

Painel 1 – A JUDICIALIZAÇÃO DO PROCESSO POR INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA

SÉRGIO VARELLA BRUNA

Presidente do IBRAC

Gostaria de dar as boas vindas a todos!

Agradeço desde já aos nossos painelistas, Professor José Ignácio Botelho de Mesquita, Professor da Faculdade de Direito da USP; Professor João Bosco Leopoldino da Fonseca, Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais; e Doutor Arthur Badin, Procurador-Geral do CADE, que vieram nos presentear com idéias sobre o tema da Judicialização do Processo por Infração à Ordem Econômica.

Essa é uma questão nova e cada vez mais freqüente, especialmente no campo da ocorrência de infrações, cujos julgamentos acabam fatalmente sendo levados ao Judiciário, não só no Brasil, mas também no ambiente internacional. Na Europa, por exemplo, mais e mais o Judiciário está sendo chamado a intervir nas questões administrativas e “ditar” parâmetros de provas, exigências probatórias e princípios sobre os processos que envolvem estas questões. Exatamente em razão da importância e da gravidade de uma infração à ordem econômica, além do fato de muitas dessas questões configurarem também ilícito penal, é natural que o Judiciário seja o ente a tratar dessas questões.

Gostaria, então, de passar a palavra ao Professor José Ignácio Botelho de Mesquita, que vai fazer a primeira fala desse painel. Como temos bastante tempo, espero que possamos ao final das exposições abrir o debate para o plenário e aproveitar a presença aqui de tão renomados professores e juristas para nossas discussões.

Muito obrigado!

JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA

Professor Titular da FADUSP

Excelentíssimo senhor presidente da mesa, senhor Sérgio Varella Bruna, Presidente do IBRAC; Professor João Bosco Leopoldino da Fonseca;

Doutor Arthur Badin, Procurador-Geral do CADE; meus senhores e minhas senhoras!

Em primeiro lugar quero agradecer aos organizadores deste evento a honra que me concederam! Ontem foi bem mencionada a importância deste encontro e sei muito bem do valor que tem a minha presença aqui para mim e espero que seja útil também para os senhores.

Ouvindo a exposição feita ontem pelo Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior, meu colega na Faculdade de Direito da USP, eu como todos os demais me senti provocado a refletir sobre alguns temas até não previstos inicialmente na exposição que pretendia fazer. Mas algo que me parece muito importante para todos nós é termos a consciência da época em que vivemos em relação ao Direito e aos fenômenos ligados ao Direito.

Os senhores sabem bem que vivemos numa época que é marcada pelo relativismo. É impressionante como todos os conceitos, institutos, normas são relativizados. Hoje em dia fala-se muito, por exemplo, nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e do modo como estes princípios vêm sendo utilizados, penso que não existe norma jurídica nenhuma que resista, nem mesmo a Constituição. Ainda que seja a norma mais simples do mundo, como o princípio da legalidade, por exemplo, não há norma que resista a essa flexibilização, essa relativização de tudo. Esse fenômeno tem, por um lado, um resultado que parece positivo, que é o de abertura a todas as idéias novas. Por outro, todavia, tem um resultado que é altamente negativo. Nós, economistas e juristas, passamos a viver num solo de areia movediça, onde não há pontos firmes, o que acarreta enormes problemas. Tal quadro lembra um pouco de um fenômeno que é conhecido na Medicina como artrogenese, observado quando doenças são causadas pela Medicina. Hoje vivemos o problema de doenças causadas pelo Direito.

Observem que dentre esses temas todos sobre os quais conversamos e que irão ser debatidos aqui, um que sempre foi difícil distinguir é administração e jurisdição. Havia, no entanto, características próprias da jurisdição, que a administração nunca tinha, que era a coisa julgada. Mas hoje estão relativizando a coisa julgada, como se isso fosse muito saudável e altamente desejável. Todos sabemos que a relativização da coisa julgada começou a ser discutida aqui em Brasília pra defender o governo, defender os interesses fiscais que não tinham sido cuidados e zelados devidamente e possibilitaram a criação de situações que se tornaram irreversíveis, pois não cabia mais ação rescisória. Então, porque a ação rescisória não foi usada no tempo devido por qualquer motivo, começaram a tratar desse buraco relativizando a coisa jul-

gada. Estou falando do processo, mas acontece em todos os ramos do Direito, o que torna difícil o trabalho nesse tema da judicialização da concorrência ou da atividade do CADE e assim por diante.

Confesso que, como professor de Direito Processual, sinto mais fortemente esse problema. Quando nos anos 70 me candidatei ao cargo de Professor Titular de Direito Processual da Faculdade de Direito, o ponto que me foi sorteado no concurso foi a jurisdição e então resolvi tratar do CADE, naqueles idos quando ele não tinha nem 5% da importância que tem hoje. Tratei desse tema na minha aula no concurso pra Professor Titular porque eu já via naquele tempo que o CADE representava o ponto extremo da administração antes dela se transformar em jurisdição. Lembro que naquela época tinham descoberto uma figura, formada por um uma série de elipses, que era o ponto máximo de um quadrado antes de se tornar um círculo. E realmente o CADE é isso, o ponto extremo da administração antes se converter em jurisdição.

A soma de problemas daí advinda é muito grande e aparece mais do que em qualquer outro lugar na área processual, com um detalhe peculiar: o processo civil não é bem visto, embora nós processualistas gostemos muito de nossa disciplina. A realidade é que o processo civil serve, antes de qualquer coisa, para impedir que sejam tomadas decisões em âmbito de poder contrárias à lei, ainda que atendam a alguma política ou algum interesse. O processo civil é feito exatamente para limitar o poder e obrigar os seus detentores a agir de acordo com a lei, o que é sempre mal visto. Toda limitação, neste caso, é mal vista e, no caso brasileiro, sabemos que existe um princípio que diz: “para os amigos, tudo; para os inimigos, a lei”. O que impede que se faça injustiça com a lei é o processo, daí o mesmo ser tão mal visto e parecer com uma limitação estéril. O processo é sempre acusado de ser formal: “pra que esses formalismos, essas minúcias? A troca de que ter que respeitar isso?” O fato é que quando não respeitamos essas minúcias, o Direito pode se realizar sem elas, mas não se sabe se ele se realizou ou não, ou se foi realizado apenas a vontade de quem decidiu.

Desta sorte, meus senhores, posso dizer que sinto duplamente o peso dos problemas que se defrontam nesta interface entre jurisdição e atividade exercida pelo CADE.

Adianto que, depois da exposição breve que vou fazer, abordarei alguns problemas que foram levantados ontem pelo Professor Tércio, que são de extrema importância. Gostaria em primeiro lugar de dizer algo a respeito da própria natureza do CADE. A Lei do CADE trata o CADE como se fosse

quase um órgão jurisdicional. Falo Lei do CADE pois me habituei a essa expressão, mas trata-se da Lei Antitruste, da Lei da Concorrência, etc.

O CADE é tratado como órgão judicante com jurisdição em todo território nacional. Ele está muito longe, sem dúvida, da jurisdição contenciosa, que é privativa mesmo do Poder Judiciário. Porém, o mesmo não se pode dizer a respeito da jurisdição voluntária. Essa colocação pode até causar um certo escândalo de início, porque inicialmente nós pensamos que jurisdição voluntária significa interdição das pessoas, separação consensual. Diferentemente, jurisdição voluntária é um mundo amplíssimo, onde se situam todos os chamados processos sem lide. Para os senhores terem uma idéia, não se consegue compreender alguns processos como ação direta de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade, por exemplo, se nós não conseguirmos ver estas ações ou estes processos dentro do princípio da jurisdição voluntária. Esses processos não têm réu, não têm lide portanto, e desenvolvem-se na defesa de um interesse só, que nesse caso é o interesse da Constituição, não de grupos, nem de ninguém. A partir daí os senhores têm inúmeros processos de homologação de sentença estrangeira, por exemplo, que são todos processos de jurisdição voluntária, e principalmente os chamados processos de jurisdição das liberdades, que são todos igualmente processos de jurisdição voluntária, posto que não se defende, nesses processos de jurisdição constitucional das liberdades, a liberdade desta ou daquela pessoa, mas a liberdade em si. Enfim, o CADE, a meu, aproxima-se muito, quase que se encosta na chamada jurisdição voluntária. Os senhores vêem que os processos perante o CADE não se desenvolvem para interesse de A ou de B, mas em defesa de um interesse coletivo. Qualquer que seja o resultado do processo estará defendido perante o CADE o interesse coletivo, ainda que eventualmente, em casos mais modestos de jurisdição voluntária, com o resultado possa sair beneficiada uma indústria, um grupo de indústrias ou de empresas. Mas o fato é que é um processo sem lide, que se desenvolve por um interesse só e não se confunde com interesses particulares de qualquer das partes.

Neste sentido, pode-se perceber claramente que as decisões do CADE são eminentemente políticas, já que são decisões de um interesse só. Elas obedecem sempre, a meu ver, a um juízo de conveniência e oportunidade. Aproximando-me de alguns poucos casos processados no CADE, acabei tendo conhecimento de alguns autores que têm trabalhado com grande profundidade essas situações e verifiquei que certos conceitos como o de cartel ou de fixação de preços predatórios são tidos comumente como coisas más,

enquanto, em determinadas circunstâncias, podem ser boas, dependendo das contingências que a economia do país esteja vivendo naquele momento. Assim, quando pensamos em combater o cartel ou em reprimir o aumento predatório de preços, esses processos não são necessariamente produzidos perante o CADE. Logo, há nas discussões do CADE, indiscutivelmente, esse núcleo político, que o CADE melhor do que ninguém conhece.

Surge a partir daí a questão que está envolvendo a todos: em que medida o Poder Judiciário, que não tem especialidade, pode rever ou exercer controle sobre as decisões e deliberações do CADE?

Nós não temos dúvidas que as decisões do CADE, como qualquer ato administrativo, estão submetidas ao crivo do Judiciário. Nenhuma lesão a direito pode ser subtraída do conhecimento do Judiciário, conforme assegura a Constituição. É certo, portanto, que o Poder Judiciário terá poder para decidir as questões a ele levadas, mas o que se quer saber é em que medida as decisões do CADE estão sujeitas ao controle jurisdicional.

Voltando ao início da minha conversa, sinto nestes momentos necessidade de me apoiar em algumas coisas sólidas, firmes, ainda que não modernas, mas que orientem meu pensamento. Essa questão é eminentemente política e sempre foi. Basta vermos que no regime monárquico – por exemplo, como era a monarquia portuguesa, onde se dizia que o rei era a lei animada sobre a Terra – evidentemente não se pode pensar num Poder Judiciário controlando os órgãos ou controlando atos administrativos, pois o rei tinha tudo em suas mãos, cabendo a ele todos os poderes. Também no sistema de tripartição exacerbada de poderes ou de funções pode se chegar a exageros, como a impossibilidade de qualquer apreciação pelo Poder Judiciário de atos de um outro poder, pois estar-se-ia invadindo a soberania do outro poder. Embora já se tenha pensado assim, ainda no século passado adquiriu grande força um ensinamento de César Fagundes, que dizia que mesmo que o mérito do ato administrativo não pudesse estar sujeito à prestação judicial, os atos administrativos, em verdade, poderiam ser controlados do ponto de vista da sua legalidade, não se tratando de uma legalidade num sentido muito estrito. Tal concepção iria se concretizar muito mais tarde na Lei da Ação Popular. A possibilidade de se controlar a finalidade do ato, os motivos do ato, a competência e, evidentemente, a legalidade do ponto de vista formal já aproximava muito o Judiciário do mérito do ato administrativo. A grande importância para a manutenção, para o respeito devido à Administração está em como conceituar esses “institutos”, pelos quais o Judiciário pode verificar a existência dos motivos para o ato ou a adequação dos motivos à

conclusão, para o que precisamos pensar em termos bastante restritos, sem dar uma grande amplitude.

Quando se fala na existência de defeito de forma, temos que pensar no defeito de forma mesmo. Quando se fala em desvio de finalidade, deve se pensar muito bem qual é a finalidade do CADE. O CADE é uma entidade que se destina a uma atividade precipuamente de arbitragem de interesses, não sendo tipicamente um órgão punitivo, de imposição de penas, multas, etc. A maior prova disso é que quando as partes celebram um compromisso de cessação, por exemplo, para o processo administrativo, se o compromisso for satisfatório ninguém fala mais em aplicar pena nenhuma. O CADE, portanto, tem uma função instrumental em relação à concorrência, que é muito mais importante que seus aspectos punitivos. Mas, além disso, pela Constituição de 1988 os atos administrativos passaram a poder ser analisados pelo Poder Judiciário também sobre o aspecto do princípio da moralidade, da eficiência, que são brechas grandes para se aproximar do ato administrativo.

Entendo que o CADE tem que ter a preocupação de agir dentro desses princípios, sempre com grande cuidado, pois sabendo que seu núcleo está protegido poderá exercer com total liberdade, independência e autonomia a sua política. O que o CADE não pode é se expor a cometer enganos nessa capa protetora do sistema jurídico, pois se cometer, por estas brechas acabará sendo atingido o cerne das decisões, que é esse núcleo político que deve ser preservado, porque o Judiciário por mais aparelhado que esteja – e não está –, para decidir matérias desse tipo, nunca vai chegar a formar uma jurisprudência como é possível ao CADE formar.

