

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

NATHÁLIA GOMES GASPAR BRANDÃO PIRES

APRECIÇÃO JUDICIAL DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO CADE

RIO DE JANEIRO

2008

NATHÁLIA GOMES GASPAR BRANDÃO PIRES

A APRECIÇÃO JUDICIAL DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO CADE

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Mauro Osório.

RIO DE JANEIRO

2008

Pires, Nathália Gomes Gaspar Brandão.

A apreciação judicial das decisões proferidas pelo CADE / Nathália Gomes Gaspar Brandão Pires. – 2008.

65 f.

Orientador: Mauro Osório.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 63-65.

1. Poder Judiciário. 2. Direito da Concorrência. I. Osório, Mauro. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Título.

NATHÁLIA GOMES GASPAR BRANDÃO PIRES

A APRECIÇÃO JUDICIAL DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO CADE

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____/ ____/ ____.

Banca Examinadora:

Professor Mauro Osório – Orientador

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Professor Mauro Osório, pelos conselhos sempre úteis e precisos com que, sabiamente, orientou este trabalho.

Aos meus pais, familiares e amigos pelo apoio incondicional, pelo carinho e atenção dados em todas as horas que necessitei.

RESUMO

PIRES, Nathália Gomes Gaspar Brandão Pires . **A apreciação judicial das decisões proferidas pelo CADE**. 2008. 65 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

A presente monografia irá discorrer acerca das decisões proferidas pelo Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) que foram para reapreciação perante o Poder Judiciário e suas respectivas conseqüências. Para uma melhor compreensão do tema a primeira parte do trabalho versará sobre o Direito da Concorrência na legislação brasileira, com a demonstração dos princípios econômicos na Constituição Federal, assim como sobre a unicidade de jurisdição e uma abordagem ampla sobre os atos administrativos. Após, o presente trabalho irá comparar o sistema de defesa da concorrência brasileira com outros sistemas, como o dos Estados Unidos da América e da União Européia. Irá se falar também dos órgãos responsáveis pela defesa da concorrência no Brasil, bem como da natureza jurídica das decisões emanadas pelo órgão principal desse sistema, o CADE, para então, por fim falar da revisão pelo Poder Judiciário dessas decisões emanadas pelo CADE, citando exemplos e dando uma maior ênfase aos casos de cartel julgados pelo CADE e posteriormente pelo Judiciário.

Palavras-Chave: Direito da Concorrência; Poder Judiciário; CADE; Atos Administrativos; Cartel.

ABSTRACT

PIRES, Nathália Gomes Gaspar Brandão Pires. **A Apreciação Judicial das decisões proferidas pelo CADE**. 2008. 65 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

This monograph will talk about the Administrative Council for Economic Defense (CADE) decisions, which were reviewed by the Judiciary, and their consequences. For a better understanding of this subject, the first topic will talk about the Competition Law in the Brazilian Legislation, showing the economics principles inside the current Federal Constitution, as well as the unity of jurisdiction and a comprehensive explanation about administrative acts. After that, this paper will compare the Brazilian antitrust system with other ones, such as the United States of America and European Union system. It will also talk about the Brazilian antitrust agencies and the CADE decisions legal nature, then, finally, will talk about the CADE decision's Judiciary review, giving examples with a grater emphasis to the cartel cases judged by CADE and subsequently by the Judiciary.

Key-Words: Competition Law; Judiciary Branch; CADE; Administrative Acts; Cartel.

LISTA DE SIGLAS

TRIBUNAIS

CADE – CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

FTC – FEDERAL TRADE COMMISSION

SBDC – SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

SDE – SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

SEAE – SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO

STJ- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TRF – TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL

LEGISLAÇÃO

CRFB- CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 O DIREITO DA CONCORRÊNCIA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	11
2.1 Princípios Econômicos da Constituição Federal	11
2.1.1 Princípio da Livre Iniciativa.....	11
2.1.2 Princípio da Livre Concorrência.....	13
2.1.3 Princípio da Função Social da Propriedade.....	13
2.1.4 Princípio da Defesa dos Consumidores.....	14
2.2 Unicidade de Jurisdição	15
2.3 Atos Administrativos – Vincularidade e Discricionariedade	16
3 DIREITO COMPARADO	21
3.1 Estados Unidos da América.....	21
3.2 União Européia.....	26
4 O SISTEMA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E SEUS ASPECTOS	30
4.1 Os órgãos de defesa da concorrência	30
4.1.1 Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.....	30
4.1.2 Secretaria de Direito Econômico – SDE.....	33
4.1.3 Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE.....	34
4.1.4 A Lei 8.884 de 11 de junho de 1994.....	36
4.1.5 Procuradoria-Geral do CADE.....	43
4.1.6 Atuação do Ministério Público.....	43
4.2 Natureza Jurídica das Decisões do CADE	44
5 A REVISÃO JUDICIAL DAS DECISÕES DO CADE	49
5.1 Revisão das decisões do CADE nos Casos de Cartel	52
6 CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	61
LISTA DE SIGLAS.....	64

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto de estudo a temática relativa à Apreciação Judicial das decisões proferidas pelo CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Pretende-se analisar de forma clara e objetiva os diversos apontamentos referentes ao assunto em questão, devido a sua grande complexidade e importância no âmbito do Direito da Concorrência. A apreciação judicial de qualquer decisão proferida por órgãos administrativos, no qual se inclui o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência é assegurada através de uma norma constitucional, que garante que nenhuma lesão ao direito poderá ser excluída de apreciação do Poder Judiciário, até mesmo por lei.

A Constituição Federal de 1988 teve como objetivo, ao estabelecer a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário para a proteção dos direitos coletivos e individuais, resguardar o princípio fundamental da legalidade, e ainda alargando as bases da legalidade possibilitou a ampliação do âmbito do controle jurisdicional, culminando com o seu artigo 5º, inciso XXXV, que diz: “ a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Desta maneira, visou o legislador defender a coletividade contra o arbítrio e o abuso do poder da autoridade administrativa, permitindo àquele que se considere ofendido com a decisão emanada pelos órgãos administrativos a buscar sua satisfação fora da esfera administrativa. O Poder Judiciário no Brasil ocupa uma posição monopolista acerca da prolação de sentenças definitivas, tal sistema é chamado de unicidade de jurisdição, assim sendo, as decisões prolatadas pelos órgãos administrativos não possuem caráter definitivo, podendo ser contestadas por via judicial. É no Poder Judiciário que se concentram todos os entes capazes de exarar sentenças dotadas de definitividade, alcançando inclusive a revisão de decisões administrativas.

O Direito da Concorrência existe há bastante tempo no Brasil, entretanto foi apenas na década de noventa, com fatores políticos da época como privatizações e abertura de mercados, que este ramo do Direito passou a ser mais atuante no Brasil, e conseqüentemente no Poder Judiciário Brasileiro. A edição da Lei 8.884/94 trouxe algumas inovações ao sistema jurídico nacional, entre elas, a transformação do CADE em autarquia federal com competência para julgar casos relativos à defesa da concorrência no país.

Entretanto, a competência para o julgamento de questões concorrenciais no Brasil, apesar de descrito em lei como de competência do CADE, não pode ser entendida como uma

competência exclusiva para tal, restando ao Judiciário a decisão definitiva, haja vista que as decisões técnicas proferidas pelo CADE não possuem natureza discricionária, sendo consideradas apenas atos vinculados, ou seja, decisões administrativas passíveis de apreciação posterior pelo Poder Judiciário, assim como qualquer decisão emanada de órgãos administrativos.

Para a elucidação da situação brevemente exposta acima, o presente trabalho pretende, através de pesquisa bibliográfica e levantamento de dados, demonstrar a importância da judicialização das decisões administrativas proferidas pelo CADE e seu desdobramento perante o Poder Judiciário. Para tal pretende-se inicialmente contextualizar a questão da apreciação judicial das decisões administrativas, adentrando na esfera constitucional e do Direito Administrativo. Posteriormente adentraremos à uma análise de Direito Comparado, distinguindo o Sistema de Defesa da Concorrência do Brasil com outros sistemas, como dos Estados Unidos da América e na União Européia, como uma análise doutrinária comparativa.

Após a elucidação inicial sobre o ponto em questão, partiremos para uma análise detalhada sobre a situação no Brasil, como a questão vem sendo tratada pela doutrina e pela jurisprudência nacional, a função do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e de seus órgãos – SDE, SEAE e CADE na defesa da concorrência e na busca de reforma pelo Poder Judiciário nas decisões por eles proferidas.

Para uma análise mais detalhada faremos um levantamento das decisões proferidas pelo CADE que foram à julgamento no Poder Judiciário, uma breve análise de algumas decisões prolatadas pelo CADE que também foram apreciadas pelo Judiciário, além de uma elucidação das razões que levaram as decisões do CADE serem reapreciadas pelo Poder Judiciário.

Por fim, será realizada uma análise de alguns casos de Cartel que, inicialmente julgados pelo CADE, foram para reapreciação no Judiciário e as respectivas soluções dadas pelo Poder Judiciário nas referidas causas.

O objetivo em abordar este tema consiste no esclarecimento acerca de um assunto de grande importância na atualidade, tanto para as grandes empresas que se vêem prejudicadas pelas decisões proferidas por um órgão administrativo, cujas decisões não são dotadas de definitividade, quanto para os consumidores, que são os destinatários finais das normas de defesa da concorrência.

Espera-se elaborar um documento que relate os casos em que o Poder Judiciário atue na solução de processos interpostos por razão de inconformidade com as decisões prolatadas pelo CADE, sejam esses processos julgados favoravelmente ou não para a autarquia federal.

Vale ressaltar que este assunto tem sido atualmente objeto de muita discussão doutrinária e jurisprudencial, devido ao crescente número de casos julgados pelo CADE sendo reapreciados pelo Poder Judiciário e pela eminente dúvida de esses processos realmente visam uma reforma em prol da ordem econômica brasileira ou se as partes que buscam o judiciário para reformular a decisão do CADE pretendem apenas protelar ou até mesmo inviabilizar o cumprimento das decisões proferidas pelo CADE. Encontra-se, portanto, na apreciação pelo poder judiciário das decisões proferidas pelo CADE, um vasto conteúdo a ser analisado e explorado, o que se realizará através desta monografia.

2 O DIREITO DA CONCORRÊNCIA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

2.1 Princípios Econômicos na Constituição Federal

Princípios, *a priori*, são normas básicas inquestionáveis ou mandamentos nuclear de um sistema. Portanto, os princípios constitucionais da ordem econômica são proposições diretoras dessa ordem, às quais todo o seu desenvolvimento posterior deve estar subordinado. São eles que determinam a orientação que o legislador ordinário se sujeita para a elaboração das leis.

A CRFB de 1988 relaciona, no seu artigo 170, os princípios constitucionais da ordem econômica que sejam: soberania nacional; propriedade privada; função social da propriedade; livre concorrência; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente; redução das desigualdades regionais e sociais; busca do pleno emprego; e tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

Contudo, trataremos neste trabalho apenas dos princípios constitucionais econômicos relacionados com a proteção e defesa da concorrência brasileira, sendo eles o princípio da livre iniciativa; princípio da livre concorrência; princípio da função social da propriedade; e princípio da defesa dos consumidores.

2.1.1 Princípio da Livre Iniciativa

A Constituição de 1988 colocou o princípio da livre iniciativa como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, porém, no parágrafo único do artigo 170 considerou-o também como princípio da ordem econômica, quando estabeleceu que:

Art. 170:

Parágrafo único: é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

O atual texto constitucional apesar de manter a exploração direta de atividade econômica pelo Estado, em relação ao texto anterior apresentou uma mudança no sentido de limitá-la, bem como no sentido de delinear o papel do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica. Deste modo dita o *caput* do artigo 173 da Constituição Federal, ao determinar que:

Art. 173: ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta da atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos por lei

Assim, conclui-se que a intenção do legislador constituinte de 1988 foi a de velar, proibir que o Estado aja como empresário. Para completar, a Constituição de 1988, em seu artigo 174, revela que o papel principal do Estado será o de agente normativo e regulador da atividade econômica, esclarecendo que essas funções se corporificam na fiscalização, no incentivo e no planejamento.

A livre iniciativa da Carta de 1988 faculta ao empreendedor a possibilidade de instalar e realizar os seus investimentos, de competir lealmente nos mercados e de auferir lucros (desde que não abusivamente). Assim, a livre iniciativa possui os seguintes desdobramentos: (i) liberdade de instalação e alocação de investimentos; (ii) liberdade de competição e (iii) liberdade de gestão.

Os empresários são livres para tomar as suas decisões de forma autônoma, realizar os investimentos pertinentes e auferir os lucros. Porém, a liberdade de iniciativa não é absoluta, experimenta, os seguintes limites: (i) limites jurídicos: há setores exclusivos do Estado, como os serviços públicos e os monopólios de petróleo e minerais nucleares; (ii) limites econômicos: os chamados “monopólios naturais”, em que a presença de mais de um agente econômico ou encontra óbices tecnológicos (frequência das ondas de telefonia celular, p. ex.) ou físicos (aeroportos, ferrovias, portos); (iii) limites socioculturais: correlacionados aos princípios da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho (proibição à exploração da prostituição alheia ou de exposições de humilhação de seres humanos com peculiaridades físicas extravagantes, p. ex.).

A liberdade de iniciativa traz consigo a liberdade de profissão – desdobrando aquela num plano individual. As pessoas têm a liberdade de optar pela profissão que mais as agrada, desde que respeitados os limites (acadêmicos, legais e regulamentares a elas pertinentes).

Em resumo, livre iniciativa significa deferir-se às empresas privadas o organizar e o explorar das atividades econômicas, preferencialmente, apenas com o estímulo e o apoio do Estado, sem qualquer outra participação, direta ou indireta deste e sem o constrangimento abusivo da concentração capitalista.

