

RESUMO

O objetivo deste projeto é realizar uma contribuição para um futuro aperfeiçoamento da legislação antitruste brasileira, cuja principal peça legal é a Lei 8884/94. A pesquisa contém três partes. A primeira contextualiza a Lei 8884 no processo de evolução recente da economia brasileira, assinalando sua crescente importância a partir de meados dos anos noventa com a estabilização dos preços. A segunda organiza, para um conjunto selecionado de temas, a discussão teórica e a jurisprudência administrativa existentes. A terceira sugere aperfeiçoamentos tópicos, incluindo, quando possível, uma proposta de redação alternativa do texto legal.

PALAVRAS-CHAVE

Defesa da concorrência; Antitruste; Organização Industrial; Direito da concorrência; Infra-estrutura.

ABSTRACT

The objective of the research is to contribute, in the light of economic theory, to a revision of the antitrust legislation in Brazil whose major legal piece is the Law 8884 of 1994. The research contains three parts. The first one situates Law 8884 in the context of the recent evolution of the Brazilian economy, underlining its increasing importance after the price stabilization of the mid-nineties. The second one summarizes, for a defined set of issues, the existant theoretical discussion and the administrative jurisprudence of CADE. The third one suggests specific improvements, including, when feasible, alternative proposals for changes in the law.

KEY WORDS

Competition policy; Antitrust; Industrial organization; Infra-structure.

SUMÁRIO

I.	Introdução	4
II.	A experiência antitruste brasileira	5
III.	Discussão de aspectos da Lei 8884/94	11
IV.	Temas econômicos relevantes para pesquisa.....	118
	1. Monitoramento do mercado	119
	2. Empresas públicas	121
	3. Condutas previstas pela Lei 8884	123
	4. Atos de concentração - critérios econômicos para a definição dos níveis de concentração e faturamento como critérios de admissibilidade (parágrafo 3º do artigo 54).....	132
	5. Penalidades	137
	6. Compromisso de cessação de prática.....	138
V.	Proposta de alteração da Lei 8884	139
	1. A evolução da defesa da concorrência no Brasil e a oportunidade de aperfeiçoamento da Lei 8884	140
	2. Objetivos da proposta de aperfeiçoamento da Lei 8884	145
	2.1. Fortalecimento institucional para decisão independente.....	146
	2.2. Eficiência administrativa para decisão em tempo econômico.....	147
	2.3. Adequação da defesa da concorrência ao novo marco regulatório da economia brasileira.....	149

3. Proposta de alteração da Lei 8884	150
VI. Bibliografia	190

ELEMENTOS ECONÔMICOS PARA UMA REVISÃO DA LEI 8884/94*

Gesner Oliveira¹

I. INTRODUÇÃO

O objetivo deste projeto é realizar uma contribuição para um futuro aperfeiçoamento da legislação antitruste brasileira, cuja principal peça legal é a Lei 8884/94.

A seção II deste relatório contextualiza sumariamente a Lei 8884 no processo de evolução recente da economia brasileira, assinalando sua crescente importância a partir de meados dos anos noventa com a estabilização dos preços. A seção III discute aspectos principais de cada artigo da atual lei de defesa da concorrência.

A seção IV organiza, para um conjunto selecionado de temas, a discussão teórica e a jurisprudência administrativa existentes. Ao final contém uma sugestão de agenda de pesquisa conforme previsto no projeto. A seção V sugere aperfeiçoamentos no texto legal, incluindo a proposta de anteprojeto que altera a Lei 8884.

* O NPP agradece ao aluno que participou da pesquisa que originou o presente relatório como monitor de pesquisas, Caio Mário da Silva Pereira Neto.

¹ Caio Mário Pereira da Silva Neto, Bruno Werneck e Juliana Alvarenga realizaram o trabalho de assistência de pesquisa. Marilene Lara realizou a revisão.

II. A EXPERIÊNCIA ANTITRUSTE BRASILEIRA

A exemplo de outros países em desenvolvimento, a experiência brasileira foi marcada pela mescla de duas vertentes distintas e até certo ponto contraditórias de legislação na esfera econômica.

O Quadro 1 sintetiza tal evolução. De um lado, desde a Constituição de 1937, normatizou-se a intervenção direta no mecanismo de mercado como forma de defesa da “economia popular”. De outro, desenvolveu-se em paralelo, a partir dos anos quarenta, uma legislação “antitruste” que, embora inspirada na experiência norte-americana, encerrou, desde o início, peculiaridades da jurisdição nacional².

Do ponto de vista da eficácia material, a primeira vertente preponderou dos anos trinta até meados dos anos noventa. Sua importância declinante é anunciada com a mudança do marco constitucional em 1988, induzida pela abertura e desregulamentação de preços do início dos anos noventa e concretizada com a Lei 8884 e estabilização dos preços do Plano Real de 1994.

Note-se, contudo, que tal movimento não significa que as vertentes identificadas no Quadro 1 existam sob forma pura ou preponderem de forma exclusiva em determinado período histórico.

De um lado, os normativos de cada vertente contaminam-se mutuamente. Conforme assinala Forgioni (1998, p. 73), por exemplo, “a Lei 1521 de 26 de dezembro de 1951, embora alterando, como diz em sua epígrafe, “dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular”, contém uma série de dispositivos tipicamente antitruste”. Da mesma forma, o disposto no inciso XXIV do artigo 21

² Uma discussão pormenorizada das tendências históricas da legislação transcenderia o escopo deste projeto de pesquisa. A distinção entre as duas vertentes identificadas é tratada em outro contexto em Forgioni (1998). A peculiaridade do sistema de crenças e valores que inspiraram o desenvolvimento da defesa da concorrência no Brasil está discutido em Salgado (1998). Sampaio Ferraz (1989), Leopoldino da Fonseca (1994) e Vaz (1993) contêm inúmeras reflexões acerca do tema.

da Lei 8884 acerca de “imposição de preços excessivos” pertence mais à tradição de tutela imediata do mercado do que à matriz internacional de defesa da concorrência.

De outro lado, a vertente não dominante adquire alguma materialidade, mesmo sob a preponderância da outra. Assim, o Brasil apresenta uma jurisprudência administrativa precoce na área de defesa da concorrência, apesar da pronunciada intervenção estatal nas seis décadas posteriores ao primeiro período Vargas e nítido predomínio do controle de preços. Analogamente, a inércia burocrática explica a sobrevivência de dispositivos anacrônicos na atualidade, como a Lei Delegada No 4 de 1962.

Note-se, ademais, que após um processo de industrialização marcado pela substituição de importações e forte intervenção estatal, ainda é incipiente a cultura de concorrência no Brasil.

Quadro 1

Duas Vertentes na Legislação Reguladora do Mercado

PEÇA LEGAL	DATA	MARCO CONSTITUCIONAL	ÓRGÃO APLICADOR	VERTENTES		
				PROTEÇÃO DA ECONOMIA POPULAR	TRANSIÇÃO	DEFESA DA CONCORRÊNCIA
DL 869	18/11/38	CF 1937, Art. 141				
DL 7666 "Lei Malaia"	22/06/45		Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE)			
LEI 1521	26/12/51					
LEI 1522	26/12/51		Comissão Federal de Abastecimento e Preços (COFAP)			
LEI 4137	10/09/62	CF 1946, Art. 148	Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)			
LEI DELEGADA N.º 4	26/09/62	CF 1946, Art. 146	Superintendência Nacional do Abastecimento (SUNAB)			
DL 52025	20/05/63	Regulamenta Lei 4137				
DECRETO 63196	29/08/68	CF 1967, Art. 83, II Revogado em 25/04/91	Conselho Interministerial de Preços (CIP)			
DL 92323	23/01/86	Revoga DL 52025 Regulamenta lei 4137				
DL 99244	10/05/90		Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE)			
LEI 8137	27/12/90	Retorno à configuração de atos contrários à ordem econômica como crimes				
LEI 8158 (MP 204/90)	9/01/91		Secretaria de Direito Econômico (SDE)			
LEI 8884	11/06/94	CF 1988, Art. 170 e 173	Transforma o CADE em autarquia			
LEI 9021	30/03/95	Implementação da Autarquia criada pela Lei 8.884/94				
LEI 9069	29/06/95	Altera a Lei 8.884/94				
LEI 9470	10/07/97	Acrescenta parágrafo ao art. 4º da Lei 8.884/94				

Quadro 2

Principais Períodos da Regulação dos Mercados no Brasil

PERÍODOS VERTENTES	1937-1988	1989-1994	1994-
DEFESA DA ECONOMIA POPULAR			
DEFESA DA CONCORRÊNCIA		PERÍODO DE TRANSIÇÃO	

O Quadro 2 ilustra de forma sintética as principais tendências da legislação desde o Estado Novo. Da Carta de 1937 à de 1988, prevaleceu a tendência de proteção da economia popular, típica de uma economia marcada pela intervenção direta do Estado na atividade econômica.

O período entre o final dos anos oitenta e o Plano Real abriu, por sua vez, uma etapa de transição na medida em que:

- promoveram-se as mudanças em direção a um novo modelo de desenvolvimento com maior exposição à economia mundial e em contraste com a industrialização por substituição de importações. Isto tornou anacrônico o aparato de controle de preços preexistente, ao mesmo tempo em que abriu períodos de ajuste estrutural em vários mercados previamente regulados.
- agudizou-se a crise macroeconômica marcada pela superinflação. A estabilização em uma economia indexada como a brasileira requeria estratégia específica de coordenação dos agentes para a passagem de uma taxa de inflação que atingiu níveis convencionalmente definidos como hiperinflacionários para uma inflação

de um dígito. Isto exigia um papel temporário da autoridade no sentido de coordenar as expectativas em direção a uma taxa de inflação moderada.

Tais fatores explicam, em parte, o sentido das mudanças contidas na Medida Provisória 204/90, posteriormente Lei 8158/91. A criação de uma secretaria ligada à administração central (SNDE) para conduzir a investigação e com poderes de decisão visava preservar alguma forma de controle. Tratava-se, no entanto, de estrutura nova criada na área da Justiça com uma lei na tradição antitruste.

Na prática, esta nova estrutura não substituiu integralmente a antiga, tendo coexistido com a atuação de outros órgãos de política de preços na área econômica. Sua concepção parece de qualquer forma ter correspondido a uma fase de transição em que as precondições da defesa da concorrência não estavam plenamente preenchidas³.

Com a estabilização dos preços obtida pelo Plano Real foi possível deslocar a ênfase da política sobre aspectos estruturais, abrindo nova etapa na qual preponderou a defesa da concorrência em detrimento da vertente intervencionista.

No plano jurídico, a Lei 8884 de junho de 1994 reaproximou a legislação brasileira à tendência internacional de defesa da concorrência em três aspectos⁴:

- restabeleceu-se o poder de decisão de uma comissão de caráter técnico como o CADE, restringindo a atuação da administração central à instrução dos processos por intermédio do órgão sucedâneo da SNDE, a SDE;

³ Oliveira (1996, p.59-73) contém uma discussão acerca da política de preços nesta fase de transição.

⁴ Curiosamente, no entanto, a motivação política que levou à edição da Lei 8884/94 foi ainda inspirada na noção das etapas anteriores de maior intervenção do Estado nos mercados.

- conferiu-se maior grau de autonomia ao CADE com a sua transformação em autarquia, criação de mandato para seus membros e de uma Procuradoria-Geral;
- introduziu-se o controle de atos de concentração.

O Quadro 3 sumaria a evolução histórica da segunda vertente da legislação de defesa da concorrência, incluindo a Lei 8158/91.

Quadro 3

Evolução da Legislação de Defesa da Concorrência no Brasil

<i>Lei</i>	<i>4 1 3 7 (1962)</i>	<i>8 1 5 8 (1991)</i>	<i>8 8 8 4 (1994)</i>
<i>Características</i>			
<i>Órgãos</i>	<i>C A D E</i>	<i>S N D E C A D E</i>	<i>C A D E S D E S E A E</i>
<i>Escopo</i>	<i>Conduta</i>	<i>Conduta</i>	<i>Conduta Estrutura</i>
<i>Autonomia</i>	–	–	<i>CADE é transformado em autarquia; mandato de dois anos para os membros</i>

A próxima seção discute em maior detalhe a Lei 8884/94.

III. DISCUSSÃO DE ASPECTOS DA LEI 8884/94

O objetivo desta seção é rever os principais aspectos da Lei 8884. Procurou-se fazer uma retrospectiva mais abrangente, incluindo comentários a artigos individuais da Lei, de forma a servir de base à discussão mais específica da próxima seção.

TÍTULO I DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

CAPÍTULO I Da Finalidade

Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Este dispositivo procura delimitar o escopo da lei 8.884/94, apontando seu fundamento constitucional e a titularidade dos bens jurídicos protegidos. Cuida-se de preceito fundamental para a integração da lei no ordenamento jurídico brasileiro, estabelecendo as diretrizes para a sua interpretação.

Desde logo, o legislador procurou evidenciar que a lei possui duas finalidades básicas: repressão e prevenção de infrações contra a ordem econômica. Essa dupla orientação reflete-se na própria estrutura da lei: os títulos V e VI tratam da caracterização e repressão das infrações contra a ordem econômica, delimitando as práticas a serem coibidas, as sanções aplicáveis e o procedimento administrativo a ser adotado; enquanto o título VII trata da prevenção das mesmas infrações, estabelecendo procedimentos de controle de atos potencialmente lesivos à ordem econômica. É importante ressaltar que

não há uma divisão estanque entre a prevenção e a repressão de infrações. Ambas as finalidades são complementares.

Note-se, ainda, que a dupla orientação da lei reflete-se também na estrutura institucional criada para a sua aplicação. Ao criar uma estrutura composta por três órgãos administrativos (CADE, SDE e SEAE), o diploma legal tratou de atribuir a estes órgãos as competências necessárias ao cumprimento tanto da finalidade preventiva como da repressiva. Essas competências específicas serão analisadas no momento oportuno.

Finalmente, ainda quanto à finalidade da lei, é importante notar que há uma impropriedade gramatical. A redação do artigo primeiro pode levar o intérprete incauto à conclusão de que a lei 8.884/94 esgotaria a prevenção e repressão de todas as infrações à ordem econômica (cf. *in verbis*: “*esta Lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica*”). No entanto, isto evidentemente não corresponde à realidade. Diplomas como o Código de Defesa do Consumidor (lei 8.078/90) ou a lei que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo (lei 8.137/90), cuidam de outras formas de infração à ordem econômica. Para solucionar essa impropriedade técnica, seria mais apropriada a seguinte redação: “esta Lei dispõe sobre a prevenção e repressão a infrações contra a ordem econômica”.

Mas o artigo primeiro não se limita a indicar as finalidades da lei. O preceito vai além, esclarecendo os princípios que deverão orientar a busca das mencionadas finalidades. Nesse ponto, o legislador recorre à Constituição Federal para invocar os princípios da livre iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso de poder econômico. Os quatro primeiros estão elencados no artigo 170 (*caput* e inciso III, IV e V) e o último no parágrafo 4º do artigo 173 da Carta Magna.

Antes de fazer qualquer comentário mais aprofundado em relação a esses princípios e sua aplicabilidade no âmbito da lei 8.884/94, cumpre apontar outra impropriedade técnica da lei. Evidentemente, todos os princípios constitucionais, especialmente aqueles elencados no Título VII (Da Ordem Econômica e Financeira), deverão orientar a aplicação da Lei 8.884/94, pelo simples fato de que uma lei ordinária jamais seria capaz de afastar a aplicação de qualquer princípio constitucionalmente assegurado. A lei deve sempre buscar concreção destes princípios.

Assim, ao invocar os princípios supra referidos, o legislador cometeu pelo menos duas impropriedades. De um lado, foi redundante, pois limitou-se a dizer o óbvio: que a aplicação da lei ordinária deverá obedecer os princípios constitucionais. De outro, ao elencar apenas alguns dos princípios constitucionais da ordem econômica, o legislador pareceu excluir a aplicabilidade dos demais. No entanto, como se apontou, a lei ordinária não poderia afastar a aplicação de princípios constitucionais. Portanto, na realidade, a busca das finalidades estabelecidas pelo artigo primeiro da lei deve ser orientada por todos os princípios constitucionais.

Aqui cabe uma breve palavra sobre a aplicabilidade dos princípios constitucionais no bojo da lei 8884/94. Como foi apontado alhures por Ronald Dworkin (Dworkin 1987) e, entre nós, defendido por Eros Roberto Grau (Grau 1997: 88 e ss.), os princípios jurídicos diferem das regras jurídicas em dois sentidos.

Em primeiro lugar, as regras são aplicáveis de uma forma tudo ou nada (*all or nothing*, na terminologia de Dworkin). Isto é, contrapondo-se uma regra a determinado fato, o intérprete encontra apenas duas possibilidades lógicas: a regra aplica-se ou não ao fato. Assim, por exemplo, no caso da regra que estabelece a necessidade de duas testemunhas para que um instrumento particular seja tido como título executivo: se o instrumento contiver duas

testemunhas caberá ação executiva, se contiver apenas uma não caberá a tutela executiva. Os princípios, por sua vez, não comportam este tipo de aplicação, tudo ou nada.

Em segundo lugar, os princípios jurídicos são dotados de uma dimensão que as regras não possuem: o peso ou importância. Assim, em cada caso concreto, o intérprete deverá sopesar os diversos princípios aplicáveis, para extrair aqueles que deverão prevalecer. No entanto, a aplicação de um princípio não implica, necessariamente, a negação do outro que tenha sido afastado, ou a que tenha sido atribuído menor peso, num determinado caso concreto.

Pois bem, essas observações sobre a aplicabilidade dos princípios são fundamentais para compreender como o intérprete da lei 8.884/94 deve lidar com certos princípios que, muitas vezes, podem ser contraditórios.

Apenas para ilustrar o problema tomemos como exemplo o caso de um ato de concentração submetido à aprovação do CADE, nos termos do artigo 54 da lei. Nesse caso, há o confronto nítido entre pelo menos dois princípios: o da livre iniciativa e o da livre concorrência. O princípio da livre iniciativa poderia recomendar a aprovação do ato de concentração, já que os particulares teriam autonomia para realizar o negócio. No entanto, sendo o ato restritivo da concorrência, o princípio da livre concorrência recomendaria a imposição de restrições à sua realização. O CADE, intérprete autêntico da lei, teria de sopesar os dois princípios a luz das circunstâncias, verificando qual deles deverá prevalecer no caso concreto. No entanto, a prevalência de um não implica a negação do outro. Ambos permanecem coexistindo no ordenamento jurídico.

Destarte, nota-se que o artigo primeiro, ainda que de forma imprópria, indica a necessidade de o intérprete sopesar os diversos princípios constitucionais na aplicação da lei 8884/94. Isso não significa a aplicação homogênea de todos

os princípios em todos os casos, mas uma avaliação prudencial dos princípios aplicáveis a cada caso concreto.

Parágrafo Único - A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos esta Lei.

O parágrafo único do artigo primeiro indica que a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos pela lei 8.884/94. Essa declaração apenas explicita algo que já estaria claro pelo próprio escopo da lei. No entanto, é importante ressaltar duas implicações dele decorrentes.

Em primeiro lugar, ao voltar-se para a proteção da coletividade, a lei 8.884/94 estipulou alguns mecanismos processuais que garantem esta proteção. Assim, por exemplo, a lei 8.884, em seu artigo 88, alterou a redação do artigo primeiro da lei da ação civil pública (lei 7.437/85) para determinar a possibilidade de utilização desta via processual para coibir infrações a ordem econômica. O Ministério Público e os demais legitimados a propor ação civil pública, como por exemplo associações civis de defesa dos direitos difusos e coletivos, poderão recorrer ao poder judiciário, buscando a responsabilização daqueles que praticarem infrações a ordem econômica.

Por outro lado, o fato de a coletividade ser a titular dos bens jurídicos protegidos pela lei não impede a proteção dos direitos individuais atingidos pelas infrações à ordem econômica. Com efeito, o artigo 29 da lei 8884/94 prevê expressamente que os indivíduos prejudicados poderão ingressar em juízo para requerer a cessação das práticas que constituam infração contra a ordem econômica, bem como indenização por perdas e danos sofridos.

Nota-se, nesse comentário inicial, que a lei estabelece uma ampla gama de mecanismos processuais para a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais lesados pelas infrações à ordem econômica. Todos esses mecanismos funcionam, ou deveriam funcionar, paralelamente ao processo

administrativo disciplinado pela lei e conduzido pelo CADE e SDE. No entanto, o que se observou nestes primeiros 5 anos de vigência da lei, foi um esquecimento dos referidos mecanismos e, conseqüentemente, o monopólio da aplicação da lei no âmbito da administração federal.

CAPÍTULO II

Da Territorialidade

Art. 2º. - Aplica-se esta Lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos.

O artigo 2º procura definir a o âmbito de aplicação da lei 8.884/94, delimitando a jurisdição das autoridades brasileiras.

Nesse ponto, vale fazer uma breve incursão no âmbito do direito internacional privado. Em geral, atos que, por algum motivo, envolvem mais de um país (v.g. atos praticados por partes domiciliadas em países distintos, atos praticados em um país por partes domiciliadas em outro, atos praticados em um país e executados em outro etc.), ensejam duas ordens de problemas: o da jurisdição competente e o da legislação aplicável. Nem sempre há uma coincidência entre ambos. Muitas vezes, a jurisdição competente é levada a aplicar uma legislação distinta daquela do seu país de origem.

No entanto, no caso de repressão às infrações à ordem econômica, não é possível conceber a autoridade nacional aplicando qualquer legislação distinta da brasileira. Isso porque se trata evidentemente de matéria de ordem pública, não podendo ser afastada a incidência da lei nacional (art. 17 do Código Civil).

Apesar de o problema da legislação aplicável não ensejar maiores dificuldades, devendo prevalecer a lei brasileira, o artigo 2º provoca uma enorme confusão ao referir-se à aplicabilidade da lei e não à jurisdição competente. Trata-se de um equívoco, que já foi apontada por Paula Forgioni (Forgioni 1998: 389): o legislador refere-se à lei aplicável quando, em verdade, pretende delimitar a extensão da jurisdição das autoridades brasileiras. Ora, seria esdrúxulo imaginar que o legislador teria pretendido impor às autoridades estrangeiras a aplicação da lei brasileira sempre que apreciarem atos que tenham sido praticados no Brasil ou que aqui possam produzir os seus efeitos. É evidente que este comando não pode se dirigir a autoridades estrangeiras. Assim, na realidade, o que o artigo 2º pretende definir é a extensão da jurisdição das autoridades brasileiras.

Nesse sentido, o mencionado dispositivo abarca além das práticas que venham a ser cometidas no todo ou em parte no território nacional, aquelas que, mesmo não sendo praticadas no território nacional, nele produzam ou possam produzir efeitos. Assim, nota-se que o efeito danoso não precisa ser atual, basta que seja potencial.

Nesse sentido, as autoridades brasileiras devem apreciar atos praticados fora do país que aqui produzam, ou possam produzir, seus efeitos danosos, como por exemplo a fusão entre empresas estrangeiras que exportem para o Brasil.

Podemos deparar, então, com a questão de como aplicar a decisão da autoridade brasileira a agentes econômicos situados em território estrangeiro? Em certas situações é possível aplicar a decisão por meio de atos praticados no próprio território nacional. Dessa forma, por exemplo, a condenação em uma decisão relativa a um cartel de exportação estrangeiro pode ser aplicada por meio de restrições impostas às exportações destas empresas para o Brasil. Ademais, a executividade da decisão brasileira pode vir a contar com a colaboração das autoridades estrangeiras, seja por meio da assinatura de

tratados internacionais (v.g. Protocolo de Fortaleza firmado no âmbito do Mercosul), seja ad hoc, por meio de entendimentos mantidos a cada caso com as autoridades do país em que se encontram os agentes autores da prática coibida.

Finalmente, vale uma observação sobre o parágrafo único do artigo 2º. Esse dispositivo tem por objetivo sinalizar para o aplicador da Lei que se reputa como situada no território brasileiro a empresa estrangeira que opere no Brasil ou tenha filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante, de maneira que eventual condenação poderia recair sobre estes entes.

Parágrafo único - Reputa-se situada no Território Nacional a empresa estrangeira que opere ou tenha no Brasil filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante.

TÍTULO II

Do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE

CAPÍTULO I

Da Autarquia

Art. 3º. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, órgão julgante com jurisdição em todo o território nacional, criado pela Lei no. 4.137, de 10 de setembro de 1962, passa a se constituir em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e atribuições previstas nessa Lei.

Este dispositivo transformou o CADE em autarquia, introduzindo importante alteração na configuração institucional do sistema de defesa da concorrência.

Esta modificação revitalizou o CADE como órgão julgante, conferindo-lhe maior autonomia decisória.

Com efeito, a autarquia é pessoa jurídica de direito público, criada por lei, com patrimônio e receitas próprios, “*para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada*” (art. 5º, inciso I, do Decreto-Lei 200/67).

Os principais traços do regime autárquico já foram sintetizados por Alberto Venâncio Filho: a) criação pelo Estado (por lei); b) desempenho de serviço público; c) caráter técnico ou especializado do serviço; d) autonomia administrativa ou de direção; e) autonomia patrimonial; f) controle estatal (Venâncio Filho 1998: p.411).

Com a transformação do CADE em autarquia, o órgão foi excluído do controle hierárquico da Administração Direta, ganhando a independência necessária ao exercício de sua atividade julgante. Aliás, vale ressaltar, que a preocupação de garantir a autonomia do CADE transparece em diversos dispositivos da lei, como se verá ao longo deste estudo.

No entanto, a autonomia da autarquia não é ilimitada. Como aponta a unanimidade da doutrina especializada em Direito Administrativo, as autarquias estão sujeitas ao controle estatal, tecnicamente conhecido como *tutela* ou “supervisão ministerial” (cf. Bandeira de Mello 1998: p.105 e ss.; Medauar 1996: p.82-83). A tutela é exercida pelo Presidente da República ou pelo Ministro titular da pasta a que se vincula a autarquia. Como o CADE é autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, ao titular desta pasta competirá o exercício da tutela.

Cuida-se de controle mais restrito que o controle hierárquico, que é inerente às relações entre órgãos da Administração Direta. Ao contrário do controle hierárquico, o exercício e os limites da tutela devem estar previstos em lei. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello: “(...) *o controle das autarquias existe nos casos, forma e modos que a lei estabelece. (...) A ingerência que cabe à Administração Central exercer sobre elas e a própria integração de suas atividades no planejamento geral administrativo não de realizar-se segundo os meios que a lei haja previsto, ao estabelecer os controles da entidade autárquica.*” (Bandeira de Mello 1998: p.105-106). Destarte, deve-se analisar a lei que cria a autarquia para verificar as formas de controle por ela instituídas.

Quando se observa a lei 8.884/94, nota-se que não foram estabelecidos mecanismos explícitos de controle do CADE pela Administração Direta. Ao contrário, diversos dispositivos acentuam a independência do órgão. É o caso do preceito que impede a demissão *ad nutum* do Presidente e dos Conselheiros do CADE (art. 5º). Ou, ainda, do dispositivo que veda a revisão das decisões do CADE no âmbito do Poder Executivo (art. 50).

Assim, o controle dos atos do CADE pela Administração Central, em especial pelo Ministro de Justiça, somente terá lugar em situações excepcionais, assumindo a forma de *tutela extraordinária* (Bandeira de Mello 1998: p.106). Essa forma de controle não exige previsão legal anterior, sendo inerente ao próprio regime autárquico, mas é aplicável apenas em situações de grave desvio da autarquia.

É preciso ressaltar, nesse ponto, que a tutela extraordinária não pode prestar-se a legitimar ingerências da Administração Central *contra legem*. Por exemplo, não poderia o Ministro da Justiça exonerar um Conselheiro do CADE de seu cargo, sob pretexto de estar exercendo a prerrogativa da tutela extraordinária. Da mesma forma, não pode o Presidente da República alterar a

decisão do CADE em determinado processo administrativo. Essas situações estão disciplinadas expressamente na lei (arts. 5º e 50), sendo afastada qualquer ingerência direta do Poder Executivo. Aqui, deve prevalecer a vontade do legislador sobre a vontade do administrador.

Em suma, a supervisão ministerial dos atos do CADE somente terá lugar em situações excepcionais, desde que não haja qualquer disposição legal em contrário. Isso assegura enorme grau de autonomia à nova autarquia, conferindo-lhe a independência necessária ao exercício de sua função judicante.

Finalmente, é importante frisar que, como órgão da administração indireta, o CADE está sujeito à fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial do Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União (arts. 70 e ss. da Constituição Federal).

CAPÍTULO II

Da Composição do Conselho

Art. 4º. O Plenário do CADE é composto por um Presidente e seis Conselheiros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta anos de idade, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal⁵.

§1º. O mandato do Presidente e dos Conselheiros é de 2 (dois) anos, permitida uma recondução.

⁵ Redação dada pelo art. 4º da Lei 9.021, de 30.03.95 (D.O.U. de 31.03.95).

§ 2º. Os cargos de Presidente e de Conselheiros são de dedicação exclusiva, não se admitindo qualquer acumulação, salvo as constitucionalmente permitidas.

§ 3º. No caso de renúncia, morte ou perda de mandato do Presidente do CADE, assumirá o Conselheiro mais antigo ou o mais idoso, nessa ordem, até nova nomeação, sem prejuízo de suas atribuições.

§ 4º. No caso de renúncia, morte ou perda de mandato de Conselheiro, proceder-se-á a nova nomeação, para completar o mandato do substituído.

§ 5º. Se, nas hipóteses previstas no parágrafo anterior, ou no caso de encerramento de mandato dos Conselheiros, a composição do Conselho ficar reduzida a número inferior ao estabelecido no art. 49, considerar-se-ão automaticamente interrompidos os prazos previstos nos arts. 28, 31, 32, 33, 35, 37, 39, 42, 45, 46, parágrafo único, 52, § 2º, 54, §§ 4º, 6º, 7º e 10, e 59, § 1º, desta Lei, e suspensa a tramitação de processos, iniciando-se a nova contagem imediatamente após a recomposição do *quorum*⁶.

Art. 5º. A perda de mandato do Presidente ou dos Conselheiros do CADE só poderá ocorrer em virtude de decisão do Senado Federal, por provocação do Presidente da República, ou em razão de condenação penal irrecorrível por crime doloso, ou de processo disciplinar de conformidade com o que prevê a Lei n.º. 8.112, de 11 de dezembro de 1990⁷, e a Lei n.º. 8.429, de 2 de junho de 1992⁸, e por infringência de quaisquer das vedações previstas no art. 6º.

⁶ § 5º acrescentado pela Lei 9.470 de 10.07.97.

⁷ Esta lei dispõe sobre o regime jurídico único dos Servidores Cíveis da União, das autarquias e fundações públicas federais.

⁸ Esta lei dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício do mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.

Parágrafo único - Também perderá o mandato, automaticamente, o membro do CADE que faltar a três reuniões ordinárias consecutivas, ou vinte intercaladas, ressalvados os afastamentos temporários autorizados pelo Colegiado.

