

A JUDICIALIZAÇÃO DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Flávia Teixeira Fortes

A presente monografia objetivou analisar a atuação do Judiciário na defesa da concorrência, uma vez que se tem observado atualmente uma progressiva judicialização dos processos por infração à ordem econômica. A relevância do tema se dá por sua transdisciplinaridade, ao envolver todos os segmentos atuantes nessa área: Judiciário, Ministério Público, Administração Pública, advogados, economistas e empresários. Sendo indubitável a inafastabilidade da apreciação das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) pelo Judiciário, busca-se averiguar em que medida se deve dar tal controle. Não se pretende, contudo, obter respostas para a questão da revisão judicial, uma vez que implicaria estudo mais aprofundado. Pretende-se demonstrar, empiricamente, de que forma o Judiciário vem atuando na defesa da concorrência. A contribuição do trabalho está na mensuração dos efeitos do controle jurisdicional por meio de dados inéditos coletados em pesquisa realizada durante o programa de intercâmbio do Conselho. Chegou-se, assim, à porcentagem das decisões suspensas por liminar, dos casos em que se garante o juízo com o depósito da multa prevista no art. 65 da Lei 8.884/94, das apelações com efeito suspensivo; das decisões mantidas ou reformadas em primeira e segunda instâncias, bem como pelo STJ, e, enfim, a eficácia das decisões do CADE em juízo. A monografia apresenta, portanto, dados concretos necessários para uma análise mais profícua do tema da judicialização da defesa da concorrência, que se encontra atualmente em importante debate.

1. Introdução

A legislação de defesa da concorrência existe no Brasil desde 1962, quando, por meio da Lei 4.137, se criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).¹ A política da concorrência, no entanto, só se

1 O Decreto-lei 7.666/45, criado por iniciativa de Agamenon Magalhães, então Ministro da Justiça, já se referia a “atos contrários à ordem moral e econômica”, além de ter criado um órgão capaz de dar cumprimento às suas disposições. A Comissão Administrativa de Defesa Econômica, subordinada ao Presidente da República, foi,

consolidou a partir da promulgação da Lei 8.884/94 que conferiu a tal órgão autonomia substancial ao transformá-lo em autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça.

Até a década de 1990 a atividade do Conselho demonstrava-se inexpressiva, sendo reflexo da política econômica protecionista do País. Com a liberalização da economia, a desregulamentação e a privatização, a implementação de políticas públicas se fez necessária ante a demanda social para a repressão e prevenção do abuso do poder econômico.

Nesse novo contexto, o CADE passa a ter um papel fundamental para a implementação da política de concorrência, que adquirirá grande visibilidade nacional a partir de sua independência política e consolidação institucional em 1994.

Com a nova estrutura do mercado e a introdução do controle de fusões pela Lei n. 8.884/94, o número de processos julgados pelo CADE cresceu substancialmente. A média anual de processos julgados pelo CADE no período de 1994/2006 cresceu mais de quarenta e cinco vezes em relação ao período de 1962/1993.²

O avanço ocorreu não apenas nas atividades de prevenção, que visam à manutenção da concorrência no mercado nacional por meio do controle de estruturas, mas também por meio da repressão às infrações contra a ordem econômica, em que o CADE passou a ter uma postura mais ativa, sobretudo nos últimos quatro anos, principalmente com a adoção de novos instrumentos de investigação, como o Acordo de Leniência, Busca e Apreensão e interceptações telefônicas.

Paralelamente, contudo, observou-se uma progressiva judicialização da política de defesa da concorrência. No relatório da pesquisa sobre a relação entre autoridades de defesa da concorrência e o Judiciário – *Competition and the Judiciary* –, no qual o CADE foi o coordenador do projeto destinado a

verdadeiramente, o embrião do atual Conselho. O Decreto-lei representou, assim, importante contribuição apesar de ter sido revogado no mesmo ano, com a queda do governo Vargas, no final de 1945.

2 Fonte COGEAP/CADE. No período de 1962/1993 foram julgados apenas 302 casos, o que representa uma média de menos de 10 processos por ano. No período de 1994/2006 tal média equivalia a 450 processos ao ano, sendo que a partir de 1998 o número de processos julgados em um ano ultrapassou a soma do número das três décadas anteriores.

International Competition Network,³ relativamente à percepção do aumento no número de recursos ao Judiciário, constatou-se que 53% dos países entrevistados responderam que verificaram um aumento nos últimos 3 a 5 anos.⁴ O percentual de 78% dos entrevistados correspondia a países em desenvolvimento, o que pode demonstrar a coincidência de tal aumento com a consolidação institucional dos órgãos da concorrência, onde se observa um incremento na implementação de suas políticas de defesa da concorrência.

No Brasil, verifica-se que o número de ações, recursos e incidentes judiciais distribuídos quadruplicou a partir do ano 2000, elevando-se ainda mais nos anos seguintes, enquanto se observou proporcionalmente uma redução no número de condenações pelo CADE.⁵

A preocupação com a revisão judicial vai decorrer não apenas da necessidade de estabelecer limites para o seu controle, mas, sobretudo, da efetividade de tais decisões no cenário jurídico-econômico.

As decisões que envolvem questões econômicas devem ser proferidas em tempo econômico, reclamando implementação imediata em face da dinamicidade da economia. O controle judicial, reconhecidamente moroso, pode obstaculizar essa exigência de celeridade, principalmente ante o expressivo número de liminares que vêm sendo concedidas pelo Judiciário, na maioria das vezes desprovidas de fundamentação quanto à verossimilhança da alegação.

A demora inerente ao processo judicial, somada à concessão de liminares, posterga a efetividade da tutela administrativa dos direitos difusos e coletivos, impedindo-a de atingir seu objetivo reparador de reversão dos benefícios à sociedade.

O escopo do presente trabalho consiste em analisar empiricamente a judicialização da defesa da concorrência, trazendo dados que permitam ve-

3 Rede virtual que congrega várias autoridades de defesa da concorrência, além de representantes da sociedade civil, e desenvolve projetos temáticos em seus grupos de trabalho, e na qual o CADE foi recentemente alçado como membro do *Steering Group*, – grupo composto por 15 representantes de diferentes autoridades que dirige a International Competition Network.