2.1.2 Princípio da Livre Concorrência

A Constituição Federal de 1988 tem como princípio da ordem a livre concorrência, que vem garantir aos agentes econômicos a oportunidade de competirem de forma justa no mercado. A garantia de competição leal isenta de práticas anticoncorrenciais e de utilização abusiva do poder econômico, é assegurado pelo Estado, por meio de agências reguladoras e de órgãos de defesa da concorrência, como o CADE.

Considerado como desdobramento da livre iniciativa, o princípio da livre concorrência implica a ausência de óbices a que os agentes econômicos ingressam nos mercados e se relacionam de forma horizontal com os demais operadores. A livre concorrência proíbe privilégios derivados do uso abusivo do poder econômico, em como aquelas vantagens oriundas de intervenções públicas na economia

A livre concorrência, portanto, não se reveste mais nos moldes smithianos do liberalismo econômico, no qual o Estado fica ausente da economia, deixando que a própria concorrência no mercado estabeleça os agentes aptos a se perpetuarem, excluindo os demais, até atingir o ponto de equilíbrio entre produtores e consumidores pela lei da oferta e da procura.

A livre concorrência prestigia a liberdade de ingresso (vedando as barreiras de entrada e de saída); a liberdade de exercício e de gestão (celebrando o uso do poder econômico de cada agente de uma forma leal e proibindo o abuso do poder econômico). São proibidas violações à livre concorrência sob a forma da conduta dos agentes ou sob a forma das estruturas empresariais. A livre concorrência pode ser concebida como uma concorrência-fim ou como uma concorrência-meio.

2.1.3 Princípio da Função Social da Propriedade

A positivação na Constituição de 1988, da propriedade ao lado da sua “função social” resulta numa compreensão específica: a propriedade funcionalizada, destinada não só a atender os interesses imediatos do proprietário, mas sim direcionada ao atendimento de interesses sociais.

O conceito remete à idéia de “função” em Direito Administrativo: exerce função aquele que gere bem alheio no interesse de terceiro – recebendo essa incumbência mediante um plexo de deveres para cuja execução dispõe de um conjunto de poderes preestabelecidos (tal como o tutor

ou o curador). Claro que a propriedade privada e a sua função social não podem ser compreendidas segundo o conceito de Direito Administrativo em sentido estrito: isso implicaria uma “socialização” do direito de propriedade – concepção antitética ao modelo capitalista celebrado na Constituição. Mas o conceito permite a compreensão de que há um “plus” jurídico a direcionar o direito de propriedade ao atendimento de interesses sociais, muitas vezes exógenos ao do proprietário. Isso, sobretudo quando se lê a função social da positivada no Capítulo da ordem Econômica: a propriedade econômica, os bens e fatores de produção, devem atender a um desiderato que não – unicamente – aquele exclusivo do proprietário.

O princípio da função social da propriedade está presente na Constituição de 1988, no artigo 5º, XXIII, e no artigo 170, III. Tal princípio vem confirmar o direito do indivíduo sobre a propriedade (princípio da propriedade privada), mas que ela deve cumprir sua função social, não mais aceitando o direito da propriedade em sua plenitude, típica do liberalismo, como constava nas Cartas de 1824 e 1891.

2.1.4 Princípio da defesa dos consumidores

A defesa do consumidor vem positivada na Constituição da República de 1988 tanto na condição de Direito Fundamental (art. 5º) como na condição de princípio da Ordem Econômica. Isso significa que a defesa do consumidor há de ser interpretada e aplicada como diretriz incrementadora do princípio da dignidade da pessoa humana.

O ser humano há de ser considerado em sua integralidade e com valoração sobranceira nas relações econômicas. Em suas relações econômicas (tanto com os Estado como com as demais pessoas privadas), o consumidor tem o direito público-subjetivo de ser tratado condignamente, com respeito, e sempre em relações nas quais não haja abusos por parte do detentor do poder econômico.

Ao seu tempo, o Estado é titular do dever de promover a defesa ativa do consumidor. O Código de Defesa do Consumidor é um exemplo do cumprimento desses deveres por parte dos Poderes Públicos.

Uma vez feita a opção pela economia de mercado, não restava outra alternativa ao constituinte senão estampar como princípio da ordem econômica a defesa do consumidor. A defesa do consumidor se faz de forma direta, num contexto microeconômico e microjurídico, mas

também de forma ampliada por meio da defesa da livre concorrência. Garantir a livre concorrência no mercado significa, numa perspectiva de análise, defender o bem estar econômico do consumidor, que sai prestigiado com produtos e serviços de maior qualidade e preços mais vantajosos.

2.2 Unicidade de Jurisdição

A nossa Constituição Federal de 1988 consagra em seu artigo 5º, XXXV, o Princípio da Inafastabilidade da Tutela Jurisdicional, conforme se verifica com a transcrição do citado artigo: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito”.

Depreende-se com a leitura do presente artigo a competência monopolista do Poder Judiciário Brasileiro em exarar sentenças dotadas de definitividade. Tal competência monopolista alcança, inclusive, a revisão das decisões administrativas, tema do presente trabalho monográfico.

Acerca dessa garantia da jurisdição leciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

a importância prática de preceito ora examinado está em vedar sejam determinadas matérias, a qualquer pretexto, sonegadas aos tribunais, o que ensejaria o arbítrio. Proíbe, pois, que certas decisões do executivo, que devem estar jungidas à lei, escapem ao império desta, eventualmente, sem a possibilidade de reparação. O crivo imparcial do judiciário, assim, pode perpassar por todas as decisões da Administração, contrariando a possível prepotência de governantes e burocratas¹.

A Constituição Federal, juntamente com o Princípio da Inafastabilidade da Tutela Jurisdicional, instituiu em nosso ordenamento jurídico a possibilidade de controle dos Atos Administrativos e a desnecessidade de exaustão prévia das vias administrativas antes de se poder ingressar em Juízo.

No que tange a possibilidade de controle dos Atos Administrativos, a Constituição Federal possibilitou um maior controle pelo Judiciário dos atos emanados pela administração ao consagrar no *caput* do artigo 37 os princípios norteadores da administração pública – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência – em razão da ênfase dada pela Constituição Federal aos direitos e garantias, concedidas mesmo em face do poder público, alargando as bases da legalidade.

¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição brasileira. 2. ed.. São Paulo: Saraiva, 1977. v.3

O princípio constitucional contido no artigo 5º, XXV, consagra o sistema de jurisdição una no Brasil, que ao contrário dos sistemas com dualidade de jurisdição, a competência para conferir decisões definitivas é de exclusividade do Poder Judiciário.

Nos sistemas de jurisdição dupla ou do contencioso administrativo existem duas ordens de jurisdição: a ordinária e a administrativa. Nesta, tem-se como finalidade o julgamento, em última instância, das questões concernentes aos litígios administrativos. Há, portanto, independência em relação à Jurisdição ordinária, podendo a administração pública proferir sentenças de caráter definitivo.

No Brasil, país com sistema de jurisdição una, até mesmo as lides em que a Administração é parte, a competência para julgamento é dos juízos e tribunais comuns, os quais compõem uma única ordem de jurisdição.

Esse sistema de jurisdição una foi adotado no Brasil com a Constituição de 1891, tendo permanecido desde tal época até os dias atuais.

Diz Odete Medauar:

Se nenhum ordenamento atribuiu a totalidade do controle sobre a Administração a uma única instituição e se tende a haver diversificação e aumento das formas de controle, o controle jurisdicional mantém-se como tipo nuclear, impossível de ser substituído por outras técnicas...²

Como se percebe, o sistema jurisdicional brasileiro sendo uno, faz com que o Poder Judiciário tenha um papel principal no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que toda e qualquer decisão, se assim for de interesse da parte interessada, poderá ser revista pelos tribunais, independente do órgão que exarou a decisão.

Assim, pode se dizer que o acesso ao Poder Judiciário, para o requerimento de reexame de decisões administrativas, se tornou em 1988, com a promulgação da atual Constituição Federal, uma garantia e um direito fundamental dos indivíduos. Consagrando, portanto, a unicidade de jurisdição como um preceito constitucional, e afastando da realidade brasileira a possibilidade de entes administrativos proferirem decisões definitivas.

2.3 Atos Administrativos – Vincularidade e Discricionariedade

Antes de adentrarmos na questão das decisões proferidas pelo CADE e posteriormente

² MEDAUAR, Odete. Controle da Administração Pública. São Paulo: RT, 1993.

reapreciadas pelo Poder Judiciário, mister analisarmos os Atos Administrativos em si, posto que, como veremos a seguir, as decisões proferidas pelo CADE nada mais são do que Atos Administrativos emanados por um órgão da Administração Pública, neste caso, uma autarquia federal chamada Conselho Administrativo de Defesa Econômica, o CADE.

Atos Administrativos são aqueles atos desprendidos pela Administração Pública ao realizar sua função executiva. Os atos da Administração Pública equivalem aos atos judiciais emanados pelo Poder Judiciário e aos atos legislativos emanados pelo Poder Executivo, formando juntamente com esses outros dois poderes a atividade pública geral brasileira.

São Atos Administrativos os atos praticados pelos órgãos executivos através das autoridades públicas propriamente ditas, podendo ainda ser praticados pelos dirigentes de autarquias e de fundações, os administradores de entidades paraestatais e os executores de serviços delegados.

Conceitua Hely Lopes Meirelles:

Ato Administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria³

José Cretella Júnior define Ato Administrativo como:

a manifestação de vontade do Estado, por seus representantes, no exercício regular de suas funções, ou por qualquer pessoa que detenha, nas mãos, fração de poder reconhecido pelo Estado, que tem por finalidade imediata criar, reconhecer, modificar, resguardar ou extinguir situações subjetivas, em matéria administrativa.⁴

Já Celso Antonio Bandeira de Mello define como:

a declaração do Estado ou de quem lhe faça as vezes, expedida em nível inferior à lei – a título de cumpri-la – sob o regime de direito público e sujeita a controle de legitimidade por órgão jurisdicional⁵.

Assim, é possível deprender das citações acima o caráter público e não dotado de definitividade dos Atos Administrativos emanados pela Administração Pública.

³ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1990.

⁴ CRETELLA JUNIOR, José. Do ato administrativo. São Paulo: Bushatsky, 1977.

⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Ato administrativo e direito dos administrados. São Paulo: RT, 1981.

Elucidado o conceito de Ato Administrativo dado pelos principais doutrinadores da matéria, adentraremos agora na distinção entre Atos Administrativos Vinculados e Atos Administrativos Discricionários.

Atos Administrativos Vinculados são aqueles para quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização. Nessa categoria de atos, as imposições legais absorvem, quase que por completo, a liberdade do administrador, uma vez que sua ação fica adstrita aos pressupostos estabelecidos pela norma legal para a validade da atividade administrativa. Desatendido qualquer requisito, compromete-se a eficácia do ato praticado, tornando-se passível de anulação pela própria Administração, ou pelo judiciário, se assim o requerer o interessado.⁶

Diz José Cretella Júnior:

Ato Administrativo vinculado é aquele que o estado é obrigado a praticar, quer queira quer não, desde que sejam preenchidos determinados requisitos por parte do destinatário da medida, nela interessado⁷

Dispõe José dos Santos Carvalho Filho:

Quando o agente administrativo está ligado à lei por um elo de vinculação, seus atos não podem refugiar aos parâmetros por ela traçados. O motivo e o objeto do ato já constituirão elementos que o legislador quis expressar. Sendo assim, o agente não disporá de nenhum poder de valoração quanto a tais elementos, limitando-se a reproduzi-los no próprio ato. A conclusão, dessa maneira, é a de que não se pode falar em mérito administrativo em se tratando de ato vinculado.⁸

Assim sendo, nos Atos Administrativos Vinculados a Administração Pública possui o dever de motivar as decisões proferidas por ela, evidenciando, nesse sentido, a conformação de sua prática com as exigências e requisitos legais que constituem requisitos pressupostos necessários de sua existência e validade.

Esses Atos Administrativos, estando limitados pela lei ou regulamento, permitem reapreciação pelo judiciário no que tange a todos os seus aspectos, posto que pode-se verificar em qualquer dos seus aspectos a infringência dos preceitos legais ou regulamentares que condicionam a sua prática. Ao Poder Judiciário cabe o exame da legalidade, na aferição dos padrões jurídicos que serviram de base à realização do ato impugnado.

⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1990.

⁷ CRETILLA JUNIOR, José. Direito Administrativo perguntas e respostas. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lúmen Jurídica, 1999.

Já os Atos Administrativos Discricionários são aqueles em que a Administração Pública pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seus destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização.

Diz Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da Administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador.⁹

Segundo Celso Antonio Bandeira de Melo

Atos discricionários pelo contrário seriam os que a administração pratica com certa margem de liberdade de *avaliação* ou *decisão* segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, *ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles*¹⁰.

Segundo definição de José Cretella Junior

ato administrativo discricionário é o ato que a autoridade edita, consultando, para isso, apenas a oportunidade ou conveniência da medida, conforme critério subjetivo, a juízo do editor do ato, pelo que esse ato é insuscetível de revisão pelo Poder Judiciário.¹¹

A distinção entre Atos Administrativos Vinculados e Atos Administrativos Discricionários possui importância fundamental no que concerne ao controle que o Poder Judicial exerce sobre eles, o que também tem importância para a elaboração do presente trabalho.

Com relação aos atos vinculados, não existe restrição, pois, sendo todos os elementos definidos em lei, caberá ao Judiciário examinar, em todos os seus aspectos, a conformidade do ato com a lei, para decretar a sua nulidade se reconhecer que essa conformidade inexistiu

Já com relação aos atos administrativos discricionários, o controle judicial é possível, mas terá que respeitar a discricionariedade administrativas nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei.

O Poder Judiciário não pode invadir o espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois estaria substituindo por seus próprios critérios de escolha, a opção legítima feita pela autoridade

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 1997.

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Elementos de Direito Administrativo. São Paulo: RT, 1981.

¹¹ CRETELLA JUNIOR, José. Direito Administrativo perguntas e respostas. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém pode decidir diante de cada caso concreto.

