

Concorrência: buscas e apreensões

João Grandino Rodas*

Ultimamente tem sido comum no Brasil operações de busca e apreensão. As autoridades concorrenciais brasileiras muito vêm contribuindo para o aumento da utilização dessa estratégia, a tendo empregado cerca de dezesseis vezes, desde 2003. A primeira foi relativa à pedra britada, tendo por alvo o SINDIPEDRAS, em 2003, e as mais recentes foram realizadas em empresas produtoras de suco de laranja concentrado e congelado (janeiro de 2006) e na SIEMENS e AREVA, relacionadas com o fornecimento de transformadores industriais de carga elétrica (março deste ano).

Esse elevado número de buscas e apreensões se deve ao fato de a SDE ter unido esforços com a Polícia Federal e o Ministério Público para conjuntamente levar cabo investigações, civis e criminais, ligadas a supostos cartéis. Considera-se que o elemento surpresa inerente a tal ação é indispensável para obtenção de provas.

A luta contra a cartelização e contra o abuso de posição dominante tem tornado comuns os *dawn raids*¹. Tanto a comissão Européia (Regulamento CE 1/2003) como outros países — Dinamarca, Holanda, Austrália e Coreia, por exemplo — têm buscado ampliar seus poderes, com o objetivo de poderem instruir suficientemente os respectivos processos, dotando-os de elementos que garantam a condenação. A cooperação entre as autoridades de diversos países para debelar cartéis internacionais tem possibilitado operações simultâneas em seus territórios. Nesses moldes, recentemente, investigou-se o mercado aéreo de cargas, com buscas simultâneas em instalações de cinco grandes empresas aéreas, européias, norte-americanas e coreana.

A imagem das empresas e, por via de consequência, o valor de suas ações em bolsa podem ser ir-

remediavelmente atingidos pelas operações em tela. Não é incomum que as autoridades de concorrência, no afã de disseminar a cultura da concorrência, transmitam à imprensa silhueta impressionante e, muitas vezes, irreal da operação, que resistirá no imaginário dos consumidores, e do público em geral, mesmo que, no final do processo, não haja condenação.

O caso internacional clássico que ocorreu, em 2002, na Austrália, com a Caltex, que levou, de um lado, as empresas australianas a sugerir a adoção de código de conduta para regular o relacionamento da Comissão de Concorrência e Consumo desse país com a imprensa e, de outro, o governo australiano a criar o Comitê Dawson, para atualizar a legislação concorrencial. Lembre-se que, finalmente, o Caso Caltex encerrou-se sem condenação!

Esse estado de coisas fez surgir o movimento de reação intitulado The European Dawn Raids Defense Initiative, para possibilitar e facilitar a defesa em contendas dessa natureza. A Câmara Internacional do Comércio vem se preocupando com a questão, tendo há pouco sugerido a adoção de código de conduta por parte das autoridades antitruste relativas à busca e apreensão de arquivos eletrônicos.

Estão as comunicações entre cliente-advogado imunes à busca e apreensão e inspeções? Nos Estados Unidos, a confidencialidade é assegurada tão-somente a advogados externos, enquanto que os Estados europeus possuem soluções díspares. Do caso Akzo e Akros, julgado pelo Tribunal Europeu de Primeira Instância, infere-se que a confidencialidade projeta não apenas a comunicação entre empresa e advogados externos, como também as comunicações internas relacionadas com o aconselhamento externo.

O art. 35 da Lei 8.884/1994 (alterado pela Lei 10.149/2000, seguindo recomendação da OCDE) permite que a SDE realize inspeção na sede social e outros locais da empresa investigada, com notificação prévia de vinte e quatro horas. Ademais, a Advocacia-Geral da União, a pedido da SDE, pode requerer ao Judiciário, mandado de busca e apreensão, não havendo, nesse caso, necessidade de ser a empresa avisada previamente.

