As pessoas físicas e o processo no CADE

Pedro Zanotta e Dayane Garcia Lopes Criscuolo

Não é de hoje que o tema “pessoas físicas” implica em discussões no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e entre os advogados. Muito já se discutiu sobre a abrangência da Lei de Defesa da Concorrência (LDC)¹, e se ela autorizaria a instauração de processo administrativo, investigação e condenação apenas dos administradores das empresas investigadas ou, como é a prática, se toda pessoa física a ela relacionada, e supostamente com participação nos fatos investigados, deveria ser processada pela autarquia².

Atualmente, a discussão que vem novamente à tona envolve a efetividade da inclusão das pessoas físicas no processo, dadas as dificuldades encontradas pelo CADE para a notificação destas pessoas, em especial aquelas residentes no exterior, assim como o tempo despendido para a realização efetiva de todas as diligências necessárias para o reconhecimento de uma notificação válida³ dos representados de um processo, além da instrução

¹ Lei 12.529/2011.

² A jurisprudência majoritária assente no sentido de que toda e qualquer pessoa física, supostamente com participação nos fatos, poderá ser inserida na investigação ou processo administrativo. Entendimento contrário, poderá ser verificado no voto do Conselheiro Sérgio Ravagnani, em 16.11.2020, acompanhado pelas Conselheiras Lenisa Prado e Paula Farani, no PA 08700.000066/2016-90.

³ Seção III - Da Ciência e dos Prazos Processuais, do Regimento Interno do CADE. (Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de->

envolvendo muitas pessoas e a produção das provas por elas requeridas.

A notificação válida é um ato processual indispensável para o pleno exercício do direito ao contraditório e ampla defesa, razão pela qual, evidentemente, os requisitos de validade deste ato não podem ser abreviados pela autoridade, que, geralmente, pode levar anos para finalizar a fase processual de notificação dos representados.

Diante deste cenário, em julgamento ⁴ realizado pelo Tribunal do CADE no dia 12.02.2025, ao proferir o seu voto em um processo originado⁵ do conhecido processo que julgou o cartel dos Cimentos ⁶, o Conselheiro Relator Carlos Jacques Vieira Gomes fez ressalvas acerca da utilidade de persecução administrativa das pessoas físicas participantes de um cartel. De acordo com o Conselheiro, há a necessidade de uma maior reflexão acerca dos custos envolvidos na persecução de pessoas físicas e seus potenciais ganhos, incluindo-se, e principalmente, o poder dissuasório da autoridade concorrencial.

[conteudo/regimento-interno/Regimento-interno-Cade-versao-14-04-2023.pdf](#)
) . Acesso 24.03.2025.

⁴ 242ª Sessão Ordinária de Julgamento

⁵ PA 08700.003528/2016-21 (Restrito nº 08700.008679/2014-03). Representante CADE *ex officio*. Representados Fernando Manuel Vilas Boas Ribeiro da Costa, João Pedro Neto de Avelar Ghira e José Abel Pinheiro Caldas de Oliveira. Conselheiro Relator Carlos Jacques Vieira Gomes. Voto Versão de Acesso Público. Data 17.02.2025.

⁶ Processo Originário (PA nº 08012.011142/206-79)

Isto porque, e de acordo com seu voto, diversos obstáculos para essa persecução são conhecidos pelos operadores da área e pela autoridade, tais como, (i) a dificuldade encontrada para a notificação das pessoas físicas, principalmente as residentes no exterior, que enseja, muitas vezes em desmembramentos destes processos com o intuito de reduzir a demora na análise e julgamento da questão posta em juízo; (ii) a efetividade da notificação feita pelo edital, já que, geralmente, os processos seguem à revelia com relação aos representados estrangeiros notificados por esta via; (iii) discussões acerca da prescrição intercorrente e se os atos originários se aproveitam nos processos desmembrados para fins de interrupção da prescrição (“*tema muito mais complexo do que se parece*”); (iv) distorções do devido *enforcement* concorrencial, em razão do lapso temporal existente entre a conduta e o julgamento, que “*não pode ser tomado com naturalidade por uma autoridade que preze pelo enforcement de suas decisões e busque sinalizar segurança jurídica para o mercado*”.

Neste sentido, o Conselheiro convida a refletir se os esforços empreendidos na investigação e condenação de pessoas físicas envolvidas em cartel realmente fazem sentido ou se “*seria algo que deveria ser deixado para a esfera penal – notadamente com maior poder dissuasório*”, destacando já ter a doutrina levantado esta ideia. Reforça, ao final, ser a conduta de cartel a mais grave no ordenamento concorrencial, mas destaca que este fato não significa que o CADE deve ser o único órgão responsável pela investigação e punição da conduta, podendo, talvez, existir outras formas de *enforcement* mais eficientes e com maior poder dissuasório.

