

## **Painel 1 – JUDICIALIZAÇÃO DAS DECISÕES DO CADE / CADE’S DECISIONS UNDER JUDICIAL REVIEW**

**Coordenadores / Chairpersons: Carlos Francisco de Magalhães –**

*Magalhães, Ferraz e Nery – Advocacia; Laércio Farina, Sarti, Farina e  
Magalhães Teixeira – Advogados*

Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo – Procurador Geral substituto do  
CADE

Ada Pellegrini Grinover – *Profa. Titular de Direito Processual da Faculdade  
de Direito da USP*

Erik Frederico Gramstrup – *Juiz Federal, Prof. de Proc. Civil da PUC-SP*

José Elaeres Marques Teixeira – *Procurador Regional da República*

Luciano Godoy – *Juiz Federal convocado no TRF da 3.ª Região, Secretário  
Geral da AJUFE*

Ricardo Villas Bôas Cueva – *Conselheiro do CADE*

### ■ **Laércio Farina**

Bom dia a todos. Conforme combinado e deferido pelo Dr. Sérgio Bruna, presidente do Ibrac, passamos imediatamente à abertura do 1.º Painel deste XI Seminário Internacional de Defesa da Concorrência, painel que deverá tratar do tema da “Judicialização das decisões do Cade” ou do sistema *lato sensu* considerado. Nós teremos na verdade duas Mesas, pois deveremos dividir essa apresentação em dois módulos.

O primeiro, que eu devo coordenar, tratará do momento da atuação do Judiciário em questões de concorrência, notadamente à luz do que dispõe o artigo 7.º, II, da Lei de Concorrência.

O segundo módulo será coordenado pelo Dr. Carlos Francisco Magalhães, com quem eu tenho a honra de dividir a coordenação desta Mesa, e que foi o idealizador desses seminários, que chegam hoje à sua XI edição e em que pela primeira vez tratamos de um tema tão próximo e tão dinâmico e instigante nessa nossa atividade de advocacia da concorrência, não a advocacia de que trata a lei, mas a advocacia dos advogados, quer dizer, o trabalho, a cozinha da concorrência, o nosso dia-a-dia.

E nada mais adequado para a discussão deste tema – que nós tentamos introduzir nos seminários há já muitos anos, e pela primeira vez conseguimos – do que tenhamos comendo a Mesa hoje Magistrados, Dr. Erik Gramstrup e Dr. Luciano Godoy, uma digna representante da Academia, Dra. Ada Pellegrini Grinover, um consultor do Cade, Dr. Cueva, Dr. Elaeres representando o Ministério Público, e o atual Procurador-Geral interino, Dr. Gilvandro, ou seja, uma plêiade de opiniões e de visões eventualmente distintas sobre essa questão tão importante e tão delicada que é a atuação do Judiciário na esfera da concorrência.

Interessante notar que nós vimos discutindo esse tema há já muito tempo. Parece-nos, num primeiro momento, que seja um problema interno, um problema nacional, a questão da atuação do Judiciário aqui no Brasil ou revisando ou eventualmente interferindo em decisões do Cade. No entanto, é um tema extremamente atual no âmbito da discussão da concorrência em âmbito internacional. Temos participado de eventos internacionais e vemos que este tema é um tema de profunda discussão hoje na Comunidade Européia e até, por incrível que pareça, nos Estados Unidos.

Para esse 1.º Painel, na ordem de apresentação escolhida pelos próprios expositores, falará em primeiro lugar o Dr. Gilvandro. Como era o mais novo, foi o que menos pôde reclamar dessa condição de ser o primeiro a falar, Dr. Gilvandro, hoje Procurador-Geral interino do Cade, é professor de Direito Econômico do IESB, é Procurador Federal, Doutorando em Direito Público pela Faculdade de Direito de Montpellier, na França, e depois, eu gostaria depois que o Dr. Gilvandro traduzisse aqui a letra – eu não sei se eu não estou entendendo a letra ou o meu francês é que não é tão bom assim, mas enfim – formado em Droit Publique – mas me faz essa gentileza depois, por favor, traduza essa parte final do seu currículo –, e o Dr. Gilvandro fará a apresentação inicial sobre o tema relativo ao “Momento de atuação do Judiciário no Cade”.

Como uma última observação, e apenas para identificar para vocês a maneira como foi sugerido conduzir este primeiro Painel, em vez de fazer o primeiro módulo, que trata do “Momento de atuação do Judiciário no Cade”, seguido de debates e em seguida um *coffee break* para passarmos ao segundo módulo ou painel, enfim, que tratará da questão da discricionariedade técnica, isto é, sua eventual existência e, se positivo,

seus limites, seguido depois de debates, foi resolvido que os três primeiros expositores, isto é, o Dr. Gilvandro, o Dr. Luciano e Dra. Ada farão sua apresentação, após nós vamos interromper para um *coffee break*, e depois vamos para a segunda apresentação. E, como os temas são muito interligados, vamos deixar os debates para o final, neste caso com a participação da Mesa toda.

Portanto, Dr. Gilvandro, com a palavra. Nós pedimos encarecidamente que os expositores façam suas apresentações observando o tempo de 20 minutos, que parece razoável, para que cada módulo tenha cerca de uma hora, deixando mais tempo para os debates, que certamente serão acalorados com relação a esse tema. Dr. Gilvandro, por favor.

### ■ **Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo**

Dr. Laércio Farina, Dr. Carlos Magalhães, que representa o Ibrac nesta mesa, e Dra. Ada Pellegrini Grinover, a quem eu queria saudar especialmente em nome de todos os demais membros da mesa.

Primeiramente, com o Dr. Laércio disse, nós, por sermos mais novos, não temos muita opção: então falamos primeiro, temos essa responsabilidade.

Mas antes de qualquer coisa, é uma grande honra participar pela primeira vez aqui do Ibrac e passar para vocês um pouco do que tenho vivenciado na Procuradoria do Cade.

É esta nossa função, basicamente, não é expor temas que serão posteriormente explanados pelos brilhantes expositores que aqui estão, mas basicamente dar uma noção do que tem enfrentado a Procuradoria do Cade dentro dessa análise da competência para apurar as infrações contra a ordem econômica e eventual participação também na defesa de interesse difusos e homogêneos que constam no artigo 29 da nossa Lei.

Então, basicamente, vou procurar não usar todo o tempo para que vocês possam aproveitar o que vem posteriormente, que é o mais interessante, e vou fazer uma divisão básica analisando primeiramente a decisão do Conselho, ou seja, a sua competência para proferir decisões que versem sobre infração contra a ordem econômica, e como isso tem sido abordado no Poder Judiciário.

Num segundo momento veremos a intervenção do Ministério Público, intervenção esta com base no artigo 29, como se tem pautado e um pouco do nosso entendimento sobre esse tema.

Primeiramente, a competência do Conselho para dirimir essas infrações contra a ordem econômica está disposta no artigo 7.º, inciso II, da Lei 8.884/1994, que conhecemos à saciedade. E no nosso entender se trata de uma competência administrativa exclusiva, ou seja, na verdade, o legislador, ao regulamentar os artigos da ordem econômica e criar o Conselho, atribuiu única e exclusivamente ao Conselho aplicar essas infrações que versem sobre o nosso direito econômico.

Então, levando isso em consideração, há dois pontos que têm sido abordados na Procuradoria e enfrentados. O primeiro é sobre a interferência do Judiciário, ou seja, a participação e atuação do Poder Judiciário anteriormente à decisão do Conselho sobre o tema. Sobre isso nós temos uma decisão recente, mas extremamente emblemática, de uma empresa que questionou em juízo pretensas irregularidades de instrução do processo, irregularidades estas que poderiam ser obviamente verificadas pelo Conselho no momento do julgamento. Então, a parte tentou anular em juízo a colheita de algumas dessas provas e, depois de uma batalha homérica no Judiciário, nós, por meio de uma suspensão de segurança, conseguimos obter do TRF da 1.ª Região um posicionamento de que, na verdade, enquanto houver apreciação da matéria pelo Conselho, que pode reconhecer exatamente tal irregularidade, não seria pertinente a apreciação pelo Judiciário, uma vez que a matéria – e isto é um postulado do artigo 5.º da Constituição Federal – é passível de uma análise *a posteriori* pelo Poder Judiciário, mas desde que caracterizada ou não a infração, porque se há ou não irregularidade na colheita das provas, o próprio Conselho há de apreciar e de se posicionar pugnando ou não por essa irregularidade. Esse é o primeiro momento antes de ser proferida a decisão do Conselho. Proferida a decisão do Conselho, naturalmente as partes, quando se sentem desconfortáveis com a decisão, também têm recorrido ao Juízo. E, em recorrendo ao Juízo, o que a Procuradoria tem procurado fazer notar – e isso tem sido acolhido de forma praticamente tranqüila tanto pelo TRF como pelo STJ – é que o questionamento, a suspensão do título executivo extrajudicial que é lançado a partir do momento da decisão do Conselho, com base no artigo 65 da nossa lei, depende de um depósito da parte que foi condenada, ou seja, da garantia do Juízo de que aquilo pode ser posteriormente revertido. Então, há o depósito da multa a que a parte foi condenada. Aí, então, há a possibilidade de ser discutida em Juízo essa matéria.

Outro aspecto é que o artigo 65 fala também de caução a ser prestada, ou seja, ainda que não se trate de aplicação de uma multa, imaginemos que haja apenas uma obrigação de fazer que foi determinada pela decisão do Conselho. Então, esse é obviamente um ponto que a Procuradoria tem procurado fazer notar ao Judiciário, até porque não está em jogo única e exclusivamente um título executivo extrajudicial, mas sim o interesse coletivo que foi defendido pelo Conselho ao prolatar aquela decisão. E, como eu já disse, tanto no TRF como no STJ isso tem sido bem acolhido e as partes têm sido obrigadas a depositar o valor da multa a que foram compelidas para discutir o mérito desse processo, dessa condenação efetuada pelo Cade.

Então, esse é o primeiro momento, que, dentro dessa perspectiva que foi lançada pelo Dr. Laércio de judicialização das decisões do Conselho, tem tido essa primeira vertente: que, até a decisão do Conselho, obviamente tem a liberdade para apurar e para analisar as provas colhidas e proferir a sua decisão pela ou contra a condenação da parte como infração à ordem econômica e, havendo aquela condenação, a matéria é amplamente devolvida ao Judiciário, de forma legítima e legal. No entanto, para que essa matéria seja devolvida, efetivamente se faz premente o depósito do valor da multa e da caução.

O segundo momento do qual vamos tentar falar, e eu vou procurar ser bem sucinto, pois acho que a palestra da Dra. Ada e dos demais componentes da mesa – pois esse é que é realmente o interesse de vocês que estão aqui – vai explicar isso melhor, é a participação do Ministério Público também nos termos do artigo 29 da lei, ou seja, de como é que ele tem-se posicionado em relação às infrações à ordem econômica.

O artigo 29 diz que os prejudicados e os legitimados do artigo 82 da Lei 8.078 poderão ingressar em Juízo para, em defesa dos seus interesses individuais homogêneos, obter a cessação da prática que constitui infração à ordem econômica. Eu vou me ater a esta primeira parte do dispositivo, não vou falar da indenização – acho que isso talvez seja objeto de análise do Dr. Laércio –, mas, em relação a isso, a Procuradoria tem procurado defender, obviamente dentro do respaldo da lei, que a decisão sobre a infração ou não pertence ao Conselho. O que o artigo 29 autoriza é que, havendo o interesse individual homogêneo que possa ser atingido por uma eventual prática anti-concorrencial, o juiz pode cessar aquela infração e obviamente suspender o curso daquele processo, não na parte formal mas pelo menos aguardar que o Conselho venha a deliberar definitivamente sobre o mérito da infração. Se se trata ou não de uma infração, essa competência é, em nossa ótica, do Conselho, com base no artigo 7.º, inciso II. E, nesse sentido, uma vez cessa-

da a infração, a própria lei diz que isso não suspenderá o curso do processo administrativo que tramita no Cade e que deve ser decidido pelo Conselho. Este é um primeiro ponto.

O segundo ponto é posteriormente à decisão do Conselho, pugnando pela infração. Nesse caso, nós temos tido algumas situações, que são pontuais e que eu acho que merecem ser destacadas, em que, uma vez constituído o título executivo, a Procuradoria, e mesmo o Ministério Público, como consta na lei, estão autorizados a executar esse título executivo. E, dentro disso, nós temos encontrado em alguns momentos algumas dificuldades porque o Conselho, por meio da Procuradoria, propõe a ação executiva e o Ministério Público, muitas vezes, quando se trata de uma região longínqua, em que não há muito contato, com que não há esse intercâmbio – não por falta do Ministério Público ou nosso, mas até pela própria dificuldade e a distância que existe entre os dois Estados –, ingressa com uma medida lá às vezes desconhecendo que o Conselho já produziu uma decisão sobre aquela matéria. Então, há uma postulação do Ministério Público que na verdade visaria ainda constituir um título executivo, que na nossa ótica nem de competência do Judiciário seria, mas sim do Cade, título executivo este a ser demandado pelo próprio Conselho. Então, teríamos duas demandas que têm na verdade o mesmo objetivo: numa já há a constituição do título executivo, e na outra há uma postulação do Ministério Público, que *data venia*, a nosso ver, não visava definir se há ou não infração, mas apenas cessar a infração, nos termos do artigo 29, e que podem parecer conflitantes. E nós obviamente temos defendido que nesses casos há de prevalecer o título executivo, não só por ser um título executivo que já está apto a ser demandado, como também porque adveio da competência do Conselho de caracterizar ou não a infração à ordem econômica nos termos do artigo 7.º da Lei 8.884.

Isto era basicamente o que eu gostaria de passar para vocês, esse pequeno ponto sobre a judicialização das decisões, tendo sido compelido pelo Dr. Laércio a fazê-lo em pouco tempo, em brevidade. E estaremos aqui posteriormente à disposição para maiores esclarecimentos. Agradeço à presença neste evento, ao convite que foi feito pelo Ibrac e gostaria de dizer que a Procuradoria também está lá à disposição para colaborar com a aplicação da lei, que é a nossa função: não só defender o Conselho, mas lutar pela aplicação correta da Lei 8.884/1994. Muito obrigado.

---

**■ Luciano Godoy**

---

Bom dia a todos!

É um prazer grande estar aqui. É uma enorme responsabilidade que o prezado amigo Laércio Farina me deu em nome dos juízes, que eu divido com meu outro colega, Dr. Erik Frederico Gramstrup. Mas acredito que a função para a qual fui convidado neste dia é realmente esta: falar-lhes um pouco da visão de dentro do Judiciário – eu que já estou no final do meu segundo mandato em uma entidade de classe (a AJUFE), que representa os 1.300 juízes federais de todo o Brasil, os desembargadores federais, os Ministros do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Agradeço ao convite do IBRAC, e cumprimento o Dr. Carlos Magalhães, prezado amigo também, a Profa. Ada Pellegrini, o Dr. José Elaeres Marques Teixeira, do Ministério Público, Dr. Gilvandro Coelho de Araujo, procurador do Cade, o Conselheiro Ricardo Cueva, presente à mesa, e todos os senhores advogados, conselheiros do Cade, da Administração Pública, da Secretaria de Direito Econômico, sem esquecer logicamente da prezada Dra. Elizabeth Farina, que foi muito gentil na apresentação. E digo, Profa. e Dra. Elizabeth, que começamos hoje – acredito – essa interface Judiciário, Cade e advogados.

Fizemos um evento em abril – no qual o Dr. Elaeres estava presente – que eu acho que não foi o marco inicial, porque nesse evento os advogados de empresa não estavam presentes. Era um evento da Justiça, do Ministério Público, da Secretaria de Direito Econômico e do Cade. E não valeu, porque é essencial que nessa comunicação dos atores, dos participantes desse sistema, estejam presentes aqueles que são os representantes e maiores interessados: os advogados e os economistas que trabalham diretamente com o tema e com as empresas relacionadas a isso.

Então, isso é importante e urge como um passo fundamental inicial para que possamos entrar em uma nova era de convívio. São como dois bichos estranhos que se olham os advogados dessa área e os juízes: um olha distante para o outro, olha feio, acha meio estranho, não gosta muito...