4 *Competition and the Judiciary – a report on a survey on the relationship between Competition authorities and the Judiciary of Competition Policy Implementation Working Group – Sub Group 3 (2006 CBCPI report)* presented at the 6th Annual Conference in Moscow, Russia, May-June, 2007.

5 Fonte: Setor Contencioso/ProCADE.

rificar a garantia da tutela dos direitos difusos e coletivos. Além disso, visa incitar uma reflexão sobre os limites do controle jurisdicional e o papel do Judiciário na defesa da concorrência.

Para cumprir seus objetivos, a monografia dividir-se-á em quatro seções, além desta primeira, introdutória, e da conclusão. Na segunda seção é feito um breve apanhado dos princípios aplicáveis ao direito da concorrência, da competência e das funções do CADE, bem como dos fundamentos da revisão judicial das decisões administrativas do CADE, analisando-se em que medida esta se faz necessária.

A terceira seção trata da judicialização da defesa da concorrência por meio de dados empíricos em que se permite verificar a efetividade das decisões do CADE, bem como breve análise qualitativa de sua revisão. A quarta seção, por sua vez, irá tratar dos limites ao controle judicial.

2. A revisão judicial das decisões administrativas do CADE

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) é entidade autárquica federal, vinculada ao Ministério da Justiça, que possui competência consagrada, tanto constitucional como legalmente, para a prevenção e a repressão às infrações à ordem econômica.

O art. 170 da Constituição Federal, ao traçar os parâmetros da Ordem Jurídico-Econômica Brasileira, privilegiou o fundamento da liberdade de iniciativa, limitador da intervenção do Estado no domínio econômico.⁶ O inciso IV de tal artigo irá privilegiar ainda, como princípio da ordem econômica, a livre concorrência.

Tercio Sampaio Ferraz Junior, sobre o sentido de tal princípio na Constituição de 1988, esclarece que:

“A livre concorrência de que fala a atual Constituição como um dos princípios da ordem econômica (art. 170, IV) não é a do mercado concorrencial oitentista de estrutura atomística e fluida, isto é, exigência estrita de pluralidade de agentes e influência isolada e dominadora de

6 João Bosco Leopoldino da Fonseca acrescenta que: “Aceitos tais fundamentos [livre-iniciativa, bem como a valorização do trabalho humano], a Constituição estabelece a finalidade de toda a atuação através de políticas econômicas, qual seja a de assegurar a todos a existência *digna*, conforme os ditames da justiça social” (FONSECA, 2004, p. 126).

um ou uns sobre os outros. Trata-se, modernamente, de um processo comportamental competitivo que admite gradações tanto de pluralidade quanto de fluidez. É este elemento comportamental – a competitividade – que define a livre concorrência. A competitividade exige, por sua vez, descentralização de coordenação como base da formação dos preços, o que supõe livre iniciativa e apropriação privada dos bens de produção (FERRAZ JÚNIOR apud GRAU, 2006, p. 210).

O art. 173 da Constituição se refere à exploração direta de atividade econômica pelo Estado, estabelecendo em seu § 4.º que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Já o art. 174, *caput*, estabelece que o Estado como agente normativo regulador da atividade econômica exercerá as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, revelando assim a dupla instrumentalidade do Direito Econômico: regular a política econômica e normatizar a facticidade jurídica.⁷

De acordo com o *caput* do art. 1.º da Lei 8.884/94, deve o CADE pautar-se pelos princípios econômicos constitucionais, pois estes direcionam a aplicação de todas as outras normas atinentes à matéria e dispostas na citada lei. Nesse sentido, Eros Roberto Grau esclarece que:

“As regras da Lei n. 8.884/94 conferem concreção aos princípios da liberdade de iniciativas, da livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores e da repressão ao abuso do poder econômico, tudo em coerência com a ideologia constitucional adotada pela Constituição de 1988” (GRAU, 2006, p. 211-212).

Para que exerça o controle de condutas lesivas à ordem econômica brasileira, reprimindo os atos abusivos à concorrência e ao exercício da livre-iniciativa, de acordo com o disposto no art. 20 da Lei Antitruste, é conferido ao CADE, pelo art. 23 da mesma lei, o poder de aplicar sanções, como multas, proibição de contratar com instituições financeiras oficiais, participar de licitações e tantos outros.

7 Nos ensinamentos de Washington Peluso Albino de Souza tem-se que os atos e fatos econômicos têm pertinência ao Direito Econômico apenas quando previstos e regulados para a efetivação da política econômica inscrita na ordem jurídica estatal (SOUZA, 2005).

O CADE é um órgão técnico com função julgante em matéria de concorrência e jurisdição em todo o Território Nacional (art. 3.º). O professor João Bosco Leopoldino da Fonseca, ex-conselheiro do CADE, sobre tal função ressalta que:

“o fato de se conferir ao CADE função julgante é, sem dúvida, uma abertura para a criação de órgãos capazes de exercer a mesma função peculiar ao poder Judiciário, mas com maior proficiência em razão da especialização da matéria” (FONSECA, 2007, p. 114).

Ao Conselho é garantida autonomia decisória, estando expressamente proibido, nos termos do enunciado contido no art. 50 da Lei 8.884/94, o re-exame de qualquer questão na seara administrativa, pois se assim não fosse se tornaria vinculado ao projeto político-econômico desenvolvido pelo Chefe do Executivo.

As decisões do CADE não comportam, assim, revisão pelo Poder Executivo. O mesmo, contudo, não se aplica ao Poder Judiciário em face do princípio constitucional da unicidade de jurisdição, fundamento do controle judicial das decisões administrativas.

A Constituição Federal estabelece em seu art. 5.º, XXXV, que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”. A inafastabilidade da apreciação da matéria por parte do Judiciário é, pois, preceito constitucional, não podendo a lei restringir, ou mesmo limitar, o acesso do interessado à via judicial.

Deve-se atentar, no entanto, conforme destacou o Professor Sérgio Varella Bruna, àquilo que os americanos chamam de *standard review*, ou seja, até onde o Judiciário pode rever as questões dos órgãos especializados. De acordo com o professor:

“(…) 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” (BRUNA, 2006, p. 38).⁸

8 Anais do Seminário: *O Judiciário na defesa da concorrência*, organizado pela Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE) e Instituto Brasileiro de Estudos

Daí decorre a necessidade de estabelecer limites para o controle judicial, pois percebe-se que a deferência advém da própria vontade do legislador ao criar um órgão com competência especializada em matéria econômica. Se a questão de mérito decidida discricionariamente mas motivada e fundamentadamente puder ser resolvida inteiramente por um tribunal generalista, a competência do órgão especializado se esvaziaria (FONSECA, 2006).