Com relação ao Ato Discricionário, pode-se dizer que o Judiciário pode apreciar os aspectos da legalidade e verificar se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade; neste caso, pode o Judiciário invalidar o ato, porque a autoridade ultrapassou o espaço livre deixado pela lei e invadiu o campo da legalidade.

3 DIREITO COMPARADO

O sistema de defesa da concorrência pode ser considerado relativamente novo no ordenamento jurídico brasileiro, pois, mesmo que a criação do CADE tenha ocorrido em 1962, foi somente na década de 90, com políticas de abertura do mercado interno, que o interesse em proteger a livre concorrência tomou força no país, o que gerou, posteriormente a edição da Lei 8.884/94, que instituiu regras específicas no tocante a regulação da concorrência do Brasil.

Entretanto, em outras soberanias a questão de proteção à concorrência conta com vários anos de experiência, como por exemplo nos Estados Unidos da América e na União Européia, sistemas que aprofundaremos o estudo a seguir.

3.1 Estados Unidos da América

A principal lei de defesa da concorrência dos Estados Unidos da América é a Lei Sherman (Sherman Act), lei criada em 1890, e que é considerada como marco de início para a execução das leis antitrustes no país. No essencial, essa lei buscou consolidar e sistematizar questões que já eram discutidas anteriormente pelo judiciário sob o prisma privado (antes da Lei, empresas prejudicadas por atos anticompetitivos de suas concorrentes já podiam contestar judicialmente tais atos alegando prejuízos individuais). A inovação mais importante da Lei Sherman foi permitir a contestação de contratos, acordos ou práticas comerciais por iniciativa do Estado ou de terceiros, isto é, permitiu tratar a concorrência como bem jurídico de interesse da sociedade em geral, e não apenas das firmas eventualmente prejudicadas por práticas anticompetitivas.

Tal Lei é composta de duas seções: a Seção 1 proíbe contratos, combinações em forma de truste ou de outro tipo, ou conspirações para restringir o comércio¹²; e a Seção 2 que proíbe tentativas de monopolizar mercados, por iniciativa individual ou combinada (o que não implica a proibição de monopólios em si, quando alcançados por meios competitivos normais)

Outra lei bastante importante para o sistema concorrencial do país é Lei Clayton (Clayton Act) instituída em 1914 e emendada em 1950, que governa sobre fusões e aquisições, e no essencial proíbe na Seção 2, a discriminação de preços com efeitos anticompetitivos; na Seção 3, as práticas de venda casada (tie-ins) e de acordos de exclusividade (exclusive dealing), quando gerem prejuízos à concorrência; na Seção 7 as fusões que possam prejudicar a concorrência; e na

¹² Tradução livre: “every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal.”

Seção 8, o controle de firmas competidoras por meio de participações cruzadas nas respectivas direções executivas (interlocking directorates).

A Estrutura organizacional de defesa da concorrência é formada pela Federal Trade Commission (FTC), sendo esta composta por cinco comissários nomeados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado, e pelo Departamento de Justiça (Antitrust Division of the Department of Justice), composta pelo Procurador-Geral adjunto e seus subprocuradores. Ambas são responsáveis pela aplicação das leis antitruste e pela promoção de ações de defesa da concorrência junto ao Judiciário.¹³

A Lei HSR (Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act) foi criada de 1976 para dar às agências federais – a Federal Trade Commission (FTC) e o Departamento de Justiça (Antitrust Division of the Department of Justice) – responsabilidade para revisão das questões antitrustes, apresentadas por certas fusões e aquisições de ativos antes que essas operações sejam finalizadas.

O Departamento de Justiça possui responsabilidade exclusiva em âmbito federal para aplicar a Lei Sherman, já a FTC é uma agência administrativa independente e possui autoridade conjunta com o Departamento de Justiça para a aplicação da Lei Clayton. As duas agências possuem jurisdição para aplicar as leis antitrustes no país, assim fusões e aquisições deverão ser negociadas em uma ou em ambas as agências.

Nos casos de notificação de atos de concentração a Lei HSR determina que as partes notifiquem a FTC e ao Departamento de Justiça sobre as transações em negociação. Os documentos deverão ser apresentados mediante pagamento de uma taxa no valor de 20 mil dólares pagáveis para o FTC. Depois de apresentados os documentos, as partes devem aguardar um período de 30 dias para a consumação da operação.

O FTC ou o Departamento de Justiça podem requisitar informações adicionais sobre a operação, e quando isto acontece o período de espera pode ser estendido. Não havendo necessidade de maiores informações sobre a operação, o FTC e o Departamento de Justiça podem conceder a aprovação direta da operação (*early termination*) dentro do período de espera. É permitido às partes recorrerem do pedido de informações (*second request*), por meio de procedimentos internos de revisão do FTC. De posse da documentação referente ao pedido de informações adicionais, os órgãos podem também decidir pela não-implementação da operação

¹³ <http://www.ftc.gov/>

ou de sua consumação. Nessa hipótese, o órgão poderá inclusive tentar uma ação judicial para impedir a consumação da operação (*preliminary injunction*).

Já nos casos de investigação de condutas a ação do FTC e do Departamento de Justiça é conjunta. As investigações do FTC iniciam-se por requisição do Presidente da República, do Congresso, das agências governamentais ou do Procurador-Geral a partir de ações judiciais, de reclamações do público, ou por iniciativa própria do FTC. Já o início de uma investigação pelo Departamento de Justiça pode ser de várias formas: reclamações do público em geral; decorrentes da análise de um caso de Ato de Concentração; artigos e notícias; denúncias provenientes de indivíduos ou empresas beneficiadas pela anistia; denúncias de outras agências ou organismos governamentais; a partir do monitoramento da situação econômica de empresas, pela Divisão de Advogados e Economistas, geralmente a requisição para abertura de inquéritos preliminares é autorizada pela Divisão de Advogados e Economistas desde que: (i) existam provas e indícios suficientes para a abertura do inquérito; (ii) parcela considerável do mercado seja afetada; (iii) a investigação não seja considerada duplicada pelo FTC.¹⁴

Após a abertura do inquérito, a Divisão prepara um plano de investigação, levando em consideração as limitações de tempo e de recursos, com o objetivo de determinar o foco e o escopo da investigação. Depois da análise da conduta ou operação, a divisão pode decidir pelo arquivamento da investigação ou pelo início de uma ação civil ou criminal, dependendo da infração cometida.

Nos Estados Unidos da América a submissão de qualquer transação que possa interferir na concorrência é de caráter obrigatório, não havendo qualquer transação capaz de gerar a submissão voluntária.

Não existe nos Estados Unidos da América um prazo final para a submissão do negócio perante as autoridades antitrustes, podendo as partes submeter o arquivamento a qualquer tempo depois da execução da carta de intenção ou do contrato definitivo. Entretanto, é crucial notar que, caso a transação for coberta pela Lei HSR, ela não poderá ser consumada até que todos os requerimentos necessários sejam preenchidos e o período de espera para a submissão tenha sido observado. O fracasso na submissão poderá resultar em multa de US\$11,000 (onze mil dólares) por dia e as agências poderão desfazer o negócio que foi firmado em violação a Lei HSR.

¹⁴ <http://www.usdoj.gov/atr/>

Se uma transação é coberta pela Lei HSR, ambas as partes da transação deverão providenciar o arquivamento nas agências antitrustes. Todas as partes adquirentes serão responsáveis pelo arquivamento e deverão pagar uma taxa de arquivamento que é calculada de acordo com o total de do valor dos ativos ou dos valores mobiliários a serem recebidos com o resultado da transação. Transações avaliadas em menos de US\$100 milhões são sujeitas ao pagamento de taxas de arquivamento no valor de US\$ 45,000. Transações avaliadas entre US\$100 milhões e US\$ 500 milhões são sujeitas ao pagamento de taxas no valor de US\$ 125,000. E transações avaliadas em US\$500 milhões ou mais são sujeitas ao pagamento de taxas no valor de US\$280,00. As taxas deverão ser submetidas às agências antitrustes no momento do arquivamento do formulário.

O arquivamento da negociação deverá ser feito através de uma notificação e da elaboração de um relatório que deverão ser submetidos em conformidade com os requerimentos contidos na Lei HSR. As partes deverão fornecer informações básicas sobre o negócio, sobre os rendimentos e sobre a estrutura da transação, assim como juntar uma série de documentos relativos à consecução do negócio.

Se a agência antitruste responsável pela revisão da transação, seja ela a FTC ou o Departamento de Justiça, entender que a transação violou as leis antitrustes norte-americanas, e se não for possível uma negociação entre as partes e a agência, a agência antitruste poderá interpor na Corte Federal uma medida liminar requerendo o bloqueio da aquisição. Para obter uma medida liminar, a agência terá que demonstrar uma “probabilidade de sucesso no mérito” da pretensão antitruste.

O processo consiste em instrução e julgamento perante o juiz, na qual a agência antitruste e as partes deverão submeter a corte evidências quanto à questão antitruste. Caso a agência antitruste responsável obtenha uma medida liminar proibindo a transação, as partes poderão apelar ao Tribunal de Justiça, de 2ª instância, na região em que a vara que julgou for locada. Se o Tribunal de 2ª Instância denegar a apelação, as partes poderão tentar recorrer à Suprema Corte para julgar o caso, porém é raro a Suprema Corte aceitar tal recurso.

A Suprema Corte tem dado um tratamento especial aos acordos horizontais, nos quais o principal foco consiste no preço que será cobrado, nas quantidades que serão vendidas, ou nos consumidores e territórios que serão servidos. Esta corte entende que tais contratos são tão universal e obviamente destrutíveis para a concorrência que eles serão sempre irrazoáveis e, deste

modo, são considerados ilegais “*per se*”. Ou seja, se provado que qualquer um desses tipos de acordos realmente ocorreu, as partes serão consideradas culpadas em razão de violação da Lei Sherman, e nenhuma discussão sobre a alegada razoabilidade ou benefícios do acordo será aceita.

As Cortes norte-americanas tem sido cuidadosas ao insistir que as restrições horizontais são consideradas acessórias, e, portanto razoáveis perante a Seção 1 da Lei Sherman, porém elas devem conter as seguintes condições: (i) devem estar intimamente relacionado com o objetivo da atividade conjunta; e (ii) e não devem ser mais amplas do que o necessário para alcançar os seus objetivos.

Acerca da monopolização de mercados nos Estados Unidos da América, quem dá providencias é a Seção 2 da Lei Sherman, que dispõe que todas as pessoas que monopolizarem ou tentarem monopolizar, ou combinarem ou conspirarem com qualquer outra pessoa, para monopolizar qualquer parte do mercado entre Estados, ou com nações estrangeiras, devem ser consideradas culpadas por contravenção¹⁵.

Essa disposição da lei sempre causou sérios problemas de interpretação, fundamentando-se nos conflitos de interesses da sociedade. De um lado por firmas que competem o mais energicamente possível e, por outro lado, por consumidores e outras firmas que pretendem ser protegidas de possíveis abusos da firma que competindo energicamente alcançou uma posição dominante.

Deste modo, a política de concorrência dos Estados Unidos da América, com seus cem anos de experiência podem oferecer como exemplo para o sistema concorrencial brasileiro alguns pontos cruciais.

Em primeiro lugar, uma boa lei de concorrência e um forte poder de execução são importantes, sendo até mesmo componentes vitais em uma política de liberalização econômica. Certamente eles não são tudo o que é necessário, mas elas são, de fato, necessárias, pois sem elas, os consumidores não irão usufruir plenamente dos benefícios das outras políticas de liberalização, com as empresas conluindo para aumentar preços, fundindo para eliminar a concorrência, ou tomando medidas monopolísticas para destruir concorrentes, tudo sem interferência governamental.

¹⁵ Tradução livre: “Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony.”

Em segundo lugar, como já se observou, a aplicação da lei da concorrência pode ser um pouco complexa. É importante, sobretudo em um país com experiência em execução, que as empresas, outras agências governamentais, e o público entendam exatamente o que as agências antitrustes estão tentando realizar. Além disso, as empresas precisam entender a lei se pretendem cumpri-las. Assim, uma jovem agência antitruste, para maximizar sua eficácia, deve centrar-se no comportamento de ataque que está mais claramente prejudicial para a economia.

Por último, para que se possa ter êxito na aplicação da lei, a agência de concorrência deve ter informação para funcionar. Ela deve ser capaz de exigir informações precisas de empresas privadas, e, apoiado por um sistema judicial, deve ser capaz de punir aqueles que se recusam a cooperar. Uma lei antitruste que não dá estas competências para as agências de concorrência não será uma lei forte.

Diz Fernando de Magalhães Furlan sobre o sistema norte-americano de defesa da concorrência:

Nos Estados Unidos a norma aplicável – Sherman Act – veda tanto a colusão, ou acordo entre empresas, quanto a dominação ou tentativa de dominar o mercado. São normas independentes, diferente do sistema brasileiro que demanda a interpretação conjunta das condutas e de seus possíveis efeitos para a caracterização da infração à ordem econômica¹⁶.

Assim sendo, conclui-se que o sistema antitruste norte-americano também é baseado nos planos administrativo e judicial. Nos Estados Unidos da América as questões concorrenciais podem ser submetidas tanto a Federal Trade Commission e ao Departamento de Justiça quanto ao Judiciário, cada um deles atuando dentro de certos limites, em conformidade com a legislação.

3.2 União Européia

A área antitruste da União Européia abrange duas regras proibitivas estabelecidas pelo Tratado da Comunidade Européia (Treaty of the European Community). Em primeiro lugar, os acordos entre duas ou mais empresas que restringem a concorrência são proibidas pelo artigo 81 do Tratado, sujeitas a algumas exceções limitadas. Esta disposição cobre uma ampla variedade de comportamentos. O exemplo mais óbvio da conduta ilegal infringindo o artigo 81 é o cartel entre

¹⁶ FURLAN, Fernando de Magalhães. Questões Polêmicas em direito Antitruste. 1. ed. São Paulo: Lex, 2004.

concorrentes (que pode envolver a fixação de preços ou partilha do mercado), conforme se verifica com a transcrição do citado artigo 81 do Tratado que instituiu a Comunidade Européia:

Artigo 81.