* Diretor e professor titular da Faculdade de Direito da USP, titular do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, desembargador federal aposentado, ex-presidente do Cade, mestre pela Harvard Law School (EUA)

¹ Ver Rodas, João Grandino, Dawn Raids. Busca e Apreensão no âmbito Antitruste – Práticas e Recomendações, in *Revista dos Tribunais*, v. 851, setembro de 2006, p.417/431.

Na quase totalidade das buscas e apreensões realizadas no Brasil, houve grande estrépito publicitário, em âmbito nacional e internacional, que, por si só, danificou seriamente a imagem das empresas envolvidas, servindo como propaganda altamente negativa. Levando-se em conta que grande número de práticas investigadas pelo SBDC acaba arquivada sem condenação ou por prescrição pelo CADE, chega-se à conclusão de que cuidados devam ser tomados urgentemente. Consoante a OCDE, de 2000 a 2004, dos casos de conduta julgados pelo CADE, somente 40% resultam em condenação!

O estatuto da OAB (art. 7º, II, da Lei 8.906/1994) prevê inviolabilidade das comunicações advogado/cliente, salvo em caso de busca e apreensão determinada judicialmente. Conquanto não haja jurisprudência assente na seara concorrencial, tem-se que as operações de inspeção feitas pela SDE, as comunicações empresa/advogado externo estão protegidas, ocorrendo o contrário nas comunicações empresa/advogados internos. No que tange às investigações criminais relacionadas com ilícitos concorreciais, por ser o cartel tipificado pelo crime (Lei 8.137/1990), pode aplicar-se o § 3º do art. 243 do Código Penal, que permite a busca e apreensão do corpo de delito, conjunto de elementos do fato criminoso, de posse de advogado.

O acima explicitado merece conclusão tripartida:

Primeiramente, as empresas devem estar aptas ao confronto, por meio de: adoção de programas de *compliance*, treinamentos regulares, utilização de padrão para comunicação e manutenção de arquivos, seguimento de operações realizadas em setores similares da mesma empresa em outras jurisdições ou de outras empresas, solicitação para que a operação se inicie após a chegada dos advogados, não obstrução da entrada de autoridades devidamente providas de mandado, verificação do mandado e sua amplitude, exame das respectivas credenciais e acompanhamento das autoridades enquanto permanecem na empresa, tratamento cortês e resposta às perguntas razoáveis delas, registro dos documentos copiados ou levados no original e, finalmente, entrega lacrada das cópias ou dos originais de documentos confidenciais (por exemplo: comunicação empresa/advogado externo). Assim, posteriormente, o juiz poderá resolver sua real natureza.

Em segundo lugar, devem as empresas urgir que as autoridades concorreciais adotem código de conduta, entre cujas regras figuraria a proibição de convocação de coletiva de imprensa para comunicar a realização de buscas e apreensões, assim como a abertura de processos de conduta.

Finalmente, muito embora o Ministério Público e o Judiciário sejam órgãos, normalmente cometidos, nunca é demais recordar a importância de seus papéis na proteção tanto da sociedade, em razão de a concorrência ser direito difuso, quanto também do direito fundamental das empresas, que, igualmente, não pode ser posto em periclitado. Para impedir o arbítrio, somente devem ser concedidos liminares em ações de busca e apreensão na presença de indícios preciosos da existência da conduta e delimitação cirúrgica do objeto das buscas, bem como locais específicos da empresa em que possam ser encontrados e com relação a pessoas atuantes nas áreas ligadas à investigação. A liminar deve permitir o acesso unicamente a documentos relativos a objeto da operação, não concedendo, indiscriminadamente, acesso a todo e qualquer documento. Por fim, deve haver determinação judicial expressa para que, em face de pedido razoável da empresa aos agentes públicos que estejam efetuando busca e apreensão, documentos tidos por confidenciais sejam lacrados e identificados, para que o próprio juízo possa depois decidir sobre o seu *status*.