A questão é de grande importância, uma vez as decisões dos juízes irão, nesses casos, influenciar não somente as partes do litígio e terceiros que com ela estejam envolvidos, mas a coletividade, principal interessada na solução das questões de concorrência. À coletividade é garantida a titularidade dos bens jurídicos resguardados pela Lei 8.884/94, conforme o seu art. 1.º, parágrafo único:

“Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei”.

Sobre a peculiaridade da função judicante do CADE e o reflexo de suas decisões a toda coletividade, o Professor João Bosco Leopoldino resalta que:

“Essa peculiaridade do CADE advém justamente da identificação dos conceitos que constituem o cerne dos julgamentos efetuados por essa autarquia judicante. 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 n. 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”⁹ (FONSECA, 2006, p. 23).

É preciso aliar ao conhecimento jurídico o domínio dos conceitos econômicos. Tal é o fundamento da teoria da análise econômica do direito de Richard Posner. Segundo Posner, o juiz pode e deve usar princípios econômicos para orientar suas decisões, além de acatar certos balizadores, como

de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC) realizado em Brasília em 31 de maio, 1.º e 2 de junho de 2006.

9 Anais do Seminário: *O Judiciário na defesa da concorrência*, organizado pela Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE) e Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC) realizado em Brasília em 31 de maio, 1.º e 2 de junho de 2006.

a eficiência e a maximização de riqueza. Em seu livro *Economic analysis of law* afirma 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.¹⁰

Assim, tendo em vista a necessidade de interseção das áreas Direito e Economia, principalmente no Direito da Concorrência, e a especialização que se requer do Conselho, as decisões do CADE são formadas a partir de interpretações tomadas tanto por juristas como por economistas. Estas passam sob o crivo de seus diversos membros, uma vez que, institucionalmente, o CADE é um órgão colegiado.

Nesse aspecto questiona-se até que ponto pode a decisão de um juiz monocrático substituir uma decisão do CADE. Para o Procurador-Geral do CADE Arthur Badin, a decisão de qual entidade é mais vocacionada para fazer escolhas em cada caso concreto e melhor atende ao interesse público deve, antes de tudo:

(...) levar em consideração o bom funcionamento e a operacionalidade do sistema, evitando a contraproducente redundância em que incidiria se se repetisse, pura e simplesmente, o trabalho das autoridades administrativas competentes. Em segundo lugar, deve atentar para o risco de gerar déficits democráticos, ao extrapolar os limites para o exercício legítimo da jurisdição, provocando a distorção que sugestivamente se convencionou chamar de ‘governo dos juízes’” (BADIN, 2006).

Assim como as agências reguladoras, o CADE apresenta não apenas maior coerência técnica, mas possui e compreende maior número de dados do mercado, possuindo informações que muitas vezes o Judiciário não tem. Além disso, deve-se atentar à coerência com políticas do órgão. Isso porque, conforme ressalta Paula Forgioni, as normas antitruste são “instrumentos de implementação de políticas públicas” (FORGIONI, 1998).

Por fim, cabe ressaltar as diferenças entre os procedimentos administrativos e judiciais. O processo administrativo no CADE é mais ágil, informal, diferentemente do processo judicial, cuja produção de provas é solene, ritualizada. Confere-se no âmbito judicial maior certeza na produção da prova, e por isso permite-se uma revisão daquelas decisões em que for necessário

10 POSNER, 2002.

verificar a sua regularidade processual, de forma a garantir a legalidade das decisões. A valoração de tais provas deve, contudo, caber ao CADE.

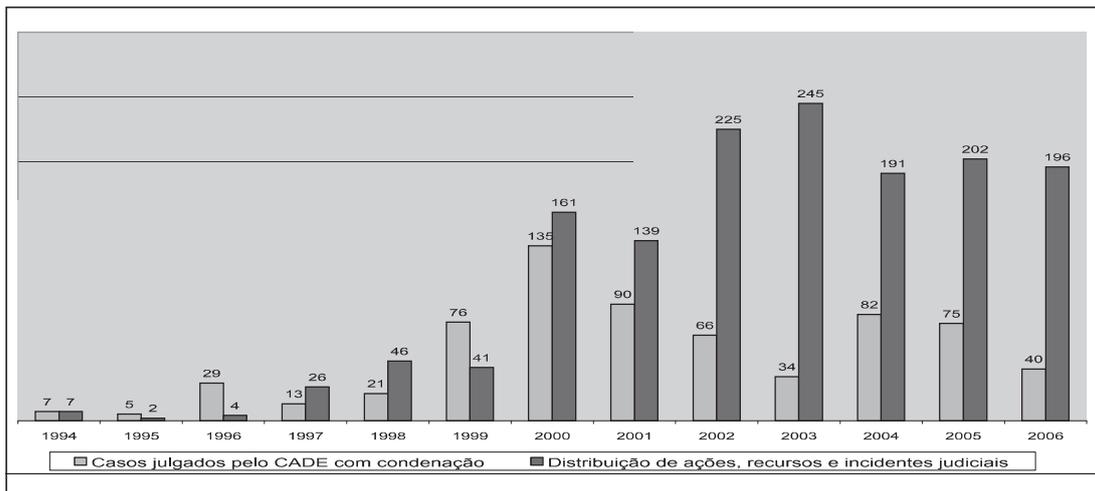
No que diz respeito ao tempo, as decisões do CADE são mais céleres, adequadas, portanto, à dinamicidade do mercado. A morosidade inerente dos processos judiciais é preocupante na medida em que pode postergar por muitos anos a efetividade das decisões do CADE, vindo estas a serem aplicadas quando talvez já não faça mais sentido.

3. Judicialização da defesa da concorrência

O CADE se consolidou como autoridade de defesa da concorrência, e suas decisões são cada vez mais reconhecidas pela comunidade pelo ganho em tecnicidade, consistência e independência institucional. Da mesma forma, contudo, inevitavelmente, o debate se desloca do âmbito do CADE para o Judiciário.