Art. 6º. Ao Presidente e aos Conselheiros é vedado:

I - receber, a qualquer título, e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas;

II - exercer profissão liberal;

III - participar, na forma de controlador, diretor, administrador, gerente, preposto ou mandatário, de sociedade civil, comercial ou empresas de qualquer espécie;

IV - emitir parecer sobre matéria de sua especialização, ainda que em tese, ou funcionar como consultor de qualquer tipo de empresa;

V - manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos, em obras técnicas ou no exercício do magistério.

VI - exercer atividade político-partidária.

Este Capítulo dispõe sobre a composição do Plenário do CADE, tendo como eixos centrais: (i) a autonomia do Conselho e (ii) a garantia de imparcialidade de seus membros.

O Plenário do CADE é composto por sete membros, sendo um Presidente e seis conselheiros, todos indicados dentre cidadãos com mais de trinta anos, de

notável saber jurídico ou econômico e ilibada reputação, que recebem um mandato de dois anos.

A autonomia do Conselho é garantida tanto pela forma de indicação de seus membros, quanto pela impossibilidade de demissão *ad nutum*.

A nomeação dos membros do Plenário do CADE é realizada pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado (art. 4º). Este mecanismo, que visa a permitir a participação direta do Poder Legislativo na composição do Conselho, tende a assegurar uma escolha mais ponderada dos integrantes do CADE, evitando indicações estritamente políticas. Por outro lado, a necessidade de aprovação do Senado tende a conferir maior legitimidade ao Conselho.

Mais relevante que a indicação mediante sabatina do Senado, é a impossibilidade de demissão *ad nutum* (art.5º). Com efeito, os membros do CADE somente poderão perder seus mandatos nas seguintes situações: (i) por decisão do Senado, mediante provocação do Presidente da República; (ii) em razão de condenação penal irrecorrível por crime doloso; (iii) em razão de processo disciplinar ou (iv) por infringência de quaisquer das vedações previstas no art.6º.

Esse dispositivo é a maior garantia de autonomia para os membros do CADE. Seja qual for a posição por eles adotada durante seus mandatos, se não se verificar uma das quatro condições indicadas no parágrafo anterior, eles não poderão ser exonerados de seus cargos. Isso tende a reduzir a influência política nas decisões do Conselho, uma vez que seus membros terão seus mandatos assegurados ainda que contrariem algum interesse da Administração Central.

Finalmente, cumpre salientar que o artigo 6º pretende garantir a imparcialidade das decisões do CADE, impedindo que os membros do Conselho exerçam atividades incompatíveis com a função por eles exercida. Assim, o parágrafo 6º veda qualquer tipo de vínculo entre os membros do Conselho e empresas ou partidos políticos. Da mesma forma, veda a manifestação de opinião sobre processos pendentes ou decisões judiciais.

Com isso, o artigo 6º complementa o parágrafo 2º do artigo 4º, que já prevê a necessidade de dedicação exclusiva às funções atribuídas aos membros do CADE.

CAPÍTULO III

Da competência do Plenário do CADE

Art. 7º. Compete ao Plenário do CADE:

I - zelar pela observância desta Lei e seu Regulamento e do Regimento Interno do Conselho⁹;

II - decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e ampliar as penalidades previstas em lei;

III - decidir os processos instaurados pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça;

IV - decidir os recursos de ofício do Secretário da SDE;

⁹ O Regimento Interno do CADE foi publicado através da Resolução nº 12 de 31.03.98 (D.O.U. de 23.04.98).

V - ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar;

VI - aprovar os termos de compromisso de cessação de prática e do compromisso de desempenho, bem como determinar à SDE que fiscalize seu cumprimento;

VII - apreciar em grau de recurso as medidas preventivas adotadas pela SDE ou pelo Conselheiro-Relator;

VIII - intimar os interessados de suas decisões;

IX - requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, respeitando e mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções;

X - requisitar dos órgãos do Poder Executivo Federal e solicitar das autoridades dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios as medidas necessárias ao cumprimento desta Lei;

XI - contratar a realização de exames, vistorias e estudos, aprovando, em cada caso, os respectivos honorários profissionais e demais despesas de processo, que deverão ser pagas pela empresa, se vier a ser punida nos termos desta Lei;

XII - apreciar os atos ou condutas, sob qualquer forma manifestados, sujeitos à aprovação nos termos do art. 54, fixando compromisso de desempenho, quando for o caso;

XIII - requerer ao Poder Judiciário a execução de suas decisões, nos termos desta Lei;

XIV - requisitar serviços e pessoal de quaisquer órgãos e entidades do Poder Público Federal;

XV - determinar à Procuradoria do CADE a adoção de providências administrativas e judiciais;

XVI - firmar contratos e convênios com órgãos ou entidades nacionais e submeter, previamente, ao Ministro de Estado da Justiça os que devam ser celebrados com organismos estrangeiros ou internacionais;

XVII - responder a consultas sobre matéria de sua competência;

XVIII - instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica;

XIX - elaborar e aprovar seu regimento interno dispendo sobre seu funcionamento, forma das deliberações, normas de procedimento e organização de seus serviços internos, inclusive estabelecendo férias coletivas do Colegiado e do Procurador-Geral, durante o qual não correrão os prazos processuais nem aquele referido no § 6º do art. 54 desta Lei¹⁰;

XX - propor a estrutura do quadro de pessoal da Autarquia, observado o disposto no Art. 37, inciso II da Constituição Federal¹¹;

XXI - elaborar proposta orçamentária nos termos desta Lei;

¹⁰ Redação dada pelo art. 78 da Lei 9.069, de 29.06.95 (D.O.U. de 30.06.95).

¹¹ Assim dispõe o Art. 37, inciso II da Constituição Federal: “*a investidura de cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração*”.

XXII - indicar o substituto eventual do Procurador-Geral nos casos de faltas, afastamento ou impedimento¹².

O Plenário do CADE é o órgão máximo desta autarquia. Sua competência é bastante ampla, abrangendo todos os poderes necessários para que este órgão aplique a lei antitruste brasileira.

As competências atribuídas ao Plenário do CADE pelo artigo 7º podem ser divididas sistematicamente em cinco funções básicas: (i) função judicante (incisos II, III, IV, V, VI, VII, XII, XVII); (ii) função de polícia (incisos IX, X, XI); (iii) função de auto-organização administrativa e financeira (incisos XIV, XVI, XIX, XX, XXI, XXII); (iv) função de execução das decisões (incisos XIII e XV); (v) função de difusão da lei de defesa da concorrência (inciso XVIII).

A função judicante confere ao Plenário do CADE os poderes para proferir decisões em todos os processos administrativos, requerimentos de autorização, recursos e consultas submetidas a esta autarquia.

Nesse ponto, vale fazer uma observação sobre a competência do CADE para responder consultas (inciso XVI). Quando da edição da lei, as consultas eram reguladas pelo artigo 59, que estabelecia o procedimento a ser adotado. A lei 9.069, de 29 de junho de 1995, revogou o artigo 59, extinguindo o procedimento. No entanto, este diploma legal não revogou o inciso XVI do artigo 7º, que atribui ao Plenário da autarquia a referida competência. Assim, em 25 de novembro de 1998, o CADE editou a resolução 18, regulamentando esta competência e restaurando o procedimento consultivo.

A função de polícia confere poderes para que o Plenário do CADE requirite informações de entidades do Poder Público ou da iniciativa privada,

¹² Idem, nota 7.

determine diligências e contrate especialistas para realização de perícias. É uma função essencial para assegurar a obtenção das informações necessárias à tomada de decisões.

O poder de polícia outorga ao Plenário do CADE a competência para requisitar dos órgãos do do Poder Executivo Federal e solicitar das autoridades dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios, as medidas necessárias ao cumprimento desta Lei. Desta forma, na hipótese de os órgãos do Poder Executivo Federal e as autoridades dos Estados, Municípios e Distrito Federal não pautarem sua atuação pelos princípios constitucionais em detrimento das previsões da Lei 8884, o Plenário do CADE deverá requisitar/solicitar as medidas necessárias ao cumprimento da Lei 8884.

Nesse sentido, as concessões e permissões de serviço público, enquanto atos do poder executivo, nas esferas federal, estadual, municipal e Distrito Federal, devem pautar-se pelo princípio constitucional da livre concorrência (artigo 170 da Constituição Federal) consagrado na Lei 8884.

A função de auto-organização administrativa e financeira, por sua vez, é inerente à natureza autárquica do CADE. Como já se afirmou, as autarquias são entidades da Administração Indireta que possuem autonomia administrativa e financeira. Assim, compete ao Plenário do CADE decidir sobre a organização interna do Conselho, a alocação de pessoal, a elaboração de proposta orçamentária e a realização de convênios com outras entidades.

A função de auto-organização inclui a competência para elaborar o Regimento Interno da autarquia, contemplado na resolução 12 do CADE. Trata-se de peça importante na conformação institucional do CADE, dispondo sobre matérias de suma importância, como, por exemplo, o sigilo das informações prestadas ao Conselho.

A função de execução consiste na competência atribuída ao Plenário do CADE para recorrer ao Poder Judiciário e lançar mão da Procuradoria da autarquia para impor suas próprias decisões. Esta competência é ao mesmo tempo um poder e uma restrição, pois impede a auto-executoriedade das decisões do CADE. Com efeito, esta autarquia sempre deverá recorrer ao Poder Judiciário para impor suas decisões.

Finalmente, a lei atribui ao Plenário do CADE a importante função de difundir a lei de defesa da concorrência, instruindo o público sobre as formas de infração à ordem econômica. Esta competência é essencial para a criação de uma cultura da concorrência que permita o bom funcionamento dos mercados.

CAPÍTULO IV

Da Competência do Presidente do CADE

Art. 8º. - Compete ao Presidente do CADE:

- I - representar legalmente a Autarquia, em juízo e fora dele;
- II - presidir, com direito a voto, inclusive o de qualidade, as reuniões do Plenário;
- III - distribuir os processos, por sorteio, nas reuniões do Plenário;
- IV - convocar as sessões e determinar a organização da respectiva pauta;
- V - cumprir e fazer cumprir as decisões do CADE;
- VI - determinar à Procuradoria as providências judiciais para a execução das decisões e julgados da Autarquia;

VII - assinar os compromissos de cessação de infração da ordem econômica e os compromissos de desempenho;

VIII - submeter à aprovação do Plenário a proposta orçamentária, e a lotação ideal do pessoal que prestará serviço à entidade;

IX - orientar, coordenar e supervisionar as atividades administrativas da entidade.

O Presidente do CADE tem a função de representar a autarquia, em juízo e fora dele. Este é seu papel institucional, cabendo-lhe encabeçar o órgão e dar-lhe as orientações fundamentais. Em suma, é o Presidente que reflete externamente a vontade da autarquia, fazendo cumprir suas decisões.

Internamente, cabe ao Presidente organizar os trabalhos do Conselho, orientar e supervisionar as atividades da entidade, submeter ao plenário a proposta orçamentária e a proposta de lotação de pessoal.

Essas funções administrativas não retiram do Presidente sua função judicante. A lei atribui-lhe competência para proferir voto nos julgamentos do Conselho. Assim, o Presidente participa, juntamente com os demais membros do Conselho, das decisões tomadas pela autarquia. Ademais, no caso de empate na votação, caberá ao Presidente o voto de qualidade.

CAPÍTULO V

Da Competência dos Conselheiros do CADE

Art. 9º. Compete aos Conselheiros do CADE:

I - emitir voto nos processos e questões submetidas ao Plenário;

II - proferir despachos e lavrar decisões nos processos em que forem relatores;

III - submeter ao plenário a requisição de informações e documentos de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, a serem mantidas sob sigilo legal, quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções;

IV - adotar medidas preventivas, fixando o valor da multa diária pelo seu descumprimento¹³;

V - desincumbir-se das demais tarefas que lhes forem cometidas pelo regimento;

Os conselheiros do CADE têm como função essencial elaborar relatórios dos processos sob sua alçada e proferir votos. Trata-se, portanto, de uma função fundamentalmente judicante.

Por outro lado, os conselheiros também possuem vastos poderes instrutórios, concretizados na atribuição de requerer informações, documentos e/ou diligências necessários à formação de sua convicção.

Esses poderes, todavia, não são ilimitados. De fato, o exercício da função instrutória dos conselheiros sempre deverá ser limitada pelo plenário da autarquia, que decidirá, em última instância, sobre a necessidade/conveniência das informações, documentos ou diligências solicitados. Esta limitação é importante para evitar abusos que de outra forma poderiam ser perpetrados se os conselheiros atuassem de forma isolada.

Finalmente, também compete ao conselheiro-relator do processo administrativo a adoção de medidas preventivas quando houver receio de

¹³ Relativamente ao procedimento a ser adotado por ocasião de fixação de multa, vide Resolução do CADE n.º 09 de 16.07.97 (D.O.U. de 13.08.97).

lesão irreparável ao mercado, nos termos do artigo 52 da lei. Mais uma vez, trata-se de poder limitado pelo plenário, órgão ao qual competirá o julgamento de recurso voluntário contra a medida preventiva imposta pelo conselheiro-relator (art. 52, par. 2º).

A lei estipula, assim, um mecanismo de *checks and balances*, tendente a controlar *interna corporis* os poderes atribuídos aos conselheiros na condução dos processos administrativos.

CAPÍTULO VI

Da Procuradoria do CADE

Art. 10. Junto ao CADE funcionará uma Procuradoria, com as seguintes atribuições:

- I - prestar assessoria jurídica à Autarquia e defendê-la em juízo;
- II - promover a execução judicial das decisões e julgados da Autarquia;
- III - requerer, com autorização do Plenário, medidas judiciais visando à cessação de infrações da ordem econômica;
- IV - promover acordos judiciais nos processos relativos a infrações contra a ordem econômica, mediante autorização do Plenário do CADE, e ouvido o representante do Ministério Público Federal;
- V - emitir parecer nos processos de competência do CADE;
- VI - zelar pelo cumprimento desta Lei;

VII - desincumbir-se das demais tarefas que lhe sejam atribuídas pelo Regimento Interno¹⁴.

Art. 11. O Procurador-Geral será indicado pelo Ministro da Justiça e nomeado pelo Presidente da República, dentre brasileiros de ilibada reputação e notório conhecimento jurídico, depois de aprovado pelo Senado Federal.

§ 1º. O Procurador-Geral participará das reuniões do CADE, sem direito a voto.

§ 2º. Aplicam-se ao Procurador-Geral as mesmas normas de tempo de mandato, recondução, impedimentos, remuneração, perda de mandato e substituição aplicáveis aos Conselheiros do CADE.

§ 3º. Nos casos de faltas, afastamento temporário ou impedimento do Procurador-Geral, o Plenário indicará e o Presidente do CADE nomeará o substituto eventual, para atuar por prazo não superior a 90 (noventa) dias, dispensada a aprovação pelo Senado Federal, fazendo ele jus à remuneração do cargo enquanto durar a substituição¹⁵.

A lei concebe a Procuradoria do CADE como órgão técnico-jurídico com duas funções essenciais: (i) prestar assessoria jurídica à autarquia; (ii) comparecer perante o Poder Judiciário para executar as decisões do CADE.

Na função de assessoria, a Procuradoria exerce um papel eminentemente consultivo, emitindo opiniões jurídicas sobre os processos submetidos ao Plenário do CADE. Tendo em vista que esta autarquia possui uma composição mista, é essencial que este papel consultivo seja exercido de forma ativa, fornecendo subsídios para que o Plenário leve em consideração os aspectos jurídicos envolvidos no processo.

¹⁴ Idem nota 06.

¹⁵ Idem nota 07.

Ademais, cabe à procuradoria alertar o plenário da autarquia para a observância das salvaguardas do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, prevenindo a existência de vícios formais que maculem o processo decisório do CADE.

De outra parte, a Procuradoria deve funcionar como braço do CADE no Poder Judiciário, executando todas as suas decisões, incluindo as medidas preventivas adotadas pelo conselheiro-relator, bem como firmando acordos judiciais nos processos relativos a infrações contra a ordem econômica.

Este papel é fundamental para garantir a respeitabilidade das decisões do CADE, uma vez que elas não são auto-executáveis. Isto é, caso não sejam cumpridas espontaneamente, as decisões desta autarquia deverão necessariamente ser executadas em juízo, de acordo com o disposto nos artigos 60 e seguintes.

Vale notar que a legitimação ativa da Procuradoria para a execução das decisões do Conselho somente se configura quando há a solicitação do Presidente da autarquia, fundada em decisão ou autorização do plenário, conforme dispõem os artigos 7º, incisos XIII e XV, e 8º, inciso VI (MESQUITA 1998: 4).

Este capítulo trata ainda do processo de nomeação do Procurador Geral do CADE, que é muito similar ao do conselheiro. Vale dizer, o cargo deverá ser preenchido por indicação do Ministro de Justiça, sendo nomeado pelo Presidente da República após a aprovação do Senado Federal. Da mesma forma, aplicam-se ao procurador geral as mesmas normas que disciplinam o exercício do cargo de conselheiro.

No caso do procurador geral, contudo, há uma regra clara a respeito da substituição temporária: cabe ao plenário indicar e ao Presidente nomear o

substituto temporário, que poderá permanecer no cargo pelo prazo máximo de 90 dias.

TÍTULO III

Do Ministério Público Federal

Perante o CADE

Art. 12. O Procurador-Geral da República, ouvido o Conselho Superior, designará membro do Ministério Público Federal para, nesta qualidade, officiar nos processos sujeitos à apreciação do CADE.

Parágrafo único - O CADE poderá requerer ao Ministério Público Federal que promova a execução de seus julgados ou do compromisso de cessação, bem como a adoção de medidas judiciais, no exercício da atribuição estabelecida pela alínea “b” do inciso XIV do art. 6º. da Lei Complementar no. 75, de 20 de maio de 1993¹⁶.

Este título dispõe sobre a função do Ministério Público na aplicação da Lei 8884/94. São atribuídas duas funções básicas ao Ministério Público: (i) officiar no processos sujeitos à apreciação do CADE e (ii) executar as decisões da autarquia, quando assim for requerido pelo plenário.

A primeira função, exercida por membro do Ministério Público especialmente designado para esta finalidade, equivale à função consultiva exercida pela Procuradoria do CADE. Trata-se da função conhecida como *custus legis*, na qual o Ministério Público atua como fiscal da lei, zelando pela sua observância.

¹⁶ Referido dispositivo trata da competência do Ministério Público Federal para propositura de Ação Civil Pública, especialmente em defesa da ordem econômica e financeira.

É a segunda função, contudo, que merece maior atenção. A lei atribui ao Ministério Público a função de executar a os julgados do CADE ou os compromissos de cessação firmados por esta autarquia. Mais uma vez, cuida-se aqui de função equivalente à da Procuradoria do CADE.

Com efeito, tanto a Procuradoria como o Ministério Público podem ser acionados pelo Plenário do CADE para executar as decisões da autarquia. Por isso é fundamental observar que a legitimidade de um ou outro órgão sempre estará condicionada à solicitação do Presidente do CADE com base em decisão do Plenário. Este condicionamento da legitimidade impede que os dois órgãos executem a mesma decisão, o que geraria um conflito indesejável.

Em que pese este mecanismo de prevenção de conflitos entre os dois órgãos, seria mais razoável que a legitimação para a execução das decisões do CADE coubesse apenas à Procuradoria desta autarquia. O Ministério Público possui atribuições de outras naturezas nas quais deveria concentrar-se.

De fato, cabe ao Ministério Público, além da atuação como *custus legis* nos processos submetidos à apreciação do CADE, a propositura de ações civis públicas pela responsabilização por danos morais e patrimoniais causados por infração à ordem econômica (art. 88 da lei 8884/94, que inseriu o inciso V no art. 1º da lei de ação civil pública – lei 7.437/85). Essas duas atribuições deveriam ser o centro das preocupações do Ministério Público.

TÍTULO IV

Da Secretaria de Direito Econômico

Art. 13. A Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça - SDE, com a estrutura que lhe confere a Lei, será dirigida por um Secretário, indicado pelo

Ministro de Estado da Justiça, dentre brasileiros de notório saber jurídico ou econômico e ilibada reputação, nomeado pelo Presidente da República.

A Secretaria de Direito Econômico é órgão da Administração Direta, que integra o Ministério da Justiça. O Secretário de Direito Econômico deve ser indicado pelo Ministro titular desta pasta e nomeado pelo Presidente da República.

Cumprе ressaltar, no entanto, que o cargo de Secretário não é revestido das mesmas garantias e prerrogativas atribuídas ao Presidente e aos Conselheiros do CADE. De fato, o Secretário é hierarquicamente subordinado ao Ministro de Justiça, podendo ser demitido *ad nutum*.

Vale apontar, ainda, que atualmente a Secretaria de Direito Econômico é composta de dois departamentos: Departamento de Proteção e Defesa Econômica e Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor. O primeiro é que exerce as atribuições constantes na lei 8.884/94.

Art. 14. Compete à SDE:

I - zelar pelo cumprimento desta Lei, monitorando e acompanhando as práticas de mercado;

II - acompanhar, permanentemente, as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas que detiverem posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços, para prevenir infrações da ordem econômica, podendo, para tanto, requisitar as informações e documentos necessários, mantendo o sigilo legal, quando for o caso;

III - proceder, em face de indícios de infração da ordem econômica, a averiguações preliminares para instauração de processo administrativo;

IV - decidir pela insubsistência dos indícios, arquivando os autos das averiguações preliminares;

V - requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções;

VI - instaurar processo administrativo para apuração e repressão de infrações da ordem econômica;

VII - recorrer de ofício ao CADE, quando decidir pelo arquivamento das averiguações preliminares ou do processo administrativo;

VIII - remeter ao CADE, para julgamento, os processos que instaurar, quando entender configurada infração à ordem econômica;

IX - celebrar, nas condições que estabelecer, compromisso de cessação, submetendo-o ao CADE, e fiscalizar o seu cumprimento;

X - sugerir ao CADE condições para a celebração de compromisso de desempenho, e fiscalizar o seu cumprimento;

XI - adotar medidas preventivas que conduzam à cessação de prática que constitua infração à ordem econômica, fixando prazo para seu cumprimento e o valor da multa diária a ser aplicada, no caso de descumprimento;

XII - receber e instruir os processos a serem julgados pelo CADE, inclusive consultas, e fiscalizar o cumprimento das decisões do CADE;

XIII - orientar os órgãos da administração pública quanto à adoção de medidas necessárias ao cumprimento desta Lei;

XIV - desenvolver estudos e pesquisas objetivando orientar a política de prevenção de infrações da ordem econômica;

XV - instruir o público sobre as diversas formas de infração da ordem econômica, e os modos de sua prevenção e repressão;

XVI - exercer outras atribuições previstas em lei.

Este dispositivo estabelece as competências da Secretaria de Direito Econômico – SDE. Para efeitos de sistematização, é possível dividir estas competências em seis categorias distintas: (i) monitoração de mercados (incisos I, II e III); (ii) instrução de processos submetidos ao CADE (incisos IV, V, VI, VII, VIII e XII); (iii) decisão a respeito de medidas preventivas e compromissos de cessação (incisos IX e XI); (iv) fiscalização das decisões (incisos IX, X e XII); (v) papel consultivo em relação ao CADE (inciso X e artigo 54, parágrafo 6º) e (vi) difusão da cultura da concorrência (incisos XIII, XIV e XV). Vejamos cada uma destas atribuições separadamente, para então analisar as possíveis modificações de *lege ferenda*..

(i) função de monitoração de mercados (incisos I, II e III)

A função de monitoração de mercados consiste no acompanhamento constante das práticas dos agentes econômicos, com vistas a identificar eventuais infrações contra a ordem econômica. Este é um papel absolutamente fundamental para a aplicabilidade da lei de defesa da concorrência. De fato, é o monitoramento eficiente que permitirá identificação das práticas anticoncorrenciais a serem coibidas pelas autoridades antitruste. Além disso, apenas o acompanhamento permanente de mercados pode propiciar uma intervenção em tempo econômico para evitar que determinadas práticas causem prejuízos irreversíveis ao mercado.

Deve-se observar, contudo, que o exercício da função de monitoramento exige elevado grau de preparação técnica do órgão responsável, além da aplicação de montante razoável de recursos para a obtenção e análise das informações de mercado.

Vale notar que nas jurisdições mais maduras cada mercado é monitorado por técnicos especialistas na área, havendo ainda grande integração entre técnicos de formação jurídica e técnicos de formação econômica. Assim, mercados altamente especializados, como, por exemplo, o petroquímico ou o farmacêutico, são acompanhados por *experts* nessas áreas.

Outra questão fundamental é o acesso às informações relevantes para a análise antitruste. Em estudo recente, Kovacic (1997: 494 e ss.) ressalta a dificuldade das jurisdições mais recentes, em especial aquelas da América Latina, obterem as informações comerciais necessárias à aplicação da legislação antitruste, dada a resistência dos agentes econômicos que atuam em um ambiente sem qualquer tradição antitruste.

Enfim, a função de monitoramento atribuída à SDE exige um rápido e profundo aperfeiçoamento de forma a adaptá-la às exigências impostas por mercados altamente dinâmicos e especializados.

(ii) função de instrução (incisos IV, V, VI, VII, VIII e XII)

Conjugada com a anterior esta é a função mais importante da SDE. Trata-se da obtenção das informações e/ou documentos necessários à formação da convicção dos conselheiros do CADE.

Cabe à SDE conduzir toda a instrução do processo. Em tese, quando esta Secretaria encaminhasse ao CADE o processo, este deveria estar no ponto de julgamento. No entanto, isto não ocorre na prática, sendo permitido ao

conselheiro-relator submeter ao Plenário o pedido de novas informações, documentos e/ou diligências para complementar a instrução do processo (art. 9º, inciso III). Não raras vezes, isto conduz a uma dupla instrução do processo que atrasa o seu julgamento causando prejuízos à credibilidade do CADE e ao mercado.

(iii) decisão a respeito de medidas preventivas e compromissos de cessação (incisos IX e XI)

A SDE possui uma competência decisória bastante restrita. A lei atribui ao Secretário a competência para adotar medidas preventivas e celebrar compromissos de cessação.

No entanto, ambas as decisões estão sujeitas à revisão do CADE. No caso de medidas preventivas, cabe recurso voluntário para o Plenário do CADE, no prazo de 5 (cinco) dias (art. 52, parágrafo 2º). No caso do compromisso de cessação, este é celebrado pela SDE sempre *ad referendum* do Plenário do CADE.

(iv) fiscalização das decisões do CADE (incisos IX, X e XII)

A SDE tem a competência genérica de fiscalizar o cumprimento das decisões do CADE e as competências específicas de fiscalizar os compromissos de cessação e de desempenho celebrados pelo CADE.

Estas competências são fundamentais para impedir que as decisões do CADE caiam no vazio. De fato, as decisões desta autarquia, em especial os compromissos referidos no parágrafo anterior, têm um caráter prospectivo e, portanto, exigem um acompanhamento rigoroso. De nada vale a celebração de um compromisso de desempenho fixando determinados parâmetros a serem

atingidos pelas empresas se não houver alguma autoridade que verifique se tais parâmetros foram ou não efetivamente alcançados.

Este é o papel da SDE que, mais uma vez, depende fundamentalmente de capacitação técnica e recursos para o acompanhamento e avaliação das condutas das empresas.

(v) papel consultivo em relação ao CADE (inciso X e artigo 54, parágrafo 6º)

A SDE exerce, ainda, um papel consultivo em relação ao CADE, produzindo pareceres e dando sugestões nos processos submetidos ao CADE. Assim, cabe à SDE sugerir ao CADE os termos de compromisso de desempenho, bem como elaborar pareceres relativos aos atos submetidos à autorização do CADE.

(vi) difusão da cultura da concorrência (incisos XIII, XIV e XV)

Assim como o CADE, a SDE tem a atribuição de difundir os preceitos da legislação de defesa da concorrência no mercado e no âmbito da administração pública. Esta atribuição é fundamental num país sem tradição antitruste como o Brasil, no qual durante boa parte de sua história recente os mecanismos de mercado permaneceram atados por regras governamentais.

Funções Atribuídas às de pelo Artigo 14 da Lei 8.884/94

FUNÇÕES DA SDE	INCISOS DO ARTIGO 14
Monitoramento dos mercados	I,II, e III
Instrução de processos	IV, V, VI, VII, VIII e XII
Decisão sobre medidas preventivas e compromissos de cessação	IX e XI
Fiscalização das decisões do CADE	IX, X e XII
Papel consultivo em relação ao CADE	X
Difusão da cultura da concorrência	XIII, XIV e XV

Considerações de lege ferenda

A lei 8.884/94 optou por atribuir à SDE importantes atribuições de instrução dos processos a serem julgados pelo CADE. Da mesma forma, foi atribuída a esta Secretaria uma capacidade decisória sobre determinados assuntos.

No entanto, é curioso notar que as referidas competências também foram atribuídas ao CADE. De um lado, o Plenário desta autarquia possui amplos poderes instrutórios. De outro, as decisões tomadas pela SDE são submetidas à reapreciação do CADE. Assim, a lei acabou estabelecendo uma duplicação de competências que, além de ser absolutamente desnecessária, pode acabar gerando conflitos entre os dois órgãos e insegurança para o mercado.

Por exemplo, pode ocorrer que a SDE imponha determinadas medidas preventivas que o CADE entenda desnecessárias. O simples fato de ter sido imposta uma medida preventiva pela SDE já poderá acarretar aos agentes econômicos um enorme prejuízo no que tange à sua imagem no mercado. Não faz sentido algum a previsão de dois órgãos públicos com a mesma competência decisória, quando um terá a palavra final. Bastaria evidentemente atribuir competência ao CADE, o que conferiria maior

segurança jurídica ao sistema de defesa da concorrência e aos agentes econômicos de uma forma geral.

No mesmo sentido, verifica-se a inutilidade de uma dupla instrução dos processos submetidos ao CADE. De fato, a SDE passa meses, às vezes anos, instruindo um determinado processo e, quando este processo é submetido ao julgamento do CADE, caso o Plenário entenda necessário, poderá realizar instrução complementar. Na prática, sempre será o CADE que determinará o momento de encerramento da instrução dos processos e as informações necessárias ao julgamento. Não é difícil vislumbrar ocasiões em que o Plenário do CADE tenha uma opinião divergente da SDE em relação às informações necessárias à instrução do processo. Isso leva uma inútil e morosa duplicação dos trabalhos, absolutamente incompatível com as necessidades de segurança jurídica e agilidade decisória.

Por outro lado, a atribuição das funções de monitoração dos mercados e fiscalização das decisões do CADE a um órgão da Administração Direta, sem as garantias e prerrogativas atribuídas ao presidente e conselheiros desta autarquia, sujeita o exercício de tais funções a constantes pressões políticas. Isto é extremamente negativo dada a relevância destas competências e seu cunho eminentemente técnico.

Por essas razões, seria importante concentrar no CADE as competências de (i) monitoração dos mercados, (ii) instrução dos processos, (iii) decisão sobre medidas preventivas e compromissos de cessação, (iv) bem como a fiscalização das próprias decisões do CADE.

Isto exigiria a criação, dentro da estrutura autárquica do CADE, de um órgão técnico responsável pelo desempenho das referidas funções. A orientação geral para o desempenho dessas competências caberia aos conselheiros-relatores dos processos referentes a infrações contra a ordem econômica ou

atos de concentração. No entanto, o corpo técnico teria certa autonomia para conduzir os trabalhos dentro das linhas gerais determinadas pelos conselheiros-relatores.