1. São incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum, designadamente as que consistam em:

- a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transacção;
- b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;
- c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;
- d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;
- e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos.

2. São nulos os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo.

3. As disposições no n.º 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis:

- a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas,
- a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e
- a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:
 - a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos;
 - b) Nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

Em segundo lugar, as empresas em posição dominante não podem abusar dessa posição. Este é, por exemplo, o caso de preços predatórios visando a eliminação de concorrentes do mercado. Tal proibição está contida no artigo 82 do Tratado da Comunidade europeia, *in verbis*:

Artigo 82.

É incompatível com o mercado comum e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste.

Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

- a) Impor, de forma directa ou indirecta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transacção não equitativas;

- b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;
- c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;
- d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos.

A Comissão Europeia está habilitada pelo Tratado para aplicar essas regras proibitivas e desfruta de uma série de poderes investigativos para esse fim. Também pode impor multas às empresas que violem as regras antitrustes da União Europeia. Desde 01 de maio de 2004, todas as autoridades nacionais de concorrência também estão habilitadas a aplicar plenamente as disposições do Tratado, a fim de garantir que a concorrência não seja distorcida ou limitada. Os tribunais nacionais podem igualmente aplicar essas proibições para proteger os direitos individuais conferidos pelo Tratado aos cidadãos.

Quanto à notificação em casos de concentrações de empresas, se o volume de negócios anual das empresas combinadas excede os limites especificados em termos de vendas mundiais e europeias, a proposta de fusão deve ser notificada à Comissão Europeia, que deverá analisá-la. Abaixo destes limites, as autoridades nacionais da concorrência dos Estados-Membros da União Europeia podem rever a fusão. Estas regras aplicam-se a todas as fusões, não importando em que lugar do mundo as empresas fundidas tenham sua sede. Isto é assim, pois até mesmo fusões entre empresas sediadas fora dos limites da União Europeia podem afetar os mercados da União Europeia caso nela façam negócios.

A Comissão Europeia pode também analisar fusões nas quais as autoridades nacionais de concorrência dos Estados-Membros se refiram a ela, que podem ter como base um pedido das empresas fundidas ou baseada no pedido pela autoridade nacional da concorrência de um Estado-Membro da União Europeia. Sob certas circunstâncias, a Comissão Europeia pode também remeter um processo para a autoridade nacional da concorrência de um Estado-Membro da União Europeia..

Todas as concentrações notificadas à Comissão são examinadas para a verificação se elas impedem significativamente a concorrência na União Europeia. Se não o fizerem, elas são aprovadas incondicionalmente. Se o fizerem, e não haja nenhum compromisso das empresas visando a eliminação desses impedimentos, o negócio deverá ser proibido, para proteger as

empresas e os consumidores do aumento dos preços, ou de uma maior limitação na escolha de bens e serviços. As propostas de concentração poderão ser proibidas, por exemplo, se as partes na concentração são concorrentes importantes entre si, ou se a operação de concentração, de outro modo, venha enfraquecer significativamente a concorrência efetiva no mercado, seja criando ou reforçando a posição dominante de uma empresa.

Mesmo que a Comissão Europeia considere que uma operação de concentração possa distorcer a concorrência, as partes podem assumir o compromisso de tomar medidas para tentar corrigir esse provável efeito. Eles podem ter que, por exemplo, vender parte do negócio combinado ou a licença de tecnologia para outra empresa. Se a Comissão Europeia está convencida de que os compromissos irão manter ou restabelecer a concorrência no mercado, protegendo assim os interesses dos consumidores, ela dá total condição para o negócio ir em frente. Então, ela monitora se a empresa fundida cumpriu os seus compromissos, e poderá intervir caso não tenha cumprido.

Para uma economia de mercado aberta é essencial uma concorrência eficaz. Reduzir os preços e aumentar a qualidade dos bens e serviços propostos, bem como o leque de escolha dos consumidores, além de fomentar a inovação tecnológica. A Comissão Europeia dispõe de vastos poderes para garantir que as empresas e os governos respeitam as regras da União Europeia em matéria de comércio legal de bens e serviços, permitindo, ao mesmo tempo em que os governos intervenham se os mercados revelarem falhas prejudiciais aos consumidores e às empresas ou que promovam a inovação, a harmonização das normas e o desenvolvimento das pequenas e médias empresas.¹⁷

No sistema europeu, a exemplo do norte-americano, o acordo entre empresas e o abuso de posição dominante encontram-se em dispositivos separados, independentes, com hipóteses de incidência e suportes fáticos diversos.

4 O SISTEMA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL E SEUS ASPECTOS

¹⁷ http://europa.eu/pol/comp/overview_pt.htm

4.1 Os órgãos de defesa da concorrência

Os órgãos do governo brasileiro competentes para atuarem em todo território nacional na prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, bem como na difusão da cultura da defesa da concorrência são designados como Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). O SBDC é integrado pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) do Ministério da Fazenda, a Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, que atuam à luz da Lei n.º 8.884, de 11 de junho 1994, a Lei de Defesa da Concorrência.

A SEAE e a SDE são órgãos encarregados da inscrição dos processos, enquanto o CADE é a instância julgante administrativa. As decisões do CADE não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, podendo ser revistas apenas pelo Poder Judiciário, conforme veremos mais adiante.

Esses órgãos, cuja atividade principal é a defesa da concorrência, atuam na análise de operações de concentração, a fim de verificar eventual possibilidade de grande concentração nos mercados e exercício de poder econômico, para então decidir se tal operação pode ou não ser aprovada, bem como atuam na análise de condutas praticadas por agentes econômicos e se tal prática implica em prejuízo à concorrência, quando então deve ser reprimida.

4.1.1 Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)

O CADE foi criado em 1962, com a promulgação em 10 de setembro da Lei n.º 4.137, esta lei, além de regular a repressão ao abuso do poder econômico, criou em seu artigo 8º o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), com sede no Distrito Federal e jurisdição em todo território nacional para apurar e reprimir os abusos do poder econômico.

Contudo, de 1962, ano de sua criação, até a década de 1990, a atuação do CADE era insignificante em razão da conjuntura político-econômica brasileira que inviabilizava qualquer tipo de ato para defesa da concorrência.

Foi a partir de importantes acontecimentos na década de 1990, com a abertura dos mercados pelo Governo Collor, a promulgação da Lei de Defesa da concorrência em 1994, e a estabilidade monetária propiciada pelo Plano Real, as desestatizações e o processo de concessões e privatizações e o fenômeno da globalização, que o CADE e todo o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência foram aos poucos ganhando força, e hoje representa importante autoridade que pode contribuir na implementação de políticas de Estado e de Governo e para assegurar o bem-estar econômico dos consumidores.

Em 1994, com a criação da Lei 8.884, o CADE entrou em nova fase, a lei transformou esse órgão judicante em autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, continuando com sede no Distrito Federal e com jurisdição em todo território nacional.

O CADE é formado por um Plenário, composto por sete integrantes, sendo eles um presidente e seis conselheiros, escolhidos entre cidadãos com idade superior a 30 anos, com notório saber jurídico e econômico e reputação ilibada, sendo nomeados pelo Presidente da República, e aprovados e sabatinados pelo Senado Federal, para exercerem um mandato com dedicação exclusiva de dois anos, permitida uma recondução, por igual período, e portanto, só podem ser destituídos em condições muito especiais. Esta regra fornece autonomia aos membros do Plenário do CADE, o que é fundamental para assegurar a tutela dos direitos difusos as concorrência de forma técnica imparcial

O CADE possui a finalidade de orientar, fiscalizar, prevenir e apurar abusos de poder econômico, exercendo papel tutelador da prevenção e repressão do mesmo. Ele é a última instância, na esfera administrativa, responsável pela decisão final sobre a matéria concorrencial. Assim, após receber os pareceres das duas secretarias (SEAE e SDE) o CADE tem a tarefa de julgar os processos. O CADE exerce, a principio, três papéis: o preventivo, o repressivo e o educativo¹⁸.

O papel preventivo corresponde basicamente à análise dos atos de concentração, ou seja, à análise das fusões, incorporações e associações de qualquer espécie entre agentes econômicos. Este papel está previsto nos artigos 54 e seguintes da Lei 8884/94. Os atos de concentração não são ilícitos anticoncorrenciais, mas negócios jurídicos privados entre empresas. Contudo, deve o CADE, nos termos do artigo 54 da Lei n.º 8.884/94, analisar os efeitos desses negócios, em particular, nos casos em que há a possibilidade de criação de prejuízos ou restrições à livre

¹⁸ <http://www.cade.gov.br/apresentacao/cade.asp#cade>

concorrência, que a lei antitruste supõe ocorrer em situações de concentração econômica acima de 20% do mercado de bem ou serviço analisado, ou quando uma das empresas possui, no mínimo, quatrocentos milhões de faturamento bruto.

Caso o negócio seja danoso à concorrência, o CADE tem o poder de impor obrigações – de fazer e de não-fazer - às empresas como condição para a sua aprovação, determinar a alienação total ou parcial dos ativos envolvidos (máquinas, fábricas, marcas, etc), ou alteração nos contratos. Para facilitar a análise dos atos de concentração, bem como tornar o processo mais transparente, a SEAE e a SDE editaram, em 01 de agosto de 2001, o Guia para Análise de Atos de Concentrações Horizontais, por meio da Portaria Conjunta n.º 50. O CADE, por sua vez, regulamentou, por meio da Resolução CADE n.º 15, de 19 de agosto de 1998, as formalidades e procedimentos desta espécie de processo, no âmbito da Autarquia.

O papel repressivo corresponde à análise das condutas anticoncorrenciais. Essas condutas anticoncorrenciais estão previstas nos artigos 20 e seguintes da Lei n.º 8.884/94 e na Resolução 20 do CADE, de forma mais detalhada e didática. Neste caso, o CADE tem o papel de reprimir práticas infrativas à ordem econômica, tais como: cartéis, vendas casadas, preços predatórios, acordos de exclusividade, dentre outras. É importante ressaltar que a existência de estruturas concentradas de mercado (monopólios, oligopólios), em si, não é ilegal do ponto de vista antitruste. O que ocorre é que nestes há maior probabilidade de exercício de poder de mercado e, portanto, maior a ameaça potencial de condutas anticoncorrenciais. Tais mercados devem ser mais atentamente monitorados pelos órgãos responsáveis pela preservação da livre concorrência, sejam eles regulados ou não.

O papel pedagógico do CADE – difundir a cultura da concorrência - está presente no artigo 7º, XVIII, da Lei n.º 884/94. Para o cumprimento deste papel é essencial a parceria com instituições, tais como universidades, institutos de pesquisa, associações, órgãos do governo. O CADE desenvolve este papel através da realização de seminários, cursos, palestras, da edição da Revista de Direito Econômico, do Relatório Anual e de Cartilhas. O resultado do exercício deste papel pedagógico está presente no crescente interesse acadêmico pela área, na consolidação das regras antitruste junto à sociedade e na constante demanda pela maior qualidade técnica das decisões.

As decisões do CADE constituem a última instância administrativa e não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, podendo ser questionadas apenas no Judiciário, e tem força de título executivo extrajudicial.

4.1.2 Secretaria de Direito Econômico (SDE)

A SDE foi criada com a Lei de defesa da Concorrência, Lei n.º 8.884/94, com a finalidade precípua de assessorar o CADE e atuar preventivamente. A SDE é subordinada ao Ministério da Justiça e é dirigida pelo Secretário de Direito Econômico, indicado pelo Ministério da Justiça dentre brasileiros de notório saber jurídico ou econômico e ilibada reputação, nomeado pelo Presidente da República.

A SDE é o órgão responsável por instruir a análise concorrencial dos atos de concentração econômica (fusões, aquisições, etc.), bem como investigar infrações à ordem econômica, não atuando apenas no âmbito da Lei de Defesa da Concorrência, mas também no do Código de Defesa do Consumidor. Cabe a SDE exercer as competências estabelecidas nas Leis n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990; n.º 8.884 de 11 de junho de 1994; n.º 9.009 de 21 de março de 1995; e n.º 9.021 de 30 de março de 1995.

A SDE possui dois Departamentos para desempenhar sua atuação. O Departamento de Proteção do consumidor (DPDC), aplicando-se a Lei n.º 8.078/90 e o Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE) na qual a matéria em análise é a disposta na Lei n.º 8.884/94

A SDE, por meio de seu Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE), instrui processos administrativos relativos a condutas anticompetitivas e atos de concentração, enviando seus pareceres, não vinculativos, ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Além de suas competências na área de defesa da concorrência, a SDE, por meio de seu Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) , é responsável por coordenar a Política Nacional de Defesa do Consumidor. Por fim, a SDE funciona como Secretaria Executiva do Conselho Gestor do Fundo de Direitos Difusos , que tem por finalidade a aprovação de projetos destinados a reparar direitos difusos lesados (tais como meio ambiente e consumidor). As multas recolhidas decorrentes de condenações por práticas anticompetitivas e contribuições

pecuniárias previstas em Termos de Compromisso de Cessação são destinadas ao Fundo de Direitos Difusos.¹⁹

No que se refere ao Direito da Concorrência, cabe à SDE zelar pelo cumprimento da Lei, monitorando e acompanhando as práticas de mercado, para prevenir infrações da ordem econômica e, diante de indícios de infração, proceder a averiguações preliminares e instaurar processos administrativos.

4.1.3 Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE)

A SEAE foi criada em 1  de janeiro de 1995, por meio da Medida Provisória n.é 813, como resultado do desmembramento da Secretaria de Política Econômica do Ministério da Fazenda. Tendo em vista seu papel em questões relativas ao acompanhamento de preços e ao reajuste de tarifas públicas, herdou parte de estrutura de unidades do Executivo responsáveis, no passado, pelo controle de preços da economia, a exemplo do extinto Conselho Interministerial de Preços - CIP.