E digo aos senhores, com absoluta tranqüilidade, começando a falar da judicialização: este talvez seja um dos temas mais difíceis e menos conhecido pelos juízes. Para os senhores que trabalham com isso praticamente todos os dias e que vivem o sistema de defesa da concorrência de forma muito intensa,

vou utilizar uma metáfora, uma brincadeira para que vocês possam imaginar – num tom informal – como o juiz pode se sentir.

Imaginem você, durante um dia de trabalho com inúmeras atribuições, se alguém lhe desse um processo de tráfico de entorpecentes internacional ou de aposentadoria por tempo de serviço especial de ferroviário para decidir em 24 horas. Você tem que encaixar isso numa matéria que é completamente estranha ao seu mundo, ao seu dia, que você sabe que é difícil, que vai ter uma repercussão de mídia grande, que exige do juiz uma grande dedicação e que ninguém lhe ensinou, ninguém comentou com ele, ele nunca ouviu falar daquilo, a não ser nas notícias de jornal: que o Cade é aquele instituto que de vez em quando perturba as empresas não deixando elas se unirem ou que aplica alguma multa a algo que ele sempre acha certo, porque ele vai ao supermercado e vê que os produtos estão ficando cada vez mais parecidos, pois os donos das empresas são os mesmos. Então, é um ambiente estranho, hostil.

E essa necessidade de aproximação, com a qual eu vou também concluir, e ao final fazer alguns encaminhamentos de propostas, seria o motivo principal da minha presença aqui.

Um fato que é claro e que não é segredo para ninguém é que a incidência do questionamento judicial da defesa da concorrência vem crescendo. Há uma busca pelo Judiciário para questionar as decisões de defesa da concorrência. Por isso que o Judiciário se torna importante. Se os advogados não entrassem com demandas questionando e polemizando as decisões do Cade, não haveria essa necessidade. O juiz passa, então, a ser o centro de discussão, por isso essa aproximação.

E é importante lembrar, Profa. Ada, não sei se tratará disso, mas quando eu era aluno do Prof. Vicente Greco Filho, ele sempre dizia que no Brasil existia a cultura do juiz, que ele achava que vinha da nossa cultura lusitana: todos – e eu já fui advogado por alguns anos (7 ou 8) – os advogados pretendem ir até o Supremo Tribunal Federal em todas as suas causas. Ninguém desiste antes de uma decisão do Plenário do Supremo, tendo ainda a possibilidade de entrar com embargos de declaração e pedir uma alteração da decisão se não foi suficiente.

Então, há uma cultura da busca do juiz, a necessidade de questionar as decisões da Administração Pública para dar uma resposta ao seu cliente, o que é compreensível.



È em razão disso que as alterações da legislação processual, que obviamente vão comprometer a ampla defesa, por outro lado buscam a rapidez com a retirada de recursos, com o corte de recursos ou com a obstrução ao ingresso de recursos, porque há como todas as decisões serem questionadas até a última instância.

Então, esse é um primeiro dado que eu gostaria de mencionar.

O segundo dado – e falarei disso também nos meus encaminhamentos finais – é uma federalização das causas no Brasil nos últimos 10 anos, que aconteceu de forma planejada. Do Governo Fernando Henrique Cardoso para cá, principalmente em razão da criação das agências – e posso aqui incluir o Cade, que não é uma agência naquele perfil que foi imaginado, mas tem uma função regulatória –, as causas importantes foram sendo levadas à Justiça federal. Então, a Justiça federal hoje ocupa um espaço no cenário nacional político mais importante do que ocupava há 10 ou 15 anos.

E qual a razão em torno da preocupação da judicialização das decisões do Cade?

A preocupação, no meu modo de ver, ouvindo a angústia dos advogados de defesa da concorrência, é em razão da segurança jurídica. A segurança jurídica, que é um elemento importante para a atuação do mundo empresarial, para os investimentos do mundo empresarial, traz um componente que o Judiciário abala: não sabemos qual ser a decisão do juiz e em que prazo irá dá-la.

São três os elementos que, quando entra em cena o Judiciário, se tiram desse ambiente, que é um ambiente seguro (se pensarmos os advogados e o Cade dentro de um sistema da concorrência – a SDE –, vemos que é um ambiente seguro para os senhores, um ambiente cujas ferramentas se dominam, no qual vocês têm um certo controle, há uma previsibilidade do que será decidido a partir dos precedentes, e quanto tempo isso levará).

Quando o Judiciário entra, acrescenta uma variável que é a falta de previsibilidade. Isso é uma reclamação de toda a sociedade, não só desse setor: de que o Judiciário é um elemento de falta de previsibilidade. Imagine como é difícil para os advogados explicar que duas pessoas entraram com a mesma causa, uma ganhou e a outra perdeu, porque os juízes têm a autonomia de pensar de forma diferente.

O segundo elemento do sentimento de insegurança jurídica é o tempo, o *timing* da decisão, porque o Judiciário tem um componente de morosidade. Eu ouvi aqui a Dra. Elizabeth Farina dizer que as decisões do Cade são de-

cididas em 90 dias. E sinto uma certa angústia, porque às vezes em 90 dias nem tutela antecipada decidiram na Justiça Federal. Por quê? Porque é outra realidade. E na Justiça Federal de São Paulo a morosidade é ainda maior. Então: morosidade, falta de previsibilidade e acrescimento – nesse setor de defesa da concorrência – a insuficiência técnica. Houve até um dia em que o Laércio me cumprimentou por isso, por um reconhecimento: os juízes não sabem, não conhecem essa matéria. Não trabalharam com isso, não viveram – salvo raras exceções – esse ambiente.

E há a questão também do momento do controle judicial: prévio, concomitante ou posterior?

Eu concordo de antemão – e isto já foi dito outras vezes – com a posição do Procurador do Cade, que é a mesma posição do Dr. Laércio Farina e acho que de algum outro dos senhores, de que a competência do Cade é exclusiva para aplicação de infrações econômicas. Esse é um ponto teórico e doutrinário que firmamos como referência.

No entanto, mesmo concordando com isso, eu tenho a obrigação de lhes falar que a cultura interna da Justiça não é essa.

Acrescentando aquele dado de que os juízes não viveram esse ambiente, eles trazem uma jurisprudência consolidada e forte do Supremo Tribunal Federal chamada “independência de instâncias”: a instância administrativa é independente da instância judicial.

Tenho aqui duas decisões do STJ. Uma que deve ser conhecida dos senhores, que é uma decisão da Associação Nacional das Empresas Transportadoras de Veículos, cujo relator é o Min. Luiz Fux, que é a Medida Cautelar 8.791 dizendo isso: que o Tribunal pode aplicar as infrações econômicas porque ele não se vincula ao Cade. E uma decisão que talvez não seja conhecida de todos, que não é específica do tema, que é uma decisão em processo penal, uma decisão em *Habeas Corpus* 42.305, cujo relator é o Min. José Arnaldo da Fonseca, na qual ele reafirma com todas as letras a independência da instância, e que o Cade é um órgão da Administração Pública como outro qualquer, inclusive aqueles que aplicam penas funcionais aos servidores públicos (e aqui caberia uma crítica ao Ministro Arnaldo, mas externando essa posição que é a cultura do Judiciário). Então, o juiz pode condenar alguém por crime contra a ordem econômica independentemente de o Cade ter-se pronunciado sobre aquilo.

Então, imaginem a irracionalidade do sistema no caso de alguém sofrer uma pena, poder ir para a cadeia porque teve a pena pela Lei 8.137

de crime contra a ordem econômica e o Cade, no processo de suas órbita, se manifestar dizendo que aquilo não é infração à ordem econômica. Isso ocorre porque se aplica essa posição, que é uma posição tradicional e antiga do Supremo Tribunal Federal que tem origem em outro motivo, em outra razão: nos processos administrativos típicos, nos processos administrativos da Administração contra um servidor. Então essa é a cultura que impera. E essa cultura precisa ser alterada por meio de esclarecimentos.

Concordando de novo com a competência administrativa do Cade para aplicar infrações exclusivamente econômicas, eu acredito – e a Profa. Ada vai falar sobre isso melhor do que eu – que poderia haver um encaminhamento processual.

Aliás, falando de questões práticas, os senhores precisam de uma alternativa para solucionar esse problema, que, na minha opinião, seria a suspensão do processo, porque existe uma questão de fato que depende de solução, existe uma questão de fato não resolvida. Então, o juiz poderia suspender o processo e submeter essa questão ao Cade para que ele decidisse se há infração à ordem econômica ou não.

Posteriormente à decisão do Cade, os questionamentos são constitucionalmente garantidos por meio do artigo 5.º. No entanto, há uma presunção – isso é direito administrativo clássico também – de veracidade, legalidade e certeza dos atos administrativos.

Então o ônus de provar que aquela infração não ocorreu depois da infração decidida seria da parte. A parte teria que fazer essa prova, porque há uma presunção de que a decisão do Cade é certa, é verdadeira e é amparada na lei.

Eu fiz um levantamento – e deixo de dimensionar devido ao pouco tempo – das possibilidades que haveria de questionamento dos atos de defesa da concorrência.

E quero neste ponto fazer uma distinção que acho fundamental: a distinção entre a forma e o conteúdo.

Nós estávamos falando até agora do conteúdo, do que é infração à ordem econômica e da competência do Cade para decidir essa questão. No entanto, o Cade, fazendo parte da Administração Pública, poderão ter questionados todos seus atos por meio de mandado de segurança, tendo em vista a forma: não foi dado o direito de defesa, não foi aberta possibilidade de produzir prova, o advogado da parte não foi intimado e há até uma questão importante que foi levantada e está nos jornais questionando o voto qualifi-

cado da Presidente, Dra. Elizabeth, a autoridade coatora (que não é um nome feio; estamos acostumados a chamar as partes de autoridade coatora. Até os juízes viram autoridade coatora de vez em quando), mas que é uma questão formal: não está se discutindo o mérito da decisão foi certo ou errado, está-se discutindo a forma pela qual se encaminhou, e esse questionamento, que pode ser prévio, concomitante ou posterior, é separado dessa discussão porque sempre haverá a possibilidade de constitucionalmente ser feito: estamos falando do conteúdo e da matéria de mérito.

Quero fazer então quatro encaminhamentos para proposta ao Cade, ao Ibrac, aos advogados e às pessoas que participam deste sistema.

O primeiro é que nós temos uma urgente necessidade de relacionamento, de capacitação e de convívio, ou melhor dizendo e resumindo, uma necessidade de comunicação. Não pensem os advogados que vão chegar para o juiz com aquele despacho, que às vezes o juiz recebe dos advogados, às vezes não, e em 5 minutos vão conseguir explicar a complexidade dessas causas.

O juiz já precisa estar familiarizado com a matéria e, se não estiver, precisa ter material didático e doutrinário à mão. Por isso que a Ajufe, associação da qual participo, vem fazendo isso com vários setores, porque nós percebemos que é uma angústia do setor de combustíveis, dos setores relativos a bebidas, dos setores que trabalham com comércio internacional, porque a Justiça Federal foi crescendo nos últimos 10 anos e foi assumindo um papel político importante, que já abordei no início da minha fala, e não conhece os setores da economia: então há uma necessidade de maior convívio, de produção de material científico, de realização de *workshops*, seminários e discussões, porque o juiz federal está acostumado com o direito administrativo clássico, aquele da posição do Supremo Tribunal Federal, que defende a independência de instâncias.

E achei bastante salutar que no relatório produzido pela OCDE em comunicação com o BID, aqui mencionado pela Dra. Elizabeth, no item 21, se diz exatamente isso: que há a necessidade de uma aproximação dos órgãos da concorrência, do Poder Judiciário e do Ministério Público.

O segundo ponto que acho fundamental, e que seria o encaminhamento a partir desse início de convívio, seria a criação de Varas especializadas em matéria concorrencial, em direito econômico, em matéria de defesa do consumidor.

Temos algumas experiências interessantes que vêm frutificando pelo Brasil afora em matéria de Varas especializadas, e se passa assim a ter um ganho de segurança jurídica porque sabe-se quem é o ator daquele sistema, daquele nicho. Sendo favorável ou desfavorável, é melhor do que a insegurança do julgador. Então, a AJUFE e eu próprio, de forma bastante contundente, sempre defendemos que haja esse encaminhamento para Varas especializadas pelo menos nas capitais dos Estados. E também é um dos itens do relatório da OCDE, que é o item n. 10 – a busca de órgãos especializados dentro do Judiciário (e o Ministério Público já faz isso) para o julgamento dos casos de defesa da concorrência.

O terceiro encaminhamento seriam alterações legislativas. E percebam que isso surge a partir do convívio dos seminários. É a partir daí que as propostas vão ganhando corpo, porque estão todas aqui em forma bastante rudimentar, mas vão ganhando corpo e podem ser trabalhadas.

A primeira alteração seria por um processo mesmo civil adaptado ao direito econômico, que é uma proposta do Prof. Ives Gandra da Silva Martins que já tem alguns anos: o processo civil não é feito para julgar as causas de direito econômico; o processo civil é feito para julgar acidente de automóvel, em que um indivíduo bate no veículo do outro; para cobrar uma dívida de alguém que deu cheque sem fundo de R\$ 500,00 etc. O processo civil não é adaptado para essas causas de direito econômico, não é adaptado para esse tipo de demanda.

Uma das questões que poderiam ser tratadas é a perícia judicial por órgãos multidisciplinares, por instituições. O Código de Processo Civil até hoje diz que o juiz nomeará *um perito*. E eu já várias vezes nomeei instituições para a perícia, como é caso do Instituto de Pesquisas Tecnológicas da USP, instituído como perícia. Mas é uma decisão que avança de forma progressiva sobre a lei. Não é a regra. A regra seria: após uma decisão do Cade tomada em colegiado, com uma composição mista de juristas e economistas, nomear um contador de confiança do juiz, que sabe-se lá que qualificação tem, que vai receber R\$ 1.500,00 de honorários periciais para produzir um laudo sobre aquela decisão. Porque essa é a cultura. Foi para isso que o processo civil foi feito. Então, vejo a necessidade de alteração e de convívio.

Acho importante que desses processos participem todos os envolvidos, como forma de resolver a questão, até facilitando a busca de acordos.

E, por último, algo que sempre me chocou na Lei 8.884 é a preferência que a Lei de Defesa da Concorrência tem pela Justiça Federal de Brasília. Eu

não aceito – e já disse isso várias vezes – que os juízes federais de Brasília sejam mais federais que os outros juízes federais, apesar de que alguns se achem, só porque lá é a capital da República. Eu não nasci lá, não estudei lá, fiz o mesmo concurso que fizeram, e eles se acham mais federais que os outros juízes porque julgam os altos cargos da República. Isso é um questionamento interno da carreira e a Lei do Cade *de forma expressa* elege a Justiça Federal de Brasília como foro natural das questões, quando eu acho até um equívoco, porque a Justiça Federal de São Paulo e do Rio de Janeiro têm uma vocação para julgar causas econômicas maior. Nós convivemos mais no meio das disputas econômicas do que os juízes federais de Brasília.

Então, faço uma proposta de alteração para que as causas sejam julgadas pelo menos nas capitais dos Estados, e não preferencialmente na Justiça Federal de Brasília. É uma questão interna complicada, mas eu sempre assumi essa posição e estou convencido dela.

E a última proposta de encaminhamento para ser discutida e debatida neste convívio que nós pretendemos ter – e estamos até encaminhando um “entrelaçamento” entre o IBRAC e a Associação dos Juízes Federais do Brasil – seria uma discussão sobre a judicialização não das decisões do Cade mas do próprio Cade, como há em outros países. Talvez o Cade – pensando aqui de forma bastante ousada, e ainda bastante rudimentar – pudesse se tornar um órgão dentro do Poder Judiciário e a sua decisão adquirir força de coisa julgada.

E por que digo isso? Digo isso como cidadão, porque me parece absolutamente não razoável que uma empresa discuta com a União na esfera da Receita Federal até o Conselho de Contribuintes, e depois, perdendo ou ganhando, as partes vão para o Judiciário e discutem a questão até o Supremo Tribunal Federal.