É natural que o número de ações contra o CADE na Justiça cresça com o aumento do número de condenações administrativas. No entanto, observa-se que os níveis se mantiveram altos ainda que com significativa diminuição nas condenações.

Gráfico 1: Judicialização da política de defesa da concorrência



Fonte: Elaboração própria a partir dos dados da COGEAP/CADE e Setor Contencioso/ProCADE

Como se pode observar no Gráfico 1, no período de 2000 a 2003 o número de condenações caiu para um terço, enquanto se obteve considerável aumento

em relação à distribuição de ações, recursos e incidentes judiciais. Nos anos posteriores, tal número mantém-se em patamares relativamente altos se comparado com outros anos, principalmente 2006, em que a queda do número de condenações não refletiu no número de ações, recursos e incidentes judiciais. Se tomados, por exemplo, o ano de 2005 e o ano de 1999, tem-se um mesmo número de condenações, mas cinco vezes mais recursos ao Judiciário em 2005.

3.1 Análise quantitativa das decisões do CADE em juízo

É necessário, portanto, analisar como as decisões administrativas vêm sendo recebidas pelo Poder Judiciário, se confirmadas ou modificadas, bem como sua efetividade ante a suspensão de seus efeitos através da concessão de liminares.

Em estudo realizado durante o programa de intercâmbio no Conselho, procurou-se realizar uma análise quantitativa das decisões do CADE em juízo, coletando, por meio de pesquisa empírica, os dados dos processos em trâmite no Judiciário desde 1994, quando da criação do CADE, até julho do presente ano.

Tomaram-se por base os casos decididos pelo Plenário do CADE, ou seja, os processos administrativos e atos de concentração, e não cada ação gerada por tal caso no Judiciário. Portanto, ainda que o caso tenha gerado várias ações ordinárias e cautelares, discutindo matérias diversas, limitou-se a chegar a um resultado geral.

Além de uma análise abrangendo todos os casos decididos pelo CADE no período de 1994 a 2007, foi feita análise mais específica separando os processos administrativos dos atos de concentração, estes subdivididos em atos de concentração com multa por intempestividade e atos de concentração aprovado com restrições.

Com o intuito de verificar os avanços obtidos, principalmente a partir de 2003, quando a postura da Procuradoria passou a ser mais ativa, contribuindo para a consolidação institucional, foram destacados os dados a partir de 2003 e 2005 de alguns indicadores, de forma a realizar uma análise comparativa.

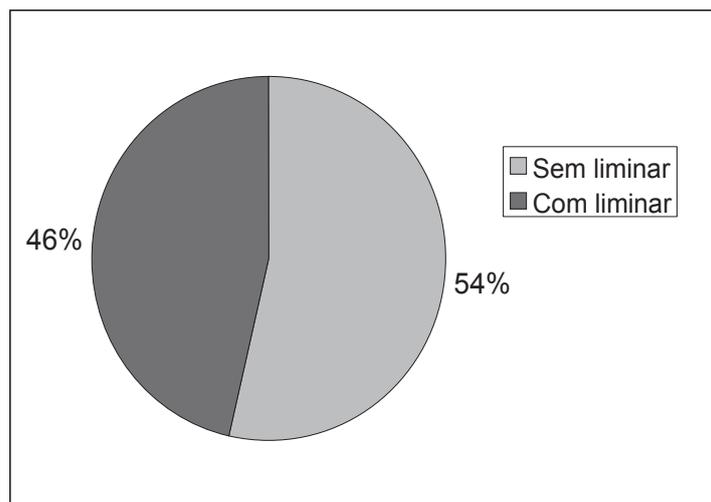
A intenção de tal estudo foi verificar a garantia da tutela administrativa dos direitos difusos e coletivos e os obstáculos à sua efetivação. Observa-se com preocupação o significativo aumento do número de decisões do CADE que são submetidas à revisão pelo Poder Judiciário, uma vez que o controle judicial, reconhecidamente moroso, posterga em muitos anos a implementação das decisões, tirando-lhes a efetividade.

3.1.1 Decisões do CADE (1994/2007) em juízo com liminar em primeira instância

As decisões administrativas, estando sujeitas ao controle judicial, costumam demorar anos para serem efetivamente implementadas, graças a certa prodigalidade do Poder Judiciário em conceder liminares *initio litis* e do sistema recursal brasileiro.¹¹

O elevado número de liminares concedidas revela certa inobservância de seu requisito, qual seja a verossimilhança das alegações na fundamentação. Observa-se, conforme o gráfico abaixo, que em primeira instância o Judiciário vem concedendo liminar para quase metade dos casos do CADE em juízo (46% dos casos):

Gráfico 2: Decisões do CADE (1994/2007) em que foi concedida liminar em primeira instância

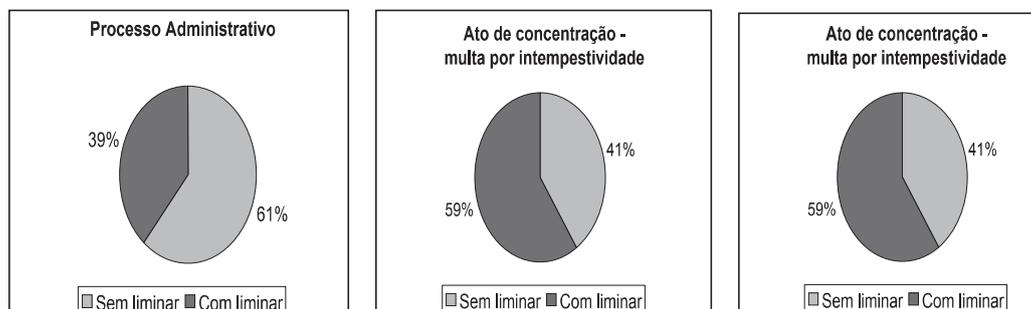


Fonte: Relatório da pesquisa “Análise quantitativa das decisões do CADE em juízo”.

Nos casos de processo administrativo, tal porcentagem se reduz um pouco, chegando a 39% dos casos. Ao analisar os atos de concentração, contudo, verifica-se que tal porcentagem aumenta para 59% nos casos de multa por intempestividade e para 75% nos casos de aprovação com restrições, o que representa três quartos dos casos apreciados.