Essa jurisprudência, por sinal, é importantíssima para que as pessoas saibam como as questões serão decididas. Ponho muita ênfase no cuidado que o CADE deve ter na observância destes princípios gerais que estão fixados na Constituição ou na lei. Pode parecer a quem esteja fora do ambiente jurídico que a observância das regras do processo – e aqui adentro minha seara – seja realmente um entrave às deliberações e naturalmente é muito freqüente o abuso das questões processuais. No entanto, se não se observa com rigor o processo perante o CADE, os princípios cardeais do processo ou pelo menos aquelas normas mais evidentes do Direito Processual, o próprio CADE está abrindo as portas para que, através dessas brechas, entre a jurisdição onde não deve entrar que é no mérito propriamente dito, na questão política resolvida pelo CADE.

Neste sentido, escrevi há algum tempo um artigo sobre a execução das decisões do CADE, que está publicado na Revista Forense. A minha grande

preocupação foi mostrar como as decisões do CADE são julgadas no Poder Judiciário com base nos princípios e regras que norteiam a execução. O cuidado que o CADE, por exemplo, deve ter na formação do seu título executivo é total. Se o CADE, na formação de suas deliberações – que constituem o título executivo, conforme a lei –, não tiver a preocupação de satisfazer aqueles requisitos formais que serão exigidos no Poder Judiciário, ou seja, de obediência às regras do processo, as suas decisões sofrerão certamente reveses seriíssimos no Poder Judiciário e desnecessariamente.

No que tange à celeridade das decisões, tem o CADE condição de decidir com certa rapidez, enquanto o Judiciário não. Então, se o CADE quer ver respeitadas suas decisões, deve ter cuidado redobrado para que no Judiciário a abertura não fique tão fácil, de modo a evitar que juízes fiquem continuamente concedendo liminares que entrem completamente as suas decisões. Sua tarefa aqui, portanto, meu caro Badin, é muito pesada, porque repousa sobre os ombros dos poucos conselheiros que têm formação jurídica na Procuradoria do CADE uma enorme responsabilidade de impedir que se criem essas aberturas por meio das quais seja penetrado o núcleo duro das decisões do CADE.

Gostaria agora de conversar com os senhores a respeito de um ponto levantado pelo Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior, que trata da possibilidade de o Ministério Público ingressar com uma ação civil pública em juízo em concorrência com um processo que esteja sendo desenvolvido perante o CADE. O que os senhores já conhecem é que, em princípio, não há problema nenhum em que ao lado do processo administrativo perante o CADE se desenvolva uma ação que tenha por fundamento as normas da concorrência. A própria lei admite que os interessados podem propor ação – não preciso nem falar no Ministério Público ainda – para defender o seu interesse pessoal lesado por um mal concorrente, podendo o CADE ser admitido neste processo como assistente. Isto, frise-se, não impede nem suspende o processo administrativo. A própria lei já prevê essa possibilidade de haver processos na justiça concorrendo com processos perante o CADE, o que, em princípio, não deve gerar muito problema, porque a finalidade dos dois processos é muito diferente. Eventualmente, contudo, pode dar um problema, principalmente se a ação for proposta pelo Ministério Público e se tratar de uma ação civil pública. Neste artigo que já mencionei cuidei das hipóteses em que essa impetração pode conduzir a um conflito de atribuições, a ser resolvido pelo Superior Tribunal de Justiça, não obstante o Ministério Público estar autorizado por lei a propor ação civil pública na defesa da ordem econômica.

Neste ponto algo soa estranho aos meus ouvidos de processualistas. O CADE e o Ministério Público são órgãos do Estado com funções completamente diferentes. Seja quem for se socorrer no Poder Judiciário, deverá ter a necessidade do exercício da função jurisdicional. Pergunta-se: quando surge essa necessidade? Exatamente no momento em que o interessado não dispõe, por seus próprios meios, de condições para realizar aquele resultado que ele pretende a bem do seu direito, do seu interesse. Isto se chama interesse processual. Hoje este conceito está relativizado porque resolveram acrescentar à necessidade da via judicial a chamada adequação da via judicial. Esse acréscimo que o conceito sofreu é usado em casos nebulosos em que o juiz tem que decidir e não sabe bem se a matéria é de direito processual ou material, optando no mais das vezes em fundamentar na inadequação, pondo fim ao processo. Frequentemente são casos em que o erro está na área do direito material de forma que me sinto mais seguro pensando no interesse processual como a necessidade da via processual. A necessidade de buscar o Judiciário surge, portanto, quando para defender o meu interesse estou amarrado ao princípio de que não posso fazer justiça de mão própria.

Já o Estado tem, para o exercício de sua política de direito da concorrência, o CADE, não precisando ir ao Poder Judiciário para, por meio de uma ação civil pública, fazer valer os princípios da livre concorrência. Assim, a ação que o Ministério Público possa ter não pode ser nunca uma ação que vise a atingir o mesmo objetivo que se obtém por intermédio do CADE, que é um outro órgão do Estado. Então, para mim, enquanto processualista – exposto, portanto, a todas as restrições que se opõe ao processo e aos processualistas –, as ações civis públicas que o Ministério Público propõe ou está pensando em propor para competir com o CADE devem ser muito bem analisadas para aferir-se precisamente se realmente há algo que torne necessária a propositura dessa ação que não possa ser obtido pela atividade do CADE, porque se o Estado puder obter o mesmo resultado por intermédio do CADE, o Ministério Público não tem interesse processual para a ação civil pública.

Tenho impressão de que já falei bastante! Deixo o resto para os debates e abro assim a possibilidade para os outros conferencistas da manhã se manifestarem. Tenho certeza de que aprenderei muito com eles e peço aos senhores que desculpem alguma ousadia de minha parte, que decorre do fato de eu me dedicar já há muito tempo à ciência processual.

Muito obrigado aos senhores!

JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA*Professor Titular da Faculdade de Direito da UFMG*

Bom dia para todos! Saúdo neste momento a composição da mesa na pessoa do Doutor Sérgio Varella Bruna, do Professor José Ignácio Botelho de Mesquita e do Doutor Arthur Badin. Quero agradecer aos organizadores deste seminário a oportunidade de aqui vir falar, muito dignamente, aos meus atuais colegas de magistratura federal, à qual pertenço com muita honra. Vejo-me hoje numa posição de dever provocar a reflexão – o professor tem por missão simplesmente suscitar questionamentos –, aliando a esta o fato de ter atuado no CADE. Fico, assim, em meio a três perspectivas, a da magistratura, a do CADE e a do magistério, o que nos induz a refletir a partir de cada uma dessas posições.

Recebi a incumbência de falar sobre a judicialização do processo por infração à ordem econômica. Minha perplexidade e limitação me levaram à consulta do dicionário, sem obter, contudo, um resultado prático, porque ele não registra nem judicialização, nem judicializar. Registra somente o adjetivo “judicial”, do qual deriva o substantivo “judicialização”, provocando a atribuição de significado a um significante. Os estudos de lingüística e a considerável contribuição de Ferdinand de Saussure nos ensinam que o signo é arbitrário, ou seja, damos às palavras um sentido derivado da convenção social. Que sentido atribuir a “judicialização”? Poderia ela ser entendida como o questionamento processual entre o CADE e o Poder Judiciário, isto é, a extensão do questionamento constitucional, da submissão das decisões do CADE ao Poder Judiciário. Também é possível a atribuição de um conteúdo substantivo, não processual, relativamente à matéria objeto de decisões do CADE, as quais deverão ser submetidas à apreciação, constitucionalmente obrigatória, do Judiciário.

A possibilidade de abordagem da questão sob esta segunda vertente recebe uma aprovação a partir da análise da ADI proposta pela AJUFE relativamente à interpretação do artigo 114 da Constituição, que, com a Emenda Constitucional nº 45, atribuiu à Justiça do Trabalho a competência para decidir relações de trabalho num sentido amplo. A ADI questionou esse sentido ampliado, sustentando que as relações de trabalho entre os funcionários públicos e os entes estatais não deveriam ir para a Justiça do Trabalho. Aliás, essa questão já foi abordada na interpretação do artigo 243, letra “d”, da Lei nº 8.112/90, e decidiu-se pela sua inconstitucionalidade. Concordo com essa linha de pensamento, porque os conteúdos são diferentes, isto é,

a relação jurídica que se estabelece entre empregado e empregador é uma relação contratual, enquanto a relação jurídica que se estabelece entre servidor e o ente público é uma relação estatutária. Há, portanto, uma relação substantiva fundamental.

Vamos encontrar essas perspectivas diferentes ao tratarmos das questões decididas pelo CADE e a submissão destas, quando as partes assim o entenderem, ao Judiciário.

Há em cada país estruturas e procedimentos diferentes. Nos Estados Unidos, por exemplo, a *Federal Trade Commission* leva o caso diretamente ao Judiciário, percorrendo suas diversas instâncias. O Judiciário norte-americano, que já trabalha com essas questões de concorrência desde finais do século XIX, vem servindo de modelo e de questionamento para países da Europa e de outros continentes. A legislação sobre concorrência, surgida no Canadá e nos Estados Unidos, serviu de provocação para os estudos dessa perspectiva do Direito naqueles países, passando as respectivas universidades a cultivarem essa área e a prepararem profissionais capacitados para atuarem nesse setor. A Europa veio mais tarde, a partir da legislação do Tratado CECA e do Tratado de Roma, sendo que vários profissionais que ali surgiram foram abeberar-se diretamente nas universidades americanas, importando dali os conhecimentos e a prática para decisão dos processos de concorrência. Importou-se, sobretudo, a forma de analisar e decidir os processos através da aplicação do sistema do *common law*, com a adoção do estudo dos precedentes das cortes.

No Brasil, os estudos relativos a essas questões, enfatizando-se o Direito da Concorrência, somente começaram a ser desenvolvidos com eficiência a partir de 1994, com a promulgação da Lei nº 8.884/94. Embora o Direito Econômico já viesse se implantando no país em diversas faculdades de Direito, as preocupações nele centralizadas se voltavam para o direito da intervenção estatal, com problemas correlatos como o estabelecimento de preços pelo Estado, não existindo clima para a perspectiva da concorrência.

Para nós, juízes federais, a problematização dessas questões relativas ao Direito da Concorrência, que se tornou o centro do Direito Econômico, já nos encontrou em pleno estágio de exercício profissional, a exigir de todos uma reciclagem a ser produzida por um esforço pessoal de atualização.

Com a Lei nº 8.884/94, reestrutura-se o CADE como um órgão judicante. Não está entre os órgãos do Poder Judiciário, enumerados pelo artigo 92 da Constituição da República Federativa do Brasil, mas sua função judicante

lhe confere uma característica de atuação totalmente diferente daquela de outros órgãos administrativos.

Essa peculiaridade do CADE advém justamente da identificação dos conceitos que constituem o cerne dos julgamentos efetuados por essa autarquia julgante. São conceitos econômicos elaborados para dar conteúdo à esfera jurídica, e que situam aquelas decisões num patamar de alcance de toda a coletividade, que é a titular dos direitos protegidos pela Lei nº 8.884/94. Qualquer decisão proferida pelo CADE transcende o estrito limite das empresas envolvidas para alcançar toda a coletividade, justamente pelo interesse econômico, cerne daquelas decisões.

Daí a necessidade de aliar-se ao conhecimento jurídico o domínio dos conceitos econômicos, num nível de especialidade que exige do profissional uma indagação constante e cada vez mais penetrante. Esta aliança de conhecimentos já era prevista e desejada por Oliver Wendell Holmes, em artigo publicado em 1897, intitulado *The path of the law*. Neste artigo é analisada a necessidade que o Judiciário tinha já naquela época de adotar os conceitos econômicos e de trabalhar com eles. O autor afirma que todo advogado deverá procurar o entendimento da Economia e considera o divórcio entre as escolas de Economia e de Direito como uma prova de quanto progresso nos estudos ainda estaria por ser feito.¹ Observa ainda, de forma instigante, que para o estudo racional do direito o advogado pode ser o homem do presente, mas o profissional do futuro é o homem da estatística e o que domina a economia.²

Este artigo de 1897 mereceu uma comemoração centenária da *Harvard Law Review*, em que Richard A. Posner se pergunta se Holmes nos diz ainda alguma coisa e conclui afirmativamente ao recordar que os juízes, quando

¹ “We must beware of the pitfall of antiquarianism, and must remember that for our purposes our only interest in the past is for the light it throws upon the present. I look forward to a time when the part played by history in the explanation of dogma shall be very small, and instead of ingenious research we shall spend our energy on a study of the ends sought to be attained and the reasons for desiring them. As a step toward that ideal it seems to me that every lawyer ought to seek an understanding of economics. The present divorce between the schools of political economy and law seems to me an evidence of how much progress in philosophical study still remains to be made.” (*The Path of the Law, Harvard Law Review*, vol. X, p. 474, nº 8, 1897).

² “For the rational study of the law the black-letter man may be the man of the present, but the man of the future is the man of statistics and the master of economics.” (*Id.*, *ibid.*, p. 469).

decidem, reportam-se a paradigmas como o sopesar o custo e o benefício das decisões. O artigo de Holmes pode ser visto como uma profecia. Aliás, afirma que os advogados se colocam na posição de fazer “profecias”. Aquela profecia – do necessário entendimento entre advogados e economistas – mostra-se concretizada em vários aspectos, como no crescimento da Economia no Direito e nas transformações interdisciplinares do ensino jurídico, além da desprofissionalização da prática jurídica e do crescimento dos grandes escritórios de advocacia modelados em corporações comerciais.³

Esta previsão de Holmes deixa claro que o jurista do futuro, quer advogado, quer juiz, deveria aliar aos conhecimentos jurídicos os da Economia. Somente assim pode ele acompanhar a evolução que o mundo moderno impõe. Os parâmetros de estudo e de aplicação do Direito não são mais aqueles em que se concebia o jurista como um conhecedor restrito às normas do Direito.

