

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA - UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS - PPGCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO ECONÔMICO

DUINA PORTO BELO

**O PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DOS PROCESSOS
ADMINISTRATIVOS RELATIVOS AOS ATOS DE
CONCENTRAÇÃO NO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA
CONCORRÊNCIA**

João Pessoa

2010

DUINA PORTO BELO

**O Princípio da Razoável Duração dos Processos Administrativos
relativos aos Atos de Concentração no Sistema Brasileiro de Defesa da
Concorrência**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, como exigência à obtenção do grau de Mestre.

Área de concentração: Direito Econômico.

Linha de pesquisa 2: Estado, mercado e sujeitos sociais: juridicidade e economicidade.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Toscano de Brito.

Co-orientadora: Prof^ª. Dra. Maria Luiza Pereira Alencar Mayer Feitosa.

João Pessoa

2010

Duina Porto Belo

O Princípio da Razoável Duração dos Processos Administrativos relativos aos Atos de Concentração no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídicas, pela Universidade Federal da Paraíba, área de concentração em Direito Econômico, através de Banca Examinadora constituída pelos seguintes professores:

Prof. Dr. Rodrigo Toscano de Brito – UFPB
(Orientador)

Prof^a. Dra. Maria Luiza Pereira Alencar Mayer Feitosa – UFPB
(Co-orientadora)

Prof. Dr. Fernando Antônio de Vasconcelos – UFPB
(Examinador interno)

Prof. Dr. Yanko Marcius de Alencar Xavier – UFRN
(Examinador externo)

Data da aprovação: ____/____/2010.

Dedicatória

Ao meu pai Fernando Porto, pelo grande entusiasmo com que viveu, contagiando todos aqueles à sua volta, e pela dignidade como morreu...

À minha mãe Angela Porto, por disseminar amor, coragem e disciplina.

Aos meus amores – Alexandre e Miguel – por aturar meus maus humores durante o mestrado.

Aos filhos gêmeos perdidos na gestação deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

À Catarina Porto, irmã, amiga e companheira, pela força otimista de sempre e pelo trabalho árduo no escritório, permitindo-me escrever estas páginas.

À Ludmila Porto, irmã querida, pela revisão – ainda que breve - do texto e as férteis discussões travadas.

A Fernando Porto, irmão querido, primeiro dos irmãos que seguiu as trilhas do mestrado e, mesmo longe, emana tranquilidade e perseverança.

Aos colegas de escritório, Dimitri Souto Mota, Eduardo Araújo e Joelma Ferreira, por suprir minhas ausências.

À Eurídice Maria Ferreira da Silva, pelo carinho e cuidado comigo, com minha família e com o meu lar.

À Lúcia Luna Mota, minha querida Uia, pelo apoio incondicional em quaisquer situações.

À Ana Luiza Celino Coutinho, professora, pelas aulas de metodologia, e que se tornou amiga, apoiando-me nos momentos difíceis desta fase.

À Raquel Moraes, amiga responsável por excelentes conselhos.

À Anne Augusta Reinaldo, companheira constante durante os estudos do mestrado.

À Maria Luiza Pereira Alencar Mayer Feitosa, que gentilmente aceitou ser co-orientadora do trabalho, pela disponibilidade e as críticas pertinentes.

Aos professores do mestrado, Maria Luiza Pereira Alencar Mayer Feitosa, Fernando Antônio Vasconcelos, Marcela Varejão, Hertha Urquiza Baracho e Belinda Pereira da Cunha, por despertar os estudos acadêmicos em um nível profundo e contribuir para o meu amadurecimento intelectual.

Aos integrantes do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, por proporcionar o estágio acadêmico fundamental ao desenvolvimento desta pesquisa.

À Vera Lúcia Marques de Almeida e Mariana Menezes, pela acolhida em Brasília durante o estágio no CADE.

A Manoel Alexandre Cavalcante Belo – não por ser meu marido, pois por isso já está na dedicatória - mas pela inspiração que é para qualquer professor.

RESUMO

O texto aborda a aplicação do princípio da razoável duração do processo, previsto no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal 1988, à processualística dos atos de concentração no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), composto pelo Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE), Secretaria de Direito Econômico (SDE) e Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE). Tais atos, sob qualquer forma manifestados e que possam prejudicar a livre concorrência - amparada pelo artigo 170 da Carta Magna - ou resultar na dominação relevante de mercados de bens ou serviços, devem ser submetidos ao SBDC por força do artigo 54 da Lei 8.884/94, que realiza, nesse aspecto, um controle preventivo às lesões contra a ordem econômica. Essa proteção institucionalizada reflete a intervenção do Estado no domínio econômico, para preservar o próprio capitalismo e resguardar as regras do livre mercado, em prol de concorrentes, consumidores e do desenvolvimento da sociedade. Face à importância da concorrência, os efeitos negativos que podem advir dos atos de concentração - uso abusivo do poder econômico - e as recorrentes críticas à morosidade da atuação do SBDC, o assunto merece as reflexões desta dissertação. O princípio da razoável duração do processo insere-se nesse contexto como norteador da análise dos processos relativos aos atos de concentração. Partindo-se do método dedutivo, a pesquisa envolve concepções essenciais do Direito Antitruste e da teoria geral dos princípios, para chegar às peculiaridades do SBDC, cujo desempenho influencia condutas determinantes dos rumos da economia do país. Os maiores entraves à observância do princípio em tela são a estrutura do SBDC, que possui três instituições distintas responsáveis pela apreciação dos feitos, e a possibilidade da notificação dos atos ocorrer após a concretização pelas empresas envolvidas, dificultando a efetivação de julgados desfavoráveis, já que a modificação ou reprovação do ato consolidado no tempo torna-se mais complexa e onerosa ou mesmo irreversível. A judicialização das decisões do SBDC também aparece como fator procrastinatório à efetividade das decisões administrativas proferidas. Comprovou-se, todavia, o esforço progressivo do SBDC em aprimorar sua atuação, através da desburocratização de procedimentos. Ademais, tramita no Senado o Projeto de Lei 06/09 que pretende reestruturar o SBDC e obrigar a notificação prévia, o que pode contribuir para o julgamento dos processos em tempo econômico e razoável. Ante essas considerações, o princípio da razoável duração dos processos, que não significa o estrito cumprimento de prazos, mas traduz o direito a um processo sem dilações indevidas, ainda não é aplicado satisfatoriamente pelo SBDC, mas pode estar em vias de sê-lo, se houver a mudança legislativa aliada a medidas administrativas destinando um número maior de recursos humanos e materiais ao sistema. A aplicação desse princípio dependerá também do constante aprimoramento das autoridades competentes, haja vista a complexidade das causas; da conduta das partes, pautada pela boa-fé; e da atuação do Judiciário, que deve agir com prudência ao suspender e julgar as decisões oriundas do SBDC.

PALAVRAS-CHAVE: Atos de concentração. Defesa da concorrência. Razoável duração do processo.

ABSTRACT

The text tackles the application of the principle of the right to a fair hearing within a reasonable time, set forth in paragraph LXXVIII of article 5 of the 1988 Federal Constitution, to the judicial procedures of acts of concentration in the Brazilian System for the Defence of Competition (SBDC), composed of the Administrative Council for the Defence of Competition (CADE), the Secretariat of Economic Law (SDE) and the Secretariat for Economic Monitoring (SEAE). Such acts, in whatever form they may assume and that might compromise free competition – supported by article 170 of the Constitution – or result in the significant dominance of goods or services markets, should be submitted to SBDC on the basis of article 54 of Law 8.884/94, which effects, in this aspect, a preventive control against economic order. This institutionalized protection mirrors the intervention of the State in economic domination, in order to preserve capitalism itself and to safeguard the rules of the free market, on behalf of competitors, consumers and the evolution of society. Given the importance of competition, the negative effects that might arise from acts of concentration – abusive use of economic power – and criticisms of the ineptitude of SBDC, the issue deserves the reflections of this dissertation. The principle of the right to a fair hearing within a reasonable time is incorporated into this context as a guideline of the analysis of the trials in relation to acts of concentration. Based on deductive reasoning, the survey involves essential conceptions of antitrust law and the general theory of the principles, to arrive at the peculiarities of SBDC, whose performance influences defining trends of the course of the country's economy. The biggest stumbling blocks to the observance of the principle at issue are the structure of SBDC, which possesses three distinct institutions responsible for studying the facts, and the possibility of the events being divulged after the materialization by the companies involved, hindering the handing down of unfavourable decisions, as the modification or disapproval of the act consolidated in time becomes more complex and costly or even irreversible. A judicialization of the decisions of SBDC also appears as a factor of procrastination to the effectiveness of the administrative decisions pronounced. However, it was shown that SBDC is making progressive efforts to improve their performance, by means of the elimination of bureaucracy from procedures. Furthermore, the Senate is processing Bill 06/09, which intends to restructure SBDC and make prior notice mandatory, which may contribute to hearings being executed in a reasonable and economical time. Faced by these considerations, the principle of the right to a fair hearing within a reasonable time, which does not mean strict compliance with deadlines, but translates into the right to a hearing without undue delays, is still not adequately put into force by SBDC, but could be on the way to being so, if there are both legislative changes and administrative measures allocating a greater number of human resources and material to the system. The application of this principle will also depend on the constant improvement of the competent authorities, given the complexity of the causes, the conduct of the parties, guided by good faith, and the performance of the legal system, which should act with prudence on suspending and judging decisions originating from SBDC.

KEY WORDS: Acts of concentration. Defence of competition. Fair hearing in a reasonable time.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AC – Ato de Concentração

APRO - Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação

CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CDC – Código de Proteção e Defesa do Consumidor

CF – Constituição Federal

DPDC – Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor

DPDE – Departamento de Proteção e Defesa Econômica

EC – Emenda Constitucional

E-C-D – Estrutura-Conduta-Desempenho

IBRAC - Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional

PL – Projeto de Lei

PLC – Projeto de Lei na Câmara

PNB – Produto Nacional Bruto

SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

SEAE - Secretaria de Acompanhamento Econômico

SDE – Secretaria de Direito Econômico

SNDE – Secretaria Nacional de Direito Econômico

TCD – Termo de Compromisso de Desempenho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 CONCEPÇÕES DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA.....	14
2.1 Noções essenciais ao estudo da concorrência.....	14
2.1.1. Mercado.....	14
2.1.2 Concorrência perfeita.....	15
2.1.3 Concorrência imperfeita.....	16
2.1.4 Concorrência praticável.....	18
2.2 A relevância do Direito da Concorrência.....	20
2.2.1 A concorrência-instrumento.....	21
2.2.2 A proteção do consumidor.....	28
2.2.3 O desenvolvimento.....	33
2.3 O princípio constitucional da livre concorrência.....	35
2.4 Direito da Concorrência e Direito Econômico.....	38
3 PANORAMA HISTÓRICO DA CONCORRÊNCIA.....	42
3.1. Evolução do tema.....	42
3.1.1 Concorrência no pré-liberalismo.....	42
3.1.2 Concorrência e liberalismo.....	44
3.1.3 Concorrência e contradições do liberalismo.....	49
3.1.4 Regulamentação da concorrência: primeiros dispositivos antitruste norte-americanos.....	51
3.1.5 O papel do Estado e a Revolução Keynesiana.....	53
3.2 Direito da Concorrência no Brasil.....	57
3.2.1 As normas antitruste anteriores à Lei 8.884/94.....	59
3.2.2 A Lei Antitruste.....	64
4 SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA – SBDC.....	69
4.1 Conselho Administrativo de Direito Econômico – CADE.....	69
4.2 Secretaria de Direito Econômico – SDE - e Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE.....	75
4.3 O Projeto de Lei 06/09: o redesenho institucional do SBDC.....	80
5 PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO.....	87

5.1 Considerações acerca da teoria dos princípios.....	87
5.1.1 Normatividade dos princípios	89
5.2 O princípio da razoável duração do processo: direito fundamental e instrumento de acesso à justiça	98
5.2.1 Os direitos fundamentais	99
5.2.2 O acesso à justiça	103
5.2.3 O direito fundamental à razoável duração dos processos administrativos...	107
5.3 O significado e os critérios de avaliação do princípio da razoável duração do processo	115
6 OS ATOS DE CONCENTRAÇÃO SUBMETIDOS AO SBDC E O PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO.....	127
6.1 Objetivos do controle de estruturas, fundamentos e critérios dos atos de concentração	127
6.2 Sistemática processual dos atos de concentração sob a perspectiva da razoável duração do processo.....	136
6.3 A judicialização das decisões do CADE, o princípio da razoável duração do processo e o caso Nestlé-Garoto	150
7 CONCLUSÕES	160
REFERÊNCIAS	163
ANEXO A	173
ANEXO B	179

1 INTRODUÇÃO

A concorrência é um fator essencial ao desenvolvimento das sociedades, posto que a rivalidade entre os agentes econômicos, ávidos por atrair consumidores para adquirir seus produtos e serviços, aumentando assim sua margem de lucros, instiga inovações que possibilitam maior produtividade a custos menores. Isso reflete na distribuição mais eficaz dos bens no mercado, na diversidade de opções de escolha, na qualidade e nos preços ofertados.

O assunto, portanto, interessa não apenas aos agentes econômicos que competem em um dado mercado, mas aos consumidores, que serão afetados por eventuais condutas prejudiciais desses fornecedores de bens ou serviços, e ao Estado, que deve manter a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com o fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social e em observância ao princípio da livre concorrência, dentre outros delineados no artigo 170 da Constituição Federal de 1988.

A proteção da livre concorrência também é regulamentada pela Lei 8.884/94, que traça os contornos da prevenção e da repressão às infrações contra a ordem econômica, cuja aplicação é de responsabilidade do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), composto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça; a Secretaria (SDE), integrante do Ministério da Justiça; e a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), órgão específico do Poder Executivo.

O SBDC lida com a matéria concorrencial sob duas vertentes previstas pela Lei 8.884/94: a repressão de condutas anticompetitivas que constituem infrações à ordem econômica, enumeradas nos diversos incisos dos artigos 20 e 21 (o cartel é um exemplo elucidativo); e a prevenção de estruturas concentradas, mediante o controle do atos de concentração, nos moldes do artigo 54.

O objeto desta pesquisa é centrado na vertente relacionada ao controle dos atos de concentração, cuja finalidade é evitar a formação de estruturas concentradas, tais como monopólios e oligopólios. Trata-se do estudo da análise dos atos de concentração

pelo SBDC e dos resultados daí decorrentes, capazes de influenciar as condutas determinantes dos rumos da economia do país. Assim, a pesquisa se justifica devido ao excesso de poderio econômico nas mãos de poucos agentes, que possibilita a manipulação do funcionamento do mercado, em prejuízo dos concorrentes e da coletividade.

As principais formas jurídicas dos atos de concentração são a fusão, a incorporação e a constituição de sociedade para exercer o controle de empresas. Em suma, consistem em quaisquer atos através dos quais dois ou mais agentes econômicos realizam um negócio unindo seus patrimônios, para racionalizar a produção, reduzir custos e aumentar a produtividade. A Lei 8.884/94 obriga a notificação dessas transformações estruturais ao SBDC, que, após apreciá-las deve proferir um julgamento, aprovando os atos sem restrições, sob condições ou reprovando-os. Dessa forma, o modo de agir e as competências da tríade de instituições que compõem o SBDC também serão examinados.

A apresentação de um ato de concentração e sua análise pelo SBDC é feita através de um processo administrativo, que é o método de trabalho que viabiliza a atuação das autoridades administrativas. Em razão da formação de um processo, é possível questionar a aplicabilidade do princípio da razoável duração do processo, inserido no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição vigente, assegurando “a todos, no âmbito judicial e administrativo (...) a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua atuação”.

Tendo em vista as considerações apontadas, o método da abordagem do estudo é o dedutivo, partindo-se da premissa geral de proteção da concorrência, com fundamentos teóricos e legais, para analisar as peculiaridades dos procedimentos nas instituições encarregadas dessa missão, em especial no tocante à aplicação do princípio da razoável duração do processo. As técnicas de investigação utilizadas consistem em: (i) documentos indiretos, mediante pesquisas bibliográficas (livros, artigos científicos, revistas específicas, dissertações e teses) e documentais (legislação, projetos de lei, relatórios oficiais e documentos eletrônicos); e (ii) observação direta intensiva (participação direta nas atividades do CADE, através de estágio selecionado, com análises de casos concretos e do funcionamento do SBDC).

O trabalho, então, é estruturado em cinco capítulos. O primeiro trata das concepções do Direito da Concorrência ou Direito Antitruste, trazendo noções essenciais sobre mercado, concorrência perfeita, imperfeita e praticável. A relevância desse Direito é analisada a partir de três enfoques: a *concorrência-instrumento*, a proteção do consumidor e o desenvolvimento. Discorre-se ainda sobre as interfaces entre os Direitos Econômico, da Concorrência e do Consumidor, para finalizar com as digressões a respeito do princípio constitucional da livre concorrência em cotejo com a livre iniciativa.

O segundo capítulo contém o panorama histórico da concorrência, com a descrição de sua evolução desde o pré-liberalismo, passando pelo liberalismo e suas contradições, culminando na intervenção do Estado no domínio econômico e no consequente disciplinamento jurídico da matéria, examinado a partir da primeira legislação antitruste, surgida nos Estados Unidos. No Brasil, a evolução histórica compreende as normas anteriores à Lei 8.884/94, nascidas sob o manto da tutela da economia popular, para em seguida examinar os aspectos dessa legislação pertinentes ao objeto do estudo.

O terceiro capítulo concerne ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), responsável pela aplicação da Lei 8.884/94 e composto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), a Secretaria de Direito Econômico (SDE) e a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE). Essas estruturas têm seus principais aspectos delineados neste capítulo, que possui, ainda, um tópico dedicado ao Projeto de Lei 06/09, em trâmite no Senado, o qual pretende modificar o desenho institucional do SBDC.

O quarto capítulo diz respeito ao princípio da razoável duração do processo, respaldado pela teoria geral dos princípios e o reconhecimento de sua normatividade, positividade ou juridicidade. Disserta-se sobre a configuração do princípio em tela como direito fundamental e mecanismo de acesso à ordem jurídica justa, e sobre o porquê de sua aplicabilidade aos processos administrativos afeitos ao SBDC, revelando seu significado e os critérios de avaliação da razoabilidade temporal, consubstanciados na complexidade das causas, na atuação das autoridades e no comportamento das partes.

O quinto capítulo faz a subsunção do princípio constitucional da razoável duração do processo aos feitos administrativos relativos aos atos de concentração no

SBDC. Trata inicialmente dos objetivos, fundamentos e os critérios do controle de estruturas, para adiante analisar as etapas procedimentais e detectar os entraves à eficiência do sistema, finalizando com a questão da judicialização das decisões do CADE, ilustrada com o caso concreto das empresas de chocolates Nestlé e Garoto.

Enfim, o trabalho pretende chamar a atenção para a importância de compreender o desempenho das instituições responsáveis pela defesa da concorrência no Brasil, a partir da efetiva aplicação do princípio da razoável duração dos processos relativos aos atos de concentração submetidos à sua jurisdição.

2 CONCEPÇÕES DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

2.1 Noções essenciais ao estudo da concorrência

A etimologia da palavra concorrência, do latim *concorrentia*, derivado do verbo *concurrere*, significa *correr juntamente* (HOUAISS, 2001). Não obstante essa noção de cooperação que evoca a origem etimológica, a definição mais corrente do termo relaciona-se à rivalidade, disputa, competição, oposição de interesses de dois ou mais indivíduos ou grupos que perseguem um mesmo objetivo, e em que cada lado procura superar o outro.

No campo jurídico-econômico, a concorrência é entendida como disputa entre agentes econômicos que exploram a mesma atividade, visando a conquistar os mercados. Relaciona-se, pois, à liberdade de atuação dos agentes econômicos em um mercado, a qual é assegurada pelo Estado, mediante normas jurídicas regulamentadoras, que consistem no Direito da Concorrência.

O ideal da concorrência livre, possibilitando a distribuição mais eficaz dos bens na sociedade ocorre no regime de iniciativa privada, em que as empresas competem entre si, sem privilégios jurídicos ou econômicos que as coloquem em uma posição de supremacia e poder capaz de, artificialmente, manipular as transações comerciais e os preços praticados. Todavia, na realidade fática não existe concorrência perfeita: a expressão é utilizada como abstração teórica para a análise das condições satisfatórias ao funcionamento de uma economia de mercado. Por essa razão, antes de estudar os diferentes tipos de concorrência, impõe-se a incursão acerca do significado de mercado.

2.1.1. Mercado

O mercado é o ambiente apto a promover a concorrência entre os agentes econômicos, definição que serve à temática aqui abordada, ressaltando que as discussões sobre *mercado relevante* e *poder de mercado* desenvolver-se-ão no capítulo atinente aos atos de concentração, com a análise do artigo 54 da Lei 8.884/94, o qual

versa sobre o controle de atos e contratos que oferecem potenciais prejuízos à livre concorrência.

Dentre a diversidade de conceitos existentes para o termo, o mercado é visto como um espaço – físico ou virtual - onde são realizadas as trocas de bens entre compradores e vendedores. Para Nester (2006), também pode ser visto como ideologia, ou seja, garantia fundamental da expressão da liberdade do homem, significando que existe vertente ideológica do mercado, na medida em que serve à socialização, mediante a busca pela satisfação das necessidades individuais e coletivas.

Outra corrente teórica relaciona o mercado à instituição. Para os economistas, seria uma instituição – um centro de atividades econômicas, de interação espontânea entre produtores consumidores - regida por regras próprias para a determinação de um sistema de preços (NESTER, 2006). Para os juristas, seria uma instituição jurídica, constituída pelo direito posto pelo Estado moderno para garantir a segurança e a certeza das relações entre os agentes econômicos; e uma instituição sócio-política, determinada a regular e manter estruturas de poder (GRAU, 2007).

Em linhas gerais, pode-se afirmar que o mercado abrange as ideias de *lugar* – espaço onde ocorre o intercâmbio de bens – e de *instituição*, porquanto é organizado por regras jurídicas que regulamentam as transações entre agentes econômicos, que atuam em regime de concorrência, cujas características serão a seguir delineadas.

2.1.2 Concorrência perfeita

A concorrência é considerada perfeita quando existem vários agentes atuando no mercado de forma descentralizada, atomizada, sem que nenhum deles detenha poder unilateral para influir sobre o preço e a produção de um determinado ramo de atividade, acarretando um equilíbrio entre as forças atuantes.

No modelo ideal de concorrência perfeita, há necessariamente uma grande quantidade de vendedores e compradores competindo em um dado mercado, com iguais conhecimentos e acesso indiscriminado às técnicas de produção e produtos, negociando bens idênticos ou similares (MARQUES, 2006).

Identifica-se, pois, a concorrência perfeita com os seguintes elementos: (i) atômica do mercado, relacionada à multiplicidade e equivalência de competidores; (ii) fluidez da informação para os vendedores e compradores, acerca da completude de informações sobre os preços do mercado e a natureza dos bens vendidos; (iii) liberdade ou mobilidade para os concorrentes, no sentido de ingressar, permanecer e sair do mercado a seu exclusivo critério, e para os consumidores, a partir da pressuposição de que escolherão de forma racional o produto ofertado, devido à fluidez de informação; e (iv) homogeneidade dos produtos, no sentido de serem substitutivos entre si, o que influenciaria a formação dos preços sem grandes margens de diferença.

Em interessante passagem, Bruna (1997, p. 31) escreve que

No modelo de concorrência perfeita, o produtor é, por assim dizer, um escravo do mercado: incapaz de nele influir, mas por ele absolutamente controlado; forçado a produzir, em conjunto com seus concorrentes, tanto quanto seja possível, a fim de reduzir a escassez ao mínimo, segundo as possibilidades econômicas materiais existentes. Sua remuneração é a menor possível, o mínimo necessário para que ele se mantenha em atividade. Ganancioso, porque procura elevar seu lucro ao máximo, é uma fera enjaulada, enclausurada pelas barreiras intransponíveis impostas inexoravelmente pelo mercado.

Assim, em uma estrutura concorrencial perfeita, nenhum agente econômico seria forte o suficiente para afetar, sozinho, o preço de mercado. Nos termos preconizados pelo ideário liberal clássico, o preço é determinado pela lei “natural” da oferta e da procura. Todavia, a história demonstrou que essa teoria foi incapaz de conter o avanço da concentração do poder econômico privado¹, como os monopólios e oligopólios, que tiram a *perfeição* do sistema de concorrência.

2.1.3 Concorrência imperfeita

A concorrência imperfeita também pressupõe uma variedade de concorrentes, mas não existe equivalência entre eles, uma vez que ocorre a formação de grupos que

¹ As distorções do liberalismo constam do capítulo seguinte, “Panorama histórico da concorrência”. A respeito de poder econômico, vide item 2.1.3 e capítulo 5.

tendem a cindir o equilíbrio do mercado almejado pela concorrência perfeita. Nesse contexto, não há que se falar em atonicidade, mas em molecularidade do mercado.

Esses grupos podem ser definidos como estruturas monopólicas ou oligopólicas. No primeiro caso, um agente econômico tem o poder de alterar a quantidade do produto ofertada e determinar-lhe o preço; no segundo, as decisões acerca dessas variáveis caberão não a um, mas a poucos agentes econômicos. Em ambas as situações, o preço que deveria ser determinado pela livre concorrência e a lei da oferta e da procura é imposto pelo poder dos monopólios ou oligopólios.

Tal atitude evidencia o poderio econômico advindo das estruturas de monopólio e oligopólio, traduzindo-se na capacidade de reduzir, deliberadamente, a oferta dos bens produzidos, causando a sensação artificial de escassez, com o objetivo de fixar o preço praticado no mercado, visando à maximização dos lucros.

Traço significativo da concorrência imperfeita é a capacidade dos agentes econômicos de ofertarem bens que, embora sejam substitutivos próximos, possuem diferenciações entre si. As diferenças abrangem as qualidades reais dos produtos ou geram a sensação de que tais produtos realmente sejam singulares, o que é feito por intermédio dos veículos de publicidade e de outros recursos. Derruba-se, assim, o pressuposto da homogeneidade verificado na concorrência perfeita, fazendo valer a heterogeneidade. Nesse sentido, F. Nusdeo (2005, p. 269) esclarece:

Como compradores e vendedores não se encontram atomizados nem atuam exclusivamente em função dos preços, objetivamente fixados por um mercado único, a procura não se apresenta fluida, mas viscosa, ou seja, determinados consumidores estão jungidos a determinados fornecedores, seja em função de sua localização física, seja pela preferência por determinada marca, seja em virtude de publicidade, seja por qualquer outro motivo. O mercado apresenta-se, pois, não uno, mas compartimentado, de sorte que em cada um desses compartimentos será possível sentir-se o peso ou a importância de um ou de alguns operadores.

Na concorrência imperfeita, não há fluidez e transparência de informações no mercado. Significa que cada agente econômico detém uma parcela determinada de poder sobre a fixação dos preços, em maior ou menor grau, a depender da estrutura de monopólio ou oligopólio. Nessa conjuntura, limitam-se a competição entre os agentes

econômicos, inclusive impedindo que outros concorrentes ingressem no mercado. São as chamadas *barreiras à entrada*², revelando que a perfeição da concorrência resta maculada, imperfeita, ou, como destaca a doutrina, concorrência monopólica³.

2.1.4 Concorrência praticável

A concorrência praticável – *workable competition* – também é chamada de “toleravelmente imperfeita”, expressão utilizada por C. Brito (2002, p. 19) para explicar o adjetivo *tolerável* compatível com o bem-estar econômico geral. Sob o aspecto estrutural, o regime da concorrência praticável possui elevado número de agentes econômicos, liberdade e mobilidade para os concorrentes e os consumidores, diferenças moderadas de qualidade entre os produtos ofertados e, por conseguinte, entre os preços.

Desse modo, a noção de *concorrência praticável* ou *viável* parte da constatação de inexistência da chamada *concorrência perfeita*. A ideia preliminar é a de que a “imperfeição existente, entretanto, não pode ser considerada como de todo um mal, porque o (atual) sistema econômico ocidental conseguiu atingir um crescente estado de produtividade” (GOMES, 2004, p. 169). A *workable competition* engloba a concepção de promoção de eficiência⁴ econômica e social, através de princípios de política econômica e regras antitruste que conduzem a um mercado de concorrência efetiva. Trata-se do aspecto dinâmico da concorrência em uma realidade concreta, e sob os enfoques econômicos e jurídicos, como ressalta Bruna (1997, p. 63):

[...] O conceito de uma “concorrência desejável”, ou de uma “concorrência possível” [...] não será um conceito preciso. [...]

² As barreiras à entrada são fatores que impedem ou desestimulam o agente econômico de se retirar de um mercado pouco lucrativo ou ingressar em um mercado com lucros extraordinários (GOMES, 2004).

³ Doutrinadores como Bruna (1997) e Marques (2006) mencionam a tese de doutoramento defendida perante a Universidade de Harvard, em 1921, intitulada a *Teoria da Concorrência Monopólica*, de Edward Hastings Chamberlin, como responsável pelo conceito de *concorrência monopolista*, fenômeno semelhante à concorrência imperfeita.

Frise-se que no oligopólio é acentuada a tendência de união entre as empresas oligopolistas para a obtenção de seu objetivo comum (o lucro máximo), configurando-se, assim, uma situação bem próxima a do monopólio. Dessa maneira, a expressão “concorrência monopolística” abrangia também essas situações de oligopólios no que concerne à caracterização de concorrência imperfeita.

⁴ De modo geral, a eficiência está ligada à forma de realização de uma tarefa; já o conceito de eficiência econômica parte da relação entre o valor comercial de um produto e o custo unitário de sua produção (SANDRONI, 2007). Para C. Brito (2002), a eficiência é vista enquanto propriedade que uma sociedade tem de receber o máximo possível pelo uso de seus recursos escassos.

A delimitação do conceito envolve, portanto, *opções de política econômica*. Todavia, sua fluidez não chega às raias da discricionariedade. A definição do que seja uma “concorrência possível”, ou “desejável”, não dependerá somente da análise econômica, mas também da valoração jurídica de outros fatores e, fundamentalmente, da conformação das situações de fato à *ordem econômica*, segundo seus ditames e princípios, constitucionalmente estabelecidos. (Grifos originais)

Na realidade concreta, a concorrência se desenvolve em um ambiente permeado de falhas do mercado, decorrentes de fatores comuns às sociedades complexas. A compreensão de tais falhas parte da concepção idealizada do paradigma da concorrência perfeita, para chegar ao modelo viável, possível, enfim, praticável.

O reconhecimento da existência de falhas do mercado justifica a intervenção do Estado, através de políticas públicas e ou da edição de normas antitruste, para assegurar o sistema de livre concorrência. Essas falhas compreendem, dentre outras, os seguintes elementos: (i) os defeitos da concorrência, calcados no desequilíbrio da competição entre os agentes econômicos, como a presença de monopólios e oligopólios, que concentram parcelas significativas de poder econômico; (ii) as externalidades ou custos de transação, quando o preço de um bem não reflete com precisão seu custo efetivo, isto é, quando há outros gastos⁵ envolvidos no processo produtivo, afora os que integram o preço final; (iii) as assimetrias de informação, consistentes na desigualdade de conhecimento entre os agentes econômicos, em função de sua posição no mercado, ou quando uns possuem informações mais privilegiadas do que outros acerca de fatores essenciais para a tomada de decisões; e (iv) as crises cíclicas do capitalismo, que trazem desemprego, inflação e desequilíbrio (NESTER, 2006).

Assim, é apenas levando em consideração a estrutura real do mercado acima especificada que é possível lidar com uma concorrência praticável, que busca a maior eficiência do mercado, balizando a conduta dos concorrentes com normas jurídicas que visam a coibir práticas anticompetitivas e a proteger a própria concorrência.

⁵ Nester (2006) exemplifica como externalidade negativa o caso da poluição oriunda da produção dos pneumáticos: como não podem ser reciclados nem eliminados sem danos ambientais graves, há um custo pelo armazenamento desses produtos usados e que acaba sendo pago por toda a coletividade.

2.2 A relevância do Direito da Concorrência

As considerações apresentadas permitem afirmar que a concorrência assume relevantes interesses a serem juridicamente tutelados, entre os quais se destacam o acesso ao mercado; a pluralidade de agentes econômicos competindo entre si; e a liberdade de escolha dos agentes envolvidos, que proporciona ganhos econômicos e sociais. Nesse contexto, o Direito da Concorrência surge como forma de garantir o livre mercado, protegendo os consumidores e coibindo condutas distorcidas do princípio da livre competição entre os agentes econômicos, princípio este que é a mola propulsora da economia capitalista e do desenvolvimento econômico.

Oliveira e Rodas (2004) sintetizam o Direito da Concorrência como conjunto de regras jurídicas destinadas a apurar, reprimir e prevenir as diversas modalidades de abuso do poder econômico, com o fim de impedir a monopolização de mercados e favorecer a livre iniciativa, em prol da coletividade. No entanto, a terminologia *Direito da Concorrência* não é pacificamente aceita entre os doutrinadores, havendo quem prefira a expressão a expressão *Direito Antitruste*. Neste trabalho, serão utilizados ambos os termos como sinônimos, pelos argumentos adiante aduzidos.

Gomes (2004), um dos que se filia à distinção supramencionada, argumenta que o vocábulo *Direito da Concorrência* carrega a ideia de que o escopo precípua da repressão ao abuso do poder econômico, senão o único, é proteger a livre concorrência. Porém, adverte que a tutela da concorrência não deve ser encarada como um fim em si mesmo, inserindo-se na proposta de concorrência praticável, conceito já tratado no tópico anterior.

Ainda segundo Gomes (2004, p. 68), a impropriedade do termo *Direito da Concorrência* reside no fato de que o controle do exercício do poder econômico [mediante regras jurídicas] constitui instrumento de políticas públicas, de “técnica de intervenção estatal a serviço dos valores político-sociais conformadores da ordem econômica”, concluindo que o *Direito Antitruste* merece prevalecer, por melhor traduzir a natureza, o conteúdo e a finalidade de suas normas. Afirma que as normas jurídicas objeto do direito em discussão não visam apenas a proteger a livre concorrência, mas a controlar o abuso do poder econômico, razão pela qual prefere a expressão *Direito Antitruste*.