¹¹ Relatório de gestão da Procuradoria do CADE (2006).

Gráfico 3: Decisões do CADE (1994/2007) em que foi concedida liminar em primeira instância



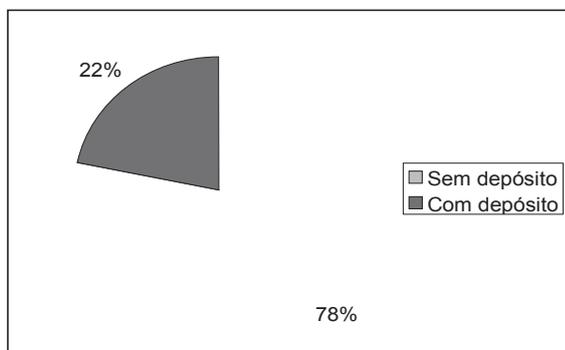
Fonte: Relatório da pesquisa “Análise quantitativa das decisões do CADE em juízo”.

Pode-se intuir que nos casos de ato de concentração, em que se analisam fusões e aquisições, onde há um interesse de ambos os lados na realização do ato, e não apenas um controle de conduta, existe uma pressão maior para a revisão da decisão, bem como maior probabilidade de esta ser reformulada, o que justifica a significativa diferença entre os atos de concentração e os processos administrativos.

3.1.2 Ações com depósito do valor da multa

A suspensão da execução da decisão do CADE por meio de liminar, de acordo com o art. 65 da Lei 8.884/94, não pode ocorrer “se não for garantido o juízo no valor das multas aplicadas, assim como de prestação de caução, a ser fixada pelo juízo, que garanta o cumprimento da decisão final proferida nos autos (...)”. Tal dispositivo, desde a formação do CADE, não vinha sendo muito observado, o que pode explicar porque em apenas 22% dos casos em juízo estão garantidas as multas com o depósito judicial:

Gráfico 4: Ações com o depósito do valor da multa



Fonte: Relatório da pesquisa “Análise quantitativa das decisões do CADE em juízo”.

Tal situação começa a mudar a partir de 2003, graças ao empenho da Procuradoria em fazer aplicar tal dispositivo, passando para 30% os casos em que há o depósito da multa, e chegando a 34% a partir de 2005.

A mudança é mais significativa quando analisados apenas os atos de concentração com multa por intempestividade. Nesses casos, conseguiu-se o depósito do valor da multa da metade dos casos em juízo a partir de 2003, passando à maioria dos casos se analisados a partir de 2005.

O depósito integral do valor da multa, nos termos dos arts. 65 e 66 da Lei 8.884/94, é condição para que se possa discutir judicialmente a legalidade das decisões do CADE. O crescente rigorismo com que o Judiciário vem aplicando tal dispositivo garante, em certa medida, uma maior atuação da atividade de repressão às infrações à ordem econômica; no entanto, ainda há muito a ser feito.

Consegue-se, atualmente, fazer que grande parte das multas seja depositada judicialmente; no entanto, os valores recolhidos ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos permanecem bastante irrisórios em face do volume de condenações. A tabela que se segue, como uma amostra do período 2002/2004, demonstra tal deficiência:

Tabela 1: Multas impostas e recolhidas por infração contra a ordem econômica

Ano	Avaliadas (R\$)	Recolhidas (R\$)	Percentual Recolhimento (%)
2002	2,8 milhões	12.770,00	0,45
2003	8,3 milhões	620.000,00	7,46
2004	5,6 milhões	0,00	0
Total (02/04)	16,7 milhões	632.770,00	3,78

Fonte: Competition Law and Policy in Brazil – A Peer Review, OCDE, 2005 *apud* Relatório de Gestão da Procuradoria do CADE (2006)

O recolhimento dessas condenações, usado como medida para se aferir, quantitativamente, a eficácia das ações civis públicas, revela a inefetividade da tutela dos direitos difusos e coletivos no Brasil.¹²

¹² Relatório de gestão da Procuradoria do CADE (2006).

3.1.3 Decisões do CADE (1994/2007) em juízo – primeira instância

A demora do Judiciário na análise das decisões do CADE, que resultou até hoje, em doze anos de existência do Conselho, em pouquíssimas decisões com sentença que tenham transitado em julgado, já é refletida em primeira instância. Somente a metade dos casos possui decisão em primeiro grau, sendo que, dessas decisões, em apenas pouco mais da metade (57%) dos casos foi confirmada a decisão do CADE.

Nos casos de processo administrativo há um aumento do número das ações julgadas em primeira instância, e dentro dessas, com sentença, um aumento do número das decisões do CADE mantidas pelo Judiciário, representando dois terços das ações julgadas.

Diferença significativa se observa nos casos de atos de concentração com multa por intempestividade. Há um aumento do número de casos julgados pelo Judiciário, mas, em contrapartida, aumenta-se também o número de decisões reformadas pelo Judiciário (56% dos casos), ultrapassando aquelas que foram mantidas, correspondentes a 44% dos casos.

Já os gráficos dos atos de concentração aprovados com restrições guardam quase as mesmas proporções dos processos administrativos. A maioria dos casos (62%) ainda encontra-se sem sentença, mas dos 38% dos casos julgados, dois terços obtiveram decisão favorável ao CADE.

Gráfico 5: Decisões do CADE (1994/2007) modificadas ou anuladas por sentença judicial em primeira instância



Fonte: Relatório da pesquisa “Análise quantitativa das decisões do CADE em juízo”

Se tomarmos os dados a partir de 2003, verifica-se que há uma tendência crescente de que as decisões tomadas pelo CADE sejam confirmadas pelo Judiciário em primeira instância. Nos processos administrativos, a partir de 2003, 91% dos casos obtiveram sentença do Judiciário mantendo a decisão do CADE. Nos atos de concentração, 60% dos casos com multa por intempestividade e 67% dos casos de aprovação com restrições obtiveram confirmação pelo Judiciário a partir de 2003.