Roscoe Pound, em 1910, já profligava o distanciamento entre o Direito nos livros e o Direito na prática que vinha ocorrendo em finais do século XIX e princípio do século XX, em decorrência justamente do desenvolvimento dos estudos da influência da Economia na vida humana. A limitação da visão ao Direito nos livros seria uma tentativa impossível de os mortos governarem os vivos. O Direito foi sempre dominado pelas idéias do passado muito tempo depois de terem elas deixado de ser vitais em outros departamentos da atuação humana.⁴

Em 1977, Alexis Jacquemin e Guy Schrans já observavam que o problema de uma magistratura econômica não é novo e vai muito além da perspectiva limitada de criar uma magistratura nova ou de introduzir transformações. O crescente desenvolvimento da vida econômica incita a promoção de diversos tipos de instituições, a respeito dos quais o Direito se habilita a formular uma apreciação de determinada situação econômica, quer a título preparatório, quer consultivo, quer decisório.

Salientam esses autores que a intervenção de uma autoridade para solucionar um conflito de conteúdo essencialmente econômico pode ocorrer em diversos níveis, resumidos em dois pólos: o da *legalidade* da decisão, e o da *oportunidade* dessa mesma decisão. Afirmam que:

³ POSNER, Richard A. The path away from the Law, *Harvard Law Review*, nº 110, 1996-1997, p. 1039-1043.

⁴ POUND, Roscoe. Law in books and law in action, *American Law Review*, January-February 1910, p. 12-36.

“(...) na realidade, os ‘poderes’ (quer seja o do Estado, o da empresa ou o de um particular) têm direito a uma margem de decisão discricionária. Não é concebível, em nosso sistema econômico descentralizado, que todos os poderes estejam vinculados. Em regra geral, o juiz deve respeitar esta margem de discricção, mas deve traçar seus limites com clareza, não somente no que concerne ao controle da legalidade interna e externa, mas também no domínio mais delicado da oportunidade. Desde que o legislador tenha orientado a significação que convém dar a uma noção vaga ou que tenha estabelecido qualquer escala de prioridade entre diversos valores que se põem diante do juiz, este deve poder controlar. Não é preciso dizer que a tarefa do juiz seria grandemente facilitada se todo ‘poder’, público ou privado, dotado de uma margem de discricção, desse conhecimento explicitamente dos motivos que levam a utilizar seu poder discricionário desta ou daquela maneira. A motivação dos atos ou decisões é portanto um dos elementos essenciais da magistratura econômica”.⁵

O juiz, ao apreciar uma questão já decidida pelo CADE, estará diante de uma decisão discricionária, com suficiente *motivação* de conteúdo jurídico e econômico. Trata-se de uma decisão proferida por todo um corpo de técnicos altamente especializados, desde os economistas que compõem os órgãos instrutórios até aqueles que, em conjunto com juristas especializados, proferem a decisão de mérito.

Em 1973, a obra de Richard A. Posner dá seguimento ao movimento surgido na Universidade de Chicago com Aaron Director e Ronald H. Coase, propugnando pela adoção de uma metodologia adequada ao tratamento de questões jurídicas cujo cerne é o elemento econômico. As decisões que tratam de questões ligadas ao Direito da Concorrência têm que acatar certos balizadores como o da *eficiência*, o da *maximização da riqueza* ou da *felicidade*. Procura-se uma decisão que leve os interessados a um posicionamento em que haja menor *custo* e maior *benefício*. Ora, a avaliação desses parâmetros dentro de uma situação concreta que se antepõe ao juiz exige deste uma sólida preparação e conhecimento econômico.

Em recente estudo promovido pela OCDE se discutiu a visão de diversos magistrados – vinte juízes de quatorze países –, envolvidos com o desafio de decidir questões suscitadas pelos conflitos da vida econômica.

⁵ JACQUEMIN, Alexis et SCHRANS, Guy. Éléments structurels d’une magistrature économique. *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 1977, nº 3, Juillet-Septembre, p. 421-434.

Dentre as opiniões colhidas, vale ressaltar a de uma juíza do Tribunal de Apelação do Sétimo Circuito dos Estados Unidos e a de dois juízes federais do *Competition Tribunal* do Canadá.

A juíza Diane P. Wood assinala que poucas áreas legais se apóiam mais diretamente sobre o conhecimento econômico do que aquela que visa a preservar ou a garantir a concorrência. Para condenar as práticas que sejam anticompetitivas e para garantir a liberdade de mercado, a lei de concorrência necessita de um dispositivo de proteção que selecione, para execução, somente as práticas que possam vir a prejudicar o mercado. Dentre esses instrumentos, a Economia se apresenta como *prima inter pares*, e conclui sua reflexão afirmando que:

“(…) a análise econômica desempenha um papel central nas decisões sobre concorrência. Os juízes, para decidirem ou reverem estas questões, devem ter acesso à prova trazida por ‘experts’ que apontarão para o resultado correto. Qualquer que seja o sistema, o conteúdo do direito que se lhes apresenta é profundamente econômico. E como a própria Economia é uma área que se muda e se desenvolve a cada dia, o próprio Direito deve incorporar a mesma espécie de flexibilidade; os americanos notam freqüentemente quão deplorável teria sido se a Lei Sherman tivesse ficado congelada quando das decisões econômicas de 1960. Isto não aconteceu porque os juízes, todos eles generalistas, foram capazes de incorporar os novos e recentemente desenvolvidos conhecimentos econômicos. O Direito se desenvolverá ainda nas próximas décadas, como ocorreu desde 1890. Com o crescente comércio transnacional e a promessa de maior cooperação entre as autoridades de concorrência, será mais importante do que nunca, para os judiciários de cada país, entender e analisar o papel que seus pares desempenham, quer na utilização da Economia, quer na mais abrangente aplicação do Direito”.⁶

O Juiz Federal William P. Mckeown, Presidente do *Competition Tribunal*, e o Juiz Federal Marshall E. Rothstein, membro do mesmo Tribunal,⁷ relatam os fundamentos em que se baseou o Parlamento canadense para a criação de um tribunal especializado:

⁶ WOOD, Diane P. The role of economics and economists in competition cases, *OECD Journal of Competition Law and Policy*, 1999, vol. 1, nº 1, p. 102.

⁷ O *Competition Tribunal* é formado por cinco juízes do Tribunal Federal e oito membros leigos, economistas e juristas. Vale ressaltar que na Finlândia o Tribunal da Concorrência é presidido pelo Presidente da Corte Suprema.

“Numa área de direito que se apóia tão firmemente na economia e no julgamento empresarial é muito importante ter um corpo decisório que tenha a ‘expertise’ para tratar com questões complexas de concorrência, ao mesmo tempo em que provê proteção legal. Nós propomos criar um corpo judicante inteiramente novo, o tribunal de concorrência. A finalidade deste tribunal será a de julgar questões não-criminais de concorrência. Sua composição compreenderá juízes e leigos experientes nas áreas de comércio, economia e negócios públicos.

Esta proposta trata de um dos problemas que temos reconhecido e com ele temos convivido por muitos anos, a complexidade das questões de concorrência. Tipicamente, as questões se referem a efeitos prováveis – efeitos futuros – e implicações de várias atividades empresariais, questões que têm de ser consideradas em seu contexto comercial e econômico. Respostas a questões como estas requerem comumente a aplicação não somente de uma ‘expertise’ legal mas a ‘expertise’ sobre como o mercado funciona”.⁸

A respeito da competência do tribunal criado, citam decisão proferida pela Suprema Corte do Canadá, no caso *Chrysler Canada Ltd. v. Competition Tribunal* [1992] 2 S.C.R. 394/406:

“Transparece claramente do *Competition Act* e do *Competition Tribunal Act* que o Parlamento criou o Tribunal como um ente especializado para tratar somente e exclusivamente com a Parte VIII do *Competition Act*, já que esta encerra questões complexas de direito da concorrência, como abusos de posição dominante e fusões”.⁹

As decisões que envolvem questões econômicas devem ser proferidas em tempo econômico, ou seja, somente serão eficientes e terão eficácia se ocorrerem com uma limitação temporal insuscetível de delongas. Essa exigência de celeridade não se compadece com a atual morosidade das decisões do Judiciário federal, decorrente certamente da enorme plethora de processos ali em tramitação. Pode-se perguntar, concretamente, quanto tempo tramitará o processo ajuizado pela Nestlé, impugnando a decisão

⁸ MCKEOWN, William P.; ROTHSTEIN, Marshall E. Judicial review of competition cases, *OECD Journal of Competition Law and Policy*, 1999, vol. 1, n° 1, p. 106-107.

⁹ MCKEOWN, William P.; ROTHSTEIN, Marshall E. Judicial review of competition cases, *OECD Journal of Competition Law and Policy*, 1999, vol. 1, n° 1, p. 107.

do CADE. Se o tempo necessário à decisão se pautar pelo andamento normal, de cinco a quinze anos, qualquer que seja a decisão, será ela inócua e ineficaz.

Outro questionamento é o relativo ao pronunciamento dos economistas em pareceres a favor ou contra determinado posicionamento. Diferentemente de um perito, que traz somente dados, somente matéria fática, o economista emite opiniões.

Relativamente ao artigo 29 da Lei nº 8.884/94, pode haver concomitância de procedimentos, um perante o CADE, outro perante o Poder Judiciário. Perante o CADE, o que se defende é o interesse público de preservação da liberdade e do equilíbrio do mercado, reflexamente incidente sobre o interesse das empresas que figuram no processo. O que se pretende prevenir ou reprimir junto ao CADE é o dano potencial ou efetivo ao mercado. Concomitantemente, pode a empresa pleitear perante o Poder Judiciário a reparação por perdas e danos pelo mesmo fato. Mas os parâmetros de prova nos casos de concorrência são diferentes dos que temos perante o Poder Judiciário. A análise econômica que se faz dos atos de concentração, das condutas infracionárias ou não à ordem econômica, impregna essas provas de uma forte influência do elemento econômico.

É importante lembrar que os conceitos, sempre vagos, de restringir “*substancialmente*” ou restringir “*indevidamente*” foram sendo aos poucos explicitados pela jurisprudência. Os artigos de lei, quer da Lei *Sherman*, quer do Tratado de Roma, não descrevem condutas. Simplesmente se referem a atos que possam restringir ou eliminar a concorrência. Cabe aos tribunais a explicitação e análise dos atos que possam afetar o mercado.

Observe-se, por exemplo, o direito norte-americano, onde a Suprema Corte, no início da aplicação (*enforcement*) da Lei *Sherman*, deu sua contribuição à fixação de conceitos econômicos e à sua inserção no contexto judicial, aceitando também a contribuição da tradição inglesa, como se pode ver nos seguintes exemplos:

➤ *Nordenfelt v. Maxim Nordenfelt Guns & Ammunition Co* [1894]: conceito de “*cláusula ancilar*” e também o de “*razoabilidade*”.¹⁰

¹⁰ “It is a sufficient justification, and indeed it is the only justification, if the restriction is reasonable – reasonable, that is, in reference to the interests of the parties concerned and reasonable in reference to the interests of the public, so framed and so guarded as to afford adequate protection to the party in whose favor it is imposed, while at the same time it is in no way injurious to the public.” – [1894] A.C. at 565.

➤ *United States v. E.C. Knight Company* [1895]: conceito de “*dano potencial*”.¹¹ No direito penal e no civil é inviável o pedido de reparação pela possibilidade de um dano que possa vir a ocorrer. No direito da concorrência, a lei impõe ao CADE o dever de prevenir, de evitar o que se denomina dano potencial.

➤ *United States v. Trans-Missouri Freight Association* [1897]: nessa decisão vêm explicitados os conceitos de “*contrato restritivo do comércio*” e aplicação da “*regra per se*”¹² e também analisada a questão dos efeitos dos contratos entre empresas e seus “*efeitos para o consumidor*”.¹³

Como já enfatizado acima, a submissão das decisões do CADE ao Poder Judiciário exige deste um conhecimento atualizado e perfeito da vida econômica e de seus desdobramentos. Ao tratarmos da utilização de conceitos econômicos na decisão judicial, deveremos mencionar alguns deles, sem pretensão de nos atermos a todos.¹⁴ No caso *Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc.* contra a Comissão das Comunidades Europeias encontramos a conceituação de mercado relevante. Ali está evidenciado que:

“a definição do mercado relevante, quer quanto ao produto quer quanto ao aspecto geográfico é o primeiro passo para a análise de qualquer questão concorrencial. A delimitação do mercado relevante

¹¹ “All the authorities agree that, in order to vitiate a contract or combination, it is not essential that its result should be a complete monopoly; it is sufficient if it really tends to that end and to deprive the public of the advantages which flow from free competition.”

¹² “(...) but all contracts are included in such language, and no exception or limitation can be added without placing in the act that which has been omitted by Congress. (...) It may be urged that Congress had in mind all the difficulties which we have before suggested of proving the unreasonableness of the rate, and might, in consideration of all the circumstances, have deliberately decided to prohibit all agreements and combinations in restraint of trade or commerce, regardless of the question whether such agreements were reasonable or the reverse” (*United States v. Trans-Missouri Freight Association*. 166 U.S. 290).

¹³ “By reason of this fact the action of this corporation in establishing the rates to be charged largely influences the net profit (...) and also largely influences the price to be paid by every one who consumes any of the property transported over the line of railway...”

¹⁴ A Comissão Europeia publicou um Glossário que pode trazer bons subsídios para o entendimento desses termos: “*Glossary of terms used in EU competition policy: Antitrust and control of concentrations*”.