Por sua vez, há doutrinadores que preferem a expressão *Direito da Concorrência*, alertando sobre a inexistência, no Brasil, de um *Direito Antitruste*, porquanto a figura do *trust*⁶ não é comum no direito pátrio, sendo utilizado de forma distorcida em nosso país. Na verdade, o termo *trust* relaciona-se a um contrato de lealdade, pelo qual uma pessoa deixaria sob a responsabilidade de outra um bem para ser conservado e administrado em proveito do depositante ou de terceiro; esse tipo de contrato passou a ser conhecido, nos EUA, como forma de concentração do poder econômico, inspirando a legislação antitruste americana e influenciando a adoção da expressão para designar grandes empresas, combinações societárias ou monopólios que controlam um setor do mercado, originando a denominada *legislação antitruste* (GLÓRIA, 2003).

Independentemente das sutilezas terminológicas descritas, grosso modo pode-se afirmar que o *Direito Antitruste* ou *Direito da Concorrência* tem por objeto normas jurídicas (normas antitruste) que implementam a intervenção estatal sobre a economia, visando a controlar o exercício abusivo do poder econômico, destacando-se a seguir três abordagens⁷ que demonstram a dimensão e a importância desse ramo jurídico.

2.2.1 A concorrência-instrumento

A concorrência, alçada ao posto de instituição fundamental da economia capitalista, não constitui um valor em si mesmo, absoluto e indeclinável, mas um meio de se obter outros escopos, como o equilíbrio econômico e o bem-estar social. Daí decorre o conceito de concorrência-instrumento, porquanto *instrumental* à consecução de determinados fins. Nesse sentido, Forgioni (2005) esclarece que as normas antitruste

6 Consoante Sandroni (2007), *trust* e *truste* não se confundem. Este é um tipo de estrutura na qual várias empresas, já detentoras da maior fatia do mercado, combinam-se ou se fundem para assegurar o controle, estabelecendo preços e margens de lucros; aquele é o termo em inglês que significa forma de organização empresarial na qual uma propriedade é doada por um *grantor* (doador), sob os cuidados de um *trustee* (administrador do *trust*), para proveito de um beneficiário (pessoa ou organização em cujo benefício o *trust* é criado).

⁷ Para o estudo mais completo acerca dos escopos do Direito Antitruste, os quais não serão desenvolvidos integralmente neste trabalho, para não ampliar em demasia o objeto pesquisado, conferir Gomes (2004), que os classifica em: (i) econômicos (proteção da livre iniciativa e livre concorrência; tutela da eficiência econômica; tutela do consumidor; proteção às empresas de pequeno porte); (ii) sociais (valor social do trabalho e tutela do pleno emprego; fomento à redução das desigualdades sociais e regionais; controle da livre iniciativa econômica (privada) exercida em mercados socialmente relevantes); (iii) políticos (preservação do regime democrático, da soberania econômica e do interesse nacional; instrumento de integração de mercados regionais).

são técnicas (instrumentos) utilizadas pelo Estado para realizar políticas públicas, através da repressão ao abuso do poder econômico e da tutela da livre concorrência.

No cenário jurídico nacional, a concorrência é encarada como instrumento de implementação de medidas político-econômicas, estimulando os agentes econômicos a participar da promoção do desenvolvimento econômico. A Constituição Federal, no seu artigo 170, elenca o princípio da livre concorrência no título da Ordem Econômica, explicitando sua finalidade de assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social. Como se verifica, a matiz constitucional da concorrência não escapa aos desideratos do interesse coletivo. Esse caráter instrumental de proteção da concorrência também é perceptível no §4º do artigo 173, que trata a repressão ao abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros, protegendo, assim, os princípios da livre concorrência e da defesa do consumidor.

Em âmbito infraconstitucional, é de se destacar que a disciplina da concorrência surgiu no Brasil como meio de tutela da economia popular, conforme contextualização histórica no capítulo seguinte, assumindo indubitavelmente a característica instrumental ora realçada. A Lei Antitruste vigente – 8.884/94 – ao versar sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, explicita em seu artigo 1º a orientação pelos ditames constitucionais da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico, elegendo como sujeito a coletividade.

Dessa maneira, o ordenamento jurídico pátrio não reconhece a concorrência como um valor absoluto, mas como meio de condução do sistema político-econômico. Salienta-se que o artigo 54 da Lei 8.884/94, dispondo sobre o controle de atos de concentração capazes de limitar ou prejudicar a livre concorrência, autoriza sua realização desde que atendidas as seguintes premissas contidas nos incisos I a IV: (i) aumento da produtividade; (ii) melhoria das condições de bens ou serviços; (iii) promoção do desenvolvimento tecnológico ou econômico; (iii) distribuição equitativa dos benefícios entre participantes e consumidores; (iv) não eliminação da concorrência de parte substancial do mercado relevante de bens e serviços; e (v) observância dos limites necessários para atingir os objetivos visados.

A noção de concorrência-instrumento é oriunda da visão europeia do antitruste, no sentido de que a concorrência não é um fim absoluto, mas um caminho para atingir o equilíbrio econômico e os objetivos estabelecidos em prol da União Europeia, podendo inclusive ser sacrificada em nome de valores maiores previstos no Tratado da CE⁸.

Em contraposição ao prisma instrumental em comento encontra-se a *concorrência-condição*, que aponta a concorrência como valor a ser perseguido de maneira cabal, absoluta. O *Sherman Act*⁹ americano adotou esse posicionamento em seu texto, ao proibir de forma expressa no artigo 1º os atos de concentração econômica, o que se justificava à época devido ao contexto econômico-social de forte repúdio aos trustes.

Todavia, o *common law* cuidou de modificar esse parâmetro, inserindo a chamada *regra da razão* para a análise dos atos e condutas que poderiam trazer consequências anticoncorrenciais. A regra da razão decorre de um raciocínio lógico que reconhece que os atos unilaterais, acordos empresariais ou atos de concentração podem gerar, ao mesmo tempo, efeitos anticompetitivos e pró-competitivos (GOMES, 2004). A licitude da prática comercial, portanto, será declarada sopesando-se os efeitos indicados.

Essa regra se fortaleceu no direito americano como critério interpretativo da norma prevista no *Sherman Act*, procurando adequá-la à realidade econômica concreta. Noticia-se o julgamento de *United States versus Trans-Missouri Freight Association* como o primeiro em que a *rule of reason* foi expressamente enunciada, em voto divergente e vencido do Juiz White, tese que foi acolhida posteriormente pela Suprema Corte, no caso *Standard Oil versus United States*, em 1911.

Pela regra da razão, somente são vedadas as práticas que restrinjam a concorrência de forma não razoável, o que depende da avaliação do caso concreto¹⁰. Se as referidas práticas, ainda que restritivas da concorrência, geram benesses para o

⁸ Entretanto, Forgioni (2005) relata o paradoxo presente na política concorrencial europeia: ao mesmo tempo em que a União Europeia busca o desenvolvimento harmonioso, equilibrado e sustentável das atividades econômicas, inclusive fomentando a concentração de empresas para enfrentar a competitividade internacional, os países-membros comportam-se de maneira protecionista, ainda que seja um protecionismo dissimulado.

⁹ Sobre o *Sherman Act*, vide item 3.1.4.

¹⁰ À regra da razão opõe-se a existência da conduta *per se*. A interpretação literal do *Sherman Act* impõe a proibição *per se* de práticas comerciais restritivas à concorrência. A regra da razoabilidade, assim, veio para flexibilizar a aplicação da norma.

sistema econômico como um todo, não haveria porque coibi-las. Isso demonstra que a concorrência deixa de ser encarada como um valor absoluto.

A conexão entre a regra da razão e a concorrência-instrumento pode ser deduzida das explicações de Salomão Filho (2002, p. 152-153):

Essa evolução [da regra da razão] corresponde à incorporação ao direito antitruste de preocupações outras que não exclusivamente a preservação da competição. Duas são as vertentes aí distinguíveis. Em primeiro lugar a vertente neoclássica, dominante no momento na jurisprudência e doutrina norte-americanas. Segundo essa vertente [...], a justificativa “extraconcorrencial” para as restrições à concorrência é a eficiência. A segunda vertente, por assim dizer mais intervencionista, incorpora objetivos de política social e industrial ao direito antitruste. As justificativas para a restrição à concorrência passam a ser a redistribuição de benefícios para o consumidor ou, então, a persecução de objetivos de política industrial, como o desenvolvimento econômico e/ou tecnológico. Essa vertente encontra expressão na legislação concorrencial comunitária, em especial no art. 81 do Tratado de Roma [...].

Os argumentos expostos ratificam que as normas que regulam a concorrência não possuem um único objetivo, mas são instrumentais a determinadas políticas econômicas. A abordagem aqui abraçada difere da corrente que defende a aplicação da regra da razão independentemente de justificativas econômicas ou sociais, mas apenas considerando o *saldo líquido* para a concorrência: se positivo, merece aprovação, por favorecer o nível de concorrência existente; se negativo, merece sanção, por restringir a concorrência¹¹.

A problemática acerca do objetivo das leis antitruste e do tipo de concorrência que deve ser protegido permeia as discussões das Escolas de Harvard e Chicago. Cada uma delas apresenta propostas diferentes para os objetivos das políticas antitruste (FAGUNDES, 2003), incitando o debate em torno das metas mais apropriadas para atingir o bem-estar econômico e social. Essas escolas trouxeram argumentos econômicos para a análise jurídica – a chamada análise econômica do direito¹² - em

¹¹ Nesse sentido, conferir Gomes (2004).

¹² Notadamente a Escola de Chicago, com o movimento conhecido por *Law and Economics*. As normas, as instituições e os comportamentos jurídicos são tomados como fenômenos econômicos, como explica Feitosa (2006).

especial para o Direito da Concorrência, cujas normas são meios de regulação das atividades econômicas.

A Escola de Harvard¹³ defende que a concorrência é um fim em si mesmo, sob o fundamento de que as excessivas concentrações de poder econômico devem ser evitadas, porque geram distorções no mercado. Desenvolveu-se entre as décadas de 50 a 80 do século XX, defendendo o modelo estrutura-conduta-desempenho (E-C-D), sendo por isso também denominada de Escola Estruturalista.

O citado modelo baseia-se no argumento de que a estrutura de um mercado influencia o comportamento dos agentes econômicos, afetando o desempenho da economia. A estrutura de mercado é um termo que serve para definir as características dentro das quais os agentes econômicos operam, em um certo mercado ligado a um determinado produto, tais como o número de produtores e compradores, porte das empresas e poder de mercado de sua respectiva clientela, facilidade de ingresso e saída de novos concorrentes etc. (LIMA, 2008).

A conduta descreve o modo pelo qual as empresas se comportam, em relação aos critérios utilizados para definir preços, inferindo se há conluio entre empresas ou se essas atuam com independência e baseadas na demanda consumerista. De igual modo, a conduta também abrange as estratégias sobre publicidade e os gastos com pesquisa e desenvolvimento. Por fim, o desempenho¹⁴ se apresenta como o modo pelo qual a conduta é avaliada, no que concerne às eficiências alocativa, produtiva e dinâmica¹⁵ e ao bem-estar econômico (LIMA, 2008).

A teoria da estrutura-conduta-desempenho, portanto, reflete o pensamento da Escola de Harvard que prescreve o controle das estruturas de mercado como forma de combater e reprimir comportamentos anticoncorrenciais. Tal abordagem estruturalista

¹³ Representada por Areeda, Turner, Sullivan e Blake.

¹⁴ Lima (2008) classifica o modelo em tela como *estrutura-conduta-performance* (*Structure-Conduct-Performance* – SCP).

¹⁵ Eficiência alocativa relaciona-se à distribuição dos recursos na sociedade, não se confundindo com a distribuição de renda e riqueza; verificar se existe eficiência alocativa é simplesmente determinar se os recursos estão sendo empregados naquelas atividades que os consumidores mais apreciam ou necessitam [Trata-se da alocação de recursos na direção preferida pelos consumidores]. A eficiência produtiva expressa o efetivo uso dos recursos pelas empresas. A primeira se traduz na curva de demanda pelo produto e vê a questão do ponto de vista do mercado; a segunda é representada pela curva dos custos, pelo nível de dispêndio necessário para a produção de um bem (SALOMÃO FILHO, 2002). A eficiência produtiva, pois, concerne à capacidade de produzir e distribuir a custos menores. Por fim, a eficiência dinâmica diz respeito à capacidade de inovação, à melhoria das eficiências alocativa e produtiva no curso do tempo, incentivando a concorrência através da diferenciação e oferta de novos produtos.

tem implicações normativas claras no que tange ao escopo das políticas antitruste, descritas por Fagundes (2002, p. 131-132):

Do ponto de vista dos objetivos da política antitruste, a Escola de Harvard preconizava o combate à criação ou exercício do *poder de mercado*, entendido como a capacidade de uma empresa ou grupo de empresas de fixar preços supracompetitivos, como principal foco da ação antitruste. (Destaque original)

Na visão de Harvard, amparada pelo modelo estruturalista, a principal ação das autoridades antitruste deveria estar no controle – preventivo – das estruturas de mercado, visto que a criação, ou o exercício, de poder de mercado decorreria basicamente do aumento do grau de concentração do mercado. Tal foco tinha como fundamento o pressuposto de que a existência de poder de mercado é condição necessária para o surgimento de condutas anticompetitivas, sendo que o poder de mercado, por sua vez, decorreria da morfologia da estrutura de mercado, a partir da visão estruturalista dos modelos de E-C-D.

A Escola de Chicago¹⁶ surge como reação à Escola de Harvard, contrariando a regulamentação estatal da economia cultuada pelos estruturalistas e desempenhando importante papel na história das políticas antitruste, ao eleger a eficiência do mercado como objetivo a ser perseguido.

A materialização das ideias dessa escola teve seu ápice na década 80, em especial quando a economia norte-americana estava sendo desafiada pelos alemães e japoneses. Até então, o objetivo das normas antitruste recaía sobre a existência efetiva da concorrência, com o respaldo da visão “harvardiana” de diluição do poder econômico entre os diversos concorrentes. Ocorre que quando essa diluição passou a representar entraves para enfrentar a concorrência com as grandes empresas dos países mencionados, houve a necessidade de remodelar o sistema concorrencial, defendendo-se doravante a maximização da eficiência e aliando à teoria econômica objetivos de política econômica (MUNHOZ, 2006).

Em nome dessa eficiência, os seguidores de Chicago entendem que as concentrações econômicas são permitidas, desde que, na prática, não prejudiquem a alocação dos recursos e o bem-estar geral da economia. Em outras palavras, o poder

¹⁶ Seus principais expoentes são Bork, Bowman e Posner, influenciados pelas lições de Aaron Director e Ronald Coase.

econômico derivado das concentrações não é visto como um mal em si, mas passa a ser analisado sob os ângulos da eficiência e das vantagens para os consumidores¹⁷. De acordo com Forgioni (2005, p. 173), a “Escola de Chicago traz para o antitruste, de forma indelével, a análise econômica, instrumento de uma busca maior: a eficiência alocativa do mercado, que sempre beneficia os consumidores”.

Dentre as diversas críticas da Escola de Chicago em relação à de Harvard, destaca-se a “suposta ausência de teoria econômica nas análises e propostas estruturalistas”, porque os estruturalistas não conseguiram comprovar teórica ou empiricamente que “a concentração horizontal de mercado seria perniciosa ao bem-estar econômico, através da elevação de poder de mercado” (FAGUNDES, 2003, p. 137). Muitas das presumíveis práticas anticoncorrenciais geravam, na realidade fática, eficiências econômicas.

Os principais pressupostos da Escola de Chicago foram condensados na obra de Bork, *The Antitrust Paradox* (1978). Para Bork (1978, *apud* SALGADO, 1997), a interpretação estruturalista da política antitruste era paradoxal, porque se por um lado incentivava a concorrência, por outro a suprimia, com medidas estatais protecionistas e resultados anticompetitivos, sem todavia dar atenção à eficiência econômica, que beneficiaria o consumidor com preços menores e produtos de melhor qualidade.

Do embate entre as duas escolas, percebe-se que a primeira (Harvard) enfoca o aspecto da concorrência em si e a necessidade de pulverização do poder econômico, condenando as concentrações econômicas, enquanto que a segunda (Chicago) privilegia a tônica da eficiência, independentemente da concentração dos agentes econômicos, elegendo como objetivo maximização do bem-estar do consumidor.

No entanto, a Escola de Chicago passou a ser criticada por analisar o antitruste sob o ponto de vista estritamente econômico, negligenciando demais valores e interesses e impondo uma análise muito técnica que não condizia com a realidade concreta, defendendo a intervenção estatal apenas para atingir a eficiência alocativa.

Pode-se dizer que a Escola de Chicago pecou por defender uma visão *asséptica* do Direito Antitruste, reduzindo a complexidade do fenômeno jurídico ao viés econômico da busca pela alocação eficiente de recursos, dando vazão ao movimento

¹⁷ A respeito da interface entre concorrência e consumidor, vide item 2.2.2.

Pós-Chicago ou Revisionista, segundo o qual o elevando nível de eficiência nem sempre reflete no bem-estar social, no interesse dos consumidores. Sem se furtar à análise econômica proposta pela Escola de Chicago, os Revisionistas aprofundam os métodos e indicam prejuízos concorrenciais de certas condutas, não desprezando todavia os benefícios que delas derivam (FORGIONI, 2005).

Pelos argumentos expostos nesta seção, constata-se que os objetivos do Direito Antitruste são diversificados, mas sempre estarão atrelados a políticas públicas que visam a proteger a concorrência como instrumento para alcançar a eficiência econômica e o bem-estar dos consumidores.

2.2.2 A proteção do consumidor

Os Direitos da Concorrência e do Consumidor possuem variados vínculos entre si. O consumidor é o destinatário econômico final das normas antitruste e a análise das questões concorrenciais pressupõe, necessariamente, o mercado de consumo.

O fato do consumidor ser o destinatário econômico final das normas concorrenciais não o transforma em seu destinatário jurídico direto, porquanto muitas vezes é através da tutela da concorrência que seu interesse será protegido. Carpena (2005) aduz que o interesse do consumidor não é o objeto direto e imediato da proteção da concorrência, mas constitui sua finalidade axiológica. Essa afirmação, de fato, coaduna-se com inserção do inciso V no rol dos princípios constitucionais que norteiam a ordem econômica prevista no artigo 170¹⁸ da Constituição brasileira.

Na verdade, a defesa da concorrência é instrumental à proteção dos direitos dos consumidores. Três são os interesses tutelados pelo Direito em questão: a ordem concorrencial, os concorrentes e os consumidores (SALOMÃO FILHO, 2007).

A ordem concorrencial identifica-se com o interesse institucional a ser protegido: a livre concorrência. Essa proteção beneficia consumidores e concorrentes, não se confundindo, todavia, com os interesses individuais de cada um deles. Daí

¹⁸ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...); V – a defesa do consumidor.”

porque o parágrafo único do artigo 1º da Lei Antitruste dispõe que é a coletividade a titular dos bens jurídicos protegidos.

Significa, pois, que a concorrência – encarada sob o prisma instrumental, como meio de realização de políticas públicas que balizam a atuação estatal sobre a ordem econômica, no sentido de garantir a dignidade da pessoa humana – configura o interesse jurídico imediatamente tutelado pelo Direito Concorrencial. Pela proteção da concorrência, pretende-se manter o equilíbrio de forças do mercado. A existência efetiva ou ao menos potencial da concorrência permite que diversos agentes econômicos atuem no mercado, competindo entre si e trazendo benefícios para os consumidores, através da melhoria da produtividade, da qualidade de bens e serviços e da redução dos preços.

Na concepção de Salomão Filho (2007), os concorrentes não podem ser considerados os destinatários imediatos do Direito da Concorrência, pois seus interesses são protegidos pela via da tutela da ordem concorrencial. Como exemplo desta afirmação, discorre sobre as pequenas e médias empresas, afirmando que sua defesa não pode constituir-se no objetivo do Direito Antitruste, devendo ser protegidas como qualquer outro agente econômico, e não como concorrentes privilegiados. Para o autor (SALOMÃO FILHO, 2007, p. 92-93):

[...] Não é admissível é que o direito concorrencial atribua à pequena e à média empresas vantagens adicionais em relação àquelas que *naturalmente* já atribui. Sendo [...] o direito concorrencial formado em grande parte por regras de controle e sancionamento do poder no mercado, as pequenas e as médias empresas, normalmente destituídas desse poder, escapam de grande parte de suas sanções.

Desse modo, o Direito Concorrencial não seria a sede para a proteção de interesses exclusivos das empresas, sem que houvesse justificativa, em última análise, na proteção institucional da ordem econômica (SALOMÃO FILHO, 2007). De fato, o escopo de proteger as empresas de pequeno porte, embora não seja considerado objetivo direto do Direito da Concorrência, não deixa de ser um dos interesses visados de forma reflexa (mas não irrelevante). Trata-se de um dos princípios gerais da atividade econômica, previsto no inciso IX do artigo 170 da Carta Magna.

Com efeito, a liberdade de concorrência deve ser vista como meio de alcançar o equilíbrio entre os grandes agentes econômicos e o direito à permanência das pequenas empresas no mercado, beneficiando, conseqüentemente, os consumidores.

O elemento comum a ambas as disciplinas – Concorrência e Consumo – reside no direito de escolha. Com razão, Glória (2003) afirma que o ponto primordial de todo o Direito da Concorrência é a liberdade de escolha do consumidor, que traz consigo um outro princípio balizador – o da informação – haja vista que sem conhecimento não há liberdade. Deveras, a Política Nacional das Relações de Consumo, descrita no artigo 4º da Lei 8.078/90 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor - CDC), tem por objetivo, dentre outros, a transparência e a harmonia das relações consumeristas, incluindo a liberdade de escolha e a informação adequada e clara dentre os direitos básicos do consumidor, conforme os respectivos incisos II e III do artigo 6º.

Esse direito à informação – que tem assento constitucional no inciso XIV do artigo 5º - é fundamental para guiar o processo decisório do consumidor na compra de um produto ou serviço no mercado e só será efetivamente realizado diante da variedade de opções, que se completa com a tutela da concorrência (CARPENA, 2005). A liberdade de escolha envolve, pois, a capacidade de escolher, amparada na legislação do Consumo, e a variedade de opções, patrocinada pela Lei Antitruste. Carpena (2005, p. 219) escreve que:

O exercício da escolha importa de forma mais direta para satisfação de seus próprios desejos [dos consumidores], mas interessa ao mercado como um todo pois, ao escolher, o consumidor envia “sinais” para a economia, indicando com a sua decisão quais são os melhores e mais seguros produtos e serviços. Somente no momento em que realiza sua escolha, concretizando o ato de consumo, o consumidor se torna agente do processo econômico, apontando quais são aqueles fornecedores que oferecem melhores condições de contratação, melhores preços e/ou qualidade superior. Sua participação contribui portanto para o bom funcionamento do mercado e para os indicadores relativos à demanda, a qual orienta o volume de produção, o preço e, em última análise, as estratégias comerciais dos concorrentes.

É perceptível que, apesar de serem determinados por lógicas distintas, ambos possuem pontos de contato (MIRON, 2005). O Direito da Concorrência visa ao resguardo do sistema concorrencial, incluindo, por óbvio, a proteção da economia de

mercado, para a livre ação dos agentes econômicos, enquanto o Direito do Consumidor preconiza a tutela dos interesses individuais e coletivos desses sujeitos econômicos. O primeiro atua em uma perspectiva macroeconômica, visando ao desenvolvimento da economia nacional, através do livre jogo da concorrência; já o segundo intenta suprir o desequilíbrio das relações de consumo, inserindo-se em um campo microeconômico.

A proteção do consumidor, destarte, possui as duas facetas supramencionadas: microjurídica, no âmbito do sistema de defesa da Lei 8.078/90, e macrojurídica, na seara da Lei 8.884/94. A própria Constituição, ao subordinar a ordem econômica ao princípio da defesa dos consumidores – reconhecendo, pois, que eles são elos da economia de mercado – afirma o interesse do Estado em protegê-los, através de políticas econômicas adequadas.

A interface entre os ramos jurídicos em tela também é ratificada com o cotejo entre diversos dispositivos das legislações consumerista e concorrencial. A título de exemplo, sem aprofundar a interessante análise, para não elastecer em demasia a discussão, o artigo 1º da Lei 8.884/94 inclui a defesa dos consumidores como princípio norteador de sua aplicabilidade, ao passo que o CDC, em seu artigo 4º, inciso III, compatibiliza a proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios constitucionais fundantes da ordem econômica (nos quais se insere a livre concorrência).

No tocante às infrações à ordem econômica vedadas pela Lei Antitruste e às práticas abusivas coibidas pelo CDC, o artigo 21 da primeira condena a recusa de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais (inciso XIII), enquanto que o artigo 39 da segunda contém disposição similar, quanto à recusa das demandas dos consumidores (incisos II e IX). O mesmo se diga quanto à venda casada, ou seja, o condicionamento da venda de um bem ou da prestação de serviço ao fornecimento de outro bem ou serviço, previstos de formas quase idênticas em ambos os diplomas (artigo 21, XXIII, da Lei 8.884/94, e artigo 39, I, da Lei 8.078/90).

A Lei Antitruste também prevê como penalidade a inscrição dos infratores no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor (artigo 24, III), levando em consideração, para dosimetria da pena, o grau de lesão aos consumidores, ao lado da livre concorrência e da economia nacional (artigo 27, V).

A proteção ao consumidor também assume relevo visível na Lei Antitruste no que concerne ao disciplinamento dos atos de concentração (artigo 54), que obriga as empresas a submeter ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência os atos que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços. O inciso II do referido artigo justifica a autorização do ato, desde que os benefícios daí decorrentes sejam distribuídos entre os seus participantes e os consumidores.

Por outro lado, a regulamentação da publicidade pelo CDC (artigos 36 a 38) afeta as relações concorrenciais, porque a “concorrência pode ser substancialmente alterada e até falseada pela publicidade enganosa”, além de dificultar o ingresso de novos concorrentes e a competição entre os agentes já participantes do mercado (SALOMÃO FILHO, 2007, p. 85-90).

É válido frisar que no Brasil a aproximação histórica entre os Direitos da Concorrência e do Consumidor advém desde as primeiras leis antitruste, nascidas sob a égide das Constituições de 1934 e 1937, quando a economia popular era a justificativa para a repressão do abuso do poder econômico e para a promoção da defesa da concorrência¹⁹. Não há negar, portanto, que a proteção de economia popular estava intimamente ligada à defesa do consumidor. Outro ponto de convergência resulta do fato de que a necessidade de proteção, tanto do consumidor – cuja vulnerabilidade respalda a tutela pelo CDC - como da concorrência, decorre das falhas do mercado, as quais permeiam a realidade e impõem a condução estatal das políticas econômicas²⁰.

Os benefícios que a livre concorrência pode trazer aos consumidores são inegáveis (MIRON, 2005): (i) eficiência alocativa de recursos (que significa a distribuição dos recursos em conformidade com as preferências dos consumidores, reduzindo os riscos de inserção, no mercado, de produtos e serviços indesejáveis ou com preços não desejáveis); (ii) incentivo ao investimento em pesquisas tecnológicas, diversificação de produtos e políticas de bom atendimento ao consumidor; (iii) redução de preços e descontos facilitados, face ao receio de produtores e vendedores em perder o mercado, em razão da pressão da rivalidade.

¹⁹ Acerca da evolução da legislação brasileira da concorrência, consultar item 3.2.1.

²⁰ Sobre falhas de mercado, vide item 2.1.4. Quanto à intervenção no domínio econômico, vide item 2.4.

Assim, a apreciação da temática ora debatida reforça a necessidade de buscar a conciliação entre a livre concorrência, essencial à economia de mercado, com o bem-estar dos consumidores e da coletividade em geral, enfim, com o interesse social.

2.2.3 O desenvolvimento

O Direito da Concorrência produz impactos sobre o mercado, na medida em que se propõe a assegurar o processo competitivo que beneficia a coletividade e alavanca o desenvolvimento. Esse desenvolvimento não se limita ao crescimento econômico, ao mero aumento do Produto Nacional Bruto (PNB) ou das rendas pessoais, mas à expansão das liberdades reais de que as pessoas desfrutam, as quais dependem de disposições sociais, políticas e econômicas.

De acordo com Sen (2000), a expansão da liberdade humana é o principal fim e o principal meio do desenvolvimento, e os instrumentos que contribuem para isso, as chamadas liberdades instrumentais, consistem em: (i) liberdades políticas, que abrangem direitos civis e compreendem as oportunidades que as pessoas têm para escolher e fiscalizar seus governantes, expressar-se livremente e ter uma imprensa sem censura, dentre outras relacionadas ao exercício da democracia; (ii) facilidades econômicas, pertinentes à capacidade de utilização de recursos econômicos com propósitos de consumo, produção ou troca; (iii) oportunidades sociais, que são as disposições estabelecidas nas áreas da saúde, educação etc., importantes para que os indivíduos vivam melhor; (iv) garantias de transparência, referentes às presunções de confiança e clareza, inibidores da corrupção, da irresponsabilidade financeira e das transações ilícitas; (v) segurança protetora, que inclui mecanismos institucionais fixos, como benefícios aos desempregados, suplementos de renda regulamentares para indigentes, empregos emergenciais etc.

Em síntese, Sen (2000) defende que o processo de desenvolvimento é crucialmente influenciado pelas inter-relações entre as liberdades supracitadas, e que para tanto é necessário desenvolver e sustentar uma pluralidade de instituições, como sistemas democráticos, mecanismos legais, estruturas de mercado, provisão de serviços de saúde e educação.

No caso do Direito Antitruste, a autonomia e o fortalecimento das instituições componentes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência²¹ contribuem sobremaneira para a aplicação efetiva da legislação atinente à prevenção e à repressão às infrações contra a ordem econômica, aprimorando a defesa da livre concorrência, vital à realidade do mercado competitivo e ao bem-estar geral da coletividade. As instituições, assim, funcionam como instrumentos de promoção do desenvolvimento.

A relação entre desenvolvimento e concorrência é enfatizada por Munhoz (2006), que além de comungar com as ideias propagadas por Sen (2000), complementa o conceito de desenvolvimento com a teoria do novo institucionalismo, oriundo do programa de pesquisa da Nova Economia Institucional, tendo como um dos fundadores North e Coase.

Partindo do raciocínio de Sen (2000), Munhoz (2006) explica que essa relação deve ser vista sob os aspectos econômicos e sociais. No primeiro caso, a competição coordena a lei da oferta e da procura, adequando o fornecimento de bens e serviços à demanda efetiva; propicia a alocação eficaz de recursos, ao combinar fatores de produção para obter maior produtividade; proporciona a eficiência distributiva, haja vista que os fatores de produção são remunerados de acordo com o valor que o mercado lhes atribui; e impulsiona o progresso tecnológico e a modernização. No aspecto social, a livre concorrência cria oportunidades a todos os participantes do mercado, competidores (empresários), que decidem sobre a utilização dos recursos disponíveis, consumidores, detentores da liberdade de escolha, e até trabalhadores, que possuem mais alternativas para mudar de emprego.

Sobre o institucionalismo de North, a autora menciona a importância do papel das instituições na evolução da sociedade, afetando o desempenho da economia, reduzindo a incerteza pelo fato de propiciarem uma “estrutura à vida diária, definindo e limitando o conjunto de escolhas dos indivíduos”, deduzindo que o Direito é um dos instrumentos que influencia a promoção do desenvolvimento e que (MUNHOZ, 2006, p. 68-95):

²¹ O estudo pormenorizado das instituições que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência será apresentado em capítulo próprio.

[...] O desenvolvimento pode ser entendido como um processo de expansão das liberdades formais e substanciais dos indivíduos, para que estes possam desenvolver todas as suas potencialidades, o que por sua vez permite uma maior expansão das liberdades das pessoas, num ciclo virtuoso. Dentro desse processo, as instituições desempenham um papel muito importante, e a sua promoção e/ou reforma pode ser um meio eficiente de promover o desenvolvimento.

O Direito da Concorrência também é instrumental ao desenvolvimento porque se constitui em um dos componentes da política da concorrência, caracterizada como um conjunto amplo de medidas utilizadas pelos governos para intensificar a competitividade nos mercados, como privatizações de empresas estatais, reduções de subsídios específicos para empresas, adoção de medidas de liberalização comercial etc.

Assim, a legislação antitruste, impondo regras que visam à manutenção da livre concorrência, dos direitos de participação dos concorrentes e da liberdade de escolha dos consumidores, só será efetivamente aplicável em um ambiente com políticas e instituições capazes de cumprir esse desiderato.

2.3 O princípio constitucional da livre concorrência

A livre concorrência desponta como princípio constitucional da ordem econômica²², que tem como valor fundante a livre iniciativa, conforme o disposto no artigo 170 da Carta Magna. Os conceitos comportam objetos distintos e não se confundem, mas se complementam. A livre iniciativa é mais ampla e concerne ao direito de participação dos particulares no mercado; a livre concorrência é mais restrita, no sentido de pretender assegurar a equivalência das condições de competição do mercado, constituindo, na verdade, uma limitação ao princípio da livre iniciativa.

A livre iniciativa representa o fundamento da República Federativa do Brasil e da ordem econômica, sendo mencionada, respectivamente, no inciso IV do artigo 1º da Constituição e no *caput* do seu artigo 170. Sua consagração constitucional significa a adoção de uma economia capitalista de mercado, haja vista que a iniciativa privada é um conceito basilar do capitalismo, incluindo não apenas a liberdade de iniciativa econômica ou de atividade empresarial, mas também, segundo Tavares (2006), outras

²² Sobre ordem econômica, vide item 2.4.

formas de organização econômicas, individuais ou coletivas, como a cooperativa, e as liberdades contratual e comercial.

Sobre o assunto, Grau (2007, p. 202-208) se pronuncia defendendo que a livre iniciativa é um desdobramento da liberdade e não se esgota tão-somente como uma afirmação do capitalismo, revelando-se em liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho enquanto valor social. A livre iniciativa, assim, é “modo de expressão do trabalho e, por isso mesmo, corolária da valorização do trabalho, do trabalho livre [...] em uma sociedade livre e pluralista”.

A livre iniciativa relaciona-se à liberdade de exercício da atividade econômica, nos termos do parágrafo único do artigo 170 da Constituição, assegurando a todos o “livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”. Esse dispositivo, cumulado às condicionantes do valor social do trabalho e dos escopos da ordem econômica previstos no *caput* do artigo 170 (existência digna e justiça social), denota a relativização do conceito, ou seja, a livre iniciativa não representa um valor absoluto²³, porque sempre existe a possibilidade da intervenção do Estado desempenhando seu papel disciplinador da economia.