Gráfico 6: Decisões do CADE (1994/2007) modificadas ou anuladas por sentença judicial em primeira instância a partir de 2003



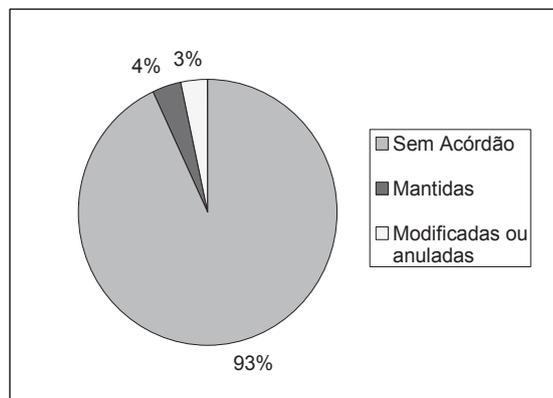
Fonte: Relatório da pesquisa “Análise quantitativa das decisões do CADE em juízo”.

3.1.4 Decisões do CADE (1994/2007) em juízo – segunda instância

Tomando os dados em segunda instância, observa-se que, no período de 1994/2007, o número de casos julgados diminuiu consideravelmente, representando apenas 7% dos casos. Tal percentual é ainda menor nos casos de processos administrativos, em que apenas 4% dos casos obtiveram decisão em segunda instância:

Nos casos de atos de concentração, no entanto, tal percentual aumenta para 11% nos casos de multa por intempestividade, e chega a 25% nos casos aprovados com restrições. Dos casos com Acórdão, observa-se que a diferença percentual é sutil em relação aos casos mantidos pelo TRF e aqueles modificados ou anulados. Tem-se, pois, o seguinte gráfico em relação às decisões do CADE em juízo que se encontram em segunda instância:

Gráfico 7: Decisões do CADE (1994/2007) em juízo – segunda instância



Fonte: Relatório da pesquisa “Análise quantitativa das decisões do CADE em juízo”.

Relativamente aos processos administrativos, todas as decisões do CADE obtiveram confirmação em segunda instância. Tendência inversa se observa quanto aos atos de concentração com multa por intempestividade, em que em 86% dos casos que são julgados pelo Judiciário a decisão do CADE é modificada ou anulada.

Em relação aos atos de concentração aprovados com restrições, impossível supor qual será o posicionamento do TRF, uma vez que na metade dos casos mantém-se a decisão do CADE e na outra metade se modifica ou anula.

Gráfico 8: Decisões do CADE (1994/2007) no Judiciário – segunda instância



Fonte: Relatório da pesquisa “Análise quantitativa das decisões do CADE em juízo”.

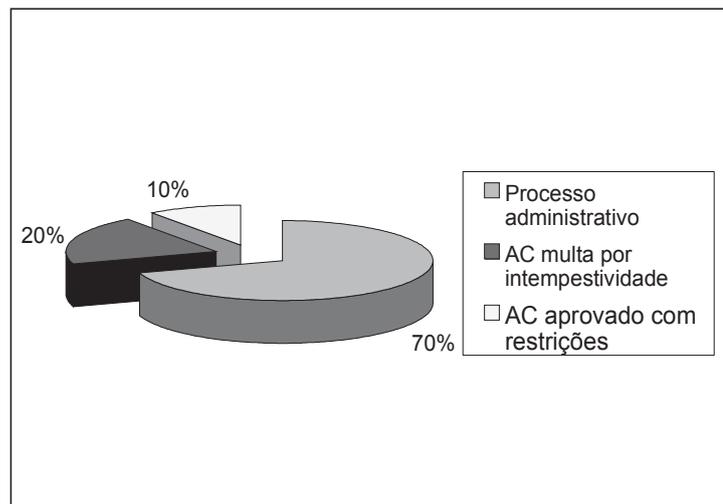
3.1.5 Decisões do CADE (1994/2007) em juízo – STJ

Dos casos decididos pelo CADE no período de 1994/2007, dez foram submetidos à apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). São eles: Xerox do Brasil Ltda., Unimed de Blumenau Cooperativa de Trabalho Médico, Unimed de João Pessoa Cooperativa de Trabalho Médico, Gerdau S/A, Associação Médica de Brasília – AMBR, General Electric Company – GE, Unimed de Campinas Cooperativa de Trabalho Médico, Snap on Incorporated, Sindicato dos Laboratórios de Pesquisa, Análises Clínicas de Brasília e Companhia Vale do Rio Doce – CVRD.

O STJ já decidiu 60% dos casos, confirmando as decisões do CADE em dois terços deles, ou seja, quatro decisões favoráveis contra duas desfavoráveis. Observa-se, ainda, que as duas decisões desfavoráveis são anteriores a 2005. A partir de 2005, todos os casos submetidos à apreciação pelo STJ foram decididos favoravelmente ao CADE.

Dentre os dez casos submetidos à apreciação pelo STJ, sete são processos administrativos, dois são atos de concentração com multa por intempestividade e apenas um ato de concentração aprovado com restrições.

Gráfico 9: Natureza das decisões do CADE em juízo – STJ



Fonte: Relatório da pesquisa “Análise quantitativa das decisões do CADE em juízo”.

Relativamente aos processos administrativos, 57% dos casos foram decididos pelo STJ, favorável ou desfavoravelmente, na mesma proporção. Já nos atos de concentração com multa por intempestividade, 50% dos casos já foram decididos, obtendo confirmação pelo STJ. Nos atos de concentração aprovados com restrições, apenas um foi submetido à apreciação do STJ, que já o julgou, mantendo a decisão do CADE. Trata-se do recente julgado da Companhia Vale do Rio Doce – CVRD.