é de uma importância essencial, pois as possibilidades de concorrência somente podem ser apreciadas em função das características dos produtos, em virtude das quais estes produtos seriam particularmente aptos a satisfazer necessidades constantes e seriam pouco intercambiáveis com outros produtos. Para poderem ser considerados como constituintes de um mercado distinto, os produtos em questão devem individualizar-se não somente pelo simples fato de sua utilização para a embalagem de certos produtos, mas também por características particulares de produção que os tornem especificamente aptos para esta destinação.¹⁵

Na célebre decisão *U.S. v. E. I. du Pont de Nemours & Co.*, em que se questionava sobre o monopólio do papel celofane e conseqüente possibilidade de preço unilateralmente, ficou notória a definição do mercado relevante quanto ao produto.¹⁶ Ali se questiona sobre o critério da *substituibilidade* como definidor do mercado.

Na União Européia, é célebre o caso *Cembureau*, examinado na Decisão da Comissão Européia de 30 de novembro de 1994 – nº 94/815EC – em que se analisa o mercado relevante geográfico. A Comissão demonstra que o cimento tem condições de ser produzido na Grécia e vendido na Inglaterra,¹⁷

¹⁵ Cour de Justice des Communautés Européennes. Arrêt de la Cour. Affaire 6-72, du 21 février 1973. *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. contre Commission des Communautés européennes*.

¹⁶ *U.S. v. E.I. du Pont de Nemours & Co.* – 351 U.S. 377 (1956) – “Determination of the competitive market for commodities depends on how different from one another are the offered commodities in character or use, how far buyers will go to substitute one commodity for another. Where there are market alternatives that buyers may readily use for their purposes, illegal monopoly does not exist merely because the product said to be monopolized differs from others.”

¹⁷ Na decisão está dito: “Du point de vue géographique, le marché du ciment peut être vu comme un ensemble de marchés, tournant autour des différentes usines, juxtaposés les uns aux autres et couvrant toute l’Europe. (...) Si les producteurs ne sont pas unanimes sur la distance que le ciment peut parcourir d’un point de vue économique, la Commission n’est pas en mesure, pour sa part, de déterminer cette distance, car elle doit se limiter à des constatations factuelles (...) on peut affirmer de façon générale que, dans un système concurrentiel, la distance que le ciment peut parcourir est fonction de plusieurs facteurs tels que la taille de l’usine de production, le degré d’utilisation de la capacité de production, les frais de production, le moyen de transport et le coût de chaque moyen de transport et les prix pratiqués sur les divers marchés. (...) Les livraisons des producteurs grecs en Grande-Bretagne et en Italie et la menace de livraisons dans d’autres marchés européens a donné lieu au

donde ter concluído que o mercado relevante geográfico é o da Europa, contrapondo-se à afirmativa das empresas, que diziam que o cimento somente era transportável dentro de um raio de 150 (cento e cinqüenta) a 200 (duzentos) quilômetros a partir da fábrica.

Há um caso interessante, também vinculado a cimento, que foi decidido pelo CADE em 2000, relativamente a uma fábrica de cimento próxima a Curitiba, a Itambé. A Votorantim comprou 38% de participação na Itambé e

soi-disant ‘problème grec’; Titan a pu installer un terminal pour livrer de façon stable du ciment au Royaume-Uni, de même que Titan et les autres producteurs grecs ont pu installer des points de livraison en Italie et en France. (...) Il ressort de ce qui précède que l’Europe constitue le marché en cause formé par un ensemble de marchés juxtaposés et interdépendants. (...) S’il est exact que le ciment, produit pondéreux à faible valeur ajoutée, se prête difficilement par nature à des transports sur longue distance, il reste qu’aucune règle générale de limite économique au transport de ce produit ne peut être retenue. Les distances de transport économiquement acceptables dépendent en effet des coûts de production de chaque usine, des économies d’échelle réalisées à la suite des concentrations et des moyens de transport utilisés (route, rail, voies fluviales ou maritimes). Au demeurant, s’agissant d’un produit banal et interchangeable quelle que soit sa provenance, toute offre de produit même de faible quantité, à un prix même légèrement inférieur au prix proposé par un producteur local entraîne des conséquences par l’effet d’annonce qu’elle comporte, qui peuvent être considérées comme ayant un caractère perturbateur sur les niveaux de prix ou de transactions commerciales dans la mesure où de nombreux acheteurs soit différent dans la mesure du possible leurs achats, soit font pression sur les producteurs locaux pour obtenir un alignement des conditions de prix, de nature à créer des effets tels que décrits au point (7) ci-après. (...) (7) L’ensemble des marchés qui se chevauchent sont interdépendants les uns des autres et toute action qui se vérifie sur un marché donné risque de se propager, comme une vague, sur les marchés les plus lointains. Ceci est démontré par les faits suivants. Les réunions des Chefs de Délégation de Cembureau (voir infra pr. 19), réunissant donc toute l’industrie européenne, même l’industrie non concernée directement au moment des faits, ont eu lieu pour éviter que le phénomène des échanges intra-communautaires ne s’étende en volume et en gravité et pour conseiller de réduire les écarts de prix entre les marchés dans le but de limiter les tentations d’exporter. Les accords entre producteurs grecs et espagnols au sein de Cement Marketing Association ont été appréciés comme étant fondamentaux pour l’équilibre en Europe. La réaction aux exportations grecques au Royaume-Uni et en Italie a été une réaction collective de l’industrie européenne parce qu’on a estimé que la coopération entre toute l’industrie européenne était essentielle pour sauvegarder la stabilité de cette industrie et pas seulement celle des pays menacés. Il ressort de ce qui précède que l’Europe constitue le marché en cause formé par un ensemble de marchés juxtaposés et interdépendants.” (Decisão da Comissão de 30 de novembro de 1994, número 94/815/EC, 11. – “*Le marché en cause*”).

o levantamento que foi feito naquele processo dizia que o mercado relevante geográfico era delimitado pelos Estados do Rio Grande do Sul, Paraná e Santa Catarina. Se adequada essa delimitação, a operação teria que ser desfeita, porque levaria a Votorantim a uma grandeza de participação de mercado possivelmente danosa à concorrência. Mas a ampliação da análise de mercado deixou patente que o mercado relevante geográfico era, na verdade, constituído pelos Estados da região Sul e Sudeste, incluindo-se também o Sul do Mato Grosso.

Outro conceito que vem sendo desenvolvido pela jurisprudência é o de posição dominante e o de abuso. É óbvio que a simples detenção de uma posição dominante não pode ser objeto de oposição dos órgãos de defesa da concorrência, pois que pode ela ser fruto da eficiência de uma empresa. Mas há limites objetivos, para além dos quais passa a existir o abuso. Do ponto de vista lingüístico, a palavra “*abuso*” é constituída pelo prefixo “*ab*” que traz a idéia de afastamento, de distanciamento. Existe um “*uso*” normal e coerente com a destinação, com a lei. O afastamento desse uso normal, legal, constitui-se em abuso. Nesse sentido:

“Com efeito, a constatação da existência de uma posição dominante não implica de *per se* nenhuma restrição relativamente à empresa analisada, mas significa somente que lhe incumbe, independentemente das causas de uma tal posição, uma responsabilidade particular de não causar qualquer lesão, através de seu comportamento, a uma concorrência efetiva e não falseada no mercado comum”.¹⁸

A conceituação do abuso veio também através da jurisprudência. O Tribunal de Justiça da Comunidade Européia contribui com duas decisões muito importantes, *Continental Can* e *Hoffman La Roche*:

“A partir disto, a Comissão se esforçou antes de tudo para justificar a tese que acabamos de expor, apoiando-se no artigo 86 (hoje 82), alínea 2, ‘ b’, e para qualificar de *abusiva* uma restrição da concorrência em razão do aumento do poder econômico, porque, num caso desse, a limitação das possibilidades de escolha dos consumidores pode comprometer seus interesses. Para ela, o recurso aos princípios e aos objetivos do Tratado, como se pode deduzir do preâmbulo (garantia de

¹⁸ Tribunal de Justiça das Comunidades Européias. Decisão 322/81, de 9 de novembro de 1983. *NV Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin* contra Comissão des Comunidades Européias.

uma concorrência ‘leal’) e do artigo 3 ‘f’ (estabelecimento de um regime que garanta que a concorrência não é falseada no mercado comum), desempenha a respeito um papel essencial. Além disso, ela extrai do artigo 85 (hoje 81) um princípio básico, que pode ser determinante para o direito da concorrência do Tratado, ou seja, o princípio segundo o qual a concorrência não deve ser eliminada ‘em parte substancial dos produtos interessados’.¹⁹

A noção de exploração abusiva é uma noção objetiva que visa os comportamentos de uma empresa em posição dominante que são de natureza a influenciar a estrutura de um mercado em que, justamente como consequência da presença da empresa em questão, o grau de concorrência já está enfraquecido e que têm por efeito criar obstáculo, com o recurso a razões diferentes daquelas que governam uma concorrência normal dos produtos ou serviços com base nas prestações dos operadores econômicos, à manutenção do nível de concorrência existente ainda no mercado ou ao desenvolvimento desta concorrência”.²⁰

Observem, portanto, que são critérios econômicos permeados em todas as decisões de tribunais de concorrência e que devem ser levados em conta pelo Poder Judiciário. Em que medida pode este Poder reanalisar questões já decididas pelo CADE? Não podem estas questões ser devidamente decididas sem um conhecimento suficientemente profundo das questões econômicas. Aliás, retomando o pensamento da Corte Suprema do Canadá na decisão acima referida, não tem sentido o legislador ter criado um órgão com competência tão especializada em matéria econômica se a questão nodal de mérito – decidida discricionariamente, mas motivada e fundamentadamente – puder ser revolvida inteiramente por um tribunal generalista.

Aliás, Posner inicia seu livro *Economic Analysis of Law* afirmando que o jurista não precisa ser economista, mas precisa entender de economia, assim como o economista não precisa ser jurista, mas precisa entender de direito.²¹ Assinale-se que é lamentável que as nossas faculdades de Direito não sejam

¹⁹ Tribunal de Justiça das Comunidades Européias. Decisão 6-72, de 21 de fevereiro de 1973. *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc.* contra Comissão das Comunidades Européias.

²⁰ Tribunal de Justiça das Comunidades Européias. Decisão 85/76, de 13 de fevereiro de 1979. *Hoffmann-La Roche & Co. AG* contra Comissão das Comunidades Européias.

²¹ POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*, 6th ed. Boston, Little, Brown and Company, 2002, 802 p.

também faculdades de Economia, já que são duas ciências humanas que se entrelaçam substancialmente. Não podemos questionar matérias de concorrência sem um conhecimento igualmente profundo de Direito e de Economia.

A experiência nos ensina ainda que nessa área especializada vem ocorrendo cada vez mais uma influência do *common law*. As decisões do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância da Comunidade Européia são um exemplo de como são importantes os precedentes e de como os conceitos de cunho jurídico e econômico vêm sendo definidos e precisados pelas decisões judiciais.

Ocorre ainda, na área de concorrência, o esforço coordenado pela OCDE para uma interação dos órgãos administrativos e dos Tribunais para prevenir e para reprimir os atos que possam por qualquer forma restringir ou eliminar a concorrência. Essa tendência vem se afirmando principalmente no que se refere a fusões (*mergers*) e a condutas, principalmente o cartel. Quando se decide, por exemplo, uma questão de cartel, um tribunal brasileiro precisa de provas que já foram produzidas na França, na Alemanha ou nos Estados Unidos. Se não houver essa cooperação entre os órgãos de concorrência e entre os tribunais que decidirem as questões de concorrência, não se conseguirá punir nenhum cartel. Saliente-se que essa conduta pode ser praticada – e muitas vezes o é – por empresas que atuem em diversos países.

Vejam, portanto, que a discussão da judicialização do processo por infração à ordem econômica nos leva, mais que a repostas taxativas, a uma reflexão. Creio que será este o resultado de um seminário a que comparece um número tão expressivo de juízes federais, para um contato com especialistas em Direito da Concorrência e com integrantes do Tribunal da Concorrência.

Muito obrigado pela atenção!

ARTHUR BADIN

Procurador-Geral do CADE

Bom dia a todos, senhores magistrados, advogados públicos e privados, professores, membros do Ministério Público, amigos, senhores e senhoras!

Início minhas palavras aqui fazendo uma homenagem ao IBRAC e à AJUFE pela iniciativa e pelo senso de oportunidade em pautar este tema no debate jurídico nacional.

Para esse debate, que é importante, pertinente e bastante oportuno, vou trazer alguns dados para demonstrar – como já indica o próprio tema do evento – o aumento da participação do Judiciário na revisão e no controle dos atos do CADE e nas políticas de defesa da concorrência do Direito Econômico.

O CADE experimentou nos últimos dez anos uma notável consolidação institucional. Criado em 1962 – na verdade em 1945, com o nome de batismo Comissão de Defesa Econômica –, passou efetivamente a funcionar vinculado à Presidência da República e depois ao Ministério da Justiça, todavia, sem independência. Em 1994 foi editada a Lei nº 8.884/94, que cria a análise de atos de concentração e dá um novo estímulo à defesa econômica no Brasil, coerente, aliás, com a política de liberalização da economia, abertura dos mercados e que coloca a defesa da concorrência como um dos pilares da política econômica. Não por acaso, entre 1962 e 1993 o CADE julgou menos de trezentos processos apenas, o que dá uma média de menos de dez processos por ano, pois era um órgão cuja missão institucional era incompatível com a própria política econômica então vigente no começo da Nova República, de intervenção, de controle de preços, com tabelamento de preços, congelamento, etc. Nota-se facilmente a partir do aumento desses números uma curva significativa da consolidação da atividade processual do CADE.

