

A cláusula “devido processo legal” e a lei antitruste nacional

JOSÉ INÁCIO GONZAGA FRANCESCHINI

S U M A R I O

1. Origem histórica do princípio. 2. Evolução inicial do Direito Processual aos Direitos do Homem. 3. Aplicação ao processo antitruste. 4. A tutela do próprio processo: nova evolução. 5. O princípio como instrumento de controle da constitucionalidade das leis e de garantia do direito material antitruste. 6. Flexibilidade da cláusula.

1. “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” é o que dispõe o art. 50, inciso LVI, da Constituição Federal. É a consagração constitucional do “due process of law”, cuja aplicabilidade à legislação ordinária passou, assim, a ser cogente, por disposição expressa e não mais por mera interpretação doutrinária.

Teve o princípio por origem remota o édito Conrad II, de 1037, que garantia o respeito a certos direitos de propriedade: “nisi secundum constitutionem antecessorum nostrorum et iudicium parium suorum”. Ficou mais conhecido, entretanto, por sua inclusão no art. 39 da Carta Magna, de 1215, significando a exigência de observância das leis do país (“nullus liber homo capiatur vel imprisonetur . . . nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae”). Ulteriormente, iniciando longo processo evolutivo, seja em termos formais como substanciais, a expressão “lei da terra” (“law of the land”) passou a ser substituída, a partir do estatuto de Eduardo III, de 1354, por sua sinônima, “due process of law”, que obteve reconhecimento universal.

O conceito, como já adiantado, através dos tempos, vem passando por marcantes transformações. Tomado, na Carta Magna, como princípio especificamente processual, garantidor de “orderly proceedings”, assim permaneceu por cerca de três séculos, reiniciando sua evolução no século XVII, até tornar-se, nos dias de hoje, em “standard” genérico imune a cerceamentos formais.

2. No plano processual, objetiva proteger a pessoa contra a ação arbitrária do Estado, sendo assim exprimida em diversos textos constitu-

cionais e proclamações dos Direitos do Homem. Exemplo disso é o art. 11 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que assim reza:

“Toda pessoa acusada de prática de um ato delituoso presume-se inocente até que sua culpa venha a ser apurada no curso do processo público, durante o qual se lhe assegurem todas as garantias necessárias à defesa.”

A partir deste ponto, conclui-se com o Prof. CELSO RIBEIRO BASTOS em seus recentes *Comentários à Constituição do Brasil*, obra em co-autoria com IVES GANDRA MARTINS, vol. 2, p. 260, que o processo, no mundo moderno, passou a ser considerado não mais como simples procedimento adjetivo, mas antes, manifestação de um direito da pessoa humana. Adotada a orientação publicística do processo, tornou-se inafastável o reconhecimento da ação como direito público subjetivo e, nesse diapasão, como direito cívico ou obrigação do Estado. Por conseqüência, os textos constitucionais passaram a discipliná-lo, impedindo que leis mal-elaboradas possam levar à sua desnaturação com conseqüente prejuízo dos direitos subjetivos que deve amparar. Transpõe-se desta forma o âmbito puramente processual para compreender também o substancial. É que se o Direito substantivo não pode ficar à mercê do processo, por outro lado, não pode ele sucumbir diante da inexistência ou insuficiência deste. É o que resulta da preleção.

Como expressa ADA PELLEGRINI GRINOVER (*Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil*, p. 12), exsurge do texto constitucional a proclamação dos valores éticos sobre os quais repousa nossa organização política. Direito processual passou a ser expressão com conteúdo próprio, em que se traduz a garantia da tutela jurisdicional do Estado, através de procedimentos demarcados formalmente em lei. Decorre daí uma plêiade de princípios corolários, muitos dos quais também merecedores de reconhecimento constitucional, tais como os da isonomia, do juízo natural, da garantia de assistência judiciária, do sistema acusatório, do contraditório, da ampla defesa, da coisa julgada, da inafastabilidade do controle judiciário, do duplo grau de jurisdição, da publicidade e da imparcialidade dos julgadores. Suas aplicações práticas, porém, têm abrangência lata, que extravasa o elenco constitucional.