Desse modo, a livre iniciativa não deve ser entendida apenas como abstenção do Estado perante o particular, mas também diante da intervenção estatal com vistas a coibir o exercício abusivo do poder econômico, através das normas antitruste (GOMES, 2004). A relação entre Estado e livre iniciativa, com foco no princípio da livre concorrência, é a analisada por A. Nusdeo (2002, p. 234-235):

Uma das facetas do conteúdo do princípio da livre iniciativa relaciona-se ao problema da ingerência do Estado nas atividades e decisões dos agentes econômicos. Nesse sentido, relaciona-se à origem de sua proteção jurídica, remontando ao início do desenvolvimento do sistema de livre mercado, quando a liberdade de indústria e comércio começava a desgarrar-se do controle das corporações de ofício e do Estado. O princípio tinha o sentido, então, de uma garantia de

²³ Mesmo no auge do liberalismo clássico, o Estado nunca foi totalmente omissivo à atividade econômica; ao contrário, sempre impôs medidas de polícia ao seu exercício, na defesa do interesse público. Como exemplo, os doutrinadores mencionam o Édito de Turgot, o Decreto d'Allarde e a Lei Chapelier, todos do século XVIII. Os dois primeiros declararam a liberdade de comércio e indústria, porém obrigavam o pagamento de impostos e a sujeição a regulamentos de polícia aplicáveis; a última proibia todas as espécies de corporações de ofício.

legalidade imposta a qualquer intervenção do Estado no domínio econômico e da liberdade de exercício da atividade econômica. A partir da expansão do Capitalismo e do aparecimento do fenômeno concentracionista, entretanto, o princípio da livre iniciativa, ponderado pelo da liberdade de concorrência, passa a exprimir a necessidade de proteção contra formas de atuação na concorrência que eliminem o jogo do mercado, criando obstáculos ao acesso e permanência nas atividades econômicas.

Portanto, a livre concorrência não equivale à livre iniciativa, mas foi elencada como princípio norteador da ordem econômica deve ser norteadada. De acordo com A. Nusdeo (2002, p. 234), o postulado da livre iniciativa tem a ver com a manutenção das possibilidades reais de acesso e exercício das atividades econômicas pelos indivíduos [ou ainda, complementando este pensamento, a liberdade de participação dos particulares em um mercado]. Já o princípio da livre concorrência refere-se às possibilidades desses agentes de “disputarem as preferências do consumidor no mercado e às medidas de salvaguarda a um tipo de mercado que assim o permita” [ou ainda a equivalência dos concorrentes e a liberdade para permanecerem no mercado].

Ressalta-se que o princípio da livre concorrência não é corolário da livre iniciativa, posicionamento aqui perfilhado em divergência com Grau (2007) e convergência com A. Nusdeo (2002). Para Grau (2007), sequer haveria necessidade da inserção da livre concorrência como princípio constitucional autônomo, porque a liberdade de iniciativa implica a liberdade de competir. Entretanto, A. Nusdeo (2002) argui que a livre concorrência não é uma consequência natural da livre iniciativa, porque à medida que se constatou ser o mercado falho na alocação dos recursos e na manutenção do jogo concorrencial [ou seja, a inexistência da concorrência perfeita], restou impossível identificar a livre concorrência como um subproduto da livre iniciativa.

O conteúdo do princípio da livre concorrência identifica-se com a liberdade de atuação nos mercados e a luta pela conquista da clientela, em uma disputa que reduz os preços de bens e serviços para os consumidores, dentro de um contexto em que é patente a existência do poder econômico dos agentes do mercado, reconhecido no §4º do artigo 173 da Constituição. Daí deriva um importante aspecto do princípio em tela, que é a repressão ao abuso do poder econômico, nos termos regulamentados pela legislação antitruste (A. NUSDEO, 2002).

Conforme as explanações apresentadas, deduz-se a importância da tutela jurídica da livre concorrência, que pode ser vista sob os ângulos da garantia de um sistema capitalista de mercado e da proteção do consumidor. Preserva-se, com a livre concorrência, a competição e não os competidores. O fenômeno da competição permite a repartição ótima dos bens dentro da sociedade, aproximando-se do escopo de justiça social. Sendo assim, é no modelo de livre concorrência que se encontra maior variedade de produtos a preços menores, gerando um processo competitivo que incentiva os agentes econômicos a aumentar a produtividade e introduzir novas tecnologias, contribuindo para o bem-estar dos consumidores e o desenvolvimento econômico.

2.4 Direito da Concorrência e Direito Econômico

O Direito da Concorrência consiste na “maior e melhor expressão do Direito Econômico” (CARPENA, 2005, p. 22), disciplinando formas de intervenção do Estado sobre o domínio econômico, com o escopo de assegurar a competição entre empresas no mercado. Desse modo, o Direito Econômico, entendido como disciplina que tem por objeto o tratamento jurídico da política econômica, expressa-se através da intervenção do Estado *na e sobre*²⁴ a economia, abrangendo assim o Direito da Concorrência, cujo objeto, como visto, é controlar o exercício abusivo do poder econômico, através da prevenção e repressão às infrações à ordem econômica.

²⁴ O vocábulo *intervenção estatal*, na visão de Grau (2007) é de *atuação* do Estado além da esfera do público, ou seja, na esfera do privado. O autor ressalta que *intervenção [strictu sensu]* é o termo mais apropriado para definir a ação estatal em área de titularidade do setor privado, a exemplo da intervenção sobre o domínio econômico, ao passo que *atuação [latu sensu]* expressa a ação do Estado tanto na área própria, quando da prestação ou regulação dos serviços públicos, como no campo privado. Neste trabalho não haverá distinção entre as expressões.

Em outras palavras, Silva (2007) discorre que a atuação estatal no domínio econômico se dá pela *participação* (Estado como administrador de atividades econômicas, conforme artigos 173 a 177 da Carta Magna) e pela *intervenção* (considerada em sentido restrito, revelando-se o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, com fulcro no artigo 174, fiscalizando, incentivando e planejando).

No sentido estrito, Grau (2007) classifica a intervenção estatal em: (i) intervenção *na* economia e (ii) intervenção *sobre* a economia. Na primeira hipótese, o Estado comporta-se como agente econômico, atuando por *absorção* (*monopoliza* o controle dos meios de produção e/ou troca em um dado setor da atividade econômica) ou por *participação* (*concorre* com outros sujeitos econômicos privados, assumindo parcela dos meios de produção e/ou troca em um determinado setor da atividade econômica). Na segunda, o Estado age enquanto ente regulador do processo econômico, por *direção* (estabelece normas de comportamento compulsório para os agentes econômicos) ou por *indução* (manipula os instrumentos de intervenção de acordo com as leis que regem o funcionamento dos mercados). Não obstante a arguta peculiaridade dessa classificação, o presente trabalho utilizará os termos (*na e sobre*) indistintamente, entendendo pelo sentido amplo, que abrange todas as formas de atuação do Estado na economia, postura inclusive adotada pela Constituição Federal.

A intervenção do Estado na vida econômica é o aspecto marcante do Direito Econômico (MONCADA, 1988), não sendo demais ressaltar que esse não se limita à análise da ação econômica do Estado, mas também dos diversos atores privados que participam do cenário político-econômico. Ao dispor acerca da intervenção na atividade econômica através de regras jurídicas constitucionais e infraconstitucionais, o Direito Econômico trata da organização dos mercados sobre os quais o Direito da Concorrência será aplicado, restando inegável a conexão entre ambos²⁵.

As discussões acerca da existência e da autonomia do Direito Econômico são inócuas atualmente. Em primeiro lugar, porque a Constituição Federal de 1988, no inciso I do artigo 24²⁶, versa sobre a competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre a matéria. Depois, porque já é consenso que o Direito Econômico possui objeto próprio (juridicização da política econômica); sujeitos (os agentes que atuam na ordem econômica, como o Estado, os indivíduos, a coletividade titular de interesses difusos, as empresas e os diversos organismos nacionais e internacionais, públicos ou privados); e normas peculiares (de conteúdo jurídico-econômico).

O Direito Econômico visa a regulamentar as medidas de política econômica, assegurando a defesa e harmonia dos interesses individuais e coletivos, de acordo com a ideologia adotada na ordem jurídica, utilizando-se para tanto do princípio da economicidade. Esse princípio envolve a aplicação do raciocínio econômico nas decisões jurídicas, da “medida do econômico” que se expressa através do “equilíbrio na relação custo-benefício” (SOUZA, 2003, p. 23-29), ou seja, constitui-se em condicionante das “escolhas que o mercado ou o Estado, ao regular a atividade econômica, devem fazer constantemente, de tal sorte que o resultado final seja sempre mais vantajoso que os custos sociais envolvidos” (FONSECA, 2001, p. 35).

Outra característica marcante do Direito Econômico é a mutabilidade, no sentido de ser voltado para regulamentar juridicamente as relações de política

²⁵ Da doutrina pesquisada, Oliveira e Rodas (2004) têm a singular posição de que o Direito da Concorrência não se filia ao Direito Econômico, porque isso implicaria em considerar que o titular do bem jurídico *livre concorrência* seria o Estado e não a coletividade, possibilitando a intervenção estatal na própria liberdade econômica, periclitando princípios constitucionais como o da livre iniciativa. Todavia, esta pesquisadora ousa discordar da colocação, posto que o Estado não é o único sujeito do Direito Econômico.

²⁶ “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I – direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico.”

econômica, instáveis e evolutivas, exigindo, por conseguinte, monitoramento e controle externo.

O Direito Econômico despontou com mais ênfase a partir do momento em que as Constituições passaram a destacar, em capítulo à parte, um título destinado à ordem econômica e social, sendo consideradas, portanto, constituições econômicas. Após a I Guerra Mundial, o fenômeno da concentração capitalista e as crises da economia liberal de mercado exigiram a intervenção do Estado no domínio econômico para salvaguardar o próprio capitalismo, conforme estudo desenvolvido no item “Panorama histórico da concorrência”. Alguns autores (DEL MASSO, 2007) defendem que uma das explicações para o nascimento desse Direito depois da I Guerra foi a percepção da importância da produção econômica para a eficiência das tropas nos campos de batalha, fazendo com que as atividades monetária, de concessão de crédito, laboral, enfim, os fenômenos econômicos em geral passassem a ser objeto de regras jurídicas, de regulamentação para fins determinados.

A Carta de Weimar de 1919 contribuiu para a incorporação de uma ordem econômica no nível constitucional, influenciando as demais que lhe sobrevieram, a exemplo, no Brasil, das Constituições a partir de 1934. Trata-se da instituição do chamado constitucionalismo econômico.

De acordo com Grau (2007), os conceitos de ordem econômica e constituição econômica são bastante próximos. A primeira configura-se como parcela de ordem jurídica²⁷ composta por normas que institucionalizam uma determinada ordem econômica; a segunda, como conjunto de preceitos que institui, também, uma determinada ordem econômica, além de possuir um caráter dirigente, enunciando diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade.

Deveras, a Carta Magna de 1988 institui o sistema econômico nacional, ao dispor no *caput* do artigo 170 que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa. Tais fundamentos espelham o modo de produção capitalista, na medida em que garantem a liberdade de empreender, porém pautada pela

²⁷ Grau (2007) comenta ainda três conotações para a expressão *ordem econômica*: (i) fática, em que a ordem econômica é o modo de ser empírico de uma dada economia concreta, inexistindo nesse sentido referência a um conjunto de normas reguladoras de relações sociais, mas sim uma relação entre fenômenos econômicos e materiais; (ii) normativa, segundo a qual a ordem econômica é o conjunto das regras de conduta atinentes à regulação do comportamento dos sujeitos econômicos; (iii) e jurídica, em que a ordem econômica significa ordem jurídica da economia.

valorização do trabalho humano, posto que o trabalhador é um dos principais fatores da produção econômica. O mesmo artigo também cuida da finalidade da ordem econômica, que é assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, ratificando assim a característica programática da Constituição vigente.

A livre concorrência aparece no inciso IV do artigo em exame, enquanto princípio da ordem econômica, ao lado da soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, defesa do consumidor e do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido às empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no país.

Ainda no título sobre a ordem econômica, a Constituição trata da exploração direta da atividade econômica pelo Estado, limitada às hipóteses de imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo (artigo 173), e ratifica o papel estatal na normatização e regulação da atividade econômica (artigo 174). Já o § 4º do artigo 173 reza que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”, o que ensejou sua regulamentação através da Lei 8.884/94, conhecida como Lei Antitruste ou Lei de Defesa da Concorrência.

Todo o exposto evidencia que essa plêiade de normas e princípios jurídicos que incidem sobre a ordem econômica visa a implementar políticas públicas, inserindo-se indubitavelmente dentro do objeto do Direito Econômico. Pode-se asseverar, assim, a existência de uma interface entre o Direito Econômico e o Direito da Concorrência, sem contudo caracterizar a autonomia deste último, porque está inserido no Direito Econômico sob a forma de disciplina jurídica da atuação do Estado sobre a economia.

O liame entre os direitos sob discussão transparece do objeto de ambas as disciplinas, visto que o Direito da Concorrência tem por objeto normas jurídicas concernentes à intervenção estatal sobre a economia, visando ao controle do exercício abusivo do poder econômico, as quais contêm a mesma essência das normas de Direito Econômico, constatando-se que aquele é uma das formas pela qual este se manifesta.

3 PANORAMA HISTÓRICO DA CONCORRÊNCIA

3.1. Evolução do tema

A análise histórica do Direito Concorrencial é salutar à compreensão do assunto, posto que o princípio da livre concorrência é indissociável do liberalismo econômico, pilar ideológico do sistema capitalista que se firmou através dos séculos. Para tanto, faz-se mister o estudo da evolução da concorrência anterior à fase liberal-capitalista, remontando à Antiguidade Clássica, quando já se vislumbram monopólios, passando pela Idade Média, para demonstrar a importância do comércio no desenvolvimento da concorrência; chegando às Idades Moderna e Contemporânea, com o desenvolvimento e os contrastes do capitalismo e a definição do papel do Estado na ordem econômica.

3.1.1 Concorrência no pré-liberalismo

Antes de ingressar propriamente no estudo do Direito Concorrencial a partir do liberalismo econômico, deve-se frisar que a disciplina da concorrência precede a este período, desvinculando-se, portanto, a concorrência do mercado liberal burguês e do sistema capitalista.

De fato, “o início da disciplina da concorrência não é concomitante ao surgimento de um mercado liberal” (FORGIONI, 2005, p. 28-43), mas remonta ao momento em que houve a necessidade de regulamentar monopólios: na Grécia e em Roma, no intuito de eliminar os efeitos nocivos das dificuldades econômicas relacionadas à escassez de alimentos e mercadorias; e na Idade Média, quando as corporações de ofício produziram muitas regras de concorrência, positivando princípios que, de certo modo, inspiram o legislador até os dias atuais.

No caso das sociedades clássicas, os monopólios estatais de grãos voltados ao aumento da receita governamental na Grécia já denotavam preocupação relativa à concorrência, assim como em Roma - onde o governo autorizava monopólios mediante

retribuição - berço do primeiro diploma a regulamentar a política do monopólio, o Édito de Zenão de 483, visando a impedir o aumento abusivo dos preços e a assegurar a concorrência.

Na Idade Média, a expansão do comércio decorrente das Cruzadas²⁸ trouxe um novo rumo para a economia feudal e o conseqüente crescimento das cidades, dos mercados e de uma nova classe social – a dos mercadores. Nesse contexto, despontaram as primeiras corporações de ofício, associações ou “ligas” de mercadores com interesses comuns que passaram a exercer o monopólio sobre o comércio das cidades onde estavam estabelecidas. Apenas aqueles que integrassem uma corporação tinham o direito de desenvolver a atividade econômica por ela regulamentada; cada corporação possuía regras próprias, que deveriam ser cumpridas por seus integrantes, sob pena de expulsão e impedimento de exercer a profissão.

Dessa maneira, as corporações de ofício controlavam o mercado, estabeleciam os preços e eliminavam a concorrência, no intuito de proteger as relações comerciais, os interesses de comerciantes e produtores. Nesse aspecto, como destaca Forgioni (2005, p. 42), é perceptível a “semelhança da motivação da gênese das corporações de ofício e dos cartéis ou associações atuais: união dos agentes econômicos tendo em vista a proteção dos interesses que são comuns”.

Além dos monopólios exercidos pelas corporações de ofício, outro tipo de monopólio começou a tomar ímpeto: o do comércio marítimo. O que possibilitou esse fenômeno, além do acúmulo das riquezas provenientes das Cruzadas, foi o fortalecimento da burguesia mercantil e dos Estados nacionais; a difusão das ideias da Reforma Protestante, defendendo a autonomia entre Estado e Igreja e justificando o comércio e o empréstimo a juros, contra toda a moral da Idade Média, que pregava o justo preço e condenava a usura; o conseqüente florescimento das atividades bancárias e financeiras; o desenvolvimento de técnicas de transporte, produção e armas de fogo, permitindo a abertura de novas rotas marítimas (BEAUD, 1989).

²⁸ As Cruzadas foram fundamentais à expansão comercial vigorosa, porém as condições para o desenvolvimento do comércio precederam a esse movimento religioso: as transformações econômicas ocorridas no interior da Europa, ainda na era feudal, como o crescimento da produtividade agrícola, propiciando um excedente de alimentos e de mão-de-obra para os mercados; a utilização racional da energia e dos transportes, possibilitando o surgimento das pequenas indústrias nas cidades, o aumento da produtividade e a concentração nos centros urbanos. (HUNT; SHERMAN, 1985).

Com efeito, as novas rotas, a descoberta e pilhagem de metais da América pelos europeus e o tráfico de escravos africanos intensificaram o comércio, sob o manto da política mercantilista que se instaurava, podendo-se afirmar que ocorria uma verdadeira Revolução Comercial.

O mercantilismo era o sistema de controle econômico utilizado para a exploração dos mercados coloniais do além-mar e para o fortalecimento da dominação das monarquias absolutistas. Os Estados que saíram à frente nesses empreendimentos, como Portugal e Espanha, transformaram-se em grandes armadores e colonizadores, beneficiando-se da política de exclusividade que impunham às suas colônias, conhecida como pacto colonial. Isso significava que as colônias ficavam impedidas de comerciar livremente e, em consequência, concorrer com as metrópoles.

No decorrer dos séculos XVI a XVIII aumentaram o descontentamento e as revoltas populares em desfavor das regras rígidas das corporações, impedindo o livre exercício da profissão; dos monopólios decorrentes do pacto colonial, neutralizando a concorrência e privilegiando grandes companhias²⁹ em detrimento de inúmeros comerciantes; e do aumento geral de preços provocado pelo acúmulo de metais e pela inflação, oriunda do alto custo da manutenção da realeza e das guerras³⁰. O declínio do mercantilismo era premente.

3.1.2 Concorrência e liberalismo

O final do século XVIII marca a decadência do mercantilismo, o que já se vislumbrava com a Declaração de Independência dos norte-americanos contra a política colonial inglesa, em 1776, e com as inovações tecnológicas que propiciaram a Revolução Industrial. No campo teórico, a insatisfação contra o mercantilismo e a defesa do liberalismo refletiu-se na primeira escola de economia científica – a dos

²⁹ A exemplo da Companhia (holandesa) das Índias Orientais, formada em 1602 e detentora do monopólio do comércio com as Índias.

³⁰ O mercantilismo fomentava o comércio exterior e as riquezas advindas do acúmulo de metais, acreditando que quanto maior o estoque de ouro, prata e pedras preciosas, mais poderoso seria o país. Com isso, estimulou guerras, exultou o nacionalismo e manteve a presença constante do Estado em assuntos econômicos.

fisiocratas³¹ - consolidando-se com a publicação da *Riqueza das Nações: investigação sobre sua natureza e suas causas*, de Smith.

A fisiocracia, cujo maior expositor foi Quesnay, médico da Corte de Luís XV, consistiu em uma reação à complexa política do mercantilismo, que se fazia presente através de diversos regulamentos e da forte atuação do Estado ordenando a economia. Os fisiocratas pregavam o livre comércio e a desregulamentação governamental, defendendo a agricultura como fonte original da riqueza. Para eles, a presença do Estado na economia era dispensável, porque a terra era a única fonte de riqueza e as leis da natureza deveriam imperar. Ao transmudar o centro da análise do âmbito do comércio para o da produção, os fisiocratas criaram a noção de produto líquido, ou seja, de que apenas a terra era capaz de multiplicar e produzir algo novo, e que a indústria e o comércio somente transformavam ou transportavam os produtos da terra (SANDRONI, 2007). Nesse aspecto, combatiam o mercantilismo, que estimulava essas atividades em detrimento da agricultura.

A importância dos fisiocratas para a disciplina da concorrência reside no combate das ideias mercantilistas que limitavam a liberdade econômica e na formulação das bases para a teoria do liberalismo econômico, lançando a máxima do *laissez-faire, laissez-passer*³².

Partindo das ideias fisiocratas, Smith publicou *A Riqueza das Nações*, obra decisiva para derrocada da doutrina mercantilista. Enquadrando-se na escola do pensamento clássico econômico, ao lado de David Ricardo, John Stuart Mill e Thomas Malthus, que conferiram caráter científico integral à economia, ele acreditava que a livre iniciativa, a liberdade de concorrência, o *laissez-faire*, eram fundamentais para o desenvolvimento econômico, e que o mercado seria o regulador das decisões econômicas, sem necessidade da intervenção do Estado. Considerava que os interesses individuais livremente desenvolvidos – todos os agentes buscando lucrar o máximo – resultariam no bem-estar coletivo. A apologia ao individualismo e a negação da

³¹ A palavra fisiocracia deriva do grego *physis* (terra, natureza). Governo da natureza.

³² Os fisiocratas dividiam a sociedade entre produtores (agricultores), proprietários de terra (nobreza e clero) e classes estéreis (os demais cidadãos). Alegavam que a que a circulação de renda entre essas classes (os agricultores e proprietários compram produtos e serviços dos outros grupos, que retornavam a renda comprando produtos agrícolas) correspondia a uma ordem natural regida por leis imutáveis como as leis da física. Por esta razão, condenavam a intervenção do Estado que não fosse para assegurar essa ordem natural, defendendo, em consequência, a ampla liberdade econômica contra as barreiras feudais e o mercantilismo, pensamento traduzido na expressão *laissez-faire, laissez-passer*, que significa *deixar fazer, deixar passar* (SANDRONI, 2007).

intervenção estatal na economia – que deveria ser regida por uma “mão invisível” – transformar-se-iam nas premissas básicas do liberalismo, terreno onde se desenvolveu, de forma sistemática, o Direito da Concorrência.

Forgioni (20059) salienta que *A Riqueza das Nações* não inovou em matéria de concorrência, todavia sedimentou o movimento que lutava pela libertação dos agentes econômicos e pela não-intervenção do Estado no funcionamento do mercado.

As ideias de Smith contrariavam o mercantilismo, sistema que defendia que a riqueza de uma nação era constituída pela moeda (quantidade de metais que possuía), partindo para a concepção de que a causa dessa riqueza era o trabalho humano, encarado como valor³³, e que um dos fatores decisivos para aumentar a produção era a divisão desse trabalho.

Em outras palavras, Smith argumentava que o aumento da riqueza de uma nação dependia não da moeda, como afirmavam os mercantilistas, a qual era apenas meio de circulação de bens, mas sobretudo do crescimento da produtividade do trabalho, que, em decorrência do grau de especialização, acarretaria a expansão do mercado e do comércio. Sua retórica refutava também os conceitos fisiocratas, ao demonstrar que não somente os bens oriundos da natureza geravam valores, mas todas as atividades que produziam mercadorias tinham essa capacidade.

Em suma, sua contribuição para a disciplina da concorrência foi demonstrar a importância do trabalho e da produtividade para o crescimento econômico, o que exigia um ambiente liberto das barreiras mercantilistas impostas ao comércio.

A publicação da obra *A Riqueza das Nações* é concomitante ao período incipiente da Revolução Industrial³⁴ e se adequava aos anseios da burguesia defensora da ideologia liberal, os quais culminaram na Revolução Francesa de 1789, exultando os ideais de *liberté, égalité e fraternité*.

³³ Característica marcante da escola clássica inaugurada por Adam Smith é a abordagem teórica do valor (teoria do valor-trabalho). O valor de troca é a capacidade de obter riquezas; o valor de uma mercadoria é obtido pelo trabalho nele empregado.

³⁴ A Revolução Industrial origina-se de um processo de transformações de forças produtivas ocorridas na Europa séculos antes: o declínio do sistema feudal, o desenvolvimento do artesanato e do sistema manufatureiro, a Revolução Comercial. Dentre as maiores inovações tecnológicas introduzidas na fase inicial da industrialização, pode-se afirmar que a mais importante foi a invenção da máquina a vapor, que possibilitou a gigantesca produção em larga escala.

O liberalismo defendia, em linhas gerais, a ampla liberdade individual, a democracia representativa com independência entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e o direito à propriedade. Elencava, ainda, os princípios da livre iniciativa e concorrência como fundamentais para harmonizar interesses individuais e coletivos e promover o progresso social. Nesse sentido, esclarece o economista Sandroni (2007, p. 486):

Segundo o princípio do *laissez-faire*, não há lugar para a ação econômica do Estado, que deve apenas garantir a livre-concorrência entre as empresas e o direito à propriedade privada, quando esta for ameaçada por convulsões sociais. O pensamento econômico liberal constitui-se, a partir do século XVIII, no processo de Revolução Industrial.

Durante a Revolução Industrial, que teve seu apogeu no século XIX, com o aperfeiçoamento das tecnologias e a profunda transformação das forças produtivas, triunfou o liberalismo clássico que serviu de ideologia para a sedimentação do sistema capitalista³⁵, sendo possível identificar a concorrência como correlata a um modelo de organização do mercado.

O mercado capitalista liberal trazia ínsita a ideia da livre concorrência, sem as amarras do antigo sistema vigente, em que os comerciantes se fechavam em corporações para proteger seus interesses, e o Estado, no afã mercantilista, regulava a economia e limitava a liberdade de comércio. Na nova ordem que se firmava, a liberdade econômica – de atuar e de concorrer - era instrumento essencial, e a concorrência passou a ser encarada solução contra os monopólios, apta a regular mercado sem a necessária intervenção estatal na economia.

Porém, essa liberdade econômica não era absoluta porque o Estado se fazia presente. Apesar dos dogmas liberais adotados para justificar sua atuação mínima, residual e restrita a setores como soberania e segurança pública, o Estado, mesmo sem

³⁵ O sistema capitalista sustenta-se em dois pilares: busca de lucros e a acumulação de capital. O capital é a fonte de lucros e de acumulação de capital ulteriores. Entre os séculos XVI a XIX, a transição do feudalismo para o capitalismo foi impulsionada pela acumulação primitiva de capital, cujas principais fontes são: o crescimento do intercâmbio e do comércio de mercadorias; o sistema de produção manufatureiro (*putting-out system*), em substituição à indústria artesanal, aumentando a produtividade devido ao grau de especialização atingido; o regime de cercamento (*enclousure*) dos campos, visando à produção de matéria-prima para as indústrias emergentes; a inflação de preços; a política mercantilista e a pilhagem colonial. (HUNT; SHERMAN, 1985).

agir de maneira intervencionista na economia, fixava algumas restrições no intuito de preservar o interesse público: assegurar a competição entre os agentes econômicos possibilitava preços menores que os praticados pelos monopólios, preços esses que não deveriam mais ser determinados por imposições exógenas, mas pela lei da oferta e da procura.

Assim, na nova conjuntura liberalista o papel do Estado seria manter a concorrência e o livre mercado, e, a exemplo do que foi acima referido, impedir a fixação artificial de preços em prejuízo dos consumidores e dos demais agentes econômicos. Para tanto, no plano político a estruturação da doutrina liberal-capitalista manifestou-se com o constitucionalismo e as codificações do Direito Privado, garantindo os direitos e liberdades individuais, dentre os quais a livre concorrência. No primeiro caso, as constituições modernas assumiram uma “suposta neutralidade no campo econômico” (CARPENA, 2005, p. 13). De fato, essa omissão era apenas aparente, pois ao garantirem a propriedade privada, a liberdade de exercício das profissões e a livre contratação, as cartas políticas clássicas estruturavam o sistema de mercado. No tocante ao *Code Napoleon*, sua promulgação em 1804 contribuiu de forma incisiva para o fortalecimento do liberalismo, estabelecendo o direito de propriedade e a liberdade contratual em termos absolutos, relegando a segundo plano os direitos sociais.

Pode-se afirmar, então, que a Economia e o Direito passaram a trabalhar com os mesmos conceitos: concorrência, livre iniciativa e propriedade, sem contudo chegar a consensos em suas interpretações (PORTO, 2006).

A realidade comprovou que o ideário do liberalismo econômico clássico não funcionou como deveria, porque a livre atuação dos agentes econômicos gerou a exacerbada concentração de capitais e poder nas mãos de poucos, comprometendo a preservação do próprio mercado. Ademais, os liberais clássicos ignoravam as crises cíclicas capitalistas, creditando ao mercado – lei da oferta e da procura, suposição de emprego constante de todas as fontes produtivas disponíveis, acumulação de capital etc. – o poder de equilibrar-se sem a intervenção do Estado.

O surgimento de grandes monopólios³⁶ e a exploração cada vez mais feroz do proletariado que trabalhava nas indústrias trouxeram à tona o conflito entre capital e

³⁶ Na economia capitalista, o monopólio é entendido como forma de organização de mercado em que uma empresa domina a oferta de determinado produto ou serviço que não tem substituto. O monopólio puro é

trabalho e a competição predatória entre os agentes econômicos colocaram em contradição o liberalismo reinante.

3.1.3 Concorrência e contradições do liberalismo

Ainda no século XIX, conforme o exposto, o liberalismo econômico clássico começou mostrar imperfeições e passou a ser combatido por pensadores como Sismondi, que criticava o capitalismo industrial e toda a economia liberal, bem como a dominação dos capitalistas sobre os trabalhadores, identificando que a “melhor-valia” - diferença entre o valor produzido pelo trabalhador e aquilo que ele efetivamente recebe - era o fator responsável pelo abismo entre as duas classes. Esse economista foi um dos precursores do socialismo e o primeiro a explicar as crises inerentes ao sistema capitalista, levantando a bandeira intervencionista estatal.

Outros doutrinadores apontaram falhas do pensamento econômico liberal, mas sem a maestria de Marx, que, embora absorvesse da escola clássica preceitos como a teoria do valor-trabalho, utilizada para desenvolver o conceito de mais-valia³⁷, contestou-a de forma veemente, analisando o processo capitalista a partir do materialismo histórico e da luta de classes³⁸. Com a publicação de *O capital*, em 1867, Marx mudou o rumo da economia política, propondo uma abordagem analítica, com a interação entre a Economia e os fatos históricos e sociais, criticando o enfoque pragmático conferido até então pela ciência econômica.

A respeito da concorrência, Marx condenava o capitalismo competitivo e a liberdade de concorrer, porque geravam a exploração da classe trabalhadora pelos

raro; mais comum é o oligopólio, em que um pequeno grupo de empresas detém a oferta de produtos e serviços, ou a concorrência imperfeita, na qual ou mais caracteres do monopólio estão sempre presentes (SANDRONI, 2007).

³⁷ Diferença entre o valor das mercadorias produzidas pelo trabalhador, em um dado período de tempo, e o valor da força de trabalho vendida ao empregador (capitalista) que o contrata. O modo de produção capitalista é fundado na relação de troca entre capital e trabalho: o capitalista adquire uma mercadoria (força de trabalho) e vende outra mercadoria, produzida com a força de trabalho. Como o valor da força de trabalho é inferior ao das mercadorias produzidas com o emprego dela, esse excedente produtivo apropriado pelo capitalista traduz-se em lucro, mais-valia.

³⁸ A análise econômica marxista parte de uma abordagem histórica, o materialismo histórico, cuja tese central é a de que o alicerce da organização social é a atividade material, produtiva, econômica. Para Marx, é a base econômica da sociedade (infraestrutura), ou o modo de produção, que influencia as demais instituições sociais (superestrutura) jurídicas, políticas, religiosas. Por sua vez, o desenvolvimento dos diversos modos de produção ocorre como um processo objetivo determinado pelo antagonismo entre as forças e as relações produtivas, manifestado através da luta de classes.

capitalistas (MARX, 1867 *apud* VASCONCELLOS; GARCIA, 2001, p. 21). Para ele, as inovações tecnológicas e a concorrência entre os capitalistas incentivavam o processo de concentração do capital, fazendo surgir empresas cada vez maiores, controladas por poucos:

[...] a concorrência causa devastações em proporção direta ao número, e em proporção inversa às magnitudes dos capitalistas adversários. Termina sempre provocando a ruína de inúmeros pequenos capitalistas, cujos capitais passam em parte, ao controle de seus conquistadores, em parte desaparecem (MARX, 1961, *apud* HUNT; SHERMAN, 1985, p. 98).

As previsões de Marx acerca dos efeitos nefastos da concentração de capital e da competição agressiva entre os agentes econômicos eram ratificadas pela realidade econômica do final do século XIX. Embora o capitalismo industrial experimentasse seu apogeu, devido ao aperfeiçoamento tecnológico, ao desenvolvimento dos transportes e dos meios de comunicação e à ampliação em escala mundial dos mercados, a concorrência tornou-se tão destrutiva que as pequenas empresas começaram a ser eliminadas pelas grandes; estas, por sua vez, optavam em se associar (cartéis, trustes, fusões) para assegurar a sobrevivência, formando corporações que detinham poderes monopolistas.

Era patente, portanto, que a doutrina liberal clássica dissociava-se das condutas praticadas pelas gigantescas corporações, que monopolizavam o mercado, impedindo que a “mão invisível” da livre concorrência atuasse.

A economia de mercado verdadeiramente competitiva, de acordo com os liberalistas clássicos, seria composta por uma infinidade de pequenas empresas, de tal sorte que nenhuma delas exercesse influência significativa sobre os preços ou o total de mercadorias vendidas, mas norteasse suas decisões pelas preferências dos consumidores e pela concorrência entre os agentes econômicos para conquistar esses consumidores (HUNT; SHERMAN, 1985).

Assim, o liberalismo de Smith e seus seguidores não mais se adequava à economia de mercado estigmatizada pela concentração do poder corporativo das

empresas, fazendo surgir a escola neoclássica, que predominou entre 1870 e até a Primeira Guerra Mundial.