A questão do acompanhamento econ mico, no entanto, é bastante anterior   criação da SEAE, remetendo-se   Comissão Nacional de Estímulo   Estabilização de Preços - CONEP - criada, em 23 de fevereiro de 1965, no âmbito da Superintendência Nacional de Abastecimento - SUNAB. A CONEP estava autorizada a conceder estímulos de caráter fiscal e creditício a empresas que se comprometessem a manter estáveis, ou só aumentar com autorização prévia, os preços de seus produtos. Em 29 de agosto de 1968 foi instituído o Conselho Interministerial de Preços - CIP -, com a atribuição de fixar e fazer executar as medidas destinadas à implementação da sistemática reguladora de preços.

Em 24 de setembro de 1979 era criada, no âmbito da Presidência da República, a Secretaria Especial de Abastecimento e Preços - SEAP, sendo sucedida, em 10 de maio de 1990, pelo Departamento de Abastecimento e Preços, subordinado à Secretaria Nacional de Economia do extinto Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento.

Mais recentemente, em 19 de novembro de 1992, era instituída, no âmbito do Ministério a Secretaria de Política Econômica, que, desmembrada dois anos depois, deu origem à Secretaria de Acompanhamento Econômico.

¹⁹ <http://www.mj.gov.br/sde>

A SEAE é dirigida pelo Secretário de Acompanhamento Econômico, indicado pelo Ministro da Fazenda e nomeado pelo Presidente da República. É ela a responsável por emitir pareceres econômicos em atos de concentração, investigar condutas para oferecer representações à SDE, bem como elaborar facultativamente pareceres em investigações sobre condutas anticoncorrenciais.

A Secretaria de Acompanhamento Econômico teve, por meio do [Decreto n.º 6.313](#), de 19 de dezembro de 2007, em seu Artigo 12, suas competências recentemente alteradas, em virtude de reestruturação a que foi submetido todo o Ministério da Fazenda. As competências atuais desta Secretaria são as seguintes²⁰:

Delinear, coordenar e executar as ações do Ministério, no tocante à gestão das políticas de regulação de mercados de concorrência e de defesa da ordem econômica, de forma a promover a eficiência, o bem-estar do consumidor e o desenvolvimento econômico; assegurar a defesa da ordem econômica, em articulação com os demais órgãos do Governo encarregados de garantir a defesa da concorrência, atuando no controle de estruturas de mercado emitindo pareceres econômicos relativos a atos de concentração no contexto da Lei n.º 8.884/94, procedendo as análises econômicas de práticas ou condutas limitadoras da concorrência, instruindo procedimentos no contexto da Lei n.º 8.884, realizando, em face de indícios de infração da ordem econômica, investigações de atos ou condutas limitadoras da concorrência no contexto da Lei 9.021/95 e da Lei 10.149/00.

Acompanhar a implantação dos modelos de regulação e gestão desenvolvidos pelas agências reguladoras, pelos ministérios setoriais e pelos demais órgãos afins, opinando, a seu juízo ou quando provocada, dentre outros aspectos acerca dos reajustes e as revisões de tarifas de serviços públicos e de preços públicos; dos processos licitatórios que envolvam a privatização de empresas pertencentes à União, com o objetivo de garantir condições máximas de concorrência, analisando as regras de fixação das tarifas de serviços públicos e preços públicos iniciais, bem como as fórmulas paramétricas de reajustes e as condicionantes que afetam os processos de revisão; e da devolução dos mercados, especialmente no caso de serviços públicos sujeitos aos processos de privatizações e de descentralização administrativa, para recomendar a adoção de medidas que estimulem a concorrência e a eficiência econômica na produção dos bens e na prestação dos serviços.

²⁰ <http://www.seae.fazenda.gov.br>

Autorizar e fiscalizar, salvo hipótese de atribuição de competência a outro órgão ou entidade, as atividades de distribuição gratuita de prêmios, a título de propaganda, mediante sorteio, vale-brinde, concurso ou operação assemelhada, e de captação de poupança popular, nos termos da Lei n.º 5.768/71.

Autorizar e fiscalizar as atividades de que se trata o artigo 14 da Lei n.º 7.291/84. Promover o desenvolvimento econômico e o funcionamento adequado do mercado, nos setores agrícola, industrial, de comércio e serviços de infra-estrutura, acompanhando e analisando a evolução de variáveis de mercado relativas a produtos, ou a grupo de produtos; acompanhando e analisando a execução da política nacional de tarifas de importação e exportação, interagindo com órgãos envolvidos com a política de comércio exterior; adotando, quando cabível, medidas normativas sobre condições de concorrência para assegurar a livre concorrência na produção, comercialização e distribuição de bens e serviços; compatibilizando as práticas internas de defesa da concorrência e de defesa comercial com as práticas internacionais, visando à integração econômica e à consolidação dos blocos econômicos regionais; e avaliando e se manifestando expressamente acerca dos atos e instrumentos legais que afetem as condições de concorrência e eficiência na prestação de serviços regulados e de livre comercialização, produção e distribuição de bens e serviços.

Formular representação perante o órgão competente, para que este, querendo, adote as medidas legais cabíveis, sempre que for identificada norma ilegal e/ou inconstitucional que tenha caráter anticompetitivo.

4.1.4 Lei 8.884 de 11 de junho de 1994

A Lei 8.884/94, implementou o que se conveniu chamar de “Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência” – SBDC, composto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, pela Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, vinculada ao Ministério da Fazenda, pela Secretaria de Direito Econômico – SDE, vinculada ao Ministério da Justiça, além de transformar o CADE em autarquia federal, beneficiando-lhe com distinção orçamentária própria.

Essa lei foi promulgada com o intuito de garantir a liberdade de competição entre os agentes econômicos objetivando assegurar as condições de produção e de consumo próprias de

um regime de mercado, sendo orientada para tal, pelos ditames constitucionais da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico, tendo a coletividade como titular dos bens por ela protegidos.

A lei é aplicável às pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou de direito privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividades sob regime de monopólio legal.

A lei versa sobre dois enfoques principais na defesa da concorrência, são eles a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica.

A competência preventiva da Lei 8.884/94 se encontra na regulação das concentrações econômica se o respectivo julgamento delas, através dos atos de concentração. As concentrações econômicas podem ser classificadas como concentrações horizontais, concentrações verticais e concentrações conglomeradas.

As concentrações horizontais são aquelas que ocorrem entre concorrentes, entre agentes que atuam num mesmo mercado relevante. As concentrações verticais se dão entre agentes que atuam nos diferentes estágios de uma cadeia produtiva, frequentemente existindo uma relação comercial de fornecimento de produtos/serviços entre esses agentes. Já as concentrações conglomeradas significam o crescimento de um agente mediante a concentração com outro agente, que não seja seu concorrente (caso contrário, ter-se-ia uma concentração horizontal), tampouco fornecedor ou cliente (senão ocorreria uma concentração vertical)

Em seu artigo 54 a Lei 8.884/94 ao tratar da prevenção aos abusos do poder econômico, por meio do controle de atos e contratos dispõe:

Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.

Para auxiliar os entes envolvidos numa operação a saber se deverão, de fato apresentar o caso ao CADE, a Lei aponta dois critérios objetivos, conforme consta no § 3º do artigo 54:

§ 3º. Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de

empresas ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).

Adotando-se esses critérios, significa que em qualquer operação em que as partes envolvidas detenham, mesmo que isoladamente (antes do ato), 20% de participação em um mercado relevante, ou uma das partes tenha registrado, por si ou conjuntamente com um grupo econômico a que seja ligada, R\$400 milhões, essa operação deve ser submetida à apreciação do CADE, que dirá se ela limita ou prejudica a livre concorrência ou resulta na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços. Ou seja, os requisitos para se submeter uma operação à análise do CADE estão na verdade no § 3º do artigo 54.

Quanto ao prazo, a apresentação desses atos deve ser feita previamente (controle preventivo) ou em 15 dias úteis de sua realização (controle posterior), sob pena de aplicação de multa pecuniária, de valor não inferior a 60 mil UFIR nem superior a 6 milhões de UFIR, a ser aplicada pelo CADE, sem prejuízo da abertura de processo administrativo. Entende-se como momento da realização da operação aquele do primeiro documento vinculativo firmado entre as requerentes.

Para que a operação apresentada para análise do SBDC seja aprovada, deverá atender as determinações previstas nos incisos do § 1º do artigo 54, quais sejam:

§ 1º O Cade poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições:

I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;

III - não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;

IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

Assim, verificando-se que a operação apresenta como objetivo o aumento da produtividade e/ou a sua finalidade seja a melhora da qualidade de bens e serviços e/ou venha proporcionar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico, tal ato poderá ser aprovado, devendo também existir uma distribuição equitativa dos benefícios obtidos com a operação entre os agentes do caso e os consumidores ou usuários finais. Para a aprovação da operação também não poderá ocorrer a eliminação substancial da concorrência no mercado do caso, e deverão ser observados os limites necessários para obter os objetivos do ato.

Decidindo pela desconstituição parcial ou integral, conforme dispõe o § 9º do artigo 54 da Lei, o CADE exigirá a cisão da sociedade, a venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outra providência que elimine os efeitos prejudiciais à ordem econômica, conforme vemos:

§ 9º Se os atos especificados neste artigo não forem realizados sob condição suspensiva ou deles já tiverem decorrido efeitos perante terceiros, inclusive de natureza fiscal, o Plenário do Cade, se concluir pela sua não aprovação, determinará as providências cabíveis no sentido de que sejam desconstituídos, total ou parcialmente, seja através de distrato, cisão desociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro ato ou providência que elimine os efeitos nocivos à ordem econômica, independentemente da responsabilidade civil por perdas e danos eventualmente causados a terceiros.

Cumpra ainda destacar que, mesmo aprovada uma operação pelo CADE, a Lei prevê em seu artigo 55 que ela poderá ser revista de ofício ou mediante provocação, caso a decisão tenha sido baseada em informações falsas ou enganosas prestadas pelo interessado, caso ocorra descumprimento das obrigações assumidas ou não sejam alcançados os benefícios observados, conforme se verifica com a leitura do artigo em questão:

Art. 55. A aprovação de que trata o artigo anterior poderá ser revista pelo Cade, de ofício ou mediante provocação da SDE, se a decisão for baseada em informações falsas ou enganosas prestadas pelo interessado, se ocorrer o descumprimento de quaisquer das obrigações assumidas ou não forem alcançados os benefícios visados.

Entretanto, a Lei 8.884/94, além da função supracitada possui também enfoque repressivo, combatendo as condutas anticoncorrenciais.

As infrações contra a ordem econômica são as condutas adotadas por agentes econômicos contrárias às relações da livre concorrência e capazes de alterar o equilíbrio em determinado mercado, conforme conta no artigo 21 da Lei, aqui transcrito:

Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica;

I - fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços;

II - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III - dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários;

IV - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

VI - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

VII - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;

VIII - combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa;

IX - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;

X - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;

XI - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes, preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;

XII - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

XIII - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;

XIV - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;

XV - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;

XVI - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

XVII - abandonar, fazer abandonar ou destruir lavouras ou plantações, sem justa causa comprovada;

XVIII - vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo;

XIX - importar quaisquer bens abaixo do custo no país exportador, que não seja signatário dos códigos Antidumping e de subsídios do Gatt;

XX - interromper ou reduzir em grande escala a produção, sem justa causa comprovada;

XXI - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;

XXII - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;

XXIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem;

XXIV - impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço.

Parágrafo único. Na caracterização da imposição de preços excessivos ou do aumento injustificado de preços, além de outras circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes, considerar-se-á:

I - o preço do produto ou serviço, ou sua elevação, não justificados pelo comportamento do custo dos respectivos insumos, ou pela introdução de melhorias de qualidade;

II - o preço de produto anteriormente produzido, quando se tratar de sucedâneo resultante de alterações não substanciais;

III - o preço de produtos e serviços similares, ou sua evolução, em mercados competitivos comparáveis;

IV - a existência de ajuste ou acordo, sob qualquer forma, que resulte em majoração do preço de bem ou serviço ou dos respectivos custos.

Contudo, tal rol é apenas exemplificativo dessas condutas, e não exaustivo, deixando assim em aberto para qualquer outra modalidade de conduta que venha ser adotada possa caracterizar infração contra a ordem econômica desde que configure hipótese do artigo 20:

Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

De acordo com o Anexo 1 da Resolução n.º 20 do CADE, práticas restritivas horizontais consistem na tentativa de reduzir ou eliminar a concorrência no mercado, visam ao aumento do poder de mercado de seus agentes ou à criação das condições necessárias para exercê-lo mais

facilmente, sendo os mais comuns os cartéis, os acordos entre empresas, os ilícitos de associações profissionais e os preços predatórios. Já as práticas restritivas verticais consistem em restrições impostas em mercado de origem, por produtores ou ofertantes de bens ou serviços sobre os mercados verticalmente relacionados ao longo da cadeia produtiva, e implicam a criação de mecanismos para excluir os concorrentes, seja pela criação de barreiras à entrada, seja pela elevação dos custos dos competidores, ou pelo exercício coordenado de poder de mercado entre agentes, sendo as condutas mais comuns a fixação de preços de revenda, as restrições territoriais e de base de clientes, acordos de exclusividade, a recusa de negociação, venda casada e discriminação de preços.

A penalidade para a prática de infração contra a ordem econômica está prevista no artigo 23 da Lei, e atinge a empresa, com multa de 1% a 30% do seu faturamento bruto, e o administrador, com multa de 10% a 50% do valor aplicado à empresa. Nos casos em que não é possível utilizar o critério do faturamento, a multa aplicada será de 6 mil a 6 milhões de UFIR.

Art. 23. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I - no caso de empresa, multa de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável;

II - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida por empresa, multa de dez a cinquenta por cento do valor daquela aplicável à empresa, de responsabilidade pessoal e exclusiva ao administrador.

III - No caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será de 6.000 (seis mil) a 6.000.000 (seis milhões) de Unidades Fiscais de Referência (Ufir), ou padrão superveniente.