Acentua COUTURE, citado pelo emérito constitucionalista, Prof. JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO (*apud* “Processo e Constituição: o Devido Processo Legal”, RDP, vol. 68, p. 55), que (a) a Constituição pressupõe a existência de um processo como garantia da pessoa humana; (b) a lei, no desenvolvimento normativo hierárquico destes preceitos, deve instituir outro processo; (c) a lei não pode instituir formas que tornem ilusória a concepção de processo consignada na Constituição; (d) se a lei instituir forma processual que prive o indivíduo de razoável oportunidade para fazer valer seu direito, será inconstitucional; e (e) nestas condições, devem existir meios de impugnação para que seja efetivo o

controle da constitucionalidade das leis. Cabe, portanto, aos mecanismos processuais específicos tornarem eficazes as normas constitucionais e, assim sendo, no dizer de LIEBMAN, o processo, de instrumento de justiça, desvenda sua real vocação para transformar-se em garantia da liberdade. As formalidades do processo, por consequência, são veículos das garantias constitucionais.

Um dos componentes básicos do “devido processo legal”, no campo processual, é, a par do direito de ação, o da jurisdição, que atua após a notificação apropriada, que dê conhecimento, a todas as partes, da interposição de atuações que possam afetar direitos, e que culmina com a prolação, pelo juiz competente, de uma sentença motivada, apoiada na “causa petendi”, e que seja congruente com os termos do libelo (“sententia debet esse conformis libello”), não lhe ultrapassando os termos (“ultra petitum”), nem lhe sendo diverso (“extra petitum”). São os princípios da congruência e da motivação.

3. A vigente legislação antitruste brasileira (Lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962) não poderia estar infensa às exigências processuais constitucionais, atendendo-as, como de mister, mas através de cláusula por demais sucinta, em seu art. 36. Determina esse preceito que, na instauração do processo antitruste, deve ser observado o disposto no Livro II, Capítulo III, Título I, do Código de Processo Penal, com as alterações constantes do diploma especial.

Assim sendo, a fórmula remissiva não teve o condão de, tão-somente, garantir o direito do acusado por abuso do poder econômico à ampla defesa, mas, antes, de consagrar o “due process of law” em sua inteireza, do qual aquele direito é apenas um corolário, embora, como outros, de vital importância.

De fato, ainda que respeitáveis posições doutrinárias entendam ser o processo antitruste um rito administrativo por essência e não um processo penal-econômico, não se lhe pode negar a aplicabilidade do devido processo (“due process of law”), mesmo pelos que o entendam como feito puramente administrativo, constituindo, no dizer de RENATO MARTINS PRATES (“O Processo Administrativo e a Defesa do Administrado”, RDP, vol. 86, p. 131), requisito essencial para a autoridade pública expressar, com fidelidade, a vontade da lei. Isto porque, como bem esclarece esse ilustre Procurador da Fazenda Nacional e Mestre em Direito Administrativo, a vontade expressa pelo administrador não é, ou não deve ser, fruto das tendências, inclinações ou desejos pessoais, mas a mera concretização e individualização de uma vontade abstrata e genericamente prevista em lei. Incumbe ao processo concretizar essa vontade, fornecendo-lhe elementos de fato e de direito que permitirão que ela se perfaça de conformidade com o ordenamento jurídico.

E, de qualquer modo, na linha de pensamento de RENATO MARTINS PRATES (*opus cit.*, p. 134), ainda que o processo administrativo seja, de modo geral, informal, dispensando a rigidez e o formalismo do processo

judicial, o processo é fundamentalmente "forma" e a "forma", no processo, é a garantia do julgamento justo. Em suma, o processo administrativo deve seguir seu rito próprio, previamente previsto em lei, que varia de acordo com a natureza da atuação administrativa a que visa.

Tem inteira procedência o ensinamento ao ressaltar que o grau de formalidade do processo deve não só ser previamente previsto em lei, mas também variar de acordo com a natureza da atuação administrativa. Assim, tendo-se em conta a natureza repressiva da legislação antitruste (independentemente da taxinomia da lei), atingindo o "status libertatis" dos agentes econômicos e balizando a legitimidade do princípio constitucional da liberdade de iniciativa, por sua importância e gravidade, não poderia ela satisfazer-se com regras processuais de aplicação informal. A forma, sem resvalar para o formalismo da velha praxe, é, no caso, garantia da liberdade econômica.

Como inarredável consequência da lição, destaca o estudioso administrativo os principais princípios de defesa do administrado, a que geralmente aludem os especialistas: (a) o da imparcialidade dos órgãos responsáveis pelo processo; (b) o da publicidade do processo; (c) o da especificação da acusação; (d) o da cientificação do processo ao interessado (citação); (e) o da contestação (defesa); (f) o da produção de provas e controle das provas produzidas pela Administração; (g) o da motivação no julgamento e (h) o da utilização dos recursos cabíveis ("opus loc. cit."). Ressalta-se, ainda, que os princípios da legalidade dos atos administrativos e da garantia de defesa exigem a fundamentação precisa da peça inicial que instaura o processo, contendo a acusação ao administrado. Dela devem, portanto, constar, ao menos, a descrição exata da infração cometida e a qualificação do acusado, sem o que não poderá haver defesa, posto que a ausência destes requisitos formais impede ao acusado plena ciência da ofensa que lhe é irrogada. Como diz o ensaísta, neste caso, "o processo é a configuração do absurdo kafkaniano" (*opus loc. cit.*).