Os neoclássicos³⁹ revigoraram a ideologia liberal, mantendo a defesa da “mão invisível” da concorrência no mercado e da política do *laissez-faire*, porém substituindo a teoria do valor-trabalho por um fator subjetivo: a utilidade de cada bem e sua capacidade de satisfazer as necessidades humanas. A escola neoclássica ressaltava o comportamento do consumidor, afirmando que o seu desejo de satisfação no consumo (maximização da utilidade) e o intuito do produtor em aumentar o lucro gerariam o equilíbrio de mercado (equilíbrio produção/consumo); aplicava o raciocínio matemático para demonstrar a existência de uma relação funcional entre a utilidade obtida pelo consumidor e as quantidades das mercadorias por ele consumidas.

Todavia, os postulados da concorrência perfeita regulada pelo mercado e da inexistência de crises econômicas, defendidos pelos neoclássicos, também continuavam dissociados da realidade econômica, pautada pela substituição inexorável da concorrência pelo monopólio, a exemplo do que ocorreu nos Estados Unidos da América (EUA), onde, em fins do século XIX, surgiram os primeiros dispositivos antitruste, palco dessa *rivalidade* entre o poder econômico privado – advindo da concentração – e o poder estatal.

3.1.4 Regulamentação da concorrência: primeiros dispositivos antitruste norte-americanos

Com o surgimento de grandes *pools*, de empresas que passaram a dominar os mercados de forma exclusiva, contra a premissa da livre concorrência, atestando a incapacidade de autorregulação da economia, as contradições do liberalismo ficaram expostas. As insatisfações culminaram na regulamentação da concorrência, com vistas a corrigir as distorções e a evitar a autodestruição do próprio mercado.

Em meados do século XIX, os Estados Unidos experimentaram um crescimento acelerado, devido ao desenvolvimento da malha ferroviária, que integrou a

³⁹ Carl Menger (Áustria), William Jevons (Inglaterra), Alfred Marshall (Cambridge), Vilfredo Pareto (Lausanne), John Bates Clark e Irving Fisher (Estados Unidos) são alguns expoentes.

produção e estimulou a imigração estrangeira (mão-de-obra para as indústrias), aumentando a concorrência e o consumo.

Apesar da política liberal do livre comércio que vigorava no século XIX, os Estados Unidos, desde sua independência, praticavam tarifas protetoras, dificultando a entrada de produtos estrangeiros, fomentando a produção interna e instigando indústrias incipientes a se transformarem em gigantescas, protegidas, na feliz expressão de Huberman (1986, p. 218), pelos “muros tarifários”. Nessa conjuntura, a competição acirrada entre os agentes econômicos fez com que a concorrência cedesse espaço ao monopólio, nas formas de cartéis, trustes e fusões em geral.

Especificamente nos EUA, os trustes exerceram imenso poder sobre a economia, a exemplo da companhia *Standard Oil*, ligada ao refino do petróleo e controladora de cerca de 90% do mercado à época; e dos setores de aço, açúcar, carvão, eletricidade, dentre outras empresas detentoras de parcelas substanciais do mercado, que se uniam no intuito de controlá-lo. Os trustes, que se formaram da livre concorrência, fizeram o possível para eliminá-la, tentando disciplinar a produção das mercadorias para poder fixar a distribuição e o preço, assegurando elevadas margens de lucros e propiciando a concentração do poder econômico nas mãos de poucos agentes.

As discussões sobre os trustes dividiram opiniões: de um lado, havia os grandes empresários e economistas, que sustentavam que a referida concentração possibilitava o incremento da produção e a expansão industrial; de outro, estavam os consumidores, agricultores, trabalhadores e pequenos empresários (FORGIONI, 2005), imensamente prejudicados com as práticas predatórias dos preços impostos artificialmente pelos monopólios. As pressões para uma regulação da concorrência partiram desses diversos setores da sociedade, que exigiam a incorporação legal da economia de livre mercado. Ressalte-se que muitos tribunais dos EUA já condenavam determinadas práticas monopolistas, podendo-se afirmar que o Direito Antitruste já era aplicado em alguns Estados Federados.

Nesse contexto, promulgou-se o *Sherman Act*, em 1890, primeira legislação⁴⁰ que se propunha a regulamentar a concorrência, o qual não surtiu os efeitos desejados,

⁴⁰ Todavia, credita-se ao Canadá o pioneirismo da legislação concorrencial, com a edição do *Act for the Prevention and Suppression of Combinations formed in Restraint of Trade*, ainda sob dominação inglesa, com o intuito de atacar os problemas dos conluíus para restrição comercial, fixação de preços

em razão da vagueza de seu texto e da ausência de normas disciplinadoras do processo de concentração de empresas, abrindo caminho a uma atuação forte do Poder Judiciário para delimitar seus contornos. Em 1914, o *Clayton Act* foi editado para complementar a Lei *Sherman* e suprir-lhe lacunas, contendo normas que condenavam algumas práticas anticoncorrenciais, inspirando o arcabouço jurídico antitruste brasileiro, que viria décadas depois, conforme será analisado.

No mesmo ano, criou-se a primeira agência incumbida da vigilância e aplicação da leis supramencionadas, a *Federal Trade Commission – FTC*, seguida pelo *Robson-Patman Act* (1936) e do *Celler-Kefauver Act* (1950), visando a aperfeiçoar a sistemática legal antitruste.

É importante observar, portanto, que a regulamentação legal antitruste não foi contrária ao liberalismo econômico, mas procurou neutralizar as máculas desse sistema – elevada concentração de poder econômico - propiciando a manutenção de um dos seus pilares essenciais: o livre mercado e a liberdade de concorrência.

3.1.5 O papel do Estado e a Revolução Keynesiana

A surgimento da legislação antitruste, em uma sociedade que já despontava como potência mundial, foi uma resposta à excessiva concentração de poder por um número restrito de agentes econômicos, instituindo monopólios que acabaram por prejudicar a livre concorrência, devido à incapacidade real de auto-organização do mercado.

Na verdade, outros fatores foram decisivos para abalar a crença no liberalismo econômico: a Primeira Guerra Mundial (1914-1918) e a Grande Depressão de 1929 marcaram o fim do *laissez-faire* e o clamor por uma atuação mais direta do Estado sobre a economia, por uma regulamentação estatal da atividade econômica.

No período da I Guerra, surgiram as cartas políticas que tratavam o intervencionismo estatal, inovando com seus preceitos acerca do disciplinamento da atividade econômica: as Constituições do México (1917) e de Weimar (1919).

etc., sendo posteriormente incorporado ao primeiro Código Penal canadense (OLIVEIRA; RODAS, 2004).

Influenciadas pela legislação antitruste norte-americana, esses textos legais também rechaçavam o monopólio, a elevação artificial dos preços e as práticas tendentes a eliminar a concorrência.

Nessa conjuntura, pode-se identificar a gênese do Direito Econômico⁴¹ como conjunto de técnicas jurídicas utilizadas pelo Estado para a realização de sua política econômica, e que a intervenção estatal é efetuada pela utilização de normas destinadas a tutelar a livre concorrência entre os agentes ou reprimir o abuso do poder econômico. A concorrência deixa de ser considerada um valor absoluto, para adquirir a característica de *concorrência-instrumento*, ou seja, meio de alcançar o equilíbrio econômico mediante a implementação de políticas públicas.

O Estado outrora liberal, de atuação reduzida na esfera econômica, transmutou-se em Estado Social, passando a intervir no domínio econômico e assumindo responsabilidades crescentes, através de políticas públicas assistenciais. Esse *Welfare State* também era uma maneira de evitar os avanços do socialismo ortodoxo de Marx, o qual começava a ser seguido por alguns países e ameaçava a hegemonia do capitalismo.

Como visto, a relação entre Estado e economia atravessou diferentes estágios:

- (i) Na Antiguidade Clássica e na Idade Média, o Estado assegurava alguns monopólios – ou seja, neutralizava a concorrência - por razões pragmáticas, para sanar distorções tópicas e obter resultados eficazes e imediatos (FORGIONI, 2007);
- (ii) Com a crise do feudalismo, o declínio do mercantilismo, a emergência do modo de produção capitalista e a Revolução Industrial, o Estado possuía uma postura não-intervencionista, sob os auspícios do liberalismo econômico que defendia a livre concorrência como apta a regular o mercado;

⁴¹ A concentração capitalista foi um fato econômico que influenciou profundamente o Direito, fazendo surgir um novo ramo, o Direito Econômico. Como acentua Farjat (1982, p. 143, apud FONSECA, 2001), a concentração capitalista foi decisiva para o Direito Econômico, situando-se na origem de todas as grandes mutações das sociedades industriais. A intervenção do Estado aparece como uma consequência da concentração.

(iii) O liberalismo trouxe como distorções a extrema concentração de poder nas mãos de poucos agentes econômicos e o risco de autodestruição do mercado, exigindo-se do Estado que disciplinasse o jogo do mercado, para preservá-lo;

(iv) A regulamentação da concorrência – decorrente da atuação do Estado sobre a economia - passa a ser vista não apenas como fundamental à manutenção do sistema, mas como instrumento de implementação de políticas públicas (FORGIONI, 2007), estágio que será analisado a partir do impacto da chamada *Revolução Keynesiana*.

Keynes (1936) mostrou a inexistência do princípio do equilíbrio automático na economia liberal-capitalista e defendeu a ingerência do Estado nas questões econômicas, através de políticas públicas. Tido como o maior economista do século XX, assim como foi Marx no século XIX, tamanha a influência de suas ideias no âmbito da teoria e da política econômica, Keynes foi o pioneiro da macroeconomia, sistema que analisa o comportamento econômico como um todo, em contraposição à visão microeconômica, cuja crença na capacidade autorreguladora do mercado negligencia esse aspecto⁴².

A *Revolução Keynesiana* faz sentido em razão do período em que a doutrina de Keynes se propagou, qual seja, após a crise de 1929, deflagrada pela quebra de Bolsa de Nova Iorque, abalando a confiança no mercado, com o declínio da produção, dos investimentos e o desemprego em massa. Outros países capitalistas também enfrentavam o desemprego crescente, fator de instabilidade econômica. Além disso, a causa socialista já ganhava muitos adeptos, visto que a economia soviética crescia em ritmo acelerado, o que não agradava ao capitalismo reinante.

A publicação de seu livro *A teoria geral emprego, do juro e da moeda* (1936) foi a explicação para o mal que assolava o sistema capitalista, propondo soluções práticas. Os estudos de Keynes sobre o emprego e o ciclo econômico e as políticas por

⁴² É fato que o materialismo histórico de Marx já considerava o organismo econômico como um todo, porém é de Keynes o mérito de fornecer a sistematização teórica, os modelos que inspirariam grande parte dos economistas ocidentais.

ele recomendadas conduziram a essa interface entre o Estado e as atividades econômicas de um país. De modo geral, Keynes trouxe respostas concretas para a crise capitalista, argumentando que o desemprego resultava de uma demanda insuficiente de bens e serviços, a qual só se resolveria através de investimentos que assegurariam o pleno emprego e influiriam nessa demanda (princípio da demanda efetiva) e no conseqüente aumento do consumo. Para isso, defendia a necessária intervenção do Estado na economia mediante políticas de gastos públicos.

O impacto político de Keynes foi visível após a Segunda Guerra, quando os modelos *keynesianos* passaram a ser aplicadas efetivamente pelos países capitalistas, que elencaram o pleno emprego como meta explícita. Entrementes, a sobrecarga de responsabilidades sociais assumidas pelo Estado de Bem-Estar traduziu-se em ingovernabilidade e incapacidade de atuação em um cenário de concorrência. A crise do modelo keynesiano, evidenciada pelas dificuldades enfrentadas pelo Estado Social – déficit público oriundo da prestação de serviços e da atuação estatal econômica forte, desemprego, burocracia, corrupção etc. – aliados a fatores históricos como a queda do Muro de Berlim (1989), o fim da Guerra Fria e o processo inexorável de globalização⁴³ revigoraram o ideal liberalista, intitulado de neoliberalismo.

O neoliberalismo não representa um retorno ao liberalismo, mas a releitura do papel do Estado na economia: para os neoliberais, o Estado não deve agir como empresário (intervenção direta, tal qual no *Welfare State*), mas como agente regulador (intervenção indireta, ditando as regras que devem ser cumpridas pela iniciativa privada). Por outro lado, não há como abandonar as preocupações sociais conquistadas pelo *Welfare State*. Daí porque o neoliberalismo representa uma tentativa de adaptar os princípios do liberalismo clássico àquelas conquistas sociais. A globalização foi essencial à difusão dessa doutrina, porque a política-econômica ditada pelo Consenso de

⁴³ Feitosa (2007) explica que a globalização, entendida como intensificação dos movimentos de integração da economia e de liberalização dos mercados começou a se impor, em escala mundial, nos anos 70 do século XX, elencando três acontecimentos que contribuíram para isso: a saída dos EUA do sistema de *Bretton Woods* (1971), a crise petrolífera do Oriente Médio (1973) e a liberalização dos mercados financeiros ingleses. A autora privilegia a dimensão econômica desse fenômeno pluriforme, afirmando que a globalização aparenta consagrar o triunfo do mercado e de sua lógica sobre as culturas e sobre os sistemas sociais de um modo geral; argumenta ainda que, embora os processos globalizadores existam desde o século XV, época das grandes navegações e do desenvolvimento do comércio intercontinental, foi o avanço tecnológico dos setores de informática e comunicação dos últimos 30 anos do século passado que acelerou a globalização, tal qual é caracterizada hodiernamente.

Washington⁴⁴ passou a ser exercida por organismos internacionais como o Fundo Monetário Internacional – FMI, Banco Mundial e o *General Agreement on Tariffs and Trade* – GATT, que pressionavam os países para realizar privatizações e liberalizar suas economias, integrando a economia global de forma mais efetiva.

Esse sistema também não impediu a continuidade das crises que abalam capitalismo. Os preceitos neoliberalistas, a desregulação exacerbada dos mercados e a ampliação sem precedentes do crédito eclodiram no colapso de *Wall Street*⁴⁵, em 2008, e na discussão cada vez mais presente dos postulados keynesianos.

O proclamado retorno à era Keynes, embora controverso, evidencia que o processo de globalização de mercados amplia as possibilidades dos agentes econômicos e fortalece a crença no Estado Regulador. É comum a compreensão de que o Estado constitui a única plataforma apta a estipular e manter as regras que conduzam à livre iniciativa e à livre concorrência, sendo esta encarada como instrumento para a realização de políticas públicas que conduzam ao bem-estar coletivo e ao desenvolvimento econômico.

3.2 Direito da Concorrência no Brasil

O Direito Antitruste brasileiro é regido pela Lei 8.884/94⁴⁶, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações à ordem econômica. Encontra suporte na Constituição Federal, que disciplina a atividade econômica, assegurando a livre concorrência, a liberdade de iniciativa e a propriedade privada.

⁴⁴Reunião ocorrida em 1989, na cidade de Washington, entre funcionários do governo dos EUA e dos organismos internacionais e economistas latino-americanos, para discutir o conjunto de reformas essenciais para a América Latina superar a crise econômica e retomar o crescimento. As medidas neoliberais discutidas no Consenso de Washington já eram aplicadas pelos governos conservadores de Margaret Thatcher e Ronald Reagan: privatização de empresas estatais, flexibilização das leis trabalhistas, redução da carga fiscal e abertura comercial.

⁴⁵ Em setembro de 2008, como reflexo da crise das hipotecas que assolou os EUA, dois dos mais tradicionais bancos de investimentos de *Wall Street* provocaram instabilidade nas bolsas de valores do mundo inteiro: o *Lehman Brothers*, que entrou em concordata, e o *Merrill Lynch*, que, para não seguir o mesmo caminho, foi vendido ao *Bank of America*, o maior grupo bancário dos EUA. A partir daí, o pânico foi instalado nos mercados obrigou a intervenção do Estado para socorrer importantes instituições financeiras, na tentativa de salvar o próprio sistema capitalista.

⁴⁶ Desde dezembro de 2008, tramita no Senado o Projeto de Lei 06/09, que pretende reformar a Lei 8.884/94, instituindo oficialmente o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, e que será objeto de discussão no capítulo seguinte.

Em consonância - mais uma vez - com o raciocínio da professora Forgioni (2007), é possível vislumbrar a disciplina da concorrência no Brasil desde os tempos coloniais, no intuito de identificar a atuação do Estado sobre a economia e o porquê do caráter atípico da legislação pátria em relação às legislações alienígenas. Realmente, na fase colonial brasileira reinava uma política fiscalista, em que a Coroa buscava apenas extrair riquezas e impostos, mantendo monopólios estatais com esse desiderato e sem preocupações com o progresso econômico, industrial e cultural da colônia. Não havia livre concorrência, pela ausência de competição significativa entre os agentes econômicos e de liberdade de comércio (imperava a orientação monopolista do pacto colonial). Essa política só terminou a partir da mudança da Corte portuguesa para o país e a posterior Independência, estimulando-se o desenvolvimento nacional com a abertura dos portos às nações amigas, instituindo-se a liberdade de manufatura e indústria.

Na realidade prática, a inspiração liberalista deixava desejar, seja porque o Estado atuava na economia para assegurar privilégios da classe agrária (cafeicultores) que começava a se firmar, seja porque o embrionário mercado interno ainda era incapaz de oferecer concorrência expressiva, em especial contra as indústrias estrangeiras.

O desenvolvimento maior do Direito Concorrencial no Brasil só ocorreu de forma tardia, acompanhando o despertar do capitalismo industrial no país⁴⁷, no início do século XX. Diferentemente da Europa, quando a Revolução Industrial transformou o modo de produção capitalista entre os séculos XVIII e XIX, a industrialização nacional aconteceu sob os auspícios do capitalismo monopolista que substituíra o capitalismo concorrencial. A economia brasileira do século XX funcionava em um cenário de elevada concentração de poder econômico, em que grandes empresas estrangeiras dominavam o mercado, impedindo a livre concorrência e eliminando as pequenas empresas, fazendo surgir daí um nacionalismo que permeou as primeiras normas antitruste.

⁴⁷ A política econômica de exportação cafeeira gerou o capital necessário à industrialização nacional; a demanda externa pelo café, aliada às isenções tarifárias que facilitavam a importação de máquinas e equipamentos aumentavam a lucratividade e geravam divisas. Surgiram, em decorrência das vantagens comparativas, indústrias de grandes dimensões concentradas nos setores pertinentes à produção de bens destinados aos trabalhadores (como a têxtil, de tecnologia simples), mas não se desenvolveram as indústrias de bens de produção (que exigiam uma tecnologia mais avançada, maiores capitais etc.). Assim, o capital industrial dependia do capital cafeeiro e das importações de máquinas e equipamentos para produzir bens de consumo interno, o que gerou uma dependência da economia mundial e a significativa presença de empresas estrangeiras de grande porte no país (BRITO, 2002).

Como será visto no decorrer dos tópicos subsequentes, no Brasil a legislação antitruste nasceu sob o manto da tutela da economia popular, ou seja, sob a forma de proteção do consumidor contra os efeitos deletérios produzidos pelos monopólios e oligopólios, para assumir a partir da década de 90 a feição preventiva e repressiva contra as infrações à ordem econômica, em harmonia com a Constituição Federal de 1988.

3.2.1 As normas antitruste anteriores à Lei 8.884/94

Em 1938, o Decreto-lei 869 definiu crimes contra a economia popular, na esteira das Constituições de 1934 e 1937, preparando o caminho para o advento do Decreto-lei 7.666/45, considerado o primeiro diploma nacional de repressão ao abuso do poder econômico⁴⁸.

Ambas as Cartas garantiam a liberdade econômica, mas esta não era ilimitada, diante da possibilidade da atuação do Estado no domínio econômico. Um dos fatores para explicar a tendência intervencionista foi a necessidade de minorar os efeitos da crise de 29, que atravessou a década de 30. Até então, as Constituições de 1824 e 1891 não continham regras nesse sentido, porquanto pairava o espírito liberalista (muito embora a intervenção existisse de fato, quando convinha aos interesses dominantes).

A Constituição de 34 introduziu normas acerca da organização econômica pelo Estado, atribuindo-lhe a tarefa de assegurar a liberdade de mercado, condicionada porém aos princípios da justiça social e às necessidades da vida nacional. Foi a primeira constituição do Brasil a instituir expressamente um capítulo à parte intitulado “Da Ordem Econômica e Social.”

O período permeado entre 1930 e 1934 foi um dos mais férteis da legislação econômica, lançando-se as bases da transição do liberalismo das constituições anteriores para o neoliberalismo das posteriores (SOUZA, 2003). A Carta de 37, por sua vez, possuía diversos artigos dedicados à ordem econômica e inspirou a edição do Decreto

⁴⁸ Segundo Oliveira e Rodas (2004), que mencionam ainda o Decreto-lei 431, de 18 de maio de 1938, destinado a tutelar a segurança do Estado e que continha disposições que criminalizavam artificialmente a alta ou baixa dos preços de gêneros de primeira necessidade.

869, como norma regulamentadora do artigo seu 141, que elencava à categoria de princípio constitucional a proteção da economia popular.

O Decreto 869, assim, veio como uma norma regulamentadora de caráter penal-econômico, porque visava à repressão ao abuso do poder econômico. Apesar da ínfima aplicabilidade, até mesmo pela inexistência de um órgão especializado para tanto, como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, criado em 1962, definiu condutas anticompetitivas que perduram até os tempos atuais, a saber: fixação de preços entre concorrentes, vendas de produtos abaixo do preço de custo, coibição do açambarcamento de mercadorias e da manipulação da oferta e da procura, entre outras.

Ao contrário do que ocorrera nos EUA, onde as leis antitruste nasceram das pressões de setores sociais para contornar as distorções do mercado (elevada concentração de poder econômico, grandes conglomerados monopolistas, condutas anticompetitivas) e do *common law*, visando a proteger a livre concorrência, no Brasil a legislação antitruste derivou da repressão ao abuso do poder econômico, prevista em sede constitucional e com o fim de proteger a economia popular e os consumidores.

Essa função constitucionalmente assegurada à primeira lei antitruste brasileira consiste em uma das diferenças essenciais entre os sistemas norte-americano e o pátrio (FORGIONI, 2007): este visou à proteção direta do consumidor, enquanto que aquele teve o escopo de proteger e manter a concorrência (correlata a um princípio liberal).

No decênio seguinte, o projeto do Ministro da Justiça do Governo Vargas, Agamenon Magalhães, transformou-se no Decreto-lei 7.666, de 22 de junho de 1945, apelidado de Lei Malaia, trazendo como novidade a criação do primeiro órgão de defesa da concorrência, denominado Comissão Administrativa de Defesa Econômica – CADE, além de sistematizar a matéria relativa à repressão ao abuso do poder econômico, desvinculando-se da feição penal do Decreto 869 para assumir um caráter administrativo.

A Lei Malaia vigorou apenas poucos meses, mas foi um espelho da trajetória nacionalista de Agamenon Magalhães⁴⁹, defendendo o interesse nacional contra o poder

⁴⁹O projeto de Agamenon Magalhães, obstinado opositor dos trustes internacionais, traduzia o sentimento nacionalista contra as empresas estrangeiras, marcado pelo episódio ocorrido com o industrial alagoano Delmiro Gouveia, assassinado após recusar-se a vender ao grupo inglês *Machine Cotton*, fabricante das

econômico advindo do capital estrangeiro, denotando a postura protecionista que imperava à época, reflexo inclusive do momento ditatorial que caracterizou o Estado Novo, empenhando em conduzir a economia em prol da industrialização do país.

A deposição de Vargas e a redemocratização alteraram os rumos da política econômica nacionalista e do dirigismo estatal, propiciando o avanço do liberalismo econômico vinculado ao mercado, substituindo a função do Estado como participante ativo do processo de desenvolvimento pela tarefa de criar as condições para que o setor privado pudesse livremente exercer suas atividades, estimulando o fluxo de investimentos externos (BRITO, 2002).

A Constituição de 1946 inaugurou de forma explícita em seu texto a expressão *abuso de poder econômico*. A Lei 4.137/62 veio a regulamentar a questão. Como se percebe, foi tardia a regulamentação ao princípio constitucional da repressão ao abuso do poder econômico, visto que a lei ordinária, de autoria de Agamenon Magalhães, tramitou morosamente no Congresso Nacional, de 1948 até a sua edição final, em 10 de setembro de 1962.

Antes da aprovação da Lei 4.137/62, vigoravam desde 1951 as Leis 1.521, criminalizando os ilícitos anticoncorrenciais, e 1.522, autorizando a intervenção do Governo Federal no domínio econômico, para garantir a livre distribuição de produtos essenciais ao consumo, através da Comissão Federal de Abastecimento e Preços – COFAP, substituída depois pela Superintendência Nacional de Abastecimento - SUNAB.

Esse arcabouço jurídico foi utilizado por aqueles contrários à aprovação da Lei 4.137 como suficiente para a proteção da concorrência. Não percebiam o paradoxo que a Lei 1.522/51 representava para a concorrência, porque ensejava a fixação e o controle de preços por parte do Estado. O próprio Agamenon Magalhães ressaltava a finalidade do projeto em armar o Estado contra o poder dos grupos econômicos para proteger o consumidor brasileiro, estruturando-o a partir da combinação da repressão administrativa com a judicial, deixando a cargo do Código Penal e das leis de proteção à economia popular a missão de punir os responsáveis pelo abuso do poder econômico (OLIVEIRA; RODAS, 2004).

linhas “Correntes” e detentora do monopólio no setor, a Cia. Agro Fabril Mercantil – Fábrica da Pedra, primeiro estabelecimento sul-americano que conquistou o mercado no segmento e lhe opôs concorrência.

A Lei 4.137/62 condenava a dominação de mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário de lucros, procurando restaurar a liberdade econômica, marcando uma mudança de paradigma em comparação aos diplomas legais anteriores, porque não tinha como objeto imediato a defesa da economia popular, mas a repressão ao abuso do poder econômico. Nessa nova tônica, também implementou o primeiro tribunal de defesa da concorrência do país, o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE, que entretanto não teve a efetividade almejada, devido ao longo período de ditadura militar iniciado em 1964.

A política instaurada pela ditadura era guiada por um intervencionismo estatal extremo no domínio econômico – a exemplo do controle de preços - o que suprimia a concorrência e, portanto, tornava ineficaz a sua defesa pelo órgão administrativo incumbido de tal finalidade.

As Constituições de 1967 e 1969 mantiveram a repressão ao abuso do poder econômico enquanto princípios constitucionais, mas o distanciamento entre a Lei Antitruste de 1962 e a realidade fática era cada vez maior, devido ao sistema capitalista excludente e monopolista que se fortalecia.

Na opinião de Forgioni (2007, p. 141), durante os “surto de aplicabilidade” da Lei 4.137/62 constata-se a existência de um jogo de interesses protegido, porque na medida em que o CADE autorizava fusões de empresas em nome do interesse nacional e mesmo do interesse do consumidor, favorecia o processo de concentração.

Os novos tempos que chegavam com o fim do regime político de exceção trouxeram mudanças substanciais no contexto político-jurídico-econômico pátrio, a começar pela Constituição de 1988, que, em termos econômicos, alterou o perfil intervencionista do Estado, estabelecendo um regime mais liberal de mercado, com a adoção do sistema capitalista de economia descentralizada.

Antes da Constituição de 1988, a ordem econômica fora prevista das seguintes maneiras: as Constituições de 1824 e 1891, que seguiam os dogmas liberais de não-interferência do Estado no domínio econômico, continham menções à ordem econômica sem qualquer sistematização, não dispoendo de um título específico relacionado à matéria; a Carta de 34 foi a primeira a tratar da temática, delineando-a com as diretrizes do *Welfare State* e revelando-se bastante nacionalista e intervencionista; essa índole

intervencionista permeou as Constituições de 37, 46 e 67 e 69, que também se mostraram atreladas aos princípios sociais do Estado do Bem-Estar, sendo que as duas últimas conferiam destaque ao desenvolvimento econômico.

A Carta vigente inovou ao substituir o título “Da Ordem Econômica e Social” por “Da Ordem Econômica e Financeira”, tratando os aspectos econômicos e sociais em títulos apartados; estabeleceu a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa como fundamentos da ordem econômica, elencando dentre os seus princípios a livre concorrência e a defesa do consumidor. O modelo econômico imposto pela Constituição de 1988, abandonando a orientação intervencionista do período ditatorial, baseia-se na atividade dos agentes econômicos particulares, e não no Estado (RAGAZZO, 2005); a intervenção passa a ser subsidiária, figurando o ente estatal como agente normativo e regulador da economia.

Ao versar, no §4º do artigo 173, que “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”, a Constituição ensejou a edição das Leis 8.137, de 27 de dezembro de 1990, definidora de crimes atentatórios à ordem tributária, econômica e às relações de consumo, e 8.158, de 8 de fevereiro de 1991, instituindo normas para a defesa da concorrência.

A promulgação da aludida legislação ocorreu em uma fase de redemocratização e abertura econômica, simbolizada com o fim do controle de preços, o início do processo de privatização das empresas estatais e outras inovações estruturais, motivados pelo processo de globalização que se intensificava. Houve o direcionamento de políticas para liberalizar a economia, em oposição ao centralismo e à interferência estatal outrora vigentes; a intenção era que os mercados se autorregulassem, mas, devido às conhecidas distorções do *laissez-faire*, a necessidade da intervenção do Estado legitimava as leis que regulamentavam a repressão ao abuso do poder econômico prevista na Carta Magna.

O novo estágio do desenvolvimento brasileiro, destarte, clamava por um suporte legislativo ordinário condizente com os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, ao tempo em que coibisse práticas abusivas oriundas do poder econômico e nocivas ao desempenho da economia.

Para celerizar os processos administrativos atinentes à violação da ordem econômica, a Lei 8.158/91 instituiu a Secretaria Nacional de Direito Econômico – SNDE, órgão governamental ligado ao Ministério da Justiça, com ampla competência no âmbito do Direito Concorrencial para investigar e propor medidas e sanções capazes de corrigir os desvios de comportamento dos agentes econômicos, atuando portanto ao lado do CADE, que teve sua atuação restrita à tarefa privativa de julgar os casos que lhe fossem submetidos pela SNDE⁵⁰.

Entretanto, a efetividade da Lei 8.158/91 restou diluída, seja porque a Lei 4.137/62 não havia sido revogada inteiramente, gerando “dualidade das regras de concorrência” (OLIVEIRA; RODAS, 2004. p. 22), seja porque havia uma insegurança política decorrente da crise institucional que culminou no *impeachment* do Presidente Fernando Collor de Mello, em 1992.

Nessa contextura, nasceu o Projeto de Lei 3.712-E, de 1993, que acabou por ser aprovado na atual Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, revogando expressamente as Leis 4.137/62 e 8.158/91. Sua análise destacada no tópico seguinte explica-se pela importância em historiar temas que foram por ela sistematizados, nucleares ao objeto desta dissertação, quais sejam: o controle dos atos de concentração e o aperfeiçoamento do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, almejando aprimorar a atuação do Estado através de um desenho institucional mais eficiente e célere, em atenção ao princípio da razoável duração do processo que deve nortear as decisões relativas ao Direito Antitruste.

3.2.2 A Lei Antitruste

A Lei 8.884/94 sistematizou e consolidou a matéria antitruste no Brasil, haja vista a efêmera duração da Lei 8.158/91, que fora promulgada durante o processo inicial de inserção da economia brasileira na ordem globalizada, trazendo a liberalização dos mercados e a desintegração do Estado empresário, em um cenário de turbulências sociopolíticas provocadas pela crise institucional que levou à deposição do primeiro Presidente da República eleito democraticamente.

⁵⁰ As competências do CADE e da SNDE, atual Secretaria de Direito Econômico – SDE, serão discutidas no capítulo que trata do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC.

De acordo com Brito (2002, p. 141), o toque diferencial desta lei em relação às anteriores “repousa numa concepção de abuso do poder econômico que extrapola a simples defesa da concorrência: é a própria Ordem Econômica que passa a ser tutelada.” A feição regulamentadora do §4º do artigo 173 da Constituição Federal é patente na lei em comento, que, em consonância com este dispositivo, visa a reprimir as infrações contra a ordem econômica, nos termos dos seus artigos 20 e 21.

O artigo 20 descreve como infrações à ordem econômica os atos que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos: (i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (ii) dominar o mercado relevante de bens e serviços; (iii) aumentar arbitrariamente os lucros; (iv) exercer de forma abusiva posição dominante. Já o artigo 21 tipifica as diversas condutas infratoras configuradas no artigo 20, de forma não taxativa, a exemplo dos cartéis, prática de preços predatórios, venda casada de mercadorias, regulação de mercados de bens ou serviços, dentre outras.

Destaque-se que a Lei 8.884/94 também menciona a prevenção às infrações à ordem econômica, assumindo uma vertente no tocante ao controle dos atos de concentração que podem causar impactos na concorrência. Nesse aspecto, o *caput* do artigo 54 obriga que os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou prejudicar a livre a concorrência, ou mesmo resultar da dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, sejam submetidos à apreciação do CADE.

Assim, a Lei 8.884/94 cuida da matéria concorrencial sob dois prismas: (i) a repressão de práticas anticompetitivas (condutas que limitem a concorrência) e do abuso de posição dominante; (ii) o controle de estruturas de mercado (atuação prévia ou posterior⁵¹, por meio da apreciação de fusões, aquisições e incorporações entre empresas). Para tanto, os órgãos competentes atuam através de diversas espécies de processos regulamentados pelo artigo 23 da Resolução 45/07 do CADE, como – citando aqui alguns – os autos de infração, as medidas preventivas, as averiguações preliminares, os processos administrativos para investigação de condutas e os atos de

⁵¹ A apresentação dos atos de concentração, de acordo com o §4º do artigo 54 da Lei 8.884/94, pode ser prévia ou posterior a sua realização (prazo de quinze dias úteis), o que é alvo constante de críticas, posto que o *iter* procedimental para a análise dos atos já consumados pode se arrastar até a esfera judicial, quando os mesmos já surtiram efeitos no tempo, prejudicando o controle das estruturas de mercado, tema que será apreciado tanto no último capítulo (pertinente aos atos de concentração e à razoável duração do processo).

concentração, sendo esse último objeto deste trabalho e sobre o qual se pesquisa a aplicação do princípio da razoável duração do processo.

A repressão diz respeito às condutas anticoncorrenciais - através dos citados artigos 20 e 21 – que, quando investigadas, podem desembocar em condenações (multas, proibição de contratar com setor público, cisão da sociedade, cessação parcial da atividade, venda de ativos etc.) apuradas via processos administrativos; o controle é concernente à disciplina dos atos de concentração – conforme o artigo 54 – através da aplicação de medidas estruturais (RAGAZZO, 2005), como aprovação, imposição de restrições, desconstituição da operação, dentre outras.

