressivo da economia.

Seriam basicamente cinco os principais estímulos ao acusado para propor compromisso: *a)* a economia (aliás também para o Estado) ao se evitarem as dificuldades inerentes ao julgamento do processo antitruste; *b)* a informalidade das negociações; *c)* o interesse de se esquivar a uma condenação que já preveja, bem como à subsequente ação por perdas e danos que lhe seria eventualmente movida pelas vítimas diretas da conduta abusiva do poder econômico; *d)* a possibilidade de o CADE se manifestar concretamente sobre a legalidade ou ilegalidade de determinadas condutas empresariais de seu interesse específico e *e)* a possibilidade de se amortecer o clamor público desfavorável decorrente do julgamento ⁽⁹⁾.

A política antitruste nacional deve objetivar a conciliação do processo competitivo com o desempenho econômico, social e tecnológico desejável. Cumpre, precipuamente, impedir que o poder excessivo de mercado redunde em conduta abusiva, restritiva da concorrência. Diante dessa perspectiva, há que se ter em mente que o exercício da política antitruste busca *resultados econômicos*, tendo por moeda corrente a *eficiência* e o *desenvolvimento*. Compreende-se por eficiência a inter-relação adequada entre preços e custos de produção, entre capacidade e produtividade e entre demanda e capacidade, em regime de produção de escala. Consiste o desenvolvimento no incremento da produção em geral, no aumento desta por unidade produtiva, no desenvolvimento de novas técnicas e na geração de bens e serviços novos e melhores, com o progressivo melhoramento do estado da técnica.

Assim, para que os pressupostos de uma política antitruste se concretizem mais rapidamente, muitas vezes é preferível que a lide seja prontamente solucionada sob forma quase contratual, preservando-se a ordem econômica e social de maior desgaste e trauma e restaurando-se de plano o princípio da livre concorrência.

O compromisso há que contar com a *iniciativa do indiciado*. Não poderão propô-lo a Procuradoria ou o Conselheiro-Relator, estes por estarem sujeitos aos princípios da indisponibilidade ou irretratabilidade (poder-dever).

Segundo o art. 15 do Regulamento, o compromisso poderá ser *assumido* durante qualquer fase da sindicância ou dos procedimentos quase-jurisdicionais (averiguações preliminares e processo administrativo). O preceito merece cuidados hermenêuticos. De fato, não se poderia interpretá-lo como se permitisse a *propositura* de compromisso em *qualquer* fase (poderá ele ser apenas *assumido*), sob pena de se consagrar escárnio à sociedade e à autoridade do CADE. Fosse assim, poderia o indiciado requerê-lo até mesmo no ato de julgamento do processo administrativo, substituindo a sustentação

(9) S. C. OPPENHEIM et al., *op. cit.*, p. 1034.

oral por “compromisso de cessação”, impeditivo da inscrição de seu nome no registro dos culpados e de imposição da pena. O Regulamento não indica o derradeiro ensejo para a oferta de compromisso. Pelo sentido teleológico do instituto, parece-nos que a licença de peticionar por transação torna-se *preclusa após a defesa prévia*. Com efeito, após essa oportunidade, a maior parte dos benefícios objetivados com o compromisso já se teria esvaído. É claro, por isso mesmo, que quanto mais tempo levar o indiciado para tomar a iniciativa, mais rigorosos haverão de ser os termos do compromisso.

Outrossim, a franquia regulamentar não se aplica indistintamente a todas as modalidades de abuso do poder econômico. Assim, não há admitir compromisso de *cessação* quando se trate de ilícito *consumado*. Há que se cuidar de infração *permanente*, cujos efeitos danosos ainda persistam no curso do processo penal-econômico. Não pode haver *cessação* do que já não mais existe.

O *compromisso de cessação* é o resultado documental de delicado e importante *processo transacional prévio*. Sua *assunção* deve ser entendida como sua aceitação, pelo indiciado, dos termos e condições que lhe forem ofertados pelo CADE. Assim, pretendendo acordo, por petição nos autos (preferivelmente a ser atuada em apartado), deve o Secretário Executivo (se o feito estiver em fase de sindicância), *ad referendum* da Presidência, ou o Conselheiro-Relator (nas demais fases), *sem suspensão do procedimento* então em curso (até, é claro, a fase de julgamento definitivo do processo administrativo, sob pena de se frustrar o acesso ao compromisso daquele que tempestivamente o houver requerido), determinar estudos, pareceres e/ou pesquisas às Coordenadorias competentes, no sentido de ofertarem subsídios para a fixação das condições contratuais (em termos econômicos e jurídicos) *que melhor se adaptem à realidade e às peculiaridades do mercado relevante*. Restariam baldados os propósitos do compromisso se o indiciado fosse compelido a repeli-lo por inviabilidade ou inadequação dos termos propostos ao mercado específico ou, ao contrário, se aceito, não resultarem no restabelecimento da livre concorrência e da ordem econômica violentada.

Concluídas essas providências e colhidas as sugestões, desenrolar-se-ia informal negociação entre a Secretaria Executiva, a Procuradoria (aqui atuando como fiscal da lei e não como titular da ação penal-econômica e da pretensão punitiva) e o indiciado. Não se deve permitir a interferência do representante; seu desejo de vingança privada pode, *ab initio*, impossibilitar ou inviabilizar o sucesso das tratativas. A circunstância não impede, porém, que o queixoso formule considerações ou sugestões *escritas* ao Secretário Executivo e/ou à Procuradoria, que poderão, livremente, a seu exclusivo critério, levá-las ou não em consideração.