No atual anteprojeto da nova Lei Antitruste brasileira, conforme publicado no *Diário Oficial* da União de 2 de dezembro de 1988, Seção I, a matéria foi objeto de ampla adoção. Em primeiro lugar, deu-se ao processo antitruste a devida relevância e amplitude, reconhecendo tratar-se de direito público subjetivo e evitando-se com isso conotações meramente adjetivas, passíveis de tratamento normativo através de diplomas de menor hierarquia (cf. art. 41 do Anteprojeto). Partindo dessa posição, seguiu-se a consagração explícita, "de lege ferenda", dos demais princípios resultantes da cláusula do devido processo legal: o do juízo natural (arts. 31 e 42, parágrafo único, e 60); o da publicidade (arts. 40, 61 e 69, parágrafo 1.º); o da natureza pública do processo (art. 42); o da assistência jurídica (art. 46), que, inclusive, admite a nomeação de defensor "ad hoc", em caso de necessidade; o da imparcialidade do julgador (art. 53); o do sistema acusatório ("ne procedat iudex ex officio") (art. 58); o do contraditório e da ampla defesa (art. 60); o do chamamento (art. 62); o da

congruência e motivação da sentença (arts. 69, parágrafo 2.º, e 85, parágrafo 2.º); o da coisa julgada (art. 69, § 2.º); o do duplo grau de jurisdição (art. 70) e o da inafastabilidade do controle judicial (art. 85).

Não se permitiu desta forma, que tema fosse relegado à maior ou menor flexibilidade hermenêutica do aplicador ou à iniciativa normativista de menor hierarquia, sujeitas a inseguras mutações, muitas vezes de natureza política, subjetiva ou pessoal. É o que ocorre atualmente, por exemplo, com a excessiva sisudez processual da vigente Lei Antitruste, que tem permitido entendimentos mais informais, que culminam, por vezes, por desconsiderar alguns dos princípios basilares resultantes da cláusula "due process of law", tais como, conforme salientado por RENATO MARTINS PRATES, o da especificação da acusação e fundamentação da peça inicial. De fato, com frequência não contêm as acusações formuladas junto ao CADE, acarretando-lhes insanável nulidade, a descrição exata da infração cometida e a qualificação do acusado. Estes requisitos encontram-se contemplados no art. 41 do Código de Processo Penal, aplicável ao atual processo antitruste nos termos do art. 36 da Lei n.º 4.137, de 1962, combinado com o art. 394 daquele diploma processual penal básico. Buscou, conseqüentemente, o Anteprojeto sanar o problema e evitar a proliferação de vícios processuais, de um lado, exigindo da representação o atendimento às demandas de identificação do acusado e exposição do fato argüido como caracterizador de abuso do poder econômico (art. 54, parágrafo único) e, de outro, incorporando, expressamente, os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal à denúncia da Procuradoria do CADE (art. 58, parágrafo 1.º). Adotou-se, assim, a fórmula sempre moderna de JOÃO MENDES DE ALMEIDA ("apud" ROGÉRIO LAURIA TUCCI, *Enciclopédia Saraiva de Direito*, vol. 23, pp. 306 e segs.), segundo a qual a petição inicial deve ser uma exposição narrativa e demonstrativa, "verbis": "Narrativa por que deve revelar o fato com todas as suas circunstâncias, i.e., não só a ação transitiva, como a pessoa que praticou ("quis"), os meios que empregou ("quibus auxiliis"), o malefício que produziu ("quid"), os motivos que o determinaram a isso ("cur"), a maneira por que a praticou ("quomodo"), o lugar onde a praticou ("ubi"), o tempo ("quando") . . .".

Quanto à exigência de cientificação do processo ao interessado, foi ela atendida pela compulsoriedade de notificação do acusado (arts. 56, parágrafo único, e 62), que só comporta ressaltar, na fase de averiguações preliminares, em casos de absoluta excepcionalidade, tais como a notória conduta prepotente, arbitrária, desleal, maliciosa ou anticoncorrencial do representado no mercado, cujo conhecimento antecipado da representação possa por em alto risco o regular andamento do procedimento investigatório, ou a cabal desnecessidade da notificação, por exemplo, por já ter tido o acusado, por sua iniciativa ou do representante, prévio acesso à representação. A regra geral, face à natureza repressiva da legislação antitruste, é a da obrigatoriedade da notificação do representado, "ab initio", regra esta que só comporta taxativas e excepcionais exceções em defesa do interesse público ou por sua total inocuidade.