A atuação preventiva não existia nos diplomas legais pretéritos, como relata Fonseca (2007), exemplificando com a Lei 4.137/62, que referenciava somente a repressão ao abuso do poder econômico, sem versar sobre a ação preventiva do Estado, conferindo ao CADE unicamente a função de punir os abusos do poder econômico. Para ele, a pretensão do legislador de 94 foi ampliar a garantia de liberdade de concorrência, prevendo simultaneamente os sistemas de proibição do perigo e de coibição do resultado. A primeira hipótese consiste no controle prévio (para evitar que haja lesões ao princípio da livre concorrência, procura-se evitar um dano potencial); na segunda, em que se proíbe o dano efetivo, o controle é posterior à produção desse dano.

A respeito do controle dos agentes econômicos com poder de mercado, motivado pelas consequências nefastas que a excessiva e abusiva concentração do poder ocasiona, Salomão Filho (2002, p. 17) disserta:

O primeiro tipo de controle visa a regulamentar e sancionar o chamado abuso do poder econômico, em suas mais variadas formas. Tem ele sido o objeto principal de atenção dos estudiosos brasileiros do direito concorrencial nos últimos tempos. Essa maior preocupação se justifica. O direito antitruste brasileiro, até mesmo por influência constitucional, se originou dos dispositivos tendentes à proteção dos consumidores contra o abuso do poder econômico. Só muito recentemente, por força sobretudo da nova lei concorrencial, passou-se a conjugar à preocupação com o controle dos comportamentos também à preocupação com as estruturas.

Por outro lado, ao explicitar no artigo 1º os princípios constitucionais da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos

consumidores e repressão ao abuso do poder econômico, a Lei 8.884/94 preserva o modo de produção capitalista sem se furtar aos alicerces ideológicos da ordem econômica (artigo 170 da Carta Magna), cuja finalidade é assegurar a existência digna conforme os ditames da justiça social.

Destarte, a Lei 8.884/94 visa a proteger bens jurídicos que se traduzem no adequado funcionamento do mercado de acordo com os princípios constitucionais acima transcritos. A titularidade desses bens jurídicos é da coletividade, nos exatos termos do parágrafo único do artigo 1º. Além de reconhecer a coletividade como titular dos aludidos bens jurídicos, a Lei Antitruste avança também ao eleger como sujeitos à sua aplicação as pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica⁵², mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio, como se lê no artigo 15.

Outras peculiaridades dizem respeito à introdução de figuras como *posição dominante e mercado relevante* e à acolhida da *regra da razão*, definidos no âmbito deste trabalho.

A consolidação do Direito Concorrencial não poderia operar sem órgãos técnicos competentes, de modo que a Lei 8.884/94 estabeleceu um novo modelo institucional, transformando o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia, dotada de independência e orçamento próprio, visando a melhorar seus aspectos estruturais.

O segundo órgão antitruste, antes denominado Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE), passou a ser a Secretaria de Direito Econômico (SDE), vinculada ao Ministério da Justiça, tendo sua competência redefinida; e a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), integrante do Ministério da Fazenda, passou a figurar como a última componente da tríade que se convencionou chamar de Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

⁵² No mesmo sentido dessa titularidade, o artigo 18 da Lei 8.884/94 inclui o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, como forma de alcançar os responsáveis pelas infrações à ordem econômica, inclusive para os casos de falência, insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica, provocados por má administração (SOUZA, 2003).

A difusão da cultura da concorrência e a efetiva aplicação da Lei 8.884/94 estão intrinsecamente ligadas à atuação do CADE, da SDE e da SEAE, razão pela qual os mesmos serão objeto da análise detalhada a seguir.

4 SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA – SBDC

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) é composto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), a Secretaria de Direito Econômico (SDE) e a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), entidades responsáveis pela aplicação da Lei Antitruste nacional e pela promoção da economia competitiva de mercado.

Uma das críticas recorrentes ao SBDC é a existência de três instituições distintas incumbidas da prevenção e repressão às infrações à ordem econômica, tornando o sistema menos eficiente que o almejado, o que dificulta a efetivação do princípio da razoável duração do processo.

Além dos itens específicos dedicados ao CADE, SDE e SEAE, este capítulo analisará alguns aspectos do Projeto de Lei 06/09, que prevê a remodelação dessas instituições, no intuito de aumentar a eficiência do SBDC.

4.1 Conselho Administrativo de Direito Econômico – CADE

O CADE é uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça e possui a missão de julgar os feitos submetidos ao SBDC. A transformação em autarquia veio com a Lei 8.884/94⁵³, porque à época de sua criação pela Lei 4.137/62 o órgão não possuía autonomia nem independência.

A vinculação ao Ministério da Justiça decorre da exigência prevista no artigo 19 do Decreto-lei 200/67, que impõe a sujeição de todo e qualquer órgão da Administração Federal, direta ou indireta, à supervisão do Ministro de Estado competente, o que não diminui sua autonomia nem o torna subordinado (FONSECA, 2007).

⁵³ O teor da ementa da Lei explicita a transformação do CADE em autarquia. Mais adiante, o art. 3º versa: “O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), órgão judicante com jurisdição em todo território nacional, criado pela Lei 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 nesta lei.”

Como visto, a sigla “CADE” aparece inicialmente na legislação nacional com o Decreto-lei 7.666/45, significando “Comissão Administrativa de Defesa Econômica”, dotado de autonomia, porém subordinado ao Presidente da República, para dar cumprimento às suas decisões, demonstrando o protecionismo e nacionalismo imperantes naquele momento (OLIVEIRA; RODAS, 2004). Durante o curto período de vigência da referida lei não há o que se falar da atuação do órgão que teria o compromisso da defesa da concorrência.

Em 1962, com base no artigo 148 da Constituição de 1946, dispendo sobre a repressão ao abuso do poder econômico, a Lei 4.137 instituiu o CADE como “Conselho Administrativo de Defesa Econômica”, através de seu artigo 8º:

É criado o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), com sede no Distrito Federal e jurisdição em todo o território nacional, diretamente vinculado à Presidência do Conselho de Ministros, com a incumbência de apurar e reprimir os abusos do poder econômico, nos termos desta lei.

Observa-se que o órgão não era uma autarquia, mas vinculava-se diretamente ao Conselho de Ministros - quando vigorava o Parlamentarismo no Brasil - no que diverge da versão atual: o CADE possui personalidade jurídica de direito público, dotação orçamentária própria, autonomia administrativa e previsão de quadro de servidores, sendo que este último nunca foi efetivado, revelando-se em um dos problemas que merecem urgente reparo. Ademais, o CADE atual segue a filosofia do artigo 170 da Carta Magna, possuindo um caráter administrativo, quando a feição do CADE de 1962 era de cunho mais penalista.

Durante os anos de vigência da Lei 4.137/62, o CADE teve uma atuação pífia, “inspirado por mais tempo pela ditadura do que pela concorrência” (MOSCOGLIATO, 2005, p. 172). Forgioni (2005) narra que houve um número significativo de averiguações preliminares processadas no período, mas até ano de 1975 somente onze processos haviam sido julgados pelo órgão, dentre os quais em apenas um caracterizou-se a prática de abuso de poder econômico. Em diversos processos, a ausência de provas culminou em absolvições e a utilização de justificativas como *interesse nacional* ou *interesses dos consumidores* respaldou condutas concentracionistas. Essa atuação tímida

da autoridade antitruste, portanto, justificava-se em razão das próprias políticas econômicas aplicadas, que começaram a mudar com a liberalização da economia brasileira na década de 90.

Complementando a informação acima, Gama (2005) historia que na primeira fase, que vai de 1963 a 1990, o CADE julgou pouco mais de cem processos administrativos sem qualquer repercussão notável, no sentido de condenar ou restringir a atividade de alguma grande empresa no país, o que consiste em um fato interessante, em virtude do Brasil possuir uma economia oligopolizada. Três fatores são elencados pela autora como explicativos para essa circunstância: (i) a tradição jurídica nacional em antecipar a norma ao fato; (ii) a legislação antitruste baseada no modelo norte-americano, espelhando ideais não intervencionistas; (iii) e o regime político autoritário aliado ao Estado regulador, produtor e coordenador da atividade econômica.

Por outro lado, a atuação do Poder Judiciário contribuiu para formar a imagem do CADE como entidade inoperante, porquanto a maioria de suas decisões era suspensa através de mandados de segurança impetrados pelas empresas condenadas (FORGIONI, 2005). Essa imagem não subsiste atualmente, face ao fortalecimento e à consolidação do CADE como autoridade administrativa judicante, detentora da palavra final em matéria de concorrência, sem olvidar, claro, o imperativo constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário⁵⁴ previsto nos incisos XXXV e LV do artigo 5º, permitindo a revisão judicial das decisões.

A credibilidade do CADE aumentou também com o aprimoramento técnico das decisões e a definição nítida da atuação efetiva dos seus papéis de prevenção, repressão e educação relacionados ao exercício do controle concorrencial.

O papel preventivo – inovação da lei atual, como visto - subsume-se à análise de estruturas de mercado, ou seja, à avaliação de atos de concentração de empresas que surtam efeitos anticoncorrenciais. Para tanto, o CADE detém o poder de aprová-los, com ou sem ressalvas, ou reprová-los, caso haja prejuízo ou restrição à livre concorrência.

⁵⁴ No último capítulo, abordar-se-á o papel do Poder Judiciário na defesa da concorrência e a duração (in) tolerável dos processos.

Essa prevenção está disciplinada pelos artigos 54 a 58 da Lei 8.884/94 e sua importância relaciona-se à constatação de que a estrutura dos mercados influencia as condições de concorrência e a forma de atuação dos agentes econômicos; com o controle de estruturas, previne-se a ocorrência do abuso de poder econômico e o grau de concentração econômica do mercado, evitando-se a constituição de estruturas concentradas que tendem a adotar condutas anticompetitivas.

Em termos de repressão, o CADE decide sobre condutas infrativas à ordem econômica, como cartéis, vendas casadas, preços predatórios e outras estipuladas na Lei 8.884/94. O controle de condutas, assim, ao punir infrações à ordem econômica visa a tutelar a concorrência e a sociedade, estando previsto nos artigos 20 e 21 da Lei 8.884/94.

Os processos administrativos que tratam do controle de condutas serão julgados pelo CADE após tramitação na SDE e na SEAE, a primeira possuindo a tarefa de investigar, instaurar e instruir os feitos, e a segunda com o encargo de realizar a análise econômica do caso, emitindo o parecer pertinente. A morosidade das relações entre essas três instituições é um dos pontos nevrálgicos do sistema, sendo pois objeto da proposta de alteração pelo Projeto de Lei 06/09.

O CADE, assim, funciona como verdadeiro tribunal administrativo, julgando os processos administrativos de infração à ordem econômica e os atos de concentração que lhe são submetidos. Suas decisões só podem ser reavaliadas pelo Poder Judiciário, o que reforça sua independência, significando a impossibilidade de revisão do mérito por órgão hierarquicamente superior, como o Poder Executivo. Nesse sentido, Ramim (2005, p. 41) discorre que:

[...] Inexiste controle da atividade “judicante” do colegiado [CADE] por outro órgão, tanto para a verificação da legalidade de seus atos quanto para a aferição da oportunidade e conveniência destes. Suas decisões são tomadas em única e última instância, o que realça o *status* de independência do órgão.

Tanto o controle de estruturas como o de condutas encontram fundamento constitucional no inciso IV do artigo 170 da CF/88, o qual prevê a livre concorrência como um dos princípios gerais da atividade econômica, como no § 4º do artigo 173,

vedando atos que visem à dominação de mercados, eliminação da concorrência, aumento arbitrário de lucros. No caso das condutas, o § 5º do artigo 173 em comento também respalda a aplicação da Lei 8.884/94, ao dispor sobre a responsabilidade e punição dos agentes econômicos que praticam atos contra a ordem econômica.

Quanto à função educativa, o CADE procura difundir a cultura da livre concorrência, instruindo o público sobre as formas de violação da ordem econômica, seja através de palestras, cursos, seminários, publicação da Revista de Direito da Concorrência, parcerias com outras instituições de ensino e pesquisa, seja pelo efeito moral que suas decisões já têm o potencial de causar, a exemplo da efetiva aplicação das multas.

A composição atual do plenário do CADE é de seis Conselheiros e um Presidente, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta anos de idade, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado, com mandato de dois anos e a possibilidade de uma recondução, por igual período⁵⁵.

A perda dos mandatos do Presidente ou dos Conselheiros ocorrerá nas seguintes situações: (i) mediante decisão do Senado Federal, por provocação do Presidente da República; (ii) ou em razão de condenação penal irrecorrível por crime doloso; (iii) ou via processo disciplinar de acordo com as Leis 8.112/90 e 8.429/92; (iv) automaticamente, em caso de falta a três reuniões ordinárias consecutivas ou vinte intercaladas, ressalvados os afastamentos autorizados⁵⁶; (v) por infringência das vedações previstas no artigo 6º da Lei 8.884/94⁵⁷.

De acordo com Santiago (2008, p. 143), a perda do mandato dos Conselheiros não deverá ocorrer se eles contrariarem uma política econômica governamental, porquanto o CADE é órgão de Estado, não de Governo, daí:

⁵⁵ Art. 4º da Lei 8.884/94.

⁵⁶ Art. 5º da Lei 8.884/94.

⁵⁷ “Art. 6º. Ao Presidente e aos Conselheiros é vedado: I – receber, a qualquer título, e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens e 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.”

A ele [CADE] compete a defesa de políticas de Estado, que são consagradas na Constituição da República, e não de governo, que, muitas vezes são definidas em programa de partido político. Ademais, a concorrência é um valor, um bem, da perspectiva pública da sociedade, não da perspectiva do governo. Por isso, a necessidade de uma política de Estado de defesa da concorrência, que está longe de ser confundida com políticas de governo, que buscam resultados de curto prazo, muitas vezes dissociados dos interesses da sociedade.

Santiago (2008) apresenta posições contrárias à sua, as quais defendem a perda do mandato na hipótese de decisão dissonante com os agentes do Poder Executivo, responsáveis pela formulação e aplicação da política econômica, o que pode estar mais próximo à realidade, até pelo fato do Direito da Concorrência ser instrumento de implementação de políticas públicas.

As qualidades e condições exigidas aos integrantes do CADE – juristas e economistas, eis que as decisões a serem emanadas implicam o conhecimento das duas ciências - pretendem assegurar-lhes a independência, idoneidade, capacidade e intangibilidade.

Junto ao CADE funciona a Procuradoria⁵⁸, cujo Procurador-Geral é indicado pelo Ministro da Justiça e nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovado pelo Senado, sujeitando-se às mesmas normas de tempo de mandato e recondução previstas para os Conselheiros. O Procurador-Geral comanda diversos procuradores federais à disposição do CADE, oriundos da Advocacia Geral da União.

A Procuradoria presta assessoria jurídica e defende o CADE em juízo, além de promover a execução judicial das decisões e julgados, requerer medidas e acordos judiciais nos processos relacionados à infração à ordem econômica (mediante autorização do Plenário e ouvido o Ministério Público), exercitando funções próprias da advocacia, além de emitir pareceres e zelar pelo cumprimento da lei, no que se identifica com a atividade do Ministério Público.

Também atua perante o CADE o Ministério Público Federal⁵⁹, representado por um *Parquet* designado pelo Procurador-Geral da República, competindo-lhe officiar

⁵⁸ Arts. 10 e 11 da Lei 8.884/94.

⁵⁹ Art. 12 da Lei 8.884/94.

nos processos sujeitos à apreciação da referida autarquia, que ainda pode lhe requerer que promova a execução judicial de seus julgados ou do compromisso de cessação.

A Lei 4.137/62 não dispunha sobre a atuação do Ministério Público no âmbito do CADE; sua inserção na Lei 8.884/94 vem como demonstração de um interesse maior da União, posto que as questões sujeitas à decisão do referido órgão atingem a comunidade nacional e, por isso, exigem essa fiscalização (FONSECA, 2007).

As atuações da Procuradoria e do Ministério Público não se confundem, pois este visa a tutelar os interesses da coletividade, enquanto que aquela assessora juridicamente o CADE, defendendo-lhe em juízo e resguardando seus interesses.

4.2 Secretaria de Direito Econômico – SDE - e Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE

A SDE é instituição integrante do Ministério da Justiça, encarregada de investigar possíveis condutas anticoncorrenciais e emitir pareceres nos atos de concentração, realizando a instrução processual dos casos concretos a serem submetidos ao julgamento do CADE.

Criada inicialmente como Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE), pela Lei 8.028/90, que versa sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, foi prevista na alínea *l* do inciso I do artigo 23 como órgão específico do Ministério da Justiça, com competência para os assuntos relacionados à defesa da ordem econômica delineada pelo artigo 19, I, *f*.

Em seguida, a Lei 8.158/91, que instituía normas para a defesa da concorrência e foi revogada pela atual Lei Antitruste, atribuiu à SNDE a competência para apurar e propor medidas cabíveis à correção de anomalias de comportamentos de setores econômicos, empresas ou estabelecimentos, bem como de seus administradores e controladores, capazes de afetar os mecanismos de formação de preços, a livre concorrência, a liberdade de iniciativa ou os princípios constitucionais da ordem econômica. Dessa forma, sua função era fiscalizadora, no intuito de manter o equilíbrio do mercado.

A Lei 8.884/94 alterou a nomenclatura da SNDE, passando a denominá-la de SDE. Diferentemente do CADE, a SDE não foi transformada em autarquia, mas continuou como órgão do Ministério da Justiça, sem personalidade jurídica, orçamento ou quadro de servidores próprios. É dirigida por um Secretário ocupante de cargo de confiança, sem mandato (demissível *ad nutum*, portanto), indicado pelo Ministro da Justiça e nomeado pelo Presidente da República, dentre brasileiros de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada⁶⁰. Suas funções, estabelecidas nos incisos do artigo 14 da Lei 8.884/94, são bem resumidas por Santiago (2008, p. 146):

- (i) Preventiva: monitora práticas de mercado, acompanha atividades e condutas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas detentoras de posição dominante em mercados relevantes de bens ou serviços e adota medidas preventivas para a cessação de infrações à ordem econômica, fixando prazo para cumprimento e multa em caso de descumprimento;
- (ii) Repressiva: realiza averiguações preliminares⁶¹, quando há apenas indícios de infração à ordem econômica, e instaura processos administrativos⁶², no caso da existência de provas suficientes, para apurar e reprimir as infrações à ordem econômica;
- (iii) Educativa: elabora estudos e pesquisas para orientar políticas preventivas às infrações à ordem econômica, além de instruir o público, através de cartilhas, palestras etc., sobre as diversas formas das mencionadas infrações;
- (iv) Instrutória: instrui os processos que serão julgados pelo CADE, relacionados ao controle de condutas ou de estruturas de mercado;
- (v) Investigativa: realiza diligências e investiga as provas necessárias à elucidação dos casos.

60 Art. 13 da Lei 8.884/94.

61 As averiguações preliminares equiparam-se à sindicância prevista no Direito Administrativo, fase preparatória que precede à instauração de um processo administrativo. No caso da Lei Antitruste, as averiguações preliminares estão dispostas nos artigos 30 e 31, podendo ser promovidas pela SDE, de ofício ou mediante representação escrita e fundamentada de qualquer interessado. Nesta fase, o Secretário poderá adotar providências como efetivação de diligências e produção probatória, inclusive sob sigilo, e inspeção nas empresas investigadas, com busca e apreensão de objetos e documentos, desde que com autorização judicial. A conclusão das averiguações preliminares resultará na instauração do processo administrativo ou no seu arquivamento, caso em que também será remetido ao CADE. Todo esse processamento é previsto conforme prazos estipulados pela lei, muitas vezes descumpridos por razões várias – como carência de recursos humanos e materiais – e que, embora estejam sujeitos à aplicação do princípio da razoável duração do processo, não serão objeto deste trabalho, haja vista a delimitação da temática aos atos de concentração (ou seja, ao controle de estruturas, e não ao controle de condutas, como é a hipótese das averiguações preliminares).

⁶² A instauração e instrução dos processos administrativos relativos ao controle de condutas são previstas nos artigos 32 a 41 da Lei 8.884/94, sendo válida, aqui, quanto ao princípio da razoável duração do processo, a mesma observação acima citada.

Sua estrutura compõe-se pelo Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE), responsável pela análise dos atos de concentração e apuração de práticas infringentes à Lei 8.884/94; e pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), que coordena as ações do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

O redesenho institucional da SDE é uma das metas do Projeto de Lei 06/09, que pretende extinguir a entidade enquanto estrutura apartada, incorporando-a ao CADE e rebatizando-a de Superintendência-Geral, como forma de conferir maior celeridade e efetividade ao seu modo de operar. Como último ponto a ser destacado sobre SDE, ela é a responsável pelo início do processo administrativo de análise dos atos de concentração, tema sobre o qual a aplicabilidade do princípio da razoável duração do processo será avaliada.

Por sua vez, a SEAE é órgão específico do Poder Executivo, oriunda do desmembramento da Secretaria de Política Econômica do Ministério da Fazenda, e auxilia a SDE com estudos e relatórios que enfocam os aspectos econômicos das operações apresentadas e das condutas sob investigação. Suas atividades principais consistem na promoção e defesa da concorrência, regulação econômica e acompanhamento de mercados. É composta pelo Secretário de Acompanhamento Econômico, um Secretário Adjunto, um Secretário Adjunto Substituto e nove coordenações gerais⁶³.

A SEAE foi criada pela Medida Provisória 813/95, dispondo sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e, do mesmo modo que a SDE, não conta com autonomia orçamentária nem quadro de servidores próprio, subordinando-se hierarquicamente ao Ministério da Fazenda.

As atribuições relativas ao controle de condutas e de estruturas foram expressamente incluídas com a Lei 9.021/95, cuja ementa dispõe sobre a implementação do CADE enquanto autarquia. Assim, a SEAE emitirá pareceres técnicos não vinculantes sobre aspectos econômicos envolvidos nos processos que seguirão para o CADE.

⁶³ Coordenação-Geral de Concorrência Internacional (COGCI); Coordenação-Geral de Controle de Estruturas de Mercado (COGCE); Coordenação-Geral de Comunicação e Mídia (COGCM); Coordenação-Geral de Defesa da Concorrência (COGDC); Coordenação-Geral de Economia da Saúde (COGSA); Coordenação-Geral de Energia (COGEN); Coordenação-Geral de Competitividade e Análise Setorial (COGAS); Coordenação-Geral de Transportes e Logística (COGTL); Coordenação-Geral de Promoções Comerciais (COGAP).

O Decreto 6.764/09, aprovando a estrutura regimental e o quadro de funções do Ministério da Fazenda, prioriza o papel da advocacia de concorrência pela SEAE, decorrente da interface entre a regulação econômica e a promoção da concorrência, nos termos do artigo adiante transcrito:

Art. 23. À Secretaria de Acompanhamento Econômico compete:

I - propor, coordenar e executar as ações do Ministério, relativas à gestão das políticas de regulação de mercados, de concorrência e de defesa da ordem econômica;

II - assegurar a defesa da ordem econômica, em articulação com os demais órgãos do Governo encarregados de garantir a defesa da concorrência, e para tanto:

a) emitir pareceres econômicos relativos a atos de concentração no contexto da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994;

b) proceder a análises econômicas de práticas ou condutas limitadoras da concorrência, instruindo procedimentos no contexto da Lei no 8.884, de 1994; e

c) realizar investigações de atos ou condutas limitadores da concorrência no contexto da Lei no 9.021, de 30 de março de 1995 e da Lei no 10.149, de 21 de dezembro de 2000;

III - acompanhar a implantação dos modelos de regulação e gestão desenvolvidos pelas agências reguladoras, pelos ministérios setoriais e pelos demais órgãos afins, manifestando-se, dentre outros aspectos, acerca:

a) dos reajustes e das revisões de tarifas de serviços públicos e de preços públicos;

b) dos processos licitatórios que envolvam a privatização de empresas pertencentes à União; e

c) da evolução dos mercados, especialmente no caso de serviços públicos sujeitos aos processos de desestatização e de descentralização administrativa;

IV - autorizar e fiscalizar, salvo hipótese de atribuição de competência a outro órgão ou entidade, as atividades de distribuição gratuita de prêmios, a título de propaganda, mediante sorteio, vale-brinde, concurso ou operação assemelhada, e de captação de poupança popular, nos termos da Lei no 5.768, de 20 de dezembro de 1971;

V - autorizar, acompanhar, monitorar e fiscalizar as atividades de que tratam os Decretos-Leis no 6.259, de 10 de fevereiro de 1944, e no 204, de 27 de fevereiro de 1967;

VI - autorizar e fiscalizar as atividades de que trata o art. 14 da Lei no 7.291, de 19 de dezembro de 1984;

VII - promover o funcionamento adequado do mercado, e para tanto:

a) acompanhar e analisar a evolução de variáveis de mercado relativas a setores e produtos ou a grupo de produtos;

b) acompanhar e analisar a execução da política nacional de tarifas de importação e exportação, interagindo com órgãos envolvidos com a política de comércio exterior;

- c) adotar, quando cabível, medidas normativas sobre condições de concorrência para assegurar a livre concorrência na produção, comercialização e distribuição de bens e serviços;
 - d) compatibilizar as práticas internas de defesa da concorrência e de defesa comercial com as práticas internacionais;
 - e) avaliar e manifestar-se acerca dos atos normativos e instrumentos legais que afetem as condições de concorrência e eficiência na prestação de serviços, produção e distribuição de bens; e
 - f) propor, avaliar e analisar a implementação das políticas de desenvolvimento setorial e regional;
- VIII - formular representação perante o órgão competente, quando identificada norma ilegal e/ou inconstitucional que tenha caráter anticompetitivo;
- IX - acompanhar o desenvolvimento de setores e programas estratégicos de desenvolvimento e para isso:
- a) acompanhar estrategicamente os setores e atividades produtivas da economia brasileira; e
 - b) representar o Ministério da Fazenda em ações interministeriais, associações e nos seminários dos programas estratégicos de desenvolvimento econômico;
- X - desenvolver os instrumentos necessários à execução das atribuições mencionadas nos incisos I a VIII deste artigo; e
- XI - promover a articulação com órgãos públicos, setor privado e entidades não-governamentais também envolvidos nas atribuições mencionadas nos incisos I a VIII deste artigo.

Portanto, a SEAE lida com ações coordenadas não apenas entre a SDE e o CADE, mas sobretudo entre órgãos governamentais, não governamentais, empresas privadas etc. Em seu último Relatório de Atividades, a SEAE frisa também a relevância da atuação expressiva nas discussões relativas à reestruturação de vários setores da economia, como aviação civil, energia elétrica, transportes, saneamento e telecomunicações, além da constituição de um marco regulatório para concessões públicas (BRASIL, 2008).

A descrição acerca do SBDC já denota sua burocratização, ante a dificuldade de coordenação entre o CADE, SDE e SEAE, o que facilita a delonga no curso dos processos – fragmentado nas três searas - tornando o sistema moroso, com níveis de eficiência insatisfatórios.

É despiciendo ingressar na análise pormenorizada do trâmite processual nas esferas acima citadas, para vislumbrar a premente necessidade de reforma. Existe o consenso de que a estrutura do SBDC vigente precisa ser refeita, e esta é a proposta do PL 06/09, em busca da eficiência e segurança necessárias à proteção da concorrência e dos interesses dos consumidores.

4.3 O Projeto de Lei 06/09: o redesenho institucional do SBDC

Entre 2004 e 2005, foram feitos dois projetos de lei para alterar a atual legislação antitruste: o PL 3.937/04, de autoria do Deputado Carlos Eduardo Cadoca, e o PL 5.877/05, oriundo do Poder Executivo, apensados e aprovados pela Comissão Especial de Defesa da Concorrência da Câmara dos Deputados, através de um substitutivo, sob a relatoria do Deputado Ciro Gomes. Em dezembro de 2008, esse substitutivo foi enviado ao Senado, onde ainda está tramitando, com a denominação de Projeto de Lei da Câmara n.º 06, de 2009 (PLC 06/09 ou PL 06/09).

Alguns debates foram travados acerca da pretendida alteração da Lei 8.884/94, haja vista que o PL 06/09 prevê substanciais mudanças na sistemática atual. De acordo com Roso (2006, p. 19), a iniciativa do Poder Executivo em apresentar o PL 5.877/05 foi realizada com a devida probidade intelectual, imparcialidade e competência. No entanto, ele lamenta a ausência de um amplo debate com a sociedade civil, porquanto não se sabe de fato quais os segmentos sociais que foram ouvidos.

Nesse diapasão, em seminário patrocinado pelo Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional – IBRAC, no ano de 2005, Dutra (2007, p. 250) criticou a inexistência de consulta pública para o referido projeto de lei, questionando sobre “o que fizeram os cidadãos, os advogados, os economistas, os professores, para não merecer a consulta pública?”

Em resposta, o então secretário da SDE, Goldberg (2007, p. 257-258), ressaltou que o projeto fora “extensivamente debatido”, com a criação de grupos de trabalho, visitas à Ordem dos Advogados do Brasil, a escritórios de advocacia e ao IBRAC.

Não obstante a celeuma, o fato é que o projeto finalmente chegou ao Senado, onde já foi submetido a audiências públicas e após ajustes decorrentes de estudos e emendas apresentadas e votadas na Câmara; ainda que algumas vezes tenham proclamado a insuficiência de debates, pode-se afirmar que a redação final do PL 06/09 contém vários avanços que visam a aumentar a eficiência do Direito Antitruste no Brasil. A reflexão pertinente a ser feita possui um ponto de partida: essa nova legislação será capaz de alcançar a celeridade e eficiência almejadas?

Não há dúvidas sobre a importância das leis de defesa da concorrência, cujo objetivo primordial é aumentar a eficiência econômica, beneficiando consumidores com possibilidades de escolha, melhoria da qualidade dos produtos e preços mais atraentes. À época da promulgação da Lei 8.884/94, marcada pelas reformas da economia brasileira que culminaram na desregulamentação, privatização e abertura dos mercados ao comércio exterior, consolidava-se a preocupação com a defesa da concorrência. Os diplomas legais que a antecederam não encontraram efetividade, como visto, e a lei em comento aprimorou o tratamento legislativo conferido ao Direito Concorrencial, sistematizando a matéria e delineando os papéis da tríade de instituições responsáveis pela sua aplicação.

Todavia, com a evolução do Direito Antitruste e a disseminação da cultura da concorrência, a aplicabilidade prática da Lei 8.884/94 deixou de corresponder aos anseios de celeridade e eficácia, de modo que o PL 06/09 é uma tentativa de minorar essas falhas, criando formalmente o Sistema Brasileiro de Defesa Concorrência (SBDC), posto que a que a letra da lei vigente não se refere de maneira explícita ao termo, que, porém, já era utilizado pela doutrina e jurisprudência. Eis a ementa:

PROJETO DE LEI DA CÂMARA N.º 6, DE 2009

Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994, e Lei n.º 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências.

Ao instituir oficialmente o SBDC, o PL 06/09 reestrutura os órgãos de defesa antitruste, unificando as funções de instrução e julgamento dos processos em um órgão, o CADE, que passa a ser composto por um Tribunal Administrativo, uma Superintendência-Geral e um Departamento de Estudos Econômicos, divergindo da estrutura da Lei 8.884/94, em que o *iter* processual é pulverizado entre a SDE, SEAE e CADE, prolongando os prazos de tramitação dos casos e resultando, muitas vezes, em redundância de atribuições (e pareceres), o que dificulta a coordenação entre as três entidades e aumenta os custos para os administrados. Nesse sentido, versam os seguintes dispositivos:

Art. 3.º O SBDC é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, com as atribuições previstas nesta Lei.

Art. 4º O CADE é constituído pelos seguintes órgãos:

I – Tribunal Administrativo de Defesa Econômica;

II – Superintendência-Geral; e

III – Departamento de Estudos Econômicos.

Como se percebe, o PL 06/09 prevê que o SBDC constituir-se-á pelo CADE e pela SEAE, sendo a SDE absorvida pelo primeiro e denominada de Superintendência-Geral, conforme já sinalizado.

O Tribunal Administrativo funcionará com as atribuições do atual Plenário do CADE, como julgar os processos administrativos de infração à ordem econômica e de análise dos atos de concentração⁶⁴. Há uma novidade em relação ao mandato dos Conselheiros, que passa de dois para quatro anos, visando a possibilitar maior estabilidade da jurisprudência do órgão, ampliando a independência da atuação dos seus agentes e viabilizando um melhor aprendizado em favor do aperfeiçoamento das decisões.

Observa-se melhoria também na hipótese de vacância dos cargos: o projeto determina que, no período que anteceder a nomeação do novo membro do CADE, assumirá interinamente servidor em exercício na autarquia, com conhecimento jurídico ou econômico na área de defesa da concorrência e reputação ilibada, indicado pelo Presidente do Tribunal Administrativo, permanecendo no cargo até a escolha do novo Conselheiro. Na lei vigente, quando da renúncia, morte, perda ou encerramento do mandato do Conselheiro, e antes da nomeação do substituto, a falta de quorum leva à interrupção de alguns prazos e a suspensão do trâmite processual, o que se traduz em maior lentidão dos feitos. Isso muda com o PL 06/09, que não prevê interrupção de prazos, mas suspensão⁶⁵.

⁶⁴ Dentre outras previstas nos dezenove incisos do art. 9º do PL 06/09.

⁶⁵ §5º do art. 6º do PL 06/09.

A Superintendência-Geral será composta pelo Superintendente-Geral (que corresponde ao Secretário da SDE) e dois Adjuntos, cujas atribuições não foram definidas no projeto, mas ficarão a cargo de uma Resolução⁶⁶. A forma de escolha do Superintendente-Geral, a princípio, não passaria pela sabatina do Senado, o que gerou inúmeras discussões, tanto que a redação final dispõe sobre a necessidade de aprovação dos Senadores antes da indicação do Presidente da República. A previsão de mandato para o Superintendente-Geral foi positiva, porque a Lei 8.884/94 não contém essa disposição para o Secretário da SDE. No entanto, ponto nevrálgico diz respeito à duração do mandato, que é bienal, com possibilidade de uma recondução para o período subsequente. Por que dois anos, e não quatro, como previsto para os Conselheiros?

Ora, se a justificativa para dilatar o mandato dos membros do Tribunal Administrativo é aumentar a eficiência, no sentido de diminuir a rotatividade de seus integrantes e facilitar o acúmulo de *expertise* do SBDC, é irracional que o Superintendente tenha mandato mais curto. Dutra (2005) defende que isso ocorreu para permitir que o Executivo pudesse facilmente descartar o Superintendente-Geral que não cumprisse determinações políticas, o que facilitaria a partidarização do órgão.