Evidentemente, o exercício dessas funções pelo corpo técnico do CADE deveria sempre respeitar o devido processo legal e a ampla defesa assegurados aos agentes econômicos.

Vale lembrar que as decisões do CADE, inclusive quanto à instrução dos processos, sempre poderão ser revistas pelo Poder Judiciário, dada a garantida constitucional do direito de ação (art. 5º, XXXV). Essa possibilidade de revisão judicial, aliada à garantias processuais asseguradas no processo administrativo, tendem a ser suficientes para evitar abusos por parte do CADE no exercício de suas competências.

Finalmente, com a concentração das atribuições do DPDE no CADE, a SDE poderá focar sua atuação na proteção e defesa do consumidor, articulando-se com as Fundações PROCON e as agências reguladoras.

TÍTULO V

Das Infrações da Ordem Econômica

CAPÍTULO I

Das Disposições Gerais

Art. 15. Esta lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

Como se vê, a definição dos destinatários da lei de defesa da concorrência é bastante ampla procurando abranger todo e qualquer agente econômico, incluindo expressamente aqueles que exercem atividade sob monopólio legal, além das associações de pessoas físicas e/ou jurídicas.

Em primeiro lugar, cumpre destacar que este artigo peca pela falta de técnica. De fato, podem ser apontados inúmeros equívocos: (i) o termo entidades deveria ser substituído por seu sucedâneo técnico “pessoas jurídicas” e o termo pessoas deveria ser especificado como “pessoas físicas”; (ii) é equivocado falar em associações “constituídas” de fato, pois as associações de fato existem no plano da realidade, mas não são tecnicamente “constituídas”; (iii) a expressão “com ou sem personalidade jurídica” é redundante, pois possui o mesmo significado que “de fato ou de direito”.

Note-se que a lei aplica-se, de forma geral, a todos os agentes econômicos, tenham ou não finalidade lucrativa. Além disso, a lei se aplica a associações que não exerçam atividade econômica. É o caso das associações de classe e setoriais que, apesar de não exercerem qualquer atividade econômica, tomam atitudes com impacto direto sobre a concorrência. A experiência recente do CADE tem demonstrado que as referidas associações são responsáveis por inúmeras infrações contra a ordem econômica.

É importante salientar, ainda, que os agentes econômicos controlados pelo estado (v.g. empresas públicas e sociedades de economia mista) não escapam à aplicação da lei de defesa da concorrência. Isto é decorrência lógica do artigo 173, parágrafo 1º, da Constituição Federal, que impõe aos agentes estatais o mesmo regime jurídico atribuído aos agentes privados.

Curioso notar, também, que a lei de defesa da concorrência aplica-se até mesmo aos agentes econômicos que exerçam atividade em regime de monopólio legal. Nesses casos, evidentemente, o foco das autoridades de

defesa da concorrência será mantido no abuso da posição dominante detida por este agente e no impacto anticoncorrecional de suas condutas em mercados adjacentes ao mercado explorado em regime de monopólio (i.e. mercados a montante e a jusante).

Dada a abrangente definição do âmbito de aplicação da lei 8.884/94, cabe a seguinte indagação: há pessoas ou atividades que não estão sujeitas às normas de defesa da concorrência? Em caso afirmativo, quais são estas pessoas ou atividades imunes ao direito concorrecional? A resposta a estas questões é muito complexa e tem sido objeto de extensa discussão em outros países.

Nos Estados Unidos da América, a Suprema Corte tem respondido a essas questões em duas linhas de argumentação complementares: a *state action doctrine* e a *pervasive power doctrine* (Salomão Filho 1998: 201 e ss.). A primeira vertente argumentativa sustenta a imunidade às normas de defesa da concorrência das atividades nas quais (i) a regulamentação estatal vise a substituir os mecanismos de mercado e (ii) o Estado supervisione ativamente a atividade regulamentada (*active supervision requirement*). A segunda linha, sustenta a inaplicabilidade das normas antitruste a atividades em que o poder atribuído a agências reguladoras estatais seja amplo suficiente (*pervasive*) para afastar a competência das autoridades de defesa da concorrência (FTC e DOJ) (Rocha 1998: p. 6).

A partir da análise dessas duas linhas de argumentação, o professor Calixto Salomão Filho (Salomão Filho 1998: 206 e ss.) aponta que, no Brasil, via de regra a concessão de serviços públicos implica numa substituição dos mecanismos de mercado por uma ampla regulamentação estatal, o que afastaria a aplicação do direito concorrecional aos serviços públicos.

No entanto, o mesmo autor reconhece que a noção de serviço público é equívoca no direito brasileiro, comportando diversas definições. Assim, não

basta a classificação de determinada atividade como serviço público para que seja excluída da aplicação das normas concorrenciais. Com efeito, atualmente, observa-se um movimento tendente à introdução de concorrência em diversas atividades caracterizadas como serviços públicos.

É o caso dos serviços de telecomunicações e energia elétrica, após a aprovação dos novos marcos regulatórios (Lei 9.472/97 e Lei 9.427/96, respectivamente). Nesse ponto, vale observar que a Lei Geral de Telecomunicações prevê expressamente a aplicabilidade das normas de defesa da concorrência aos serviços de telecomunicações, incluindo os serviços prestados em regime público.

Destarte, pode-se concluir que, em princípio, as normas de defesa da concorrência aplicam-se a todas as atividades, incluindo os serviços públicos, ressalvadas apenas as situações em que a lei preveja a completa regulamentação de determinado setor ou atividade, substituindo inteiramente as forças do mercado pelas diretrizes estatais.

Art. 16. As diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente.

Art. 17. Serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, que praticarem infração da ordem econômica.

Estes dispositivos procuram estabelecer a responsabilidade solidária dos dirigentes, administradores e/ou das demais empresas ou entidades integrantes do grupo econômico de que participa o infrator à ordem econômica.

Mais uma vez o legislador cometeu algumas impropriedades técnicas. Em primeiro lugar, o artigo 16 não permite identificar quem sejam os “dirigentes” da empresa. Como o mesmo artigo refere-se aos administradores, supõe-se que o termo “dirigentes” tenha sido utilizado para designar outros dirigentes que não os administradores da empresa. Será que a lei procurou referir-se aos controladores ? Se essa era a intenção, melhor seria utilizar o termo tecnicamente definido no artigo 116 da lei das sociedades anônimas (lei 6.404/76). Na ausência da utilização de um termo técnico, torna-se difícil depreender a conotação do vocábulo “dirigentes”.

Além disso, não é possível dizer ao certo se o advérbio “solidariamente” refere-se à solidariedade entre os diversos administradores da empresa infratora ou entre aqueles e esta. Trata-se de questão relevante pois, na primeira hipótese, é a própria penalidade imposta à empresa (art. 23, I) que poderá ser exigida dos administradores. Na segunda, é apenas a penalidade aplicada aos próprio administradores (art. 23, II) que poderá ser exigida integralmente de qualquer um deles. A segunda hipótese parece mais adequada, tendo em vista que a lei previu penalidade específica para os administradores. De fato, não faria sentido prever esta penalidade específica mais reduzida se os administradores fossem solidariamente responsáveis pela penalidade aplicada à empresa.

Ainda quanto ao artigo 16 é preciso mencionar a contradição entre os termos “individual” e “solidariamente”. Ora, a responsabilidade solidária é uma co-responsabilidade. Vale dizer, é a responsabilidade comum fundada, de um lado, na pluralidade de devedores e, de outro, na unidade da dívida. Assim, é contraditório falar em responsabilidade solidária individual.

Já o artigo 17 procurou nitidamente estabelecer a solidariedade das sociedades integrantes do grupo econômico de que faz parte a sociedade infratora da ordem econômica, independentemente destas sociedades terem ou não

contribuído para a prática da infração. No entanto a redação do dispositivo (i.e. “*serão solidariamente responsáveis as empresas de grupo econômico ... que praticarem infração à ordem econômica*”) leva a crer que apenas as entidades do grupo econômico que tiverem concorrido ativamente para a prática da infração seriam solidariamente responsáveis.

Nota-se assim que os defeitos na técnica de redação destes dispositivos são bastante graves, dificultando desnecessariamente sua compreensão. De qualquer sorte, cumpre examinar algumas questões de fundo que permeiam as previsões desses dois dispositivos.

Em primeiro lugar, o artigo 16 não esclarece se a responsabilidade solidária dos dirigentes ou administradores seria de natureza subjetiva ou objetiva, isto é, se depende ou não da comprovação de culpa no exercício das funções de administração ou direção. Como a regra no direito pátrio é da responsabilidade subjetiva, salvo os casos em que a lei expressamente disponha o contrário (Pereira 1998: 273 e 274), somente poderão ser responsabilizados os dirigentes/administradores que tiverem concorrido com culpa para a prática da infração.

Essa solução, aliás, é a mais harmônica com as normas gerais de responsabilização dos administradores, em especial com o parágrafo 1º do artigo 158 da lei de sociedades por ações. De fato, tal dispositivo prevê que: “*o administrador não é responsável por atos ilícitos de outros administradores, salvo se com eles for conivente, s negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática.(...)*”.

Ademais, esta parece ser a solução mais eqüitativa. Não faz sentido que um diretor de marketing, que não tenha qualquer conhecimento dos atos ou

contratos ilícitos firmados pelo diretor industrial, venha a responder solidariamente pela infração consubstanciada nestes contratos.

Dada a redação do artigo, parece que todos os dirigentes ou administradores que concorrerem para a prática da infração responderão solidariamente perante as autoridades de defesa da concorrência. Esta previsão não leva em consideração o grau de participação de cada dirigente na infração. Isto pode acarretar situações absurdas em que administradores com participação ínfima na infração respondam em pé de igualdade com os administradores que realmente influíram de forma determinante para a prática do ilícito. Trata-se de afronta ao princípio segundo o qual o agente deve responder pelo ilícito na medida de sua culpabilidade (art. 29 do Código Penal).

De outra parte, o instituto da solidariedade em direito privado faculta ao credor exigir e receber o total da dívida comum de um ou de alguns dos devedores solidários (art. 904 do Código Civil). Assim, ao caracterizar a responsabilidade dos dirigentes como solidária, o legislador permitiu que o CADE ao condenar seus administradores por infrações à ordem econômica, exigisse a totalidade da multa aplicada pela infração de qualquer um deles. Esta previsão também poderá gerar situações absurdas. Assim por exemplo, o administrador com menor participação na infração poderá ser executado para o pagamento integral da penalidade imposta pelo CADE.

É verdade que aquele que cumprir a obrigação por inteiro terá direito de regresso contra os demais co-devedores, na razão de suas quota-partes (art. 913 do Código Civil). No entanto, o direito de regresso não muda o fato de que alguém poderá ser obrigado a arcar integralmente com a penalidade imposta pelo CADE, para só depois reaver a parte que caberia a cada um dos outros co-devedores.

Assim, melhor seria que o artigo 16 não tivesse previsto a responsabilidade solidária dos administradores e/ou dirigentes pelas infrações cometidas pela empresa, mas sim a responsabilidade individual e pessoal de cada administrador na medida dos atos que tivessem praticado ou omissões em que houvessem incorrido. Isso evitaria as situações absurdas apontadas acima.

Note-se, aqui, que a redação do artigo 23,II, parece ter se aproximado desta linha, impondo penalidades individuais aos administradores direta ou indiretamente responsáveis pelas infrações. No entanto, isso não ilide a aplicação da norma do artigo 16, que impõe a solidariedade entre eles.

No que tange ao artigo 17, o legislador também lançou mão do instituto da solidariedade na tentativa de responsabilizar as demais empresas do grupo de que faz parte a empresa infratora da ordem econômica. Também nesse caso a penalidade poderá ser exigida integralmente de qualquer uma das empresas do grupo.

Aqui também não faz muito sentido que uma empresa, ainda que do mesmo grupo econômico, seja penalizada no lugar da infratora, caso esta tenha patrimônio para responder pela infração. Melhor seria que o legislador tivesse previsto a responsabilidade subsidiária das demais empresas do grupo econômico da infratora. Nesse caso, os outros agentes econômicos integrantes de um grupo empresarial somente responderiam pela infração quando a empresa infratora não tivesse patrimônio suficiente. Além de ser mais justa, esta solução seria tecnicamente mais correta.

De qualquer forma, é importante notar, na esteira das lições do Prof. José Ignácio Botelho de Mesquita, que os terceiros responsabilizados pelos artigos 16 e 17 da lei 8.884/94 somente poderão ser executados se a sua responsabilidade tiver sido expressamente determinada na decisão do CADE.

“Os motivos que determinam a sua responsabilidade solidária devem ter sido previamente apurados no processo perante o CADE, mediante contraditório regular, assegurado o direito de ampla defesa, sob pena de, contra eles, não valer o título executivo” (Mesquita 1998: 5).

Art. 18. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica foi introduzida no direito pátrio a partir da evolução jurisprudencial, utilizando-se dos fundamentos da doutrina anglo-saxã do *legal entity disregard*.

Cuida-se do mecanismo segundo o qual se permite, excepcionalmente, “levantar o véu” da personalidade jurídica para atingir os controladores de sociedade, que se utilizam da forma social para praticar atos ilícitos sem que possam ser atingidos pelas sanções jurídicas. É, pois, uma exceção à regra geral segundo a qual a pessoa jurídica possui existência distinta da de seus membros (art. 20 do Código Civil).

Tradicionalmente, a doutrina e jurisprudência nacionais têm aceito dois fundamentos para a desconsideração da personalidade jurídica: abuso de direito e fraude à lei. Quando se verifica uma dessas duas situações, tem-se admitido a desconsideração independentemente de previsão legal expressa.

Procurando positivar a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica em caso de infrações contra a ordem econômica, o artigo 18 estabeleceu as hipóteses em que o CADE poderá lançar mão deste instituto.

Tal dispositivo parece ter sido inspirado no artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), pois praticamente transcreve este artigo para o âmbito da defesa da concorrência.

Entretanto, como se nota, ao invés de circunscrever as hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica aos fundamentos tradicionais apontados supra, a lei procurou ampliar tais hipóteses. Essa tentativa, em si, é louvável, na medida em que há certas situações em que se verifica evidente desvirtuamento da personalidade jurídica sem que necessariamente se identifique fraude ou abuso de direito.

No entanto, o legislador foi infeliz na escolha das situações utilizadas para a ampliação do rol das hipóteses de desconsideração. Por exemplo, foi prevista a desconsideração por “excesso de poder”. O que significa esta expressão ? A simples existência da concentração de poder autorizaria a desconsideração ? A que poder se refere a lei ? O poder decisório dentro da sociedade ? O poder econômico dos controladores ? Essas questões não são resolvidas pela lei, deixando o intérprete em uma situação bastante delicada e gerando insegurança para os agentes do mercado.

Da mesma forma não se esclarece o que seria o “fato ilícito” referido neste artigo. Nesse ponto cumpre apontar que, em Direito, há nítida distinção entre ato e fato. Um ato jurídico é sempre uma conduta humana voluntária, enquanto o fato jurídico é sempre um evento da natureza ao qual a ordem jurídica atribui determinada consequência jurídica (Mello 1995: 107 e ss.). Assim sendo, parte substancial da doutrina nega a existência de fatos ilícitos, sustentando que a ilicitude somente poderia ser ligada a um ato humano e não a um fato da natureza. Essa posição doutrinária torna incompreensível a previsão do artigo 18 da lei 8884/94.

Alguns autores, contudo, admitem a existência de fatos ilícitos, qualificando desta forma os fatos da natureza que acarretem responsabilidade de alguém pelos prejuízos causados (Mello 1995: 202).

No entanto, ainda que se adote esta posição minoritária que admite a existência de fatos ilícitos, é difícil vislumbrar alguma hipótese em que um evento natural pudesse autorizar a desconsideração da personalidade jurídica. A utilização da expressão “fato ilícito”, portanto, dificulta a compreensão do dispositivo legal.

Por outro lado, é curiosa a previsão de desconsideração da personalidade jurídica quando houver a falência ou insolvência da empresa por má administração. Cuida-se de uma hipótese objetiva de desconsideração em que não é preciso demonstrar a prática de atos ilícitos por parte daqueles que se encontram por trás do véu da pessoa jurídica. Basta única e tão-somente a verificação objetiva da razão pela qual a empresa foi levada ao estado falimentar ou de insolvência.

Deve-se ressaltar, ainda, que a desconsideração da personalidade jurídica é sempre subsidiária. Vale dizer, o CADE deverá, nestas hipóteses, condenar os sócios ou acionistas da sociedade infratora apenas nos casos em que o patrimônio da pessoa jurídica não for suficiente para responder pela infração cometida.

Por fim, anote-se, ainda, que também no caso de desconsideração da personalidade jurídica, para que a decisão do CADE possa ser executada em face dos controladores da empresa é preciso que as razões da desconsideração tenham sido expressamente tratadas na decisão. Além disso, devem ser respeitadas as garantidas do contraditório e da ampla defesa dos controladores ao longo do processo administrativo (Mesquita 1998: 4 e 5).

Art. 19. A repressão das infrações da ordem econômica não exclui a punição de outros ilícitos previstos em lei.

Um mesmo ato pode ser considerado ilícito por diversas normas do ordenamento. Assim, este dispositivo prevê expressamente que a repressão dos atos considerados ilícitos pela lei de defesa da concorrência não afastará sua punição em virtude da incidência de outras normas jurídicas.

Nesse sentido, é de especial relevância a menção à lei 8.137/90, que tipifica os crimes contra a ordem econômica, impondo penas a inúmeras condutas que também poderão caracterizar infrações nos termos da lei 8.884/94. Assim, será comum que uma mesma conduta possa implicar uma sanção imposta pelo CADE e uma pena imposta pelo poder judiciário.

CAPÍTULO II

Das Infrações

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

- I - limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III - aumentar arbitrariamente os lucros;
- IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º. A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II.

§ 2º. Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

§ 3º. A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia¹⁷.

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

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

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

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

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

¹⁷ Idem Nota 07.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

XVIII - vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 22. (Vetado).

Parágrafo único. (Vetado).

CAPÍTULO III

Das Penas

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

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

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

III - No caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será de 6.000 (seis mil) a 6.000.000 (seis milhões) de Unidades Fiscais de Referência - UFIR¹⁸, ou padrão superveniente¹⁹.

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

Art. 24. Sem prejuízo das penas cominadas no artigo anterior, quando assim o exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isoladas ou cumulativamente:

I - a publicação, em meia página e às expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por dois dias seguidos, de uma a três semanas consecutivas;

II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços,

¹⁸ A Unidade Fiscal de Referência (UFIR) foi instituída pela Lei 8.383, de 30.12.91. Referido índice foi transformado para Real através da Lei 9.069, de 29.06.95.

¹⁹ Idem Nota 07.

concessão de serviços públicos, junto à Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a cinco anos;

III - a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;

IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:

a) seja concedida licença compulsória de patentes de titularidade do infrator;

b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos.

V - a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos, cessação parcial de atividade, ou qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

Estes dois dispositivos elencam as sanções a serem cominadas em virtude da prática de infrações contra a ordem econômica.

Note-se, desde logo, que o legislador optou por sanções de natureza civil e administrativa, não prevendo qualquer sanção de natureza penal para as infrações tipificadas na lei 8.884/94. No entanto, vale lembrar que a lei 8.137/90 tipifica como crimes contra a ordem econômica inúmeras condutas que também caracterizam infrações nos termos da 8.884/94.

Assim, continua havendo previsão em nosso ordenamento jurídico de sanções penais, incluindo penas privativas de liberdade, para certas condutas contra a ordem econômica. Este resquício penal na punição das infrações contra a

ordem econômica mereceria ser repensado, tendo em vista a maior efetividade das sanções civis e administrativas.

De fato, os agentes econômicos tendem a identificar e internalizar de forma imediata as sanções desta natureza. Já as sanções de natureza penal tem pouco significado na vida das grandes corporações, não sendo internalizadas nos mecanismos de decisão destas entidades. Ressalva feita às situações isoladas, em que um ou outro administrador leve em consideração as sanções criminais.

Pois bem, feitas essas observações iniciais, vale ressaltar que a sanção básica prevista na lei 8.884/94 é a multa pecuniária (art. 23). Esta multa possui três patamares diversos de acordo com o agente infrator: (i) no caso de empresa, a multa pode variar de 1% a 30% do faturamento bruto no último exercício; (ii) no caso de administradores, a multa pode variar entre 10% e 50% do valor da multa imposta à empresa e (iii) no caso de pessoas físicas ou jurídicas que não exerçam atividade empresarial (v.g. associações setoriais), não sendo possível utilizar o critério de faturamento bruto, a multa será fixada entre 6.000 e 6.000.000 de Ufirs. Em caso de reincidência, as multas serão aplicadas em dobro.

As demais sanções são previstas no artigo 24, devendo ser aplicadas conforme a gravidade do caso e o interesse público em geral. Assim, dependendo das infração cometida o CADE poderá: (i) determinar a publicação da decisão em jornal de grande circulação, às expensas do infrator; (ii) proibir o infrator de contratar com instituições financeiras públicas, bem como de participar em licitações de receber a concessão de serviços públicos; (iii) determinar a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; (iv) recomendar ao INPI a licença compulsória de patentes; (v) recomendar à União, Estados ou Municípios o não parcelamento de tributos, bem como o cancelamento de incentivos fiscais e subsídios concedidos ao infrator; (vi) determinar a cisão da sociedade, venda de ativos, transferência de controle

acionário ou (vii) qualquer outra medida para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

Note-se que a cominação das penas previstas no artigo 24 deve guardar relação com a infração cometida e com a atividade desenvolvida pelo infrator, conforme analisado mais adiante nos comentários ao artigo 27.

Assim, por exemplo, se o CADE condena determinadas empresas que têm o costume de contratar com o Estado em virtude da realização de um ajuste de preços para concorrência pública, fará sentido aplicar a sanção que veda a participação dos infratores em licitações durante determinado período. Por outro lado, não fará sentido aplicar esta mesma sanção a uma empresa que raramente contrata com o Estado.

Portanto, no juízo para a aplicação da sanção adequada, o CADE sempre deverá observar as especificidades do caso concreto. Caso a sanção não guarde relação com a infração, o infrator poderá questionar a sua aplicação. Daí a necessidade de o CADE motivar a escolha de determinada sanção para coibir a infração.

Por fim, cumpre fazer uma breve observação a respeito do inciso V do artigo 24. Este inciso prevê a cominação de sanções bastante duras, incluindo a transferência do controle acionário, a venda de ativos e a cisão da sociedade, além de *“qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.”*

Cumpre notar que o inciso V, ao contrário dos incisos anteriores, não estabelece uma sanção pura e simples a ser aplicada em virtude da prática de infração à ordem econômica. Na realidade, ele confere ao CADE poderes para atingir uma finalidade específica: a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

Daí pode-se extrair duas conclusões: (i) as sanções previstas no inciso V somente poderão ser aplicadas a infrações que produzam efeito nocivo continuado sobre o mercado e (ii) as sanções deverão ser cominadas na medida estritamente necessária para atingir a finalidade legalmente prevista, isto é, a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica. Uma vez eliminados os efeitos danosos, não poderão ser aplicadas as sanções previstas no inciso V.

Ademais, dada a gravidade das sanções previstas nesse inciso, é preciso notar que elas somente deverão ser aplicadas em último caso, quando não houver outra medida capaz de eliminar os efeitos nocivos advindos da infração. Se a cessação dos efeitos nocivos puder ser alcançada de outra forma, como por exemplo a aplicação da multa cominatória prevista no artigo 25, o CADE deverá dar preferência a essas medidas menos intervencionistas.

Art. 25. Pela continuidade de atos ou situações que configurem infração da ordem econômica, após decisão do Plenário do CADE determinando sua cessação, ou pelo descumprimento de medida preventiva ou compromisso de cessação previstos nesta Lei, o responsável fica sujeito a multa diária²⁰ de valor não inferior a 5.000 (cinco mil) Unidades Fiscais de Referência - UFIR, ou padrão superveniente, podendo ser aumentada em até vinte vezes se assim o recomendar sua situação econômica e a gravidade da infração²¹.

O CADE pode impor multa cominatória diária para a cessação de determinada prática ou para o caso de medida preventiva ou compromisso de cessação. Este é mais um recurso para se obter a eliminação dos efeitos nocivos de infrações contra a ordem econômica continuadas no tempo.

²⁰ Idem Nota 10.

²¹ Idem Nota 15.

A multa diária deverá ser fixada num valor entre 5.000 e 100.000, conforme a gravidade da infração e a situação econômica infrator. Não se trata aqui de multa punitiva, como no artigo 23, mas de sanção instrumental com vistas a dissuadir o infrator da prática da infração.

Art. 26. A recusa, omissão, enganosidade ou retardamento injustificado de informação ou documentos solicitados pelo CADE, SDE, SEAE, ou qualquer entidade pública atuando na aplicação desta Lei, constitui infração punível com multa diária de 5.000 UFIR²², podendo ser aumentada em até vinte vezes se necessário para garantir sua eficácia em razão da situação econômica do infrator²³.

Este dispositivo respalda os amplos poderes instrutórios conferidos às autoridades de defesa da concorrência, autorizando a imposição de multa cominatória para que sejam atendidas as solicitações de informações e/ou documentos efetuadas pelo CADE, SDE, SEAE ou qualquer entidade pública atuando na aplicação da lei 8.884/94, o que inclui evidentemente o Ministério Público.

Note-se que, ao contrário do que ocorre com as sanções previstas nos artigos anteriores, esta multa não é destinada exclusivamente aos infratores da ordem econômica. Ela poderá ser imposta a qualquer pessoa, física ou jurídica, a quem as autoridade solicitem informações/documentos, mesmo que esta pessoa não tenha qualquer participação na infração investigada.

Assim como a multa prevista no artigo 25, esta também deverá ser fixada pelo CADE num valor entre 5.000 e 100.000, para garantir sua eficácia diante da situação econômica do infrator. Cuida-se aqui de mais uma sanção instrumental, cujo objetivo fundamental é dissuadir o infrator da prática da infração.

²² Idem Nota 15.

²³ Com a redação dada pelo art. 5º da Lei 9.021, de 30.03.95 (D.O.U. de 31.03.95).

Art. 27 - Na aplicação das penas previstas nesta Lei serão levados em consideração:

I - a gravidade da infração;

II - a boa-fé do infrator;

III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

IV - a consumação ou não da infração;

V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros;

VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado;

VII - a situação econômica do infrator;

VIII - a reincidência.

A própria Lei apontou os critérios a serem observados pelo CADE na imposição de sanções.

CAPÍTULO IV

Da Prescrição

Art. 28. Revogado pela Medida Provisória nº 1.708-4 de 27.10.98 (D.O.U. de 29.10.98)²⁴.

CAPÍTULO V

Do Direito de Ação

Art. 29. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados do art. 82 da Lei nº . 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do processo administrativo, que não será suspenso em virtude de ajuizamento de ação.

TÍTULO VI

Do Processo Administrativo

CAPÍTULO I

Das Averiguações Preliminares

Antes de tecer qualquer comentário acerca do Processo Administrativo previsto na Lei 8.884/94, faz-se necessário abrir um breve parêntese para que se possa delimitar

²⁴ A redação anterior do art. 28 era a seguinte: “*Prescrevem em cinco anos as infrações da ordem econômica, contados da data da prática do ilícito ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.*”

§ 1o. Interrompe a prescrição qualquer ato administrativo ou judicial que tenha por objeto a apuração de infração contra a ordem econômica.

a esfera de atuação da recém promulgada Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

Trata-se, evidentemente, de uma lei geral, tendente à realização dos anseios de grande parte dos Administrativistas que há muito propugnam pela codificação do Direito Administrativo. Esta codificação representaria a garantia de maior segurança e facilidade na observância e aplicação das normas administrativas, removendo os inconvenientes da legislação fragmentária dos órgãos da administração pública direta ou indireta. Em suma, estes são os argumentos de sua exposição de motivos²⁵.

Entretanto, a despeito desta finalidade, insere o Legislador, no corpo da lei em evidência, dispositivo segundo o qual os processos administrativos específicos continuam a reger-se por lei própria, de modo que os preceitos da nova lei seriam aplicados apenas subsidiariamente (art. 69, Lei 9.784/99)²⁶.

Já nos primeiros meses de sua vigência, esta regra de aplicação da nova Lei de processo administrativo federal (art. 69, Lei 9.784/99) provocou reações e interpretações divergentes na mais abalizada doutrina, levando a considerações frontalmente opostas como, por exemplo, a de que a Lei 9.784/99 teria um caráter meramente de preenchimento de lacunas das leis especiais já existentes (nestas inserir-se-ia a Lei 8.884/99, de defesa da concorrência), bem como a interpretação segundo a qual o mencionado artigo 69 estaria dispondo apenas que as leis específicas não seriam revogadas em sua totalidade, mas apenas no que contrariasse a nova Lei.

Neste contexto, faz-se necessária a explicitação dos pressupostos de aplicação da nova Lei, posto que servirão de ponto de partida para os comentários a serem tecidos sobre este Título VI da Lei 8.884/99.

²⁵ Exposição de motivos n.º 548, de 30 de setembro de 1996, do Sr. Ministro da Justiça e da Administração Federal e Reforma do Estado.

²⁶ Art. 69. *Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.*

De fato, embora haja uma contradição entre o intuito codificador do legislador e o dispositivo transcrito, a clareza deste impede qualquer outra conclusão senão a de que a Lei 9.784/99 não é, por si só, capaz de revogar qualquer disposição em contrário de leis que regulam processos administrativos especiais, mesmo que anteriores.

Isto porque estamos diante de uma Lei que, embora posterior, é geral, aplicando-se neste caso, a meta-regra: *lex posteriori generalis non derogat priori speciali*²⁷.

Da mesma forma entende o eminente professor Vicente Ráo, acrescentando apenas que, para a verificação da hipótese de revogação:

*“(...) é preciso que a disposição nova, geral ou especial, altere explicitamente (revogação expressa), ou implicitamente (revogação tácita) a disposição antiga, referindo-se a esta, ou ao seu assunto, isto é, dispondo sobre a mesma matéria”*²⁸.

Em outras palavras, já fazendo uso de um exemplo retirado da Lei 8.884/94, se confrontarmos o art. 56 da Lei 9.784/99, que prevê o cabimento de recurso contra todas as decisões administrativas, em face de razões de legalidade e mérito, com o art. 41, da Lei de Defesa da Concorrência, que prevê o não cabimento de recurso contra decisões do Secretário da SDE, torna-se evidente que aquele não estaria revogando este.

Verificar-se-ia a hipótese de revogação, apenas, caso a nova Lei dispusesse expressa ou implicitamente que nos processos administrativos em que se verifica a prática de infrações contra a concorrência, cabe recurso contra as decisões do Secretário da SDE.

²⁷ Ferraz Jr., Tércio Sampaio, *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*, Ed. Atlas, São Paulo, 1996, pág. 189.

²⁸ Ráo, Vicente, *O Direito e a Vida dos Direitos, Volume I, Tomo II*, Ed. Resenha Universitária, São Paulo, 1976, pág. 297.

Em face destas ponderações, é imperioso admitir que a função primordial da Lei 9.784/99 é o preenchimento de eventuais lacunas nas legislações específicas, sejam estas lacunas intencionais, por não estar o problema, ao publicar-se a lei, suficientemente amadurecido para a solução; sejam elas existentes por não ter sido a questão suscitada até a superveniência da norma.²⁹.