Passando ao largo de outras, a questão é – retomando – uma só: a necessidade que nós atores desse sistema temos de dar uma resposta à sociedade. Aí os advogados entram como vilões e não como mocinhos. Também os advogados, a partir desse sistema, têm de dar uma resposta à sociedade de segurança jurídica, de necessidade de estabilidade econômica social e política, para que o País possa crescer e se desenvolver. Então, é uma proposta de encaminhamento ousada.

Então são essas quatro propostas.

E eu termino e concludo agradecendo ao convite e lembrando algo que nós vivemos nesse País e que eu acho que foi – e aqui como professor explico aos meus alunos – fantástico: o Código de Defesa do Consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor foi promulgado quando eu estava no 4.º ano da faculdade. E lembro bem de antes do Código: se você comprava algo no supermercado e o prazo de validade estava vencido, você ia trocar e o gerente do supermercado dava risada na sua cara, deixava você falando sozinho, e você tinha que assumir o prejuízo. Hoje, quando você vai e compra um produto com validade vencida, ele lhe pede de joelhos para você concordar em trocar por outro. Hoje até ele o dá de graça, porque pode ser preso por aquilo. Hoje até tubo de cola e saco de cimento têm prazo de validade.

E os juízes foram aprendendo com o Código de Defesa do Consumidor que contrato não é só *pacta sunt servanda*, que no contrato existe uma parte hipossuficiente, até o ponto de a Federação dos Bancos e a Confederação dos Bancos perderem em todas as instâncias ordinárias da Justiça a questão de que o Código de Defesa do Consumidor se aplica às instituições financeiras. E a questão está agora no Supremo Tribunal Federal, que é o último tiro de misericórdia para ver se ganham a demanda. Então, essa foi uma questão que foi amadurecendo dentro do sistema judicial.

É isso que eu acho que nós precisamos fazer com o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: um amadurecimento dentro do Sistema de Justiça e do Ministério Público. Obrigado.

## ■ Ada Pellegrini Grinover

Bom dia a todos. Agradeço em primeiro lugar ao honroso convite que me foi formulado pelo Ibrac por intermédio do Dr. Laércio Farina e que me dá a oportunidade de falar para uma platéia de especialistas sobre o assunto, que eu tenho abordado aqui ou acolá diante de casos concretos, mas em que não o posso efetivamente me dizer militante como são os senhores.

Saúdo também o Dr. Carlos Francisco de Magalhães, meu grande amigo de tantos e tantos anos, e neles saúdo todos os componentes da mesa. Saúdo a presidente do Cade, cuja interessante exposição me animou bastante. Saúdo todos os seminaristas. Embora não sejam religiosos, são seminaristas. Religiosos alguns serão, mas são leigos, pelo menos ao que parece.

E saúdo aos membros do Judiciário, do Ministério Público e aos colegas advogados.

Eu creio que quando se trata de intervenção do Poder Judiciário em relação aos atos administrativos praticados pelo Cade, há que se distinguir, como foi feito inclusive no pedido que me foi formulado pelo Dr. Laércio, o momento do controle da legalidade dos atos administrativos e o momento do virtual julgamento do mérito.

Para mim é claro e evidente que o controle do ato administrativo, que é função do Poder Judiciário quanto à legalidade e constitucionalidade, evidentemente, não pode em absoluto ser restrito.

O procedimento é uma série de atos que culminam numa decisão administrativa de natureza complexa, e todos os atos que constituem o procedimento são submetidos possivelmente ao controle do Poder Judiciário. Portanto, devo dizer que não concordo com a jurisprudência citada pelo Dr. Gilvandro no tocante às irregularidades processuais, que se manifestou no sentido de que, enquanto houvesse atribuição do Conselho, caberia só ao Conselho se manifestar e eventualmente sanar essas irregularidades processuais. Claro que na prática é o que vai ocorrer. É muito mais fácil pedir ao órgão administrativo a correção dos atos praticados do que ir ao Judiciário, mas se alguém fosse ao Judiciário para essa finalidade, por exemplo num caso de nulidade absoluta, num caso de violação a princípios constitucionais, não há como afirmar que o Judiciário não poderia fazer esse controle pela legalidade do ato administrativo, que é próprio, inerente à sua função.

Mas a questão principal posta hoje é outra: trata-se do julgamento do mérito, ou seja, do julgamento a respeito da existência de infração à ordem econômica e aplicação das penalidades previstas em lei. A questão é saber se o Poder Judiciário pode antecipar-se ao Cade e decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicação das penalidades previstas em lei.

Antes de desenvolver o meu raciocínio, eu gostaria de responder à provocação do Dr. Laércio.

A multa de trânsito é aplicada pela autoridade de trânsito. Eu acho que também na aplicação das penalidades previstas em lei será atribuição do Cade fazer a valoração dessas penalidades e a sua adequação ao caso concreto pelo princípio da proporcionalidade. Mas fica a existência da infração à ordem econômica, que vamos ter que verificar se pode ser atribuída ao Poder Judiciário, existindo ou não um concomitante processo administrativo. Ou



seja, tudo se resume em saber se as atribuições do artigo 7.º, II, da Lei 8.884 são exclusivas ou se comportam a intervenção do Poder Judiciário.

O artigo 7.º, II, trata de uma atribuição de um órgão administrativo como qualquer outro, assim como diversas leis administrativas tratam da atribuição de funções aos seus órgãos. Eu não vejo nenhuma ilação que possa ser extraída exclusivamente do artigo 7.º II, quanto a uma atribuição exclusiva. Mas é verdade que temos o artigo 60 e seguintes da Lei 8.884, que tratam da execução judicial das decisões do Cade. E isso, de alguma maneira, parece reforçar o entendimento de que cabe, pelo desenho legislativo, ao Cade a fixação da existência de infração à ordem econômica e aplicação das penalidades, e ao Poder Judiciário simplesmente executar essas decisões. Só que aí entra um complicador legal, que é o artigo 29 da Lei 8.884/1994, que foi interpretado com muita argúcia, mas de maneira muito restrita, pelo Dr. Gilvandro, porque o artigo 29 diz que “os prejudicados, por si ou pelos legitimados do Código de Defesa do Consumidor, poderão ingressar em Juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica”. Daí, então, podemos estar diante de uma simples antecipação de tutela. Mas continua o artigo: “bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento da ação”. Ora, não há pleitear em juízo o recebimento de indenização por perdas e danos sem que antes o Judiciário não aprecie a existência de infração à ordem econômica. E seria de certa maneira um pouco estranho que esse “bem como” significasse algo diferente da obtenção da cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, ou seja, no sentido de que se pediria já uma indenização decorrente da decisão do Cade, porque logo depois se diz “independentemente do processo administrativo”. Então esse me parece um argumento legal que nos coloca em uma encruzilhada: de um lado o artigo 7.º, II, e o artigo 60 e seguintes; e de outro lado o artigo 29.

E no plano da lei ordinária, nós podemos ficar aqui debatendo, discutindo, cada qual com a sua opinião, sem chegar a nenhuma conclusão segura. Então, neste caso, acho que temos que ir à Constituição. Segundo a regra da inafastabilidade do acesso à Justiça, que nos diz que “a lei não retirará da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, como se coloca a questão do acesso à Justiça?

No plano administrativo, já foi decidido – e foram aqui citadas decisões pelo Dr. Luciano Godoy – que não existe mais em nosso ordenamento o

princípio do esgotamento das vias administrativas para acesso ao Judiciário, e em vários julgados se afirma a independência da instância administrativa em relação à jurisdição. Mas eu não vou desenvolver esse raciocínio que é dos administrativistas. Eu vou desenvolver o raciocínio eminentemente processual.

Eu devo dizer, em primeiro lugar, sobre a proposta do Dr. Luciano Godoy de suspensão do processo judicial para aguardar a decisão do processo administrativo, que isso na verdade contraria todo o princípio da independência das instâncias, além de não estar previsto em lugar nenhum de nossa legislação. E não creio que seria conveniente a previsão. Então, nós temos que trabalhar com a idéia do artigo 5.º do acesso ao Judiciário. Mas o acesso ao Judiciário não é ilimitado. Está submetido a condições de exercício da ação. E essas condições que agora nos interessam não são nem a legitimação, nem a possibilidade jurídica, mas é exatamente o interesse de agir.

O interesse de agir, como é sabido desde os bancos escolares, desdobra-se em três aspectos: o interesse-necessidade, o interesse-utilidade e o interesse-adequação.

O interesse-necessidade, que significa que a via jurisdicional é necessária para afastar a lesão ou ameaça de lesão; o interesse-utilidade, que significa que o provimento jurisdicional ou a intervenção do Judiciário será útil para afastar a crise do direito material; e o interesse-adequação, que nos diz que o provimento jurisdicional pedido deve ser adequado a fazer cessar essa crise do direito material.

O que nos interessa aqui nessa questão quanto à possível intervenção do Poder Judiciário para um exame do mérito, ou seja, da existência de infração à ordem econômica – e eu ainda continuo achando que feito isso, a aplicação das penalidades seria incumbência do Cade –, é o interesse-necessidade, ou seja: A parte precisa ir ao Poder Judiciário para que julgue o mérito a fim de afastar a crise de direito material, a situação de violação ou ameaça a direito? Em princípio não, exatamente na medida em que já terá tido a possibilidade de ajuizar perante o Judiciário medidas antecipatórias, medidas cautelares, obtenção de liminares, controle do ato administrativo.

Então, em princípio, não haverá necessidade de recurso ao Poder Judiciário para que este delibere sobre a existência ou não da infração à ordem econômica: aguarda-se a decisão do Cade, que tem atribuição para isso, e com todas as cautelas que a parte quiser tomar para se acautelar em relação aos atos administrativos praticados pela instância administrativa toda,

não apenas o Cade, mas também a Secretaria de Direito Econômico etc. para evitar a lesão ou ameaça.

Mas não é possível, a meu ver, descartar *a priori* essa necessidade, porque as condições da ação são sempre examinadas e aferidas pelo juiz no caso concreto e, conforme forem afirmadas na petição inicial *in statu assertionis*, cabe ao juiz verificar pela assertiva do eventual autor, por exemplo numa ação declaratória da inexistência da infração à ordem econômica, se existe ou não necessidade de recurso ao Poder Judiciário, enquanto o Cade trabalha ou mesmo antes que passe a trabalhar.

Não posso descartar *a priori* essa possibilidade porque, se é certo que a simples tramitação de um processo administrativo perante os órgãos da defesa econômica pode ser temperada pelo controle do Poder Judiciário, é igualmente certo que a simples tramitação já pode provocar prejuízo às empresas envolvidas na questão. Os senhores dirão: “Bom, mas pedir uma tutela declaratória ao Poder Judiciário vai demorar muito mais do que aguardar a manifestação do Cade, já que as duas instâncias vão prosseguir separadamente”. Sim, mas mesmo na tutela declaratória pode-se pedir uma antecipação de tutela – isso é um pouco discutido pela doutrina, mas a doutrina fundamentalmente se orienta nesse sentido. Então, há possível antecipação dos efeitos da sentença declaratória que pede a declaração da inexistência de infração à ordem econômica que podem ser interessantes para a empresa. Então eu acho que, em princípio, pelo desenho da Constituição, da lei, do Código de Processo Civil, que exige o interesse de agir como condição de ação, o Judiciário não julgará o mérito do ato administrativo por falta de interesse de agir (interesse-necessidade). Mas eu não descarto que num ou noutro caso se chegue ao Judiciário e se demonstre o interesse-necessidade. Dependerá da aferição do juiz e do controle de Segunda Instância, é claro, em cada caso concreto.

Agora eu queria fazer, para terminar, algumas considerações sobre as propostas do Dr. Luciano Godoy. Perfeitamente de acordo quanto à revisão legislativa, que é necessária, mas que não pode jamais vulnerar o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional. Perfeitamente de acordo com a especialização dos juízes que se dediquem a decidir a respeito dessa causas. Perfeitamente de acordo quanto a possíveis conflitos entre uma eventual decisão de mérito, que eu vejo assim como muito rara, e do Judiciário e do Executivo, na esfera administrativa. Mas esse não é um fenômeno novo no nosso Direito, só que a decisão judicial tem a qualidade de imutabilidade que lhe confere a coisa julgada, enquanto a decisão administrativa não tem

essa qualidade. Então haverá, a meu ver, uma prevalência da decisão judicial de mérito sobre a decisão administrativa. A não ser que se entre com uma ação rescisória para rescindir a coisa julgada processual.

Quanto a conferir ao Cade e a outros órgãos administrativos uma função jurisdicional, isso seria introduzir no nosso sistema o contencioso administrativo.

Eu sou radicalmente contrária ao contencioso administrativo nos nossos meios, na nossa realidade social. Se o Judiciário já não trabalha muito bem, imagine com o contencioso administrativo.

Nós somos tradicionalmente um país de jurisdição una, como os Estados Unidos, portanto eu só faria uma proposta, pelo menos para abreviar o caminho jurisdicional sobre o ato administrativo quando se tratasse de mérito, e isso vai ser objeto do segundo Painel: o mérito do ato administrativo, a discricionariedade etc.

Eu tinha gostado muito, apesar da origem espúria, da Emenda constitucional n. 7, de setembro de 1977, que chamava de contencioso administrativo aquilo que não era contencioso administrativo, mas a revisão judicial das decisões administrativas diretamente pelos órgãos de 2.º grau, de maneira que a instância administrativa, na verdade, corresponderia a um 1.º Grau de jurisdição, e a revisão se faria diretamente perante o Tribunal. Eu fiz inclusive esta proposta em sede de reforma do Poder Judiciário, mas ninguém me deu a menor atenção. Nenhum dos relatores gostou da idéia, porque achavam absurdo voltar a uma Emenda n. 7, de 1977, do período militar, como se a origem pudesse macular todo o conteúdo de uma disposição.

Acho que era isso que eu queria dizer, submetendo tudo que disse ao crivo e à apreciação dos senhores, e pronta até a mudar de idéia, porque essa é uma coisa que eu faço constantemente: rever o meu pensamento à vista de novas idéias, de novas reflexões, de novas contribuições, e é exatamente para isso que nós estamos aqui reunidos. Muito obrigada.

---

■ **Carlos Francisco de Magalhães**

---

Bom, me foi dada aqui uma difícil missão, que é substituir Laércio Farina na presidência e coordenação desta Mesa. E é uma tarefa um tanto ingrata, porque, além de excelente coordenador, com suas observações bem

colocadas, sagazes e tudo o mais, ele é um verdadeiro mestre de cerimônias, um animador de auditório. De modo que essa sucessão aqui é bastante ingrata. Eu gostaria que fosse o inverso. Mas tudo bem.

Então vamos dar início à segunda parte do Painel “A judicialização das decisões do Cade”. Olhando agora, acho que o título foi – com o perdão da palavra, pois nós mesmos é que o escolhemos – mal traduzido em relação ao que queríamos dizer, porque não se trata apenas da judicialização das decisões do Cade, mas sim eu diria da judicialização do antitruste, porque causas há que foram levadas originariamente para o Judiciário e que nunca foram levadas ao Cade, algumas até antes da existência do Cade, do órgão de concorrência de defesa brasileiro, e que então não sofreram qualquer ingerência da parte administrativa. Inclusive, ainda estão em tramitação ações desse tipo, e por força do artigo 29, cuja redação não é muito adequada.

Eu participei da comissão que fez esse anteprojeto, e nós não cogitamos da redação do artigo 29, que surgiu depois, colocado por um membro do Ministério Público que ocupava a Secretaria de Direito Econômico, e que pretendia com esse artigo 29 – que foi colocado pós-discussões – acolher ali as ações do Ministério Público que fossem também de interesse difuso, relativas a multas etc., que poderiam, concomitante e concorrentemente com o processo administrativo, ter então o seu nascedouro e correr sim o perigo de prescrição etc.

De modo que esse artigo 29 – é bom que se explique – é muito importante dentro do tema de hoje e teve essa origem: visava agasalhar essas ações públicas propiciadas pelo Ministério Público.