Ainda em relação à Superintendência, algumas vozes ecoam em desfavor do que seriam os *superpoderes* do Superintendente-Geral, que poderá decidir monocraticamente em atos de concentração, esvaziando as funções da instância julgante, que decide de forma colegiada. Porém, ao implementar a decisão monocrática, os redatores do PL 06/09 sopesaram as vantagens e desvantagens das decisões colegiadas em relação às individuais, considerando que estas oferecem menos segurança e maior celeridade, enquanto que naquelas ocorre o contrário. Se o direito de ampla defesa restará reduzido na prática, a sedimentação do novo regime legal é que será capaz de demonstrar, ressaltando-se que a decisão monocrática desburocratiza o sistema e que o Tribunal Administrativo poderá avocar os casos em que entender de relevante impacto para a concorrência.

Ademais, a Superintendência, ao invés de emitir pareceres meramente vinculativos no tocante aos atos de concentração, tal qual a SDE faz, poderá propor acordos para alterar os termos das uniões empresariais, facilitando sua aprovação pelo CADE. O PL 06/09 enfatiza a tarefa do Superintendente-Geral em investigar as

⁶⁶ Art. 12 do PL 06/09.

condutas infrativas e instruir os processos, conferindo-lhe a prerrogativa de participar, sem direito a voto, das reuniões do Tribunal e proferir sustentação oral, o que é discutível nessa última hipótese, indo de encontro ao propósito de desburocratização do SBDC.

Aspecto relevante da proposta de alteração legislativa diz respeito à investigação de condutas, notadamente no que toca ao fortalecimento do programa de leniência⁶⁷, face às dificuldades de investigação dos cartéis e aos imensos prejuízos causados por esta prática ao mercado e aos consumidores. Visto que o assunto escapa ao âmbito desta pesquisa, analisar-se-ão apenas as mudanças relacionadas aos atos de concentração.

Nesse sentido, o PL 06/09 traz inovações importantes, como a obrigatoriedade da análise prévia das operações de fusão e aquisição entre empresas, contrapondo-se ao disposto no §4º do artigo 54 da Lei 8.884/94, o qual faculta o exame prévio ou posterior, sendo este quase que exclusivamente utilizado pelos interessados, dando margens a artifícios para dilatar prazos e acionar o Judiciário, onde o processo terá vida mais longa, sem contar a tendência do magistrado em aprovar o ato já consumado, que terá surtido efeitos no tempo e consequências para as partes contratantes e o próprio mercado.

Em crítica pertinente ao controle posterior dos atos de concentração, Santiago (2008, p. 243-244) aduz que:

Este controle posterior, além de tornar onerosa, do ponto de vista econômico e social, eventual reprovação parcial ou integral do ato, permite que o tempo consolide as situações jurídicas decorrentes da operação, vindo ser o CADE mero homologador dos atos de concentração, sobretudo diante da factível possibilidade de adoção de critério do fato consolidado, princípio amplamente aceito pelos tribunais. Enquanto não se efetiva alteração legal, para que o controle dos atos do artigo 54 seja obrigatoriamente prévio, o CADE, por força da Resolução n.º 45, se vale de dois instrumentos jurídicos – medida cautelar e acordo de preservação e reversibilidade da operação – que

⁶⁷ O programa de leniência funciona a partir da “delação premiada”, ou seja, permite que um participante de cartel – desde que não seja o líder - denuncie essa prática à autoridade antitruste, assinando um acordo de cooperação com as investigações e recebendo, em consequência, imunidade administrativa e penal (para os crimes contra a ordem econômica) ou redução da penalidade cabível. Fundado em 2000, através da inserção dos arts. 35-B e 35-C à Lei 8.884/94, o programa vem se desenvolvendo com sucesso no Brasil, considerado o instrumento de investigação mais efetivo para a prevenção e punição aos cartéis. Maiores informações no sítio do Ministério da Justiça: www.mj.gov.br.

atenuam os efeitos negativos do controle posterior, diminuindo, pois, a ocorrência de situações irreversíveis do ponto de vista fático, econômico e social.

Quanto ao Departamento de Estudos Econômicos, será dirigido por um Economista-Chefe, nomeado em conjunto pelo Presidente do Tribunal e pelo Superintendente-Geral, dentre brasileiros de ilibada reputação e notório conhecimento econômico, com a tarefa elaborar estudos econômicos, ou seja, realizar a análise econômica, sendo-lhe facultado participar das reuniões do Tribunal, sem direito a voto. Não possui mandato, o que é questionável, porque apesar de não deter poderes decisórios, a influência de seus pareceres é notável e seu cargo mereceria uma estabilidade maior.

A Procuradoria tem acrescidas às suas funções a apuração de liquidez dos créditos do CADE e a inscrição em dívida ativa, para fins de cobrança administrativa ou judicial. O Ministério Público Federal, além de emitir parecer nos processos administrativos para imposição de sanções por infração à ordem econômica, continua com a incumbência de promover a execução dos julgados do CADE, o que, neste caso, é uma tarefa redundante, que poderia ser deixada a cargo apenas da Procuradoria.

A SEAE permanece ligada ao Ministério da Fazenda e com uma gama de atribuições ligadas à advocacia concorrencial, introduzindo a cultura da concorrência dentro do setor público, opinando sobre propostas de alterações de atos normativos referentes à promoção da concorrência, elaborando estudos setoriais, propondo a revisão de leis etc.

Afora esse papel, a SEAE continua com a faculdade de elaborar estudos avaliando a situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica nacional, de ofício ou quando solicitada pelo CADE, o que também parece ser redundante, devido à criação do Departamento de Estudos Econômicos. No momento em que se abre essa possibilidade, há mais brechas para pareceres e pulverização das ações que poderiam se concentrar no âmbito do novo CADE.

O PL 06/09 deveria ter previsto a integração entre a SEAE e o Departamento de Estudos Econômicos, para evitar sobreposição de atividades, frustrando de certo modo a pretendida unificação da tríade de autoridades antitruste. Deveras, pelo projeto a

SEAE e o CADE continuam bipartidos, o que pode minorar a otimização da eficiência e efetividade administrativas em alguns aspectos.

Uma última observação – essencial à efetiva aplicação de uma nova lei antitruste - concerne à criação de duzentos cargos de Especialistas em Políticas Públicas e Gestão Governamental, a serem providos gradualmente. A existência de um quadro próprio de pessoal, que tenha estabilidade, comprometimento e estímulos para progredir nas suas funções refletirá diretamente melhoria do trabalho.

Contudo, a previsão de elaboração de um projeto de lei acerca do quadro de pessoal permanente do CADE já existe na Lei 8.884/94 e nunca foi concretizada. Se isso se repetir com a aprovação do PL 06/09, a reforma não surtirá efeitos e, o que é pior, tornará o SBDC inoperante, por absoluta ausência de capital humano para atuar dentro de nova sistemática e cumprir as novas determinações.

Ante o exposto, percebe-se que o PL 06/09 constitui-se em um avanço institucional, no sentido de buscar a reestruturação das autoridades que cuidam da defesa da concorrência, procurando aumentar a eficiência do SBDC. Porém, a concretude das intenções legais dependerá do aporte não só de recursos humanos, mas também materiais, fazendo jus à relevância com a qual o tema da concorrência deve ser tratado em nosso país.

5 PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

O princípio da razoável duração do processo foi inserido na Carta Magna de 1988 com a Emenda Constitucional 45/2004, que promoveu reforma do Poder Judiciário nacional. O inciso LXXVIII do artigo 5º reza que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Não obstante anterior previsão no Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969), tratado de que o Brasil é signatário desde 1992 e cujo artigo 8.1 prevê que “toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias, dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, influente e imparcial”, sob pena de condenação pela Corte Americana de Direitos Humanos da OEA, a sua constitucionalização denota a crescente importância adquirida no sistema jurídico, fruto de um novo olhar sobre os princípios de forma geral.

Assim, a análise da evolução das ideias a respeito dos princípios é imprescindível à melhor compreensão da temática abordada, em especial para auferir sua aplicabilidade concreta, de modo que este capítulo trará inicialmente reflexões sobre a teoria dos princípios para, em seguida, passando pelas teorias dos direitos fundamentais e do acesso à justiça, abordar as peculiaridades do princípio da razoável duração do processo.

5.1 Considerações acerca da teoria dos princípios

A palavra *princípio* designa origem, início, começo, gênese. Todo sistema jurídico possui princípios elementares sobre os quais se alicerçam seus ideais. Os princípios representam as premissas ou mandamentos nucleares de um ordenamento, inspirando tanto a produção do Direito como servindo de critério hermenêutico de sua aplicação.

O Direito não pode mais ser concebido enquanto conjunto puro de regras, haja vista a insuficiência dessa concepção para explicar-lhe a amplitude; o Direito – tal como

fato, valor e norma⁶⁸ - baseia-se em princípios que são suas verdades fundantes, seus cânones, ordenando, nas palavras de Diniz (2004), as relações sociais mediante a integração normativa dos fatos e valores.

O ordenamento jurídico brasileiro possui como princípios fundamentais a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, elencados no artigo 1º da Constituição Federal. A ordem jurídica econômica tem seus princípios dispostos no artigo 170, espelhando a adoção do capitalismo como modo de produção e regulando o comportamento dos sujeitos econômicos. Inegável, portanto, a presença explícita dos princípios em nosso sistema.

Os doutrinadores elencam três momentos cruciais da evolução dos princípios: o jusnaturalismo, o positivismo e o pós-positivismo.

Na fase jusnaturalista, período que prevaleceu até o início do século XIX⁶⁹, os princípios eram tidos como “axiomas jurídicos universais” (BONAVIDES, 2008, p. 259). De fato, estavam em um plano alheio ao Direito, exercendo mais uma função inspiradora de valores como a justiça, com fulcro na *ideia do bem*, sem possuir qualquer caráter de normatividade, o que não é mais aceitável, conforme será discutido doravante.

Sob a perspectiva positivista⁷⁰, notadamente com a ascensão do processo moderno de codificação, os princípios ingressaram nos códigos como fonte subsidiária, cumprindo uma missão integradora no intuito de conferir coesão ao sistema. Sua força

⁶⁸ Fato, pois o fenômeno jurídico pressupõe sempre um fato subjacente; valor, porque confere significado ao fato (no aspecto axiológico, o Direito é visto como valor de Justiça); e norma ou regra, porquanto representa a relação que integra os elementos supramencionados, ou seja, do Direito como ordenamento de condutas (REALE, 1996).

⁶⁹ O jusnaturalismo funda-se na ideia de uma ética superior de valores e pretensões humanas, independente das normas postas pelo Estado. Apresenta-se em duas versões: a de uma lei estabelecida pela vontade divina (Antiguidade à Idade Média) e a de uma lei ditada pela razão, construída a partir do século XVI com a Era Moderna, enfatizando a natureza e a razão humanas, contra o dogmatismo medieval e teológico. É na Modernidade que o jusnaturalismo (racionalista) associa-se ao iluminismo, inspirando as revoluções liberais. Mas o advento do Estado liberal, a consolidação dos ideais constitucionais e o movimento de codificação do Direito ao mesmo tempo simbolizaram o apogeu e a superação do Direito natural, que, incorporado aos códigos, resultou na negação dos princípios ou normas não positivados como elementos dotados de juridicidade, fazendo ascender o positivismo jurídico (BARROSO, 2009).

⁷⁰ Não há como mencionar positivismo sem referenciar Kelsen (2000), que desenvolveu sua teoria defendendo a norma como o principal objeto de estudo científico do Direito. Porém, a pretensão de conferir objetividade científica ao Direito, ao modo das ciências exatas e naturais, reduziu o Direito a um extremo legalismo incompatível com os juízos de valor que também devem ser levados em consideração.

normativa, portanto, ficou esvaziada em nome da função programática que lhes era atribuída, conduzindo à inocuidade de sua eficácia prática, como se fossem somente diretrizes teóricas ou declarações descritivas carentes de juridicidade, e não proposições normativas dotadas de força cogente. Assim, a visão formalista do positivismo relegava aos princípios conotação meramente supletiva, secundária, com papel limitado ao fornecimento de critérios normativos de interpretação na ausência de regras ou costumes aplicáveis ao caso concreto ou ainda na impossibilidade de analogia⁷¹.

O pós-positivismo, neo-positivismo ou positivismo ético – fase atual - consagra a plena eficácia jurídica dos princípios, superando o positivismo outrora dominante e reconhecendo a relação indissociável do Direito com valores que lhe são prévios; os princípios passam a ser tratados como Direito, conjugando aspectos normativos e axiológicos⁷², inseridos nas constituições e concebidos pelo ângulo da normatividade.

5.1.1 Normatividade dos princípios

A constitucionalização dos princípios representa a consagração de sua normatividade, positividade ou juridicidade. A presença deles – explícita ou implícita⁷³ - nos textos constitucionais é primordial à tutela de importantes valores da sociedade, espelhando sua ideologia, seus postulados básicos e suas finalidades; ademais, por serem de aplicação mais maleável, servem à resolução de situações complexas amparadas pelas constituições⁷⁴.

⁷¹ Maia e Souza Neto (2006) salientam que os princípios ocupam a posição de fonte mais débil na hierarquização tradicional das fontes de direito, tanto que essa posição está presente no art. 4º do Código Civil de 1916: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

⁷² O pós-positivismo busca superar a antítese entre Direito Natural e Direito Positivo, realizando a conjugação entre as forças normativa e axiológica, o que é feito, exatamente, através dos princípios (CUNHA, 2006). A doutrina pós-positivista é a releitura das relações entre valores, princípios e regras, entre a ciência e a filosofia jurídicas, confluindo para o que já é denominado de um novo constitucionalismo.

⁷³ Por representar um sistema aberto que espelha axiomas fundamentais da sociedade, condizentes à estruturação e ao funcionamento do Estado e aos direitos individuais, coletivos, sociais, culturais etc., a Constituição não contém apenas princípios explicitamente transcritos em seu corpo, mas também princípios implícitos que são extraídos a partir do sistema e dos valores por ela tutelados. Como exemplos, Sarmento (2000) cita os princípios da proporcionalidade, da supremacia do interesse público, da presunção de constitucionalidade das leis etc.

⁷⁴ Em pertinente passagem, Sarmento (2000) destaca que a presença tanto de regras como de princípios é essencial à vitalidade da Constituição, pois a adoção de um sistema constitucional alicerçado apenas em princípios traria incerteza e insegurança, já que sua aplicação se dá de modo mais fluido e menos

A força jurídico-normativa dos princípios passou a se destacar a partir do constitucionalismo pós-guerra, sobrepujando o formalismo positivista que negava normatividade a disposições constitucionais. Esse reconhecimento reforça a aceitação de que todas as normas constitucionais são dotadas de imperatividade e eficácia. Crisafulli (1952, *apud* BONAVIDES, 2008, p. 257), jurista italiano, formulou uma sólida e precursora conceituação dos princípios enquanto normas jurídicas:

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.

Importantes debates foram travados sobre o caráter normativo acima especificado, chegando-se à conclusão de que tanto os princípios como as regras são tipos de normas. Assim, não há que distinguir as normas dos princípios, porquanto a norma é gênero de que as regras e os princípios são espécies.

Por conseguinte, o enfoque desse debate deve recair sobre a distinção entre regras e princípios, a qual trouxe salutares repercussões na interpretação da norma como um todo. Essa diferenciação não serve a uma mera classificação acadêmica, mas auxilia na compreensão da eficácia jurídica das normas e, em consequência, das regras e dos princípios. Ademais, também se revela fundamental para a inteligência do processo de ponderação de interesses constitucionais: no caso do princípio da razoável duração do processo, sua aplicação está vinculada a outros princípios como segurança jurídica e respeito ao *due process of law*, o que será aprofundado nos tópicos seguintes.

Ávila (2005) faz um panorama da evolução da temática supracitada, mencionando Esser, Larenz e Canaris⁷⁵ como autores com prestígio doutrinário na definição das espécies normativas. O primeiro explica que princípios são normas que

previsível que das regras, ao passo que a instituição de um modelo fundado exclusivamente sobre regras não daria conta da crescente complexidade de situações previstas nas Constituições, porque engessaria o legislador infraconstitucional, subtraindo-lhe a maleabilidade necessária à solução de conflitos concretos entre interesses constitucionais concorrentes.

⁷⁵ Sobre o tema, Josef Esser publicou *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*; Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*; e Claus-Wilhelm Canaris, *Die Feststellung Von Lücken im Gesetz*.

estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado, fazendo, portanto, uma distinção qualitativa entre princípios e regras. No mesmo sentido, o segundo os define como normas de grande relevo para o ordenamento jurídico, visto que firmam as bases normativas para a interpretação e aplicação do Direito, ou seja, o critério distintivo dos princípios em relação às regras também seria a função de alicerce normativo para a tomada das decisões. Já o terceiro coloca como distinção o conteúdo axiológico explícito dos princípios (carecendo, pois, de regras para sua concretização) e o seu modo de interação com as outras normas (os princípios receberiam seu conteúdo de sentido apenas mediante um processo dialético de complementação e limitação).

Em outras palavras, os princípios podem ser vistos como normas padrões de justiça, equidade ou alguma outra dimensão da moralidade, materializando valores a serem resguardados ou fins a serem alcançados; as regras traçam condutas mais definidas, são determinantes de comportamentos proibidos ou permitidos.

Canotilho (1993), tomando como base - dentre outros - os doutrinadores supracitados, disserta sobre a complexidade da diferenciação entre regras e princípios, no âmbito do *superconceito norma*, sugerindo que os principais critérios utilizados para tanto são: (i) grau de abstração, elevado nos princípios e reduzido nas regras; (ii) grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto, revelando-se os princípios, por sua maior vagueza e indeterminação, carecedores de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto que as regras podem ser aplicadas diretamente; (iii) caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de Direito, ou seja, os princípios possuem papel fundamental no ordenamento jurídico, seja pela posição hierárquica no sistema das fontes, seja pela sua importância estruturante dentro do sistema jurídico; (iv) “proximidade” da ideia de Direito: os princípios são *standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça ou na ideia de Direito, e as regras podem ser normas vinculativas com conteúdo meramente funcional; (v) natureza normogénica, haja vista que os princípios constituem a *ratio*, o fundamento da ordem jurídico-normativa e das próprias regras jurídicas.

Os autores que mais se destacaram com contribuições valiosas para a concepção de princípios e regras como espécies de normas foram Dworkin e Alexy⁷⁶.

⁷⁶ Dworkin, jurista da Universidade de Oxford, tratou da matéria na obra *Taking Rights Seriously*; Alexy, de origem germânica, publicou a *Teoria dos Derechos Fundamentales*. No texto, o estudo acerca das

Dworkin desenvolveu sua teoria a partir da crítica ao positivismo em geral e especificamente ao normativismo *hartiano*⁷⁷. Hart (1996) entendia o Direito como um sistema de regras, salientando que as normas jurídicas possuiriam uma textura aberta que demandaria o exercício de um ato de vontade do juiz para sua concretização. Nessa perspectiva, as questões judiciais mais simples seriam resolvidas mediante uma atividade cognitiva, mas os chamados *hard cases*⁷⁸ dependeriam do ato volitivo do magistrado, no que Dworkin discordava⁷⁹.

De fato, contrariando Hart (1996), Dworkin enfatizava que o juiz não praticava um ato de vontade para solucionar os casos difíceis, mas poderia se utilizar dos princípios como critérios de decisão. Isso porque para ele o Direito não era apenas um conjunto de regras (conforme pensavam os positivistas), mas também de princípios, razão pela qual diante de um caso concreto o julgador não decidiria por sua própria vontade, mas a partir de princípios normativos que supririam as lacunas naturais decorrentes de um sistema estático de normas.

Ao atacar o positivismo e defender o sistema jurídico enquanto modelo de regras e princípios, Dworkin rechaçava a separação estanque propalada pelos positivistas entre Direito e Moral, elegendo justamente os princípios como a conexão entre eles.

Outro aspecto delineado por Dworkin foi o mecanismo de incidência das regras e dos princípios perante um conflito, pois apesar de ambos estipularem *standards* que apontam para decisões particulares relativas a obrigações jurídicas em determinadas circunstâncias, diferem no tocante ao caráter da orientação que estipulam.

Com efeito, as regras são aplicadas de acordo com o critério (formal) de validade, ou seja, havendo colisão na solução de um caso concreto, incidirá apenas uma

teorias desses autores foi desenvolvido a partir de Ávila (2005); Bonavides (2008); Heck (2003); Maia e Souza Neto (2006); Pereira e Silva (2006) e Sarmiento (2000).

⁷⁷ Dworkin foi o sucessor de Herbert Hart na Universidade de Oxford.

⁷⁸ Casos difíceis que não são passíveis de solução via formulações simples e objetivas extraídas do ordenamento, mas demandam uma atuação subjetiva do intérprete e a realização de escolhas, com possível utilização da discricionariedade.

⁷⁹ Maia e Souza Neto (2006) reportam a Dworkin para alertar sobre os riscos advindos do poder do juiz de decidir por sua própria vontade: prejuízos às noções de autonomia pública, segurança jurídica e separação dos poderes, ressaltando que haveria uma usurpação da função legislativa, criando problemas de legitimação. Daí porque o pensamento de Dworkin é pautado no sentido de reduzir a discricionariedade judicial, propalando a utilização dos princípios como critérios definidores das decisões judiciais, sobretudo nos *hard cases*.

delas, obedecendo-se a uma lógica do “tudo ou nada” (*all or nothing fashion*), porque as regras ou são válidas ou inválidas; a solução portanto virá através do recurso aos critérios de hierarquia (*lex superior derogat inferior*), cronologia (*lex posterior derogat priori*) ou especialidade (*lex specialis derogat generali*), visto que o ordenamento jurídico não permite regras antinômicas.

Ao reverso, os princípios são aplicados a partir de uma ponderação⁸⁰ (critério material, valorativo). Assim, ocorrendo o embate entre eles, não haverá necessariamente exclusão de um ou de outro, mas mensuração, sopesando-se a importância de cada um para resolver determinado caso prático⁸¹. Em outros termos, quando dois princípios colidem, aquele que tiver peso relativamente maior decide, sem que o princípio de peso menor, por isso, torne-se inválido.

Em essência, essa teoria não destoa muito de Alexy, que também evidenciou as diferenças entre regras e princípios partindo da forma de solução exigida para as hipóteses conflitantes, elucidando que a colisão entre as regras resolver-se-ia pela introdução de uma cláusula de exceção – a mais especial regularia o caso em detrimento da mais genérica – ou mediante o reconhecimento da invalidade de alguma das regras confrontadas, e que o confronto entre princípios, por não se desenrolar no campo da validade e sim na dimensão do peso, resultaria *a priori* na ausência de hierarquia entre eles, porque a prevalência de um ou de outro na solução do problema jurídico dependeria das peculiaridades do caso concreto (SARMENTO, 2000).

As distinções entre regras e princípios foram classificadas por Alexy em duas categorias: (i) forte, pressupondo uma diferença qualitativa ou lógica, também defendida por Dworkin, como visto, que já apontava aspectos substanciais como critério diferenciador; (ii) e fraca, inferindo uma diferença quantitativa ou de grau, segundo a qual os princípios não seriam lógicos ou substancialmente diferentes das regras, mas lhes serviriam de fundamento, possuindo por isso um elevado grau de generalidade ou abstração.

⁸⁰ Sobre ponderação, Barroso e Barcellos (2003) esclarecem que consiste em uma técnica de decisão jurídica - associada ao balanceamento de interesses, bens, valores ou normas - aplicável aos casos difíceis em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, principalmente quando uma situação concreta enseja a aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções díspares.

⁸¹ Para realizar essa ponderação, conciliando valores constitucionais que se mostrem antagônicos sem comprometer a unidade do sistema constitucional, utiliza-se o critério da proporcionalidade, também denominado por alguns de princípio da proporcionalidade, que permite solucionar problemas de conflitos entre os princípios.

Alexy foi mais além, para salientar que as regras consistem em *mandamentos de definição*, só abrigando dois tipos de situação: ou são válidas e aplicáveis, ou inválidas e inaplicáveis, não admitindo gradações porque instituem obrigações absolutas que devem ser cumpridas na exata medida de suas prescrições. Os princípios veiculam *mandamentos de otimização*: ordenam algo que deve ser materializado na maior medida do possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais⁸² existentes. Assim, enquanto *exigências de otimização*, são comandos *prima facie* e podem ser cumpridos em diferentes graus, não impondo a concretização integral de seu dispositivo, mas a aplicação ponderada de acordo com as exigências do contexto fático.

Resumindo o que foi até então exposto a respeito da qualificação das regras e dos princípios como espécies do gênero normas, bem como das dessemelhanças existentes, propõe-se a seguinte esquematização, a partir do quadro sugerido por Cunha (2006):

NORMAS

PRINCÍPIOS	REGRAS
- Tipo de norma: normas de otimização, porque admitem vários graus de concreção, conforme as circunstâncias fáticas e jurídicas;	- Tipo de norma: normas de exigência absoluta, porque ordenam ou proíbem, admitindo apenas a lógica binária do cumprimento ou não-cumprimento;
- Grau de generalidade: elevado, pois comportam uma série indefinida de aplicações;	- Grau de generalidade: reduzido, visto que contemplam situações jurídicas determinadas;
- Casos de conflito: admitem coexistência, já que não se excluem reciprocamente; - Admitem sopesamento e ponderação em face de outros princípios, tendo em vista uma realização ótima;	- Casos de conflito: são antinômicas e se excluem reciprocamente; - Apenas admitem um cumprimento que seja a exata medida de sua prescrição, conforme uma “lógica do tudo ou nada”;
- Normas que podem suscitar problemas de validade e de <i>peso</i> (importância, valor, finalidade etc.).	- Normas que podem suscitar problemas de validade, mas nunca de peso já que são <i>normas fixas</i> .

⁸² Ou possibilidades normativas e fáticas: as primeiras, porque a aplicação dos princípios depende dos princípios e regras que a eles se contrapõem; as segundas, porquanto o conteúdo dos princípios como normas de conduta só pode ser determinado quando diante dos fatos (ÁVILA, 2005).

Diante das digressões apresentadas, é possível ainda destacar a multifuncionalidade dos princípios: (i) função fundamentadora, visto que legitimam o ordenamento jurídico-positivo, pela carga axiológica e maior proximidade do conceito de justiça; (ii) função hermenêutica, pois são vetores de interpretação norteando a compreensão/aplicação das normas; (iii) função supletiva, porquanto regulam os comportamentos dos destinatários na ausência de regras específicas; (iv) função argumentativa (SARMENTO, 2000), porque pela dimensão de peso que os singulariza, os princípios não contém respostas definitivas para as questões jurídicas sobre as quais incidem, mas somente mandamentos *prima facie*, que podem eventualmente ceder diante da ponderação com os outros princípios (daí porque seriam argumentos ou pontos de vista que devem ser considerados para equacionar os *hard cases*); (v) função dinamizadora e prospectiva, já que pela sua fluidez e teor axiológico servem para dinamizar a ordem jurídica.

Retornando ao ponto de vista de Alexy, os princípios - como mandamentos de otimização - assemelham-se aos valores, porque do mesmo modo que existe colisão/ponderação de princípios, existe colisão/ponderação de valores. Conquanto reconheça essa vinculação estrutural, Alexy também os distingue: os princípios se situam no plano deontológico (*dever ser*), enquanto que os valores enquadram-se em uma concepção axiológica, aludindo ao que é bom, desejável, consistindo em fundamentos para juízos de valor comparativos.

Os valores possuem um grau de concreção menor do que os princípios, pois embora sinalizem condutas desejáveis e ideias diretivas gerais que inspiram a interpretação e aplicação das outras normas jurídicas, não especificam as consequências que se lhe devem seguir, funcionando então como “metanormas em relação aos princípios e como normas de terceiro grau em relação às regras” (SANTOS, 1999, p. 54). Complementando esse raciocínio (CUNHA, 2006, p. 34):

[...] Os princípios de direito são categorias ou **valores objetivados** que *imantam* as demais proposições e prescrições jurídicas dando a elas um sentido específico em relação ao seu valor e sua finalidade. [...] A grande virtude, pois, dos princípios, é esta capacidade de condensar numa unidade operacional os aspectos axiológicos e deontológicos da normatividade jurídica, revelando que o *dever ser* da imperatividade do direito não pode ser dissociado de um núcleo ontológico que resguarde uma eticidade necessária à consecução dos

fins do direito. Assim, o comando (dever ser) não pode ser separado do valor que lhe justifica, impedindo que o direito seja reduzido à pura força ou violência institucional, muito embora não prescindida dela. Dessa forma, os princípios jurídicos parecem ter uma extraordinária capacidade de aglutinar as dimensões constitutivas da própria teoria do direito: dever ser (deontologia), valor (axiologia) e finalidade (teleologia) se reúnem numa tecitura ontológica que forma a identidade e a validade do direito. (Destaques originais)

Nessa perspectiva, em uma escala de densificação normativa entre valores, princípios e regras, na extremidade inicial ficam os valores, que não são normas jurídicas por não indicarem consequências jurídicas; no centro, ocupando um papel intermediário, ficam os princípios, normas jurídicas que dispõem minimamente dessa indicação de previsão e consequência; e na extremidade restam as regras, normas jurídicas de compleição mais fixa e rígida. Assim, todo princípio contém um valor e toda regra contém um princípio e um valor, trazendo à baila a concepção de sistema em que esses componentes estão inseridos (e conectados) e do qual não podem ser dissociados radicalmente (CUNHA, 2006).

Todos os argumentos denotam a relevância dos princípios que, tanto quanto as regras, expressam o que *deve ser*, sendo responsáveis por conferir sentido e coesão à ordem jurídica, desempenhando papel elementar na atividade concreta de interpretação e aplicação do Direito. Nessa ótica, dentro de um ordenamento jurídico são normas como todas as outras, dotados, portanto, de imperatividade, de modo que seu cumprimento pode (e deve) ser garantido institucionalmente pelo Poder Público.

A imperatividade – capacidade de impor de forma coativa - é um dos efeitos pretendidos pela norma no mundo dos fatos, seja regra ou princípio. Por conseguinte, os princípios podem servir diretamente à resolução de casos concretos, porque possuem aplicabilidade imediata e eficácia plena, fenômenos indissociáveis e que merecem alguns comentários.

De fato, os princípios - como normas jurídicas que são - devem ser analisados nos planos da existência, validade e eficácia. A existência relaciona-se à vigência, ao modo pelo qual a norma ingressa no mundo jurídico, a partir do regular processo legislativo. A validade diz respeito à produção da norma em consonância com os requisitos delimitados pelo ordenamento jurídico (competência, adequação, licitude etc.). Enquanto a primeira está mais ligada ao modo de ingresso da norma no aspecto

formal (processo legislativo), a segunda concerne ao aspecto material, à inserção dessa norma em consonância com normas superiores, ou seja, para uma norma ser válida precisa ter seu fundamento de validade em outra hierarquicamente superior (lembrando que, no caso das normas constitucionais, como a Constituição está no ápice da pirâmide *kelseniana*, que explica a ordem jurídica como um sistema escalonado de normas, haveria uma norma hipotética fundamental fora do sistema positivo a servir-lhes de fundamento de validade).

Já a eficácia possui duas dimensões: jurídica e social. A eficácia jurídica consiste na aptidão da norma para gerar efeitos jurídicos, independentemente da sua efetiva produção, podendo assim ser aplicada a casos concretos de forma direta, imediata e integral. A eficácia social consiste no reflexo real que essa norma produz no mundo fático, na sociedade, isto é, relaciona-se à efetividade. Ao que tudo indica, a aplicabilidade é uma consequência da eficácia.

Sobre a aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais, há que se levar em consideração ainda a doutrina de Silva (1998), que, partindo da premissa de que todas as normas são aplicáveis e eficazes, classifica-as em: (i) normas constitucionais de eficácia plena (com aplicabilidade imediata, independente de legislação posterior para sua execução); (ii) normas constitucionais de eficácia contida (também com aplicabilidade imediata, mas que admitem a redução de alcance constitucional pela atividade do legislador. Logo, apesar da aplicabilidade imediata e integral, sujeitam-se a restrições previstas ou dependentes de regulamentação⁸³); (iii) normas constitucionais de eficácia limitada, subdivididas em declaratórias de princípios institutivos ou organizativos ou declaratórias de princípios programáticos⁸⁴ (dependem de regulamentação futura, não produzindo seus efeitos essenciais desde que começam a vigorar. Possuem aplicabilidade indireta, mediata e reduzida).

É certo que, pela natural abstração inerente aos princípios, eles esbarram em dificuldades de concretização nas situações pragmáticas, visto que “é complicado –

⁸³A exemplo, dentre outros, do inciso XII do artigo 5º da CF/88: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer [...]”.

⁸⁴ Normas de princípio institutivo são aquelas que dependem de lei para dar corpo a instituições, pessoas e órgãos previstos na Constituição, como ocorre no caso do art. 18, § 3º, que prevê a incorporação, subdivisão ou desmembramento de Estados, mediante a aprovação popular via plebiscito ou do Congresso via lei complementar. Normas programáticas são as que estabelecem programas a serem desenvolvidos mediante a vontade do legislador infraconstitucional, como a hipótese do art. 205, que trata da educação como direito de todos e dever do Estado (TAVARES, 2009).

conquanto não impossível – reconhecer um direito subjetivo por aplicação direta de um princípio” (ROTHENBURG, 2003, p. 25). Contudo, a generalidade peculiar dos princípios não deve ser encarada como um defeito; ao revés, precisa ser interpretada como uma vantagem que lhes permite amplitude de interpretação e aplicação.

Afirmar que um princípio é norma imperativa significa, repita-se, que o efeito por ele almejado poderá ser imposto coativamente pela ordem jurídica caso não se realize de forma espontânea, como se passa com as regras jurídicas; a questão, porém, não é tão singela assim, porque a teoria da imperatividade enquanto elemento essencial do Direito e da norma jurídica foi construída tomando por base a regra e não o princípio, cuja normatividade é fenômeno relativamente recente (BARCELLOS, 2002), resultado da fase pós-positivista que sucedeu ao positivismo legalista imperante até meados do século XX.