4. Outrossim, procurou o anteprojeto acolher avanços da doutrina recente, que vê na cláusula do “devido processo legal” não apenas uma garantia da pessoa, mas também a tutela do próprio processo. É o que preleciona ADA PELLEGRINI GRINOVER (*Processo Constitucional em Marcha*, p. 8, item 2) ao dizer que “as garantias constitucionais do devido processo legal converteram-se, de garantias exclusivas das partes, em garantias da jurisdição e transformaram o procedimento em um processo jurisdicional de estrutura cooperatória, em que a garantia de imparcialidade da jurisdição brota da colaboração entre partes e juiz. A participação dos sujeitos no processo não possibilita apenas a cada qual aumentar as possibilidades de obter uma decisão favorável, mas significa cooperação no exercício da jurisdição. Para cima e para além das intenções egoísticas das partes, a estrutura dialética do processo existe para reverter em benefício da boa qualidade da prestação jurisdicional e da perfeita aderência da sentença à situação de direito material subjacente”.

A Lei n.º 4.137, de 1962, deu grande realce à colaboração compulsória, apenando a recalcitrância com eventual responsabilidade criminal ou funcional (cf. arts. 75, 76, 78 e, principalmente, 80 daquela lei).

Mais consentâneo com o espírito da estrutura cooperatória do processo, a que se referiu ADA PELLEGRINI GRINOVER, o Anteprojeto ressaltou, primordialmente, a atitude participativa voluntária e cívica, inclusive com a substituição da pena privativa da liberdade pela “astreinte”, e admitiu recurso à força pública apenas quando absolutamente necessário (cf. arts. 44, 45, 63 e 101). Por outro lado, ao pleno direito do representante de formular representação contrapôs-se-lhe a responsabilidade de fazê-lo em boa fé (art. 52) e o dever de cooperar com a Procuradoria no exercício do *ius puniendi* (art. 63).

5. Por outro lado, e prosseguindo na análise do alcance do “devido processo legal”, o processo justo não tem por objetivo o processo em si mesmo, em seu sentido mais formal. A par de constituir-se em garantia individual e tutela do próprio processo, o “due process of law” culmina por também compreender o direito material a que se propõem a lei substantiva e o direito objetivo proteger. No caso da Lei Antitruste, atualmente respaldada no art. 173, § 4.º, da Constituição Federal, é ela norteadada pelos princípios gerais da ordem econômica constitucional, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170 da Constituição Federal).

Em outra ordem de idéias, “due process of law” significa não só a necessidade de a ordem jurídica limitar o exercício das prerrogativas do Estado no campo econômico, como também de efetivar, por via legislativa ordinária, o princípio fundamental da livre concorrência (art. 170, inciso IV, da Constituição Federal).

Sob o primeiro aspecto serve a cláusula como instrumento de controle da constitucionalidade das leis, função esta ressaltada na decisão histórica

proferida pela Suprema Corte norte-americana no famoso caso *Hurtado vs. Estado da Califórnia* (110 v.s. 516) de que: "Applied in England only as guards against executive usurpation and tyranny, here they have become bulwarks against arbitrary legislation". De fato, a legislação arbitrária, ainda que tenha escopo social, é inconstitucional por representar uma violação do "due process of law".

Procurou, portanto, o Anteprojeto da nova Lei Antitruste brasileira, sem prejuízo do vigor inerente a qualquer lei repressiva, evitar atitudes policiaescas ou antidemocráticas, seja exigindo que a fase investigatória do processo tenha por objetivo primordial evitar a acusação infundada, através da pesquisa do real motivo (art. 58, § 1.º) à instauração do processo administrativo, e não constituir-se em procedimento acusatório, seja buscando a pronta restauração da ordem econômica ofendida ou sob risco, através dos institutos do "nolo contendere" (art. 62, § 4.º), do compromisso de cessação (art. 102) e do acordo entre as empresas (art. 48, parágrafo único), seja incentivando a cooperação ativa e voluntária dos agentes econômicos através de recomendações (art. 98), seja garantindo a transparência dos procedimentos (arts. 40, 45, parágrafo único, e 61), seja ressaltando os acordos restritivos da concorrência que encontram apoio em leis especiais (art. 24), seja controlando as eventuais iniciativas ou interpretações estatais, inclusive normativas, atentatórias ou prejudiciais à livre concorrência (arts. 37 e 39).