Mas, enfim, o que eu queria dizer é que realmente o tema não é apenas a judicialização das decisões do Cade, mas a judicialização do antitruste em geral, porque nós tivemos excelentes precedentes judiciais, usamos 20, por exemplo aquela ação em que o conde Armando Álvares Penteado, pela cláusula de não restabelecimento – que eu acho que é bastante conhecida, pelo menos dos mais antigos da matéria, não dos anos 1920, mas está lá nos primeiros números da *Revista dos Tribunais* e que realmente é um caso extremamente interessante dos anos 1920, inclusive o advogado foi o nosso Dr. Rui Barbosa, entende? –, então, a cláusula de não restabelecimento foi um embate entre o direito público e o direito privado, que foi travado inclusive com pareceres da melhor procedência, dos grandes juristas franceses e italianos da época, naquele tempo em que se trazia inclusive pareceres de fora.

Então, é um tema absolutamente antitruste, por sua natureza, e foi levado para ir embora a parte que defendia a cláusula quisesse levar para o direito privado, mas foi para o direito público e realmente prevaleceu o direito público.

Em 1993, eu me lembro também de uma ação importante contra as distribuidoras de petróleo, em que pela primeira vez se colocou a questão de descontos, de preços, de cartel, de compra etc., que também foi levada originariamente para o Poder Judiciário – ontem ainda estávamos lembrando uma ação levada contra as distribuidoras de petróleo pelo Sindicato de Postos de Gasolina, que queria aplicar um engessamento dos preços administrados anteriores, e não queria de maneira alguma abrir mão de suas margens de lucro por descontos que as distribuidoras concedessem para serem repassados para os consumidores, uma guerra de preços que começou a se travar em 1993. Então, foi julgada na 40.<sup>a</sup> Vara Cível, foi ao tribunal e quando da administração da lei aplicou-se a Lei 4.137, que foi sucedida pela Lei 8.884.

Então, existem inúmeros precedentes judiciais, em que a questão não chegou a ir para a órbita administrativa, e ainda existirão outras.

Estas eram as observações que eu queria fazer, ultrapassando um pouquinho o tempo, mas me pareceu que eu não teria mais essa oportunidade.

E, finalmente, com referência à colocação do Dr. Luciano, nós temos absoluta confiança na Justiça. Achamos que o tema de Direito da Concorrência é extremamente sedutor, pois engloba Direito, Economia, trata de grandes causas, e nós confiamos que o Judiciário, para uma especialização que se dará no futuro, vai realmente conseguir administrar muito bem essa lei, com toda a competência que demonstrou em outras causas muito mais complexas, como as securitárias etc.

Mas, passemos, então, para essa segunda Mesa, onde vamos falar sobre o tema “Discrecionalidade”.

Eu acho que a discrecionalidade tem duas faces: aquela do órgão administrativo; e também a do Judiciário examinando as decisões administrativas.

Nós temos nesse cenário uma questão muito importante hoje, que é edição da Lei de Processo Administrativo, posterior à Lei 8.874/1994, que é da nossa matéria.

Essa lei consolidou muitos princípios constitucionais e outros jurisprudenciais sobre proporcionalidade, eficiência da Administração, tempo etc., e princípios que deveriam ser observados.

Então, ao examinar à luz da Lei de Processo Administrativo as decisões que sejam proferidas pelos órgãos da concorrência, provavelmente surgirão muitos embates e aumentará o elastério, a competência do Judiciário porque, ao examinar, por exemplo, se há proporcionalidade em uma multa, vai-se examinar provavelmente o mérito dessas decisões. Então, esse também é um ponto, um desafio que eu coloco inclusive para os senhores apresentadores, a quem a seguir então eu darei a palavra.

### ■ **José Elaeres Marques Teixeira**

Eminentes coordenadores deste 1.º Painel do Seminário, Dr. Carlos Francisco de Magalhães, Dr. Laércio Farina, Profa. Ada Pellegrini Grinover, a quem rendo aqui as minhas homenagens pela extensa contribuição que tem dado ao Direito brasileiro com seus livros, com seus artigos jurídicos e, enfim, com suas palestras, na pessoa de quem eu cumprimento os demais membros da Mesa, Profa. e Dra. Elizabeth Farina, presidente do Cade, que, com bastante tranquilidade, serenidade e competência, tem presidido o órgão, o que é importante para que este tenha a credibilidade necessária nessa questão que envolve Direito da Concorrência, Dra. Barbara Rosenberg, da SDE, demais presentes, advogados e advogadas.

O tema deste 1.º Painel sem dúvida nenhuma é atual, tormentoso, de modo que eu parabeno os organizadores do evento pela sua escolha e pela sua colocação como tema de abertura.

Nós sabemos que a judicialização das decisões do Cade, ou controle judicial dessas decisões, é algo que requer, creio eu, uma abordagem serena, tranqüila e sem posições extremadas. E digo isso porque nós constatamos hoje que no Brasil vivemos momentos de afirmação do Direito da Concorrência, o que implica reconhecer que, se não todas, pelo menos a maioria das questões surgidas nessa área são questões novas e com repercussões as mais diversas tanto no ambiente da economia nacional como na vida das empresas e também de boa parte dos consumidores.

Antes de começar, gostaria de dizer que, quando finalizaram as duas primeiras exposições, eu comecei a ficar preocupado porque, diante do que

preparei aqui para expor, eu achei que ficaria sozinho. Para meu alento, a Profª. Ada me salvou.

Nós sabemos – vou tratar no início um pouco da questão da discricionariedade administrativa em seu aspecto geral – que desde a clássica obra do Seabra Fagundes sobre controle dos atos da Administração Pública, a maioria dos autores, com algumas exceções, tem afirmado que o mérito do ato administrativo é insuscetível de controle judicial, o que significa dizer que os aspectos de oportunidade e conveniência estão reservados à Administração Pública. Esta é uma doutrina bastante antiga nossa, que tem sido defendida pela maioria dos doutrinadores.

Entretanto, com o advento da Constituição de 1988, que promoveu, na verdade, uma verdadeira constitucionalização da Administração Pública – que é importante ressaltar – e uma dependência do direito administrativo à Constituição, essa doutrina vem sendo superada pouco a pouco, e hoje nós verificamos que paulatinamente firma-se um pensamento novo sobre os limites do controle judicial dos atos e decisões administrativas. E, apenas para ilustrar, eu trago aqui as edições de Cláudio Ari Mello e Maria Sylvia Zanella di Pietro, que dizem o seguinte:

O Cláudio Ary Mello, que é meu conterrâneo, membro do Ministério Público do Rio Grande do Sul, afirma que o contato com o direito constitucional tem produzido uma autocrítica do direito administrativo e uma revisão dos conceitos nucleares de sua dogmática – entre os quais justamente a doutrina da discricionariedade administrativa –, do que resulta um refluxo consistente, segundo ele, e sustentável da tese da injusticiabilidade dos atos e decisões discricionárias.

Por sua vez, a eminente professora paulista Maria Sylvia Zanella di Pietro, conhecida de todos nós, assevera que, apesar de reconhecer que ao Judiciário é vedado exercer o controle do mérito do ato administrativo, adverte que é necessário manter a discricionariedade em seus devidos limites, para impedir as arbitrariedades da Administração praticadas sob o pretexto de agir discricionariamente em matéria de mérito. E, na seqüência de sua exposição, a Profª. Maria Sylvia Zanella di Pietro discorre sobre o que chama de “princípios limitadores da discricionariedade administrativa”, entre os quais inclui o princípio da moralidade e o princípio da razoabilidade.

Essa tendência em limitar a discricionariedade administrativa tem sido seguida, no meu modo de ver, pelo Judiciário brasileiro. Pode-se constatar isso pelas decisões proferidas pelos tribunais. Aqui tenho apenas um prece-



dente do Superior Tribunal de Justiça, o REsp 575280, originário aqui de São Paulo, quando o Tribunal registrou que não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados constitucionalmente. E, no Supremo Tribunal Federal, entre os precedentes sobre o tema, eu lembro o Recurso Extraordinário 131661, segundo o qual, na dicção sempre oportuna do Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, não há margem para a Administração atuar com excessos ou desvios ao decidir, competindo sempre ao Judiciário a glosa cabível.

Consolida-se, portanto, tanto da doutrina como na jurisprudência a idéia de que no atual estágio do Direito nacional não é mais possível sustentar a tese da imunidade judicial dos atos administrativos discricionários, não só no que toca a aspectos formais, mas também no tocante ao próprio mérito. E, em face do texto constitucional e dos princípios ali consagrados, nenhuma autoridade, penso eu, está totalmente livre para agir no exercício de função administrativa, ainda que no exercício de poderes discricionários; no que toca à conformidade do ato com as normas e os princípios constitucionais, não há liberdade, penso eu, e sim vinculação.

O móvel da autoridade pública investida de poderes discricionários não pode ser outro senão de dar eficácia às normas e aos princípios constitucionais, em especial, aqueles relacionados com a atividade da Administração Pública. Portanto, sempre que verificado ou desvio de finalidade ou descompasso do ato ou da decisão administrativa com a vontade da Constituição, a interposição judicial se impõe, com amplo prospecto de conhecimento.

A discricionariedade administrativa – eu ressalto – assume importância fundamental na discussão do controle dos atos e das decisões do Cade, na medida em que os seus pronunciamentos – é o que afirma boa parte dos autores que se ocupam desse tema – constituem decisões administrativas técnicas e, portanto, decorrentes do exercício de uma chamada discricionariedade técnica. Além disso, há sérias controvérsias sobre a relação entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados estes de que a Lei 8.884 está repleta, daí a grande dificuldade de aplicação dessa lei.

Ao tratar do controle judicial de decisões tomadas no exercício de discricionariedade técnica, o hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Roberto Grau, seguindo aqui a doutrina crítica do português Antônio Francisco de Souza, não admite que a inegável dificuldade no exercício do controle de decisões altamente técnicas resulte em autorização para que a

Administração Pública decida conforme a sua livre apreciação subjetiva. Tais são as palavras do Prof. Eros Roberto Grau.

Segundo ele, quando apresentada ao juiz matéria que não conhece, deve ele então ouvir peritos que esclareçam os fatos sobre os quais decidirá. E, nessa mesma linha de pensamento, também a Profa. Maria Sylvia Zanella di Pietro, que, ao lembrar que a discricionariedade técnica pode provocar lesão ou ameaça de lesão a direito, ensejando portanto a correção judicial, ressalta que, entre os conceitos jurídicos indeterminados contidos na lei, os conceitos técnicos são precisamente os que menos geram discricionariedade, pelo simples fato de que a indeterminação pode desaparecer com a manifestação do órgão técnico. E acrescenta ainda que no direito brasileiro os peritos são considerados auxiliares da Justiça e com suas manifestações o Judiciário pode transformar em determinado um conceito que na lei aparece como indeterminado. Se a definição feita pelo ato administrativo for incorreta e causar, portanto, dano ou ameaça de dano, pode ser invalidada pelo Judiciário. Esta é a posição da Profa. Maria Sylvia Zanella di Pietro.

Eu não poderia deixar de referir aqui ainda a lição do Prof. Tercio Sampaio Ferraz Junior, que ao tratar das decisões do Cade, inclusive em artigo publicado na *Revista do Ibrac*, sobre atos de concentração e após fazer a distinção do que ele chama discricionariedade técnica própria e discricionariedade técnica imprópria, entende que as decisões que aprovam ou desaprovam atos de concentração pertencem a esta última categoria, ou seja, a da discricionariedade técnica imprópria. Isso implica reconhecer que com essas decisões o Cade não expressa um juízo de conveniência e oportunidade mas uma vinculação a ditames legais referentes à proteção da livre iniciativa e da livre concorrência.

O que se verifica, portanto, creio eu, é que, no que toca à discricionariedade técnica, há uma forte tendência no âmbito da doutrina em reconhecer que esta não confere liberdade à Administração e, portanto, ao decidir uma questão que envolve conhecimentos técnicos, deve a autoridade pública buscar sempre a solução técnica mais adequada ou, em outras palavras, a melhor solução para o caso. Quanto mais, portanto, se afastar dessa proposição, maior será a probabilidade de a decisão ser alterada no âmbito do Judiciário.

No que se refere aos direitos jurídicos indeterminados – de que, como já afirmei, a Lei 8.884 está cheia – é bom lembrar que aqui no Brasil esse é um tema que passou a ser abordado pela doutrina há pouco tempo e a inspirar algumas decisões judiciais com a aplicação do que se tem entendido a respei-

to dos conceitos jurídicos indeterminados, embora se trate de uma doutrina bastante explorada na Alemanha, na Itália, em Portugal e na Espanha.

E nós temos alguns poucos textos sobre essa questão dos conceitos jurídicos indeterminados. Um desses textos que eu acho extremamente importante é o de Regina Helena Costa, intitulado “Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa”. Nele a autora, seguindo uma posição que me parece ser aquela mais seguida pela Itália, consigna que no estudo dos conceitos jurídicos indeterminados é necessário fazer a distinção, por um lado, entre os conceitos que ela chama de experiência, e por outro lado, os conceitos que ela denomina de conceitos de valor.

Em se tratando de conceitos de experiência, segundo essa posição, não há margem de liberdade na definição do seu significado, porque estes são determináveis mediante interpretação da lei. Já nos conceitos de valor, sendo insuficiente o processo interpretativo, cabe à autoridade administrativa então definir o conceito por intermédio de sua apreciação subjetiva.

Entretanto, isso não significa total liberdade do administrador, que deverá, diante de duas ou mais soluções possíveis, nortear a sua apreciação subjetiva pelo princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, que, aliás, tem sido aplicado no âmbito do Cade. Eu me recordo que no caso que julgou os atos de concentração da Vale do Rio Doce, o conselheiro Ricardo Cueva – e ele pode confirmar isso depois – faz referência, na decisão dele, ao princípio da proporcionalidade, ou seja, a direção seguida nessa decisão foi a aplicação do princípio da razoabilidade, ou da proporcionalidade, que é um desdobramento do princípio da razoabilidade.

Como disse, na Lei 8.884, a maioria dos conceitos jurídicos indeterminados é de difícil compreensão. No meu modo de entender, dentro dessa divisão entre conceito de experiência e conceito de valor, a maioria dos conceitos jurídicos indeterminados da lei pode ser classificada como conceitos de experiência ou conceitos empíricos, determináveis, portanto, mediante critérios objetivos. Isso implica dizer que, desde que estudos e pareceres técnicos apontem, por exemplo, no sentido de posição dominante ou de ato que prejudique a livre concorrência, uma única solução pode ser adotada pelo Cade, ou seja, a implementação de medidas destinadas a suprimir a violação da ordem econômica.

O inverso também, obviamente, é verdadeiro, e aqui eu invoco uma lição do Prof. Carlos Ari Sundfeld, que afirma que, quando trata dos atos de concentração apreciados pelo Cade, segundo ele, no sistema da Lei 8.884,

a autorização é vinculada quando o processo comprovar que a operação de concentração não constitui infração atual ou potencial à ordem econômica. Nesse caso, o interessado tem inquestionável direito subjetivo a ela, sendo o Cade obrigado a expedi-la, sob pena de ilegalidade passível de correção judicial. Esta é a posição do Prof. Carlos Ari Sundfeld.

Assim, resumindo esta minha breve exposição, eu diria que, após o advento da Constituição de 1988, tanto a doutrina quanto a jurisprudência nossas vêm avançando no sentido de submeter ao controle judicial até mesmo o mérito dos atos administrativos discricionários. Isso tem levado certos autores a falar não mais em legalidade em sentido estrito, como limite ao exercício do poder discricionário da Administração Pública, mas sim em ilegalidade em sentido amplo, que abrange principalmente os princípios com assento constitucional. O fato de as decisões do Cade decorrerem do exercício de uma discricionariedade técnica não significa que estejam imunes ao controle judicial no tocante a seu mérito, embora haja quem defenda que nas questões técnicas complexas – e com fortes argumentos digo aqui –, o Judiciário deve exercer um controle mínimo. Então, há essa posição de que o Judiciário deve, apenas no que diz respeito à fundamentação, exercer um controle mínimo, de forma que, se o Cade proferir uma decisão, e esta decisão estiver devidamente fundamentada, então o Judiciário só teria o poder de ir até esse momento; não poderia avançar no controle judicial. Mas o certo é que a posição que me parece majoritária inclina-se em reconhecer que da dificuldade para o exercício do controle dessas decisões não resulta a plena liberdade à Administração, devendo o juiz apreciar até mesmo a solidez dos critérios técnicos que deram ensejo à decisão, valendo-se, então, quando necessário, de perito no assunto. Essa é, então, uma questão difícil, porque sabemos que o Judiciário não tem estrutura para produzir esse tipo de prova. É uma questão que eu não sei como resolver.