Parágrafo único. Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro.

Qualquer interessado, entendendo que a concorrência está sendo prejudicada, poderá apresentar representação à SDE, que deverá verificar os indícios de infração à ordem econômica para adotar um dos seguintes trâmites legais: (i) abrir Procedimento Administrativo, quando os indícios de infração forem muito poucos, quase inexistentes; (ii) promover Averiguações

Preliminares, quando existirem indícios, não tão fortes, de infração à ordem econômica; e (iii) instaurar Processo Administrativo, quando os indícios de infração forem fortes o suficiente.

4.1.5 A Procuradoria-Geral do CADE

O artigo 10 da Lei n.º 8.884/94 determina que, junto ao CADE, funcionará uma Procuradoria, chefiada pelo Procurador-Geral e composta de membros da Advocacia Geral da União, sendo de competência deles prestar assessoria jurídica à autarquia e defende-lo em juízo; promover a execução judicial das decisões e julgados da autarquia; requerer, com autorização do Plenário, medidas judiciais visando à cessação de infrações da ordem econômica; promover acordos judiciais nos processos relativos a infração contra a ordem econômica, mediante autorização do Plenário do CADE e ouvido o representante do Ministério Público Federal; emitir parecer nos processos de competência do CADE; zelar pelo cumprimento da Lei.

O Procurador-Geral será indicado pelo Ministro de Estado da Justiça e nomeado pelo Presidente da República, dentre brasileiros de ilibada reputação e notório conhecimento jurídico, depois de aprovado pelo Senado Federal. O Procurador-Geral participa das reuniões do CADE, sem direito a voto, sendo-lhe aplicáveis as mesmas normas de tempo de mandato, recondução, impedimentos, perda de mandato e substituição aplicáveis aos Conselheiros do CADE

4.1.6 Atuação do Ministério Público Federal Perante o CADE

A Lei n.º 8884/94 determina, ainda, que caberá ao Procurador-Geral da República ouvido o Conselho Superior, designar um membro do Ministério Público Federal para, nesta qualidade, officiar nos processos sujeitos à apreciação do CADE.

Sem prejuízo das competências da Procuradoria-Geral, a lei permite que o CADE, se o desejar, requeira ao Ministério Público Federal que este promova a execução de seus julgados ou dos compromissos de cessação, bem como adote as medidas judiciais cabíveis, no exercício da atribuição estabelecida pela alínea b do inciso XIV do artigo 6º da Lei complementar n.º 85, de 20 de maio de 1993.

4.2 A Natureza jurídica das decisões do CADE

Para que se possa melhor compreender o controle exercido pelo Poder Judiciário em relação às decisões proferidas pelo CADE, faz-se necessário uma caracterização da natureza jurídica dessas decisões. Analisando a citada questão, conclui-se que se tratam, as decisões emanadas por órgãos administrativos, de atos administrativos. E conforme já elucidado anteriormente, a doutrina diverge quanto a sua conceituação.

Porém, mesmo havendo divergências quanto ao seu conceito, não há na doutrina discussão acerca de que as decisões do CADE, por se tratarem de decisões emanadas por uma autarquia federal, no exercício de um poder concedido legalmente, se tratam de atos administrativos.

Para que se possa caracterizar um ato jurídico como ato administrativo é indispensável que seja ele praticado pelos órgãos centrais da Administração Pública, podendo ser assim também caracterizados os atos praticados pelas entidades autárquicas, componentes da Administração Pública Indireta.²¹

É indiscutível que as decisões proferidas pelo CADE se tratam de Atos Administrativos emanados por um componente da Administração Pública, neste caso, uma autarquia federal. Contudo, a grande dificuldade se encontra no que diz respeito à caracterização das decisões proferidas pelo CADE como atos administrativos vinculados ou discricionários, classificação de grande importância para a análise dos limites do controle a ser exercido pelo Poder Judiciário.

Nos atos administrativos discricionários, segundo orienta a doutrina de Direito Administrativo, é afastada a possibilidade de controle jurisdicional, ou seja, a liberdade de apreciação que goza o administrador nesses casos impede o controle pelo Poder Judiciário. Assim sendo, os atos discricionários emitidos pela Administração escapam do controle judicial. A atividade a ser exercida pelo Poder Judiciário, limitar-se-ia em verificar a legalidade do ato, e se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade. A impossibilidade do juiz de analisar os aspectos discricionários do ato administrativos faz com que, especificamente nesses pontos, a atividade da Administração seja intocável.

²¹ OLIVEIRA, Amanda Flávio de. O direito da concorrência e o poder judiciário. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

O poder discricionário não está relacionado com a indeterminação dos conceitos jurídicos, mas sim com o fato do administrador público estar livre para fazer suas valorações pessoais e tomar decisões segundo os critérios subjetivos de conveniência e oportunidade.

Portanto, a discricionariedade possui limites, e agem principalmente como seus limites os princípios que norteiam a administração pública, como o da moralidade, da economicidade, da eficácia, da razoabilidade, da proporcionalidade, da racionalidade, dentre outros, além do que o administrador público deve justificar, na motivação do ato praticado, a oportunidade, conveniência e conteúdo do ato.

O Professor José Alfredo de Oliveira Baracho, comentando a complexidade do tema, cita a magistral lição de Garcia de Enterría sobre a discricionariedade:

Garcia de Enterría entende que o exercício do poder discricionário permite uma pluralidade de soluções justas nas quais se opta entre alternativas que sejam igualmente justas para perspectiva de um melhor direito. A discricionariedade, nesse sentido, é essencial a uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas, desde que a administração possa estar perante alternativas justas, as melhores alternativas. É com esse entendimento que os modernos estudiosos do poder discricionário levantam problemas da lógica, do bom-senso que devem estar presentes no exame da atividade administrativa; elas devem ser dotadas de uma série de critérios novos, além daquela grande principologia.²²

O administrador público não é, em todas as horas, um mero executor da vontade da lei, mas sim que apesar de submetido ao princípio da legalidade, pode utilizar-se do poder discricionário – por determinação legal – para escolher quais seriam os atos que melhor atenderiam aos cidadãos, e, também, que este poder não é ilimitado, que a discricionariedade deve pautar-se sempre pelos inúmeros princípios e conceitos que regem a Administração Pública.

Nos atos administrativos discricionários, ao contrário dos atos administrativos vinculados, não há campo de escolha, o que acarreta à Administração certa margem de discricionariedade decisória, conforme os parâmetros de conveniência e de oportunidade, não restando possível o controle jurisdicional. Compete ao judiciário, unicamente, perquirir se a discricionariedade manteve-se em seus limites, assim como a legalidade do ato.

Contudo, com base nos conceitos elaborados pela doutrina de Direito Administrativo acredita-se que o melhor entendimento é que as decisões emanadas pelo CADE se tratam de atos administrativos vinculados.

²² BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Atos Administrativos. Boletim de Direito Administrativos. São Paulo: Editora NDJ, 1997.

Segundo Hely Lopes Meirelles²³

As decisões do CADE são atos vinculados, e não discricionários como podem parecer a uma primeira vista.

(...)

Por essa preceituação legal (Lei nº 4.137)... se evidencia a vinculação da conduta do CADE nas suas manifestações decisórias sobre eventuais abusos do poder econômico das empresas submetidas aos seus processos punitivos. Aliás, bastaria a exigência de processo administrativo para afastar a natureza discricionária de suas decisões, pois para a prática de atos discricionários não haveria necessidade de processo de apuração dos fatos que os antecedem; somente as atos vinculados exigem o processo a que se vinculam.

Segundo Gesner Oliveira e João Grandino Rodas, os atos são vinculados nos casos em que a administração, frente a um caso concreto, não possui liberdade de escolha, por encontrar-se de antemão tipificado um só comportamento, sendo esses casos nos quais o judiciário pode exercer plenamente a revisão.²⁴

Diz Maria Izabel Andrade Lima Cardoso²⁵ sobre o assunto:

O principal aspecto que distancia as decisões do CADE dos atos praticados com competência discricionária consiste na ausência de valoração subjetiva por parte dos integrantes daquela autarquia.

Em relação aos aspectos técnicos das decisões emitidas pelo CADE, não constituem, igualmente, hipótese de discricionariedade, mas de vinculação. As decisões emitidas por essa entidade são, sem sombra de dúvida, extremamente técnicas, exigindo do administrador, no caso, os conselheiros do CADE, conhecimentos especializados, porém essa condição não os permitem optar por qualquer solução. Exige-se que, entre todas as hipóteses possíveis, o conselheiro escolha a melhor delas, aquela que possa ser considerada a solução ótima. Aí reside o caráter vinculado das decisões do CADE.

Assim, mesmos se tratando as decisões do CADE de questões que envolvem conhecimento especializado, elas são cabíveis de controle judicial, isso porque os conselheiros

²³ MEIRELLES, Hely Lopes. "Natureza Jurídica do CADE na administração federal.", apud FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. Poder Econômico: Exercício e Abuso: Direito Antitruste Brasileiro, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985. pp. 558-559

²⁴ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. Direito e Economia da Concorrência. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

²⁵ CARDOSO, Maria Izabel Andrade Lima. Discricionariedade e Controle Jurisdicional no Direito da Concorrência Pós-Constituição de 1988. Rio de Janeiro: PUC-RJ, 2005

devem escolher a melhor opção entre as possíveis e ao juiz observar se isso efetivamente ocorreu. Para tanto, este deverá valer-se de laudos periciais que o auxiliem em sua tarefa.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. é categórico ao afastar a existência de uma discricionariedade técnica que impediria o controle judicial:

No caso dos atos de aprovação ou desaprovação de atos de concentração, entendo que se trata de atos impropriamente chamados de tecnicamente discricionários. Na verdade, o CADE, ouvida a SDE e a SEAE, com base (no) laudo técnico expresso pelo relator (...) toma uma decisão cujo fundamento técnico não expressa um juízo de conveniência e oportunidade mas uma vinculação a ditames legais referentes à proteção da livre iniciativa e da livre concorrência. Sua decisão, assim, não é ato político de governo, conforme diretrizes constitucionais, mas ato que cumpre uma política de Estado, conforme diretrizes constitucionais e legais.

(...)

Submeter a livre iniciativa, direito subjetivo fundamental, a uma discricionariedade, a um juízo de conveniência e oportunidade com base técnica, é submeter a liberdade à tirania da técnica, à tecnocracia. O CADE ao aprovar ou reprovar emite um juízo técnico, cuja validade jurídica exige a possibilidade de uma revisão quando um direito esteja sendo ameaçado.²⁶

Apesar do elevado grau de tecnicidade das decisões do CADE, o administrador, ao aplicar a lei 8.884/94 aos casos concretos, não está desvinculado dos princípios e regras estabelecidas por esta lei. Logo, não cabem valorações subjetivas a respeito dos casos julgados pelo CADE. Não se trata, pois, de juízos de conveniência e oportunidade.

Ao Administrador, diante dos conselhos indeterminados, não é permitido escolher qualquer das decisões possíveis, mas tem ele o compromisso de escolher a melhor delas.

Considerando que a Lei da concorrência aponta os princípios e as regras a serem seguidos pelo CADE em suas decisões, esta autarquia tem como obrigação aplicar tais regras e princípios a situações concretas, o que pressupõe um juízo de interpretação vinculado às normas jurídicas e não as convicções pessoais dos Conselheiros da entidade, não havendo, portanto lugar para a discricionariedade. O fato de os conceitos indeterminados da Lei 8.884/94 serem dotados de valor jurídico também representa um importante fundamento legitimador do controle jurisdicional das decisões proferidas pelo CADE. Desse modo, a incumbência de dar realização aos conceitos indeterminados pressupõe a interpretação e a aplicação de princípios protegidos pela Constituição

²⁶ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Discricionariedade nas Decisões do CADE sobre Atos de Concentração. Revista do IBRAC, São Paulo, vol.4, nº6, pp.87-89, s.d.

Federal, os quais, por serem dotados de inegável valor jurídico, não se incluem na definição doutrinária de mérito, único elemento do ato administrativo imune ao controle jurisdicional.

Acerca dos limites do Poder Judiciário para apreciar as decisões do CADE, esclarecedoras são as palavras de Laércio Farina:

No sistema brasileiro, o Poder Judiciário ... detém o monopólio do controle da legalidade (...). Todas as questões que envolvam a apreciação da legalidade podem ser submetidas ao Poder Judiciário. Isso não é verdade para a avaliação dos critérios discricionários. (...) No exame do ato discricionário, o magistrado não pode substituir sua avaliação pessoal à avaliação pessoal do administrador. Ao magistrado, ao Poder Judiciário, está restrita a análise da legalidade do ato, isto é, se, no exercício da discricionariedade, levada a cabo pelo administrador, foram observados os limites que a própria lei impõe – ou permite – ao administrador: o exercício da discricionariedade. Portanto, parece-nos que dentro desse conceito de controle da legalidade a ser feito pelo poder Judiciário não está incluído o mérito submetido, eventualmente, ao exame do Judiciário, porque este mérito é apreciado dentro do poder discricionário que toca ao CADE. Dentro dos limites que lhe permite a lei, ao Judiciário caberá avaliar – se a questão lhe for levada a exame – se esses limites foram ou não ultrapassados, se os ditames constitucionais relativos à atividade administrativa foram ou não cumpridos, mas jamais modificar o juízo de valor a respeito de determinada situação, tomando com base no poder discricionário da autoridade administrativa²⁷.

Dessa forma, as decisões do CADE, ao constituírem atos administrativos regrados por lei e que influenciam inegavelmente o universo jurídico e a ordem econômica nacional, devem sujeitar-se ao controle judicial pleno que encontraria sua limitação somente naqueles aspectos da decisão que não interessam ao Direito.

5 A REVISÃO JUDICIAL DAS DECISÕES DO CADE E SEUS LIMITES

²⁷ FARINA, Laércio. Do Processo Administrativo da Natureza do Ato. Revista do IBRAC, v. 3, n. 6, p. 104 a 108, 1996.