Porém, com a consagração do caráter normativo e da supremacia na pirâmide normativa, ratificada pela positividade dos textos constitucionais, os princípios passaram a fazer parte da “esfera decisória dos arestos” e a constituir jurisprudência (BONAVIDES, 2008, p. 288). Nessa conjuntura, negar-lhes imperatividade é afastar sua proclamada juridicidade, minando sua operacionalidade e os efeitos aptos a serem produzidos no contexto prático.

Demonstrada a importância vital dos princípios para o Direito e, em especial, de sua inserção na seara constitucional, conferindo-lhes a superioridade própria da “Lei das leis”, é possível examinar o significado e a concretude do princípio da razoável duração do processo.

5.2 O princípio da razoável duração do processo: direito fundamental e instrumento de acesso à justiça

A finalidade deste tópico é averiguar o princípio da razoável duração do processo como um direito fundamental e indispensável à efetivação de outros direitos também fundamentais, consistindo em um dos mecanismos de acesso à justiça. Logo, para uma melhor compreensão do assunto, faz-se mister uma abordagem primária sobre

os direitos fundamentais, para mais adiante tratar do acesso à justiça e do princípio objeto deste capítulo.

5.2.1 Os direitos fundamentais

A teoria dos direitos fundamentais tomou fôlego após o nazismo, face à necessidade de comprometimento com valores humanitários como forma de “recuperar a legitimidade da ciência do direito que havia sido profundamente abalada em razão da ‘legalização do mal’ levada a cabo pelo regime de Hitler” (MARMELSTEIN, 2008, p. 03). A Declaração Universal dos Direitos do Homem, datada de 1948, é considerada um marco nesse sentido.

Antes do século XX, contudo, já se identificavam suas raízes - ligadas à dignidade da pessoa humana - desde a filosofia clássica, passando pelo cristianismo, jusnaturalismo e contratualismo, esses últimos influenciando as revoluções oitocentistas e a promulgação de dois documentos responsáveis pela *paternidade* (RAMOS, 2008) dos direitos fundamentais: a Declaração de Direitos de Virgínia de 1776, resultado da Independência Americana, e a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão⁸⁵, decorrente da Revolução Francesa de 1789.

Em breves linhas, iniciou-se a partir daí o processo de constitucionalização dos direitos fundamentais, caracterizados nessa fase como direitos fundamentais de primeira dimensão (ou geração)⁸⁶, espelhando o individualismo que inspirara as revoluções burguesas para afirmar os direitos civis e políticos fundamentados na liberdade, quais sejam, os direitos dos indivíduos oponíveis contra o Estado. Em seguida, com a industrialização e o marxismo, trazendo à tona questões econômicas, sociais e culturais – recepcionadas pelas Constituições do México e de Weimar – despontam os direitos fundamentais de segunda dimensão, mais voltados à igualdade e à proteção da

⁸⁵ A Declaração dos Direitos de 1789, muito embora a conotação bastante abstrata e metafísica [com pretensões mais políticas do que jurídicas], serviu de ponto de partida para a inserção dos direitos de liberdade – civis e políticos – nas constituições. Já a Declaração de Direitos de 1948, apesar do cunho programático, representou uma nova universalidade dos direitos fundamentais, colocando-os em um grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficácia, figurando como uma carta de valores e princípios sobre os quais se assentam os direitos de primeira, segunda e terceira gerações (BONAVIDES, 2008).

⁸⁶ Alguns autores preferem o termo “dimensão” à “geração”, porque esse pode levar ao equivocado entendimento de substituição cronológica de uma geração de direitos por outra e assim sucessivamente, o que não ocorre, e haja vista que as gerações de direitos são cumulativas, e não excludentes.

coletividade. Os direitos de terceira dimensão associam-se à idéia de solidariedade e fraternidade, visando a tutelar todo o gênero humano, de maneira difusa (direito ao meio ambiente, à paz, ao desenvolvimento etc.)⁸⁷.

Urge salientar que a classificação referida não induz à interpretação dos direitos fundamentais de modo estanque; ao contrário, devem ser compreendidos de maneira indivisível, interdependente e sem hierarquia, seja nas três dimensões ora apresentadas – direitos individuais, sociais e difusos - seja em outras porventura autenticadas pela doutrina, que já vem incorporando direitos de quarta⁸⁸, quinta e sexta dimensões, derivados da globalização e da evolução tecnológica, denotando as constantes mutações pelas quais passam os direitos fundamentais, no sentido de acompanhar a evolução da sociedade.

Os direitos fundamentais são concebidos por Silva (2008, p. 178-181) como “direitos fundamentais do homem”, porque se referem a “princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico”, designando, no nível do direito positivo, prerrogativas e instituições factíveis em garantias de uma convivência digna, livre e igualitária entre as pessoas. O adjetivo “fundamental” indica situações jurídicas sem as quais a pessoa humana “não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive”, enquanto que fundamental “do homem” se utiliza no sentido de pessoa humana, de reconhecimento e efetivação de direitos a todos, sem discriminação⁸⁹. Sintetizando, os direitos fundamentais são “situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana”.

Complementando essa concepção, possuem tanto um conteúdo ético quanto normativo, além de funcionarem como limitadores do poder (MARMELSTEIN, 2008).

⁸⁷ A título de curiosidade, os autores apontam o jurista tcheco, naturalizado francês, Karel Vasak, como responsável pelo desenvolvimento da “teoria das gerações dos direitos”, inspirado nos postulados da Revolução Francesa de liberdade, igualdade e fraternidade. À liberdade, corresponderiam os direitos de primeira geração; à igualdade, os de segunda; e à fraternidade, os de terceira. Conferir, a respeito, Bonavides (2008) e Marmelstein (2008).

⁸⁸ Bonavides (2008) elenca como direitos de quarta geração a democracia, informação e pluralismo.

⁸⁹ Sobre a sutil distinção entre *direitos fundamentais* e *direitos humanos*, Miranda (2000) aduz que os primeiros concernem aos direitos positivados em determinada ordem constitucional positiva, enquanto que os segundos se referem aos direitos assegurados em documentos internacionais, sem necessária vinculação interna ou limitação temporal. Acrescente-se ainda a esses dois conceitos a concepção de *direitos do homem*, mais ligada a valores éticos não positivados da dignidade da pessoa humana, assemelhando-se ao conteúdo do direito natural, no sentido de funcionar como a base ou fundamento dos direitos fundamentais.

Ético (material), porque vinculados a ideia de dignidade da pessoa humana⁹⁰, que tem como atributos, dentre outros, o respeito ao próximo, à autonomia da vontade e à integridade física e moral como garantes de um mínimo existencial⁹¹; normativo (formal), pois incorporados ao ordenamento constitucional de determinado país, constituindo-se portanto em normas jurídicas constitucionais; limitadores de poder, visto que, diante desse conteúdo apresentado, intentam proteger os cidadãos do arbítrio estatal (uso abusivo do poder) em suas esferas legislativa, administrativa e judiciária. Na ótica do autor (MARMELSTEIN, 2008, p. 18-20), a definição completa dos direitos fundamentais é a seguinte:

[...] Os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação de poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

Destarte, pode-se asseverar que os direitos fundamentais possuem força axiológico-normativa e supremacia formal e material diante das demais normas do sistema jurídico, justamente porque consistem em normas jurídicas positivadas pela Constituição, que, reconhecendo-lhe a relevância, possui em seu texto um título inteiro dedicado ao assunto, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, dividido em quatro capítulos que tratam respectivamente “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos” (artigo 5º), “Dos Direitos Sociais” (artigos 6º a 11), “Da Nacionalidade” (artigos 12 e 13) e “Dos Direitos Políticos” (artigos 14 a 17).

A sua institucionalização no Título II da Carta Magna, porém, não exclui a fundamentalidade de outros direitos não explícitos, em virtude do §2º do artigo 5º, segundo o qual “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais

⁹⁰ Dos fundamentos que alicerçam o Estado Democrático brasileiro, destacam-se a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, I e III, da CF/88), promovendo um encontro da democracia com os direitos fundamentais. Fica evidente que os direitos fundamentais são um elemento nuclear para a realização do princípio democrático, tendo em vista que exercem uma função democratizadora (PIOVESAN, 2007).

⁹¹ A dignidade da pessoa humana é a base dos direitos fundamentais, parâmetro do sentido de justiça, exigindo a proteção do mínimo existencial, ou seja, de um patrimônio indispensável a uma vida digna, o qual inclui pelo menos saúde básica, educação fundamental e renda mínima. Para efetivação desse mínimo, o acesso à justiça é instrumento essencial.

em que a República Federativa do Brasil seja parte”, e também do inciso III do artigo 1º, que insere a dignidade da pessoa como um dos fundamentos da República brasileira. Deduz-se, pois, que pode haver direitos fundamentais implícitos e fora do texto constitucional, mas cuja discussão escapa ao âmbito deste trabalho.

Desse modo, voltando ao contexto dos direitos fundamentais explícitos, especificamente no capítulo “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, localizam-se direitos civis (igualdade, propriedade, liberdade etc.) e garantias processuais (devido processo legal etc.), sendo essas as que interessam ao presente estudo, em razão dos incisos XXXV (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, que materializa o significado do acesso à justiça), e LXXVIII (“a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”).

Saliente-se ainda que os direitos fundamentais possuem características peculiares que afastam - ao menos essa é a intenção - a pecha de imperativos programáticos, para facilitar não apenas sua proteção, mas sobretudo sua efetivação judicial, sua concreção real. Esses caracteres são a inalienabilidade, irrenunciabilidade e imprescritibilidade (SILVA, 2008), visto que não têm conteúdo econômico-patrimonial e não sucumbem à prescrição, além da condição de constituírem cláusulas pétreas e terem aplicabilidade imediata.

Em relação à categorização como cláusulas pétreas, o artigo 60, IV, §4º, da Constituição, coíbe a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais, revelando o intuito do constituinte originário em criar, na expressão de Marmelstein (2008, p. 262), uma “barreira de proteção” ou “garantia de eternidade” em torno do assunto⁹².

Afirmar que os direitos fundamentais possuem aplicação imediata significa dizer que prescindem de regulamentação para serem efetivados, por força do §1º do artigo 5º, determinando que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Dessa maneira, sua exigibilidade direta decorre da própria Constituição, ainda que não haja lei infraconstitucional para regulamentá-los,

⁹² Marmelstein (2008) vai mais longe, afirmando que esse dispositivo não pode sofrer uma interpretação apenas gramatical, como se fundamentais fossem só os direitos do artigo 5º, mas abrangente, de modo a alcançar todos os direitos fundamentais.

o que reforça a já aludida supremacia diante das demais normas e gera direitos subjetivos passíveis de serem cobrados do Estado, em especial do Poder Judiciário.

Nesse ponto, exsurge o acesso à justiça como imprescindível à concretização dos direitos fundamentais ou, em outras palavras, a concretização dos direitos fundamentais pressupõe o acesso à justiça.

5.2.2 O acesso à justiça

O acesso à justiça é tema crucial da teoria do Direito, com diversos ângulos de estudo desenvolvidos entre os anos 70 e 80 do século XX com as pesquisas de Cappelletti e Garth (1988)⁹³, ficando as ideias principais responsáveis por um movimento que influenciou o novo modo de encarar a prestação jurisdicional.

Essa abordagem ampla extrapola o prisma técnico-jurídico que o concebe como mera oportunidade de ingressar em juízo ou como a formalização (solene) propriamente dita do processo perante a instância judiciária, para vislumbrar o acesso à justiça como acesso à ordem jurídica justa, cujas matizes perpassam do viés filosófico, atinente ao ideal de justiça almejado e efetivo - o que se traduz pela frase de que “todo processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter” (CINTRA, 2007, p. 41) -, ao viés sociológico⁹⁴, relativo à missão social do processo⁹⁵ em eliminar conflitos e promover a paz social.

A ordem jurídica justa contempla o princípio do devido processo legal⁹⁶ como eixo central das garantias processuais fundamentais, como a matriz de onde decorrem o contraditório, ampla defesa e a prestação jurisdicional célere, adequada e efetiva, rol que não é exaustivo. Por ter uma conotação aberta e intencionalmente imprecisa, o *due process of law* permite a constante e inexorável proteção do direito a um processo justo, absorvendo novas garantias que surgem com a evolução da sociedade.

⁹³ Através obra Access to Justice: *The Worldwide Movement to Make Rights Effective: A General Report*, traduzida no Brasil em 1988 pela atual Ministra do Supremo Tribunal Federal, Ellen Gracie Northfleet.

⁹⁴ Para aprofundar as perspectivas do acesso à justiça, conferir BEZERRA (2001).

⁹⁵ O processo não constitui um fim em si mesmo, mas é instrumental, por desempenhar significativo papel na eliminação de conflitos existentes na sociedade. Através dele, o Estado exerce a jurisdição, perseguindo objetivos sociais, políticos e jurídicos, no intuito de alcançar a pacificação e a almejada ordem jurídica justa, realizando o direito material vindicado.

⁹⁶ CF/88, art. 5º, LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Para tanto, é imperioso eliminar ou ao menos mitigar entraves ao efetivo acesso à justiça, tais como os elevados custos dos processos judiciais; as limitações de determinadas partes, procedentes da inaptidão para o reconhecimento dos direitos; o formalismo judiciário, representando pela linguagem específica, pelo temor ao “poder da toga” e até pela suntuosidade da arquitetura dos fóruns e tribunais; e a duração longa dos processos, que carrega consigo a sensação de injustiça e impotência (patente, desde já, que o efetivo acesso à justiça não pode se dissociar da garantia de um processo legal devido que, entre outros aspectos, envolve a necessária avaliação da razoabilidade temporal, assunto melhor delineado no tópico seguinte).

As soluções pragmáticas para os obstáculos acima apresentados surgiram com as chamadas “ondas” de acesso à justiça (CAPPELLETTI, 1988). A primeira “onda” liga-se à proteção de interesses individuais e à concretização da assistência judiciária gratuita⁹⁷. A segunda, ao reconhecimento de direitos metaindividuais, quando afloram instrumentos como a ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo, dentre outros. A terceira “onda” concerne ao novo enfoque voltado para o “consumidor” dos serviços judiciários, ou seja, os usuários da justiça⁹⁸.

Com a terceira “onda” de acesso à justiça passa-se a exigir a efetividade da prestação jurisdicional, o que inspirou as diversas reformas processuais ocorridas com a Emenda Constitucional 45/2004, ressaltando-se, para o presente estudo, a constitucionalização do princípio da razoável duração do processo como resultado da preocupação com o problema da morosidade processual.

Por ser um direito fundamental e ainda em razão de buscar a ordem jurídica justa, a manutenção da paz na sociedade, o acesso à justiça não se restringe ao campo do Poder Judiciário, ao mero pronunciamento judicial, mas inclui a administração alternativa de conflitos através de mecanismos paralelos como arbitragem, mediação e conciliação, que contribuem, nas palavras de Freire (2006), para o exercício da

⁹⁷ No Brasil, a Lei 1.060/50 estabelece normas para a assistência judiciária gratuita aos necessitados. Já a CF/88 assegura a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV), ampliando a gratuidade para as ações de *habeas corpus* e *habeas data* e para os atos necessários ao exercício da cidadania, independentemente, nesses casos, da condição econômica (art. 5º, LXXVII). Além disso, trata da incumbência da Defensoria Pública em promover orientação jurídica e defesa dos necessitados (art. 134).

⁹⁸ Nessa nova – e sobretudo - democrática perspectiva, Nalini (2000) enfoca o aspecto positivo da massificação do Direito, afirmando que o incremento da demanda obriga o Judiciário a um grau de abertura e de sensibilidade com a sociedade e os indivíduos que a integram, a cujo serviço se encontra o sistema judiciário.

cidadania e a coesão social entre grupos populacionais, fortalecendo a própria democracia⁹⁹.

Dentro dessa mesma contextura que vislumbra o acesso à justiça além do acesso ao Judiciário, não se pode olvidar que o Estado também deve garantir e efetivar os direitos fundamentais através dos Poderes Executivo e Legislativo, atendendo ao desiderato de promover, assim, a ordem jurídica justa, expressão que também engloba, por exemplo, a tarefa de redução das desigualdades sociais e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º da Constituição).

O acesso a uma ordem jurídica justa (à justiça), portanto, depende do empenho dos três Poderes, e não só do Judiciário. Sobre o Legislativo, Bezerra (2001) afirma seu compromisso primordial no estabelecimento desse acesso, naturalmente através da atividade legiferante, que deve funcionar de modo a permitir comunicação direta com a Constituição, salvaguardando os direitos fundamentais; no que pertine ao Executivo, aduz que é o responsável mais direto pela abertura das portas de acesso à justiça, ao materializar decisões político-econômicas que permitam essa abertura.

Em outro ângulo, todo direito fundamental – cuja concretização pressupõe o acesso à justiça - gera para o Estado os deveres de respeito, proteção e promoção. Pelo dever de respeito, o ente estatal obriga-se a agir conforme aquele direito, não o violando nem adotando medidas que o ameacem (comando de abstenção), sob pena de responsabilização civil. O dever de proteção significa não permitir que o direito seja violado, assumindo o Estado uma postura atuante (o Legislativo, editando normas adequadas à tutela dos direitos fundamentais; o Executivo agindo materialmente para reparar as lesões perpetradas contra tais direitos, e o Judiciário prestando a jurisdição à luz desses mesmos direitos). O dever de promoção consiste em possibilitar que todos usufruam o direito, compelindo o Estado a adotar medidas concretas para tanto (MARMELSTEIN, 2008).

⁹⁹ Em muitas situações, as soluções alternativas de conflitos podem ser mais eficazes do que o apelo ao Judiciário, pelo descrédito que este Poder alimenta entre os jurisdicionados (incluindo-se aí a morosidade dos feitos como estímulo à falta de credibilidade no sistema judiciário estatal), ou porque há um potencial de aceitação maior da comunidade quando suas contendas se resolvem através desses mecanismos (na mediação, por exemplo, as próprias partes chegam à solução, construindo acordos mais suscetíveis de cumprimento). Não significa, porém, que um sistema é melhor que outro, mas são complementares e dependentes de políticas públicas voltadas à ampliação e ao favorecimento do acesso à justiça.

É preciso abrir um parêntese para correlacionar os deveres de respeito, proteção e promoção com o alcance do acesso à justiça aqui referenciado: na medida em que o Estado cumpre esses deveres, propicia o aludido acesso, visto que possibilita a ordem jurídica justa. Especificamente no caso da temática abordada no presente trabalho, que se debruça sobre o processo administrativo no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, há de ser ressaltado que o mesmo se desenvolve em uma seara que não pertence ao Poder Judiciário (ainda que, obviamente, possa chegar lá), mas à esfera administrativa, pois o CADE é órgão autárquico e judicante com jurisdição em todo o território nacional, atribuições previstas na Lei 8.884/94 e a finalidade de orientar, fiscalizar, prevenir e apurar abusos de poder econômico.

O tema do acesso à justiça, reiterar-se, não indica apenas o direito de alcançar os tribunais, mas um meio de atingir, mediante o *processo*, cercado das garantias do *due process of law*, a guarida efetiva dos direitos violados ou ameaçados (GRINOVER, 2008). O processo, como método de trabalho, não é somente *judicial*, mas também *administrativo*, sendo certo afirmar que ambos visam à obtenção da tutela jurídica através da intervenção de órgãos do Estado (no primeiro caso, via Judiciário, e no segundo, via Legislativo e/ou Executivo).

Não há negar, portanto, que os processos administrativos merecem análise sob a ótica do acesso à justiça, posto que seu objetivo é viabilizar a atuação administrativa justa e eficiente, o que, em última análise, acaba por realizar direitos fundamentais.

O acesso à justiça enquanto acesso à ordem jurídica justa, destarte, exige instrumentos aptos que garantam a efetividade da prestação pública (esta em sentido lato) em tempo hábil, extraíndo-se daí a intrínseca relação com o princípio da razoável duração do processo, que desponta como uma das formas – e não a única, saliente-se – de fortalecer a referida acessibilidade.

5.2.3 O direito fundamental à razoável duração dos processos administrativos

As digressões apresentadas permitem deduzir que os direitos fundamentais, para se concretizarem, necessitam da instituição de um sistema de garantias que possibilite aos indivíduos usufruí-los em sua plenitude. Nesse contexto, o princípio da razoável duração do processo é um dos mecanismos idôneos a facilitar o gozo desses direitos, favorecendo assim o acesso a uma ordem jurídica justa.

Como se lê do inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal, o princípio da razoável duração aplica-se aos processos judiciais e administrativos, sendo que naqueles o problema da morosidade processual chama mais atenção, devido ao monopólio da função jurisdicional pelo Poder Judiciário, cuja estrutura (ainda) deficitária – em termos judicialização dos diversos conflitos de interesses, escassez crônica de juízes e serventuários, informatização insuficiente, excesso de formalismo, uso abusivo dos direitos processuais, apenas para citar alguns – não atende satisfatoriamente à demanda crescente. Porém, considerando que a duração dos processos judiciais não é o foco deste trabalho, que tem por objeto os feitos administrativos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, os inúmeros problemas atinentes à chamada “crise do Judiciário” não serão abordados.

Conforme sinalizado no limiar do capítulo, o princípio da razoável duração do processo constitucionalizou-se com a EC/45, mas seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico nacional já existia desde o Pacto de São José da Costa Rica¹⁰⁰. No Direito como um todo, o problema da inadequação temporal dos processos e a necessidade de uma razoável duração é tema antigo, com antecedentes anglo-saxões que remetem ao século XIII, quando da Magna Carta já se extraía que a celeridade da atuação jurisdicional era essencial à efetividade do acesso à justiça, bem como da Declaração de Virgínia (1776), consignando que todo cidadão acusado em feitos criminais faria jus a um julgamento célere (ARRUDA, 2006).

Paulatinamente, a efetiva preocupação com a temporalidade razoável da tramitação dos processos materializou-se no plano internacional, firmando-se tratados

¹⁰⁰ O que é ratificado pela própria CF/88, ao dispor no §2º do art. 5º que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes [...] dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

nesse sentido¹⁰¹, como a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950)¹⁰² e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), explicitando o direito ao prazo razoável dos processos.

Fato notável desse processo de fundamentalização de direitos processuais foi a instalação, em 1959, da Corte Internacional de Direitos Humanos (Tribunal de Estrasburgo), sediada na França e com o encargo de fiscalizar a atuação de cada Estado signatário quanto à aplicação do princípio da razoável duração do processo. Apesar de começar com timidez, pronunciando seu primeiro acórdão em fins de 1960 e apenas dez decisões na primeira década, Arruda (2006) realça seu desenvolvimento gradual nos anos seguintes, firmando a jurisprudência responsável pelo despertar do direito ao processo em tempo razoável; porém, revela que nos últimos anos, paradoxalmente, a própria Corte de Estrasburgo passou a violar esse direito, devido ao aumento do número de países submetidos à sua jurisdição, denunciando a morosidade processual.

No Brasil, a Constituição de 1934 aludia ao princípio em comento - ainda que *strictu sensu*, pois tinha como destinatário principal o legislador que deveria regulamentá-lo - no artigo 113, item 35, inserido em capítulo intitulado “Dos Direitos e das Garantias Individuais”, versando que “A lei assegurará o rápido andamento dos processos nas repartições públicas¹⁰³ [...]”.

Mesmo na ausência de previsões explícitas após a curta duração da CF/34, a doutrina mais acertada defendia o direito a um processo em tempo razoável como consectário do *due process of law*, sobre o qual também já se afirmou ser a matriz, ou o gênero, que tem como espécies os demais princípios constitucionais processuais.

¹⁰¹ Para a análise detalhada dos vestígios do direito à razoável duração do processo, passando pelos sistemas jurídicos europeu e americano, bem como dos tratados internacionais pertinentes, conferir Arruda (2006).

¹⁰² Art. 5º, item 3: “Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1º, alínea c, do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais e tem direito a ser julgado num **prazo razoável**, ou posta em liberdade durante o processo. A colocação em liberdade pode estar condicionada a uma garantia que assegure a comparência do interessado em juízo.”

Art. 5º, item 4: “Qualquer pessoa privada da sua liberdade por prisão ou detenção tem direito a recorrer a um tribunal, a fim de que este se pronuncie, em **curto prazo de tempo**, sobre a legalidade da sua detenção e ordene a sua libertação, se a detenção for ilegal.”

Art. 6º, item 1: “Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num **prazo razoável** por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. (...)”

¹⁰³ Arruda (2006) realça que a expressão “repartição pública” incluía as repartições do Judiciário (secretarias do foro), de modo que o “rápido andamento” abrangeria processos administrativos e judiciais.

Nesse sentido, muito antes da EC/45 Tucci (1993) já advertia que o postulado constitucional do devido processo legal desdobrava-se nas garantias de acesso à justiça e da prestação jurisdicional em um lapso temporal razoável, deduzindo que o “direito ao processo sem dilações indevidas, como corolário do devido processo legal, vem assegurado ao membro da comunhão social por norma de aplicação imediata”.

O princípio da razoável duração do processo também era extraído de outros dispositivos constitucionais, a exemplo dos incisos XXXIV e XXV do artigo 5º - direito de petição e acesso à Justiça - e do *caput* do artigo 37, com a inclusão da eficiência, através da Emenda Constitucional 19/98¹⁰⁴, como princípio norteador da Administração em todos os Poderes, porquanto o direito às decisões do Poder Público, em qualquer patamar hierárquico ou esfera governamental, é inerente ao indivíduo, haja vista que o Estado democrático está a seu serviço.

É possível sustentar, pois, que a inserção do inciso LXXVIII ao artigo 5º da Carta atual não criou um direito novo, mas declarou o direito já existente à razoável duração do processo e à celeridade de sua tramitação. Sua configuração constitucional – fenômeno obviamente observado em ordenamentos alienígenas, devido ao processo universal de constitucionalização de princípios e direitos fundamentais, como visto – é um reforço normativo resultante da busca pelo rompimento das barreiras que travam o efetivo acesso à justiça, dentre as quais a morosidade processual se sobressai.

Assim, na medida em que a Constituição assegura a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, possibilita o acesso à justiça, restando inquestionável que o princípio em análise é instrumento desse acesso e direito fundamental explicitamente localizado no título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Sua elevação ao posto de garantia constitucional e, mais ainda, de direito fundamental com aplicabilidade imediata, irradia-se por todo o sistema legislativo, doutrinário e jurisprudencial, no sentido de vedar a elaboração de leis que tragam lentidão na solução dos processos e interpretações que afrontem o princípio da razoável duração.

Embora possuindo aplicabilidade imediata, que autoriza invocar o direito à razoável duração do processo diretamente da Constituição Federal, a regulação legislativa infraconstitucional pode ser bastante útil, aprimorando as condições para o

¹⁰⁴ Emenda da “Reforma Administrativa”.

exercício do direito em análise. O Estado-legislador, enquanto destinatário do comando constitucional, tem o dever de estipular um sistema normativo processual compatível com a preservação desse direito fundamental, abstendo-se de instituir ritos procedimentais muito complexos e prazos demasiadamente longos¹⁰⁵. O Estado-Juiz e o Estado-Administrador, também destinatários, obrigam-se a conduzir e julgar seus feitos norteados pelo princípio em comento.

No que pertine aos processos administrativos, o constituinte assegurou explicitamente a razoável duração, posto que é inegável que também podem sofrer as agruras do excesso de tempo para sua conclusão, com consequências negativas daí decorrentes. Segundo Nicolitt (2006), o referencial para fins de proteção constitucional face aos efeitos deletérios do tempo não depende só da natureza do processo, e sim do reflexo que a atuação judicial ou administrativa do Estado pode gerar sobre a possibilidade de acesso à justiça e sobre a liberdade ou a dignidade das pessoas¹⁰⁶.

E nem poderia ser diferente, porque muito mais que um *iter* para a produção de atos administrativos, ou uma série de atos concatenados com o propósito de ensejar a manifestação de vontade da Administração, os processos administrativos são “instrumento de garantia dos administrados em face de outros administrados e, sobretudo, da própria Administração” (FERRAZ; DALLARI, 2002, p. 25).

O processo administrativo, pois, é mecanismo que se presta a dois desideratos: assegurar a proteção dos direitos dos administrados – que passam a participar da formação da vontade estatal - e o melhor cumprimento dos fins da Administração. Por

¹⁰⁵ Após a EC 45/2004, diversas leis foram editadas atendendo ao princípio da razoável duração do processo. Em relação aos processos judiciais, vigoram os seguintes textos legais: Lei 11.287/05 (reduzindo as possibilidades de interposição do agravo de instrumento); Lei 11.232/05 (cumprimento imediato da sentença, com a extinção do “processo de execução”, que passa a ser uma fase procedimental); Lei 11.276/06 (súmula impeditiva do recurso de apelação); Lei 11.277/06 (sentença liminar de improcedência do pedido para casos repetitivos); Lei 11.419/06 (informatização judicial, viabilizando o processo eletrônico); Lei 11.441/07 (retirando da apreciação do Poder Judiciário processos de inventário, partilha, separação e divórcio consensuais) etc. Quanto aos processos administrativos, destaca-se a Lei 11.417/06, que introduziu alterações na Lei 9.784/99, para estabelecer a possibilidade do juízo de retratação da autoridade administrativa em caso de contrariedade a enunciado de súmula vinculante. Especificamente no caso dos feitos perante o SBDC, o Projeto de Lei 06/09, que visa à reestruturação das autoridades que cuidam da defesa da concorrência, como visto, também é uma tentativa de otimizar (e celerizar) a eficiência do sistema.

¹⁰⁶ Nicolitt (2006) conclui suas deduções aduzindo que o direito à razoável duração do processo engloba todos os tipos de processos judiciais, alcançando os processos administrativos e às vezes procedimentos administrativos capazes de atingir, de certa maneira, o direito ao acesso à justiça, à liberdade ou à dignidade humana.

força dos incisos LIV e LV¹⁰⁷ do artigo 5º da CF/88, impondo, respectivamente, a observância do devido processo legal e a garantia do contraditório e ampla defesa para os litigantes judiciais ou administrativos, a Administração obriga-se a formalizar todo o caminho percorrido para a deflagração de seus atos, destacando-se os atos decisórios que repercutem na esfera dos administrados.

É correto afirmar ainda que o processo administrativo consiste no “próprio processo, no âmbito da Administração” (CRETELLA JÚNIOR, 2006, p. 26), sendo uma das espécies do gênero processo, ao lado dos processos judiciais e legislativos. Cada um persegue objetivos próprios, mas sem perder de vista o interesse na manifestação de um ato estatal, sem abandonar a finalidade comum a todos, que é a de serem “estabelecidos como requisitos e *modus operandi* para a prática de um ato do Estado” (FRANCO, 2008, p. 77), ato esse que deve ser praticado porque assim determina o ordenamento jurídico. O objetivo final do processo judicial – civil, criminal – é a sentença; do processo legislativo, a lei; e do processo administrativo, o ato administrativo.

Uma diferença pontual entre os processos judiciais e administrativos relaciona-se ao princípio dispositivo¹⁰⁸, que impera nos processos judiciais vedando a atuação dos magistrados sem provocação das partes ou interessados, em respeito à imparcialidade exigida para a atividade jurisdicional; ao contrário, nos administrativos esse princípio não tem o mesmo vigor, cedendo lugar à impulsão oficial ou princípio da oficialidade, visto que cabe ao Executivo cumprir a lei de ofício¹⁰⁹, haja vista a função administrativa originar-se de competência irrenunciável, na busca pelo melhor resultado em prol do interesse coletivo¹¹⁰.

Logo, enquanto o processo judicial envolve em essência uma relação jurídico-triangular entre autor e réu, sujeitos parciais, e Estado-juiz, sujeito imparcial, o processo

¹⁰⁷ Art. 5º, LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

¹⁰⁸ Ou da inércia da jurisdição, traduzido pelo art. 2º do Código de Processo Civil: “Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais”.

¹⁰⁹ A instauração do processo administrativo pode ser de ofício, o que se faz via decreto, portaria, auto de infração, notificação, representação etc., dependendo da previsão legal, ou por iniciativa do interessado, utilizando-se do seu direito constitucional de petição. Em outras palavras, o impulso oficial da Administração dar-se-á quando o interesse colimado pelo processo for eminentemente público, trazendo reflexos para a coletividade, dependendo de iniciativa quando preponderar o interesse particular, como uma licença para a instalação de um comércio em determinada área.

¹¹⁰ Franco (2008) observa que tanto o processo judicial como o administrativo são modos de exercício do poder, de um poder-dever.

administrativo encerra uma relação bilateral, tendo de um lado a Administração gestora do interesse público e de outro o administrado interessado¹¹¹. Reflete, nas palavras de Carvalho Filho (2001, p. 07), uma “relação jurídica entre pessoas governamentais e privadas em que ressaí o objetivo da atividade estatal – um ato ou uma conduta administrativa”.

A configuração de um processo administrativo, portanto, retrata uma relação jurídica própria do Direito Administrativo, vinculando todos os sujeitos – agentes da Administração ou terceiros - que dela participem de maneira formal, porque como se trata de ação administrativa subordina-se ao princípio da publicidade e a da solenidade das formas. Afora isso, possui um objetivo a ser alcançado (o ato administrativo), o que é feito através de um procedimento ou sucessão encadeada de atos (CARVALHO FILHO, 2001).

Para cumprir essa função, a Administração ao mesmo tempo em que é parte interessada no processo é também “juiz”, porquanto é responsável pelo seu desenvolvimento e término, pelo deslinde da questão. Daí porque não como há como defender uma imparcialidade da Administração na relação processual jurídico-administrativa, pela impossibilidade lógica decorrente do exercício concomitante da função de “juiz” com a qualidade de parte¹¹².

Outra diferença entre os processos judiciais e administrativos e que merece ser lembrada é no tocante aos efeitos das decisões exaradas. No processo judicial, como resultado do exercício da jurisdição, o Poder Judiciário define e aplica a lei a um caso concreto, mediante uma decisão que se tornará definitiva e imutável, ao ser atingida pela coisa julgada. No processo administrativo, o Poder Executivo exerce primordialmente uma função administrativa, expressando a vontade da Administração, à obviedade lastreada por parâmetros legais, mas que resultará em uma decisão passível de revisão e modificação pelo Judiciário.

¹¹¹ Não é despidendo lembrar que o processo difere do procedimento: este é o meio, o rito pelo qual se desenvolvem as atividades processuais, relacionando à sucessão dos atos processuais; aquele concerne não apenas à dinâmica dos atos processuais, mas sobretudo às relações jurídicas envolvidas. A ideia de processo é material e teleológica, ao passo que a de procedimento é formal.