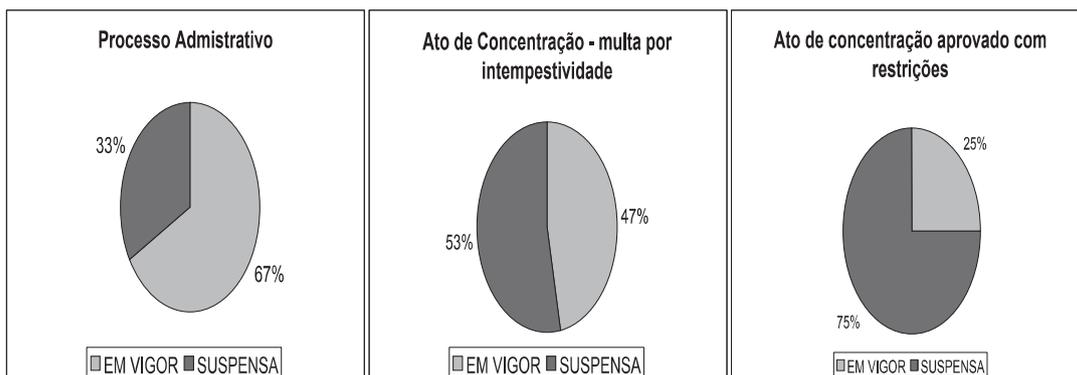
3.1.6 Eficácia das decisões do CADE

Como resultado da análise das decisões que se encontram suspensas por liminar, daquelas que ainda não tiveram o juízo garantido com o depósito da multa referente ao art. 65 da Lei 8.884/94, bem como das decisões modificadas ou anuladas pelo Judiciário, pode-se chegar a um resultado que verifique aquelas decisões do CADE (1994/2007) que se encontram em vigor e aquelas que foram suspensas, por força de liminar, ou em razão de reforma pelo Judiciário.

Relativamente aos processos administrativos, verifica-se que dois terços das decisões do CADE encontram-se em vigor. Já em relação aos atos

de concentração com multa por intempestividade, as decisões do CADE que foram suspensas alcançam 53% dos casos. A situação fica mais crítica em relação aos atos de concentração aprovados com restrições, em que apenas um quarto das decisões do CADE estão em vigor.

Gráfico 10: Eficácia das decisões do CADE (1994/2007) em juízo



Fonte: Relatório da pesquisa “Análise quantitativa das decisões do CADE em juízo”.

De forma geral, contudo, quase 60% das decisões do CADE do período 1994/2007 estão em vigor. A maioria das decisões do Conselho que são submetidas ao controle do Poder Judiciário, portanto, vem sendo mantida, refletindo sua consistência e fundamentação jurídica, nos termos da Lei 8.884/94.

3.2 Análise qualitativa das decisões do CADE em juízo

Cabe analisar também, brevemente, *como* as decisões do CADE vêm sendo reformuladas para que se possam questionar os limites do controle judicial. Como não se pretende fazer uma análise aprofundada desse aspecto, iremos destacar alguns casos polêmicos e aqueles que envolveram revisão no mérito das decisões administrativas, de forma meramente exemplificativa.

O primeiro caso de cartel submetido ao CADE, o cartel do aço, que envolveu as empresas Usiminas, Cosipa e CSN, se referia à fixação de preços por essas empresas, que foram condenadas pelo CADE com base em dois fundamentos. O Judiciário, ao revisar a decisão, decidiu subtrair-lhe um fundamento, mantendo, contudo, a decisão pelo segundo fundamento. Discutia-se até que ponto a prática das empresas configuraria divisão de mercado, questão atinente ao mérito e, portanto, de competência do CADE.

Já no caso do cartel dos postos do Distrito Federal, foram aceitos os motivos deduzidos na fundamentação da decisão pelo CADE; no entanto, negou-se a consequência, aduzindo-se que esta não decorreria dos fatos, não podendo haver relação causal entre os fatos e a aplicação da multa, anulando-a, por fim.

No caso da Petrobrás e da White Martins, em que se exigiu que as empresas dessem publicidade aos preços praticados no consórcio (Gemini) entre elas, o magistrado suspendeu a decisão sob a alegação de não estar claro o poder de monopólio exercido pela estatal sobre o gás, ainda que nos autos do processo constassem dados da Agência Nacional do Petróleo (ANP) mostrando que a Petrobrás detinha 95% das importações e 90% da produção do gás natural.

Relativamente ao caso da Dufry e Brasif, o juiz ampliou o prazo de uma cláusula de não-concorrência entre ambas de cinco para dez anos. O CADE tem entendimento consolidado de que a cláusula que permite que empresas não concorram entre si só pode durar por, no máximo, cinco anos. A reformulação da sentença não utilizou qualquer justificativa econômica para dobrar o prazo de tal cláusula.

Há casos ainda em que é modificada a porcentagem da multa aplicada, como em alguns casos da Unimed e o caso dos elevadores. A Lei 8.884/94 permite que as multas referentes à condenação por prática de infração da ordem econômica sejam fixadas num percentual entre 1% e 30% do faturamento bruto da empresa no seu último exercício. O juiz, ao modificar o percentual, estará alterando a decisão nessa margem de manobra cuja sanção a lei outorga ao Conselho decidir.

As reformulações mais sérias são aquelas em que se interfere no próprio mérito da questão, como no caso das tabelas médicas e do Shopping Iguatemi, fazendo que seja reiniciada toda a discussão. Neste o juiz entendeu que o CADE definiu erroneamente o mercado relevante, entrando nos aspectos econômicos da decisão, decidindo que não havia poder de mercado, nem a condenação se justificava:

“... O CADE (...) foi longe demais ao segmentar [o mercado relevante] em mais duas operações, chegando, enfim, a um suposto, subsubmercado (dentro do submercado dos *shopping centers* regionais), identificado como sendo o de *shopping centers* regionais de alto padrão, o que, obviamente, superdimensionou a importância do Shopping A,

fazendo crer que ele efetivamente teria a chamada ‘posição dominante’ no mercado. (...)

No que tange à substituíbilidade ou não dos lojistas (e suas marcas), estabelecidos com exclusividade no Shopping A, com vistas a se verificar se isso limitaria os estabelecimentos concorrentes na formação do seu próprio *tenant mix* (combinação ou mistura de lojas dentro do shopping), *o elemento dúvida foi uma constante confessa do voto-condutor*. Tenho para mim que as marcas associadas exclusivamente ao Shopping A são passíveis, sim, de substituição, seja pelos outros *shoppings*, seja pelos consumidores, por outras marcas similares, o que, em tese, não teria o condão de prejudicar a livre concorrência. Agora, respeitando a dúvida suscitada no âmbito do CADE, o mínimo que se esperaria era que tal questão fosse levada em consideração a favor das autoras, *em razão de seu estado de “representadas” num processo punitivo*, e não o contrário, o que efetivamente aconteceu.

É notável o despreparo quanto à abordagem de certas questões que envolvem conteúdo econômico, razão pela qual deve ser deferida a análise à autoridade administrativa se a questão implicar julgamento de mérito.