De qualquer forma, na ausência de dispositivo processual expresso nas leis especiais, deve o órgão da administração pública se socorrer à Lei 9.784/99, servindo esta, como um de guia para o preenchimento de eventuais lacunas.

Mas não apenas a este fim aplica-se a nova lei do Processo Administrativo.

Não obstante as características supra descritas, a nova Lei pode também ser vista como norma integrativa do direito, não por unificar o Processo Administrativo, revogando as normas especiais, mas por oferecer soluções interpretativas ao caso concreto, tornando evidentes alguns princípios que embora constitucionalmente garantidos, ainda eram deixados de lado ao aplicar-se a Lei administrativa.

Estas considerações são válidas tendo em vista estarem na essência da Lei 9.784/99 inúmeros princípios previstos pela Carta de 1988, explicitando-os em determinados casos. É, ao menos, o que espera Caio Tácito, na exposição de motivos:

“A Comissão firmou como parâmetros básicos da proposição os ditames da atual Constituição que asseguram a aplicação, nos processos administrativos, dos princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como reconhecem a todos o direito de receber informações dos órgãos públicos em matéria de interesse particular ou coletivo e garantem o direito de petição e a obtenção de certidões em repartição pública (art. 5º, n.ºs XXXIII, XXXIV e LV). Considerou ainda a missão

²⁹ Ráo, Vicente, *O Direito e a Vida dos Direitos, Volume I, Tomo I*, Ed. Resenha Universitária, São Paulo, 1976.

*atribuída à defesa de direitos difusos e coletivos com a participação popular e associativa.”*³⁰

Espera-se que a nova lei seja um marco para a mudança da postura administração pública federal ao ler e aplicar a Constituição Federal, colocando-se termo ao mito de que a avaliação de situações à luz da constituição é privilégio do poder judiciário.

Em suma, a Lei 9.784/99, por ser geral, não revoga dispositivos das leis especiais que regulam processos administrativos da Administração Pública Federal, devendo ser utilizada primordialmente como guia para o preenchimento de lacunas. Excepcionalmente, entretanto, por explicitar garantias fundamentais da Constituição Federal, pode orientar o jurista na revogação de algum dispositivo, não com base nesta nova Lei, mas sim com base na Constituição.

Sucintamente, estes são os pressupostos metodológicos da análise que será feita do Título VI da Lei 8.884/99.

CAPÍTULO I

Das Averiguações Preliminares

Art. 30. A SDE promoverá averiguações preliminares, de ofício ou à vista de representação escrita e fundamentada de qualquer interessado, das quais não se fará qualquer divulgação, quando os indícios de infração da ordem econômica não forem suficientes para instauração imediata de processo administrativo.³¹

³⁰ Caio Tácito *in* *Exposição de motivos n.º 548, de 30 de setembro de 1996, do Sr. Ministro da Justiça e da Administração Federal e Reforma do Estado.*

³¹ Vide art. 6º e seguintes da Portaria n.º 753, de 29 de outubro de 1998, do Ministério da Justiça.

§ 1º. Nas averiguações preliminares, o Secretário da SDE poderá adotar quaisquer das providências previstas no art. 35, inclusive requerer esclarecimentos do representado.

§ 2º. A representação de Comissão do Congresso Nacional, ou de qualquer de suas Casas, independe de Averiguações Preliminares, instaurando-se desde logo o processo administrativo.

A instauração do procedimento de averiguação preliminar “*ex officio*” tem como fundamento do dever do ente ou órgão da administração pública de investigar toda e qualquer infração de que tiver ciência, e for competente para averiguar e julgar. Esta competência para a instauração de ofício também está prevista na Lei 9.784, de janeiro de 1999, quando estipula que “*o processo administrativo pode iniciar-se de ofício ou a pedido do interessado*” (art. 5º, Lei 9.784/99).

A Segunda hipótese prevista pelo art. 30, para a instauração de Averiguação Preliminar é a representação escrita e fundamentada de qualquer interessado.

De início, verifica-se que o Capítulo em evidência não especifica quem é “interessado” ou quem são os “interessados” no Processo Administrativo.

A solução encontra-se no parágrafo único do artigo 1º, da legislação antitruste. Assim, considerando que os direitos protegidos pertencem à coletividade³² (direitos difusos), parece-nos que qualquer pessoa física ou jurídica estaria legitimada para oferecer representação para a instauração de uma averiguação preliminar, não havendo discriminação de qualquer espécie.

Ainda com relação à instauração da Averiguação Preliminar por meio de representação escrita e fundamentada de qualquer interessado, faz-se

³² Vide comentários sobre o parágrafo único do art. 1º, supra.

necessário destacar que o representante não é parte no processo administrativo³³, posto que a representação é “*simplex veículo de comunicação à autoridade de ilícitos concorrenciais*”³⁴.

De outra parte, se o representante for pessoa física, deve ser observada também sua capacidade para ser sujeito de direitos e deveres.

Poder-se-ia argumentar que sendo omissa a Lei 8.884/94, a capacidade plena para fins de processo administrativo seria adquirida a partir dos 18 anos de idade, em conformidade com o artigo 10 da Lei 9.784/99. Entretanto, quando se tem claro que (i) o representante não é parte no processo administrativo e (ii) os direitos protegidos pela lei antitruste são indisponíveis, torna-se no mínimo inadequado imaginar que a Secretaria de Direito Econômico recusaria o recebimento de uma denúncia, negando-se a investigá-la, sob a alegação de incapacidade do representante.

No mais, a Representação deve obedecer ao requisitos enumerados no art. 4º, da Portaria n.º 753, de 29 de outubro de 1998 do Ministério da Justiça, quais sejam (i) a qualificação clara do representante e do representado; (ii) a descrição clara, precisa e coerente dos fatos a serem apurados, seus efeitos reais ou potenciais no mercado; (iii) as informações sobre o mercado de atuação dos interessados e (iv) a indicação de outros dados relevantes para subsidiar a investigação. Caso a representação não apresente requisitos mínimos, pode a autoridade oficial o representante requisitando esclarecimentos complementares³⁵.

³³ Dispõe o art. 24, *caput*, da Portaria 753/98, do Ministério da Justiça. “*O representante, mesmo não sendo parte no feito, poderá prestar assistência ao Secretário de Direito Econômico com informações e documentos necessários à instrução do processo administrativo*”.

³⁴ *In Voto* do Conselheiro Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, no Processo Administrativo n.º 08000.012720/94-74, de 17.10.1995.

³⁵ Este procedimento previsto pela Portaria n.º 735/98 da SDE/MJ é também aplicado ao processo administrativo.

As prática denunciadas na representação não acarretarão na promoção de Averiguações Preliminares se não houver a possibilidade de, ao menos em tese, produzir efeitos anticoncorrenciais e o efetivo poder de mercado dos agentes envolvidos (art. 5º, Portaria n.º 753/98, do Ministério da Justiça).

Outro ponto que merece destaque é o caráter sigiloso da Averiguação Preliminar (art. 6º, 7º, §§ 1º e 2º, Portaria n.º 753/98)³⁶. A exceção à máxima constitucional da publicidade dos atos administrativos (art. 37, *caput*, CF), justifica-se, pois não seria razoável que a reputação de uma pessoa física ou jurídica fosse comprometida sem que, ao menos em tese, haja fortes indícios de violação da lei antitruste.

Ora, o procedimento em epígrafe trata apenas de uma coleta de provas, de indícios que, freqüentemente, resultam em arquivamento, não sendo comprovando qualquer ilícito legalmente tipificado. Destarte, parece acertada a decisão do legislador de tornar sigilosa a Averiguação Preliminar.³⁷

Note-se apenas que, com a instauração do processo administrativo, rompe-se o sigilo dos dados constantes nos autos.

Por fim, durante esta fase instrutória faculta-se, ao Secretário da SDE tomar todas as providências necessárias e legalmente previstas para a busca da verdade real dos fatos^{38 e 39}. Entende-se pela busca da verdade real, a não vinculação do órgão instrutório aos elementos trazidos aos autos pelas partes, autorizando-o a proceder as diligências que julgar convenientes para que,

³⁶ Art. 6º, parágrafo único, Portaria 753/98, do Ministério da Justiça: “As averiguações preliminares constituem procedimento sigiloso, desenvolvido no âmbito restrito da esfera de competência da autoridade administrativa”.

h

³⁷ A título exemplificativo, vide voto do Conselheiro Arthur Barrionuevo Filho, no Processo Administrativo n.º 08000.014677/94-18, de 11.06.1997.

³⁸ Art. 8º, Portaria n.º 753/98, Ministério da Justiça.

³⁹ Tais providências estão previstas no art. 35, *infra* comentado.

atendendo ao interesse público que norteia a defesa da concorrência, sobrevenham os fatos da maneira como de fato ocorreram.

Art. 31. Concluídas, dentro de sessenta dias, as averiguações preliminares, o Secretário da SDE determinará a instauração do processo administrativo ou o seu arquivamento, recorrendo de ofício ao CADE neste último caso.⁴⁰

Da mesma forma como os prazos previstos para a elaboração de parecer por parte da SDE e SEAE nos atos de concentração (art. 54, Lei 8.884/94), o prazo de sessenta dias previsto neste dispositivo para a conclusão das averiguações é meramente educativo. Em outras palavras, o descumprimento, por parte da SDE não acarreta qualquer consequência jurídica para os interessados no processo, nem mesmo para própria Secretaria de Direito Econômico.

Não é de se estranhar, portanto, que, não raro, as denúncias oferecidas permanecem anos na fase de investigação, sem qualquer resultado conclusivo. A esta demora, somam-se as dificuldades decorrentes das freqüentes alterações na estrutura do mercado e a conseqüente perda de indícios da infração, comprometendo em grande parte a busca da verdade real, princípio intrínseco ao Processo Administrativo.

O legislador prevê a obrigatoriedade de interposição de Recurso de Ofício ao CADE, caso, finda a averiguação preliminar, verifique-se que (i) a prática denunciada não constitui infração à ordem econômica, ou seja, não pode ser enquadrada em qualquer das hipóteses dos artigos 20 e 21 da Lei de defesa da Concorrência, ou que, (ii) findo o procedimento investigatório, não foram colhidas evidências suficientes para que seja iniciado o processo administrativo.

⁴⁰ Vide art. 9º, §§ 1º e 2º, Portaria n.º 753/98, Ministério da Justiça.

De um modo geral, os órgãos da Administração Pública direta e indireta prevêm a possibilidade de interposição de Recurso “*ex officio*” quando a decisão proferida é dada em favor do particular. Esta orientação tem como escopo impedir o trânsito em julgado destas decisões sem que a “Fazenda” possa adequadamente se defender⁴¹, mediante a apreciação dos fatos num segundo momento.

No CADE, o trâmite do Recurso se dá da mesma forma que em um Processo Administrativo: após a distribuição, em sessão pública, a qualquer um dos Conselheiros, abre-se vista imediatamente à procuradoria para parecer (art. 14, Regimento Interno⁴²).

Tendo em vista o caráter sigiloso da Averiguação Preliminar, o relatório elaborado pelo Conselheiro-Relator não será colocado à disposição do público, e o julgamento será realizado em sessão reservada, na qual somente poderão participar, além dos membros do Plenário, o Procurador-Geral da Autarquia, o representado e seu advogado (art. 15, § 2º e art. 21, Regimento Interno).

Caso o parecer da Procuradoria acompanhe a decisão da SDE, ou seja, opine pelo arquivamento, faculta-se ao Relator, mediante despacho *ad referendum* do Plenário determinar o arquivamento do feito (art. 22, Regimento Interno).

É concedido ao representado, ou seu advogado, bem como o Procurador-Geral do CADE, direito de se manifestar oralmente por, no máximo, 15 minutos na sessão em que o Recurso for posto em pauta (art. 22, § 2º, Regimento Interno).

⁴¹ Cretella Jr., José, *Curso de Direito Administrativo - de acordo com a constituição vigente*, 14ª edição, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1995.

⁴² Resolução n.º 12, de 31 de março de 1998.

Por fim, merece destaque questão que eventualmente suscita divergências entre juristas, julgadores e interessados, e pode ser expressa nos seguintes termos: é da natureza das Averiguações Preliminares o contraditório?

Parece-nos que não.

De fato, estamos diante de uma espécie de “inquérito”, cujo objetivo é a investigação, elucidação, descoberta das infrações à ordem econômica e sua respectiva autoria. Neste momento é feita apenas a colheita de indícios através de diligências determinadas pelo Secretário da SDE, não sendo razoável a interferência do(s) representado(s). Isto porque a presença ativa destes, além de comprometer a colheita de provas, provocaria, em última instância, o engessamento do procedimento investigatório.

O contraditório é cabível num segundo momento, quando forma-se a relação jurídica processual, através da conversão da averiguação preliminar em Processo Administrativo, estando presentes os indícios de infração à ordem econômica (art. 9º, Portaria n.º 753/98, Ministério da Justiça). É o que expressamente prevê o art. 10, § 3º, Portaria n.º 753: “*A SDE velará para que sejam observados os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa em cada fase do processo administrativo.*”

CAPÍTULO II

Da Instauração e Instrução do Processo Administrativo

Art. 32. O processo administrativo será instaurado em prazo não superior a oito dias, contado do conhecimento do fato, da representação, ou do encerramento das averiguações preliminares, por despacho fundamentado do Secretário da SDE, que especificará os fatos a serem apurados.

Mais uma vez a Lei estipula um prazo sem a previsão de qualquer consequência jurídica em decorrência de seu descumprimento. Da mesma forma como o prazo de sessenta dias para o encerramento da Averiguação Preliminar, este prazo de oito dias para a instauração do processo administrativo permanece como letra morta no ordenamento jurídico.

A representação⁴³ por parte do interessado mencionada neste dispositivo para a instauração do Processo Administrativo, deve ser formulada por escrito e conter (i) a qualificação clara do representante e do representado; (ii) a descrição clara, precisa e coerente dos fatos a serem apurados, seus efeitos reais ou potenciais no mercado; (iii) as informações sobre o mercado de atuação dos interessados e (iv) a indicação de outros dados relevantes para subsidiar a investigação⁴⁴.

Vale destacar que a SDE estipula uma presunção de conduta anticoncorrencial, autorizando instauração imediata de Processo Administrativo, quando os atos, fatos ou condutas que em tese possam constituir infração são praticados por agente econômico detentor de poder de mercado (art. 10, § 1º, Portaria n.º 753/98). A existência de poder de mercado deve ser avaliada no caso concreto levando-se em consideração o grau de concentração do mercado relevante, a participação do representado neste mercado, as barreiras à entrada de produtos substitutos ou novos competidores, dentre outros fatores.

Por fim, o despacho que determina a instauração do processo administrativo deve conter os requisitos previstos nos incisos do art. 11, Portaria n.º 753/98, do Ministério da Justiça.

⁴³ Vide art. 3º e seguintes, da Portaria n.º 753/98, do Ministério da Justiça e notas feitas nos comentários ao art. 30, supra sobre representação.

⁴⁴ Ver ainda art. 6º e incisos, Lei 9.784/99.

Art. 33. O representado será notificado para apresentar defesa no prazo de quinze dias⁴⁵.

§ 1º. A notificação inicial conterá inteiro teor do despacho de instauração do processo administrativo e da representação, se for o caso.

§ 2º. A notificação inicial do representado será feita pelo correio, com Aviso de Recebimento em nome próprio, ou, não tendo êxito a notificação postal, por edital publicado no *Diário Oficial* da União e em jornal de grande circulação no Estado em que resida ou tenha sede, contando-se os prazos da juntada do Aviso de Recebimento, ou da publicação, conforme o caso.

§ 3º. A intimação dos demais atos processuais será feita mediante publicação no *Diário Oficial* da União, da qual deverão constar o nome do representado e de seu advogado.

§ 4º. O representado poderá acompanhar o processo administrativo por seu titular e seus diretores ou gerentes, ou por advogado legalmente habilitado, assegurando-se-lhes amplo acesso ao processo na SDE e no CADE.

Art. 34. Considerar-se-á revel o representado que, notificado, não apresentar defesa no prazo legal, incorrendo em confissão quanto à matéria de fato, contra ele correndo os demais prazos, independentemente de notificação. Qualquer que seja a fase em que se encontre o processo, nele poderá intervir o revel, sem direito à repetição de qualquer ato já praticado.⁴⁶

O dispositivo explicita para o Processo Administrativo da Lei de Defesa Concorrência, a ampla defesa⁴⁷, garantia fundamental prevista pela

⁴⁵ Vide art. 11 e seguintes da Portaria n.º 753/98.

⁴⁶ Vide art. 16 da Portaria n.º 753/98.

⁴⁷ Art. 5º, LV. *Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.*

Constituição Federal, com especial relevância para uma de suas decorrências lógicas, o princípio da publicidade: o direito de acompanhar os atos da instrução e deles ter ciência.

Trata-se de garantia de suma importância, e sua não observância por parte dos agentes do poder Público acarreta nulidade de todos os atos praticados desde a decisão que deveria ter sido comunicada e não foi, ou foi comunicada de maneira irregular.

A notificação inicial do representado é *conditio sine qua non* para o seguimento regular do processo administrativo. A partir dela o representado, ou seu representante legal, terá ciência do conteúdo do processo administrativo em que figura no pólo passivo e tem direito de apresentar defesa. É o que se postula na mais abalizada doutrina:

“O essencial é que a peça inicial descreva os fatos com suficiente especificidade, de modo a delimitar o objeto da controvérsia e a permitir a plenitude da defesa. Processo com instauração imprecisa quanto à qualificação do fato e a sua ocorrência no tempo e no espaço é nulo”⁴⁸

São, portanto, requisitos da notificação inicial sem o qual o atos praticados pela Administração pública são considerados nulos:

(i) o inteiro teor do despacho que instaurar o Processo Administrativo que, por sua vez, deverá conter (art. 11, Portaria 753, de 1998, do Ministério da Justiça):

I. a qualificação do representante, quando for o caso, e do representado;

⁴⁸ Meirelles, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 21^a edição. Ed. Malheiros, São Paulo, 1996, pág. 595.

- II. resumo dos fatos e das razões da representação;
- III. a descrição das condições básicas do mercado em que atuam o representante e o representado;
- IV. a conduta imputada ao representado e seus prováveis efeitos anticoncorrenciais sobre o mercado;
- V. outras informações ou dados que devam ser levados ao conhecimento do agente econômico, de modo a permitir-lhe a ampla defesa;
- VI. a conclusão, contendo a delimitação do objeto da investigação e a indicação do preceito legal infringido;
- VII. a determinação de instauração do processo administrativo e de notificação do representado.

(ii) ser feita pelo correio, com Aviso de Recebimento em nome próprio ou, não havendo êxito, a publicação de edital no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação no Estado em que o representado esteja sediado (art. 33, § 2º, Lei 8.884/94)

O prazo para a defesa contar-se-á da juntada do Aviso de Recebimento cumprido, ou, quando for o caso, da data da publicação do edital (art. 33, § 2º, Lei 8.884/94 c/c art. 12, § 2º, Portaria 753/99, do Ministério da Justiça).

A notificação dos demais atos dar-se-á por publicação do Diário Oficial da União. A publicação é forma específica do princípio da publicidade (art. 37, CF), e condição de eficácia do ato.

Conforme as regras do direito processual civil, a contagem inicia-se no dia posterior ao da juntada do Aviso de Recebimento, computando-se o último dia do prazo. Caso o último dia seja um feriado, tem-se como findo o prazo no primeiro dia útil subsequente⁴⁹.

A garantia de acesso aos autos no CADE ou na SDE por parte do representado, seus representantes legais ou procuradores é consequência natural da ampla defesa, bem como do princípio da publicidade. Nestes casos, deve-se sempre observar a ressalva das informações declaradas sigilosas a qual terá acesso apenas aqueles expressamente autorizados, em atendimento ao art. 10, § 2º, Regimento Interno do CADE.

Por fim, merece destaque o instituto processual da revelia, previsto no art. 34, da Lei 8.884/94. Considera-se revel o representado que, regularmente notificado da instauração do Processo Administrativo, não apresenta defesa no prazo legal.

Os efeitos da revelia são perfeitamente admissíveis no ordenamento jurídico, posto que a defesa do representado não é somente um direito (garantia da ampla defesa), mas também um ônus. Isto porque, o direito de tornar controversas as acusações que deram origem ao Processo Administrativo é disponível⁵⁰, e o agente econômico ao abster-se de apresentá-la, estará agindo em prejuízo próprio, não comprometendo em nada o regular andamento do processo.

Assim, os fatos que não se tornarem controvertidos pelo representado não são matéria de prova, de modo que o legislador estende a eles os efeitos da confissão.

⁴⁹ Art. 13, parágrafo único, Portaria n.º 753/99, do Ministro da Justiça.

⁵⁰ Não há que se confundir o direito de defesa do representado com o direito da coletividade na defesa da concorrência, de ordem pública, e portanto, indisponível.

Por fim, merece crítica a redação do art. 34 supra. Ora, ao estipular que o revel incorre em “*confissão quanto à matéria de fato*”, está sendo, no mínimo, redundante, posto que confissão só poderia recair sobre matéria de fato.

Art. 35. Decorrido o prazo de apresentação da defesa, a SDE determinará a realização de diligências e a produção de provas de interesse da Secretaria, sendo-lhe facultado requisitar do representado, de quaisquer pessoas físicas ou jurídicas, órgãos ou entidades públicas, informações, esclarecimentos ou documentos, a serem apresentados no prazo de quinze dias, mantendo-se o sigilo legal, quando for o caso.⁵¹

Parágrafo único - As diligências e provas determinadas pelo Secretário da SDE, inclusive inquirição de testemunhas, serão concluídas no prazo de quarenta e cinco dias, prorrogável por igual período em caso de justificada necessidade.

Art. 36. As autoridades federais, os diretores de autarquia, fundação, empresa pública e sociedade de economia mista federais são obrigados a prestar, sob pena de responsabilidade, toda a assistência e colaboração que lhes for solicitada pelo CADE ou SDE, inclusive elaborando pareceres técnicos sobre as matérias de sua competência.

Art. 37. O representado apresentará as provas de seu interesse no prazo máximo de quarenta e cinco dias contado da apresentação da defesa, podendo apresentar novos documentos a qualquer momento, antes de encerrada a instrução processual.

Parágrafo único - O representado poderá requerer ao Secretário da SDE que designe dia, hora e local para oitiva de testemunhas, em número não superior a três.

⁵¹ Vide art. 14; art. 18 e art. 19.

No tocante a estes dispositivos (artigos 35, 36 e 37), quatro pontos merecem destaque.

Em primeiro lugar, o dispositivo consagra dois princípios basilares do processo administrativo: a verdade real⁵² e a oficialidade.

O princípio da oficialidade, ou impulso oficial, confere à Administração Pública poderes para impulsionar o processo independentemente da diligência do representante ou representado e adotar todas as medidas cabíveis para sua adequada instrução. Uma vez iniciado, passa a pertencer ao Poder Público que deve conduzi-lo até uma decisão final. Nas palavras de Di Pietro:

*“O princípio da oficialidade autoriza a Administração a requerer diligências, investigar fatos de que toma conhecimento no curso do processo, solicitar pareceres, laudos, informações, rever os próprios atos e praticar tudo o que for necessário à consecução do interesse público.”*⁵³

Já o princípio da verdade real, estreitamente ligado à oficialidade, determina que o julgador administrativo não deve se contentar com a verdade formal dos autos. Tem, portanto, o dever de diligenciar no sentido de desvendar os fatos, da maneira como eles se materializaram. A busca pela verdade real é típica da tutela de interesse público, devendo alcançar maior amplitude e maior profundidade possível. Está expressamente prevista na Portaria do Ministério da Justiça, que regulamenta a apuração das práticas restritivas à concorrência (Portaria n.º 753/98), *in verbis*:

⁵² Hely Lopes Meirelles denomina a verdade real como ‘liberdade na prova’.

⁵³ In Di Pietro, Maria Sylvania Zanella, *Direito Administrativo*, 7ª edição, Ed. Atlas, São Paulo, 1996, pág. 400.

“Art. 17. ()

§ 2º. *O Secretário ordenará, por despacho fundamentado, as diligências que julgar necessárias para apurar a verdade real dos fatos ou atos referidos no despacho de instauração, competindo-lhe caracterizar a infração à ordem econômica.*” (grifos nossos)

A segunda observação a ser feita diz respeito às hipóteses que autorizariam a determinação do sigilo.

A própria Lei. 9.784/99 prevê exceção ao princípio da publicidade, *in verbis*

“Art. 46. *Os interessados têm direito à vista do processo e a obter certidões ou cópia reprográfica dos dados e documentos que o integram, ressalvados os dados e documentos de terceiros protegidos por sigilo ou pelo direito à privacidade, à honra e à imagem.*” (grifos nossos)

Via de regra a declaração de sigilo é requisitada para resguardar novas tecnologias ou informações confidenciais que, trazidas aos autos por sua importância para a instrução pela SDE e julgamento pelo CADE, devem ser mantidas em segredo sob pena de que sua divulgação cause dano irreparável ao agente econômico, ou à própria coletividade. É o que prevê a Portaria n.º 753, de outubro de 1998, do Ministério da Justiça:

“Art. 38. *Não estão sujeitos ao princípio da publicidade as matérias de interesse familiar, a escrituração do representado, inclusive seu movimento financeiro, segredos de indústria, notadamente os processos industriais e fórmulas relativas a fabricação de produtos, e os segredos de negócio, bem como qualquer outro documento que, a pedido justificado do interessado e a critério do Secretário, deva ser mantido em sigilo para preservar interesse específico de quem o tenha apresentado*”

Assim, os documentos considerados sigilosos serão autuados em apartado, estando os funcionários da SDE adstritos ao sigilo decretado, incorrendo em falta funcional no caso de descumprimento deste dever legal (art. 39, Portaria n.º 753/98).

Hipóteses de sigilo estão previstas, outrossim, no Regimento Interno do CADE⁵⁴.

Assim, pode o Conselheiro-Relator determinar o sigilo de documentos e informações, havendo previsão legal, ou caso exija o interesse público. O que for declarado sigiloso será autuado em apartado aos autos principais (art. 10, Regimento Interno).

É condição *sine qua non* para o deferimento do pedido de sigilo, que o requerente ou consulente fundamente a solicitação a ser encaminhada ao Relator. A solicitação deve conter, ainda, informações como as pessoas que terão acesso aos documentos e informações; resumo não sigiloso das informações e, não sendo possível a elaboração deste resumo, o requerente deve apresentar justificativa (art. 10, §§ 1º e 2º, Regimento Interno).

Caso o Relator entenda não haver justo motivo para o deferimento do pedido de sigilo, faculta-se ao requerente, ou consulente a interposição de Recurso Voluntário⁵⁵ ao Plenário. Garante-se o sigilo até o prazo de interposição do Recurso e, se interposto, até o julgamento (art. 10, §§ 3º e 4º, Regimento Interno).

O terceiro ponto que merece destaque sobre o art. 35 é o prazo de 45 dias previsto no parágrafo único para a conclusão das diligências determinadas pela SDE. Trata-se, mais uma vez, de um prazo meramente educativo e, a

⁵⁴ Resolução n.º 12, de 31 de março de 1998.

⁵⁵ Sobre o Recurso Voluntário, vide Resolução do CADE n.º 19, de 03 de fevereiro de 1999.

exemplo dos outros prazos destituídos de qualquer consequência jurídica, é marcado pela ineficácia.

Com relação a este prazo em específico, nota-se que é frequentemente prorrogado sem que tenha sido tomada qualquer providência para o correto andamento das diligências necessárias.

Resta necessária, portanto a discussão sobre a possibilidade de adoção de medidas no sentido de assegurar a eficácia destes prazos legais. Tais medidas se fazem imprescindíveis tendo em vista que a demora na realização das diligências constitui grave ameaça à segurança jurídica⁵⁶.

Em quarto lugar, merece destaque a problemática das “provas” no direito processual administrativo. Isto porque sua finalidade a de reconhecer e estabelecer uma verdade jurídica, esta verdade só pode ser alcançada por meio das provas a serem produzidas e valoradas segundo normas prescritas em lei.

Conforme observações supra, por vigorar no processo administrativo o princípio da verdade real, é natural que não haja limitações à produção de provas, salvo aquelas que desvirtuariam o interesse do Estado na justa aplicação da lei.

Destarte, não são admissíveis as provas produzidas por meios ilícitos, conforme disposto na Constituição Federal (art. 5º, LVI), bem como na Lei. 9.784/99 (art. 30). De um modo geral, provas ilícitas são aquelas que atentam contra a moralidade humana, violando o respeito à dignidade e padrões éticos intrínsecos à sociedade.

⁵⁶ A segurança jurídica é princípio expressamente previsto no art. 2º, caput da Lei 9.784/99.

Deve o julgador, diante de uma prova obtida por meio ilícito, desconsiderá-la na decisão, determinando seu desentranhamento dos autos, obedecendo, assim, os preceitos constitucionais.

No que diz respeito ao direito processual administrativo, a regra geral do ônus da prova pode ser reduzida nos seguintes termos: cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a (i) instrução e para (ii) promover, de ofício, a obtenção de documentos ou cópias em poder de qualquer órgão da administração, se mencionados pelo interessado (art. 36 e 37, Lei 9.784/99).

A Portaria n.º 753, de 1998, do Ministério da Justiça, elenca uma série de procedimentos e diligências, dentre elas:

inspeção de documentos e instalações do representado (art. 18);

produção de prova pericial, se a comprovação do fato depender de conhecimento especial de técnico;

oitiva de testemunhas;

apresentação de prova documental em qualquer fase do processo, etc.,

Todo estes procedimentos devem observar os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 19, *caput*).

Interessante notar que, a Portaria em evidência realça, nestes dispositivos que regulam a produção de provas, a aplicação subsidiária das regras do Código de Processo Civil (art. 19, § 6º). O único cuidado que o intérprete deve tomar ao avaliar as possibilidades de aplicação subsidiária do CPC diz respeito à

divergência entre a natureza jurídica das normas de direito administrativo e das normas de direito processual civil.

Sendo os direitos tutelados pelo direito administrativo indisponíveis, portanto, de ordem pública, e os direitos tutelados pelo processo civil, de ordem privada, algumas regras constantes no Código de Processo Civil, se transpostas aos procedimentos da SDE desvirtuariam a natureza da Lei antitruste.

Art. 38. A Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda será informada por ofício da instauração do processo administrativo para, querendo, emitir parecer sobre as matérias de sua especialização, o qual deverá ser apresentado antes do encerramento da instrução processual⁵⁷.

Art. 39. Concluída a instrução processual, o representado será notificado para apresentar alegações finais, no prazo de cinco dias, após o que o Secretário de Direito Econômico, em relatório circunstanciado, decidirá pela remessa dos autos ao CADE para julgamento, ou pelo seu arquivamento, recorrendo de ofício ao CADE nesta última hipótese⁵⁸.

O dispositivo reproduz duas expressões da garantia constitucional da ampla defesa (art. 5º, LV⁵⁹), quais sejam o direito de apresentar alegações finais, assegurando o caráter prévio da defesa em relação ao ato decisório da SDE⁶⁰, bem como a necessidade desta decisão ser devidamente motivada através de um relatório circunstanciado.