Quanto ao segundo aspecto, alertava F. C. DE SAN TIAGO DANTAS (*Problemas de Direito Positivo*, pp. 37 e ss.) que a crescente intervenção do Estado na vida econômica, para orientar, coordenar, estimular e reprimir iniciativas, constitucionalmente se exprime numa dilatação do "poder de polícia", o qual estende sua esfera de ação até os negócios privados, na medida em que eles se refletem no campo do interesse público. Mais modernamente, o Prof. BARACHO (*opus cit.*, p. 75) anota que a importância da jurisdição constitucional tem também grande significado na efetivação dos interesses difusos, tendo as Constituições hodiernas ampliado o elenco desses direitos, estabelecendo "princípios diretores da política social e econômica", geradores de interesses dessa natureza, tais como a proteção econômica.

Compreendidos estes aspectos, têm-se, de um lado que, tendo adotado a Constituição Federal por princípios fundamentais da ordem econômica a liberdade de iniciativa e o direito de concorrência, o exercício dos direitos deles resultantes só pode sofrer restrições quando ditadas pelo interesse público e apenas quando não haja alternativas à consecução dos fins pretendidos. Isto porque, como salienta THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI (*Tratado de Direito Administrativo*, vol. III, p. 23), essas restrições se destinam a preservar a ordem econômica vigente e não destruí-la.

Serve, assim, a cláusula do "due process of law" para limitar toda legislação decorrente das funções de polícia no campo econômico, de que é expoente a legislação antitruste nacional.

Disso resulta que ninguém pode, por exemplo, ser processado junto ao CADE por exercer as regras do livre mercado, da concorrência ou da livre iniciativa; ninguém pode ser processado sem justa causa. Caso contrário o feito instaurado será violador do "due process of law" e, portanto, inconstitucional. Não é por outra razão que o art. 27 da Lei n.º 4.137, de 1962, exige o "real motivo" à sujeição do acusado a processo administrativo, conceito este melhor definido no art. 58, § 1.º, do Anteprojeto, como sendo a existência de "indícios veementes de prática de abuso do poder econômico". Ofende o "devido processo legal" a instauração de processo administrativo sem que contra o representado haja ao menos elementos indiciários concretos de atentado à ordem econômica, não servindo aquele procedimento para a investigação da existência ou não desses indícios contra quem apenas exerça seus direitos constitucionais de livre concorrência e iniciativa. Para a constatação de indícios, entendendo-se estes nos termos do art. 239 do Código de Processo Penal (dada sua aplicação subsidiária, seja nos termos do art. 36 da vigente Lei n.º 4.137, de 1962, seja na consagração expressa do entendimento no art. 49 do Anteprojeto), como sendo a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias, conferiu-se amplo espectro investigatório à fase de averiguações preliminares (art. 56 do Anteprojeto).

Em resumo, qualquer Lei Antitruste ou entendimento que permita ser alguém processado por exercer um dos direitos e garantias constitucionais, de livre concorrência ou livre iniciativa, será inconstitucional. Não é certamente o caso da vigente Lei n.º 4.137, de 1962, nem o do Anteprojeto, consagradores que são de exigência do "real motivo" ou justa causa.

6. Este um breve apanhado da aplicabilidade da cláusula do "devido processo legal" à legislação e processo antitruste brasileiros.

Não seria possível, à toda evidência, tê-lo como um quadro exaustivo do conceito, que, como visto, se expande continuamente. É que, como disse o Juiz FRANKFURTER no caso Comitê Antifascista vs. McGrath (341 US 123, 95 L.Ed. 817 (1951)), citado por ANTONIO ROBERTO SAMPAIO DÓRIA (*Princípios Constitucionais Tributários e a Cláusula "Due Process of Law"*, p. 48), "due process' não pode ser aprisionado dentro dos traiçoeiros lindes de sua fórmula... 'due process' é produto da História, da razão, do fluxo das decisões passadas e da inabalável confiança na força da fé democrática que professamos. 'Due process' não é um instrumento mecânico. Não é um padrão. É um delicado processo de adaptação que inevitavelmente envolve o exercício de julgamento por aqueles a quem a Constituição confiou o desdobramento desse processo".

O Anteprojeto da nova Lei Antitruste brasileira procurou dar a mais ampla e eficaz ênfase possível ao "due process of law". Novas contribuições, todavia, certamente advirão do processo legislativo e, por fim, do aplicador hermeneuta.