Há de se ressaltar, todavia, que inúmeros casos, bem como os fundamentos utilizados nas condenações, vêm sendo confirmados pelo Judiciário, valendo destacar: Cartel das Britas; Cartel de Lages; Cartel de Combustíveis de Pernambuco; o entendimento sobre a contagem de prazo para a apresentação de atos de concentração; o entendimento sobre a ilegalidade da cláusula de unimilitância nos diversos casos da Unimed; entre outros.

A maior consistência e fundamentação jurídica das decisões proferidas pelo CADE nos últimos anos vêm garantindo a crescente tendência de as decisões serem confirmadas pelo Judiciário, evitando, assim, a revisão sob o aspecto de mera repetição do trabalho da autoridade administrativa.

4. Limites do controle judicial

Observa-se, portanto, que a revisão judicial deve ser efetivada mediante o controle de legalidade das decisões administrativas. Assim é que as decisões devem se limitar a verificar a conformidade do processo administrativo aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da legalidade. Deve-se verificar a higidez da decisão administrativa no tocante à sua fundamentação interna, mas sempre respeitando a separação entre o mérito do ato adminis-

trativo e a segurança, a correição do procedimento e a legitimação da decisão administrativa.

Sobre a revisão judicial dos atos administrativos a doutrina administrativa tradicional, atentando à necessidade de adequação de sua atividade com os princípios positivados no ordenamento jurídico, assevera que:

“O Poder Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública, de qualquer natureza, sejam gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários, mas sempre sob o aspecto da legalidade e, agora, pela Constituição, também sob o aspecto da moralidade” (DI PIETRO, 2003, p. 616).

Não se pretende aqui analisar se as decisões do CADE são atos administrativos vinculados ou discricionários, vez que se observa atualmente uma insuficiência em tal dicotomia, não existindo atos puramente vinculados nem puramente discricionários. No entanto, há conceitos jurídicos indeterminados que outorgam certa margem de manobra que implicam escolhas, e tais decisões, por tratarem de questões que envolvem conteúdo econômico, devem ser deferidas ao órgão especializado.

Tendo em vista a atuação exclusiva dos órgãos da Administração Pública e a margem de liberdade que lhe é assegurada por lei, o controle judicial deve se dar somente quando se ocasionar lesão às partes.

No relatório da OCDE em avaliação sobre a política e a Lei de Concorrência no Brasil (*Peer Review*) concluiu-se que:

“A posição do CADE na revisão judicial é que o judiciário deve limitar-se a examinar a adequação legal dos procedimentos do órgão e deveria considerar qualquer questão antitruste como um problema restrito à discricionariedade do CADE. Embora alguns juízes e tribunais de segunda instância aceitem esta visão, outras analisaram e mudaram as decisões do CADE. É grande a falta de consenso no judiciário sobre como os casos do CADE devem ser revistos. A lei da concorrência é um assunto relativamente novo para o judiciário brasileiro, e alguns juízes que concluem que a revisão judicial de questões antitruste é possível, mesmo assim, mantêm como foco os pontos relativos a procedimentos, evitando, assim, lidar com tópicos desconhecidos”.¹³

13 *Lei e política da concorrência no Brasil – uma revisão pelos pares*. Relatório elaborado pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) juntamente ao Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) em 2005.

5. Conclusão

O presente trabalho teve por escopo a apresentação de dados empíricos que possam possibilitar uma análise concreta da atuação do Judiciário na defesa da concorrência, bem como analisar a efetividade das decisões administrativas do CADE, tendo em vista a crescente demanda pela revisão judicial.

Observou-se que há um número excessivo de liminares que vêm sendo concedidas pelo Judiciário, o que demonstra a ausência da acuidade necessária na verificação da verossimilhança das alegações, que se limitam a alegar apenas o risco de dano na implementação da decisão do CADE, que, por lei, tem aplicação imediata.

Muito embora um número razoável de decisões do CADE se encontre em vigor, a demora para tal resultado posterga a efetividade da tutela administrativa dos direitos difusos e coletivos. Em face da dinamicidade da economia, que requer a implementação imediata das decisões, a tutela reparadora dos danos causados aos direitos difusos e coletivos lesados não atingirá, por vezes, seu objetivo reparador de reversão dos benefícios à sociedade.

Nenhuma lesão de direito pode ser subtraída do conhecimento do Judiciário, conforme assegura a Constituição, mas os limites para tal controle estão na legalidade, e na observância dos outros princípios constitucionais, fundamento de validade de todas as normas jurídicas. Dessa forma, o Poder Judiciário pode, nos casos em que haja alguma ilegalidade cujo conteúdo não fora reconhecido pelo CADE, anular as decisões dadas por tal autarquia. Deve, contudo, agir com cautela, analisando a razoabilidade e a proporcionalidade das decisões para não privar a Lei Antitruste de efetividade.

Deve-se, por fim, atentar para os efeitos da progressiva judicialização da política de defesa da concorrência, questionar a eficácia do controle judicial num quadro em que a maioria das decisões administrativas é confirmada, os prejuízos causados pela demora da efetivação das decisões, bem como até que ponto se pode dar tal interferência, de forma que não haja inversão dos papéis na política de defesa da concorrência, com conseqüente esvaziamento de competência do órgão especializado, competência essa constitucionalmente garantida.

Bibliografia

BADIN, Arthur. A revisão judicial das decisões do CADE. *Valor Econômico*, 27 out. 2006.

- BRUNA, Sérgio Varella. *Anais do seminário: O Judiciário na defesa da concorrência*, Brasília 31 de maio, 1.º e 2 jun. 2006.
- CADE. *Relatório de Gestão da Procuradoria de 2006*.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- _____. *Lei de proteção da concorrência: comentários à legislação antitruste*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: RT, 1998.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.
- INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. *Report on Competition and the Judiciary*. 2006 Competition Policy Implementation Workgroup report – Subgroup 3. Presented at the Sixth Annual ICN Conference, Moscow, May 30-June 1, 2007.
- OCDE. *Lei e política da concorrência no Brasil – uma revisão pelos pares (Peer Review)*. Relatório elaborado pela OCDE e BID em 2005.
- POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 6. ed. Boston: Little, Brown and Company, 2002.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2005.