Sobre o relatório, o saudoso Prof. Hely Lopes Meireles é categórico ao defini-lo, donde desprende porque a desobediência aos seus requisitos configura

⁵⁷ Idem Nota 20.

⁵⁸ Vide art. 26, e 27 Portaria n.º 753/98, do Ministério da Justiça e art. 47, Lei 9.784/99.

⁵⁹ Vide nota 23.

⁶⁰ Sobre o assunto, ver Odete Medauar, *Direito Administrativo Moderno*, 1999, pp. 190.

grave lesão ao direito de defesa do representado. Assim, o relatório é, *in verbis*

“síntese do apurado no processo, feito por quem o presidiu individualmente ou pela comissão processante, com apreciação das provas, dos fatos apurados, do direito debatido e proposta conclusiva para a decisão da autoridade julgadora competente. É peça informativa opinativa, sem efeito vinculativo para a Administração Pública, ou para os interessados no processo.”

Não é peça vinculativa pois pode a autoridade julgadora, no caso o CADE, divergir das conclusões e sugestões nele contidas sem incorrer em ofensa ao interesse público. Isto, evidentemente, se sua decisão estiver fundamentada em elementos constantes no processo, ou na insuficiência de provas.

Assim, a decisão do Secretário da SDE, contida no relatório circunstanciado, deve conter (i) *a identificação do representante, se for o caso, e do representado;* (ii) *a especificação do fato ou do ato imputado ao representado, com indicação dos dispositivos legais invocados;* (iii) *resumo das razões apresentadas pela defesa;* (iv) *a relação dos exames periciais, da prova testemunhal e de todos os atos pertinentes, fazendo-se remissão às folhas dos autos;* (v) *apreciação da prova produzida;* (vi) *o dispositivo, com a conclusão de arquivamento ou de encaminhamento ao CADE para julgamento;* e (vii) *a data e a assinatura do Secretário de Direito Econômico.* (art. 27, § 2º, e incisos, da Portaria n.º 753/98, do Ministro da Justiça)

Ausentes qualquer um destes requisitos considerar-se-á nula a decisão do Secretário.

Art. 40. As averiguações preliminares e o processo administrativo devem ser conduzidos e concluídos com a maior brevidade compatível com o esclarecimento

dos fatos, nisso se esmerando o Secretário da SDE, e os membros do CADE⁶¹, assim como os servidores e funcionários desses órgãos, sob pena de promoção da respectiva responsabilidade.

O dispositivo explicita para o processo administrativo no âmbito do CADE o princípio constitucional da eficiência⁶², segundo o qual a ação administrativa deve ser produzida de modo rápido e preciso. Engloba não apenas a forma de realização de uma tarefa, mas principalmente a consecução do fim a que se destina. Em outras palavras deve ser usada da máxima racionalidade para o melhor aproveitamento da *res* pública, mantendo-se sempre a adequação lógica entre meios e fim.

A título ilustrativo, vale destacar que, consoante previsto pela Portaria n.º 753, do Ministério da Justiça, o procedimento de instrução para a averiguação da prática de infrações à ordem econômica, realizada pela SDE prescreve em 5 (cinco) anos. A contagem do prazo prescritivo conta-se da prática do ato, ou do dia em que tiver cessado a infração permanente ou continuada (art. 43).

Também pode incidir a prescrição caso o procedimento administrativo permaneça paralisado por mais de três anos, estando os autos arquivados de ofício ou a requerimento da parte e na dependência de julgamento ou despacho (art. 43, § 2º).

Interrompe-se a prescrição apenas com a regular citação do representado, ou qualquer manifestação da SDE para a apuração da prática (art. 44). Já a suspensão ocorre na vigência de compromisso de desempenho (art. 45).

⁶¹ Acerca do Código de Ética dos servidores do CADE, vide Resolução n.º 16, de 09.09.98 (D.O.U. de 25.09.98).

⁶² O princípio da eficiência faz parte da reforma administrativa, sendo introduzido na Constituição Federal pela Emenda 19/98.

A possibilidade de prescrição do poder-dever da administração pública de julgar e punir o agente infrator reforça a necessidade da observância do princípio da eficiência.

Art. 41. Das decisões do Secretário da SDE não caberá recurso ao superior hierárquico.

Algumas questões de suma relevância emergem do dispositivo, dentre elas destacamos: (i) o impedimento legal à interposição de recurso hierárquico representa efetivo cerceamento ao direito de defesa?; ainda, (ii) existiriam outros instrumentos legais à disposição do administrado para que seja possível, em se questionamento a legalidade ou conveniência do ato do Secretário da SDE, requerer do Ministro de Estado da Justiça a reforma ou anulação da decisão?

O raciocínio para a solução destas controvérsias deve partir da natureza e finalidade do recurso hierárquico e dos princípios sobre os quais o dispositivo *sub iudice* estaria alicerçado.

O recurso hierárquico próprio, da mesma forma como outros recursos administrativos, fundamenta-se no poder de auto-tutela da Administração Pública sobre seus atos, sendo um modo de assegurar que a administração pública atue em consonância com os princípios ditados pelo ordenamento, quais sejam, a legalidade, moralidade, finalidade, publicidade, motivação, etc.

Sob este prisma, destaca-se a relação hierárquica entre o autor do ato impugnado e a autoridade *ad quem*, sendo possível definir o recurso hierárquico como “o recurso administrativo mediante o qual se impugna o

acto (sic) de órgão subalterno perante o seu superior hierárquico, a fim de obter a respetiva revogação ou substituição⁶³”.

Desprende-se, portanto, que o fundamento do referido recurso reside no fato de que o poder de direção exercido pelo superior hierárquico de nada valeria se não lhe for facultado anular ou reformar o ato do subordinado⁶⁴.

Assim, à primeira vista o dispositivo em evidência parece restringir a ampla defesa do administrado, impedindo que uma decisão do Secretário da SDE seja anulada ou reformada pelo Ministro de Estado da Justiça.

Não há que se falar, entretanto, em cerceamento de defesa, posto que a impossibilidade do administrado interpor recurso hierárquico de forma alguma o impede de contestar a decisão controvertida, seja pela própria administração pública, mediante a garantia constitucional do direito de petição, seja pela via judícia, impetrando Mandado de Segurança em face da autoridade coatora, comprovando-se lesão a direito líquido e certo.

Quanto ao direito de petição, é bastante esclarecedor os ensinamentos do Prof. José Afonso da Silva, principalmente ao deixar claro que a resposta da administração pública deve ser motivada, contendo as razões de fato e direito que levarem ao acolhimento ou desacolhimento da reclamação do administrado, *in verbis*:

“É importante frisar que o direito de petição não pode ser destituído de eficácia. Não pode a autoridade a quem é dirigido escusar pronunciar-se sobre a petição, quer para acolhê-la quer para desacolhê-la com a devida motivação. (...) A Constituição não prevê sanção à falta de resposta e

⁶³ Amaral, Diogo de Freitas, *Conceito e Natureza do Recurso Hierárquico* – Volume I, Atlântida Editora, S.ª R. L., Coimbra, 1981, pág. 28.

⁶⁴ Ver Di Pietro, Medauar e Bandeira de Mello.

pronunciamento de autoridade, mas parece-nos certo que ela pode ser constrangida a isso por via de mandado de segurança, quer quando se nega expressamente a pronunciar-se quer quando se omite; para tanto é preciso que fique bem claro que o peticionário esteja utilizando efetivamente o direito de petição, o que caracteriza com maior certeza se for invocado o art. 5º, XXXIV, a.”⁶⁵

É preciso destacar apenas que a apresentação da petição de forma alguma levaria à suspensão dos efeitos do ato impugnado, seja porque a suspensividade dependa de previsão legal explícita, seja porque presumem-se legais os atos administrativos.

Outra observação que pode ser feita é de que as decisões proferidas pelo Secretário da SDE, em especial a contida no relatório circunstanciado, não são terminativas. Isto quer dizer que não são aptas, por si só, a produzir efeitos ao administrado, sejam eles positivos ou negativos.

Oras, sendo apenas o CADE capaz de condenar ou absolver definitivamente o representado, não seria exagero imaginar que a previsão expressa de um recurso hierárquico em face das decisões do Secretário da SDE poderia levar a uma avalanche de recursos com intuito meramente procrastinatório, o que, evidentemente, reforça a pertinência deste dispositivo.

⁶⁵ *In* Curso de Direito Constitucional Positivo, 14ª edição, 1997, pág. 422.

CAPÍTULO III

Do Julgamento do Processo Administrativo pelo CADE

Art. 42. Recebido o processo, o Presidente do CADE o distribuirá, mediante sorteio, ao Conselheiro Relator, que abrirá vista à Procuradoria para manifestar-se no prazo de vinte dias⁶⁶.

Há uma certa impropriedade na redação e seqüência lógica destes dispositivos que regulam a entrada e distribuição do Processo Administrativo no CADE.

À primeira vista, parece ao leitor que a distribuição é realizada apenas quando o CADE recebe os autos já devidamente instruídos pela SDE. Nesta seqüência, o Conselheiro sorteado para relatar o processo abriria vista à procuradoria imediatamente após a distribuição.

Ocorre que a distribuição não é realizada somente após a instrução do processo pela SDE, mas sim após sua instauração, sendo protocolizada (no momento da instauração) no CADE apenas cópia do despacho inicial da Secretaria, bem como da defesa do representado. Destarte, o Conselheiro relator não deve abrir vista à procuradoria para parecer após a distribuição, posto que, neste momento, o processo estaria pendente da regular instrução.

Neste sentido, abrir-se-ia vista para parecer apenas após o recebimento dos autos devidamente instruídos, constando o relatório circunstanciado do Secretário, seja ele pela condenação, seja pelo arquivamento do feito. O prazo de 20 dias para parecer contar-se-ia do recebimento dos autos pela Procuradoria (art. 14, § 1º, Regimento Interno).

Embora a lei preveja prazo de 20 dias para que a procuradoria emita parecer, não há qualquer consequência jurídica pelo descumprimento deste prazo.

⁶⁶ Idem Nota 07.

Entretanto, de acordo com o Regimento interno, faculta-se ao relator incluí-lo em pauta, mesmo sem parecer, caso julgue o processo adequadamente instruído. Nesta hipótese, deve o Procurador Geral proferir oralmente o parecer durante a sessão de julgamento, salvo se entender insuficiente sua manifestação (art. 14, §§ 2º e 3º, Regimento Interno).

De outra parte, o sorteio deve obedecer ao princípio da equanimidade, garantindo que os processos administrativos sejam homogeneamente distribuídos entre os Conselheiros do CADE. Esta previsão impediria que, por força única e exclusivamente de sorteios aleatórios, um Conselheiro fosse sobrecarregado de processos em detrimento dos outros. De certa forma, é mais uma maneira encontrada pelo legislador de garantir maior agilidade e eficiência no julgamento dos feitos.

Art. 43. O Conselheiro-Relator poderá determinar a realização de diligências complementares ou requerer novas informações, na forma do art. 35, bem como facultar à parte a produção de novas provas, quando entender insuficientes para a formação de sua convicção os elementos existentes nos autos.

Art. 44. A convite do Presidente, por indicação do Relator, qualquer pessoa poderá apresentar esclarecimento ao CADE, a propósito de assuntos que estejam em pauta.

Trata-se de mais um dispositivo que explicita o princípio da verdade real⁶⁷ para o processo administrativo no âmbito do CADE, conferindo ao Conselheiro Relator a faculdade de adotar medidas tipicamente de instrução com vistas a consolidar sua convicção quanto a matéria de fato.

É interessante destacar que não apenas o Conselheiro Relator pode requerer novas diligências. De acordo com jurisprudência recente do CADE,

⁶⁷ Ver comentário aos artigos 35, 36 e 37 supra.

consolidada pela Resolução n.º 20, de 1999, qualquer Conselheiro, e mesmo o Presidente, estão autorizados a solicitar diligências complementares.

Autorizando o Plenário a realização das novas diligências, o processo é retirado de pauta, devendo o Conselheiro-Relator providenciar o cumprimento do ordenado pelo Plenário, reincluindo o processo em pauta, iniciando-se novo julgamento.

Nota-se que a reinclusão do processo em pauta implica na realização de todos os atos já realizados com o advento do primeiro julgamento, ou seja, deverá ser elaborado novo relatório; o representado deverá ser intimado novamente, dentre outras providências.

É interessante fazer nota de outro procedimento construído pela jurisprudência do CADE, muito embora não haja previsão legal, nem mesmo em resoluções. Trata-se da conversão do julgamento em diligência, que evitaria que com o pedido de vista dos autos por qualquer um dos membros do Plenário, decorra o prazo legal para o julgamento do processo pelo CADE.

A conversão do julgamento em diligência ocorre com mais frequência no julgamento dos atos de concentração, posto que a inobservância do prazo legal implica na aprovação instantânea da operação submetida à avaliação do CADE.

Art. 45. No ato do julgamento em plenário, de cuja data serão intimadas as partes com antecedência mínima de cinco dias, o Procurador-Geral e o representado ou seu advogado terão, respectivamente, direito à palavra por quinze minutos cada um.

Art. 46. A decisão do CADE, que em qualquer hipótese será fundamentada, quando for pela existência de infração da ordem econômica, conterà:

I - especificação dos fatos que constituam a infração apurada e a indicação das providências a serem tomadas pelos responsáveis para fazê-la cessar;

II - prazo dentro do qual devam ser iniciadas e concluídas as providências referidas no inciso anterior;

III - multa estipulada⁶⁸;

IV - multa diária em caso de continuidade da infração⁶⁹.

Parágrafo único - A decisão do CADE será publicada dentro de cinco dias, no *Diário Oficial* da União.

O direito a expor as últimas razões, consoante fora exaustivamente discutido nestes comentários ao Título VI, é expressão da garantia da ampla defesa do representado. Com a Constituição de 1988, não há mais que se discutir o cabimento do princípio da ampla defesa e, principalmente, suas decorrências lógicas, no processo administrativo no âmbito da Administração Pública, seja ela direta ou indireta.

O Lei 8.884/94 reitera mais uma vez a obrigação da Administração Pública de fundamentar suas decisões.

Trata-se de dispositivo de suma importância, posto que a motivação é exigência do Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, do devido processo legal.

Constitui, desta forma, requisito de formalização dos atos administrativos já que, apenas a perfeita subsunção das razões de fato às razões de direito é

⁶⁸ Idem Nota 10.

⁶⁹ Idem Nota 10.

capaz de comprovar a razoabilidade, conveniência e proporcionalidade da medida adotada⁷⁰.

Bem expõe o Prof. Antônio Carlos de Araújo Cintra a extensão do conceito de motivação, demonstrando que a decisão deve conter “*a interpretação das normas legais aplicadas, a razão da não aplicação de outras; e com referência aos fatos, inclusive a avaliação das provas examinadas pelo agente público*”⁷¹. Destarte, sob o aspecto formal, a motivação deve ser clara e congruente, a fim de permitir uma efetiva comunicação com seus destinatários, garantindo diretamente a ampla defesa e o acesso ao contraditório dos interessados e do representado.

Por estas razões a doutrina é uníssona em declarar que a ausência de motivação dos atos decisórios constitui vício substancial de forma, levando à nulidade do ato.

Quanto às multas e penalidades, ver Capítulo II do Título V desta Lei.

Art. 47. O CADE fiscalizará o cumprimento de suas decisões⁷².

Art. 48. Descumprida a decisão, no todo ou em parte, será o fato comunicado ao Presidente do CADE que determinará ao Procurador Geral que providencie sua execução judicial.

Em cumprimento a este dispositivo legal, foi criado em 1997, por meio da Portaria 30, o CAD/CADE, responsável pelo acompanhamento das decisões

⁷⁰ A respeito, ver Celso Antônio Bandeira de Mello in *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, Revista de Direito Público n.º 90, pág. 61.

⁷¹ In *Motivo e Motivação dos Atos Administrativos*, Dissertação de Concurso à Livre Docência de Direito Administrativo da faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1978. Pág. 134.

⁷² Idem Nota 07.

proferidas pelo Plenário do CADE. Mais freqüentemente, tem-se o não pagamento das multas impostas.

A Resolução 9, de 16 de julho de 1997, descreve o procedimento de cobrança a ser adotado. Em poucas palavras, verificado o inadimplemento, lavra-se um auto de infração, constituindo um processo administrativo. Após, a parte é intimada da instauração do processo, sendo este distribuído a um dos Conselheiros.

Apresentada, ou não, a defesa por parte do administrado, o processo será incluído em pauta para julgamento. Sendo a decisão pela improcedência da defesa, o autuado terá 10 dias para efetuar o pagamento, ou 5 dias para entrar com um pedido de reconsideração.

Caso opte pelo pedido de reconsideração, este terá efeito suspensivo e será distribuído a outro Conselheiro-Relator. Da decisão definitiva pela improcedência da defesa, o autuado terá 5 dias para efetuar o pagamento, sob pena de ser a quantia inscrita na dívida ativa do CADE iniciando-se, no prazo máximo de 30 dias, a respectiva execução judicial.

Art. 49. As decisões do CADE serão tomadas por maioria absoluta, com a presença mínima de cinco membros.

Art. 50. As decisões do CADE não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições.

O não cabimento de revisão das decisões do CADE pelo Poder Executivo ganhou força com a transformação do CADE em autarquia, conferindo ao órgão maior imparcialidade e independência.

Não há que se falar em cerceamento do direito de defesa, pois a Constituição Federal garante a inafastabilidade do controle jurisdicional de lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV). Assim, nada obsta que o administrado, sentindo-se lesado sob qualquer aspecto em decorrência de uma decisão proferida pelo CADE, apele ao judiciário para a revisão ou anulação da decisão recorrida.

Ainda é cedo para que seja possível traçar qualquer parâmetro sobre qual será a reação do judiciário ao se deparar com uma ação cujo objeto é uma decisão do CADE. A Lei 8.884/94 é deveras recente, de modo que, embora existam ações questionando as referida decisões, ainda não é possível avaliar a postura do Judiciário, estando a maioria absoluta destas ações ainda em primeira instância.

Tendo em vista o aumento brutal do número de julgados pelo CADE, é de se prever um aumento também dos recursos ao judiciário.

Art. 51. O regulamento e o Regimento Interno do CADE⁷³ disporão de forma complementar sobre o processo administrativo.

TÍTULO IV

Da Medida Preventiva e da Ordem de Cessação

Art. 52. Em qualquer fase do processo administrativo poderá o Secretário da SDE ou o Conselheiro-Relator, por iniciativa própria ou mediante provocação do Procurador-Geral do CADE, adotar medida preventiva, quando houver indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar

⁷³ Idem Nota 06.

ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo.

§ 1º. Na medida preventiva, o Secretário da SDE ou o Conselheiro-Relator determinará a imediata cessação da prática e ordenará, quando materialmente possível, a reversão à situação anterior, fixando multa diária nos termos do art. 25.

§ 2º. Da decisão do Secretário da SDE ou do Conselheiro-Relator do CADE que adotar medida preventiva caberá recurso voluntário, no prazo de cinco dias, ao Plenário do CADE, sem efeito suspensivo.

Art. 53. Em qualquer fase do processo administrativo poderá ser celebrado, pelo CADE ou pela SDE *ad referendum* do CADE, compromisso de cessação de prática⁷⁴ sob investigação, que não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada.

§ 1º. O termo de compromisso conterá, necessariamente, as seguintes cláusulas:

- a) obrigações do representado, no sentido de fazer cessar a prática investigada no prazo estabelecido;
- b) valor da multa diária a ser imposta no caso de descumprimento nos termos do art. 25;
- c) obrigações de apresentar relatórios periódicos sobre a sua atuação no mercado, mantendo as autoridades informadas sobre eventuais mudanças em sua estrutura societária, controle, atividades e localização.

⁷⁴ Vide art. 3º, inciso I da Medida Provisória nº 1.708-4 de 27.10.98 (D.O.U. de 29.10.98) que suspende a prescrição durante a vigência de compromisso de cessação de prática ou de desempenho.

§ 2º. O processo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso de cessação e será arquivado ao término do prazo fixado, se atendidas todas as condições estabelecidas no termo respectivo.

§ 3º. As condições do termo de compromisso poderão ser alteradas pelo CADE, se comprovada sua excessiva onerosidade para o representante e desde que não acarrete prejuízo para terceiros ou para a coletividade, e a nova situação não configure infração da ordem econômica.

§ 4º. O compromisso de cessação constitui título executivo extra-judicial, ajuizando-se imediatamente sua execução em caso de descumprimento ou colocação de obstáculos à sua fiscalização, na forma prescrita nos arts. 60 e seguintes.

TÍTULO VII **Das Formas de Controle**

CAPÍTULO I **Do Controle da Atos e Contratos**

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

§ 1º. O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o *caput*, desde que atenda as seguintes condições:

I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou

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

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

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

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

§ 2º. Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.

§ 3º. Incluem-se nos atos de que trata o *caput* aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em 20% (vinte por cento) de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais)⁷⁵.

§ 4º. Os atos de que trata o *caput* deverão ser apresentados para exame, previamente e no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante

⁷⁵ § 3º com redação dada pela Lei n. 9.069, de 29 de junho de 1995, alterada pela Medida Provisória n. 1.675-43, de 26 de outubro de 1998 (D.O.U. de 27.10.98).

encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao CADE e outra à SEAE⁷⁶.

§ 5º. A inobservância dos prazos de apresentação previstos no parágrafo anterior será punida com multa pecuniária, de valor não inferior a 60.000 (sessenta mil) UFIR's nem superior a 6.000.000 (seis milhões) de UFIR's a ser aplicada pelo CADE⁷⁷, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 32.

§ 6º. Após receber o parecer técnico da SEAE, que será emitido em até trinta dias, a SDE manifestar-se-á em igual prazo, e em seguida encaminhará o processo devidamente instruído ao Plenário do CADE, que deliberará no prazo de sessenta dias⁷⁸.

§ 7º. A eficácia dos atos de que trata este artigo condiciona-se à sua aprovação, caso em que retroagirá à data de sua realização; não tendo sido apreciados pelo CADE no prazo estabelecido no parágrafo anterior, serão automaticamente considerados aprovados⁷⁹.

§ 8º. Os prazos estabelecidos nos §§ 6º. e 7º. ficarão suspensos enquanto não forem apresentados esclarecimentos e documentos imprescindíveis à análise do processo, solicitados pelo CADE, SDE ou SEAE.

§ 9º. Se os atos especificados neste artigo não forem realizados sob condição suspensiva ou deles já tiverem decorrido efeitos perante terceiros, inclusive de natureza fiscal, o Plenário do CADE, se concluir pela sua não aprovação determinará as providências cabíveis no sentido de que sejam desconstituídos, total ou parcialmente, seja através de distrato, cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividade ou qualquer outro ato ou providência que elimine os

⁷⁶ Idem Nota 20.

⁷⁷ Idem Nota 15.

⁷⁸ Idem Nota 20.

⁷⁹ Idem Nota 20.

efeitos nocivos à ordem econômica, independentemente da responsabilidade civil por perdas e danos eventualmente causados a terceiros.

§ 10º. As mudanças de controle acionário de companhias abertas e os registros de fusão, sem prejuízo da obrigação das partes envolvidas, devem ser comunicados à SDE, pela Comissão de Valores Mobiliários - CVM e pelo Departamento Nacional de Registro Comercial do Ministério da Indústria, Comércio e Turismo - DNRC/MICT, respectivamente, no prazo de cinco dias úteis para, se for o caso, serem examinados.

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

Art. 56. As Juntas Comerciais ou órgãos correspondentes no Estados não poderão arquivar quaisquer atos relativos à constituição, transformação, fusão, incorporação ou agrupamento de empresas, bem como quaisquer alterações, nos respectivos atos constitutivos, sem que dos mesmos conste:

- I - a declaração precisa e detalhada do seu objeto;
- II - o capital de cada sócio e a forma e prazo de sua realização;
- III - o nome por extenso e qualificação de cada um dos sócios acionistas;
- IV - o local da sede e respectivo endereço, inclusive das filiais declaradas;
- V - os nomes dos diretores por extenso e respectiva qualificação;
- VI - o prazo de duração da sociedade;

VII - o número, espécie e valor das ações.

Art. 57 - Nos instrumentos de distrato, além da declaração da importância repartida entre os sócios e a referência à pessoa ou pessoas que assumirem o ativo e passivo da empresa, deverão ser indicados os motivos da dissolução.

CAPÍTULO II

Do Compromisso de Desempenho

Art. 58. O Plenário do CADE definirá compromissos de desempenho⁸⁰ para os interessados que submetam atos a exame na forma do Art. 54, de modo a assegurar o cumprimento das condições estabelecidas no parágrafo 1º. do referido artigo.

§ 1º. Na definição dos compromissos de desempenho será levado em consideração o grau de exposição do setor à competição internacional e as alterações no nível de emprego, dentre outras circunstâncias relevantes.

§ 2º. Deverão constar dos compromissos de desempenho metas qualitativas ou quantitativas em prazos pré-definidos, cujo cumprimento será acompanhado pela SDE.

§ 3º. O descumprimento injustificado do compromisso de desempenho implicará a revogação da aprovação do CADE, na forma do Art. 55, e a abertura de processo administrativo para a adoção das medidas cabíveis.

⁸⁰ Idem Nota 29.

CAPÍTULO III

Da Consulta

Art. 59. *Revogado pelo art. 83 da Lei n. 9.069, de 29 de junho de 1995 (D.O.U. de 30.06.95).*

TÍTULO VIII

Da Execução Judicial das Decisões do CADE

CAPÍTULO I

Do Processo

Art. 60. A decisão do Plenário do CADE, cominando multa ou impondo obrigação de fazer ou não fazer, constitui título executivo extrajudicial.

Art. 61. A execução que tenha por objeto exclusivamente a cobrança de multas pecuniárias será feita de acordo com o disposto na Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980⁸¹.

Art. 62. Na execução que tenha por objeto, além da cobrança de multa, o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação, ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

1º. A conversão da obrigação de fazer ou não fazer em perdas e danos somente será admissível se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

⁸¹ Referido diploma legal disciplina a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública e dá outras providências.

2º. A indenização por perdas e danos far-se-á sem prejuízo das multas.

Art. 63. A execução será feita por todos os meios, inclusive mediante intervenção na empresa, quando necessária.

Art. 64. A execução das decisões do CADE será promovida na Justiça Federal do Distrito Federal ou da sede ou domicílio do executado, à escolha do CADE.

Art. 65. O oferecimento de embargos ou o ajuizamento de qualquer outra ação que vise a desconstituição do título executivo não suspenderá a execução, 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 proferido nos autos, inclusive no que tange a multas diárias.

Art. 66. Em razão da gravidade da infração da ordem econômica, e havendo fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ainda que tenha havido o depósito das multas e prestação de caução, poderá o Juiz determinar a adoção imediata, no todo ou em parte, das providências contidas no título executivo.

Art. 67. No cálculo do valor da multa diária pela continuidade da infração, tomar-se-á como termo inicial a data final fixada pelo CADE para a adoção voluntária das providências contidas em sua decisão, e como termo final o dia do seu efetivo cumprimento.

Art. 68. O processo de execução das decisões do CADE terá preferência sobre as demais espécies de ação, exceto *habeas corpus* e mandado de segurança.

CAPÍTULO II

Da Intervenção Judicial

Art. 69. O Juiz decretará a intervenção na empresa quando necessária para permitir a execução específica, nomeando o interventor.

Parágrafo único - A decisão que determinar a intervenção deverá ser fundamentada e indicará, clara e precisamente, as providências a serem tomadas pelo interventor nomeado.

Art. 70. Se dentro de quarenta e oito horas, o executado impugnar o interventor por motivo de inaptidão ou inidoneidade, feita a prova da alegação em três dias, o Juiz decidirá em igual prazo.

Art. 71. Sendo a impugnação julgada procedente, o Juiz nomeará novo interventor no prazo de cinco dias.

Art. 72. A intervenção poderá ser revogada antes do prazo estabelecido, desde que comprovado o cumprimento integral da obrigação que a determinou.

Art. 73. A intervenção judicial deverá restringir-se aos atos necessários ao cumprimento da decisão judicial que a determinar, e terá duração máxima de cento e oitenta dias, ficando o interventor responsável por suas ações e omissões, especialmente em caso de abuso de poder e desvio de finalidade.

§ 1º. Aplica-se ao interventor, no que couber, o disposto nos arts. 153 a 159 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976⁸².

⁸² Referidos dispositivos referem-se aos deveres e responsabilidades a ser observados pelos administradores públicos.

§ 2º. A remuneração do interventor será arbitrada pelo Juiz, que poderá substituí-lo a qualquer tempo, sendo obrigatória a substituição quando incorrer em insolvência civil, quando for sujeito passivo ou ativo de qualquer forma de corrupção ou prevaricação, ou infringir quaisquer de seus deveres.

Art. 74. O Juiz poderá afastar de suas funções os responsáveis pela administração da empresa que, comprovadamente, obstarem o cumprimento de atos de competência do interventor. A substituição dar-se-á na forma estabelecida no contrato social da empresa.

§ 1º. Se, apesar das providências previstas no *caput*, um ou mais responsáveis pela administração da empresa persistirem em obstar a ação do interventor, o Juiz procederá na forma do disposto no § 2º.

§ 2º. Se a maioria dos responsáveis pela administração da empresa recusar colaboração ao interventor, o Juiz determinará que este assumam a administração total da empresa.

Art. 75. Compete ao interventor:

I - praticar ou ordenar que sejam praticados os atos necessários à execução;

II - denunciar ao Juiz quaisquer irregularidades praticadas pelos responsáveis pela empresa e das quais venha a ter conhecimento;

III - apresentar ao Juiz relatório mensal de suas atividades.

Art. 76. As despesas resultantes da intervenção correrão por conta do executado contra quem ela tiver sido decretada.

Art. 77. Decorrido o prazo da intervenção, o interventor apresentará ao Juiz Federal relatório circunstanciado de sua gestão, propondo a extinção e o arquivamento do processo ou pedindo a prorrogação do prazo na hipótese de não ter sido possível cumprir integralmente a decisão exequenda.

Art. 78. Todo aquele que se opuser ou obstaculizar a intervenção, ou cessada esta, praticar quaisquer atos que direta ou indiretamente anulem seus efeitos, no todo ou em parte, ou desobedecer a ordens legais do interventor será, conforme o caso, responsabilizado criminalmente por resistência, desobediência ou coação no curso do processo, na forma dos art. 329, 330 e 344 do Código Penal.

TÍTULO IX

Das Disposições Finais e Transitórias

Art. 79. (Vetado).

Parágrafo único. (Vetado).

Art. 80. O cargo de Procurador do CADE é transformado em cargo de Procurador-Geral e transferido para a Autarquia ora criada, juntamente com os cargos de Presidente e Conselheiro.

Art. 81. O Poder Executivo, no prazo de sessenta dias, enviará ao Congresso Nacional, projeto de lei dispendo sobre o quadro de pessoal permanente da nova Autarquia, bem como sobre a natureza e a remuneração dos cargos de Presidente, Conselheiro e Procurador-Geral do CADE.