Este *slide* mostra a trajetória dos atos de concentração condenados por intempestividade. O pico em 2000/2001 se deve tanto aos processos de privatização, nos quais se tem uma intensa atividade de concentração de operação econômica, como também ao crescente aprendizado da comunidade jurídica, das empresas e do próprio CADE de como notificar os atos de concentração, que foi algo criado em 1994.

Este *slide* apresenta um histórico dos atos de concentração reprovados ou aprovados com restrições. O aumento significativo nos últimos três anos deu-se sobretudo por conta da preocupação do CADE com as cláusulas anticompetitivas ou de restrição à concorrência, pactos de não restabelecimento.

Este traz o histórico dos processos administrativos para apurar condutas condenadas. O gráfico demonstra nitidamente a intensividade das condenações nos últimos três anos e exemplifica um aumento da eficiência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência na repressão das infrações à ordem econômica, sobretudo aos cartéis. Demonstra também a implementação pela Secretaria de Direito Econômico de modernas técnicas de investigação de condutas anticompetitivas, notadamente a celebração de acordos de leniência, a realização de buscas e apreensões, inspeções e de atuação sinérgica

em parceria com a Polícia Federal e com o Ministério Público, deixando os resultados bastante visíveis. Note-se que no período de 1962 a 1993 havia uma condenação a cada dois anos, o que representava uma atividade, como o Professor Botelho mencionou, bastante insignificativa e pouco relevante.

Se da mesma forma com que o CADE se consolidou como autoridade de defesa da concorrência e suas decisões são também cada vez mais reconhecidas pela comunidade pelo ganho em tecnicidade, apuro e independência institucional, inevitavelmente se desloca o debate do âmbito do CADE para o Judiciário. A decisão do CADE não deixa de ser um ato administrativo e está – sendo mesmo bom que esteja – sujeito ao controle do Poder Judiciário. O gráfico mostra bem esse processo de transferência do foro, do *locus* da discussão do CADE para o Judiciário.

Neste *slide* o gráfico mostra bem o número de processos distribuídos envolvendo o CADE ao longo da última década, sobretudo nos últimos quatro anos da atividade processual judicial referente às decisões do CADE.

Não obstante essa intensificação da atividade, esse fortalecimento institucional, essa judicialização da política, apresento números que são escandalosos e bastante preocupantes para todos nós brasileiros, relacionados à execução pífia das decisões do CADE. Os professores certamente não enxergam, mas entre 2002 e 2004, das multas aplicadas por condutas anti-competitivas, em média, menos de 3% foram recolhidas efetivamente para o Centro de Defesa de Interesses Difusos, que é o destinatário das multas fixadas pelo CADE. Nos caso de multas aplicadas em atos de concentração esses números melhoram um pouco, atingindo uma média nos últimos seis anos de 50%. Ainda assim é bastante insignificante em relação ao total.

Esses números preocupantes nos incitam à reflexão sobre quais são as razões desta inefetividade ou pouca efetividade da implementação das decisões do CADE. Faço *mea culpa* institucional, não propriamente minha, mas da Procuradoria, que, por sinal, tem uma estrutura que não é a ideal. O CADE atua em todo o território nacional e somos apenas doze procuradores. Certamente um número insuficiente para dar conta de todo o trabalho. Mas essa é uma situação inerente a todo serviço público em geral. Penso que a Procuradoria errou no foco de atuação nos últimos anos, ao priorizar a atuação administrativa interna, os pareceres em atos de concentração e processos de conduta, em detrimento da atuação judicial no contencioso. A Doutora Adriana, aqui presente, foi durante muito tempo a única procuradora que cuidava de todos os casos de contencioso do CADE no Brasil, o que explica em parte aqueles números. Outra parte que era pouco cuidada e agora passa

a ser prioridade na Procuradoria diz respeito a uma dívida criada há muito pouco tempo e que começa a ser implementada com maior efetividade, urgência e rigor.

Com relação à atuação do Poder Judiciário, o CADE, assim como imagino a Administração Pública em geral, sofre muito com as concessões de liminares desprovidas de qualquer fundamentação quanto à verossimilhança da alegação, fundadas apenas no risco do dano que seria a implementação da decisão do CADE, que, por lei, tem aplicação imediata. Essa prática acaba subvertendo e transformando o Judiciário numa instância administrativa recursal, com efeito suspensivo, ou seja, só se consegue implementar as decisões do CADE depois que, invariavelmente, há ações judiciais das decisões do CADE. Lidamos com empresas com poder econômico, com valores altos, que justificam o custo judicial, a concessão de liminares sem o apuro, o cuidado, a preocupação de identificar se de fato aquilo que se alega tem alguma procedência. Acabam transformando as mais vergonhosas sutilezas jurídicas, filigranas processuais em verdadeiras teses que por anos mantêm suspensas as decisões do CADE. É certo que o processo chega muito complexo, com pareceres econômicos, muitas vezes com volumes e volumes de autos, sendo até injusto esperar do magistrado, que tem dez mil processos na Vara, que faça uma análise tão apurada, a qual, entretanto, é realmente necessária.

Observo nesse ponto a inversão daquela velha presunção de legalidade, de legitimidade do ato administrativo, que se transformou hoje em suspeição do administrador, isto é, se veio da Administração, tem alguma coisa errada, portanto melhor dar liminar porque, na dúvida, o administrador abusou, errou ou exacerbou. Isso tem uma explicação histórica.

Num passado não tão distante, houve um Estado que realmente abusava, era ilegítimo e praticava arbitrariedades. Ao Poder Judiciário competia um papel importantíssimo na garantia dos direitos. O que me parece, contudo, é que já comemoramos quinze anos de reabertura democrática e o Estado passa por um novo estágio e grau de legitimação, sendo agora importante que o pêndulo volte um pouco para o meio. A nossa presença aqui, prestigiando esse tipo de debate, é para mostrar que existem pessoas sérias, preocupadas com a consecução do bem comum e do bem-estar social.

Honras sejam feitas para justificar um pouco aqueles números tão desalentadores. A maioria das decisões liminares – e hoje quase não há decisões dessas que eu ignore – tem exigido depósito judicial da multa para que a executibilidade da decisão possa ser suspensa, por expressa determinação da Lei nº 8.884/94, que deixa muito claro que para a suspensão das execuções

das multas, só com depósito no valor, e para a suspensão das obrigações de fazer, só com caução. A lei é muito clara ao expressar depósito judicial, não se tratando este de penhora de Kombi, nem de imóvel no meio do oceano.

Quanto ao limite e como é feito hoje o controle judicial das decisões do CADE, grande parte das decisões se limitam a verificar a conformidade do processo administrativo aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da legalidade, respeitando a separação entre o mérito do ato administrativo e a segurança, a correição do procedimento e a legitimação da decisão administrativa. Existem casos, porém, em que todas as decisões não são definitivas, pendendo de recursos. No caso do cartel do aço, por exemplo, o magistrado alterou a decisão do CADE para subtrair-lhe uma fundamentação. O CADE havia condenado o cartel por dois fundamentos, o A e o B, e o magistrado disse que pelo fundamento A não se geraria a consequência da multa, mas como o fundamento B está de acordo com a lei, manteve a decisão.

O caso do cartel do vergalhão é um dos exemplos de controle de legalidade das provas e de atos processuais. Algumas decisões, por sua vez, invadem o mérito com profundidades e formas diferentes. No caso do cartel dos postos do DF o magistrado, adotando implicitamente a teoria dos motivos determinantes, analisou os motivos deduzidos pelo CADE na fundamentação da decisão, tomou-os como válidos, mas negou a consequência, aduzindo que daqueles fatos não decorriam esta consequência que o CADE firmou, ou seja, não havia relação causal entre os fatos e a multa aplicada pelo CADE, anulando, por fim, a imputação da multa.

Há casos em que, entrando propriamente no mérito – como o do Shopping Iguatemi e o das tabelas médicas –, as sentenças reiniciam toda a discussão. O Professor João Bosco mencionou casos em que se faz mister a definição de mercado relevante. Neste caso o juiz disse com todas as letras que o CADE tinha definido errado o mercado relevante e, portanto, não havia poder de mercado, nem a condenação se justificava. Em outros casos – de Unimed, de elevadores, por exemplo –, o CADE fixou multa, suponhamos, em 5% – com base na lei que lhe permite fixar multas entre 1% e 30% –, e o magistrado modificou para 2%, alterando a decisão nesta margem de manobra que a lei outorga ao Conselho decidir quanto à sanção.

Noutros casos, com intervenção ainda maior, que excede até a própria lei, a operação foi apresentada intempestiva e, embora a lei determine a aplicação de sanção, a taxa de ato de concentração de quarenta e cinco mil reais, já muito alta, foi paga, não ensejando o pagamento de multa, posto que seria desproporcional, ficando, então, isento de pena.

No caso Nestlé, não na ação proposta pela empresa, mas na proposta pelos funcionários, o sindicato no Espírito Santo, evocando os princípios jurídicos do valor social da propriedade e da busca pelo pleno emprego, visou a incluir uma determinação de política pública na decisão do CADE, aduzindo que a venda autorizada pelo CADE deve ser – como foi determinada pelo juiz – uma venda conjunta dos ativos, para não ameaçar nem a continuidade das atividades daquela empresa naquela cidade, nem os empregos. O CADE, portanto, além da concorrência, também devia ter se preocupado em fazer política de emprego, industrial e justiça social.

Isso tudo é um aperitivo para a reflexão sobre quais são os limites para a intervenção. O Professor Botelho de Mesquita ressaltou bem essa absoluta fluidez que hoje torna difícil determinar até onde pode haver essa intervenção, porque o juízo de legalidade já comporta um juízo de razoabilidade. Um retorno aos institutos clássicos, pela tradição, que pelo menos consiga nos dar algum norte para decidir as velhas dicotomias entre ato administrativo discricionário ou vinculado seja talvez necessário. Observo que se gasta muita energia em decisões judiciais, em material doutrinário tentando definir se a visão do CADE é um ato administrativo discricionário ou vinculado. Essa definição é útil para distinguir o preto do branco, mas ela não resolve, pois hoje, 99% das situações se encontram numa zona cinzenta, na qual se tornou insuficiente o ponto de vista metodológico desenvolvido ao longo do século XX, sobretudo em decorrência de fatores como a judicialização com o estado de bem-estar social. A partir daí, judicializam-se as políticas públicas, que passam a ser normas constitucionais; o juízo de legalidade, à frente deste contexto no qual as políticas que se inserem através de princípios, acaba levando a um politeísmo de valores, no sentido de que o Estado tem que zelar pelo meio ambiente, zelar pelo pleno emprego, buscar a concorrência, mas também cuidar da política industrial. Ou seja, existem valores que são almejados pela sociedade, normatizados pelo sistema jurídico e que tornam a aplicação do Direito uma tarefa tão trivial quanto se imaginava no tempo de Duguit e desse instrumental do século XIX.

Por outro lado, o estado do bem-estar social, interventor e indutor da política econômica, muitas vezes assume a função de juiz, a função judicante. É o caso do CADE e das agências reguladoras, com um papel administrador/legislador. Não é possível negar – o Professor Comparato já alertava sobre isso na década de 60 – o fato de que há uma atividade normativa, exuberante e profícua exercida pelo Banco Central, pelas agências reguladoras, porque são contingências do novo estágio da economia que reclama esse tipo de intervenção e de atuação.

O que torna muito difícil dizer se o ato administrativo do CADE é vinculado ou discricionário é o fato de o Conselho exercer uma função judicante em que está vinculado à lei, e também, como o Professor João Bosco levantou, ter uma atuação com forte conteúdo de política pública e de opção de política pública. Teorias confirmam o fundamento de que no ato administrativo discricionário não pode o Judiciário se imiscuir, exceto para controlar razoabilidade, legalidade e proporcionalidade. Ou seja, pode tudo. A Lei nº 8.884/94 elege conceitos jurídicos indeterminados ou usa expressões de textura semântica esgarçada, aberta, que permitem e exigem uma escolha.

Muitos desses conceitos, por um lado, não são predeterminados, como o abuso – levantado pelo Professor João Bosco –, o aumento arbitrário de lucros, o potencial de gerar danos à concorrência, os atos que possam causar ou restringir a concorrência, os atos de concentração. Por outro, a lei confere margens de manobra de decisão, multa de 1 a 30%, o CADE pode escolher se vai incluir multa com as sanções, se vai ser publicação em jornal, se vai ser só multa pecuniária, se vai ter obrigação de fazer. O fato é que é preciso fazer uma escolha diante desses conceitos jurídicos indeterminados e quero passar ao largo da discussão se essa completção de sentidos é discricionária, como diria Celso Antonio Bandeira de Mello, se é vinculada ou, ainda, se é vinculada e, na verdade, não existiriam conceitos jurídicos indeterminados, mas tão somente o Direito, a avaliação legal e, portanto, uma única interpretação legítima, que seria a feita pelo Judiciário.

Como dito, é preciso fazer escolhas, quer seja completando o conteúdo semântico de expressões, quer seja decidindo dentro da margem de manobra dada pela lei, quer seja, como diz a Paula Forgioni, aplicando as normas antitruste como instrumentos de implantação de políticas públicas. O Professor João Bosco ressaltou essa peculiaridade e sabemos que política pública é cobertor curto, que nos obriga eleger prioridades, não sendo possível açambarcar todos aqueles interesses da sociedade.

Fica então a pergunta: quem deve fazer as escolhas? Há duas correntes de pensamento que conquistaram corações ao longo do século XX: de um lado, a escola de interesse público e, do outro, *Public thru Economics*.