Muito embora a reflexão provocada pelo ilustre Conselheiro seja válida, outros aspectos devem ser considerados, o que, podemos antecipar, implica em nossa discordância de seu

entendimento. Em primeiro lugar, e o Conselheiro não nega, a Lei de Defesa da Concorrência é clara no sentido de que o CADE tem legitimidade, e a obrigação, de incluir, na sua investigação, as pessoas físicas participantes da conduta, fato indiscutível. Desta forma, para que a autarquia assim deixasse de agir, e visando a segurança jurídica⁷, necessária seria uma reforma da LDC, na medida em que, embora outras esferas estejam autorizadas a realizar a persecução em face das mesmas pessoas, como a penal, por exemplo, a própria jurisprudência do CADE e dos demais tribunais são pacíficas no sentido da independência das esferas administrativas, cível e penal, e que a condenação em cada uma delas não configura *bis in idem*.

Caso alterada a LDC, para o fim de permitir à autoridade concorrencial representar apenas contra as pessoas jurídicas participantes de um cartel, ficaria a responsabilidade, pelo *enforcement*, da autoridade penal. Ora, ainda que se altere também a lei penal, para dar mais ferramentas e elementos de investigação às autoridades por isso responsáveis, resta o fato de que o crime de cartel é punido com penas de 2 a 5 anos. Considerando-se que os indivíduos responsáveis, a princípio, devem ser primários e de bons antecedentes, suas penas poderão ser substituídas por ações sociais e equivalentes. Além do que se pode, sempre, negociar um acordo de não persecução penal (ANPP), evitando-se o risco de uma ação. Esse é o efeito dissuasório que se espera?

⁷ Diz-se visando à segurança jurídica porque a LDC concede ao CADE discricionariedade, de modo que fica a critério da autarquia propor ações em face apenas de pessoas físicas ou, em havendo indícios da conduta, também em face de pessoas físicas.

Os processos no CADE, com a eficiência, respeito e notoriedade que o Órgão adquiriu ao longo dos anos, afetam imediatamente a imagem das pessoas, bem como a parte mais sensível do seu corpo: o bolso. Alterar a lei para, talvez, não permitir às empresas que paguem as multas de seus indivíduos, pode ser um passo interessante nesse sentido da dissuasão. Ser mais discricionário para incluir pessoas físicas em um processo, é outro passo, aumentando a exigência de um padrão probatório mínimo para justificá-lo. Usar o instrumento da conveniência e da oportunidade para não incluir pessoas físicas residentes no exterior. Tudo isso, aliás, o CADE já vem fazendo, desde o voto do seu Presidente Alexandre Cordeiro, no PA PA 08700.007776/2016-41, em 17.04.2024, quando ressaltou que diante dos obstáculos “*na comprovação cabal de cartéis, cabe à autoridade angariar todas as evidências disponíveis, sejam provas diretas ou indiretas (circunstanciais) do conluio. Deve ser identificada a suficiência do conjunto probatório para uma decisão de não arquivamento, de forma a condenar apenas representados, cuja participação no ilícito seja inequívoca*”⁸⁹.

Desta forma, entendemos que o poder dissuasório do CADE, em relação às pessoas físicas, existe e não deve ser

⁸ PA 08700.007776/2016-41. Representante: CADE *ex officio*. Representado: Andrade Gutierrez Engenharia S.A. e outros. Voto-vista Presidente Alexandre Cordeiro, acompanhado pelos Conselheiros José Levi, Gustavo Augusto e Victor Fernandes. Julgamento 17.04.2024.

⁹ Ainda neste sentido, o Presidente do CADE ressaltou em seu voto “... *é imprescindível que sejam apresentadas provas suficientemente fortes e robustas da existência do cartel e, não menos importante, que tais provas impliquem, para além da dúvida razoável, o envolvimento individualizado dos investigados*” (PA 08700.010323/2012-78 (R 08700.000756/2015-68). Representante Cade *ex officio*. Representado: Behr Brasil Ltda. e outros. Data 26.11.2021).

desprezado. O processo penal, nos moldes em que está hoje, não deverá cumprir o mesmo papel.

Já no que concerne às dificuldades encontradas com a notificação das pessoas físicas, nosso entendimento está em harmonia com o do ilustre Conselheiro, principalmente no que se refere ao tempo despendido para a realização de todos os atos necessários para a validade do ato, assim como com relação à efetividade da notificação do representado estrangeiro. Neste ponto, inclusive, sempre surgem algumas questões: é possível afirmar que, efetivamente, a relação jurídica processual é estabelecida entre a Administração Pública (CADE) e o investigado que reside no exterior, quando a sua notificação é realizada via edital, cuja publicação é realizada em âmbito nacional? Desta forma, é possível afirmar a observância plena, pela autoridade, dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa com relação a estes representados que, certamente, sequer têm ciência acerca da investigação, julgamento e, não poucas vezes, de suas condenações? Desde o nosso ponto de vista, a resposta para esses questionamentos é negativa.

Neste sentido, tem-se que, e como dito, seria necessário, e dentro da discricionariedade que lhe é permitida, uma análise mais aprofundada pela autoridade antitruste acerca da conveniência da instauração do processo administrativo em face de pessoas estrangeiras, de modo, inclusive, a não deixar de lado a observância de princípios constitucionais basilares, como o são os do contraditório e ampla defesa.

Muito há de se discutir e refletir sobre essa questão e, assim como as discussões acerca da prescrição intercorrente e se os atos

originários se aproveitam nos processos desmembrados para fins de interrupção da prescrição, esse será um tema muito mais complexo do que parece, a ser discutido e solucionado pelo CADE.