Os conceitos jurídicos indeterminados contidos na Lei 8.884, enfim, penso eu, não conferem ao Cade plena discricionariedade, porque, em se tratando de conceitos da experiência, não há liberdade na sua definição, sendo determináveis mediante processo interpretativo. E, ainda que alguns desses conceitos venham a ser considerados conceitos de valores, isso não significa total liberdade, já que a sua definição deve ser buscada com a aplicação do princípio da razoabilidade. Para finalizar, reconheço que, sem dúvida, há uma certa preocupação, no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, da qual eu compartilho, com a possibilidade sempre presente da desconstituição de decisões do Cade, e teme-se com isso pela instalação da

insegurança jurídica, porque as decisões do órgão especializado para avaliar, discutir, debater, enfim, deliberar sobre condutas potencial ou efetivamente anticoncorrenciais estão sujeitas a invalidação por juiz que nem sempre tem familiaridade com essas questões, como já foi colocado aqui pelo Prof. Luciano Godoy.

Mas, no meu modo de ver, a solução para esse problema delicado não me parece que seja procurar limitar ao máximo o controle judicial das questões de Direito da Concorrência pelo Judiciário, porque isso não tem respaldo no que se tem escrito sobre controle dos atos da Administração e também nas decisões que têm sido proferidas tanto pelo Superior Tribunal de Justiça como pelo Supremo Tribunal Federal.

Fiquei pensando como é que se poderia resolver essa questão, e me surgiu a idéia – que, no entanto, não me parece possível de ser implementada, e, portanto, vou apenas expô-la aqui – que é a possibilidade de suprimir do Judiciário o mérito das questões de Direito da Concorrência, criando uma espécie de jurisdição anômala, como tem o Tribunal de Contas da União, cuja decisão, no julgamento das contas dos administradores públicos, é definitiva. Então, nesse caso o Judiciário não pode interferir. Seria, então conferida ao Cade uma competência exclusiva para definir se determinada conduta é ou não anticoncorrencial.

Eu creio que no nosso sistema atual não seria possível isso. Seria necessário criar – e nesse caso seria necessário alterar o texto constitucional – uma outra jurisdição, conferindo competência exclusiva ao Cade, mas sempre em nível de alteração do texto constitucional.

Só que essa solução ainda não me parece viável porque o que se tem dito é que a liberdade de iniciativa constitui direito fundamental da Constituição, e sabemos que pelo nosso sistema ao Judiciário compete decidir sobre direitos fundamentais e zelar pelos princípios e direitos fundamentais. Então, fica esta questão no ar, que a princípio não me parece possível, mesmo com alteração constitucional, mas que, enfim, é uma idéia.

Uma sugestão que me parece adequada é a que já foi até referida aqui e que consta do Relatório sobre Defesa da Concorrência no Brasil da OCDE. Segundo o último *Peer Review*, o Brasil deve ter Varas especializadas para o julgamento de casos relativos ao Direito da Concorrência. E essa é uma proposta que na verdade coincide com uma tendência atual do Judiciário brasileiro, especialmente no âmbito da Justiça Federal, que é a especialização de Varas. E eu lembro aqui, a título de exemplo, que a Justiça Federal tem

criado por todo o Brasil as chamadas Varas especializadas no julgamento de crimes contra o sistema financeiro e de lavagem de dinheiro, exatamente para proporcionar uma especialização de juízes que atuam nessa área e obviamente decisões mais consistentes e com conhecimento de causa – segundo relatos essa Varas têm proporcionado resultados positivos.

Eu creio que essas Varas especializadas são importantes e não dependem, na verdade, sequer de lei para que sejam criadas. Basta que os Tribunais (no caso da Justiça Federal, os Tribunais Regionais Federais; e no caso da Justiça dos Estados os respectivos Tribunais de Justiça) tenham, digamos assim, esse ânimo político, se conscientizem da necessidade de sua criação e implementem essas Varas especializadas em Direito da Concorrência. Basta uma decisão de ordem administrativa do Tribunal para que essas Varas possam ser criadas.

A especialização no âmbito do Judiciário, nessa questão do Direito da Concorrência, não tenho dúvida de que resultará, por um lado num aperfeiçoamento dos juízes para lidar com questões do direito da concorrência, e por outro facilitará – e isso é importante – o diálogo entre os órgãos do Sistema Brasileiro da Concorrência e o Poder Judiciário, porque você sabe com quem o juiz tem de falar sobre Direito da Concorrência. E, por fim, trará aqui uma melhor segurança jurídica no tocante ao adequado tratamento a ser dado por juízes a essas questões delicadas e reconhecidamente com enormes repercussões sociais e econômicas.

Creio que o meu tempo já acabou, e eu agradeço então a atenção de todos e, na parte dos debates, espero que tenhamos a oportunidade de falar mais alguma coisa. Muito obrigado.

## ■ Erik Frederico Gramstrup

Dr. Carlos Magalhães, em primeiro lugar me permita cumprimentá-lo, e na sua pessoa cumprimentar os ilustres membros desta Mesa e também o eminente auditório que nos escuta.

Eu agradeço muito ao Ibrac a oportunidade de estarmos aqui para conversar, eu que tenho sido sempre um estudante amoroso do Direito da Concorrência, assunto que sempre me fascinou, porque tomei contato com ele tanto no exercício da jurisdição como também no exercício da docência. E sempre achei conveniente que a Justiça, em peculiar a Justiça Federal,

mantivesse um diálogo atento não só com os órgãos administrativos de defesa da concorrência e o Ministério Público, mas também com os profissionais do Direito e da Economia especializados nessa matéria, que são no Brasil uma pequena elite e que, portanto, não deve ser tão difícil assim encontrá-los, como estamos fazendo hoje, para manter essa conversação.

Os dois temas que nos ocupam a meu poderiam ser estudados sob o mesmo enfoque. Antecipo a minha opinião de que o enfoque exclusivo da Lei 8.884/1994 não é suficiente para dar cabo das duas problemáticas questões que estão sendo debatidas aqui esta manhã.

Não é possível nos atermos exclusivamente a essa lei de regência do microssistema do antitruste para solucionar um tema tão grave. O enfoque constitucional se mostra, portanto, um enfoque necessário. No entanto, talvez os senhores criem a seguinte expectativa ao me ouvir dizer isso: bom, então ele seguramente falará da inafastabilidade da jurisdição, desse tema clássico de que a lei não pode retirar o conhecimento do Poder Judiciário etc.

Sim, esse assunto será tocado, porque não pode deixar de sê-lo. Mas, quando eu falo em enfoque constitucional, o que eu quero dizer é que, antes de tudo, deve ser levado em consideração o que consta do artigo 7.º da Constituição de 1988, ou seja, o que consta da nossa Constituição econômica.

Não se pode ler a Lei 8.884 sem conjugá-la com a nossa Constituição econômica. Não se pode ler, aliás, nenhum texto de lei ou de regulamento que regule o assunto ordem econômica sem se ater e sem confrontá-lo, interpretá-lo e preencher suas lacunas à luz da principiologia que nós temos no Título VII da Constituição Federal.

E o que nossa Constituição econômica estatui? Eu não tenho dúvida alguma, embora os senhores talvez estranhem o uso desse termo, de que a Constituição Federal de 1988, no âmbito do sistema econômico eleito por ela, nos estatuiu, para bem ou para mal – não estou aqui fazendo juízo de valor – uma ordem econômica do tipo neoliberal. O Estado foi bastante afastado da intervenção econômica direta. Ele só pode fazer isso topicamente, em circunstâncias muito excepcionais e, mesmo assim, com autorização legal ou expressa para fazê-lo. E a ele o que foi reservado, na realidade, foi o exercício de alguns monopólios também muito tópicos – aliás um deles está em discussão agora na Suprema Corte. E além desse exercício muito tópico, setorizado, de dois monopólios especificamente previstos na Constituição, e que não podem ser ampliados pela legislação, ele reservou

ao Estado o quê? Fomento, regulação, repressão ao abuso do poder econômico (matéria que nos interessa de perto hoje) e uma certa intervenção na ordem econômica por meio da prestação do que lhe é próprio (os serviços públicos), por meio da sua execução orçamentária, que nós sabemos, desde o tempo de John Maynard Keynes, acaba tendo extrema influência sobre o andar da carruagem econômica.

Então, ao Estado foi reservado isto. E particularmente no artigo 173 da Constituição, numa dessas formas, aquele mandamento que está hoje aqui em debate de que a lei deverá reprimir o abuso do poder econômico.

Quando se diz a lei, se diz a Lei, e não o órgão X ou o órgão Y. E a lei a que se refere a Constituição é a legislação que implementa a existência e as competências das agências reguladoras, serão as leis complementares que vierem a reorganizar o Sistema Financeiro Nacional e definir as competências do Banco Central do Brasil, são as que disciplinam o exercício das competências do Poder Judiciário, são as que definem as competências do Ministério Público, como também é a Lei 8.884/1994 e as leis que vierem a suplantá-la, a substituí-la, a completá-la, a alterá-la.

Quando a Constituição se refere à lei, nós não podemos fazer aquela interpretação literal, pueril, ingênua de que se está fazendo referência a uma lei.

Quando a Constituição diz a lei, quer dizer a legislação, e a legislação é o conjunto de todas essas coisas, salvo alguma omissão de minha parte por lapso de memória.

Então, nós temos aí em jogo tudo: o Judiciário, o Ministério Público, o Cade, as agências reguladoras, o Banco Central e quem mais a lei vier a dizer que é competente para a tutela desses direitos.

É claro que numa ordem econômica neoliberal o bom funcionamento das estruturas de livre mercado se torna um interesse difuso. Por que um interesse difuso? É uma questão elementar. Por que a Lei 8.884 diz que é? Aliás, ela inicia assim, dizendo que os interesses protegidos por essa lei são interesse titularizados da coletividade.

Quando a Lei 8.884 fez isso, o fez num momento de modismo, como alguns comentaristas iniciais dela ousaram afirmar? Eu creio que não. Creio que a Lei 8.884 estava apenas reafirmando algo que é decorrência de nossa Constituição econômica.



Numa ordem econômica neoliberal, o bom funcionamento do livre mercado é um interesse de toda a sociedade. E é exatamente pelo fato de se tratar de um interesse difuso, de um interesse de toda a sociedade, que há uma multiplicidade de órgãos e instâncias estatais encarregadas da tutela desse interesse difuso. Seria muito estranho, em matéria de concorrência, ironicamente quereremos conferir o monopólio da verdade a alguém. Seria uma grande ironia, e não deixaria de ser um paradoxo.

Mas eu gostaria que os senhores entendessem bem o que quero dizer. A minha colocação aqui de maneira alguma é radical ou agressiva. Não se trata disso. Eu estava apenas estabelecendo alguns pressupostos, pois até por temperamento sou um amigo da moderação, das soluções intermediárias, negociadas, enfim, das soluções de meio-tom.

Dentro desses pressupostos, e dentro do pressuposto da inafastabilidade da jurisdição, nós temos então essa multiplicidade de órgãos e agentes envolvidos na aplicação da legislação de defesa da concorrência. Esse órgão não é um só; são vários, mesmo no âmbito da Administração Pública.

Os senhores vejam que eu insinuei aqui vários assuntos provocativos. Está por se resolver ainda a questão de competência entre Cade e agências, na maioria dos casos. Está por se resolver, na minha opinião, pois no momento atual está muito mal resolvida a questão da competência Cade *versus* Banco Central.

Então, se colocarmos ainda nesta panela a questão do Ministério Público e do Judiciário, a situação se torna ainda mais complicada, e temos que ter todo o cuidado ao nos aproximar dela.

Dentro desses pressupostos que eu mencionei – trata-se de um direito difuso; estamos num sistema em que há inafastabilidade da jurisdição; o artigo 173, § 4.º, da Constituição não confere monopólio a ninguém – e não pode conferir, porque de direito difuso se trata –, o que nós temos, então, na Constituição que refrearia uma atuação do Judiciário? Quase nada que diga respeito a essa matéria. O que a Constituição diz é que, havendo deliberação da assim chamada Justiça Desportiva, o Judiciário deve aguardar essa manifestação, se ela for feita em um prazo razoável.

E, afora o que está expresso na Constituição, nós toleramos a exclusão do Judiciário nas hipóteses em que se instaura a arbitragem. Mas por que se tolera isto? Porque as partes livremente escolheram esse caminho. E assim como as partes podem livremente deixar de vir ao Judiciário, elas podem também escolher o caminho da jurisdição privada. São esses os fundamentos

que o Supremo Tribunal Federal acolheu, e me parece que são fundamentos muito razoáveis ao dizer da constitucionalidade da Lei da Arbitragem. Com exceção desses casos, nenhum se exclui – nem mesmo o primeiro que eu citei, porque se trata apenas de “aguardar” e não de “excluir”. De qualquer forma, nenhum exclui a apreciação jurisdicional.

No entanto, quanto à primeira questão: pode antecipar-se o Poder Judiciário? E, respondendo à provocação do Dr. Laércio: “Pode o juiz aplicar multa de trânsito?” Evidentemente que não. Mas nós temos que tomar cuidado em Direito, porque às vezes a questão está não em colocar bem as respostas, mas em colocar bem as perguntas. Não se trata em absoluto disso. Não se trata de aplicar multas de trânsito.

Ao Judiciário compete conhecer sempre da existência de atos ilícitos. Lembremos que, como se trata de interesses difusos, a repressão se dá no âmbito civil, administrativo e penal. Então, os interesses difusos são interesses tão delicados, e têm tal primazia dentro do ordenamento jurídico, que a sua proteção é ampla: é uma proteção que envolve sempre todos esses âmbitos que eu mencionei, que envolve responsabilidade objetiva, solidariedade, que no ordenamento jurídico é uma questão tratada com toda a delicadeza e cheia de dedos, porque se sabe que se trata de bens cuja lesão é sempre de difícil reparação.

Pois bem, antes que eu acabe me perdendo ao longo de todas essas considerações, o Judiciário tem um papel aqui? Sem dúvida que tem. Tem um papel nas ações coletivas de defesa dos interesses difusos. Tem um papel não só na execução das decisões do Cade, mas também dos atos, dos “guichês” da concorrência, enfim, dos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, que é a forma que eu considero a mais adequada de se referir a eles. Essa palavra “guichê” é uma palavra horrorosa. Nós deveríamos bani-la do nosso vocabulário. Mas, enfim, dos órgãos do Sistema Brasileiro Administrativo da Defesa da Concorrência, porque esse sistema é completado pela tutela judicial e pela atuação do Ministério Público.

Pois bem, voltando à questão do Dr. Laércio: então ao Judiciário cabe aplicar multa de trânsito? Evidentemente que não. O Judiciário não deve mesmo antecipar-se ao Cade para que houve infração e que vai, portanto, aplicar a pena de recomendação de licença compulsória de patente, ou a pena de publicação às expensas do ofendido, ou a pena de multa calculada sobre o faturamento do infrator.

Isso realmente ele não deve fazer, e a Dra. Ada Pellegrini brilhantemente antecipou-se ao problema dizendo que a falta de interesse de agir funcionaria aqui como um filtro poderoso para evitar que uma manifestação tão inconveniente ocorresse, embora ela não exclua – e eu acho que essa ressalva é cautelosa – que nunca possa ocorrer. Eu assumo a mesma cautela, mas digo que ordinariamente não pode ocorrer.

