

Direito Concorrencial e Contencioso

[Mauro Grinberg](#)

O Despacho saneador no processo administrativo saneador do Cade

Sanear é limpar, expurgar, organizar, corrigir e muito mais. Em termos processuais, o saneamento do processo pode ser visto como “a correção de seus eventuais defeitos e organização de seus rumos”.¹

Trata-se de fase extremamente importante do processo, tanto judicial quanto administrativo, pois tende a evitar perda de tempo e de recursos e sobretudo a conceder a todos os participantes a tão almejada segurança jurídica. Esta fase tem sido pouco valorizada no processo administrativo sancionador do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), em relação ao qual estabelece o art. 72 da Lei 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência – LDC): “Em até 30 (trinta) dias úteis após o decurso do prazo previsto no art. 70 desta Lei, a Superintendência-Geral, em despacho fundamentado, determinará a produção de provas que julgar pertinentes, sendo-lhe facultado exercer os poderes de instrução previstos nesta Lei, mantendo-se o sigilo legal, quando for o caso”.

Então vemos que no despacho previsto no art. 72 acima referido tem por objetivo precípuo organizar a prova. Mas organizar para provar o que? Por isso é fundamental que o despacho tenha mais completos objetivos, com base no art. 115 da LDC, que prevê a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil (CPC) ao processo administrativo sancionador do Cade. E aí analisamos a importância da aplicação do art. 357 do CPC:

“(…) deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

I – resolver as questões processuais pendentes, se houver;

II – delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos;

¹ (Eduardo Talamini, “Comentários ao Código de Processo Civil”, Vol. 1, Saraiva, São Paulo, 2017, pág. 181).

- III – definir a distribuição do ônus da prova (...);
- IV – delimitar as questões de direito relevantes para a decisão de mérito;
- V – designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento”.

Qual é a vantagem da aplicação, no processo administrativo sancionador do Cade, do disposto no art. 357 do CPC? É sobretudo dar racionalidade ao processo, fazê-lo mais célere, por de lado matérias irrelevantes e que nada tem a ver com o objeto deste processo, além de dar segurança jurídica às partes. Ressalte-se que há indicação jurídica com base no art. 115 da LDC (“aplicam-se subsidiariamente”) do CPC.

Para efeito de aplicação do CPC ao processo administrativo sancionador do Cade, temos que entender que (i) o Réu no CPC é o Representado no Cade, (ii) o Autor no CPC é, no Cade, a própria autoridade (numa aparente confusão em que juiz e autor se misturam) e (iii) o Juiz no CPC é ora o Superintendente-Geral (juiz de instrução durante a fase investigatória do processo), ora o Cade, pelo Conselheiro Relator sorteado ou pelo próprio Colegiado, após o processo ter sido encaminhado ao Tribunal do Cade. Seja aqui lembrado que uma representação pode ser recebida como inquérito administrativo (procedimento inquisitório), ser transformada em processo administrativo (procedimento contraditório), tudo isto dentro da Superintendência-Geral. Esta emite Nota Técnica final, após a instrução, opinando pelo arquivamento ou pela condenação, enviando o feito ao Tribunal do Cade, órgão colegiado que emitirá a decisão final do Cade, acatando ou não a posição do órgão instrutor.

Citemos um exemplo meramente hipotético. Há uma acusação de cartel, limitado a uma unidade da Federação, em que, na sua defesa, uma das partes acusadas, além de dizer que inexistente cartel ou, existindo, ela dele não participou, diz que vai provar que não influenciou os preços praticados em todo o Brasil. Trata-se de matéria quase totalmente alheia ao objeto do processo – pois só interessa, para seu efeito, o que ocorreu no Estado da Federação em questão -, razão pela qual o Superintendente-Geral deve, no despacho saneador, extirpá-la do processo.