Considerando, como já vimos, que as decisões proferidas pelo CADE são atos administrativos vinculados e que, portanto, estão sujeitas a revisão pelo Poder Judiciário, importa-nos compreender a dimensão e os limites do controle judicial sobre as decisões desta autarquia.

Estudos estatísticos do CADE, revelam que de 1994 a 2004 o número de processos julgados anualmente pela referida autarquia aumentou de 17 para 782, refletindo uma variação de 4.600% no período. Esse fenômeno repercutiu diretamente no volume de processos judiciais envolvendo o CADE. Segundo dados coletados por Maria Isabel A. L. Cardoso²⁸, em 1997 existiam 70 ações judiciais nos quais o CADE figurava como parte, sendo que tal número saltou para 728 em 2004, o que significou um aumento percentual de 1.040% no volume do contencioso judicial envolvendo a citada autarquia.

Em matéria de ato de concentração, não havia até 2004 precedentes de questionamento de decisões de mérito, a maioria das ações versavam sobre as multas por intempestividade na notificação de tais operações e à constitucionalidade da taxa processual pagável por ocasião de sua apresentação, criada pela Lei n.º 9.781/99. No pertinente à multa por intempestividade a Resolução n.º 15/98 do CADE vem sendo tida ou como ilegal, por contrariar o §4º do artigo 54 da Lei 8.884/94, ou devendo ser interpretada em consonância com tal disposição.

As decisões sobre as taxas processuais sugerem que sua instituição é inconstitucional, pois sendo o controle de atos de concentração intervenção indireta no domínio econômico são insuscetíveis de se constituir em fato gerador de taxa por não haver previsão constitucional; e a sua exigência é parcialmente indevida para empresas prestadoras de serviço de telecomunicações.

Entretanto, sabe-se que hoje já existem vários questionamentos no judiciário quanto ao mérito das decisões proferidas pelo CADE em casos de atos de concentração no judiciário, sendo a mais famosa delas o caso Nestlé/Garoto, no qual o CADE havia determinado a desconstituição da operação, tida inicialmente como prejudicial à concorrência, porém foi ela aprovada pela Justiça Federal do Distrito Federal, que proferiu sentença alterando a decisão original do CADE e determinando a aprovação automática da operação por decurso do prazo, uma vez que o CADE não teria motivado as diligências – ofícios, pedidos de esclarecimentos das partes e de terceiros

²⁸ CARDOSO, Maria Izabel Andrade Lima. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional no Direito da Concorrência Pós-Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: PUC-RJ, 2005

etc – e, assim, nunca foi suspenso o prazo fatal de 60 dias previsto pela Lei de Defesa da Concorrência para que a autoridade concluísse sua análise.

Esse ato de concentração n.º 08012.001697/2002-89, que figurou como requerentes as empresas Nestlé Brasil Ltda. e Chocolates Garoto S.A., foi, em mais de dez anos de aplicação da legislação de defesa da concorrência o primeiro ato a ser aprovado pelo Poder Judiciário, tendo o CADE determinado o desfazimento da operação.

Outro questionamento no judiciário relativo a atos de concentração se deu pela Companhia Vale do Rio Doce - CVRD, que em 2005 passou a deter praticamente o monopólio privado sobre toda a capacidade produtiva de minério de ferro no Brasil com a aquisição de cinco mineradoras e do descruzamento societário entre CVRD e CSN. Para garantir a existência de pelo menos um concorrente com capacidade de contrastar o enorme poder de mercado que se formava e atuar no mercado internacional, o CADE determinou à CVRD que, alternativamente, vendesse a mineradora FERTECO ou abrisse mão do direito de preferência sobre a produção da Mina Casa de Pedra.

A CVRD recorreu ao Poder Judiciário contra a determinação do CADE, alegando que a decisão seria nula e questionando a validade do voto de qualidade da Presidente do Conselho. Em primeira instância, o Juiz Federal reconheceu a plena validade da decisão do Conselho e do voto de qualidade. Contra essa sentença, a CVRD recorreu ao TRF, e mais uma vez reconheceu a plena legalidade da decisão do CADE. Então, a empresa apelou ao STJ, que acolheu os argumentos da Procuradoria do CADE e votou pela validade do voto de qualidade e pela manutenção da restrição imposta pelo Plenário do CADE em 2005.

Contudo a CVRD continuou sua batalha no Judiciário, apresentando um pedido liminar para suspender a aplicação de restrições impostas pelo CADE aos sete atos de concentração por ele julgados, que por sua vez foi negado pela 5ª Vara da Justiça Federal do Distrito Federal. Já na execução fiscal movida pelo CADE contra a CVRD, para o pagamento da multa em razão da demora de 631 dias para o cumprimento da decisão do CADE que lhe havia determinado optar entre vender a FERTECO ou abrir mão do direito de preferência sobre a Mina Casa de Pedra. Ao analisar os argumentos na mineradora, o Magistrado considerou que, vencido o prazo para que a CVRD optasse entre as alternativas apresentadas pelo Conselho e sem que a empresa formalizasse sua opção, estaria configurada a infração à ordem econômica que ensejou a multa.

Assim, determinou o Poder Judiciário, pela 19ª Vara Federal do Distrito Federal, que a mineradora apresente carta de fiança bancária como garantia do valor integral da multa imposta pelo CADE (R\$ 41 milhões) e deferiu parcialmente o pedido da CVRD, no sentido de suspender a ação de execução fiscal proposta pelo CADE. Caso a empresa não apresente garantia, estará sujeita à penhora de seu faturamento.

Tais exemplos demonstram a necessidade de atuação do Poder Judiciário nas questões concorrenciais no país, haja vista as discrepâncias das decisões proferidas pelo CADE e pelo Poder Judiciário. Ambos divergem constantemente em suas decisões, determinando diferentes soluções para o mesmo caso. No primeiro exemplo vimos uma decisão do judiciário reformando a decisão do CADE, e no segundo o Judiciário concordando com as decisões por esta autarquia proferidas.

No que concerne aos procedimentos sobre infração contra a ordem econômica, os principais questionamentos versam sobre a configuração do ilícito concorrencial, multas e respectiva quantificação; multas por enganosidade por ocasião das informações; execução de obrigação de não fazer, ou seja, abstenção de práticas; e conclusão de termo de compromisso de cessação de práticas.

Um exemplo de infração à ordem econômica que decidida pelo CADE foi até o Judiciário para reapreciação consiste nos casos da Unimed de diferentes regiões do país, ambos referente à mesma infração: Cláusula de exclusividade imposta aos contratos realizados com médicos da cooperativa para que não atendam pacientes conveniados a outros planos de saúde.

A Justiça Federal do Distrito Federal julgou improcedente o pedido da Unimed Regional da Baixada Mogiana para que o CADE suspenda a multa de R\$63,8 mil, aplicada à cooperativa médica por prática de infração à ordem econômica. Entendeu o juiz que julgou o caso que o fato de um plano de saúde impedir os médicos a ele filiados de atenderem pacientes vinculados a outros planos, pode configurar manobra objetivando a dominação de mercado relevante e violação da livre concorrência. Além disso, esta exigência colocará os outros planos em posição inferior no mercado, isto porque não poderão oferecer aos seus clientes potenciais a possibilidade de serem atendidos por uma grande quantidade de médicos, que certamente já estarão filiados ao plano que ocupa a posição dominante do mercado.

Ainda em sua decisão, o Juiz Federal comentou que a cláusula de exclusividade fará com que os outros planos, aos poucos, abandonem o mercado. Segundo ele, à medida que ocorra o

crescimento cada vez maior da Unimed no mercado, a manutenção da cláusula de exclusividade provocaria o aumento do número de médicos que passariam a atender apenas pacientes a ele associados. Esta situação forçaria o consumidor a optar por este plano que, por sua vez, poderia praticar preços maiores.

Faz parte do intercurso democrático do Estado de Direito, tanto a possibilidade, como a efetiva discussão judicial das decisões administrativas. Levando-se em conta a dimensão dos interesses que perpassem pelo CADE, é absolutamente normal a quantidade de recursos que está sendo levado ao Poder Judiciário, muito embora grande parte das decisões especificamente em matéria concorrencial venha sendo cumprida *sponte propria*. O fato de algumas decisões administrativas deixarem de ser cumpridas voluntariamente, ao significa, *ipso facto*, que estejam eivadas de erro. Nem a existência de questionamentos pode ser tida como medida de credibilidade.

A revisão pelo Judiciário das decisões do CADE terá somente efeitos positivos, pois como acertadamente afirmou Fernando de Magalhães Furlan:

É ao Judiciário que cabe, em última instância, a aplicação da lei antitruste, considerando o inarredável sistema pátrio da jurisdição única. O amadurecimento da interpretação dos critérios e hipóteses previstos na legislação específica da concorrência depende não somente do debate no âmbito dos órgãos responsáveis pela jurisdição administrativa, mas especialmente do intercâmbio exegético entre autoridades administrativas e judiciárias.²⁹

5.1 Revisão das decisões proferidas pelo CADE nos casos de Cartel

Cartel é o exemplo mais comum de conduta horizontal, e constitui um acordo explícito ou tácito entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante em torno de itens como preço, quotas de produção e distribuição e divisão territorial. Nesse sentido, seu objetivo consiste em obter lucros supracompetitivos, por meio da redução da oferta e do conseqüente aumento de preços.

O ponto primordial para se compreender o efeito de um cartel consiste no fato de que agentes econômicos dos quais se espera um comportamento de rivalidade – isto é, de efetiva competição – passam a agir de forma cooperativa e uniforme, estabelecendo conjuntamente

²⁹ FURLAN, Fernando de Magalhães. A Aplicação das Leis Antitrustes no Poder Judiciário Brasileiro. Artigo publicado no jornal Valor Econômico – Legislação & Tributos, em 30 de setembro de 2002.

elementos-chave para o funcionamento do mercado em que atuam, tais como preço e quantidade ofertada, na busca de obtenção de lucro de monopólio.

Conforme observam Stiglitz & Walsh, o efeito do conluio entre concorrentes é que esses passam a atuar em conjunto, como se fossem um monopólio, e dividem entre si os lucros que daí resultam³⁰, ou seja, agem como se fossem um único agente econômico.

Para a existência de um cartel, são necessárias três condições: (i) capacidade dos agentes econômicos de aumentar preços acima do nível competitivo, sem experimentarem um aumento substancial no grau de competição entre concorrentes potencias; (ii) sanção jurídica esperada como consequência da formação do cartel pequena comparativamente aos ganhos econômicos esperados; e (iii) custos de implementação e monitoramento do cartel baixos, comparativamente aos ganhos vislumbrados.

Algumas características do mercado relevante favorecem a formação de um cartel, tais como o alto grau de concentração do mercado (poucos agentes), as barreiras à entrada de novos competidores, a homogeneidade de produtos e de custos e, ainda, as condições estáveis de custo e demanda.

A Lei n.º 8.884/94 expressamente sanciona os cartéis no artigo 21, incisos I, II, III e VIII, esse último especificamente destinado aos acordos para frustrar concorrências públicas (procedimentos licitatórios):

Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica;

I - fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços;

II - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III - dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários;

(...)

VIII - combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa;

Lembrando que, em todo caso, nos moldes da sistemática adotada pela Lei n.º 8.884/94, essas práticas somente serão sancionadas na medida em que tiverem potencial para produzir os efeitos proibidos pelo artigo 20 desse diploma legal.

³⁰ STIGLITZ, Joseph e WALSH, Carl. Introdução à microeconomia. São Paulo: Campus, 2003, p.209.

Um grande e conhecido exemplo de cartel julgado pelo CADE e posteriormente pelo Poder Judiciário foi o Caso Cartel de Florianópolis, e posteriormente o Caso do Cartel de Lages - uma organização formada por diversos postos e gasolina para fraudar o mercado de distribuição de combustíveis na cidade de Lages -, cujo processo no CADE se iniciou através de uma representação formulada à SDE pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, visando a instauração de processo administrativo por infração à ordem econômica, em razão da detecção de um paralelismo de preços intercalados por momentos de competição acirrada entre as empresas participantes do Cartel.

O processo administrativo referente ao Cartel de Lages foi instaurado em 2001, e em 2003, o CADE condenou os envolvidos com base em vasto material probatório, sobretudo gravações telefônicas colhidas em investigação criminal promovida pelo MP/SC. Sendo esse caso um dos últimos a ser julgado pelo Poder judiciário sobre a matéria.

Durante o trâmite do processo administrativo, o CADE detectou as evidências na intenção de formar cartel em razão da: (i) contínua comunicação entre os participantes do cartel a respeito de preços; (ii) intervenção do presidente do sindicato de coordenação, já as evidências da potencialidade dos efeitos anti-concorrenciais foram detectadas pelo CADE em razão da: (i) soluções às dificuldades na formação de cartel (sindicato); (ii) análise de dispersão de preços; (iii) independência entre as políticas de preços dos postos e dos distribuidores; (iv) poder de mercado, e as dificuldades na formação de cartel pela: (i) estrutura de custos desigual; (ii) monitoramento (presidente do sindicato); (iii) punição à trapaça (violência física).

O sofisticado conjunto probatório reunido pelo Ministério Público, que incluiu injeções telefônicas entre os membros participantes do conluio, não deixou dúvidas quanto ao acordo entre concorrentes no mercado varejistas de combustíveis de Lages. Também ficando demonstrada a participação e mesmo a liderança de pessoas físicas, que, através de destaque em associação de classe, sustentaram a iniciativa colusória.

Em suas defesas as empresas alegaram a invalidade do uso no processo administrativo de provas obtidas a partir de escutas telefônicas, em razão do artigo 5º, XII, da Constituição Federal e do Art. 3º da Lei n.º 296/96.

O Parecer da Procuradoria-Geral do CADE dispôs que sendo a sanção administrativa um *minus* em relação à sanção penal, impossível admitir-se que o Estado tendo legitimidade para

utilizar a prova decorrente de interceptação telefônica no processo penal e não a tenha para utilizá-la no processo administrativo.