No entanto, outra coisa bem diferente é se algum interessado vem ao Judiciário alegando a existência de um ato ilícito e pede que o Judiciário arbitre indenização ou imponha uma obrigação de fazer ou não fazer. Isso o Judiciário pode fazer antes, durante ou depois, porque é sua missão constitucional fazê-lo em qualquer âmbito jurídico. Só lhe é imposta uma espera naquele caso em que a Constituição se refere à assim chamada Justiça Desportiva. Nos demais casos, não é que ele pode, ele tem a obrigação constitucional, o múnus constitucional de fazê-lo.

Mas aqui nós estamos numa situação bem diferente, que seria o Judiciário antecipar-se ao Cade e exercer a sua competência administrativa. Como eu disse, o âmbito de defesa desses interesses difusos é amplo, e comporta mais de uma solução, mais de um caminho. Portanto, a resposta a essa pergunta é: não se trata de aplicar multa de trânsito, porque o Judiciário realmente não pode fazê-lo, mas é que ele faz muitas outras coisas afora esta, que ele não pode, aliás, fazer.

Arbitrar indenizações, impor obrigações de fazer ou não fazer, a mim me parece tranqüilo que ele possa fazê-lo em qualquer momento.

A questão é que a própria Lei 8.884 diz que, nesses casos, o Cade deve ser intimado a participar do processo. E dá uma solução pífia, dizendo: querendo, ele pode vir como assistente.

Essa figura processual da assistência na maior parte das vezes não justifica a intervenção do Cade, porque o Cade quer intervir ali não para assessorar o autor ou o réu, mas quer interferir para que a legislação de concorrência seja corretamente aplicada. De uma maneira muito parecida como o Ministério Público faz quando intervém como *custos legis*. Então, esta solução não está bem equacionada. Eu espero que agora, já que estamos falando de reforma da legislação de concorrência, da criação de uma grande agência, e o Cade dentro dela como um tribunal, essa questão seja objeto de maior atenção, porque nem sempre ele terá esse interesse de figurar como assistente de uma das partes. Muitas vezes ele quer figurar como interventor imparcial, e não há uma figura, em nossa legislação processual,

que assegure esse tipo de intervenção, que é uma lacuna lastimável no nosso direito processual, e particularmente no subsistema processual de aplicação da legislação antitruste.

No entanto, quanto à segunda questão, não há dúvida nenhuma de que o Cade – e não só o Cade, mas também a SDE e o conselheiro-relator, em algumas situações – exercem competências que poderiam se definir no âmbito da discricionariedade e até mesmo da famigerada discricionariedade técnica. Os exemplos são inúmeros: na oportunidade ou não de se adotar uma medida preventiva e seu conteúdo específico, há discricionariedade, há exercício de competência discricionária; na definição de mercado relevante de bens ou serviços, que é um pressuposto de mérito importantíssimo do processo administrativo, não há dúvida nenhuma que há uma discricionariedade grande atribuída pela própria legislação ao Cade; na alteração do percentual (aqueles famosos 20%, resultado de alguma fórmula de alquimia do legislador) para segmentos específicos da economia. Na minha modesta opinião, o Cade aqui está vinculado apenas quanto à forma do ato, e no meu modo de entender ele deve alterar sempre esse percentual por resolução, mas não quanto à oportunidade ou ao conteúdo, se vai ser 30, se vai ser 50 ou 75, isso é também objeto de competência discricionária dele; na aplicação em geral da regra da razão, não há dúvida nenhuma; na oportunidade, justamente tomando-se em consideração a regra da razão de se aplicar ou não uma das sanções previstas na Lei 8.884 e em que medida, em que dosimetria, também aqui há exercício de competência discricionária; na aprovação ou aprovação sob condições de atos de concentração; na consideração – e aqui os senhores vão estranhar o que estou dizendo, certamente – ou não dos efeitos que ele deve atribuir aos acordos de leniência. Esse assunto ainda está por se resolver porque o instituto da leniência no Brasil ainda é mico-leão-dourado, ou seja, quando vemos algum caso, temos vontade de fotografar de tão raro, mas talvez porque a lei tenha sido excessivamente rigorosa. Ela foi tão desejosa de se cercar de todas as limitações e garantias, que acabou quase que eliminando a possibilidade prática da leniência, tantos e tão rigorosos são os requisitos que impõe. Mas me parece que – e aqui estou divergindo provavelmente do que a maioria dos senhores pensa – na apreciação dos efeitos atribuídos ele tem também uma margem de discricionariedade (lamentavelmente meu tempo é pequeno e eu não posso detalhar mais essa questão; em outra ocasião detalharei meu pensamento). Na aferição dos termos que devem constar de compromisso de cessação, na aferição dos termos que devem constar de compromisso de desempenho,

enfim, há inúmeros e bons exemplos de exercício de competência discricionária por parte dos órgãos administrativos de defesa da concorrência. E se eu concordo inteiramente com a brilhante colocação de meu predecessor no sentido de que, mesmo nesses casos de competência discricionária, há uma possibilidade de controle judicial, as pessoas que já me ouviram já estão acostumadas a ouvir a minha cantilena, sempre digo isso aos meus colegas de magistratura: nós devemos ser cautelosos, devemos ser cheios de dedos e ter muito cuidado antes de conferir uma liminar. Por quê? Sem dúvida nenhuma que aqui há discricionariedade técnica e há sempre aquele contra-argumento de que o juiz pode se valer do perito. Sim, mas no exame de uma liminar *inaudita altera pars* freqüentemente ele não tem esse auxílio. Daí que a sua atitude deva ser uma atitude de *self restraint* uma atitude de contenção, de cautela, de imenso cuidado nessas ocasiões. Mas que há possibilidade em tese do controle judicial há.

Qual seria o principal vetor desse controle? Os famosos critérios de proporcionalidade e razoabilidade da medida, que se traduzem, como os senhores sabem, naqueles critérios de necessidade, de adequação, de proporcionalidade em sentido estrito. Sem dúvida nenhuma – e aqui eu reitero tudo o que meu predecessor disse –, tudo isso está complicado pela falta ou parcial falta de legitimação social, porque o Judiciário carece de especialização, está envolvido com o problema da morosidade – quisera eu ter as estatísticas que a Dra. Elizabeth apresentou aqui: uma única Vara federal é capaz de triplicar ou quadruplicar essas estatísticas, infelizmente não de feitos resolvidos, mas as outras. E há também um problema de legitimação social derivado desses inúmeros casos escandalosos, de corrupção e de desvio da função jurisdicional ou até mesmo administrativa, exercida dentro do âmbito da Administração, que têm com muita razão chocado a sociedade e retirado uma parte da legitimação social do Poder Judiciário. Mas esses problemas são todo de ordem metajurídica; eles não afastam a possibilidade do controle em tese.

O que fazer, então? Criar várias especializadas, como foi sugerido aqui? Penso que sim. Mas seria impossível, pois a nossa estrutura atual não permite a criação de Varas especializadas em direito da concorrência, porque nós temos muitas outras demandas: Varas especializadas em direito ambiental, Varas especializadas em crime de lavagem... Haverá um momento em que não sobrarão nem juízes nem servidores para tanta especialização. Então, eu faria aqui uma contraproposta: Varas especializadas em direito econômico, ou seja, especializadas nas formas de intervenção do

Estado na economia que eu mencionei; especializadas naquelas questões de regulação, fomento, concorrência etc. Isso talvez não fosse a solução mais desejável de imediato, mas seria a solução mais factível, devido aos problemas estruturais e de orçamento, enquanto nós quisermos superar as famosas metas de superávit primário. E esbarraremos certamente na resistência do Executivo se formos muito longe na criação de órgãos novos e novas especializações, demandando mais servidores, mais custos, os limites da Lei de Responsabilidade Fiscal etc.

Quanto a aproximar o Judiciário da cultura do direito da concorrência não tenham dúvida de que eu sou um dos paladinos dessa idéia, um dos seus defensores. Alegro-me com a iniciativa de meu colega, Luciano Godoy, da Ajufe, nesse sentido, e pretendo secundar essa iniciativa no âmbito da Região, no âmbito da Escola de Magistrados, onde coordeno o Departamento de Economia. Pretendo realizar eventos e cursos que aproximem meus colegas dessa realidade especializada do direito da concorrência, porque esse sem dúvida será um fator de distensão bastante grande nessa matéria.

Criar foros privilegiados? Sim, isso vai demandar uma alteração constitucional, mas talvez seja desejável, porque as decisões em direito da concorrência requerem decisão em tempo econômico. Mas apenas criar foros privilegiados não será suficiente. Nós teremos de criar também o processo civil em tempo econômico, ou seja, aquele modelo dos Juizados plenamente informatizados, de virtualização dos processos, vai ter que ser inevitavelmente levado à Justiça, porque hoje o problema da Justiça não é tanto o tempo de decisão do juiz, mas o tempo morto de autos em cartório, o tempo morto de autos em mãos de pessoas que são tão lentas que não acompanham sequer a lentidão do Judiciário. Isso acontece hoje, por exemplo, com os órgãos de advocacia pública. Retiram autos e ficam 1, 2, 3 anos com autos com pedido de vista. Às vezes o Judiciário não chega a demorar tanto quanto alguns órgãos da Advocacia Pública para se manifestar. Não vai aqui nenhuma crítica. Eles demoram na verdade porque têm o mesmo problema do Judiciário: falta de estrutura, de pessoal, de assessoria, de assinatura de revistas especializadas e de orçamento. Há carência de todas as ordens, e essa carência não é culpa pessoal deles; o sistema infelizmente é assim: é subdimensionado para a solução de problemas jurídicos. Mas a virtualização dos processos sem dúvida em toda a Justiça, não apenas nos Juizados Especiais Federais, será um fato que reduzirá esse problema da decisão em tempo econômico, talvez assim como a adoção de foros privilegiados. Mas as duas soluções teriam que vir

juntas. Uma só delas isoladamente talvez não fosse suficiente para dar cabo deste problema.

Enfim, a consideração da nossa ordem constitucional econômica, a consideração de que aqui estamos não diante da tutela de interesses individuais exclusivamente, mas sobretudo de interesses difusos, mostra que o Ministério Público e o Poder Judiciário têm sim um papel importante nessas questões. E esse papel pode, em algumas situações, até preceder, mas nunca surrupiar a competência administrativa do Cade de reconhecer infrações contra a ordem econômica e pode também levar a um controle sim, até mesmo sob o âmbito discricionário, que não é pequeno, dessa competência à luz dos princípios de razoabilidade e de proporcionalidade, por exigência do assim chamado devido processo legal substantivo. Porém, não há dúvida nenhuma de que o sistema todo demanda uma grande reforma para que o Judiciário possa dar respostas mais rápidas, tecnicamente mais competentes, menos derivadas de um contato, às vezes abrupto, inicial com essa matéria, e não há dúvida nenhuma de que a oportunidade que nós temos aqui de debater estas questões é um dos caminhos. A conversa e o diálogo franco e aberto entre todos é um dos caminhos para atenuar os graves problemas práticos que estão envolvidos nesta questão. Muito obrigado pela muito amável atenção.

### ■ Ricardo Cueva

Bom dia a todos. Na pessoa dos Doutores Magalhães e Laércio, eu quero cumprimentar todos os integrantes da Mesa e os participantes deste seminário, agradecer ao Ibrac pelo honroso convite de fazer parte de uma discussão tão relevante para o Cade e cumprimentá-los pela iniciativa de trazer a esse *forum* de discussão do direito da concorrência um tema tão importante para o dia-a-dia de todos os profissionais de direito. Acho que não é exagero dizer que – eu, pelo menos – raras vezes tive a chance de participar seja na Mesa seja como ouvinte de um debate onde tenham sido discutidas questões tão relevantes e com pontos de vista tão bem defendidos por todos os palestrantes.

No ano passado eu tive a oportunidade de, na Costa do Sauípe, utilizar a expressão “judicialização” do processo no Cade em um outro

contexto. Eu me referia ao artigo 5.º da Constituição, que eu exigi que os processos administrativos passassem a aplicar ao devido processo legal em sentido formal e material, o que, de alguma maneira, tornou esses processos administrativos parajudiciais, quer dizer, parametrizou os processos administrativos pelos critérios adotados no processo judicial. E defendi então naquela ocasião que o Cade só teria a ganhar com a aplicação cada vez mais intensa do direito administrativo sancionador, ou seja, com a aplicação da lei do processo administrativo, integrando-a aos procedimentos que são usualmente usados no Cade nas infrações à ordem econômica.

Naquela ocasião falei um pouco também sobre discricionariedade, e hoje, embora reconheça que os temas aqui discutidos são fantásticos – percebe-se claramente o interesse de todos aqui de levantar questões, de debater – eu prometo ser breve. Além disso, embora reconheça que o tema discricionariedade técnica tenha maior pertinência na discussão dos atos de concentração, como bem lembrado pelo Dr. Elaeres, eu procurei abordar o outro lado da discricionariedade, que é o padrão de prova que o sistema usa na discussão dos acordos horizontais, dentro das hipótese de colusão. Eu preparei uma apresentação que é um pouco extensa e eu vou resumi-la bastante, já que temos muito pouco tempo para debate.

Eu basicamente parti do óbvio: os acordos horizontais podem ser provados, é claro, por prova direta, seja por meio de depoimentos testemunhais, seja por documentos. Isso tem acontecido em alguns casos clamorosos graças à ação eficaz da SDE – A Dra. Barbara que o diga –, participando de várias buscas e apreensões, mas até mesmo em razão disso, ou seja, da efetividade crescente do sistema, é provável – e já se vê isso – que no futuro tenhamos que nos valer cada vez mais de provas indiciárias, exclusivamente.

Esse é um tema bastante espinhoso, como já se revelou no debate americano entre os Professores Donald Turner e Richard Posner, na medida em que oligopólios não são ilícitos *per se*; eles estão sujeitos a várias circunstâncias. É possível haver um paralelismo consciente sem que haja um ilícito.

Qual é o ponto em que a autoridade antitruste pode determinar que houve ou não ilícito? A minha intenção original, portanto, era discorrer sobre como a prova indiciária é usada na União Européia, nos Estados Unidos, e um pouco no Brasil, falando também um pouco das perspectivas que o Cade



está trazendo para tentar parametrizar um pouco mais a prova indiciária, sobretudo a chamada prova econômica.

Na União Européia, A Corte Européia de Justiça limita o uso da prova indiciária de comportamento uniforme aos casos em que esse comportamento “conduza a condições de concorrência que, em vista do tipo de produto, da importância do número de empresas, bem como do tamanho do mercado relevante, não correspondem a circunstâncias normais de mercado”. Fica claro com isso que o mero comportamento paralelo somente é um indício válido de colusão quando esse comportamento não corresponda às condições normais de mercado e quando também não se deixa explicar plausivelmente pelas características específicas daquele mercado que está sendo analisado.

Nesses casos, exige-se, na União Européia, que a empresa apresente uma contraprova de que seu comportamento pode ser explicado de uma outra forma que não a colusão. Se os indícios forem tão fortes que, de acordo com o livre convencimento da autoridade antitruste ou do Judiciário, torne impossível excluir a colusão, o comportamento paralelo é então valorado em conjunto com outros indícios, como: aumento de preços, quando eles foram aumentados e a sistemática de duração no tempo do comportamento paralelo.

Esses indícios naturalmente comportam várias possibilidades: conversas telefônicas, qualquer tipo de comunicação entre agentes e, é claro, na União Européia faz-se muito importante também a análise do mercado, ou seja, o número e o tamanho dos concorrentes, a heterogeneidade das estruturas de custo, o grau de transparência das informações disponíveis, se os produtos são ou não substituíveis etc.

Do mesmo modo ocorre nos Estados Unidos, com diferenças importantes quanto à matriz legal de cada um, já que na União Européia existe um tratamento diferente dessa questão no artigo 81 do Tratado, e nos Estados Unidos o *Sherman Act* dá uma outra definição do que seja comportamento punível. Fala-se nos *plus factors*, e então existe aquela relação de *plus factors* que são normalmente considerados: se existe um motivo racional para as empresas agirem coletivamente, se as ações contrárias ao interesse do indiciado foram tomadas e não possam ser explicadas a não ser como parte de um plano coletivo, fenômenos de mercado que

não podem ser explicados racionalmente, exceto como produto da ação concertada, e por aí vai.

No Brasil nós temos nos valido muito dessa doutrina americana em razão sobretudo da adoção pela nossa lei de tipos abertos, que exigem uma análise mais acurada para se entender aquela conduta.