Em outro exemplo hipotético, a acusação apresenta dois fatos que constituiriam supostas infrações contra a ordem econômica. O Representado concorda que tenha participado de uma delas (embora possa alegar que o fato não constitui infração) mas nega a sua participação na outra. Assim, não há que se provar que o Representado participou daquela conduta por ele já reconhecida. Isso deve ser reconhecido no despacho saneador.

Mas vejamos a aplicação, no processo administrativo sancionador do Cade, dos itens do art. 357 do CPC (o que deve ser feito utilizando o cotejo entre acusação e defesa):

- Resolver as questões processuais pendentes: trata-se aqui de reconhecer ou negar a existência de questões procedimentais que podem macular o processo. Por exemplo, citemos alegações de erros na acusação.

- Delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos: aqui tem-se que provar (i) se determinado Representado participou de determinada reunião, tida como objeto da atividade probatória, (ii) se os preços de determinado produto tiveram alta conjunta de todos os seus produtores após a ocorrência de determinada reunião, tida como objeto da atividade probatória, (iii) que determinado Representado, no dia da reunião supostamente incriminadora, estava em outro local, etc.
- Definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373: neste ponto o Superintendente-Geral deve dizer quem deve provar cada fato sujeito a prova, valendo lembrar que (i) o ônus da prova incumbe ao acusador, quanto ao fato constitutivo da alegada infração, (ii) ao Representado quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do acusador e (iii) podendo o Superintendente-Geral distribuir o ônus probatório de forma distinta se entender que a outra parte terá mais facilidade de se desincumbir do ônus (por exemplo, nos casos em que uma parte detém os documentos que interessam para a prova da outra parte).
- Delimitar as questões de direito relevantes para a decisão de mérito: no despacho saneador o Superintendente-Geral deve dizer claramente do que os Representados são acusados, sendo que tais acusações é que passarão a ser objeto de discussão nos autos. Ou seja, se no despacho saneador ficar definido que o Representado é acusado de fixação de preços de revenda, não pode mais ser condenado por recusa de fornecimento.
- Designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento: este ponto deve ser entendido à luz do 3º do mesmo artigo: “Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações”. Ele está em linha, aliás, com o art. 6º do CPC: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si.

Um outro artigo do CPC que deve convencer a autoridade a proferir um despacho saneador amplo é o de nº 10: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes a oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”. Isto é o que se convencionou chamar de princípio da não surpresa, na verdade baseado no princípio do contraditório.

Sobre o sempre alegado princípio do contraditório, diz Camilo Zufelato que ele “tem como função precípua a de garantir a efetiva participação dos jurisdicionados no processo judicial e por consequência impondo limites ao poder de julgar do Estado”.² Deve aqui ser lembrado

² “Contraditório e vedação às decisões-surpresa no processo civil brasileiro”, D´Plácido, BH, 2019, pág. 43.

Luis Roberto Barroso: “em grande medida, a história da humanidade tem sido a imposição de limites ao poder punitivo do Estado”.³

O que defendemos aqui não é que se profira o despacho saneador, como, aliás, a Superintendência-Geral já tem feito. O objetivo é que esse despacho saneador seja amplo a ponto de abarcar todas as questões previstas nos incisos do art. 357 do CPC.

Mais ainda, o que defendemos é a possibilidade da audiência em que o Superintendente-Geral possa chamar as partes interessadas e com elas debater as questões de fato e de direito envolvidas, dando cumprimento, assim, ao disposto no § 3º do art. 357 do CPC. Pode-se perguntar qual o sentido de tal audiência e a resposta é clara: evitar problemas, ao identificar com clareza os pontos controvertidos, deixando de lado os não controvertidos, ganhar celeridade com a “limpeza” (na verdade saneamento) do processo, concentrar os esforços nos temas apontados como importantes para a decisão a ser proferida.

Uma outra vantagem desta aplicação é a desnecessidade de alteração legal ou regulamentar; basta aplicar subsidiariamente o CPC, como está previsto em lei.

³ “Sem Data Venia”, Intrínseca, RJ, 2020, pág. 185.