É claro que tais diligências prévias e negociações devem ser céleres, máxime diante da não suspensão dos procedimentos investigatórios e/ou instrutórios de apuração do abuso do poder econômico em curso. O efeito não suspensivo atribuível ao pedido do indiciado demanda, por consequên-

cia lógica, a fixação de prazo pelo Presidente do CADE (quando o pedido for formulado em sede de sindicância) ou pelo Conselheiro-Relator (nas demais fases), conforme o caso, termo este, é claro, prorrogável por despacho fundamentado e criterioso. Recomendável seria a pronta regulamentação da matéria.

Bem sucedidas as conversações, deve ser redigido documento formal de *compromisso de cessação*, através do qual o indiciado unilateralmente se obriga não só a cessar a prática incriminada, mas também observar os demais termos e condições acordados e submeter-se à *fiscalização* (que há de ser efetiva e constante) do CADE. Sem esta, o documento seria natimorto, na maioria dos casos.

Recebendo o compromisso devidamente subscrito pelo interessado, com o necessário "de acordo" da Secretaria Executiva e da Procuradoria, caberá ao Plenário *homologá-lo*, sem alterações (posto que o art. 15 do Regulamento determine que, assumido o compromisso, o CADE *suspenderá* a ação penal-econômica). *De lege ferenda*, reforma regulamentar deverá considerar a ampliação da competência do Plenário, concedendo-se-lhe poderes de controle, participação e/ou veto *pro societate* quanto aos termos acordados com o indiciado.

O compromisso de cessação deve, por seu turno, ter período de vigência. Seria inconcebível sua eternização, máxime diante do mercado, sempre volúvel e mutável. Inexiste comércio que não seja dinâmico por natureza. Igualmente inaceitável que o processo permaneça "suspenso" de forma perene. O termo deve ser fixado caso a caso, de acordo com a hipótese concreta e diante das características específicas. *Não deve, porém, ser inferior ao prazo prescricional da ação penal-econômica subjacente*, isto é, 2 (dois) anos (art. 114 do Código Penal). Solução em contrário resultaria em ofensa ao princípio da indisponibilidade da ação. Enquanto não extinta a punibilidade, permanece íntegra a pretensão punitiva do Estado que, por força do compromisso, permanece em estado hibernar. Assim, verificado, a qualquer tempo (enquanto não ocorrer prescrição, é claro), o descumprimento do *acordo, dar-se-á ou a abertura imediata do processo administrativo, se já instaurada a sindicância ou as averiguações preliminares, ou a pronta reativação e julgamento, em caráter prioritário, do processo administrativo, se já em curso* (art. 15 do Regulamento). Consumada a prescrição e verificada a violação do compromisso, deverá o CADE, *ex officio*, de imediato e também em caráter prioritário, determinar a instauração dos procedimentos competentes para a apuração do novo abuso do poder econômico. Todavia, nesta hipótese, não há falar em reincidência para os efeitos do art. 46 da Lei n.º 4.137/62; ao infrator recalcitrante, porém, não se deveria conceder novo acesso ao benefício.

Finalmente, cumpre observar que o compromisso de cessação, por sua natureza obrigacional, pode ser alterado pelo CADE, quicá, mediante petição dirigida ao Presidente do Conselho, subscrito pelo compromissário, desde

que demonstrada modificação das circunstâncias do mercado relevante que exija a emenda. Neste caso, com o indispensável "de acordo" da Secretaria Executiva e da Procuradoria, após os convenientes estudos e renegociações informais com o interessado, poderá o Plenário *homologar* o aditivo. A transação, quando ratificada, produz para o CADE o efeito de *coisa julgada administrativa*. Assim, não poderá o órgão ou qualquer de suas unidades pretender modificá-la sem anuência do compromissário, a menos que, *expressamente*, se reserve o direito do CADE de alterar o acordo para sua adaptação a supervenientes condições do mercado relevante, conforme especificadas na avença.

A previsão do instituto, como se sabe, é de pobreza franciscana, reduzida a um único e impreciso artigo do Regulamento, merecendo, portanto, por sua utilidade e valor, imediato disciplinamento e pronta sistematização. Urge impedir que incompreensões, atitudes menores ou entendimentos leigos impeçam seu desenvolvimento.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, J. Canuto Mendes de. *Processo Penal, Ação e Jurisdição*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1975.
- *Princípios Fundamentais do Processo Penal*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1973.
- AREEDA, Phillip. *Antitrust Analysis*. Boston, Ma., EUA, 2.^a edição, Little, Brown and Company, 1974.
- AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente. *Curso de Direito Judiciário Penal*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1958.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pelegrini e DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1974.
- ESPINOLA F^o, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. Rio de Janeiro, Ed. Borsoli, 1954.
- KAYSEN, Carl e TURNER, Donald F. *Antitrust Policy — An Economic and Legal Analysis*. Cambridge, Ma., EUA, Harvard Press, 1959.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1961.
- NORONHA, E. Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. São Paulo, 6.^a edição, Ed. Saraiva, 1973.
- OPPENHEIM, S. Chesterfield, WESTON, Glen E. e McCARTHY, J. Thomas. *Federal Antitrust Laws*. 4.^a edição, St. Paul, Minn., EUA, West Publishing Co., 1981.
- SULLIVAN, Lawrence Anthony. *Antitrust*. St. Paul, Minn., EUA, West Publishing Co., 1977.
- TOURINHO F^o, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 5.^a edição, Bauru, Ed. Jalovi, 1979.