Para resumir muito e para concluir rapidamente, deixando tempo para o debate, eu acho que nosso maior desafio hoje, e que será enfrentado brevemente pelo Conselho, é criar uma maneira de analisar mais concretamente a chamada “prova econômica”, ou seja, a prova produzida com base em estudos econométricos ou modelagem.

Nós já começamos a minutar uma resolução que procura garantir três coisas: a transparência desses dados, ou seja, esses dados têm que ser fornecidos na sua inteireza, com o banco de dados, com o *software* usado, com os critérios utilizados; a tempestividade da apresentação desses estudos (eles não deveriam ser apresentados como sempre como memoriais, na última hora, na véspera do julgamento ou no dia do julgamento, como sói acontecer, sem qualquer alusão ao Dr. Magalhães, absolutamente); e a reprodutibilidade desses dados.

Então, se nós conseguirmos fazer isso, acho que será uma evolução institucional muito grande, pois criaremos parâmetros para avaliação da talvez mais importante das provas indiciárias no Cade, que é a chamada prova econômica. Ou seja, nós teremos alguns elementos concretos para balizar essa prova e para analisá-la de uma maneira muito mais eficaz do que ocorre hoje.

Então, são essas as breves considerações que eu queria fazer. Espero que o debate seja bom.

## DEBATE

**Carlos Magalhães:** Então, voltando aqui para frente, eu pediria a todos a exposição da pergunta em no máximo 1 minuto. E que depois as respostas, pelos debatedores a quem forem dirigidas, se restrinjam a 3 minutos, se possível for, de preferência até menos, porque nós poderíamos aqui ter pelo menos umas 100 perguntas. Vamos ter que escolher umas 10, o que será muito difícil. Então vamos, Dr. Prado.

**Luiz Prado:** Uma pergunta, mas na qual está implícito um comentário também: a questão é a discussão sobre a discricionariedade técnica e a opinião técnica, isto é, um perito em Economia. Eu gostaria de expressar meu ceticismo quanto à capacidade prática de um perito em Economia ser efetivamente útil. No meu entendimento, uma opinião técnica na área de Economia implica uma interpretação sobre questões de fato, uma escolha teórico-doutrinária e, por fim, uma valoração subjetiva dessas questões, isto é, nós em Economia brincamos um pouquinho que se juntarmos aleatoriamente três economistas, haverá pelo menos duas posições e uma dissidência. A Economia é o único campo do conhecimento que conseguiu outorgar o prêmio Nobel ao mesmo tempo para duas pessoas que pensam radicalmente diferente, que dizem coisas opostas, como Myrdal e Friedman (Gunnar Myrdal 1974; Milton Friedman 1976). É mais ou menos como dar o prêmio Nobel a Darwin e Lamarck. Nesse sentido, a única possibilidade de usar, a meu juízo, de maneira eficiente essa questão seria realmente com a especialização, porque, no caso, haveria um grupo de juízes especialistas que trabalhariam em direito econômico e, portanto, a partir de sua própria reflexão poderiam tomar decisões sobre questões de natureza econômica. Mas, realmente, o perito eu suponho que tem uma utilidade bastante restrita.

**Carlos Magalhães:** Dr. Prado, sendo um economista, realmente esposar esse ponto de vista, porque pensaríamos justamente o contrário. Mas a sua franqueza e sinceridade... Mas eu gostaria de colocar na Mesa quem gostaria de fazer um comentário a respeito. Se ninguém quiser, eu gostaria de fazer.

Eu gosto muito de um título que deram a um livro há muito tempo, no tempo da ditadura, *Democracia é possível*, do Manoel Ferreira, que era o vice-governador de São Paulo. Então para tudo eu uso o “possível”. Então, não é que vamos conseguir termos exatos. Eu conheci a Economia agora,

quando entrei na matéria, uns 30 anos atrás, e não sabia que era tão relativa, até mais do que o Direito. Pensava que era uma matéria bem mais exata, e tudo o mais, que chegasse a conclusões etc., quando o que nós verificamos é toda essa futurologia, tudo isso que existe e tal. Mas, de qualquer forma, vejam que se trata daquilo “possível”; não pretendemos ser infalíveis, nem exatos, nada disso – mas que os subsídios sejam trazidos pela Economia, pois são fundamentais para o juiz, um leigo na matéria da Economia, do empresariado, da microeconomia, especialmente, aplicar sua decisão. Eu acho fundamental. Quero discordar assim categoricamente. Eu acho que talvez um corpo de economistas juntamente com juristas etc., ou uma firma, e não apenas um perito, eu acho que, se possível, pelo processo civil, isso resolveria. Então, esse é o meu ponto de vista, como único que se dispôs a falar sobre a questão, e eu acho que, se ninguém discordou, seria uma afirmação pelo menos tácita aqui da Mesa. Então, vamos ao seguinte.

**Carlos Magalhães:** Pois é.

**Artur Barrioneuvo (ex-Conselheiro do Cade e economista):** Bom, a minha pergunta vai para o Dr. Cueva. Mas antes, eu gostaria de comentar algo que foi afirmado pelo Dr. Magalhães, sobre aumentar o mercado para economistas. Eu vou falar a favor da restrição como economista. Eu confesso que fiquei muito preocupado com essa idéia de provas indiciárias econômicas por dois motivos: primeiro, eu acho que foi bem colocado pelo Dr. Prado, ou seja, em Economia eu não considero que exista um relativismo tão grande ou absoluto, quer dizer, existem formas de resolução de conflitos que são consideradas válidas pela ciência econômica, mas existe muito espaço para controvérsia. Em geral, quando se trabalha com conluio tácito, tanto as provas que são empíricas, econométricas, quanto os modelos econômicos permitem, em geral – ainda mais esse modelo da Teoria dos Jogos – mais de uma interpretação sobre o mesmo tipo de prática; e segundo ponto: eu acho que o Estado brasileiro tem uma tradição de intervenção que muitas vezes atrapalha a livre-iniciativa, e eu acho que nós devemos nos preocupar com isso, senão daqui a pouco competir vai se tornar uma obrigação, quando o Cade tem o dever de *reprimir as infrações* à ordem econômica, e não de *obrigar as empresas a competir*. Então, já que já está havendo uma discussão, e se pretende colocar em consulta pública essa idéia, se pudessem já nos adiantar quais são alguns dos princípios que pretendem nortear essa questão de que somente as provas indiciárias vão ser suficientes para tomar a decisão, eu acho que seria interessante até para avançar nesse tipo de debate. Obrigado.

**Ricardo Cueva:** Na verdade, eu fui muito sucinto, então acho que eu não me fiz entender bem. Na verdade, em Direito – eu me permito aqui fazer uma digressão um pouco mais longa –, existem dois tipos de prova (e no mundo inteiro é assim): a prova direta (que é o testemunho, o documento); e a prova indireta, que é aquela definida no artigo 239 do Código de Processo Penal, e que é usada tanto no processo penal como no processo administrativo, como aceita o Supremo Tribunal Federal. Isso é pacífico; usa-se no mundo inteiro: na Alemanha, nos Estados Unidos etc. Não há dúvida. Prova indiciária é aquela que permite *por indução* chegar a um ponto por outros pontos. Indução, como sabemos, é aquele método que permite, por meio da observação de um dado empírico, extrapolar esse dado no sentido de que ele é reprodutível ou de que ele vai se repetir. É, por exemplo, o que nós fazemos todos os dias. Porque o sol nasce todos os dias, eu suponho, eu posso supor, que amanhã ele vai nascer de novo. É claro que a indução pode dar margem a erros. E um exemplo citado em doutrina, eu acho que por Nelson Hungria, salvo engano, é um filme do Chaplin. Todo mundo deve ter visto, eu acho que é em “Luzes na cidade”, ele está num caminhão de obras carregando uma pequena bandeirola, aí ele cai do caminhão e subitamente, por acaso... – “Tempos modernos”, me corrigiu o Conselheiro Prado –, ele se vê à frente de uma manifestação, de uma passeata. A polícia vai atrás dele e como líder da passeata ele leva cacetadas e é punido. É claro que isso é uma comédia de erros, mas ilustra bem o tipo de erro que a indução pode ocasionar, quer dizer, partindo da premissa de que ele carrega uma bandeirola na frente de uma passeata, conclui-se que ele é o líder da passeata, que é um revolucionário perigoso e deve ser punido. Para evitar esse tipo de erro, é preciso balizar um pouco que tipo de indício é usado. No Brasil usa-se a doutrina do *plus factor*, temos usado isso no Cade – eu acho inclusive que a Dra. Barbara hoje vai fazer uma belíssima exposição sobre o tipo de prova e tal em detalhes, não sei. Mas, enfim, os *plus factors* são fatores que de alguma maneira balizam o uso dessa prova indiciária, o uso desse indício para chegar a uma inferência de que há um comportamento uniforme. Os indiciados no processo tendem naturalmente a apresentar vários estudos econômicos que tentam, de alguma maneira, fazer a contraprova daquilo que consta do processo. E é disso que vai tratar essa resolução que está minutada, ou seja, vai procurar garantir três pilares: tempestividade da apresentação (embora isso, como lembrou o Dr. Magalhães, seja uma questão controvertida, pois no processo punitivo em princípio é possível apresentar uma prova até o último instante); a transparência desses dados; e a reprodutibilidade desses dados. Então, eu vejo isso como um avanço institucional, e até como uma proteção do direito de as partes apresentarem as provas que bem entenderem, mas dentro de uma

consistência que permita ao Cade avaliar aquele caráter de contraprova, ou seja, é uma proteção ao administrado, não é absolutamente a imposição de nenhuma obrigação a ele, mas um parâmetro que vai permitir que se avalie a contraprova de maneira muito mais clara. Não sei se respondi à pergunta.

**Carlos Magalhães:** Aditaria também a responsabilização também dos peritos. Então, continuando, Dra. Elizabeth Farina, por favor.

**Elizabeth Farina:** Há tantos juristas aqui que eu preciso aproveitar o momento. Eu acho extremamente importante a atuação do Judiciário, porque na verdade o que se quer é: 1.º) chegar a uma reputação da aplicação da defesa da concorrência, seguindo os preceitos constitucionais, fazendo valer o que ali está; e 2.º) dar aos administrados, aos empresários, um conjunto de incentivos tal, que sejam levados voluntariamente a não agredir a Constituição e a lei. O preferível é que não tenhamos que atuar. Mas como é que se constrói um conjunto de incentivos? Não é que eu queira diminuir o trabalho dos advogados, mas o ideal seria isso. Isso seria a plenitude do resultado da aplicação. No entanto, eu acho – talvez porque seja economista e esteja há pouco tempo nessa seara – difícil construir um conjunto de incentivos quando, num processo que corre no Cade, se possa ter nove incidentes processuais e suspender o julgamento por dois anos – o julgamento, ressalto, e não discutir a decisão etc. Então, eu não sei como resolver isso porque não é a minha seara, mas eu me senti à vontade para fazer essa colocação aos senhores, já que vi uma disposição não só de pensar o problema, mas de buscar soluções. Então, eu acho que isso é um problema: suspender decisões, ou melhor, o julgamento, por um período muito longo, com vários incidentes processuais, acho que é um problema que dificulta criar incentivos do uso das instituições, sem querer tirar o direito de ninguém fazer valer os seus direitos. Então, eu queria ouvir um pouco as pessoas da Mesa.

**Carlos Magalhães:** Dr. Erik, a autoridade mais autorizada realmente a falar pelo Judiciário, e o Dr. Luciano também.

**Erik Gramstrup:** Na verdade, Dr. Magalhães, Dra. Elizabeth, eu queria me solidarizar com a Dra. Elizabeth, porque esse problema que a senhora põe é sentido dentro do próprio Judiciário. Hoje, o nosso sistema processual é um cipoal tão complexo, que os próprios órgãos judiciários também têm a sua atuação, no sentido que a senhora destacou, “atrapalhada” pela quantidade de incidentes, que nós alegoricamente na Justiça Federal chamamos de “filhotes”. Então, os processos geram tantos filhotes que há um determinado momento em que essa cria até morre de inanição por falta de meios. Na realidade isso ocorre também com os órgãos iniciais de jurisdição, onde a todo momento há

interferências das jurisdições superiores em suas atividades e que provocam uma espécie de colapso de todo o sistema. Daí que talvez fizesse realmente sentido a idéia de se especializar numa instância superior o exame disso e de se especializar o máximo possível também o magistrado, porque temos que levar em consideração uma coisa: o Cade decide em instância única, o que não é comum no processo administrativo brasileiro. Então, como as partes não têm o duplo grau, elas realmente teriam que ter pelo menos uma outra chance. Mas, como a senhora bem disse, sem que essa chance acabasse se convertendo num fator de colapso de todo o sistema. A minha posição, portanto, é de solidariedade, porque esse problema também ocorre conosco; nós também somos vítimas dele.

**Carlos Magalhães:** Por favor, Dra. Ada.

**Ada Pellegrini Grinover:** Bom, eu entendo que o Cade deveria trabalhar em duas frentes separadas: uma é a atuação punitiva, que vem desenvolvendo; e outra a atuação preventiva. E a vertente preventiva é sempre mais importante do que a vertente punitiva. Então, acho que ações separadas nessas duas vertentes poderiam levar a um melhor adimplemento da lei material e a menos infrações. Mas também acho que o Cade em instância única é um problema muito sério, porque não pode haver nenhuma determinação autoritativa do Estado que não seja submetida a uma revisão. E se essa revisão não existe internamente, é evidente que há uma procura muito maior pelo Poder Judiciário. Eu não sei se há outras instâncias administrativas únicas além do Cade, mas normalmente, nos processos administrativos, há um primeiro grau e um segundo grau. Então, eu acho que também a conseqüência de muitos recursos ao Poder Judiciário é derivada dessa instância única do Cade.

**Carlos Magalhães:** Também o Dr. Luciano gostaria de se manifestar, e eu peço novamente a brevidade, para que possamos respeitar o 1 minuto para resposta, por favor. E para que possamos atender os demais, pois há diversas pessoas inscritas para fazer perguntas.

**Laércio Farina:** O Dr. Luciano pediu para se manifestar ao final. É interessante isso, até para avivar um pouco a curiosidade dos senhores. Surgiram dois temas aqui, para os senhores notarem a riqueza de temas. O Dr. Erik levantou um tema até muito interessante, que é a questão da participação – ao meu ver até o equívoco legal de prever a participação do Cade como assistente num processo judicial, porque como pode um órgão julgador, que se pressupõe isento, antes de sua decisão, ir assistir uma das partes no processo judicial (porque o assistente só pode ser assistente do autor ou do réu), isto é,

assumir uma posição antes de proferir uma decisão plenária. Vejam só como o tema é rico! Além desse, realmente, há essa última questão, também abordada pela Profa. Ada, que ilustra o quanto nós temos aqui de temas para discussão. Dr. Gabriel, apesar de o senhor ter roubado o microfone sem autorização, como ninguém se inscreveu, a palavra é sua. Por gentileza.

**Gabriel:** Obrigado.

**Ada Pellegrini Grinover:** Eu posso fazer uma pequena observação?

**Laércio Farina:** Dr. Gabriel, sente-se por favor.

**Ada Pellegrini Grinover:** Eu queria só fazer uma pequena observação a respeito da assistência. Acho que o Cade não pode ser assistente, até porque demonstraria uma perda de imparcialidade. Mas deveria intervir como *amicus curiae*, que é uma figura já adotada em nossa legislação em relação ao controle da constitucionalidade – sem esse nome –, mas que nós colocamos inclusive no anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos e que me parece servir muito melhor à figura do Cade como interveniente num processo judicial.