A escola do interesse público, muito simplificadamente, diz que os agentes na sociedade agem maximizando suas utilidades pessoais, isto é, são agentes racionais e maximizam uma função pessoal de utilidade. Assim é o Estado, que maximiza uma atividade social, uma utilidade social. O interesse público é definido a partir de um esforço interpretativo, do ordenamento, do qual se pode extrair qual é o interesse público, transformando-se tudo numa

questão de boa interpretação, com as melhores técnicas de hermenêutica, a conjugação dos princípios, a ponderação de valores, o preceder através do pressuposto da Constituição. Para essa corrente, portanto, tudo é matéria de hermenêutica, de interpretação, pela qual o juiz consegue extrair do ordenamento qual é o interesse público.

A outra corrente tem uma proposta diferente, que inclui os agentes, inclusive os agentes públicos. Por ela, todos esses maximizam suas atividades pessoais e respondem a incentivos, sendo possível modelar as instituições com incentivos, com molduras tais que permitam que esses agentes busquem nas suas ações o interesse público. Muda-se aqui o foco da pergunta sobre qual é a melhor solução para o caso concreto: não mais se extrai, a partir de um processo interpretativo, olhando para a Constituição e para a lei, o conteúdo do interesse público, passando a vislumbrar qual a consequência das consequências dessas decisões para o bem-estar social, como essa decisão se implementa no conjunto da sociedade. Uma determinada solução pode ser muito justa e parecer adequada a um caso concreto, mas na verdade ela implica uma diminuição do bem-estar agregado da sociedade. Muitas vezes, todos perdem em decisões supostamente justas, em que se faz o mal querendo se fazer o bem.

Diante disso, ao comparar os desenhos institucionais do CADE e do Poder Judiciário, sem qualquer juízo de valor com relação a esses *trade off*, a essas opções que se colocam como vantagem e desvantagem de cada qual, observei que as decisões do CADE são mais permeáveis ao político do que as decisões do Judiciário. Essa permeabilidade ao político, por um lado confere alguma legitimação às decisões do CADE em relação ao Judiciário, porém perdem em termos de independência. Realmente não vou me pronunciar a respeito de qual é a melhor ou a pior, pois quero apenas provocar as reflexões.

Quanto à especialidade do julgador, a opção do CADE é tomada por especialistas, o que confere às decisões mais coerência com a técnica. Já as decisões do Judiciário são proferidas por generalistas, o que confere decisões mais coerentes com o sistema jurídico. O que melhor ou pior, não sei. Trata-se de uma questão de escolha.

Quanto às informações, o CADE possui mais dados. Tanto o CADE como as agências reguladoras possuem e compreendem dados de mercado, fazem o acompanhamento de mercado, possuindo informações que o Poder Judiciário não tem. Em compensação, o Judiciário tem dados das outras dimensões do sistema jurídico.

Quanto à coerência com a política regulatória, as decisões do CADE conferem, ao longo do tempo, uma coerência com as políticas do órgão. Ao

tomar uma decisão, o CADE leva em consideração o mesmo plexo de opções de políticas públicas, optando pelas que são coerentes entre as diversas decisões que são tomadas, posto que é o mesmo órgão que está tomando a decisão. Já no Judiciário há uma pulverização ideológica, uma loteria ideológica. Cada magistrado é um órgão independente e toma a decisão com relação à sua percepção de adequação à política econômica naquele caso concreto, o que resulta em decisões diferentes. Por outro lado permite uma construção jurisprudencial desses valores, que por vezes demora vinte anos, mas é uma forma diferente de construção atomizada, e não uma construção de política centralizada. Tudo isso se deve ter em mente para ponderar o que é melhor e claramente fazer as escolhas.

A interlocução das agências, assim como do CADE, é plural. O CADE toma uma decisão como resultado de ‘n’ vetores representantes dos interesses coletivos, dos interesses na sociedade, dos interesses das empresas, interesses dos consumidores, dos grupos de pressão política, de órgãos de defesa do consumidor e dos empresários. O desenho institucional do processo judicial submete o juiz a uma dialética dicotômica tradicional do processo judicial, em que se contrapõe acusação e defesa. Nesta lógica é difícil se representar interesses outros que vão ser afetados por aquela decisão, mas que não estão sentados naquela sala de audiência quando o juiz, por exemplo, decide diminuir os juros num contrato de *leasing* de automóvel porque de um lado está a dona Maria – que é uma senhora que vai precisar desse dinheiro para comprar remédio – e de outro está um banco grande – para o qual não vai fazer diferença nenhuma esses quinhentos reais de juros – e com tal decisão acha que está fazendo justiça. Por conta dessa dicotomia, é difícil fazer presente o interesse dos demais consumidores que deixaram de ter a possibilidade de contratar *leasing* de automóvel porque ficou muito caro, uma vez que o banco simplesmente repassa o prejuízo para o custo das outras operações de crédito. Se é bom ou ruim operações ficarem mais caras e pessoas deixarem de consumir determinado produto, é a consequência que se deve também ter em mente no momento da decisão.

Quanto à prioridade, o CADE e as agências antitruste tendem a priorizar o valor concorrência. Não porque ele releve ou descumpra os direitos e garantias individuais, mas por se tratar do valor principal que justificou a criação da agência, assim como no Procon o valor é o consumidor e nas agências reguladoras é o serviço público no mercado relacionado. O Judiciário é uma instituição criada e vocacionada historicamente para a defesa das garantias individuais. Os focos de priorização na análise são diferentes.

No que se refere ao controle moral, ao controle pelos pares, o constrangimento pela reputação, no caso do CADE e das agências, é feito pela Academia. Normalmente são professores que têm assento no Conselho e o constrangimento de uma decisão mal feita e mal pensada reflete na sua reputação perante os pares na Academia, o que aprofunda a tecnicidade da decisão. Com o juiz, também há controle pela Academia, mas este é feito sobretudo pelos tribunais, o que acentua aquele caráter de aderência ao sistema, de coerência ao sistema jurídico.

No que concerne ao *timing*, o CADE tende a tomar decisões mais céleres do que o Poder Judiciário. O desenho do Poder Judiciário pressupõe os recursos inerentes à jurisdição democrática. É importante que se tenha os recursos, mas eles tornam o processo judicial muito mais lento na tomada de decisão do que o processo administrativo e, na regulação de mercado, exige-se rapidez. Economia é dinâmica. Passados quatro anos talvez não faça mais sentido a execução de uma determinação de regulação de mercado.

Quanto ao prisma, isto é, à lente pela qual a norma é interpretada, no CADE é feita simultaneamente por juristas e economistas. No Judiciário é feita só por juristas, ainda que assessorados por economistas ou pelo técnico quando vai dar um parecer. Por um lado, esses prismas conferem uma outra visão da interpretação da norma; por outro, podem gerar interpretações contrárias ao Direito. Daí o Professor mencionar a importância da Procuradoria puxar os economistas para o jurídico.

Outra diferença nos contornos institucionais é que o CADE é um colegiado formado por 7 membros e o Judiciário, em primeira instância, é monocrático, o que traz vantagens e desvantagens de ambos os lados.

Por último, chamo a atenção para o quesito formalidade. A decisão, o processo administrativo do CADE é mais ágil, informal e permite uma busca mais aproximada da verdade do que o processo judicial, cuja produção de provas é ritualizada, solenizada o que, por seu turno, confere uma maior certeza na produção da prova.

Posto isso, quem deve fazer essas escolhas? Não sou eu quem vai responder. É o Poder Judiciário quem vai. Sou muito cético quanto à possibilidade de a dogmática jurídica apontar normativamente os limites dessa intervenção. Como vimos, a legalidade, a razoabilidade ao fazer o controle de legalidade e também os princípios jurídicos são amoldáveis. Hoje em dia, com o que se faz com os princípios jurídicos se justifica qualquer conclusão. Basta ir à prateleira, pegar o princípio jurídico que você quiser e qualquer coisa é justificável hoje. Até mesmo a escravidão é justificada hoje com base

no princípio da dignidade humana, uma vez que virou tudo retórica, virou tudo comunicação e, no final das contas, o Judiciário vai decidir quem decide.

Portanto, quando o juiz recebe um processo é pouco útil tentar determinar se o ato administrativo é discricionário ou vinculado, se conceitos jurídicos indeterminados têm uma compleição discricionária ou se não são interpretativos. O que releva é determinar qual é a instituição mais vocacionada a tomar uma decisão mais aderente ao interesse público, levando em consideração todos esses contornos, desenhos, molduras de incentivos e de constituição institucional que mencionei.

Em princípio, entendo que as garantias inerentes aos direitos individuais não têm como não serem revistas pelo Poder Judiciário. Essa instituição é feita para isso e todo seu desenho institucional converge para isso, para o controle de abusos. Discricionariedade não é arbitrariedade. As decisões discrepantes têm, portanto, um controle. Dúvidas surgem, todavia, quanto à segurança com que um magistrado monocraticamente revê uma decisão de mercado relevante feita pelo CADE, com a estrutura e condições decisórias que se tem. Sugiro a cada magistrado quando for analisar um pedido que pondere sob estas perspectivas. Penso que será mais útil que tentar achar uma resposta normativa na dogmática jurídica.

Trouxe alguns exemplos de jurisprudência comparada, dos quais vou ressaltar no tempo que me resta uma decisão da Suprema Corte norte-americana que ficou conhecida como doutrina *Chevron*. Basicamente, o que a Suprema Corte afirmou com essa decisão foi que quando a lei contém palavras de conteúdo ambíguo ou amplo, que permitem uma compleição razoavelmente discricionária por parte do intérprete é como se o Congresso tivesse relegado à agência reguladora a atividade de completar este sentido e, portanto, o Judiciário não poderia discutir. Se como níveis razoáveis de poluição a agência decidiu que eram 80 toneladas por metro cúbico, não caberia ao Judiciário, por qualquer critério que fosse – razoabilidade, proporcionalidade – intervir. É como se o Congresso tivesse outorgado ao Executivo a função de preencher lacunas. Dois caminhos decorrem dessa doutrina: a Corte tem que verificar se o Congresso tinha ou não uma intenção específica a respeito de determinado assunto. Se o Congresso claramente determinou algo, então não compete à agência decidir de forma diferente. Se não havia uma decisão específica, isto é, se o Congresso de fato negligenciou na especificação da política, quer seja porque isso é impossível de se fazer *a priori*, quer que seja porque ele não queria tomar uma decisão impopular naquela hora, quer que seja porque ele prefere mesmo outorgar aos especialistas, compete à agência e não ao Judiciário fazer a compleição do sentido.

O Tribunal de Primeiro Grau europeu manifestou-se no sentido de que a legitimidade do Tribunal permite-lhe efetuar uma verificação se a decisão não se baseou num fato materialmente inexato, numa motivação errada, equivocada, ou se não está viciada por algum erro de direito ou de algum manifesto erro de valoração ou de desvio de poder.

Ao apreciar o caso *Philip Morris*, a Corte de Justiça da Comunidade Européia também se manifestou no sentido de que o controle da decisão da comissão deve se limitar necessariamente à verificação da observância da norma de processo, da motivação, assim como da exatidão material dos fatos, da inexistência de erro manifesto ou da valoração ou de esvaziamento de poder. Enfim, na mesma coerência.

Por fim, o Superior Tribunal de Justiça aqui no Brasil tem reiteradas decisões no sentido de que a fixação da pena em processo administrativo disciplinar, se a lei outorga ao administrador escolher entre demissão ou suspensão por seis meses, compete ao administrador essa decisão e não ao juiz. Quando a norma delimita uma margem de manobra para o administrador, não pode o Judiciário intervir, a não ser obviamente se houver erro de fato na manifestação ou um erro de interpretação da norma. Não é esta consequência jurídica que a norma atribui.

Com isso concluo, sem trazer nenhum refresco, em verdade complicando a atuação do magistrado no controle judicial. Recordando Guimarães Rosa (citação no *slide*), para mim é muito fácil falar, pois não estou – nem gostaria de estar – na pele dos senhores que têm que decidir.

Muito obrigado e fico aberto para o debate!

SÉRGIO VARELLA BRUNA

Presidente do IBRAC

Nosso agradecimento ao Doutor Badin. Antes de passar a palavra ao plenário, como presidente da mesa achei pontos comuns nas exposições que foram feitas, partindo dessa idéia de que Direito e Economia devem se aproximar. Entendo que nós, como profissionais do Direito, podemos aprender com os economistas – assim como fazem os chamados institucionalistas, que estudam o papel das instituições, das normas, do Direito no desenvolvimento da Economia – para procurar uma maneira de fazer o sistema funcionar melhor, alcançar melhores resultados e assim ajudar o desenvolvimento do bem-estar e o desenvolvimento do país. Temos hoje em questão basicamente

o que os americanos chamam de *Standard of Review*: até onde o Judiciário pode rever as decisões da Administração e que passos deve dar para fazer essa revisão. Um ponto comum das brilhantes exposições que foram feitas é que é necessário dar-se à decisão administrativa aquilo que os americanos chamam de deferência judicial, ou seja, prestigiar a decisão administrativa por uma série de razões que foram aqui relacionadas. Para mim, a mais marcante é o fato de que as decisões administrativas tomadas pelo CADE decidem questões econômicas que trazem uma complexidade muito grande para administrar a aplicação das normas. Ouvi certa vez um conselheiro fazer uma colocação sobre economistas. Afirmava ele que se numa sala juntarmos três economistas para discutir uma determinada questão, haverá no mínimo duas opiniões e uma dissidência. As questões econômicas não são exatas e, como o Professor Bosco colocou, demandam julgamento. Decisões de questões econômicas envolvem julgamentos, tomadas de posição. Não é possível deduzir o que é correto em economia. Não é possível confiar totalmente no laudo de um perito para saber qual é o fato certo e a partir dele editar uma norma.