Assim, comprovados os atos e as condutas realizadas pelos representados, o CADE condenou, com base no inciso I, do artigo 20, junto com os incisos I, II e XXIV, do artigo 20, ambos da Lei 8.884/94, e ainda a aplicação de multas previstas no artigo 23, incisos I e II, bem como a sanção do inciso I, do artigo 24, do mesmo diploma legal.

A Justiça Federal do Distrito Federal confirmou a decisão do CADE que havia condenado o Cartel de Lages. Restou demonstrado que os postos acordavam a fixação dos preços dos combustíveis com a ajuda e coordenação do SINDIPETRO/SC (Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo). Ao julgar improcedentes os pedidos da Ação Ordinária 2003.34.00.034335-1/DF, o Juiz Federal entendeu não ter havido nulidades no procedimento administrativo.

O magistrado ratificou a tese da Procuradoria do CADE de que a "prova emprestada" pode ser utilizada em processo administrativo, desde que este seja conduzido sob o pálio do contraditório, como no presente caso. O julgador ainda asseverou expressamente a desnecessidade de prova pericial para aferir os efeitos do mercado, caso provada a realização dos acordos anticompetitivos.

Outro exemplo de cartel julgado pelo CADE e pelo Judiciário consiste no Caso do Cartel das Britas, nele a Justiça Federal do Distrito federal confirmou a decisão do CADE que condenou a empresa Embu Engenharia e Comércio (Embu), pela prática de cartel, juntamente com outras 17 empresas, para fraudar o mercado de pedra britada na Região Metropolitana de São Paulo. O processo contra a Embu foi o primeiro de uma série de processos referente ao Cartel das Britas a ser julgado, conforme demonstraremos mais adiante.

Ao julgar improcedente a Ação Ordinária n.º 2006.34.00.008084-3, ajuizada pela Embu, entendeu o Judiciário não existirem as nulidades processuais alegadas e que a prática de cartel foi corretamente demonstrada pelo CADE. A Embu foi ainda condenada ao pagamento de multa no valor de R\$ 6.577.112,16, que se encontram depositados judicialmente para garantia do crédito do CADE.

O Brasil experimentou, nos últimos quatro anos, significativos avanços em sua política de repressão às infrações contra a ordem econômica, graças ao emprego, nas investigações de cartéis empreendidas pela Secretaria de Direito Econômico, de poderosos instrumentos de produção de

provas até então inéditos no Brasil, como o Acordo de Leniência, a Busca e Apreensão e as interceptações telefônicas.

O Cartel das Britas é um marco na história da defesa da concorrência no Brasil, pois se trata do primeiro caso de cartel condenado pelo CADE em que a SDE empregou os referidos instrumentos de investigação. Nele, em 2003, foi realizada a primeira Busca e Apreensão em 45 anos de história do CADE. Ademais, o que torna o caso do Cartel das Britas um marco na história do combate aos cartéis o Brasil é a exuberância do conjunto probatório, jamais visto em qualquer caso, inclusive internacional.

De fato, ao longo da instrução do referido Processo Administrativo, foi possível percorrer os passos da vida do cartel, todos, referidos por códigos e símbolos. Alguns deles criativos e enigmáticos, outros bastante claros. Termos e expressões como "programa" (o acordo colusivo), "bíblia" (a lista de clientes de cada um dos participantes do cartel), os "cursos" (reuniões de diretores e gerentes das empresas participantes do cartel), "PAE" (programa com base de dados que viabilizava o monitoramento do acordo), "SISCO" (software que fixava cotas de venda e clientes) fazem parte das mais de 10.000 páginas do processo administrativo do CADE.

O Cartel das Britas organizou ainda um "Curso" para ensinar os empregados das empresas cartelizadas a operar o cartel. Identificaram-se documentos usados em um seminário organizado pelo cartel para ditar as regras e procedimentos que deveriam reger seu cotidiano. Lá os dirigentes das empresas eram doutrinados acerca da história, missão, propósito e anseios do cartel. Além do "Manual Avançado de Vendas", que ditava as regras para as reuniões do cartel, foram apreendidos na sede do SINDIPEDRAS flip charts utilizados para demonstrar como calcular os preços cobrados por cada uma das empresas participantes, e planilhas de divisão discriminando em detalhe quais as cotas de venda do cartel para cada empreiteira e assim por diante.

O Cartel das Britas chegou a realizar um seminário - com exercícios de dinâmica de grupo - para ensinar aos membros "as missões, objetivos e valores" do grupo. Assim, foram apreendidos até mesmo cartões de dinâmica de grupo com dizeres como: "Respeitar o acordado e não roer a corda", "Divisão de obras grandes com monitoramento", "não abaixar preço para combater os não-alinhados", "indexar preço", "não praticar preços menores para revenda" ou "aumento de preços sistêmico".

Um dos flip charts apreendidos deixa clara a "missão do grupo", *in verbis*: "Gerenciar o mercado, aumentar o market share, perenizando a integridade e unidade do grupo, maximizando o resultado com ética e sigilo". São centenas de páginas dessa natureza. Com efeito, foram revelados dois softwares, SISCO e PAE, que impressionam pela sua sofisticação e eloquência. O primeiro aplicativo servia para fixar as cotas, preços e clientes de cada empresa participante do cartel, enquanto o segundo servia para que o sindicato monitorasse o cumprimento do acordo ilícito.

Diante desse avassalador conjunto probatório, as seguintes empresas envolvidas foram condenadas pelo CADE em multas equivalentes de 15% a 20% de seu faturamento: Sindicato da Indústria de Mineração de Pedra Britada do Estado de São Paulo, Basalto Pedreira e Pavimentação Ltda., Embu S.A. Engenharia e Comércio, Geocal Mineração Ltda., Itapiserra Mineração Ltda., Iudice Mineração Ltda., Lafarge Brasil S.A. Indústria e Comércio de Extração de Areia Khouri Ltda., Mineradora Pedrix Ltda., Pedreira Cachoeira S/A, Holcim S.A., Pedreira Santa Isabel Ltda., Pedreiras São Matheus - Lageado S.A., Pedreira Sargon Ltda., Reago Indústria e Comércio S.A., Sarpav Mineradora Ltda./Minerpav Mineradora, Panorama Industrial de Granitos S.A., Pedreira Dutra Ltda., Pedreira Mariutti Ltda..

O total das multas aplicada pelo CADE ultrapassa os R\$ 60 milhões. A empresa Holcim S/A pagou voluntariamente a sua multa. As demais empresas estão sendo executadas pela Procuradoria do CADE ou ajuizaram ações questionando a decisão do CADE. Todas as ações encontram-se na 17ª Vara Federal do Distrito Federal e as empresas tiveram de efetuar o depósito judicial do valor da multa.

Ademais, tamanho o conjunto probatório coligido, que o Ministério Público de São Paulo ajuizou ação penal contra as pessoas físicas dos administradores das empresas cartelizadas. A ação penal foi suspensa por "transação processual", pela qual os réus foram obrigados a pagar vultosas quantias em dinheiro a título de reparação dos danos causados e terão de comparecer e se apresentar periodicamente em juízo pelo prazo de dois anos.

A primeira sentença no caso, foi proferida na ação ajuizada pela Embu, cabendo ainda recurso do TRF. Alguns dos outros processos já foram sentenciados após a da Embu e em todas a decisão do CADE foi mantida, sendo considerado pelo Poder Judiciário a formação de Cartel pelas empresas aqui já expostas, e mantida a multa determinada pelo CADE.

6. CONCLUSÃO

As questões concorrenciais têm adquirido, a cada dia, maior importância e repercussão no cotidiano do país. A imprensa tem dedicado mais espaço aos casos de concentração de empresas, e já se discute até em conversas informais, sobre o comportamento das empresas em seus mercados. Lentamente, as cogitações acerca das condutas empresariais vão se integrando às preocupações dos indivíduos e ocasionando, como consequência, uma gradual divulgação da lei da concorrência.

Após a entrada em vigor da Lei 8.884/94, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, e os seus entes responsáveis pela defesa da concorrência no país, têm, através de uma atuação firme e séria contribuído para a consolidação da proteção da livre-concorrência e pela formação de uma verdadeira cultura nesta área.

O CADE é um órgão de intervenção administrativa na área privada, cabendo a ele garantir a livre iniciativa e liberdade concorrencial no País, aplicando sanções a aqueles agentes econômicos que abusarem do poder econômico, contudo, como todo ato de intervenção do estado na esfera privada, é possível que as decisões do CADE venham acarretar lesões a direitos subjetivos, restando aos agentes privados recorrer ao judiciário.

Quanto a atuação do Poder Judiciário nas questões concorrenciais ainda é uma questão delicada, posto que faz-se necessário uma adequada revisão pelo órgão judicial para resguardar o consistente e minucioso trabalho desenvolvido pelos entes administrativos de defesa da concorrência, não adiantando o trabalho desses se a reforma conferida por aqueles não forem adequadamente concedidas. Entende-se como controle adequado pelo Poder Judiciário, aquele em que o juiz estivesse atento às peculiaridades da questão concorrencial, em que procurasse considerar as implicações econômicas de sua decisão, buscasse se informar sobre elas e as levasse em consideração para verificar quais seriam os possíveis reflexos de sua decisão no mercado.

O Judiciário, como Poder independente, não poderia ser afastado de se manifestar a aqueles que forem lesados ou ameaçados de lesão pelo poder executivo. Durante muito tempo, questionou-se acerca da possibilidade de revisão judicial sobre as decisões do CADE. Hodiernamente, por serem as decisões do CADE vinculadas, esse controle judicial tem extensão quase ilimitada, vez que nenhuma lesão de direito poderá ser subtraída à apreciação do Judiciário.

Contudo, muito se fala que a judicialização das decisões administrativas do CADE teria por propósito protelar ou mesmo inviabilizar o cumprimento das decisões daquele órgão. No entanto, na verdade, a judicialização deveria ser compreendida como a natural e desejada desembocadura da aplicação da legislação da concorrência, considerando-se que a independência do Poder Judiciário é garantia individual e coletiva contra os eventuais equívocos tanto dos poderes Legislativo e Executivo, como do próprio Judiciário.

Não se pode pretender que o CADE esteja acima do direito constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário. É inadmissível que se cogite imputar ao Judiciário qualquer pecha quando este concede liminares, amparadas nos severos requisitos do “*fumus boni iuris*” e do “*periculum in mora*”, ou prolate decisões reconhecendo um bom direito do cidadão, merecedor de proteção acima do eventual afã intervencionista da administração.

As decisões técnicas proferidas pelo CADE não têm natureza discricionária, caso contrário, estar-se-ia sujeitando a livre concorrência aos desígnios de oportunidade e conveniência da administração, risco inadmissível à liberdade econômica. Suas decisões, quanto à questão de fundo, têm cunho vinculado, isto é, estão adstritas aos parâmetros estabelecidos na lei quanto ao mérito da causa, e são sempre sujeitas ao controle judicial.

Assim sendo, entende-se que a judicialização das decisões do CADE é um fenômeno amparado na Constituição Federal, seja pelos Princípios norteadores da atividade econômica, como o da livre iniciativa e o da livre concorrência, como pelos Princípios da inafastabilidade da Tutela Jurisdicional e da Unidade de Jurisdição, sendo natural e desejável, não apenas para aprimorar a cultura da concorrência junto ao Poder Judiciário, como também por sua função educativa e, finalmente, por gerar segurança jurídica para a sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTITRUST DIVISION OF DEPARTMENT OF JUSTICE. Disponível em:

< www.usdoj.gov/atr > Acesso em: 22 abr. 2008.

BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

BATALHA, Wilson de Souza Campos; RODRIGUES NETTO, Sílvia Marina L. Batalha. **O Poder Econômico Perante o Direito**. 1. ed. São Paulo: LTr, 1996.

CADE. Disponível em: < www.cade.gov.br >. Acesso em: 19 abr. 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito Administrativo: Perguntas e Respostas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

_____. **Do ato administrativo**. 1. ed. São Paulo: Bushatsky, 1977.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

FEDERAL TRADE COMMISSION. Disponível em: < www.ftc.gov > Acesso em: 22 abr. 2008

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. 3v.

FORGIONI, Paula A. **Direito Concorrencial e Restrições Verticais**. 1. ed. São Paulo: RT, 2007.

_____. **Os Fundamentos do Antitruste**. 3. ed. São Paulo: RT, 2008.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Direito da Concorrência Case Law**. 1. ed. São Paulo: Singular, 2000.

_____. **Introdução ao Direito da Concorrência**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1996

FURLAN, Fernando de Magalhães. **Questões Polêmicas em Direito Antitruste**. 1. ed. São Paulo: Lex, 2004.

IBRAC. Disponível em: < <http://www.ibrac.org.br> > Acesso em 10 mai. 2008.

MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. ed. São Paulo: RT, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito Administrativo**. 1. ed. São Paulo: RT, 1981.

_____. **Ato administrativo e direito dos administrados**. . ed. São Paulo: RT, 1981.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005

OLIVEIRA, Gesner. **Concorrência: Panorama no Brasil e no mundo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. **O Direito da Concorrência e o Poder judiciário**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as estruturas**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SDE. Disponível em: < www.mj.gov.br/sde >. Acesso em: 19 abr. 2008.

SEAE. Disponível em: < www.seae.fazenda.gov.br > Acesso em: 19 abr. 2008

SILVA, Américo Luís Martins da. **A ordem constitucional econômica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1996.

STJ. Disponível em: < www.stj.gov.br > Acesso em: 01 mai. 2008.

TRF/DF. Disponível em: < www.df.trf1.gov.br > Acesso em: 01 mai. 2008.

UNIÃO EUROPÉIA. Disponível em: < europa.eu/index_pt.htm > Acesso em: 22 abr. 2008.

VIEIRA, Felipe. **Comentários à Constituição**. 1. ed. Rio de Janeiro: Ferreira,

WAISBERG, Ivo. **Direito e Política da Concorrência para os países em desenvolvimento**. 1. ed. São Paulo: Lex, 2006.