**Ricardo Cueva:** Eu posso falar só um minutinho? Eu queria tratar de uma questão que o Dr. Luciano Godoy abordou, que é a questão da concomitância de um ilícito administrativo e de um crime. Embora eu concorde com a Profa. Ada que não há como o ordenamento suspender um processo até que a autoridade decida se aquilo é um ilícito administrativo, na prática isso tem ocorrido na área tributária, onde os Tribunais Regionais Federais têm esperado o Conselho de Contribuintes julgar a questão para então decidir se há crime tributário. E também nos crimes contra o Sistema Financeiro, o TRF da 3.<sup>a</sup> Região já em algumas ocasiões tem esperado que o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional se manifeste em pronunciamento final do 2.<sup>o</sup> grau administrativo, para só então definir se aquilo é um crime ou não contra o Sistema Financeiro. E isso naturalmente beneficia muito o administrado, porque em vários casos houve absolvição na esfera administrativa e poderia ter havido uma condenação penal. Então, com isso se evitou um erro.

**Laércio Farina:** Dr. Gabriel, como ninguém mais pretende falar antes, o senhor tem a palavra.

**Gabriel:** Na verdade a minha pergunta segue a linha que o Dr. Cueva acabou de mencionar. Fala-se muito do reflexo da decisão, ou da possibi-



lidade de uma decisão judicial, ou da atuação do Poder Judiciário *depois* que o Cade decide. Ou pontualmente foi dito aqui, eventualmente, quando há um problema de legalidade na questão da prova, o Judiciário vem e atua a partir de um mandado de segurança impetrado. No entanto, o problema que se coloca é o seguinte: imaginem que o Ministério Público – e existem casos desse tipo – entre com uma ação civil pública para reparar um dano à coletividade, perdas e danos: o processo começa lá na SDE, o juiz decide e diz que há cartel. Esqueçamos se ele aplica ou não a Lei 8.884 quanto à multa. Ele vai direto para perdas e danos. Há um dano à coletividade, que é arbitrado em 20 milhões, em 50 milhões, não sei, que tem que ser reparado. Nesse caso, o que a Administração deveria fazer? Nós falamos muito de o Judiciário esperar a Administração para a atuação. Aqui a pergunta é: deveria a Administração parar a sua atividade? A Constituição Federal diz no artigo 37 que a Administração deve ser regida pelo princípio da eficiência. Então, deveria ela despender recursos públicos avançando, ou deveria talvez parar o processo e atuar nele como *amicus curiae* ou de outra forma, ou seja, atuar nesse processo trazendo elementos. Mas despender recursos da Administração, isso é racional? Ou mesmo legal? Obrigado.

**Laércio Farina:** A Dra. Barbara deixa a Mesa responder?

**Barbara Rosenberg:** Eu queria só complementar a pergunta do Dr. Gabriel.

**Laércio Farina:** Então, por favor, complemente a pergunta do Dr. Gabriel.

**Barbara Rosenberg:** Obrigada. Só queria complementar porque eu acredito que na resposta à pergunta que o Dr. Gabriel fez isso possa ser levado em consideração. Da mesma maneira em que pode haver situações em que o Judiciário declare que há infrações à ordem econômica, há algumas situações com que de fato já estamos nos defrontando, em que em situações individuais partes entraram no Judiciário para ressarcir direitos individuais, e o Judiciário disse que não havia direito de ressarcimento e, além disso, não havia infração à ordem econômica. Obviamente isso tem que ser levado, ou está sendo levado, em consideração? Até que ponto há essa idéia de investigar? E o Cade sancionar ou não seria um descumprimento de uma decisão judicial anteriormente proferida? Então, só para completar o que o Gabriel colocou. Muito obrigada.

**Laércio Farina:** A Dra. Ada gostaria de fazer um comentário, mas o Dr. Prado quer complementar a pergunta. A pergunta vem em partes.

**Luiz Prado:** Dez segundos. Só manifestar que a questão levantada pela Dra. Ada chamando a atenção sobre a possibilidade do papel do Cade como *amicus curiae* resolve a meu juízo a questão que eu levantei do perito. O meu problema é o perito individual, que é altamente controverso. Qual perito se escolhe, na medida em que há diferentes abordagens dessa questão? No momento em que há uma instituição, no caso especificamente o Cade deixa de ter esse grau de discricionariedade. Só exemplificando com uma ponte: se foi um erro de cálculo que fez cair a ponte, eu posso pegar um perito e objetivamente ele vai dizer que há um erro no cálculo estrutural. Essa mesma resposta objetiva não é possível em Economia. E essa solução dada pela Dra. Ada a meu juízo resolve o problema.

**Laércio Farina:** Então, após a Dra. Ada, o Dr. Elaeres já pediu para se manifestar sobre a questão. Dra. Ada, por favor.

**Ada Pellegrini Grinover:** Eu gostei dessa idéia de suspender o processo administrativo muito mais do que da idéia de suspender o processo judicial. E há fundamento para essa suspensão, como foi muito bem lembrado, no princípio da eficiência, no princípio da economicidade etc. etc. Agora eu queria responder à Dra. Barbara. Se se tratar de uma ação individual de reparação de perdas e danos, ela não vai influir na decisão administrativa, porque a coisa julgada só vai valer entre as partes. Então, não haverá nenhum conflito entre o reconhecimento pelo Judiciário da inexistência da infração e depois um reconhecimento pelo Cade da existência da infração. No entanto, se se tratar de uma ação civil pública, aí sim, efetivamente, a inexistência da infração, que é benéfica ao grupo, vai fazer coisa julgada *erga omnes* e, portanto, vai fazer que o Cade tenha que se uniformizar a essa decisão.

**Barbara Rosenberg:** Posso...

**Laércio Farina:** Você tem o Ministério Público e a Magistratura na sua frente. Você pode voltar em terceiro Lugar. Dr. Elaeres, por gentileza.

**José Elaeres:** Eu queria tocar no ponto que o Dr. Prado levantou: a questão da perícia. O que eu entendo é o seguinte: primeiro, não cabe ao Judiciário, efetivamente, entrar em questões econômicas, nos processos que julga envolvendo o Cade. Eu creio que ao Judiciário não é dado tratar de questões econômicas; o Judiciário tem competência para decidir sobre a le-

galidade das decisões do Cade. Então, quando se fala que o juiz pode se valer de peritos, isso não significa que ele possa entrar em questões econômicas, ele não pode entrar em conjecturas de natureza econômica. Do que ele pode se valer, como se vale em vários outros casos que julga, é da prova pericial, mas sempre levando em conta o seguinte: digamos que o Cade profira uma decisão. Obviamente o Cade, quando prefere as suas decisões, ele as profere com base em provas que analisa, inclusive provas de natureza econômica, estudos econométricos e de economia, enfim, de forma que, se essa decisão for contestada perante o Judiciário e houver dúvida quanto à legalidade obviamente da decisão do Cade, e outra prova pericial também de natureza econômica se apresentar no processo judicial, eu creio que nesse caso o juiz – o Dr. Prado referiu que em questões econômicas não há nada de certeza – deve sempre recorrer ao princípio da proporcionalidade, da razoabilidade, de forma que, se não ficar demonstrado de forma inequívoca que a decisão do Cade é contrária ao que existe de prova nos autos do processo que julgou, creio que deve prestigiar a decisão do Cade aplicando o princípio da razoabilidade, porque se se apresentam dois estudos, sendo que os dois têm o mesmo peso, o juiz não pode optar por um em detrimento do outro. Então, nesse caso, eu acho que ele deve prestigiar a decisão do Cade, aplicando o princípio da razoabilidade, ou seja, de que a decisão foi tomada, vamos dizer assim, com base em provas produzidas dentro do processo administrativo e provas consistentes. Então, eu creio que, quando se fala em perito, é possível, vamos dizer assim, o juiz revisar decisões do Cade? Sim, ele deve se valer da única prova que ele pode produzir, que é a prova pericial, mas isso não significa que sempre a prova pericial produzida dentro do processo vá proporcionar a anulação da decisão do Cade. Então, era isso o que eu queria colocar.

**Laércio Farina:** Dr. Luciano.

**Dr. Luciano Godoy:** Prezado Laércio e Carlos Magalhães, é uma pena que nós tenhamos tão pouco tempo, porque agora é que as coisas estão se animando, não é? Parece-me que temos três posições: a primeira é que o Judiciário pode, a qualquer momento, rever ou decidir sobre o mérito administrativo da infração econômica; a segunda é que o Judiciário poderia analisar o mérito administrativo da decisão técnica depois que o Cade o fez; e a terceira é que o Judiciário não poderia nunca rever a posição tomada, vamos dizer, em meta administrativa, pelo Cade. Eu, de forma ousada e bastante polêmica, adoto a terceira posição. Acho que temos que prestigiar um órgão da Administração, que é criado por lei, de julgadores isentos, nomeados pelo Presidente da República, após uma sabatina no Senado Federal. E discordo do Dr. Elaeres, que acha que isso é uma volta ao passado. Não,

é uma evolução da própria decisão do mérito administrativo, pois depois de anos de ditadura, numa defesa, no seio da Constituição de 1988, é que se voltou a discutir o mérito administrativo, porque os anos e anos de ditadura praticaram muitas arbitrariedades. Então, uma evolução desse mérito administrativo técnico do julgamento jurídico-econômico feito, no meu modo de ver, deve ser prestigiada. Mas não estou falando do meu modo de ver, estou falando para os senhores, para vocês que vão advogar. Pelo menos peçam ao juiz que suspenda o processo, e nisso a Profa. Ada está coberta de razão: na esfera criminal não há suspensão do processo, mas a Justiça Federal a vem aplicando, principalmente nas questões de sonegação fiscal e de crimes previdenciários, porque se a Receita Federal diz que não há dívida tributária, como é que o Judiciário pode condenar alguém por sonegação fiscal? Então, está sendo aplicada, vamos dizer, de forma ousada. E, além disso, no processo cível há essa mencionada reparação de danos: o artigo 265 do Código de Processo Civil prevê a possibilidade de suspensão pelo juiz ter remetido a questão ao Cade, e o Cade analisar se aquilo é infração econômica ou não. Então, diverge a minha posição pessoal daquilo que podemos encaminhar como uma solução de convivência pacífica, tendo essa seara complicada. E, para finalizar, são dois caminhos diferentes: se formos caminhando como sociedade brasileira para sempre discutir o mérito, imagino eu que vai haver a criação de institutos de perícia formados de advogados e economistas, para fazer essas perícias que o Judiciário tem que solicitar para o julgamento dos casos, e vai haver Varas especializadas. Se nos encaminharmos para a não discussão do mérito, essas causas não chegarão num volume de decisão do mérito administrativo, e o Judiciário decidirá, como já foi mencionado, só o aspecto legal: houve ou não direito de defesa; foi ouvido, deu intimação etc., como acontece hoje. E isso a própria estrutura hoje assimilaria de uma forma bastante tranqüila. Então, o próprio encaminhamento da questão vai gerar soluções práticas, institucionais, dentro da própria Justiça e do próprio seio da advocacia.

**Laércio Farina:** Muito obrigado, Dr. Luciano. Agora, com a palavra o Dr. Onofre, a quem eu rogo a observância do minuto destinado à pergunta.

**Dr. Onofre:** Eu queria me referir à manifestação da Dra. Ada quando ela mencionou que o fato de o Cade ser um órgão de instância única incentiva a que se vá ao Judiciário, na medida em que as decisões são ali terminativas. Já fiz referência a isso no passado, de que não me parece que haveria – e gostaria de ouvir a opinião da professora – nenhum prejuízo em que na reforma legislativa se pudesse transformar o Cade num órgão com dupla jurisdição. Nós na prática temos assistido a atos de concentração ou

processos administrativos de manifesta simplicidade que precisam ser levados ao Plenário para serem examinados por 7 integrantes do Cade, e se nós pudéssemos dividir o Cade em duas Turmas, com 3 conselheiros em cada uma, nós iríamos agilizar muito as decisões. Esses casos mais simples terminariam ali, e naqueles em que houvesse uma razão, se recorreria ao Tribunal Pleno. Isto seria um desestímulo a que se fosse ao Judiciário. E quando se fosse, o Judiciário veria com outros olhos estas decisões, porque a parte teria tido uma segunda oportunidade em tentar reverter aquela decisão judicial. Da mesma forma, acredito que seria de grande interesse que se adotasse nos atos de concentração o sistema existente na União Européia, onde se adota a questão do *statement of objections*. Uma das coisas que tem parecido relevante nas decisões dos atos de concentração é o fator surpresa: as partes se vêem surpreendidas pela decisão, da qual elas não tiveram nenhuma premonição a respeito. Na União Européia o que se faz é que se comunica à parte: “Olha, esta proposta sua, este ato de concentração, da forma como ele se apresenta, eu vejo tais e tais problemas”. Ora, a parte poderá adotar três atitudes: 1) desistir da operação; 2) apresentar uma proposta alternativa; 3) discordar daquilo que o Conselheiro-relator considera impeditivo, e decidir enfrentar a questão, que será levada ao órgão, que dará a decisão. Com isso se evitaria a questão do efeito surpresa, que me parece ser um dos motivos pelos quais algumas decisões geram um impacto muito negativo e estimulam a ida ao Poder Judiciário.

**Laércio Farina:** Trata-se de uma pergunta, Dra. Ada.

**Ada Pellegrini Grinover:** Muita obrigada, doutor. Eu concordo plenamente com a sua colocação. Quero acrescentar o seguinte e brevemente: que o efeito surpresa não é admissível em nenhum processo administrativo. Todo processo administrativo, toda decisão administrativa tem que ser precedida do contraditório. O processo administrativo em contraditório elimina o elemento surpresa. Mas eu vou dizer rapidamente aquilo que eu entendo que seria o modelo ideal, em geral, para os processos administrativos, abrangendo também, naturalmente, o Cade. Em primeiro lugar, duas instâncias administrativas. E para revisão desses atos, ou dessas decisões administrativas, a segunda instância do Poder Judiciário só para matéria de direito, e não para reexaminar os fatos. Esse me parece um modelo ideal, que não agrava os tempos do processo administrativo porque se recupera com a supressão da primeira instância judicial. E eu começaria a pensar – e já estou pensando –, não só nessa matéria, em restringir a apelação em geral a matéria de direito.

**Laércio Farina:** Dra. Elizabeth Farina.

**Elizabeth Farina:** Eu não queria usar a palavra de novo, mas eu tenho que falar um pouquinho desse efeito surpresa, porque eu ficaria surpresa se um advogado, depois de receber um parecer da SEAE, um parecer da SDE, conversar como relator – eu posso dizer Dra. Ada que a quantidade de vezes que nós recebemos os advogados em casos complexos – eu já contei para a senhora – é enorme. Então, eu acho que esse elemento surpresa é surpreendente para mim, porque falta detalhar a decisão, porque de resto eles sabem tudo, exceto o que nós achamos do parecer que entrou um dia antes daquele processo que já estava em pauta com 30 páginas. Aí também...

**Ada Pellegrini Grinover:** Eu falei em tese do elemento surpresa, dizendo exatamente que se houver contraditório prévio não se pode falar em elemento surpresa.

**Carlos Magalhães:** Eu acho que é um fato. Eu, como advogado, sempre me surpreendi cada vez que perdi um caso. Além de que eu acho que nós estamos falando também em previsibilidade, que nem sempre é atendida. De repente, existem desvios de jurisprudência e tudo isso, então, é uma questão não de surpresa, mas de previsibilidade que se deve dar ao administrado. Eu acho que é a isso que estavam se referindo, não à surpresa que vai no decorrer do processo acontecer, mas a previsibilidade que se espera das decisões administrativas, em especial do Cade, que são importantíssimas para a economia. Dr. Laércio vai continuar e...

**Laércio Farina:** E provavelmente encerrar. Certamente a fome parece ser maior do que a outra fome do saber, porém os senhores devem ter percebido pelas manifestações, principalmente as mais próximas aqui dos apresentadores, que de fato esse é um tema que merece ter a sua discussão continuada, e é o que se pretende fazer e o que tem sido conversado tanto com a Magistratura quanto com o Ministério Público, quer dizer, fazer um o aprofundamento dessa discussão. A oitiva de opiniões díspares, notadamente partidas de personalidades como as que expuseram hoje aqui nessa manhã, é importantíssima principalmente para aqueles que, como nós, atuam nesta área, seja como advogados seja como economistas. Eu gostaria de perguntar apenas se algum dos expositores gostaria de produzir algum fecho rápido... Ante a falta de manifestação, está encerrado este primeiro módulo da manhã. Muito obrigado aos senhores.