Outra questão colocada, que considero de suma importância, é que é preciso ter alguma celeridade nas decisões que envolvem temas econômicos, para que essas sejam capazes de alcançar sua finalidade, atingindo seu fim econômico. As decisões existem para reorganizar, para trazer a competição de volta à normalidade. Se isso não acontecer no devido tempo, a decisão pode não atingir o objetivo a que se propunha.

Logo, a questão jurídica que temos é como enquadrar aos nossos conceitos jurídicos – e temos essa mania de tentar enquadrar tudo em conceitos já estabelecidos pela doutrina – essa necessidade de preferência judicial.

O Professor Mesquita trouxe a idéia de que o CADE exerce juízos políticos e, por isso, talvez não seja possível ir para o campo da discricionariedade. Chamo a atenção para a possibilidade de desenvolver essa deferência judicial nos campos do princípio da legitimidade e da legalidade, não necessariamente reconhecendo a imunidade judicial do conteúdo da decisão. Ou ainda buscar um novo modo de raciocinar sobre o grau de deferência que será dado a uma decisão por um órgão especializado. Essa questão sobre até onde vai a questão judicial e que passos deve dar cabe a todos debatermos. É um tema que coloco para o plenário, apenas lembrando que o tópico do nosso painel de hoje é essa questão ligada aos processos de decisão de condutas. É exatamente nessa questão das condutas em que deve, talvez, haver uma modificação do grau de deferência com relação àquilo que ocorre nos atos de concentração.

Com essas avaliações, pretensiosamente resumo as colocações feitas no painel e abro às observações do plenário.

DEBATES**ELIZABETH FARINA***Presidente do CADE*

Quero fazer uma pergunta ao Professor José Ignácio Botelho de Mesquita. O senhor mencionou que é possível concomitantemente um caso ser analisado na Justiça e no CADE e o CADE poderia atuar como assistente da Justiça. Como isso se daria? Se o CADE ainda não decidiu e o CADE é um colegiado, qual a posição que ele vai desempenhar nesta assistência se ele ainda não decidiu, ainda não analisou o caso? Quem é que vai falar em nome do CADE se a decisão é colegiada?

Gostaria também de ouvi-lo sobre outro ponto. O senhor mencionou que um cartel pode não ser necessariamente ruim. Pelo menos do ponto de vista econômico não vejo como isso pode acontecer. Se o cartel na teoria, literatura e doutrina econômica é definido como uma ação coordenada de concorrentes visando a dividir mercados e controlar os preços, não há possibilidade de haver eficiências ou alguma coisa que compense o impacto que esse cartel gera numa economia. Trata-se de um daqueles poucos casos em que não vejo muita discordância entre os economistas, a não ser que assumam pressupostos bastantes diferentes do que a literatura tem colocado.

JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA*Professor Titular da FADUSP*

Em primeiro lugar minhas homenagens à Ilustre Presidente! Quanto à assistência do CADE, veja a senhora que o processo em que o CADE intervirá é um processo no qual estará em causa algo que não estará em causa no próprio CADE, que é o interesse subjetivo de uma empresa que está se sentindo prejudicada pela concorrência desenvolvida por outra. Essa questão pode estar no CADE, mas não exatamente nestes termos, porque no CADE o que se está julgando é a interferência da prática de uma determinada empresa no interesse geral a respeito da concorrência. Então pode o CADE ainda não ter decidido a respeito do interesse geral, mas poder se manifestar a respeito do prejuízo que aquela concorrência está causando, pelo menos prevenir uma decisão no Poder Judiciário que contrarie os princípios e orientações pelas quais o CADE se orienta. Não vejo a necessidade de que o CADE já tenha

resolvido no seu âmbito sobre a qualidade da conduta ou da prática que está sendo verberada em relação a uma parte especificamente no seu interesse pessoal. Eu poderia até imaginar casos em que uma conduta poderia não ser maléfica do ponto de vista do interesse nacional, mas o caso está prejudicando individualmente um particular.

Compreendo a dificuldade que a senhora mostra, mas tendo em vista a distinta finalidade do processo individual, por assim dizer, e da atividade no CADE, tenho impressão que essa dificuldade não é tão grande assim. Naturalmente, é a prática que vai mostrar se estou pensando certo ou errado.

Quanto à segunda questão, diria que seria um atrevimento inominado da minha parte querer discutir essa matéria, neste plenário e com a Presidente do CADE. Mas o que eu quis dizer e pode ser que eu esteja completamente errado – e aí invoco meu direito de estar completamente errado – é o seguinte: um fenômeno econômico como esse pode ser sempre considerado prejudicial ao interesse interno no país, mas pode ser que tenha que se defrontar com a concorrência de outros países. Assim, aquilo que pode ser ruim do ponto de vista interno pode ser bom no confronto com situações no exterior. De qualquer forma, foi uma idéia que tive, talvez injusta, não sei, mas relacionada ao que disse a respeito do aumento de preço. Às vezes um aumento de preço que possa parecer abusivo, na realidade pode ser uma salvação para o país.

São idéias que francamente devo ouvir opinião dos que entendem deste assunto, mas sem sombra de dúvida, algo sobre a possibilidade dos conceitos econômicos sofrerem uma profunda influência do momento econômico que o país está vivendo. Isto me parece que é correto e os entendidos têm falado a respeito disso. Não sei se expliquei para a senhora.

ARTHUR BADIN

Procurador-Geral do CADE

Vou dar uma notícia sobre a práxis. A lei diz que toda ação judicial em que se discutir a Lei nº 8.884/94, o CADE deverá ser intimado para, se quiser, intervir. Nós sistematicamente temos nos negado a intervir nestes processos que envolvem interesses individuais, sobretudo sempre que não houver já um pronunciamento do plenário a respeito, porque isso cria uma situação muito complicada. A *amicus curiae* não existe. O CADE entra como assistente e a sentença, depois, faz coisa julgada também para ele. Como a Procuradoria poderia entrar e se manifestar nos autos de uma ação judicial, manifestando-

se sobre mérito de algo que, na verdade, deverá ser objeto de análise pelo plenário? A postura que a Procuradoria tem tomado é de não intervir em casos individuais em que não haja prévio pronunciamento do Conselho. Nos casos em que a Procuradoria interveio está se criando enormes problemas.

JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA

Professor Titular da Faculdade de Direito da UFMG

Do ponto de vista político, é evidente que o CADE sabe melhor do que ninguém onde ele deve ou não intervir. Todavia, importante notar que não é preciso ter muito medo da coisa julgada. O que haverá no pronunciamento judicial que possa interessar ao CADE estará nos fundamentos da decisão e não na conclusão dela. A conclusão vai ser condeno ou não, mando pagar, mando se abster de fazer isso ou aquilo em relação àquela pessoa. Não vai afetar o CADE em nada. Não vai fazer a coisa julgada para ninguém. Aquela questão vai ficar contida na motivação da sentença e por regra do Código de Processo Civil.

ARTHUR BADIN

Procurador-Geral do CADE

Cometi a imprudência de manifestar a coisa julgada. Mas o senhor mesmo, mais do que ninguém, sabe que os efeitos da sentença transcendem inclusive as partes. Temos situações bastante complicadas, como por exemplo, de cláusulas de exclusividade que são declaradas válidas pelo Judiciário em ações individuais e que são manifestamente anticompetitivas. O magistrado, naquela lide privada, não levou em consideração a Lei nº 8.884/94, mas sim a teoria das obrigações, contratos, etc., declarando a validade daquele contrato. Como o CADE pode ignorar que os efeitos desta sentença não transcendem? Pode o CADE ignorar esta sentença?

JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA

Professor Titular da Faculdade de Direito da UFMG

Posso explicar o seguinte. Temos duas coisas diferentes. Eu ouço um pouco mal e a nossa posição não favorece. O senhor falou em o Poder

Judiciário considerar falha uma cláusula que não poderia ser válida. Nós temos duas coisas diferentes, pelo menos na minha cabeça, a coisa julgada e os efeitos da sentença. A coisa julgada torna imutável e indiscutível a conclusão da sentença entre as partes. Terceiros podem discutir a defesa da sentença. Porém, a eficácia da sentença foi considerar válida uma determinada cláusula num contrato entre aquelas duas partes. Neste sentido a sentença é eficaz às partes e em relação a todo mundo, porque ninguém vai poder dizer que não é eficaz. Exatamente pra evitar que possa prevalecer uma situação dessa é que se admite nos processos em geral a intervenção de terceiro. Contudo, se o terceiro não quer intervir, terá que assumir as conseqüências de não ter colaborado com o Judiciário na obtenção da melhor solução. Por isso acho da maior importância que o CADE faça uso dessa prerrogativa que a lei lhe concedeu. Mas há uma coisa com que concordo: toda vez que o legislador cria uma nova medida, um novo direito, ele deve pensar também em como fazer para que o direito seja eficaz, considerando as dificuldades com que o Poder Judiciário se defronta, dificuldades estas causadas pelo próprio poder público. Quando ouço falar que as coisas no processo demoram muito, que há muito recurso, isso não é problema, pois recursos têm que haver mesmo. O que é problema é a falta de meios materiais e humanos para que o Poder Judiciário decida rápido. Não adianta mudar regra de processo, censurar os recursos, muito menos as partes que se valem dos recursos. Vivemos uma realidade no Brasil, do ponto de vista do Direito, que é cruel e isto porque o poder público não se incomoda em não dar recursos ao Poder Judiciário para que ele funcione como deveria funcionar e não há processo que consiga vencer isso. Pode passar o resto da vida mudando regra de processo que não vai mudar isso.

Pergunta de um participante

Quero fazer uma pergunta ao Doutor Badin, mas gostaria de ouvir o caro Professor Mesquita a respeito também. Não vou citar nominalmente os casos, pois estão *sub judice*. Há vários casos de acusação de cartel julgados pelo CADE não com base em razões econômicas, mas com provas de outra ordem, como documental e testemunhal. O que se tem sustentando freqüentemente e o senhor está sustentando é que as decisões tomadas pelo CADE são de especialistas, o que seria motivo para justificar a blindagem do exame do Poder Judiciário do mérito da decisão. Porém, se nestes casos a decisão se fundou não na análise econômica, mas na valoração de provas testemunhais e documentais, esse argumento de especialização me parece

muito frágil. Já é bem evidente que o CADE está avançando em terrenos que não são da sua especialização econômica, mas num terreno de provas de exame comum a qualquer processo judicial. Diante disso, por que essa ânsia de blindar o mérito das decisões do CADE ao exame judicial? Seria em razão de a decisão do CADE ter natureza política, como mencionou o Professor Mesquita? Obrigado!

ARTHUR BADIN

Procurador-Geral do CADE

Acho que houve um mal entendido. Pelo contrário, não disse que a decisão do CADE deve ser blindada. Tentei enveredar por uma outra forma de abordagem e reconhecer expressamente que quem vai decidir isso é quem tem poder. E poder é Poder Judiciário. Ele vai decidir os limites da intervenção, até onde lhe parece adequado intervir com segurança e com consciência da maximização do bem-estar, etc. Você deu um exemplo típico, que é a produção de provas, a regularidade processual, que nos faz pensar que a instituição mais adequada para fazer este controle é o Judiciário. Verificar se a prova foi produzida respeitando as normas processuais, se a parte foi intimada, se teve prazo, se teve direito a advogado, por tudo isso, para garantir essa legalidade, sem dúvida me parece ser responsável o Poder Judiciário. Com relação à valoração da prova, parece-me um pouco diferente. No caso do cartel dos postos de gasolina de Belo Horizonte, há uma gravação em que o sujeito diz algo como: ‘os senhores precisam me ajudar a justificar esse aumento de preço, pois no CADE não tem nenhum bobo, eles cuidam de coisas grandes, não vai ser a gente aqui em Belo Horizonte que vai resolver’. Se isso é fato suficiente para condenação ou não é uma questão de elaboração da prova. O juiz pode rever, mas tenho dúvida até onde convém que o juiz monocrático reveja e substitua a decisão do CADE pela dele. Não sei se, por opção, convém substituir uma decisão valorativa de prova de direito por outra, admitindo-se que era razoável dentre as opções possíveis de significado dado pela norma. Penso que é ineficiente, pois não se justificaria ter o CADE. É uma questão de valoração e essa escolha deverá ser feita. Todos os magistrados aqui sabem que existem várias interpretações possíveis para cada caso. Um mesmo caso comporta interpretações razoáveis e jurídicas, adequadas e proporcionais. A pergunta que se faz é: faz sentido que o Judiciário substitua a decisão do CADE pela sua pura e simples-

mente, tornando ineficiente toda a estrutura do CADE? Para que existir um órgão administrativo então?

JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA

Professor Titular da FADUSP

Conforme disse na minha exposição, há pontos em que o Poder Judiciário pode se manifestar, pronunciar-se e que estão na lei. A base inicial é a Lei da Ação Popular, quando afirma que o ato pode ter sua nulidade decretada, entre outras razões, pela ausência dos motivos. Esta se dá em duas circunstâncias: quando a materialidade do fato – em que se baseou a decisão administrativa – é inexistente, ou quando o fato existe, mas ele não é suficiente perante o Direito para decretar a decisão a que a Administração chegou.

A primeira questão é puramente de fato, se ele existe ou não. A segunda é uma questão de Direito, ou seja, se o fato que existe é ou não suficiente para determinar o efeito que aqui tendeu a decisão de natureza administrativa.