§ 1º. Enquanto o CADE não contar com quadro próprio de pessoal, as cessões temporárias de servidores para a Autarquia serão feitas independentemente de cargos ou funções comissionados, e sem prejuízo dos vencimentos e demais

vantagens asseguradas aos que se encontram na origem, inclusive para representar judicialmente a Autarquia.

§ 2º. O Presidente do CADE elaborará e submeterá ao Plenário, para aprovação, a relação dos servidores a serem requisitados para servir à Autarquia, os quais poderão ser colocados à disposição da SDE.

Art. 82. (Vetado).

Art. 83. Aplicam-se subsidiariamente aos processos administrativos e judicial previstos nessa Lei, as disposições do Código de Processo Civil e das Leis nº. 7.347, de 24 de julho de 1985⁸³ e nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990⁸⁴.

Art. 84. O valor das multas previstas nesta Lei será convertido em moeda corrente na data do efetivo pagamento e recolhido ao Fundo de que trata a Lei nº. 7.347, de 24 de julho de 1985⁸⁵.

Art. 85. O inciso VII do Art. 4º. da Lei nº. 8.137, de 27 de dezembro de 1990⁸⁶, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 4º

VII - elevar sem justa causa o preço de bem ou serviço, valendo-se de posição dominante no mercado.

.....’.

⁸³ Esta Lei disciplina a Ação Civil Pública a ser proposta pelo Ministério Público Federal.

⁸⁴ Esta Lei dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências (Código de Defesa do Consumidor).

⁸⁵ Idem Nota 38.

⁸⁶ Esta Lei define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo e dá outras providências.

Art. 86. O Art. 312 do Código de Processo Penal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 312 - A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.”

Art. 87. O Art. 39 da Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990 passa a vigorar com a seguinte redação, acrescentando-se-lhe os seguintes incisos:

“Art. 39. É vedada ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

IX - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais;

X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços”.

Art. 88. O Art. 1º. da Lei nº 7.437, de 24 de julho de 1985, passa a vigorar com a seguinte redação e a inclusão de novo inciso:

“Art. 1º. Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

.....

V - por infração da ordem econômica”.

Parágrafo único - O inciso II do Art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, passa a ter a seguinte redação:

“Art. 5º.

.....

II - inclua entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”;

Art. 89. Nos processos judiciais em que discuta a aplicação desta lei, o CADE deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente.

Art. 90. Ficam interrompidos os prazos relativos aos processos de consulta formulados com base no Art. 74 da Lei nº. 4.137, de 10 de setembro de 1962⁸⁷, com a redação dada pelo Art. 13 da Lei nº. 8.158, de 8 de janeiro de 1991⁸⁸, aplicando-se aos mesmos o disposto no Título VII, Capítulo I, desta Lei.

Art. 91. O disposto nesta Lei não se aplica aos casos de *dumping* e subsídios de que tratam os Acordos Relativos à Implementação do Artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio, promulgados pelos Decretos nº. 93.941 e nº. 93.962, de 16 e 22 de janeiro de 1987, respectivamente⁸⁹.

⁸⁷ Esta Lei, já revogada, dispunha sobre a repressão ao abuso do poder econômico.

⁸⁸ O art. 92 revogou a Lei 8.158, de 08 de janeiro de 1991, que instituía normas de defesa da concorrência.

⁸⁹ Referidos regulamentos, promulgam, respectivamente, o Acordo Relativo à Implementação do Artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (GATT) e o Acordo Relativo à Interpretação e Aplicação dos Artigos VI, XVI e XXIII do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (GATT) e dá outras providências.

Art. 92. Revogam-se as disposições em contrário, assim como as Leis n^{os}. 4.137, de 10 de setembro de 1962⁹⁰, 8.158, de 8 de janeiro de 1991⁹¹, e 8.002, de 14 de março de 1990⁹², mantido o disposto no Art. 36 da Lei n^o 8.880, de 27 de maio de 1994⁹³.

Art. 93. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

IV. TEMAS ECONÔMICOS RELEVANTES PARA PESQUISA

A Lei 8884/94 tem sido objeto de intensa discussão dos pontos de vista jurídico e político, conforme se depreende da seção III. No entanto, não há uma reflexão sistematizada do ângulo jurídico-econômico.

Encontram-se listados em seguida seis temas a serem sistematizados para uma primeira reflexão. A pesquisa é deliberadamente abrangente neste ponto para permitir uma visão geral e ulterior desenvolvimento de pontos específicos. Os artigos relevantes da Lei 8884/94 estão mencionados entre parentêses.

- i) características e limitações de sistemas de monitoramento de mercados modernos (Artigo 14, incisos I e II).
- ii) enquadramento das empresas públicas (Artigo 15).
- iii) categorização do universo de infrações definidas pela Lei 8884 (Artigos 20 e 21).

⁹⁰ Vide Nota 42.

⁹¹ Vide Nota 43.

⁹² Esta Lei dispunha sobre a repressão de infrações atentatórias contra os direitos do consumidor.

⁹³ Referido dispositivo estabelece que o Poder Executivo, através do Ministério da Fazenda, poderá exigir justificativa dos aumentos abusivos de preços, bem como delimita os parâmetros de tal abusividade.

- iv) controle sobre atos de concentração (fusões, aquisições, joint ventures e reorganização societária) (Artigos 54 e 58).
- v) lógica econômica das penalidades (Capítulo III). As penalidades previstas no Capítulo III maximizam os incentivos ao cumprimento da legislação? O princípio de proporcionalidade com a gravidade da infração é respeitado? Há estímulo ao rápido restabelecimento da legalidade com um mínimo de custo processual?
- vi) compromisso de cessação de prática (Artigo 53). Neste ponto também é importante saber se há estímulo ao rápido restabelecimento da legalidade com um baixo custo para o mercado.

Cada um destes itens é tratado de forma mais detalhada a seguir. Ao final de cada subseção, encontra-se destacado o tópico que mereceria ser incluído em uma agenda de pesquisa para aprimoramento da legislação.

1. MONITORAMENTO DO MERCADO

O artigo 14, em seus incisos I e II, estabelece, basicamente o dever legal para que a SDE (i) zele pelo cumprimento da Lei e (ii) previna as infrações de ordem econômica.

Nesse sentido, a Lei fornece subsídios ao aplicador (SDE) para: (a) monitorar e acompanhar as práticas de mercado e (b) acompanhar, permanentemente, as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas que detiverem posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços e requisitar informações e documentos necessários, mantendo o sigilo legal, quando for o caso.

Cabe dizer que o monitoramento e o acompanhamento das práticas de mercado, do modo estabelecido pela Lei, configuram-se como instrumentos dos quais o aplicador pode valer-se para cumprir o fim objetivado pela lei, e não constituem, de modo algum, o cerne do dever legal.

Assim, ao zelar pelo cumprimento da Lei e prevenir as infrações à ordem econômica, estará o aplicador cumprindo o seu dever legal mesmo que não lance mão dos instrumentos indicados pelo legislador, podendo valer-se dos mesmos de acordo com a sua avaliação de pertinência e necessidade, de forma discricionária.

Ressalte-se, entretanto, que a discricionariedade não refere-se ao dever legal do aplicador da lei de zelar pelo cumprimento da mesma e prevenir infrações à ordem econômica, mas tão somente aos instrumentos que utilizará para tais fins. Assim, em hipótese alguma, estará o aplicador deixando de cumprir a Lei se, de forma eficiente, zelar pela aplicação da mesma e pela repressão às infrações à ordem econômica, sem no entanto lançar mão de um monitoramento e acompanhamento permanente das práticas de mercado.

Não pode ser perdido de vista que as normas de Direito econômico devem ser interpretadas e aplicadas conforme o seu fim, e não de forma meramente gramatical, sob pena de se verem distorcidos ou inadimplidos os objetivos legais.

Ad argumentandum, ressalte-se que uma interpretação gramatical da Lei que vinculasse a SDE a um monitoramento e acompanhamento exaustivo exigiria demasiados recursos humanos e monetários dos aplicadores, em detrimento dos demais deveres legais, o que distorceria, indubitavelmente, o alcance dos fins visados pela Lei e não permitiria a maximização dos recursos e da atuação do aplicador.

A atuação estatal deve ser exercida de forma neutra, garantindo o funcionamento harmônico da sociedade, e em atendimento ao princípio da isonomia, de sorte que a

atuação do aplicador deve se pautar muito mais pela probabilidade efetiva que pela simples possibilidade.

Notar a natureza preventiva da lei; risco de distorção deste caráter preventivo; legado da vertente de proteção da economia popular, nível de desagregação é muito elevado para a tentativa de fazer torres de observação; caráter preventivo deve ser educacional e voluntário; o papel repressivo é litigioso e *ex post*. Ênfase setorial exagerada é equivocada.

As condições acima sugerem os seguintes pontos para a agenda de pesquisa:

- um monitoramento abrangente e detalhista parece contraproducente do ponto de vista operacional e contrário ao espírito da Constituição;
- o abuso do poder econômico só tem sentido em um determinado mercado relevante. Este, por sua vez, depende do estudo de cada caso e tende a ser mais desagregado do que o setor econômico tal como definido nas classificações setoriais habituais.
- seria útil para a política pública definir a classificação setorial que mais se aproxima da noção de mercado relevante.

2. EMPRESAS PÚBLICAS

Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello, as empresas públicas (ou mesmo sociedades de economia mista) dividem-se entre as prestadoras de serviços públicos e as exploradoras de atividades econômicas. Nos termos do art. 15 da Lei 8884/94, ambas as espécies, sem distinção, enquadram-se nas normas definidas no mesmo diploma legal, sofrendo as conseqüências de qualquer ato de abuso do poder econômico que venham a cometer.

A apuração e julgamento desta espécie de conduta cabe ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica, como já afirmado, mesmo em se tratando de casos nos quais os agentes econômicos indiciados são pessoas de direito público.

Ocorre que, dentre tais entidades, algumas detém privilégios específicos quanto a regras de falência, aquisição e outros, dependendo da norma legal que as originou, e, apesar disto, são tratadas de maneira usual pela legislação antitruste; de fato, tais privilégios influem no real poder de mercado destas empresas, devendo integrar a equação destinada a auferir tais fatores, e, inclusive, devendo ensejar maiores cuidados das autoridades de defesa da concorrência quando de eventuais julgamentos.

O artigo 15 da Lei 8884/94 pode e deve ser aplicado de maneira mais abrangente, atentando não apenas às empresas públicas *strictu sensu*, mas também aos agentes econômicos que exercem suas atividades através de concessão, permissão ou outorga do ente público. Isto porque tais atividades são necessariamente de interesse público, devendo assim ser alvo de maior atenção das autoridades de defesa da concorrência.

Assim, pode-se perceber que também devem ser submetidos ao Conselho, a análise dos aspectos concorrenciais inerentes aos setores de mercado integrantes da esfera de competências das agências reguladoras.

O tema da interação entre as autoridades de defesa da concorrência e de regulação constitui item relevante da agenda de pesquisa já tendo sido objeto de pesquisa para o NPP e do Texto para discussão n.º 77 de julho de 1999.

3. CONDUTAS PREVISTAS PELA LEI 8884

Cumpra neste ponto estudar o universo de condutas abrangidas pela Lei 8884. O Quadro 4 contém o universo de possíveis infrações à ordem econômica.

Quadro 4

Universo de Infrações Previstas pelos Incisos do Artigo 21 da Lei 8.884/94, e Outras

	HORIZONTAL	VERTICAL	HORIZONTAL E VERTICAL
UNILATERAL	XVIII e XIX Art. 70 Incisos I, II e III Lei 9.472/97 Telecomunicações	VII e XXIII	–
COORDENADA	I, VIII e X	-	III
UNILATERAL E COORDENADA	XX, XXI e XXIV	VI, XI, XII, XIII e XIV	II, IV, V, IX, XV, XVI, XVII e XXII

Na tentativa de enquadramento dos incisos do artigo 21 da Lei 8.884/94 nas subcategorias de condutas horizontal/unilateral; horizontal/coordenada; vertical/unilateral e vertical/coordenada, foi constatada a existência de dispositivos cujo conteúdo é de tal modo genérico que poderiam ser enquadrados em dois sub-sistemas diferentes.

A título exemplificativo, mencionem-se:

Inciso III – no que diz respeito a “*dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi acabados*”, o enquadramento se dá no sub-sistema conduta coordenada/horizontal; já no que diz respeito a “*dividir as fontes de abastecimento*”

de matérias primas ou produtos intermediários” o enquadramento se dá no sub-sistema conduta coordenada/vertical;

Inciso IV – o dispositivo não delimita o mercado que irá sofrer a ação de “*limitar ou impedir o acesso de novas empresas*”, portanto, é de se supor que a conduta pode ser realizada tanto no mercado de atuação do agente econômico infrator, quanto no mercado de distribuição, fornecimento, etc., de seus produtos. E ainda, fica aberta a possibilidade da conduta ser praticada por mais de uma empresa de modo coordenado, com vistas à eliminação de uma terceira. Portanto, a conduta descrita pelo inciso pode ser tanto unilateral/vertical e horizontal, quanto coordenada/horizontal e vertical;

Inciso V – no que diz respeito à empresa concorrente, é unilateral ou coordenada/horizontal; quanto aos fornecedores, adquirente ou financiador, é unilateral ou coordenada/vertical;

Inciso XVII – tanto é possível que um único produtor abandone ou destrua lavouras, quanto uma cooperativa de produtores, e ainda, esta conduta pode produzir efeito tanto no mercado dos frutos das plantações e lavouras, quanto no mercado de seus derivados;

A Defesa da Concorrência nos setores regulados: quanto aos setores regulados da economia, apenas a Lei 9.472/97, das Telecomunicações, apresenta hipóteses de infração à ordem econômica, sendo todas elas condutas unilaterais/horizontais. As legislações pesquisadas foram: telecomunicações, energia elétrica, petróleo, instituições financeiras e aviação civil.

Evolução histórica das condutas anticoncorrenciais: a proteção e defesa da concorrência no Brasil, foi regulada por três leis que se sucederam no tempo: a lei 4.137/62, a lei 8.158/91 e a atualmente vigente, lei 8.884/94.

No que diz respeito à repressão de condutas lesivas, nota-se uma apresentação mais adequada das previsões legais, o que se justifica (i) pela diversificação das práticas infrativas decorrentes do desenvolvimento do mercado; e (ii) pela adoção por parte do legislador, com relação à descrição de condutas, de uma perspectiva não apenas repressiva, mas também educativa.

Como se destaca do quadro 5 abaixo, a Lei 8.884/94, não trouxe grandes inovações no que diz respeito à introdução de condutas não tipificadas nas legislações anteriores. Apesar da pequena leva de inovações, é bastante elucidativa a apresentação de um quadro comparativo das infrações hoje expressamente previstas na Lei 8.884/94, das previstas nas legislações anteriores, com especial destaque para o que foi mantido pelo legislador, e o que foi introduzido:

Quadro 5

Evolução Histórica das Condutas Anticoncorrenciais na Legislação Brasileira⁹⁴

Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994	Lei n.º 8.158, de 08 de janeiro de 1991	Lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962
<ul style="list-style-type: none"> Fixar ou praticar, em acordo com o concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou prestação de serviços; (art. 21, I)	<ul style="list-style-type: none"> Fixar ou praticar, em conluio com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços; (art. 3º, IV)	<ul style="list-style-type: none"> Sem previsão legal;

⁹⁴ Para a correta leitura deste quadro, faz-se necessário destacar que, por força do art. 23, da lei 8.158/91, não foram revogadas as normas definidoras de ilícitos previstas na Lei 4.137/62.

<ul style="list-style-type: none"> • Obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; (art. 21, II) 	<ul style="list-style-type: none"> • Obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; (art. 3º, XV) 	<ul style="list-style-type: none"> • Sem previsão legal;
<ul style="list-style-type: none"> • Dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias primas ou produtos intermediários; (art. 21, III) 	<ul style="list-style-type: none"> • Dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias primas ou produtos intermediários; (art. 3º, III) 	<ul style="list-style-type: none"> • Sem previsão legal;
Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994	Lei n.º 8.158, de 08 de janeiro de 1991	Lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962
<ul style="list-style-type: none"> • Limitar ou impedir o acesso de novas empresas no mercado; (art. 21, IV) 	<ul style="list-style-type: none"> • Cerceamento à entrada ou à existência de concorrente, seja no mercado local, regional ou nacional; (art. 2º, 'b') • Limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; (art. 3º, II) 	<ul style="list-style-type: none"> • Sem previsão legal;
<ul style="list-style-type: none"> • Criar dificuldades à constituição, ou ao desenvolvimento de empresa concorrente, ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; (art. 21, V) 	<ul style="list-style-type: none"> • Criar dificuldades à constituição, ao funcionamento, ou ao desenvolvimento de empresas; (art. 3º, XVI) 	<ul style="list-style-type: none"> • Criação de dificuldades à constituição ao funcionamento ou desenvolvimento de empresa; (art. 2º, I, 'g')

<ul style="list-style-type: none"> • Impedir o acesso de concorrente às fontes de insumos, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição; (art. 21, VI) 	<ul style="list-style-type: none"> • Impedimento ao acesso dos concorrentes às fontes de insumos, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição; (art. 2º, 'c') 	<ul style="list-style-type: none"> • Sem previsão legal;
<ul style="list-style-type: none"> • Exigir ou conceder exclusividade para divulgações de publicidade nos meios de comunicação de massa; (art. 21, VII) 	<ul style="list-style-type: none"> • Sem previsão legal; 	<ul style="list-style-type: none"> • exigência de exclusividade para propaganda publicitária; (art. 1º, V, 'a')
<ul style="list-style-type: none"> • Combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa; (art. 21, VIII) 	<ul style="list-style-type: none"> • Sem previsão legal; 	<ul style="list-style-type: none"> • combinação prévia de preços ou ajuste de vantagens na concorrência pública ou administrativa; (art. 2º, V, 'b')
Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994	Lei n.º 8.158, de 08 de janeiro de 1991	Lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962
<ul style="list-style-type: none"> • Regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens e a prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição; (art. 21, X) 	<ul style="list-style-type: none"> • Regular mercados mediante acordo visando a limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção e a distribuição de bens e serviços; (art. 3º, V) • Dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços; (art. 3º, VI) 	<ul style="list-style-type: none"> • Sem previsão legal;

<ul style="list-style-type: none"> • Impor, no comércios de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes, preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margens de lucro os quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros; (art. 21, XI) 	<ul style="list-style-type: none"> • Impor preços de aquisição ou revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas ou margem de lucro, bem como estabelecer preços mediante a utilização de meios artificiosos; (art. 3º, 'I') 	<ul style="list-style-type: none"> • Sem previsão legal;
<ul style="list-style-type: none"> • Discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio de fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços; (art. 21, XII) 	<ul style="list-style-type: none"> • Sem previsão legal; 	<ul style="list-style-type: none"> • discriminação de preços entre compradores ou entre vendedores ou fixação discriminatória de prestação de serviços; (art. 1º, IV, 'a')
<ul style="list-style-type: none"> • Recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais; (art. 21, XIII) 	<ul style="list-style-type: none"> • Recusar, injustificadamente, a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e praxes comerciais; (art. 3º, VII) 	<ul style="list-style-type: none"> • Sem previsão legal;

Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994	Lei n.º 8.158, de 08 de janeiro de 1991	Lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962
<ul style="list-style-type: none"> • Destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los; (art. 21, XV) 	<ul style="list-style-type: none"> • destruir, inutilizar ou açambarcar sem justificada necessidade, matérias primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir ou inutilizar equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los, transportá-los, ou dificultar sua operação 	<ul style="list-style-type: none"> • Destruição ou inutilização, por ato próprio ou de terceiro, de bens de produção ou de consumo; (art. 1º, III, 'a') • Açambarcamento de mercadorias ou de matéria-prima; (art. 2º, III, 'b')
<ul style="list-style-type: none"> • Açambarcar ou impedir a livre exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia; (art. 21, XVI) 	<ul style="list-style-type: none"> • impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia; (art. 3º, X) 	<ul style="list-style-type: none"> • Sem previsão legal;
<ul style="list-style-type: none"> • Abandonar, fazer abandonar ou destruir lavouras ou plantações sem justa causa comprovada; (art. 21, XVII) 	<ul style="list-style-type: none"> • abandonar, ou fazer abandonar ou destruir lavoura ou plantações, com o fim de dificultar ou impedir a concorrência ou obter lucro arbitrário; (art. 3º, XI) 	<ul style="list-style-type: none"> • Sem previsão legal;
<ul style="list-style-type: none"> • Vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo; (art. 21, XVIII) 	<ul style="list-style-type: none"> • fixação de preços dos bens e serviços abaixo dos respectivos custos de produção, bem como a fixação artificial das quantidades vendidas ou produzidas; (art. 2o, 'a') 	<ul style="list-style-type: none"> • Sem previsão legal;
<ul style="list-style-type: none"> • Importar quaisquer bens abaixo do custo do país exportador, que não seja signatário dos códigos <i>Antidumping</i> e de subsídios do GATT; (art. 21, XIX) 	<ul style="list-style-type: none"> • importar ou exportar mercadoria ou prestar serviço sem margem de lucro, visando a dominação do mercado; (art. 3º, XIV) 	<ul style="list-style-type: none"> • Sem previsão legal;

Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994	Lei n.º 8.158, de 08 de janeiro de 1991	Lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962
<ul style="list-style-type: none"> • Cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada; (art. 21, XXI) 	<ul style="list-style-type: none"> • Sem previsão legal; 	<ul style="list-style-type: none"> • Cessação parcial ou total das atividades de empresa promovida por ato próprio ou de terceiros; (art. 2º, I, ‘f’)
<ul style="list-style-type: none"> • Reter bens d produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção; (art. 21, XXII) 	<ul style="list-style-type: none"> • Sem previsão legal; 	<ul style="list-style-type: none"> • Retenç�o, em condiç�es de provocar escassez, de bens de produção ou de consumo; (art. 2º, III, ‘c’)
<ul style="list-style-type: none"> • Subordinar a venda de um bem � aquisição de outro, ou � utilização de um serviç�o, ou subordinar a prestação de um serviç�o � utilização de outro ou � aquisição de um bem; (art. 21, XXIII) 	<ul style="list-style-type: none"> • subordinar venda de um bem � aquisição de outro ou � utilização de um serviç�o, ou subordinar a prestação de um serviç�o � prestação de outro ou � aquisição de um bem; (art. 3º, VIII) 	<ul style="list-style-type: none"> • subordinação de venda de qualquer bem � aquisição de outro bem ou � utilização de determinado serviç�o � compra de determinado bem; (art. 2º, IV, ‘b’)
<ul style="list-style-type: none"> • impor preç�os excessivos, ou aumentar sem justa causa o preç�o de bem ou serviç�o; (art. 21, XXIV) 	<ul style="list-style-type: none"> • Sem previsão legal; 	<ul style="list-style-type: none"> • Elevar sem justa causa os preç�os, nos casos de monopólio natural ou de fato, com o objetivo de aumentar arbitrariamente os lucros sem aumentar a produção; (art. 2º, II)

Existem, ainda, dispositivos das Leis 4.137/62 e 8.158/91, que não encontram correspondência com qualquer dos incisos do art. 21 da Lei 8.884/94. Isto porque, alguns destes dispositivo correspondem às infrações previstas no art. 20, Lei 8.884/94, outros simplesmente categorizam como condutas infratoras práticas que, com o advento da nova lei de defesa da concorrência, deixam de fazer parte da

competência repressiva da administração pública, para pertencer à ação preventiva (art. 54, Lei 8.884/94).

Feitas estas considerações, são os supra mencionados dispositivos:

Lei 4.137/62, artigo 2º:

“I – Dominar os mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a concorrência por meio de:

- ajuste ou acordo entre empresas, ou entre pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de suas atividades;
- aquisição de acervos de empresas ou de cotas, ações, títulos ou direitos;
- coalização, incorporação, fusão, integração ou qualquer outra forma de concentração de empresas;
- concentração de ações, títulos, cotas ou direitos em poder de uma ou mais empresas ou de uma ou mais pessoas físicas;
- acumulações de direção, administração ou gerência de mais de uma empresa;

(...)”

Lei 8.158/91:

“Art. 2º (...)

O controle regionalizado do mercado por empresas ou grupo de empresas;

O controle de rede de distribuição ou de fornecimento por empresas ou grupo de empresas;

A formação de conglomerados ou grupos econômicos, por meio de controle acionário direto ou indireto, bem como de estabelecimento de administração comum entre empresas, com vistas a inibir a livre concorrência

Art. 3º (...)

Vender mercadoria ou prestar serviços sem margem de lucro, visando a dominação do mercado;

Construir ou participar de associação ou entidade de qualquer natureza cuja finalidade ou efeitos configurem quaisquer das práticas vetadas por esta Lei;

Agir ou omitir-se, em conluio com o concorrentes, mediante condutas paralelas, cuja finalidade ou efeitos configurem quaisquer das práticas indicadas nesta Lei

(...)"

Uma agenda de pesquisa poderia incluir infrações típicas de setores regulados. De toda sorte isto requereria maior desenvolvimento da jurisprudência na matéria.
--

4. ATOS DE CONCENTRAÇÃO - CRITÉRIOS ECONÔMICOS PARA A DEFINIÇÃO DOS NÍVEIS DE CONCENTRAÇÃO E FATURAMENTO COMO CRITÉRIOS DE ADMISSIBILIDADE (PARÁGRAFO 3º DO ARTIGO 54)

O objetivo de tal estudo é analisar os meios empregados como critérios de admissibilidade, conforme disposto no parágrafo 3º, do artigo 54. Para tanto, cabe,

primeiramente, entender tais critérios, para, posteriormente criticar possíveis pontos negativos e apresentar soluções.

Faz-se necessário, antes de tudo, identificar o objeto de estudo. Dispõe o parágrafo 3º, do artigo 54, da Lei n.º 8.884/94:

“§ 3º Incluem-se nos atos de que se trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresa ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação da empresa ou grupo de empresas resultante em 20% (vinte por cento) de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente as R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).” (grifo nosso)

Os aspectos a serem analisados são exatamente os critérios adotados para determinar os atos que devem ser apresentados ao CADE. Entende-se que os critérios são alternativos. Pode-se tanto ser enquadrado dentro do aspecto da empresa, ou grupo de empresas, deter, pelo menos, 20% do mercado relevante, ou que tenha registrado um faturamento bruto anual superior a R\$ 400.000.000,00. Não é necessário que a empresa se enquadre em ambos os critérios. Basta que uma das empresas, ou conjunto de empresas, esteja enquadrada em qualquer dos dois critérios, para que se torne necessária a apresentação do ato para exame do CADE. No mesmo entendimento, fica clara que, tendo a possibilidade de se enquadrar em ambos os casos, só torna ainda mais evidente a necessidade de apresentação do ato perante esse Conselho.

Segundo dados apresentados no Relatório Anual do CADE, 1998/99, o número total de atos de concentração julgados no ano de 1998 foi de 144 atos. Destes, a porcentagem de atos que foram apresentados de acordo apenas com o critério do faturamento bruto é de 63% (sessenta e três por cento), enquanto que a porcentagem

de atos apresentados apenas pelo critério de participação em um mercado relevante superior a 20% foi de apenas 11% (onze por cento). Deve-se ressaltar ainda que a porcentagem dos atos apresentados que foram enquadrados em ambos os critérios foi de 24% (vinte e quatro por cento) dos atos. Apenas em 2% dos atos o CADE não conheceu da operação, por não se enquadrar em nenhum destes critérios.

O que se pode concluir, com base nos dados retirados do Relatório Anual, é que, em 1998, 87% dos atos de concentração analisados enquadravam-se no critério do faturamento bruto, independentemente de se enquadrar também, ou não, no critério da participação em um mercado relevante. No entanto, os casos enquadrados no critério da participação de mercado foram apenas 35% dos atos. Vislumbra-se, portanto, uma maior ocorrência de atos enquadrados no critério do faturamento sobre o critério da participação de mercado.

Ressalte-se a infinidade de mercados que um grupo de empresas pode vir a atuar, e os estudos sobre as diversas participações destas empresas em diversos mercados, muitas vezes totalmente diferentes daqueles realmente importantes para a análise do caso, podem vir a ser dispendiosos. Principalmente no que se refere ao tempo gasto simplesmente para determinar a participação nestes mercados para deduzir a potencialidade de prejuízo que pode ser causado ao mercado. Existem maneiras mais eficientes e menos trabalhosas de se apurar, ainda que mais objetivamente e menos especificamente, o poder econômico de uma empresa ou grupo de empresas e a potencialidade de danos que um grupo de empresas como este pode vir a causar ao mercado, para, então, determinar quando é necessário apresentar o caso ao CADE. Com isso facilita-se a análise das próprias empresas, para saberem em que casos seria necessário ser feita a apresentação. Mesmo porque, se for levado em consideração apenas o critério de participação de 20% em um mercado relevante, esta porcentagem pode ser considerada muito baixa, na maioria dos casos. Tal porcentagem, por si só, não seria suficiente para determinar que uma concentração no mercado fosse suficiente para ser analisada pelo CADE, como um caso de possibilidades maiores de dano ao mercado. Em um mercado com poucos

concorrentes, mas com uma grande facilidade de entrada de novos concorrentes no mercado, um ato que provoque uma concentração de um quinto do mercado não parece suficiente para determinar a necessidade de análise pelo CADE.

Outros meios poderiam ser cogitados como mais adequados para verificar a necessidade de apresentação dos atos ao CADE. No entanto, quaisquer outros poderiam possibilitar falhas, como é o caso de receita ou lucro, onde grandes empresas, com poder de mercado, estão sempre sujeitas a prejuízos, sem que, no entanto, percam seu poder econômico, sendo ainda importante a análise do CADE nestes casos. Outros meios possíveis seriam diversos índices de concentração econômica, como, por exemplo o HHI. Porém, tais índices seriam muito difíceis de determinação por parte das empresas, sem contar com a dificuldade e complicação de se determinar tais índices na legislação. Outro problema em adotar tais índices é que estes se baseiam nos mercados relevantes, retornando ao problema já analisado, que se refere a determinação dos mercados relevantes, tendo-se em vista o fato de o critério de mercado relevante ser muito aberto. Portanto, dentre diversas alternativas, o critério de faturamento bruto anual ainda parece ser, dentre os condizentes com a realidade das empresas, o mais fácil de ser determinado por estas, evitando meios para burlar a lei e, ao mesmo tempo, sendo eficaz para a determinação dos casos relevantes a serem apresentados ao CADE.

Através do faturamento bruto anual poder-se-ia ter uma primeira impressão do poder de mercado que as empresas envolvidas teriam. Porém, não se pode considerar apenas os aspectos analisados acima, no que se refere à participação no mercado relevante, como determinantes para uma porcentagem tão superior de casos enquadrados no faturamento, 87% dos casos, em comparação aos casos apresentados em virtude da participação das empresas no mercado, 35%. Outro ponto deve ser analisado: o fato de que R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) como faturamento bruto anual pode ser considerado muito baixo, e, por isso, tantos atos de concentração terem sido enquadrados no critério do faturamento. Nesse sentido, requer-se a análise das maiores empresas em cada mercado relevante, para a

apuração de seus respectivos faturamentos brutos anuais, para, então, poder determinar uma média mais condizente com a realidade brasileira, evitando assim, a apresentação de casos desnecessários, acelerando o processo de julgamento do CADE e facilitando a atuação das empresas.