Apenas o primeiro aspecto é que depende de prova. Não se trata de uma qualificação do fato. Trata-se da existência do fato em si. Entendo que a este respeito o Poder Judiciário pode se manifestar sem estar prejudicando a decisão do CADE. O CADE pode ter qualificado juridicamente o fato. Se pode ou não é outra coisa, é uma questão de Direito. Entretanto, se o fato ocorreu, se o CADE cometeu esse erro – que não é comum a meu ver –, isto é, poder uma entidade administrativa decidir com base num fato que posso provar em juízo que não aconteceu, isso só pode acontecer se porventura houver na condução do processo administrativo algo grave que não permita uma produção correta da existência ou inexistência daquele fato. Toda esta questão não é de natureza política, não tem nada a ver com política econômica. A qualificação jurídica do fato é diferente. Qualificar o fato juridicamente como cartel, por exemplo, não é fácil. Temos escolas, como Harvard, que se digladiam a respeito da qualificação do que seja o cartel. Já passo, nesse ponto, para outro plano, qual seja, para o próprio mérito do ato administrativo, a qualificação de um determinado fato que ocorreu como cartel. Se houver uma lei dizendo o que é cartel é diferente. Posso discutir se a qualificação jurídica do fato está certa ou não diante da definição da lei. Mas também aí não estaria adentrando o mérito, por assim dizer, ou o aspecto que digo político do ato do CADE. E quando falo político, falo no mais alto sentido, evidentemente. Não sei se respondi a indagação.

Pergunta de um participante

Professor João Bosco, qual, na visão do senhor, é o grau de deferência judicial em que se pode amparar uma decisão do CADE com base na especialização econômica? Que impacto isso deve ter na avaliação judicial das decisões?

JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA

Professor Titular da Faculdade de Direito da UFMG

O problema desta especialização é que temos dois tipos de tribunais. Como o Doutor Badin colocou, os tribunais norte-americanos se pronunciam sobre questões de concorrência com juízes generalistas, que são juízes competentes sobre uma série de matérias, e há os juízes que são especialistas nesta matéria. É lógico que esse preparo vai dar condições ao juiz de apreciar melhor. Mas como diz o Professor Mesquita, há o estabelecimento da existência ou não de atos. Atendendo a pergunta, há um conjunto de provas que traz ao conhecimento do CADE a existência de determinados fatos. Vou me referir a um dos primeiros casos de cartel que tivemos que foi o caso da Usiminas, Cosipa e CSN, em 2000. Vejam uma coincidência interessantíssima. Os três gerentes comerciais das empresas saíram no mesmo dia, um de Belo Horizonte, um de São Paulo e outro do Rio e vieram a Brasília para um encontro com um setor competente ou que se dizia competente para discutir preços, no dia 29 de julho de 1997. No dia 1º de agosto, saiu uma tabela de preços das três empresas e ficou comprovado que eles vieram aqui discutir preço dentro daquele sistema anterior, pelo qual as empresas vinham definir preços com o governo e o governo tabelava. Fizeram isso depois da vigência da Lei nº 8.884/94. Portanto, o fato estava presente, ou seja, três empresas concorrentes reunidas discutindo preço, fato comprovado. Pergunta-se: é cartel ou não é? Até porque os preços não foram fixados iguaizinhos, houve diferença de centavos. Logo, a avaliação se isto é cartel ou não é uma decisão do CADE. Como disse o Professor Mesquita, não há uma lei que defina o que é cartel. A norma diz fixação de preço, divisão de mercado, fixação de cotas, etc. Definir até que ponto isso é divisão de mercado é competência do CADE, que é um órgão que se especializa neste aspecto e essa é uma posição razoável porque vai ao mérito da questão. Não tenho dúvidas de que tal definição é possível até mesmo dentro dos tribunais, porque o juiz de primeira instância faz uma avaliação, o tribunal diz que aquela não é a avaliação. Mas isto, no setor de economia, no setor industrial gera uma insegurança jurídica muito

grande e essa é a preocupação. Veja dentro do estabelecimento dos fatos corretamente. Dentro da avaliação já passa a ser um ato discricionário, um ato de avaliação do próprio órgão. Não sei se isto seria suscetível de uma reavaliação por um juiz singular. Por isso citei até o exemplo do Canadá, com a *Competition Trade Union*, onde estão presentes cinco juizes do tribunal federal e a questão é levada diretamente aos tribunais, já numa apreciação de legalidade ou ilegalidade. Esse é um posicionamento que se coloca diante da discussão, até porque a definição do que é ato discricionário é bastante difícil de ser alcançada. O que é estritamente o ato discricionário? A avaliação é, a meu ver, uma posição discricionária do órgão. Não sei se seria este o posicionamento.

Pergunta do Dr. Laércio Farina

Antes de fazer minha pergunta, esclareço aos participantes que ao final desse painel serão feitas as inscrições para os grupos de trabalho para amanhã. A pergunta que tenho a fazer é dirigida ao Professor Mesquita. É interessante como essa questão da assistência no processo trouxe uma outra questão, também objeto dessas nossas discussões, que diz respeito ao próprio momento da atuação do Judiciário com relação à apreciação de infrações à ordem econômica, apreciação esta que a lei atribuiu ao CADE a competência por força do artigo 7º, inciso II, da Lei nº 8.884/94. Quando se trata e se discute a colocação do Doutor Badin e do senhor em relação ao processo civil, fica a impressão do litígio privado no processo civil. Gostaria de lembrar e ouvir a sua opinião com relação às ações civis públicas, até porque tem se falado muito em CADE e Judiciário, mas também temos que prestigiar o Ministério Público, que apóia este evento. Nas ações civis públicas, o fundamento em geral contra determinada parte é a defesa ou a tutela de um bem como um direito difuso. Neste momento o Judiciário é chamado a se pronunciar sobre tema específico, afeto ao CADE, com relação à questão da assistência. Como seria possível a assistência do CADE num processo dessa envergadura sem que o Conselho, como órgão judicante que é, aproxime-se de uma das partes, isto é, mantenha a isenção necessária para seu julgamento futuro?

JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA

Professor Titular da FADUSP

Muito bem colocada a sua questão. O problema da ação civil pública entra na consideração que fiz a respeito da ação do Ministério Público. Embora a

ação civil pública hoje seja usada em maior proporção pelo Ministério Público, sabemos que há outras entidades, inclusive associações, que têm legitimação para promovê-la. Na minha reflexão elas esbarrariam no mesmo problema que vi na ação do Ministério Público. A defesa do direito da concorrência – que, como já dizia ontem o Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior –, em última análise, é uma defesa do mercado que a Constituição considera patrimônio nacional. Essa expressão é um pouco diferente do patrimônio público, porque é usada só neste artigo em que a Constituição cuida do mercado, mas, enfim, há um interesse público na defesa do mercado. Esse interesse público está confiado primeiramente ao poder público, União, Estados e Municípios. Para defender esse interesse, que é sempre coletivo, que pode ser até difuso, foi criado um órgão que é o CADE. Então me parece que a ação civil pública poderá ser intentada quando houver algum obstáculo para obtenção do resultado que junto ao CADE não se possa atingir. Do contrário, volto ao que eu disse a respeito da ação civil pública proposta pelo Ministério Público. Faltaria a necessidade de ir a juízo. A ação civil pública se tornaria um perigo, posto que poderia contrariar frontalmente o que se estaria processando no CADE. Se a ação for proposta por uma entidade não haverá inclusive o conflito de atribuições, pois este ocorre entre pessoas de direito público. De tal sorte que, a meu ver, a ação civil pública em um caso em que o CADE pode perfeitamente desenvolver a sua atividade por provocação da mesma pessoa me parece uma temeridade, um abuso. Eu não admitiria essa hipótese, mas eu não sou juiz.

Pergunta de Nino Toldo

Juiz Federal em São Paulo

Minha questão é dirigida a Doutor Arthur Badin. Fiquei um pouco incomodado quando, na sua exposição, ao abordar a intervenção do Poder Judiciário e também ao questionar a validade de substituição da decisão do CADE pela decisão judicial, o senhor usou a expressão ‘suspeição da Administração’. Como juiz, sempre prestigiei as decisões vindas de órgãos colegiados da Administração, como o Conselho de Contribuintes, justamente pela especialidade dos membros destes órgãos colegiados. Não se pode impedir o acesso de quem quer que seja ao Poder Judiciário. No caso das liminares quanto à penalidade, via de regra, ela é seguida de depósito e garante a parte. O que pergunto especificamente é se há um levantamento seguro das liminares concedidas na matéria em relação ao CADE. Se há também um levantamento do número de ações, de liminares deferidas e indeferidas, para se ter uma base concreta para afirmar sobre intervenção e suspeição dos atos da Administração.

ARTHUR BADIN

Procurador-Geral do CADE

Peço desculpas se incomodei. Não era essa intenção, mas sim provocar e suscitar o debate. De forma alguma quis gerar qualquer constrangimento deste tipo. Quando falei de suspeição da Administração foi por conta das decisões que não fundamentam, ou que só fundamentam a liminar no *periculum in mora*, no caso da cobrança de multa, da execução da multa, da inscrição em dívida ativa, que é efeito natural da decisão do CADE, previsto na lei. Suspende-se os efeitos das decisões sem que se faça nenhum esforço de dizer que esse argumento parece plausível. A suspeição, dentro dos quesitos legais, suspende o registro na dívida ativa e acaba subvertendo, transformando o Judiciário numa instância administrativa, o que é aviltar a importância do Judiciário. Penso que não deveria ser este o papel do Judiciário, de homologador, ou seja, as decisões do CADE só produzem efeito se o juiz confirmar. Isso acaba mesquinhando o papel do juiz neste processo.

Com relação aos dados, não os tenho aqui, mas posso passar e inclusive fazer um levantamento dessas liminares sempre *inauditas*. Temos hoje um esforço muito grande de nos anteciparmos à apresentação das ações sempre com liminares, pedindo para o magistrado ouvir o CADE antes de concedê-la. Estamos conseguindo fazer, mas com a experiência posso dizer que se as liminares não são concedidas em primeira instância, invariavelmente o são em segunda instância. Posso me comprometer em mandar todos os dados.

SÉRGIO VARELLA BRUNA

Presidente do IBRAC

O Professor Mesquita quer fazer uma observação final e depois, antes do encerramento do painel, haverá um aviso dos nossos brilhantes organizadores.

JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA

Professor Titular da FADUSP

É a respeito daquela questão sobre o que seria melhor: que as questões de concorrência sejam decididas por um juiz generalista, por um órgão generalista ou por um órgão especialista. Quero explicar que, na minha

opinião, esta pergunta já pressupõe que o Judiciário, genericamente ou especialmente, possa decidir o mérito do ato administrativo. Decidir se no processo o CADE observou as regras do devido processo legal, ou se o fato materialmente ocorreu, ou se foi ou não observada uma regra de competência, evidentemente que todas essas são matérias de cunho geral, que todos os juízes estão habilitados a decidir. O que o juiz pode não estar habilitado a decidir é o próprio mérito do ato administrativo. Entretanto, supondo que se chegue ao entendimento de que o Poder Judiciário deve decidir também sobre o mérito do ato administrativo, seria melhor que houvesse câmaras especializadas ou algo do gênero, como ocorre nos Estados Unidos, onde tais questões vão direto para o Judiciário. Realmente seria conveniente que essas questões fossem decididas por pessoas que se especializassem no assunto. Acho que esse esclarecimento estava faltando.

LUCIANO GODOY

Juiz Federal e Diretor da AJUFE

Bom dia a todos! Já neste final de manhã cumprimento meu eminente Professor José Ignácio Botelho de Mesquita, Professor João Bosco e o eminente Procurador do CADE. É muito interessante essa discussão, que vem no sentido de aprimorar o Sistema da Defesa da Concorrência e o próprio Poder Judiciário. As últimas palavras do Professor Mesquita coincidem muito com uma idéia que já venho trabalhando, que é a criação de estruturas especializadas, criação de Varas próprias para julgar Direito Econômico, incluindo as matérias de concorrência, de agências e outras que seriam cabíveis, além de turmas nos tribunais, fixando uma jurisprudência em nível nacional para que se possa dar segurança aos agentes administrativos na aplicação da lei.

Gostaria de adiantar a metodologia dos trabalhos de amanhã, expondo brevemente esta inovação que a AJUFE e o IBRAC fizeram de dividir o auditório em sete grupos de trabalho para que todos pudessem discutir temas com uma maior profundidade e com uma maior participação do nosso público. Todos aqui são muito qualificados na sua formação jurídica e merecem um espaço melhor para discutir do que só este ao final das conferências. Portanto, amanhã teremos a possibilidade de uma maior discussão e por isso a divisão em sete grupos. Cada grupo terá um presidente para organizar os trabalhos, que poderá interagir e se manifestar, além de um relator/expositor, que fará as anotações das discussões e encaminhamentos para que, no final da manhã,

possamos nos reunir todos aqui neste auditório para ouvir as diversas conclusões e tomar conhecimento das discussões de todos os grupos.

As indicações de participação são meramente para termos dados de quantas pessoas têm interesse em participar de cada grupo. Então hoje, no decorrer da tarde, façam a adesão a um dos grupos, sem que isso gere a vinculação específica a um deles. A intenção é mesmo que seja bastante aberto e democrático. Se não estiver gostando das discussões de um grupo, saia e entre na outra sala, participe de duas ou três para que possamos gerar uma possibilidade de escolha irrestrita. Peço só que façam a inscrição para que, caso algum grupo gere maior interesse que outro, possamos já providenciar maior número de cadeiras.

SÉRGIO VARELLA BRUNA

Presidente do IBRAC

Agradeço ao Doutor Luciano! Enfim, tivemos uma manhã bastante proveitosa com temas palpitantes! Quero agradecer aos nossos palestrantes, Professor Mesquita, Professor João Bosco, Doutor Badin, pela disponibilidade de virem aqui para passar essas lições. Com isso encerro os trabalhos pela manhã, os quais retomaremos à tarde.

Muito obrigado!