Para tanto, deve-se ter em mente dois pontos. O primeiro, facilmente identificado nos julgados do CADE nestes últimos anos, é o conceito de que o faturamento não se refere apenas a empresa diretamente envolvida, mas sim de todo o grupo de empresas, sob o mesmo capital. Isto pois, em caso contrário, permitiria às empresas encontrarem maneiras de não ter que apresentar certos atos ao CADE. Tome-se como exemplo uma empresa comprar uma concorrente através de uma empresa subsidiária, pequena, e de atuação em outro mercado, que tenha faturamento inferior ao estipulado em lei. Neste caso, a empresa acabaria, ainda que não diretamente, detendo o controle de outra concorrente. Porém, pelo critério do faturamento bruto anual, este caso não teria que ser apresentado ao CADE.

Portanto, deve ser sempre considerado o faturamento bruto anual de todas as empresas do grupo, incluindo a controladora, suas subsidiárias, filiais e demais empresas da *holding*. Assim evita-se que a empresa se utilize de meios para burlar o trâmite legal.

Diante destes diversos aspectos ora ressaltados, pode-se concluir que os critérios adotados para a determinação dos casos a serem apresentados ao CADE merecem uma análise mais profunda, tendo em vista os diversos problemas demonstrados neste texto. Precisa-se buscar alternativas mais condizentes com a realidade brasileira, que possibilitam uma averiguação dos casos realmente importantes para a defesa da ordem econômica e da concorrência. Tais critérios não devem ser tão abrangentes, a ponto de abrir um leque extenso de casos, muitos apresentados desnecessariamente, por não apresentarem prejuízos à ordem econômica, prejudicando a celeridade de julgamento dos casos no CADE e de maior atenção aos casos que realmente merecem maior relevância e estudos mais aprofundados. Ao

mesmo tempo, os critérios não podem ser muito específicos, a ponto de dificultar a previsão por parte das empresas, dificultando a apresentação dos casos ao Conselho. Deve-se sempre buscar meios mais fáceis e dinâmicos, e ao mesmo tempo eficazes e determinantes, para cobrir o maior número de casos realmente relevantes, dispensando aqueles que claramente não viriam a prejudicar o mercado. Por enquanto, a melhor análise gira em torno da possibilidade de se utilizar o faturamento bruto anual, porém de maneira mais condizente com a situação das empresas no Brasil, e com a situação econômica nacional.

Uma agenda de pesquisa deveria incluir também um estudo das distribuições setoriais de faturamento para permitir análise mais precisa da abrangência da cobertura da legislação.

5. PENALIDADES

O sistema jurídico brasileiro enfrenta nos dias atuais rica discussão a respeito da natureza das indenizações cíveis, confrontando-se a idéia adotada pelo sistema norte-americano segundo o qual, além de reparar o dano sofrido pela vítima, deve a indenização inibir a prática destes atos, condenados pelo sistema, pelo agente e por terceiros em oportunidades futuras.

No entanto, a discussão acerca da multa não parece depender deste aspecto uma vez que a multa, claramente, tem como objetivo punir o infrator e desestimular a prática futura da infração pelo próprio infrator e por terceiros.

Assim, de forma nenhuma, a multa pode transformar-se em uma penalidade ineficiente, sem afastar, de plano, a adoção das práticas que visa combater pelos agentes. Para isso, é imprescindível que além de considerar, na aplicação das penas previstas pela Lei 8.884/94, a gravidade da infração; a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; a consumação ou não da infração; o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a

terceiros, e os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado, o aplicador tenha em mente a situação econômica do infrator (art. 27, inciso VII).

Ao ponderar a situação econômica do infrator, a Lei permite que o aplicador, ao impor as penas, o faça de maneira a desestimular tal prática, indo além de uma mera indenização à coletividade, titular dos bens jurídicos protegidos pela Lei 8.884/94.

A coletividade só estará protegida quando a autoridade aplicadora tornar a prática ilícita totalmente desfavorável ao infrator, em atendimento à mais moderna doutrina jurídica que determina que a pena, além de retribuir o mal praticado, deve funcionar como uma prevenção geral e individual, para que a conduta indesejada não volte a ser praticada.

A análise deve ter em mente que, por deficiências naturais, a autoridade aplicadora não consegue detectar todas as práticas ilícitas, de forma que a condenação, para não tornar a assunção do risco algo viável para o infrator, deve implicar não somente em um retorno ao *status quo ante*, e sim em um prejuízo bastante alto, capaz, até mesmo, dependendo dos valores eleitos pelo sistema, de inviabilizar a atividade econômica do agente.

Uma agenda de pesquisa deveria conter a avaliação acerca da oportunidade de incluir na legislação brasileira o mecanismo norte-americano de <i>treble damage</i> .
--

6. COMPROMISSO DE CESSAÇÃO DE PRÁTICA

O compromisso de cessação de prática, que guarda estreita semelhança com o instituto da transação, tal como é previsto na Lei 9.099, constitui instrumento de economia processual e salvaguarda do bom funcionamento do mercado.

Nesse sentido, tendo em vista a proteção da coletividade, titular dos bens protegidos pela Lei 8.884/94, o compromisso de cessação de prática apresenta-se como um instrumento ágil que garante que prática considerada ilícita pelos aplicadores da Lei não se propague, sem maiores custos que envolvem todo o processo de instrução e julgamento.

O instituto do compromisso de cessação de prática permite, ainda, que o aplicador, após a sua formulação, tenha acesso a informações, fornecidas pelas partes, que garantem a fiscalização e fiel cumprimento do compromisso.

No entanto, assegurando a posição eleita pela Lei 8.884/94, o compromisso de cessação de prática deve ser estabelecido por um período de tempo definido, a fim de não causar a ingerência da autoridade coatora no funcionamento da atividade privada de forma longa e causadora de insegurança jurídica.

Cumprido ressaltar que a multa fixada para o não cumprimento do compromisso deve seguir os preceitos expostos na subseção que analisou as penalidades previstas pela Lei, ou seja, deve desempenhar um papel inibidor individual e geral, sendo dotada, inclusive, da excoercedade conferida ao compromisso de cessação.

Uma agenda de pesquisa deveria incluir estudo acerca da oportunidade de aprimoramento do instituto de forma a evitar uma situação em que o valor esperado da infração para o agente econômico fosse positivo.

V. PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DA LEI 8884

O objetivo desta seção é apresentar uma sugestão concreta de alteração da Lei 8884. A seção V, subseção 1, contextualiza a modificação proposta na evolução histórica da legislação antitruste no Brasil descrita na seção II. A seção V, subseção 2,

sumaria os objetivos visados pela proposição, alguns dos quais já desenvolvidos nas seções III e IV. A seção V, subseção 3, contém a redação de texto legal alternativo.

1. A EVOLUÇÃO DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL E A OPORTUNIDADE DE APERFEIÇOAMENTO DA LEI 8884

O Quadro 6 permite situar a alteração proposta na Lei 8884 na evolução da legislação antitruste registrada no Quadro 3 da seção II.

Quadro 6

O Aperfeiçoamento da Lei 8884 em Perspectiva Histórica

Lei	4137 (1962)	8158 (1991)	8884 (1994)	8884 Revisada (1999)
Características				
Órgãos	CADE	SNDE CADE	CADE SDE SEAE	CADE*
Escopo	Conduta	Conduta	Conduta Controle de Estrutura <i>ex post</i>	Conduta Controle de Estrutura <i>ex ante</i>
Autonomia	-	-	CADE é transformado em autarquia; mandato de dois anos	CADE é Transformado Em autarquia Especial; Mandato de cinco anos

* SEAE continua emitindo parecer técnico.

O período entre o final dos anos oitenta e o Plano Real abriu uma etapa de transição na medida em que se verificou:

1. Abertura da economia e mudança do modelo de desenvolvimento

Promoveram-se as mudanças em direção a um novo modelo de desenvolvimento com maior exposição à economia mundial em contraste com a industrialização por substituição de importações. Isto tornou anacrônico o aparato de controle de preços preexistente na área econômica do Executivo, ao mesmo tempo em que ensejou profundo ajuste estrutural em vários mercados previamente regulados.

2. Estabilização dos preços

A estabilização em uma economia indexada e sujeita à superinflação como a brasileira requeria estratégia específica de coordenação dos agentes para a passagem à inflação de um dígito. Isto exigia um papel temporário da autoridade no sentido de coordenar as expectativas em direção a uma taxa de inflação moderada.

Tais fatores explicam, em parte, o sentido das mudanças contidas na Medida Provisória 204/90, posteriormente Lei 8158/91. A criação de uma secretaria ligada à administração central (SNDE) para conduzir a investigação e com poderes de decisão visava preservar alguma forma de controle.

Na prática, esta nova estrutura não substituiu integralmente a antiga, tendo coexistido com a atuação de outros órgãos de política de preços na área econômica. Sua concepção parece de qualquer forma ter correspondido a uma fase de transição em que as condições da defesa da concorrência não estavam plenamente preenchidas.

3. As Mudanças da Lei 8884/94

Com a estabilização dos preços obtida pelo Plano Real foi possível deslocar a ênfase da política pública em direção a aspectos estruturais, abrindo nova etapa na qual tende a preponderar a defesa da concorrência sobre a vertente intervencionista.

Conforme discutido em maior detalhe nas seções III e IV, no plano jurídico, a Lei 8884 de junho de 1994 reaproximou a legislação brasileira à tendência internacional de defesa da concorrência em três aspectos⁹⁵:

restabeleceu-se o poder de decisão de colegiado de caráter técnico como o CADE, restringindo a atuação da administração central à instrução dos processos por intermédio do órgão sucedâneo da SNDE, a SDE;

conferiu-se maior grau de autonomia ao CADE com a sua transformação em autarquia, criação de mandato para seus membros e para o Procurador Geral;

introduziu-se o controle de atos de concentração.

Sob a égide da Lei 8884/94, o Brasil logrou notável avanço na área de defesa da concorrência nos últimos anos. O Quadro 7 situa de forma esquemática os diferentes estágios de desenvolvimento institucional, assinalando a atual situação brasileira.

⁹⁵ Curiosamente, no entanto, a motivação política que levou à edição da Lei 8884/94 foi ainda inspirada na noção das etapas anteriores de maior intervenção do Estado nos mercados.

Quadro 7

Estágios de Desenvolvimento Institucional na Defesa da Concorrência

ESTÁGIOS	I	II	III	IV Maturidade Institucional
	N A C I O N A L	1 Advocacia da Concorrência + 2 Repressão de Acordos Horizontais + 3 Assistência Técnica	I + 4 Controle de Atos de Concentração + 5 Acordos Verticais	II + 6 Regulação + 7 Acordos de Cooperação Internacional
REGIONAL	Legislação Regional	Perspectiva da Concorrência frente à Análise Antidumping		
MULTILATERAL	DIRETRIZES GERAIS			

De fato, o CADE:

vem ganhando maior visibilidade, especialmente após mudança em sua composição em 1996;

tem-se destacado entre as agências de países em desenvolvimento;

emitiu decisões de elevado conteúdo técnico, incorporando a tradição moderna de integração do Direito e da Economia;

aumentou a produtividade e reformou os procedimentos internos de sorte a decidir em tempo econômico e imprimir transparência em sua atividade;

introduziu métodos modernos de administração e programa de qualidade, tendo obtido dois prêmios Hélio Beltrão em 1998.

promoveu ampla reforma regimental com ênfase na desburocratização, transparência e estrita observância do devido processo legal.

Conforme sugere o Quadro, as principais áreas de atividade de uma agência antitruste - Fases I e II do Quadro 7 - estão sendo efetuadas pelo CADE. Apesar dos avanços obtidos, persistem dificuldades que estão a exigir mudanças:

apesar de significativa redução do tempo de análise, o processo decisório ainda é moroso e fragmentado, especialmente no controle de condutas;

o subinvestimento institucional fragiliza a autoridade antitruste, comprometendo sua independência.

Além do aperfeiçoamento das Fases I e II, urge contemplar dois novos pontos da agenda atual, assinalados na Fase III do Quadro 7:

cooperação com agências congêneres no plano mundial;

articulação entre a autoridade de defesa da concorrência e de regulação⁹⁶.

⁹⁶ A importância da cooperação internacional está destacada em relatório de pesquisa sobre investimento e defesa da concorrência, realizado simultaneamente a este estudo. O tema da articulação entre as autoridades de defesa da

Em relação à agenda da área externa:

a defesa da concorrência deverá ser um dos temas relevantes da “Rodada do Milênio”.

o tema está intimamente ligado ao futuro da defesa comercial na OMC.

o Brasil não tem nenhum passivo nesta área; pelo contrário, o país contrasta com a Ásia e o Leste Europeu, apresentando política de defesa da concorrência mais moderna e transparente.

necessário reorientar a política no Mercosul com mais ênfase em cooperação. Uma implementação inadequada do Protocolo de Fortaleza pode comprometer seriamente a defesa da concorrência no bloco regional.

A defesa da concorrência constitui um dos temas em que o Brasil tem tido participação ativa na OCDE na qualidade de observador.

No plano interno, o bom funcionamento dos mercados regulados requer estreita cooperação entre o CADE e as principais agências regulatórias federais, especialmente com a ANATEL, ANEEL e ANP, bem como as estaduais.

2. OBJETIVOS DA PROPOSTA DE APERFEIÇOAMENTO DA LEI 8884

A proposta apresentada na seção V, subseção 3, almeja três objetivos principais:

Fortalecimento institucional para decisão independente

concorrência e de regulação foi objeto de estudo de recente pesquisa do NPP, tendo gerado artigo em número ainda no prelo do Brooklin Journal of International Law.

Eficiência administrativa para decisão em tempo econômico

Adequação da defesa da concorrência ao novo marco regulatório da economia brasileira.

Os próximos parágrafos detalham os três pontos, relacionando-os com as alterações propostas na seção V, subseção 3. Ressalte-se que nem todas as providências indicadas nas próximas subseções se encontram na proposta de reformulação do texto legal, pois certas providências requerem atos normativos de natureza específica (p.e., criação de carreira) ou meramente a adoção de diretrizes de política (p.e., ênfase em acordos internacionais). Optou-se por mencioná-las para fornecer uma visão sistêmica da proposição.

Adotou-se abordagem minimalista, evitando-se qualquer alteração que não fosse imprescindível ao atendimento dos objetivos enumerados acima. Persistem, assim, inúmeros pontos que poderiam ser aperfeiçoados na Lei 8884, mas que exigiriam uma mudança demasiada em sua estrutura, comprometendo seu amplo conhecimento pelas empresas e pelo público em geral. Sacrificou-se, assim, o preciosismo das técnicas jurídica e econômica em benefício da meta de disseminação do conhecimento da legislação e difusão da cultura da livre concorrência.

2.1. Fortalecimento institucional para decisão independente

A economia moderna requer estabilidade de regras e previsibilidade das decisões. Tais quesitos são essenciais para atrair investimentos e desenvolver a economia. Isto impõe insular os centros de decisão técnica específica das pressões políticas.

Cinco grupos de providências visam atender este objetivo, nem todos contidos na proposta de alteração da Lei:

elaboração de projeto de lei criando quadro permanente do CADE nos termos do Artigo 81 da Lei 8884;

criação de carreira na área de defesa da concorrência;

garantia de mecanismos de autonomia orçamentária;

reforço da independência do CADE como o aumento do período de mandato;

salvaguardas para a transparência institucional e minimização do risco de captura, como a quarentena, relatório anual e a prestação de contas dos membros do CADE.

2.2. Eficiência administrativa para decisão em tempo econômico

A agilidade das decisões é crucial para o bom funcionamento do mercado. Delongas burocráticas oneram ou mesmo inviabilizam as inversões produtivas. Cumpre implementar três grupos de providências para lograr tal objetivo:

eliminar a falta de foco, excesso de fragmentação e duplicação de tarefas existente hoje entre o CADE, SDE e SEAE;

reforçar o controle de prazos para a conclusão dos processos, ampliando sua aplicação para os processos administrativos e introduzindo sanção para eventuais responsáveis por atrasos injustificados;

aprimorar o caráter preventivo da lei, reforçando a função educacional da autoridade e introduzindo o controle prévio de atos de concentração.

O primeiro grupo de providências está associado a uma racionalização da divisão de trabalho entre os órgãos que atuam na área de defesa da concorrência, na forma descrita pelo Quadro 8.

Quadro 8

Racionalização Administrativa e Redução do Custo Burocrático

FUNÇÃO	CADE	SDE	SEAE
Defesa da concorrência			
Defesa do consumidor			
Monitoramento do mercado para a política macro			

Tal configuração institucional permitiria eliminar a duplicação de tarefas, diminuir sensivelmente o custo de transação das empresas e garantir foco em uma única e bem definida atividade a cada uma das entidades.

O novo desenho restabelece o CADE como única autoridade responsável pela instrução e julgamento dos processos a exemplo daquilo que ocorria sob a Lei 4137, de inúmeros organismos importantes de outros países (*Bundeskartellamt*, *Federal Trade Commission* e *Commission Federal de Competencia*, para citar três deles) e das agências regulatórias setoriais como a ANATEL, ANEEL e ANP⁹⁷. Não bastassem os precedentes nacionais e internacionais, a configuração proposta restitui racionalidade administrativa em área marcada atualmente por problemas de coordenação que acarretam aumento desnecessário e injustificado do “custo Brasil”.

⁹⁷ O argumento de que tal desenho feriria o devido processo legal ao supostamente introduzir um processo inquisitorial se revelou insubsistente. De fato, conforme demonstrado em CADE (1998), a aplicação do princípio da ação no plano administrativo não pode ser feita sem levar em consideração as peculiaridades deste último.

O segundo grupo de providências está refletido nas alterações processuais apresentadas na subseção 2.3 que disciplinam a atividade judicante de forma a assegurar agilidade sem prejuízo da segurança jurídica. As mudanças apenas complementam, sobretudo para a esfera dos processos administrativos, a preocupação do legislador, já presente na Lei 8884, de garantir a decisão em tempo econômico.

Por fim, a introdução da prenotificação de atos de concentração coloca o Brasil em linha com as legislações dos países mais avançados institucionalmente. Note-se que tal avanço requer a agilidade na decisão aludida no parágrafo anterior, bem como um reforço à estrita observância do sigilo previsto em lei.

2.3. Adequação da defesa da concorrência ao novo marco regulatório da economia brasileira

A proposta inclui dois conjuntos de providências correspondentes aos objetivos de adequar a defesa da concorrência ao novo quadro mundial e nacional:

estímulo aos acordos de cooperação com outras jurisdições;

introdução de dispositivo que reforce a atuação complementar do CADE em segmentos regulados na forma discutida em recente projeto do NPP⁹⁸.

⁹⁸ OLIVEIRA, Gesner. *Regulação e Defesa da Concorrência: Bases Conceituais e Aplicações do Sistema de Competências Compartilhadas*, dez, 1998.

3. PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DA LEI 8884

Segue proposta de alteração da Lei 8884, atendendo aos pontos destacados no item 2 do projeto original. Para maior facilidade de leitura, o texto da lei foi reproduzido na íntegra, sublinhando-se os artigos que sofreram algum tipo de modificação.

Quadro 9

Objetivos da Mudança da Lei 8884

OBJETIVOS	PROVIDÊNCIAS	ALTERAÇÕES PROPOSTAS
Fortalecimento institucional para decisão independente	<ul style="list-style-type: none"> - quadro permanente - carreira - autonomia orçamentária - transparência institucional 	Art. 3° Inciso VII, Art. 6°
Eficiência administrativa para decisão em tempo econômico	<ul style="list-style-type: none"> - eliminação da duplicação de tarefas - redução de prazos - aprimoramento do caráter preventivo da lei 	Art. 7°, Incisos III, IV, VI, VII, XXIII, XXIV, XXV/Art. 13 e 14/ Art. 26/Art.30/Art.31/Art. 32/ Art. 33/ Art. 35/ Art. 39/ Art.40/Art. 41/ Art. 42/ Art. 46/ Art. 52/ Art. 53/ Art. 54/Art. 57
Adequação ao novo marco regulatório	<ul style="list-style-type: none"> - articulação com agências regulatórias 	Art. 7° Inciso XVIII

Conselho Administrativo de Defesa Econômica

Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994

Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências.

O Presidente da República:

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

TÍTULO I

Das Disposições Gerais

CAPÍTULO I

Da Finalidade

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Parágrafo Único - A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.

CAPÍTULO II

Da Territorialidade

Art. 2º Aplica-se esta Lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos.

Parágrafo único - Reputa-se situada no território nacional a empresa estrangeira que opere ou tenha no Brasil filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante.

TÍTULO II

Do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE

CAPÍTULO I

Da Autarquia

Art. 3º O Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, órgão judicante com jurisdição em todo o território nacional, criado pela Lei no. 4.137, de 10 de setembro de 1962, passa a se constituir em autarquia federal **especial**, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e atribuições previstas nessa Lei.

CAPÍTULO II

Da Composição do Conselho

Art. 4º O Plenário do CADE é composto por um Presidente e seis Conselheiros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta anos de idade, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal.

§1º. O mandato do Presidente e dos Conselheiros é de 5 (cinco) anos, vedada a recondução.

§ Uma vez encerrado o mandato, o Presidente e os Conselheiros permanecerão no cargo, por período não superior a quatro meses, até que se proceda à nomeação de seus substitutos.

§ 2º. Os cargos de Presidente e de Conselheiros são de dedicação exclusiva, não se admitindo qualquer acumulação, salvo as constitucionalmente permitidas.

§ 3º. No caso de renúncia, morte ou perda de mandato do Presidente do CADE, assumirá o Conselheiro mais antigo ou o mais idoso, nessa ordem, até nova nomeação, sem prejuízo de suas atribuições.

§ 4º. No caso de renúncia, morte ou perda de mandato de conselheiro, proceder-se-á a nova nomeação, para completar o mandato do substituído.

§ 5º. Se, nas hipóteses previstas no parágrafo anterior, ou no caso de encerramento de mandato dos Conselheiros, a composição do Conselho ficar reduzida a número inferior ao estabelecido no art. 49, considerar-se-ão automaticamente interrompidos os prazos previstos nos arts. 28, 31, 32, 33, 35, 37, 39, 42, 45, 46, parágrafo único, 52 § 2º, 54, §§ 4º, 6º, 7º e 19, e 59, § 1º, desta Lei, e suspensa a tramitação de

processos, iniciando-se a nova contagem imediatamente após a recomposição do *quorum*.

Art. 5º. A perda de mandato do Presidente ou dos Conselheiros do CADE só poderá ocorrer em virtude de decisão do Senado Federal, por provocação do Presidente da República, ou em razão de condenação penal irrecorrível por crime doloso, ou de processo disciplinar de conformidade com o que prevê a Lei no. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e a Lei no. 8.429, de 2 de junho de 1992, e por infringência de quaisquer das vedações previstas no art. 6º.

Parágrafo único - Também perderá o mandato, automaticamente, o membro do CADE que faltar a 3 (três) reuniões ordinárias consecutivas, ou 20 (vinte) intercaladas, ressalvados os afastamentos temporários autorizados pelo Colegiado.

Art. 6º Ao Presidente e aos Conselheiros é vedado:

I - receber, a qualquer título, e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas;

II - exercer profissão liberal;

III - participar, na forma de controlador, diretor, administrador, gerente, preposto ou mandatário, de sociedade civil, comercial ou empresas de qualquer espécie;

IV - emitir parecer sobre matéria de sua especialização, ainda que em tese, ou funcionar como consultor de qualquer tipo de empresa;

V - manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos, em obras técnicas ou no exercício do magistério.

VI - exercer atividade político-partidária.

VII – prestar serviços ou representar qualquer pessoa física ou jurídica, em atividades direta ou indiretamente relacionadas àquelas desenvolvidas pelo CADE durante prazo de 12 (doze) meses após deixar o cargo.

CAPÍTULO III

Da competência do Plenário do CADE

Art. 7º Compete ao Plenário do CADE:

I - zelar pela observância desta Lei e seu Regulamento e do Regimento Interno do Conselho;

II - decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei;

III – revogado

IV – revogado

V - ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar;

VI - aprovar os termos de compromisso de cessação de prática e do compromisso de desempenho;

VII - apreciar em grau de recurso as medidas preventivas adotadas pelo Conselheiro-Relator;

VIII - intimar os interessados de suas decisões;

IX - requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, respeitando e mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções;

X - requisitar dos órgãos do Poder Executivo Federal e solicitar das autoridades dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios as medidas necessárias ao cumprimento desta Lei;

XI - contratar a realização de exames, vistorias e estudos, aprovando, em cada caso, os respectivos honorários profissionais e demais despesas de processo, que deverão ser pagas pela empresa, se vier a ser punida nos termos desta Lei;

XII - apreciar os atos ou condutas, sob qualquer forma manifestados, sujeitos à aprovação nos termos do art. 54, fixando compromisso de desempenho, quando for o caso;

XIII - requerer ao Poder Judiciário a execução de suas decisões, nos termos desta Lei;

XIV - requisitar serviços e pessoal de quaisquer órgãos e entidades do Poder Público Federal;

XV - determinar à Procuradoria do CADE a adoção de providências administrativas e judiciais;

XVI - firmar contratos e convênios com órgãos ou entidades nacionais e submeter, previamente, ao Ministro de Estado da Justiça os que devam ser celebrados com organismos estrangeiros ou internacionais;

XVII - responder a consultas sobre matéria de sua competência;

XVIII - instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica, promovendo os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência;

XIX - elaborar e aprovar seu regimento interno dispondo sobre seu funcionamento, na forma das deliberações, normas de procedimento e organização de seus serviços internos;

XX - propor a estrutura do quadro de pessoal da Autarquia, observado o disposto no inciso II do art. 37 da Constituição Federal;

XXI - elaborar proposta orçamentária nos termos desta Lei;

XXII - indicar o substituto eventual do Procurador-Geral nos casos de faltas, afastamento ou impedimento.

XXIII – determinar ao Departamento de Proteção e Defesa Econômica do CADE a realização de averiguações preliminares, visando à apuração de indícios de infração à ordem econômica;

XXIV – decidir pelo arquivamento das averiguações preliminares;

XXV – instaurar processo administrativo para apuração e repressão das infrações contra a ordem econômica;

XXVI – zelar pela livre concorrência e pela observância dos princípios consagrados nesta Lei nos setores regulados da economia.

CAPÍTULO IV

Da Competência do Presidente do CADE

Art. 8º Compete ao Presidente do CADE:

- I - representar legalmente a Autarquia, em juízo e fora dele;
- II - presidir, com direito a voto, inclusive o de qualidade, as reuniões do Plenário;
- III - distribuir os processos, por sorteio, nas reuniões do Plenário;
- IV - convocar as sessões e determinar a organização da respectiva pauta;
- V - cumprir e fazer cumprir as decisões do CADE;
- VI - determinar à Procuradoria as providências judiciais para a execução das decisões e julgados da Autarquia;
- VII - assinar os compromissos de cessação de infração da ordem econômica e os compromissos de desempenho;
- VIII - submeter à aprovação do Plenário a proposta orçamentária, e a lotação ideal do pessoal que prestará serviços à entidade;
- IX - orientar, coordenar e supervisionar as atividades administrativas da entidade.

CAPÍTULO V

Da Competência dos Conselheiros do CADE

Art. 9º Compete aos Conselheiros do CADE:

- I - emitir votos nos processos e questões submetidas ao Plenário;
- II - proferir despachos e lavrar decisões nos processos em que forem relatores;
- III - submeter ao Plenário a requisição de informações e documentos de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, a serem mantidas sob sigilo legal, quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções;
- IV - adotar medidas preventivas, fixando o valor da multa diária pelo seu descumprimento;
- V - desincumbir-se das demais tarefas que lhes forem cometidas pelo regimento;

CAPÍTULO VI

Da Procuradoria do CADE

Art. 10. Junto ao CADE funcionará uma Procuradoria, com as seguintes atribuições:

- I - prestar assessoria jurídica à Autarquia e defendê-la em juízo;
- II - promover a execução judicial das decisões e julgados da Autarquia;
- III - requerer, com autorização do Plenário, medidas judiciais visando à cessação de infrações da ordem econômica;
- IV - promover acordos judiciais nos processos relativos a infrações contra a ordem econômica, mediante autorização do Plenário do CADE, e ouvido o representante do Ministério Público Federal;
- V - emitir parecer nos processos de competência do CADE;

VI - zelar pelo cumprimento desta Lei;

VII - desincumbir-se das demais tarefas que lhe sejam atribuídas pelo Regimento Interno.

Art. 11. O Procurador-Geral será indicado pelo Ministro de Estado da Justiça e nomeado pelo Presidente da República, dentre brasileiros de ilibada reputação e notório conhecimento jurídico, depois de aprovado pelo Senado Federal.

§ 1º. O Procurador-Geral participará das reuniões do CADE, sem direito a voto.

§ 2º. Aplicam-se ao Procurador-Geral as mesmas normas de tempo de mandato, recondução, impedimentos, remuneração, perda de mandato e substituição aplicáveis aos Conselheiros do CADE.

§ 3º. Nos casos de faltas, afastamento temporário ou impedimento do Procurador-Geral, o Plenário indicará e o Presidente do CADE nomeará o substituto eventual, para atuar por prazo não superior a 90 (noventa) dias, dispensada a aprovação pelo Senado Federal, fazendo ele jus à remuneração do cargo enquanto durar a substituição.

TÍTULO III

Do Ministério Público Federal Perante o CADE

Art. 12. O Procurador-Geral da República, ouvido o Conselho Superior, designará membro do Ministério Público Federal para, nesta qualidade, officiar nos processos sujeitos à apreciação do CADE.

Parágrafo único - O CADE poderá requerer ao Ministério Público Federal que promova a execução de seus julgados ou do compromisso de cessação, bem como a

adoção de medidas judiciais, no exercício da atribuição estabelecida pela alínea b do inciso XIV do art. 6o. da Lei Complementar no. 75, de 20 de maio de 1993.

TÍTULO IV

Do Departamento de Proteção e Defesa Econômica do CADE

Art.13. Compete ao Departamento de Proteção e Defesa Econômica do CADE:

I - acompanhar, permanentemente, as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas que detiverem posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços, para prevenir infrações da ordem econômica, podendo, para tanto, requisitar as informações e documentos necessários, mantendo sigilo legal, quando for o caso;

II – realizar averiguações preliminares em virtude de decisão do Plenário do CADE ou representação escrita e fundamentada de qualquer interessado;

III –requisitar, *ad referendum* do Plenário, informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções;

IV – encaminhar ao Plenário do CADE indícios de infração à ordem econômica, sugerindo a realização de averiguações preliminares ou a instauração de processo administrativo.

V – instruir os processos instaurados pelo Plenário do CADE;

VI – desenvolver estudos e pesquisas, objetivando orientar a política de prevenção de infrações à ordem econômica;

VII - desincumbir-se das demais tarefas que lhe sejam atribuídas pela lei.**Art. 14. O Chefe do Departamento de Proteção e Defesa Econômica do CADE será indicado pelo Presidente do CADE, *ad referendum* do Plenário do CADE.**

TÍTULO V

Das Infrações da Ordem Econômica

CAPÍTULO I

Das Disposições Gerais

Art. 15. Esta lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

Art. 16. As diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente.

Art. 17. Serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, que praticarem infração da ordem econômica.

Art. 18. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de

insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Art. 19. A repressão das infrações da ordem econômica não exclui a punição de outros ilícitos previstos em lei.

CAPÍTULO II

Das Infrações

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

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

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º. A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II.

§ 2º. Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

§ 3º. A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

XVIII - vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo;

XIX - importar quaisquer bens abaixo do custo no país exportador, que não seja signatário do Código Antidumping e subsídios do GATT;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 22. Vetado

Parágrafo único - Vetado

CAPÍTULO III

Das Penas

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

I - no caso de empresa, multa de 1 a 30 por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável;

II - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida por empresa, multa de 10 a 50 por cento do valor daquela aplicável à empresa, de responsabilidade pessoal e exclusiva ao administrador.

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

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

Art. 24. Sem prejuízo das penas cominadas no artigo anterior, quando assim o exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isoladas ou cumulativamente:

I - a publicação, em meia página e às expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por 2 (dois) dias seguidos, de 1 (uma) a 3 (três) semanas consecutivas;

II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, junto à Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a cinco anos;

III - a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;

IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:

- a) seja concedida licença compulsória de patentes de titularidade do infrator;
- b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos.

V - a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos, cessação parcial de atividade, ou qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

Art. 25. Pela continuidade de atos ou situações que configurem infração da ordem econômica, após decisão do Plenário do CADE determinando sua cessação, ou pelo descumprimento de medida preventiva ou compromisso de cessação previstos nesta Lei, o responsável fica sujeito a multa diária de valor não inferior a 5.000 (cinco mil) Unidades Fiscais de Referência - UFIR, ou padrão superveniente, podendo ser aumentada em até vinte vezes se assim o recomendar sua situação econômica e a gravidade da infração.

Art. 26. A recusa, omissão, enganosidade ou retardamento injustificado de informação ou documentos solicitados pelo CADE ou qualquer entidade pública atuando na aplicação desta Lei, constitui infração punível com multa diária de 5.000 UFIR, podendo ser aumentada em até vinte vezes se necessário para garantir sua eficácia em razão da situação econômica do infrator.

Art. 27 - Na aplicação das penas previstas nesta Lei serão levados em consideração:

- I - a gravidade da infração;
- II - a boa-fé do infrator;
- III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

IV - a consumação ou não da infração;

V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros;

VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado;

VII - a situação econômica do infrator;

VIII - a reincidência.

CAPÍTULO IV

Da Prescrição

Art. 28. Revogado pela Medida Provisória no 1708-4, de 27.10.98 (DOU de 29.10.98).

CAPÍTULO V

Do Direito de Ação

Art. 29. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados do art. 82 da Lei no . 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas de danos sofridos, independentemente do processo administrativo, que não será suspenso em virtude de ajuizamento de ação.

TÍTULO VI

Do Processo Administrativo

CAPÍTULO I

Da Instauração do Processo Administrativo

Art. 30. Diante de fato ou representação fundamentada por qualquer interessado, o Plenário do CADE decidirá instaurar processo administrativo ou, caso não haja suficiente indício da existência de infração à ordem econômica, determinará ao DPDE que realize averiguações preliminares.

§ 1º A decisão de que trata o caput deste artigo deverá ser tomada em sessão reservada no prazo de 8 (oito) dias.

§2º. A representação de Comissão do Congresso Nacional, ou de qualquer de suas Casas, independe de Averiguações Preliminares, instaurando-se desde logo o processo administrativo.

Art. 31. O Chefe do Departamento de Proteção e Defesa Econômica do CADE realizará averiguações preliminares, nos termos da decisão do Plenário do CADE, das quais não se fará qualquer divulgação.

§ 1º. Nas averiguações preliminares, o Chefe do Departamento de Proteção e Defesa Econômica do CADE poderá adotar quaisquer das providências previstas no art. 35, inclusive requerer esclarecimentos do representado.

§ 2º O Chefe do Departamento de Proteção e Defesa Econômica do CADE concluirá as averiguações preliminares no prazo de sessenta dias, após o que remeterá os autos ao Presidente do CADE, juntamente com relatório

circunstanciado dos fatos apurados, para distribuição ao Conselheiro-Relator, que abrirá vistas à Procuradoria para manifestar-se no prazo de oito dias.

Art. 32. O Conselheiro-Relator deverá decidir *ad referendum* do Plenário do CADE, em despacho fundamentado, no prazo de dez dias da distribuição prevista no Artigo 31, se a averiguação preliminar deve ser transformada em processo administrativo.

CAPÍTULO II

Da Instrução do Processo Administrativo

Art. 33. Instaurado o processo, o representado será notificado para apresentar defesa no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 1º. A notificação inicial conterá inteiro teor do despacho de instauração do processo administrativo e da representação, se for o caso.

§ 2º. A notificação inicial do representado será feita pelo correio, com Aviso de Recebimento em nome próprio, ou, não tendo êxito a notificação postal, por edital publicado no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação no Estado em que resida ou tenha sede, contando-se os prazos da juntada do Aviso de Recebimento, ou da publicação, conforme o caso.

§ 3º. A intimação dos demais atos processuais será feita mediante publicação no Diário Oficial da União, da qual deverão constar o nome do representado e de seu advogado.

§ 4º. O representado poderá acompanhar o processo administrativo por seu titular e seus diretores ou gerentes, ou por advogado legalmente habilitado, assegurando-se-lhes amplo acesso ao processo.

Art. 34. Considerar-se-á revel o representado que, notificado, não apresentar defesa no prazo legal, incorrendo em confissão quanto à matéria de fato, contra ele correndo os demais prazos, independentemente de notificação. Qualquer que seja a fase em que se encontre o processo, nele poderá intervir o revel, sem direito à repetição de qualquer ato já praticado.

Art. 35. Decorrido o prazo de apresentação da defesa, o Chefe do Departamento de Proteção e Defesa Econômica do CADE determinará, ad referendum do Plenário do CADE, a realização de diligências e a produção de provas, sendo-lhe facultado requisitar do representado, de quaisquer pessoas físicas ou jurídicas, órgãos ou entidades públicas, informações, esclarecimentos ou documentos, a serem apresentados no prazo de 15 (quinze) dias, mantendo-se o sigilo legal, quando for o caso.

§ 1º - As diligências e provas determinadas pelo Chefe do Departamento de Proteção e Defesa Econômica do CADE, inclusive inquirição de testemunhas, serão concluídas no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de justificada necessidade.

§ 2º - O Conselheiro-Relator acompanhará as diligências referidas no caput e poderá submeter ao Plenário do CADE a realização de diligências complementares.

Art. 36. As autoridades federais, os diretores de autarquia, fundação, empresa pública e sociedade de economia mista federais são obrigados a prestar, sob pena de responsabilidade, toda a assistência e colaboração que lhes for solicitada pelo CADE, inclusive elaborando pareceres técnicos sobre as matérias de sua competência.

Art. 37. O representado apresentará as provas de seu interesse no prazo máximo de 45 (dias) contado da apresentação da defesa, podendo apresentar novos documentos a qualquer momento, antes de encerrada a instrução processual.

Parágrafo único - O representado poderá requerer ao Chefe do Departamento de Proteção e Defesa Econômica do CADE que designe dia, hora e local para oitiva de testemunhas, em número não superior a 3 (três).

Parágrafo O Conselheiro-Relator poderá acompanhar a oitiva de testemunhas.

Art. 38. A Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda será informada por ofício da instauração do processo administrativo para, querendo, emitir parecer sobre as matérias de sua especialização, o qual deverá ser apresentado antes do encerramento da instrução processual.

Art. 39. Concluída a instrução processual, o representado será notificado para apresentar alegações finais, no prazo de 5 (cinco) dias, após o que o Chefe do Departamento de Proteção e Defesa Econômica do CADE, em relatório circunstanciado, encaminhará os autos ao Conselheiro-Relator.

Art. 40. As averiguações preliminares e o processo administrativo devem ser conduzidos e concluídos com a maior brevidade compatível com o esclarecimento dos fatos, nisso se esmerando o Chefe do Departamento de Proteção e Defesa Econômica do CADE, e os membros do Plenário do CADE, assim como os servidores e funcionários desses órgãos, sob pena de promoção da respectiva responsabilidade.

Art. 41 (revogado)

CAPÍTULO III

Do Julgamento do Processo Administrativo pelo CADE

Art. 42. Concluída a instrução processual, os autos do processo serão encaminhados à Procuradoria para manifestar-se no prazo de sete dias .

Par 1º Constatado que a Procuradoria não emitiu seu parecer sobre o caso até o prazo especificado no caput, o Procurador-Geral deverá proferí-lo, oralmente, na sessão de julgamento.

Art. 43. revogado

Art. 44. A convite do Presidente, por indicação do Relator, qualquer pessoa poderá apresentar esclarecimento ao CADE, a propósito de assuntos que estejam em pauta.

Art. 45. No ato do julgamento em plenário, de cuja data serão intimadas as partes com antecedência mínima de 5 (cinco) dias, o Procurador-Geral e o representado ou seu advogado terão, respectivamente, direito à palavra por 15 (quinze) minutos cada um.

Art. 46. A decisão do CADE, que deverá ocorrer no prazo de 60 (sessenta) dias do recebimento das alegações finais por parte do representado, e em qualquer hipótese ser fundamentada, quando for pela existência de infração da ordem econômica, conterà:

I - especificação dos fatos que constituam a infração apurada e a indicação das providências a serem tomadas pelos responsáveis para fazê-la cessar;

II - prazo dentro do qual devam ser iniciadas e concluídas as providências referidas no inciso anterior;

III - multa estipulada;

IV - multa diária em caso de continuidade da infração.

Parágrafo único - A decisão do CADE será publicada dentro de 5 (cinco) dias, no Diário Oficial da União.

Art. 47. O CADE fiscalizará o cumprimento de suas decisões.

Art. 48. Descumprida a decisão, no todo ou em parte, será o fato comunicado ao Presidente do CADE que determinará ao Procurador Geral que providencie sua execução judicial.

Art. 49. As decisões do CADE serão tomadas por maioria absoluta, com a presença mínima de 5 (cinco) membros.

Art. 50. As decisões do CADE não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições.

Art. 51. O regulamento e o Regimento Interno do CADE disporão de forma complementar sobre o processo administrativo.

CAPÍTULO IV

Da Medida Preventiva e da Ordem de Cessação

Art. 52. Em qualquer fase do processo administrativo poderá o Conselheiro-Relator, por iniciativa própria ou mediante provocação do Procurador-Geral do CADE, adotar medida preventiva, quando houver indício ou fundado receio

de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo.

§ 1º. Na medida preventiva, o Conselheiro-Relator determinará a imediata cessação da prática e ordenará, quando materialmente possível, a reversão à situação anterior, fixando multa diária nos termos do art. 25.

§ 2º. Da decisão do Conselheiro-Relator do CADE que adotar medida preventiva caberá recurso voluntário, no prazo de 5 (cinco) dias, ao Plenário do CADE, sem efeito suspensivo.

Art. 53. Em qualquer fase do processo administrativo poderá ser celebrado, pelo CADE, compromisso de cessação de prática sob investigação, que não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada.

§ 1º. O termo de compromisso conterá, necessariamente, as seguintes cláusulas:

- a) obrigações do representado, no sentido de fazer cessar a prática investigada no prazo estabelecido;
- b) valor da multa diária a ser imposta no caso de descumprimento nos termos do art. 25;
- c) obrigação de apresentar relatórios periódicos sobre a sua atuação no mercado, mantendo as autoridades informadas sobre eventuais mudanças em sua estrutura societária, controle, atividades e localização.

§ 2º. O processo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso de cessação e será arquivado ao término do prazo fixado, se atendidas todas as condições estabelecidas no termo respectivo.

§ 3º. As condições do termo de compromisso poderão ser alteradas pelo CADE, se comprovada sua excessiva onerosidade para o representante e desde que não acarrete prejuízo para terceiros ou para a coletividade, e a nova situação não configure infração da ordem econômica.

§ 4º. O compromisso de cessação constitui título executivo extra-judicial, ajuizando-se imediatamente sua execução em caso de descumprimento ou colocação de obstáculos à sua fiscalização, na forma prescrita nos arts. 60 e seguintes.

TÍTULO VII

Das Formas de Controle

CAPÍTULO I

Do Controle da Atos e Contratos

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

§ 1º. O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atenda as seguintes condições:

I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

aumentar a produtividade;

melhorar a qualidade de bens ou serviços; e/ou

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

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

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

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

§ 2º. Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos 3 (três) das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.

§ 3º. Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em 20% (vinte por cento) ou mais de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).

§ 4º. Os atos de que trata este artigo deverão ser apresentados previamente para exame mediante encaminhamento em duas vias ao CADE da respectiva documentação, prevista em Resolução desta Autarquia.

§ 5º O CADE enviará imediatamente uma via à SEAE para, querendo, emitir parecer técnico no prazo de vinte dias.

§ 6º. A inobservância do parágrafo 4º será punida com multa pecuniária, de valor não inferior a 60.000 (sessenta mil) UFIR e não superior a 6.000.000 de UFIR a ser aplicada pelo CADE, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do Art. 30.

§ 7º. Os atos de que trata este artigo serão considerados aprovados caso não sejam apreciados pelo CADE no prazo de trinta dias a contar de sua apresentação.

§ 8º . No prazo do parágrafo anterior, o CADE poderá determinar diligências complementares para a apreciação do ato, hipótese na qual, concluídas as diligências, deverá deliberar em até sessenta dias.

§ 9º . O prazo estabelecido no parágrafos 8o. ficará suspenso enquanto não forem apresentados esclarecimentos e documentos requisitados pelo CADE.

§ 10º. O Plenário do CADE, se concluir pela não aprovação dos atos de que trata este artigo, determinará as condições necessárias para que sejam eliminados os efeitos nocivos à ordem econômica mediante cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividade ou qualquer outro ato ou providência que atenda aos fins colimados.

§ 11º Os atos de que trata este artigo que tenham sido realizados e não tenham sido apresentados ao CADE são nulos de pleno direito, não eximindo seus

participantes da responsabilidade civil por eventuais perdas e danos causados a terceiros.

§ 12º. As mudanças de controle acionário de companhias abertas e os registros de fusão, sem prejuízo da obrigação das partes envolvidas, devem ser comunicados ao CADE, pela Comissão de Valores Mobiliários - CVM e pelo Departamento Nacional de Registro Comercial do Ministério da Indústria, Comércio e Turismo - DNRC/MICT, respectivamente, no prazo de 5 (cinco) dias úteis para, se for o caso, serem examinados.

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

Art. 56. As Juntas Comerciais ou órgãos correspondentes no Estados não poderão arquivar quaisquer atos relativos à constituição, transformação, fusão, incorporação ou agrupamento de empresas, bem como quaisquer alterações, nos respectivos atos constitutivos, sem que dos mesmos conste:

- I - a declaração precisa e detalhada do seu objeto;
- II - o capital de cada sócio e a forma e prazo de sua realização;
- III - o nome por extenso e qualificação de cada um dos sócios acionistas;
- IV - o local da sede e respectivo endereço, inclusive das filiais declaradas;
- V - os nomes dos diretores por extenso e respectiva qualificação;
- VI - o prazo de duração da sociedade;

VII - o número, espécie e valor das ações.

Art. 57 – Não se fará qualquer divulgação dos atos de que trata o Artigo 54 até a apreciação pelo CADE; e, posteriormente, daqueles cuja realização não tenha sido aprovada pelo CADE.

CAPÍTULO II

Do Compromisso de Desempenho

Art. 58. O Plenário do CADE definirá compromissos de desempenho para os interessados que submetam atos a exame na forma do Art. 54, de modo a assegurar o cumprimento das condições estabelecidas no parágrafo 1o. do referido artigo.

§ 1º. Na definição dos compromissos de desempenho será levado em consideração o grau de exposição do setor à competição internacional e as alterações no nível de emprego, dentre outras circunstâncias relevantes.

§ 2º. Deverão constar dos compromissos de desempenho metas qualitativas ou quantitativas em prazos pré-definidos, cujo cumprimento será acompanhado pelo CADE.

§ 3º. O descumprimento injustificado do compromisso de desempenho implicará a revogação da aprovação do CADE, na forma do Art. 56, e a abertura de processo administrativo para a adoção das medidas cabíveis.

CAPÍTULO III

Da Consulta

Art. 59. Revogado pela Lei n. 9.069, de 29 de junho de 1995.

TÍTULO VIII

Da Execução Judicial das Decisões do CADE

CAPÍTULO I

Do Processo

Art. 60. A decisão do Plenário do CADE, cominando multa ou impondo obrigação de fazer ou não fazer, constitui título executivo extrajudicial.

Art. 61. A execução que tenha por objeto exclusivamente a cobrança de multas pecuniárias será feita de acordo com o disposto na Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980.

Art. 62. Na execução que tenha por objeto, além da cobrança de multa, o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação, ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

1º. A conversão da obrigação de fazer ou não fazer em perdas e danos somente será admissível se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

2º. A indenização por perdas e danos far-se-á sem prejuízo das multas.

Art. 63. A execução será feita por todos os meios, inclusive mediante intervenção na empresa, quando necessária.

Art. 64. A execução das decisões do CADE será promovida na Justiça Federal do Distrito Federal ou da sede ou domicílio do executado, à escolha do CADE.

Art. 65. O oferecimento de embargos ou o ajuizamento de qualquer outra ação que vise a desconstituição do título executivo não suspenderá a execução, 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 proferido nos autos, inclusive no que tange a multas diárias.

Art. 66. Em razão da gravidade da infração da ordem econômica, e havendo fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ainda que tenha havido depósito das multas e prestação de caução, poderá o Juiz determinar a adoção imediata, no todo ou em parte, das providências contidas no título executivo.

Art. 67. No cálculo do valor da multa diária pela continuidade da infração, tomar-se-á como termo inicial a data final fixada pelo CADE para a adoção voluntária das providências contidas em sua decisão, e como termo final o dia do seu efetivo cumprimento.

Art. 68. O processo de execução das decisões do CADE terá preferência sobre as demais espécies de ação, exceto *habeas corpus* e mandado de segurança.

CAPÍTULO II

Da Intervenção Judicial

Art. 69. O Juiz decretará a intervenção na empresa quando necessária para permitir a execução específica, nomeando o interventor.

Parágrafo único - A decisão que determinar a intervenção deverá ser fundamentada e indicará, clara e precisamente, as providências a serem tomadas pelo interventor nomeado.

Art. 70. Se dentro de 48 (quarenta e oito) horas, e executado impugnar o interventor por motivo de inaptidão ou inidoneidade, feita a prova da alegação em 3 (três) dias, o Juiz decidirá em igual prazo.

Art. 71. Sendo a impugnação julgada procedente, o Juiz nomeará novo interventor no prazo de 5 (cinco) dias.

Art. 72. A intervenção poderá ser revogada antes do prazo estabelecido, desde que comprovado o cumprimento integral da obrigação que a determinou.

Art. 73. A intervenção judicial deverá restringir-se aos atos necessários ao cumprimento da decisão judicial que a determinará, e terá duração máxima de 180 (cento e oitenta) dias, ficando o interventor responsável por suas ações e omissões, especialmente em caso de abuso de poder e desvio de finalidade.

§ 1º. Aplica-se ao interventor, no que couber, o disposto nos arts. 153 a 159 da Lei no. 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

§ 2º. A remuneração do interventor será arbitrada pelo Juiz, que poderá substituí-lo a qualquer tempo, sendo obrigatória a substituição quando incorrer em insolvência civil, quando for sujeito passivo ou ativo de qualquer forma de corrupção ou prevaricação, ou infringir quaisquer de seus deveres.

Art. 74. O Juiz poderá afastar de suas funções os responsáveis pela administração da empresa que, comprovadamente, obstarem o cumprimento de atos de competência do interventor. A substituição dar-se-á na forma estabelecida no contrato social da empresa.

§ 1º. Se, apesar das providências previstas no caput, um ou mais responsáveis pela administração da empresa persistirem em obstar a ação do interventor, o Juiz procederá na forma do disposto no parágrafo 2º.

§ 2º. Se a maioria dos responsáveis pela administração da empresa recusar colaboração ao interventor, o Juiz determinará que este assuma a administração total da empresa.

Art. 75. Compete ao interventor:

I - praticar ou ordenar que sejam praticados os atos necessários à execução;

II - denunciar ao Juiz quaisquer irregularidades praticadas pelos responsáveis pela empresa e das quais venha a ter conhecimento;

III - apresentar ao Juiz relatório mensal de suas atividades.

Art. 76. As despesas resultantes da intervenção correrão por conta do executado contra quem ela tiver sido decretada.

Art. 77. Decorrido o prazo legal da intervenção, o interventor apresentará ao Juiz Federal relatório circunstanciado de sua gestão, propondo a extinção e o arquivamento do processo ou pedindo a prorrogação do prazo na hipótese de não ter sido possível cumprir integralmente a decisão exequenda.

Art. 78. Todo aquele que se opuser ou obstaculizar a intervenção, ou cessada esta, praticar quaisquer atos que direta ou indiretamente anulem seus efeitos, no todo ou em parte, ou desobedecer a ordens legais do interventor será, conforme o caso, responsabilizado criminalmente por resistência, desobediência ou coação no curso do processo, na forma dos arts. 329, 330 e 344 do Código Penal.

TÍTULO IX

Das Disposições Finais e Transitórias

Art. 79. Vetado.

1º. Vetado

Art. 80. O cargo de Procurador do CADE é transformado em Procurador-Geral e transferido para a Autarquia ora criada, juntamente com os cargos de Presidente e de Conselheiros.

Art. 81. O Poder Executivo, no prazo de 60 (sessenta) dias, enviará ao Congresso Nacional, Projeto de Lei dispendo sobre o quadro de pessoal permanente da nova Autarquia, bem como sobre a natureza e a remuneração dos cargos de Presidente, Conselheiro e Procurador-Geral do CADE.

§ 1º. Enquanto o CADE não contar com quadro próprio de pessoal, as cessões temporárias de servidores para a Autarquia serão feitas independentemente de cargos ou funções comissionados, e sem prejuízo dos vencimentos e demais vantagens asseguradas aos que se encontram na origem, inclusive para representar judicialmente a Autarquia.

§ 2º. O Presidente do CADE elaborará e submeterá ao Plenário, para aprovação, a relação dos servidores a serem requisitados para servir à Autarquia.

Art. 82. Vetado.

Art. 83. Aplicam-se subsidiariamente aos processos administrativos e judicial previstos nessa Lei, as disposições do Código de Processo Civil e das Leis no. 7.347, de 24 de julho de 1985 e no. 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Art. 84. O valor das multas previstas nesta Lei será convertido em moeda corrente na data do efetivo pagamento, e recolhido ao Fundo de que trata a Lei no. 7.347, de 24 de julho de 1985.

Art. 85. O inciso VII do Art. 4o. da Lei no. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 4º

VII - elevar sem justa causa o preço de bem ou serviço, valendo-se de posição dominante no mercado.

.....'.

Art. 86. O Art. 312 do Código de Processo Penal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 312 - A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, para assegurar a aplicação da Lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria."

Art. 87. O Art. 39 da Lei no. 8.078, de 11 de setembro de 1990 passa a vigorar com a seguinte redação, acrescentando-lhe os seguintes incisos:

"Art. 39. É vedada ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

IX - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais;

X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços".

Art. 88. O Art. 1o. da Lei no 7.437, de 24 de julho de 1985, passa a vigorar com a seguinte redação e a inclusão de novo inciso:

"Art. 1º. Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

.....

V - por infração da ordem econômica'."

Parágrafo único - O inciso II do Art. 5o. , da Lei no. 7.347, de 24 de julho de 1985 passa a ter a seguinte redação:

"Art. 5º.

.....

II - inclua entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;'

Art. 89. Nos processos judiciais em que discuta a aplicação desta Lei, o CADE deverá ser intimado, para querendo, intervir no feito na qualidade de assistente.

Art. 90. Ficam interrompidos os prazos relativos aos processos de consulta formulados com base no Art. 74 da Lei no. 4.137, de 10 de setembro de 1962, com a redação dada pelo Art. 13 da Lei no. 8.158, de 8 de janeiro de 1991, aplicando-se aos mesmos o disposto no Título VII, Capítulo I, desta Lei.

Art. 91. O disposto nesta Lei não se aplica aos casos de "dumping" e subsídios de que tratam os Acordos Relativos à Implementação do Artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio, promulgados pelos Decretos no. 93.941 e no. 93.962, de 16 e 22 de janeiro de 1987, respectivamente.

Art. 92. Revogam-se as disposições em contrário, assim como as Leis nos. 4.137, de 10 de setembro de 1962, 8.158, de 8 de janeiro de 1991, e 8.002, de 14 de março de 1990, mantido o disposto no Art. 36 da Lei no 8.880, de 27 de maio de 1994.

Art. 93. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

VI. BIBLIOGRAFIA

AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Antitrust Law Developments*, quarta edição, 1997.

AREEDA, P. e KAPLOW, L. *Antitrust Analysis*, 1997.

CADE, *Revistas de Direito Econômico*, vários números.

CADE, *Relatórios Anuais de 1996 e 1997 e texto preliminar para 1998*.

CALVANI, T e SIEGFRIED, J. *Economic Analysis and Antitrust Law*, Little Brown, 1988.

- CARLTON D. W. e PERLOFF, J. M. *Modern Industrial Organization*. New York: Harper Collins.
- CARVALHO, N. *As Concentrações de Empresas no Direito Antitruste*, Resenha Tributária, 1995.
- DOJ/FTC, *Merger Guidelines*, 1992, com revisão de 1997, capítulo 1.
- DOBSON P. e WATERSON M, *Vertical Restraints and Competition Policy*, Office of Fair Trading Research Paper 12, Dec. 1996.
- DUTZ M. e SUTHIWARD-NARUEPUT, S. “Competition Issues beyond trade liberalization: distribution and domestic market access”em *Regulatory Policies and Reform: A Comparative Perspective*, Frischtak (ed.),1995.
- GUASH, J.Luis, *Managing the Regulatory Process: Design, Concepts, Issues and the Latin America and Caribbean Story*, mimeo, 1998.
- FARINA, Elizabeth, AZEVEDO, Paulo Furquim & SAES, Maria Sylvia Nacchione. *Competitividade: Mercado, Estado e Organizações*. São Paulo: Editora Singular, 1997.
- FINGLETON, J. FOX, E. NEVEN, D. E SEABRIGHT, P. *Competition Policy and the Transformation of Central Europe*, CEPR, 1996. FFNS.
- FIRST, H., FOX, E, PITOFSKY, R *Revitalizing Antitrust in its Second Century*, Quorum, 1991.
- FORGIONI, P. *Os Fundamentos do Antitruste*, Editora Revista dos Tribunais, 1998.

FRANCESCHINI, J.I. *Introdução ao Direito da Concorrência*, Malheiros Editores, 1996.

FRANCESCHINI, J.I. *Lei da Concorrência conforme Interpretada pelo CADE*, Editora Singular, 1998.

GAVIL, A *An Antitrust Anthology*, Anderson Publishing Company, 1996.

GREER, D.F. *Industrial Organization and Public Policy*, 1992.

KHEMANI, S. *Competition Policy and Economic Development*, Policy Options, 1997.

KOVACIC W., *Getting Started: creating new competition policy institutions in transition economies*. Brooklyn Journal of international Law, vol 23, n2, pp.403-53.

KWOKA, J e WHITE, L. *The Antitrust Revolution*, Harper-Collins, 1994.

LARNER, R. MEEHAN, J. *Economics and Antitrust Policy*, Quorum, 1989.

LEOPOLDINO DA FONSECA, J. B. *Direito Econômico*, Forense, 1996.

----- Comentários à Lei 8884/94, Forense, 1994.

MARTIN, S. *Industrial Economics*, Prentice Hall, 1994.

MATTOS, C. *Evolução Recente da Defesa da Concorrência no Brasil: uma Transição Incompleta*, CERES, FGV-RJ, 1997.

- OLIVEIRA, Gesner. *Defesa da Concorrência em Países em Desenvolvimento: Aspectos da Experiência do Brasil e do Mercosul*, *Idéias & Debate* nr.17, Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1998.
- OLIVEIRA, Gesner. *Regulação e Defesa da Concorrência: Bases Conceituais e Aplicações do Sistema de Competências Compartilhadas*, dez, 1998.
- ORDOVER J., WILLIG, R. *Economics and the 1992 Merger Guidelines: a Brief Survey, Collaborations among competitors: Antitrust Policy and Economics*, Fox, E. e Halverson (eds.), 1991, p.639-654.
- ORDOVER, J., SKYLE A.O. e WILLIG R., *Nonprice Anticompetitive Behavior by Dominant Firms Toward the Producers of Complementary Products*, *Antitrust Regulation*, F. Fisher (ed.), 1986.
- REES, Ray. *Tacit Collusion*, *Oxford Review of Economic Policy*, vol 9, nr. 2. p.27-40.
- REY, Patrick, *Competition Policy and Economic Development*, mimeo, Banco Mundial 1997.
- RICHARD, J. Gilbert, *The Role of Potential Competition in Industrial Organization*, *Journal of Economic Perspectives*, 1989, vol 3, no 3, p.107-127.
- SALGADO, Lúcia Helena. *A Economia Política da Ação Antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 1997.
- SANTACRUZ, R. *Prevenção Antitruste no Brasil: 1991-96*, tese de doutoramento apresentada no IE-UFRJ, 1998.

- SCHERER, F.M. *Competition Policies for an Integrated World Economy*, Brookings, 1994.
- SCHERER, F.M. *Industry Structure, Strategy and Public Policy*, Harper Collins, 1996.
- SCHERER, F.M. e ROSS. D. *Industrial Market Structure and Economic Performance*. Houghton-Mifflin. 1990.
- SCHMALENSEE, R. e WILLIG Robert. *Handbook of Industrial Organization*, North-Holland, 1989.
- SHY, O. *Industrial Organization*, MIT Press, 1995.
- SLAY, Ben. *De-monopolization and Competition Policy in Post-Communist Economies*. Westview, 1996.
- THORSTENSEN, V. *Os Novos temas da OMC e suas implicações nas relações do Mercosul com a ACE e o Nafta: acordos regionais, investimentos, concorrência, meio ambiente e padrões trabalhistas*, mimeo 1998.
- UNCTAD, *Empirical Evidence of the benefits from applying competition law and policy principles to economic development in order to attain greater efficiency in international trade and development*, mimeo, 1997.
- UNCTAD, *Transnational Corporations, Market Structure and Competition Policy*, World Investment Report, 1997.
- VAZ, I. *Direito Econômico da Concorrência*, Editora Forense, 1993.

VISCUSI, W. Kip, VERNON, John M. e HARRINGTON Joseph E. *Economics of Regulation and Antitrust*. Hardcover, 1995. VVH, Capítulos 1 e Parte II.

WAVERMAN, L. COMANOR, W. e GOTO, A *Competition Policy in the Global Economy*, Routledge, 1996.

WILLIG, R. *Merger Analysis, Industrial Organization Theory, and Merger Guidelines* em *Brookings Papers on Economic Activity, Microeconomics*, p. 281-312, Brookings Institution, Washington DC, 1991.

WTO. *Trading into the Future*, 1998.