¹¹² Não confundir “imparcialidade da autoridade administrativa”, no sentido de respeito ao princípio da impessoalidade pelo agente público, sob pena de ofender o art. 37 da CF/88 e configurar improbidade administrativa prevista na Lei 8.429/92, com “imparcialidade da Administração”, que se revela impossível porque não existe imparcialidade em relação bilateral; a imparcialidade pressupõe o afastamento equidistante de duas pretensões, uma isenção que é alheia à atividade administrativa, voltada à satisfação do interesse público em detrimento do interesse particular (PAULO, 2007).

Das diversas modalidades de processos administrativos¹¹³, importa dividi-los em gerais e especiais. Os gerais estão sob o pálio da Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo federal e incide na verdade em toda a sistemática processual administrativa não regulamentada por legislação específica, ou subsidiariamente nos processos administrativos especiais¹¹⁴; esses, por sua vez, são regidos por leis próprias, como é a hipótese dos processos administrativos no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, regulados pela Lei 8.884/94.

O processo administrativo respalda-se em diversos princípios legitimadores: legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência, todos expressos no artigo 2º da Lei 9.784/99, além da previsão contida no *caput* do artigo 37¹¹⁵ da CF/88, incluindo a impessoalidade e a publicidade. Por conseguinte, deve-se desenvolver em conformidade com a lei e o direito, atendendo a fins de interesse geral, com objetividade, probidade, decoro e boa-fé, buscando a adequação entre meios e fins, respeitando as formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados, indicando os pressupostos fáticos e jurídicos motivadores de suas decisões e divulgando-as oficialmente.

Sem diminuir a significância de cada dos princípios acima identificados, destaca-se aqui o princípio da eficiência em virtude de sua íntima conexão com a razoável duração do processo. Nesse sentido (FRANCO, 2008, p. 40):

¹¹³ Conferir Ferraz e Dallari (2002), que enumeram alguns tipos, a saber: (i) processos administrativos em que há controvérsias/conflitos de interesses, como os de gestão (licitações, concursos públicos), outorga (licenciamentos, isenção de tributos), verificação (prestação de contas, lançamento tributário) e revisão (recursos administrativos, revisões); (ii) processos administrativos em que há acusados (punitivos), divididos em internos (processos disciplinares sobre servidores) e externos (que visam a apurar infrações e aplicar sanções decorrentes do poder de polícia, da administração fiscal etc.). Já Carvalho Filho (2001) baseia-se nos critérios de natureza e objeto. Quanto à natureza, os processos administrativos são: (i) não litigiosos, encerrando os feitos que tramitam em maior quantidade nas vias administrativas; (ii) litigiosos, tendo por objeto principal a solução de um conflito de interesses, assemelhando-se em demasia aos processos judiciais. No que concerne ao objeto, são: (i) genéricos, considerando as funções primordiais do Estado (processos legislativos, judiciais e administrativos); (ii) específicos, haja vista os fins específicos perseguidos pela Administração (processos de mera tramitação, relativos à formalização das rotinas administrativas; processos com objeto de controle, visando à fiscalização das atividades e funções públicas; processos punitivos; processos com objeto contratual; processos com objeto revisional etc.).

¹¹⁴ Com efeito, o art. 69 da Lei 9.784/99 dispõe que “Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes subsidiariamente os preceitos desta Lei”.

¹¹⁵ “A administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

O princípio da eficiência também é invocado para impedir a duração excessiva dos processos administrativos, impondo regras de celeridade, informalidade e economia processual e autorizando a Administração a adotar as medidas necessárias para materializar a eficácia administrativa, tratando de manter o equilíbrio das coordenadas administrativas que se cruzam entre as linhas da máxima eficácia e da máxima juridicidade [...].

O princípio da eficiência, inserido pela Emenda Constitucional 19/98, trouxe a exigência de um novo arquétipo gerencial para a Administração Pública: em lugar do modelo burocrático que privilegiava o controle rígido dos procedimentos (dos meios), surgiu o controle de resultados (fins).

A Reforma Administrativa que culminou na redação da Emenda 19/98 se insere no contexto mundial das transformações ocorridas a partir dos anos 80 do século XX, atinentes à necessidade de uma nova organização do Estado em face da Economia. Em âmbito nacional, frisa Moreira (2007), exigiam-se soluções para combater a tríplice crise estatal brasileira: fiscal, no modo de intervenção e na forma burocrática de administração. Para tanto, continua o autor, foi preciso redimensionar o Estado, sua participação no capital e na gestão de empresas públicas, revisando as estruturas administrativas e o sistema de regulações e monopólios que impediam a livre iniciativa e a livre concorrência (até porque absorção do valor eficiência traz incute as ideias de objetivos a serem perseguidos com qualidade, de otimização de tempo e de recursos financeiros).

O novel modelo gerencial, primando a descentralização estatal, procurou implementar na Administração Pública a eficiência – tão sublimada pela iniciativa privada, que valoriza o fator desempenho - como diretriz básica atrelada à qualidade do serviço prestado. Não se quer com isso afirmar que a eficiência era inexigível e inaplicável aos serviços públicos, mas que o fato de ser positivada constitucionalmente enfatizou sua relevância e exigibilidade, denotando que, na realidade, antes da EC 19/98, o princípio distanciava-se dos órgãos, agentes e pessoas administrativas.

A eficiência não é um fim em si mesma, mas norteadora da atividade administrativa, que deve buscar os melhores resultados com os meios disponíveis e ao menor custo possível. Nessa conjuntura, relaciona-se não só à finalidade normativa, mas sobretudo ao modo de execução de tal finalidade, decorrendo daí que o princípio da

razoável duração do processo constitui-se em um dos seus desdobramentos. Corroborando com esse discurso (MOREIRA, 2007, p. 197):

[...] A eficiência processual garante o desenvolvimento de um processo célere, simples, com finalidade predefinida, econômico e efetivo. [...] A celeridade impõe que os atos processuais sejam praticados no mais curto espaço de tempo possível, de forma contínua e coordenada. Não se trata de uma corrida de velocidade, mas sim de uma sequência de atos atenda a uma duração razoável, tal como é assegurado pelo inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição [...]. O processo administrativo não pode parar ou ser desenvolvido em ritmo lento – internamente à autoridade administrativa ou frente aos particulares.

A eficiência, além de ser “antônimo de morosidade, lentidão e desídia”, porquanto a sociedade “há muito deseja rapidez na solução das questões e dos litígios” (CARVALHO FILHO, 2001, p. 60), é um postulado que envolve não apenas os resultados (rápidos) almejados, mas os meios utilizados para atingir esses resultados em harmonia com o *due process of law*.

Nesse norte, a eficiência não pode ser divorciada da efetividade, que, por sua vez, diz respeito à concretização das finalidades processuais, aos resultados práticos produzidos pelo processo. Para isso, ou seja, para um processo eficiente e efetivo, são necessários instrumentos adequados à tutela dos direitos, os quais devem estar ao alcance dos seus titulares, sem discriminações pessoais, sociais ou econômicas, aptos a assegurar a específica utilidade dos direitos, com o menor dispêndio de tempo e energia. Decerto que o princípio da razoável duração do processo é instrumento hábil à consecução desses fins.

5.3 O significado e os critérios de avaliação do princípio da razoável duração do processo

No mundo globalizado em que predomina a “cultura da aceleração” (RAMOS, 2008, p. 47), quando o tempo passa a ser a tônica das relações desenvolvidas em uma denominada *sociedade da informação*, trazendo a feroz exigência de velocidade, em

especial pela influência dos imensuráveis avanços científicos e tecnológicos, é natural que se almeje uma nova dinâmica processual.

Nessa nova dinâmica, há um clamor por processos céleres, mas o fator celeridade deve ser absolutamente vinculado ao valor segurança jurídica, em respeito às garantias estabelecidas para o processo justo, que não pode ser transformado em palco de estatísticas, permitindo a violação dos direitos fundamentais do contraditório, ampla defesa, motivação das decisões e os demais corolários do devido *process of law*. Assim, sói acontecer uma tensão entre a agilização processual e o tempo mínimo necessário à defesa do réu, à produção probatória, enfim, à investigação suficiente para a conclusão do processo com equidade.

A materialização do direito ao processo em tempo razoável esbarra, pois, em uma “superlativa dificuldade [...] de conciliar de modo perfeito o ideal da celeridade processual e a preservação de certas garantias básicas para as partes” (J. MOREIRA, 2006, p. 35), mas não deve jamais se afastar dessa harmonização. Nessa conjuntura, a razoabilidade da duração dos processos delinea-se a partir de uma ponderação entre a agilidade ou rapidez processual e o respeito às garantias fundamentais de um processo justo, até porque não há como definir com precisão o adjetivo *razoável*¹¹⁶, cujo teor de subjetividade é indubitável. A indeterminação conceitual dificulta a efetivação da garantia razoável duração do processo e a criação de normas gerais e abstratas capazes de prever todas as situações.

Por outro lado, essa imprecisão ou abertura do conceito permite-lhe ser aplicado especificamente, sem recursos a fórmulas prontas que poderiam esvaziar-lhe o conteúdo; sua aplicabilidade prática e imediata, considerando §1º do artigo 5º da Constituição, ocorrerá em cada caso concreto, dependendo, pois, da apreciação das circunstâncias peculiares a cada um.

Responder à indagação do que seria um “tempo razoável de duração” não é tarefa simples, mas, em linhas gerais, há um certo consenso de que o princípio da razoável duração do processo traduz o direito a um processo “sem dilações

¹¹⁶ Eis a definição de Houaiss (2009, p. 1615): “Razoável (adj): 1. logicamente plausível; racional <dedução r.> 2. aceitável pela razão; racional <considera r. as exigências feitas> 3. que age de forma racional, que tem bom senso, sensato <uma pessoa r.> 4. que é justo e compreensível por se baseia em razões sólidas <julgamento r.> <decisão r.> 5. não excessivo, moderado, módico <preços r.> 6. que é bom, mas não excelente; aceitável, suficiente <vinho de qualidade r.> <um salário r.>”.

indevidas”¹¹⁷, expressão ampla que inclui não apenas a problemática da celeridade e do (des)cumprimento dos prazos, mas também o modo de condução dos demais atos que se desenvolvem dentro do processo. Mais uma vez, entra em cena a questão da eficiência e efetividade.

Deveras, como referido, a eficiência e a efetividade concernem aos desfechos concretos e palpáveis do processo, dependentes de mecanismos e técnicas adequadas; aproximam-se, nesse sentido, da economia processual¹¹⁸, posto que o processo - enquanto método de atuação estatal - deve guiar-se com vistas a produzir o máximo de resultados, no menor espaço de tempo, com o mínimo de esforços econômicos, administrativos e burocráticos possíveis e observando, sempre, o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade.

Discorrendo sobre o assunto, Bedaque (2006, p. 50-61) frisa a importância da técnica processual como uma das alternativas à diminuição da morosidade dos feitos, sustentando a simplificação e a flexibilização dos procedimentos para alcançar os fins pretendidos pelo processo, e afirmando ainda que:

Essa concepção de efetividade do processo atende ao princípio da economia processual, tal como definido pela doutrina alemã, que estabelece uma relação de adequação entre meios e fins. Representa aplicação desse princípio o procedimento que possibilite alcançar os escopos da atividade jurisdicional com o máximo de eficácia e com o menor dispêndio de energia possível. *Efetividade, celeridade e economia processual* são importantíssimos princípios processuais relacionados diretamente com a promessa constitucional de acesso à Justiça. Entre os princípios informativos dessa garantia aponta-se a *operosidade*, consistente no dever, imposto aos sujeitos do processo, de atuar da forma mais adequada à obtenção dos resultados desejados – o que compreende, evidentemente, a utilização correta da técnica. [...] É preciso enfatizar esse aspecto da técnica processual, para

¹¹⁷ Em sentido contrário, Arruda (2006) defende que essa interpretação seria redutora, pois “dilação indevida” associa-se adiamento ou demora, e que o adjetivo “indevida” poderia justificar atrasos, na medida em que seriam aceitáveis as dilatações “normais” ou devidas. O presente trabalho, porém, segue o entendimento da maioria doutrinária.

¹¹⁸ O princípio da economia processual traz à lume a análise econômica do Direito, inspirando a racionalidade das escolhas para as diversas regulações jurídicas. Nesse ângulo, o enfoque econômico poderá trazer importantes contribuições, que não necessariamente alterarão as conclusões, mas os argumentos a serem enfrentados. Daí porque, explica Ramos (2008, p. 63), essa análise deverá atuar fundamentalmente prevendo os efeitos que uma dada norma pode produzir, explicando porque certo regramento existe e decidindo quais regras devem existir. O princípio da economia processual, assim, serve para balizar de modo racional as políticas legislativas, a atuação dos órgãos estatais. Sobre essa correlação entre o princípio da economia processual e a análise econômica do Direito, ver também Bueno (2007).

conscientizar todos os que se utilizam do processo de que sua estrutura é concebida para possibilitar sejam atingidos determinados fins. Só para isso, nada mais. A existência do processo é justificada pelos escopos que ele visa a alcançar, não pela forma de que se revestem seus atos. A observância da técnica, portanto, representa exigência inafastável do sistema apenas se imprescindível à consecução dos objetivos buscados. A legitimidade do processo reside na eliminação da crise de direito material com segurança e celeridade, não na forma adotada para que tal efeito se produza.

A celeridade, portanto, não é uma meta a ser alcançada a qualquer custo nem se constitui em um valor absoluto de mera aceleração; insere-se dentro da perspectiva sistemática do processo, revelando-se em um dos aspectos da efetividade, em uma das garantias que compõem a concepção do *due process of law*. Nesse contexto, o tempo razoável condiz com o tempo de tramitação otimizado, traduzindo a negação dos excessos de rapidez e de lentidão. No primeiro caso, porque poderá prejudicar a qualidade da tutela a ser prestada através do processo; no segundo, porque a morosidade é causa de insatisfação dos cidadãos, contribuindo para a incerteza e a indefinição do direito perseguido. Não se trata, pois, tão-só de enaltecer a celeridade e depreciar a morosidade, mas de defender como válido o tempo adequado à prestação pretendida por meio do processo.

O sentido de um processo sem dilações indevidas também se depreende da interpretação do inciso LXXVIII do artigo 5º da CF/88, do qual são extraídas duas diretrizes diversas, porém complementares, sendo a primeira relacionada à razoável duração do processo e a segunda aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação. É nessa segunda parte do inciso que se encontram os contornos do princípio em análise (BUENO, 2007), impelindo a racionalização e a otimização dos atos processuais, enfim, dos procedimentos que levarão às manifestações dos atos do Estado, mediante o seu método de atuação, que é o processo.

O processo sem dilações indevidas é um direito subjetivo, público e autônomo de todos os membros da coletividade que fazem jus à prestação da tutela estatal dentro de um prazo razoável. Subjetivo e público, porque se caracteriza pela correspondência do dever jurídico do Estado em prestar a jurisdição em tempo razoável; autônomo, porquanto independe do direito à tutela jurisdicional ou do próprio direito material deduzido em juízo, inferindo-se que são direitos distintos sujeitos a distintas violações.

A duração intolerável dos feitos configura um enorme obstáculo para que o processo cumpra seus compromissos institucionais, porque o tempo pode causar o perecimento das pretensões, ocasionar danos econômicos e psicológicos às partes, estimular composições desvantajosas e gerar o descrédito do Poder Judiciário e do Estado como um todo (RAMOS).

Certamente que tempo e processo são indissociáveis e que todo processo envolve o aspecto da temporalidade, pois para atingir seus fins – considerando que é constituído por uma sucessão de atos ou procedimentos, encerrando uma atividade dinâmica e dialética – necessita de um tempo mínimo para se desenvolver e para dar respostas efetivas do ponto de vista qualitativo, já que um julgamento instantâneo vulneraria garantias e princípios elementares. Assim, o tempo aceitável para que o processo seja justo e racional é aquele resultante da indispensabilidade de assegurar o exercício do direito de defesa e a cognição adequada do julgador, restando, pois, intolerável – ou “irrazoável” – que um processo se prolongue pelo tempo em razão de formalismos inúteis, delongas injustificáveis e protelações abusivas, fatores que se resumem na expressão “dilações indevidas”.

Já foi dito que o conceito jurídico indeterminado do princípio da razoável duração do processo traz como consequência a impossibilidade de estabelecimento de regras específicas aptas a garantir a razoabilidade da duração, acrescentando-se aqui que, por esse motivo, fica evidente a dificuldade de estipular prazos mínimos e máximos de duração dos processos, haja vista que a análise da razoabilidade da duração não é abstrata, mas depende de variáveis concretas. Justamente por isso, a prestação da justiça em tempo hábil não possui uma dimensão temporal delimitada.

Esclareça-se que a tramitação dos processos em prazo razoável não significa, *ipsis litteris*, o cumprimento minucioso de todos os prazos. Arruda (2006, p. 291-293) realça que a inserção do inciso LXXVIII ao artigo 5º não trouxe uma constitucionalização dos prazos de direito processual nem declarou um direito fundamental ao cumprimento dos prazos. Evidencia que, não obstante o descumprimento deles seja indiciário da lesão ao direito fundamental à razoável duração do processo, não se esgota nessa premissa, porque a noção de razoabilidade é bem ampla, levando em conta que a finalidade do direito analisado não se relaciona com um ato processual único e específico, e que:

[...] Este tempo global de tramitação não depende apenas do respeito ao prazo, nem o somatório destes equivale ao tempo de duração do processo. O cumprimento dos prazos prescritos constitui apenas um dos fatores a influenciar o tempo de duração de uma causa. O tempo do processo pode depender muito mais da efetivação de uma comunicação processual que não se realizou por mudança de endereço, ou da realização de uma audiência a que não compareceu testemunha imprescindível. Nestes casos os prazos processualmente cominados restam imaculados ou mesmo inexistentes, embora o tempo de tramitação possa já não ser razoável. [...] Segundo entendemos, o que há entre a fixação do prazo processual e a determinação do tempo razoável é sobretudo uma diversidade de escopo. De fato, o prazo é fixado – ou deveria ser fixado – tendo em conta o período de tempo necessário à prática do ato processual respectivo com observância das demais garantias processuais constitucionalmente cominadas. Já o tempo razoável, contrariamente, é o período suficiente e aceitável de tramitação de um processo. É seu desrespeito, em um processo particular ou na forma de estruturação de um sistema processual, que vai caracterizar a violação do direito fundamental. Vê-se, mesmo intuitivamente, que este último espaço temporal vai abranger o restrito universo do termo concedido à prática do ato.

Assim, a mera inobservância dos prazos processuais não configura, por si só, afronta à garantia fundamental do processo em tempo razoável. Por outro lado, assinalar prazos limite para a duração total dos processos não é uma boa solução, pelas idiossincrasias que cada caso envolve, não sendo factível medir e determinar, com confiabilidade, o tempo médio de duração de cada espécie: quanto tempo deveria durar uma ação de inventário, divórcio, cobrança, ou um processo administrativo disciplinar?

Ademais, o problema da fixação de prazos como critério para avaliar a razoável duração do processo defronta-se com o questionamento sobre quem estaria melhor habilitado para definir a razoabilidade da duração dos feitos: o legislador, cuja atuação é genérica e abstrata, ou o julgador, que conduz o caso concreto?

Com pertinência, Nicolitt (2006) corrobora com a prescindibilidade da fixação de prazos, indo mais além para afirmar que mais importante do que fixá-los é definir as sanções ou efeitos da violação ao princípio da razoável duração do processo, e que falar em fixação de prazos dá margem a entendimentos inadmissíveis de que o direito fundamental previsto no inciso LXXVIII do artigo 5º da CF/88 e nos tratados internacionais não seria auto-aplicável e estaria à mercê do legislador.

Diante disso, para nortear a compreensão sobre o princípio em discussão e averiguar seu (des)cumprimento, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem rejeitou a imposição de prazos fixos, adotando a chamada teoria ou doutrina do “não-prazo” e enumerando três critérios objetivos auferíveis em situações concretas: a complexidade da causa, o comportamento das partes e a atuação das autoridades.

A complexidade da causa é avaliada pelo número das pessoas envolvidas no feito e pelas peculiaridades das questões fáticas ou jurídicas, sobressaindo-se as complicações probatórias como incremento à delonga processual. Assim, um processo terá chances de ser mais complexo se contiver uma pluralidade de partes litigantes; se o rito procedimental for mais longo, com a conseqüente previsão da prática de mais atos processuais; se a aplicação das normas substantivas ou processuais ao caso concreto envolver dificuldades hermenêuticas. Quanto às provas, a multiplicidade de testemunhas e a dificuldade de sua oitiva, especialmente se residirem em lugares distintos, o grau de complexidade de certas perícias e o acesso a documentos que necessitam ser requisitados ou apreendidos ilustram algumas das dificuldades de reunir elementos essenciais à instrução do processo e ao convencimento do julgador.

Em síntese, pode-se sistematizar a complexidade da causa de acordo com a tipologia dos fatos, do direito envolvido e do processo em si. Trazendo a questão para o campo do Direito Concorrencial, de modo geral a complexidade dos processos da competência do SBDC resta inquestionável, porque a investigação sobre as infrações à ordem econômica, consoante o artigo 20 da Lei 8.884/94, envolve a coleta de indícios de condutas lesivas à concorrência, demandando análises técnicas, econômicas e jurídicas sobre comportamentos que efetivamente limitem ou prejudiquem a livre concorrência ou a livre iniciativa, dominem o mercado relevante de bens e serviço, aumentem arbitrariamente os lucros ou exerçam de forma abusiva posição dominante; afora isso, na maioria das situações exige a atuação coordenada com órgãos como o Ministério Público, a Polícia Federal e os Procons.

Destarte, nos processos administrativos de análise de condutas sempre haverá um certo grau de complexidade, porquanto a instrução processual sobre cartéis, preços predatórios, fixação de preços de revenda, acordos de exclusividade, venda casada e discriminação de preço, apenas para citar alguns dentre os previstos no artigo

21 da Lei 8.884/94, requer conhecimentos oriundos de diversas áreas científicas, além de envolver dificuldades probatórias.

O mesmo se dá em relação aos processos de apresentação dos atos de concentração, pois o controle de estruturas parte de uma análise da possibilidade de lesão à livre concorrência ou da dominação de mercados relevantes, conceitos que, na prática, dependem de apurações, estudos e pareceres técnicos. Ademais, para autorizar os atos de concentração, o CADE deverá avaliar se foram atendidas as diversas condições dispostas nos incisos e alíneas do artigo 54 da Lei 8.884/94, a saber: aumento da produtividade; melhoria da qualidade de bens ou serviços; eficiência e desenvolvimento tecnológico ou econômico; distribuição dos benefícios equitativamente entre as empresas participantes do ato e os consumidores; não eliminação da concorrência de parte substancial do mercado relevante e observância dos limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

Entretanto, a complexidade das causas, isoladamente, não deve ser óbice à efetivação do princípio constitucional da razoável duração do processo, mas servir de estímulo à otimização processual do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

O segundo critério valorativo da razoabilidade de duração dos feitos, o comportamento das partes, inclui a investigação sobre os responsáveis pelo prolongamento excessivo das causas, trazendo à lume temas como abuso de direito, boa-fé e lealdade processuais. O exame desse critério sempre tem que ser coadunado com o direito de ampla defesa das partes, repreendendo-se apenas o descumprimento reiterado de diligências e as condutas procrastinatórias que serão constatados em cada caso.

As reformas e as técnicas que visam a acelerar os feitos e a aumentar a efetividade da prestação jurisdicional deixarão a desejar caso os sujeitos que atuam no processo se desvirtuem do objetivo da justiça, maculando a finalidade instrumental do processo, que deve servir à realização do direito material.

O advogado possui grande responsabilidade no desenvolvimento de um processo justo, porque cabe a ele o conhecimento das leis e a análise técnica dos casos

sob sua tutela, não devendo recorrer a expedientes meramente protelatórios¹¹⁹, agindo com abuso do direito. Nesse aspecto, o artigo 17 do Código de Processo Civil dispõe sobre o litigante processual de má-fé¹²⁰, que é aquele que deduz pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso, altera a verdade dos fatos, utiliza-se do processo para conseguir objetivo ilegal, opõe resistência injustificada ao andamento do feito, procede de modo temerário, provoca incidentes e interpõe recursos manifestamente protelatórios.

A litigância de má-fé ou lide temerária possui natureza de um abuso do direito processual e se caracteriza por atitudes excessivas praticadas pelas partes no âmbito do processo, extrapolando os limites da honestidade e da probidade, o que pode resultar na cominação de multa e indenização para os responsáveis, conforme o disposto no artigo 18 do Código de Processo Civil, e na violação do princípio da razoável duração do processo.

No Direito da Concorrência, a figura que se assemelha à litigância processual de má-fé é denominada de *sham litigation*. O tema, oriundo do sistema jurídico americano, relaciona-se ao abuso do direito de petição como infração concorrencial. Mello Neto (2009, p. 13), no exercício da coordenação do Departamento de Proteção e Defesa Econômica da Secretaria de Direito Econômico, explica que a *sham litigation* é um abuso do direito de ação, através do “uso indevido de procedimentos e regulamentações públicas, incluindo procedimentos administrativos e judiciais, com o intuito de prejudicar concorrentes, causando danos ao mercado”.

A *sham litigation* pode se configurar quando a conduta do agente for desprovida de qualquer fundamento, visando apenas a prejudicar o concorrente. Castro (2009, p. 04) exemplifica um caso de *sham litigation* detectado pela Secretaria de Direito Econômico, nos autos de um processo administrativo¹²¹ em que foi lançada a seguinte nota técnica, apontando sua configuração quando:

¹¹⁹ Os advogados a serviço do Estado são os que mais recorrem das decisões e eternizam as lides, devido à orientação advinda da União e demais entes federativos, o que precisa ser mudado, até porque o Estado deveria dar o exemplo para a prestação jurisdicional efetiva.

¹²⁰ Pela legislação processual, litigante de má-fé é a parte, e não o advogado que a representa. É válida a observação, contudo, sobre a responsabilidade do causídico, que obviamente deve proceder com lealdade e boa-fé, não formulando pretensões nem alegando defesas cientes de que são infundadas nem praticando atos atentatórios ao exercício da jurisdição. A litigância processual de má-fé é de difícil comprovação na prática, pela subjetividade dos conceitos e pela amplitude do direito de defesa.

¹²¹ Processo n.º 08012.004484/2005-51 (caso dos tacógrafos).

[...] (i) A ação proposta é, por completo, carecedora de embasamento, sendo certo que nenhum litigante razoável poderia, de forma realista, esperar que sua pretensão fosse deferida; e (ii) que a ação proposta mascara um instrumento anticompetitivo.

É possível inferir que a parte que já inicia um processo de forma fraudulenta, ciente da inconsistência da alegação e somente para lesar os negócios de um concorrente, terá interesse que esse processo tramite lentamente, até porque não é o resultado final que lhe interessa, mas o período de duração do feito.

O último critério diz respeito à conduta dos juízes e serventuários (âmbito judicial) e dos agentes públicos (âmbito administrativo) responsáveis pelo processamento e julgamento dos feitos. A atuação dessas autoridades deve ser calcada em uma perspectiva qualitativa, que envolve não apenas o tempo transcorrido para os atos de competência, mas a maneira como esse tempo foi empregado.

Nos processos judiciais, os prazos previstos para os juízes e serventuários são denominados “impróprios”, porque não geram preclusão se não forem obedecidos dentro dos lapsos temporais legais. Seu descumprimento rotineiro contribui para a violação do princípio da razoável duração do processo, aliando-se a fatores ligados à organização do Judiciário. Frise-se que é preciso capacitar melhor esses agentes para a efetiva prestação jurisdicional, propiciando-lhes condições estruturais para o exercício da função¹²².

Nos processos administrativos do SBDC, a burocracia ainda é um dos entraves à efetividade, tanto que o Projeto de Lei 06/09 pretende promover o redesenho das instituições responsáveis pela defesa da concorrência, no intuito de alcançar maior celeridade e eficiência. Um fator positivo é que os diversos agentes públicos que atuam

¹²² Em excelente artigo, a juíza paraibana H. Bezerra (2008) defende a mudança da mentalidade judicial e a superação da visão tradicional da magistratura, substituindo-se o “juiz-juiz” pelo “juiz-gestor”, que é aquele que tem um entendimento além do processo e da formação técnico-jurídica. A interdisciplinaridade deve ser característica marcante desse novo juiz, possibilitando aliar as Ciências do Direito e da Administração, sob o argumento de que os conhecimentos oriundos desta, notadamente quanto à gestão judiciária para a qualidade total, podem contribuir para prestação jurisdicional em um prazo razoável. A gestão judiciária é definida como um conjunto de tarefas que visam a assegurar a afetação eficaz de todos os recursos disponibilizados pelo Judiciário, envolvendo, portanto, toda a unidade judiciária, no intuito de alcançar a entrega da prestação jurisdicional excelente. Assim, a almejada celeridade processual terá chances de ser concretizada.

nos mencionados processos possuem conhecimentos técnicos especializados em Direito, Economia e Administração, que facilitam o trabalho, sem contar que muitos são oriundos da iniciativa privada (como os Conselheiros do CADE), agindo a partir de parâmetros diversos daqueles tradicionais da magistratura (até porque os magistrados regem-se pelo princípio dispositivo); ao reverso, a inexistência de um quadro próprio de pessoal, com um plano de cargos e carreiras, é um aspecto negativo que compromete a estabilidade adequada à otimização das funções.

Anote-se que a responsabilização do Estado pela violação ao princípio da razoável duração do processo limita-se às hipóteses em que as autoridades judiciárias tenham dado causa à excessiva e injustificada dilação temporal, excluindo, portanto, a indenização se essa violação decorrer do comportamento das partes ou da complexidade da questão. O foro competente para intentar a ação indenizatória pode ser a Corte Americana de Direitos Humanos ou o próprio Poder Judiciário. Não há notícia de condenação do Estado em relação à violação do princípio em tela por parte de autoridades administrativas.

No ano de 2006, a Corte Americana de Direitos Humanos, no entanto, condenou o Estado brasileiro por infringir o princípio da razoável duração do processo devido à excessiva morosidade do julgamento das ações cível e penal propostas pela morte de doente mental em decorrência de maus tratos sofridos na clínica onde estava internado. Após anos sem julgamento, os familiares da vítima, através de uma organização não governamental, representaram perante o órgão internacional, que determinou o pagamento de indenização (OLIVEIRA, 2008). Isso demonstra um avanço em termos da aplicabilidade prática do princípio, que ainda é muito pouco efetivado pelos operadores jurídicos.

No tocante aos processos administrativos em geral, a violação ao princípio não é questionada na prática, porque os prejudicados procuram o próprio Poder Judiciário para sanar o que poderia ser resolvido na instância administrativa, submetendo-se a uma nova etapa de esperas, sofrendo em dobro os efeitos da ineficiência estatal. Nos processos do SBDC também não há registros de ações intentadas pleiteando indenizações pela infração ao princípio da razoável duração do processo, o que não significa, obviamente, que as partes prejudicadas não possam fazê-lo.

Além dos critérios estabelecidos, a razoabilidade da duração dos processos também é medida tomando por base os termos inicial e final da contagem tempo. Nos processos judiciais, o *dies a quo* é a data da propositura da ação, ressaltando que, no âmbito penal, cujas consequências da morosidade processual são mais nefastas, tendo em vista que os valores “vida” e “liberdade” estão em jogo, defende-se que esse tempo começa a fluir desde a fase investigatória, quando já existe alguém notificado pela prática de uma infração criminal. O *dies ad quem* seria, para alguns autores, o trânsito em julgado da sentença, enquanto que para outros seria a efetiva execução da decisão preferida, o que se afigura mais aceitável. No campo administrativo, o termo inicial poderá ser a investigação prévia, sindicância etc. ou a instauração do processo pelo agente competente. O termo final será a conclusão do processo, com a determinação do ato administrativo, ou, o que agrava a situação, a finalização do feito na instância judiciária.

Face à demonstração da normatividade e do enquadramento do princípio da razoável duração do processo como direito fundamental e instrumento de acesso à justiça, do seu significado e critérios de avaliação, é possível examinar a aplicabilidade e as consequências advindas desse princípio nos processos administrativos dos atos de concentração afeitos ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

6 OS ATOS DE CONCENTRAÇÃO SUBMETIDOS AO SBDC E O PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

6.1 Objetivos do controle de estruturas, fundamentos e critérios dos atos de concentração

Como assinalado no capítulo atinente ao panorama histórico da concorrência, o fenômeno da concentração é inerente à evolução do próprio capitalismo, tendo-se intensificado a partir da Revolução Industrial¹²³, quando, diante das novas técnicas que exigiam o influxo de grandes capitais, os agentes econômicos foram impelidos a aglutinar forças para aumentar a produção e a produtividade com eficiência, buscando diminuir custos e elevar rendimentos. De um lado, essa concentração surgiu para racionalizar a produção e a distribuição a um número cada vez maior de consumidores, propiciando assim maiores lucros; de outro, para evitar os *males* da livre concorrência, na medida em que as empresas aumentavam de dimensão, adquirindo concorrentes para neutralizar a competição.

As inovações tecnológicas e a concorrência acirrada entre os capitalistas fomentaram a concentração do capital e o surgimento de grandes empresas controladas por poucos. As distorções daí decorrentes, posto que alguns agentes econômicos passaram a dominar os mercados de forma exclusiva, vilipendiando o princípio da livre concorrência e atestando a incapacidade de autorregulação da economia, levaram o Estado a intervir no domínio econômico com vistas a salvaguardar o próprio mercado, assegurar a livre iniciativa e promover o bem-estar social. A regulamentação legal da concorrência surgiu nesse contexto, como assinalado.

Na era contemporânea, destacam-se entre os fatores que impulsionaram esse movimento concentracionista o surgimento dos mercados comuns e o inexorável processo de globalização, fortalecendo os vínculos entre as nações e o consequente

¹²³ Bulgarelli (1996) afirma que o movimento concentracionista moderno tem sua origem perfeitamente identificada na Revolução Industrial, embora tivesse permanecido obscurecido pelos progressos técnicos que a Revolução trouxe. Também faz interessante estudo sobre a incorporação e a fusão como manifestações do processo concentracionista, analisando suas diversas formas, como cartéis, trustes, consórcios, *joint ventures*, cooperativas etc.

crescimento dos conglomerados e das empresas multinacionais. Realmente, a globalização e o surpreendente avanço tecnológico das últimas décadas – em especial relacionado à informática – contribuíram para a desintegração das empresas unitárias, estimulando sua integração com outras empresas, bancos, sociedades financeiras e uma gama de agentes econômicos diversificados, formando verdadeiros *pools* capazes de sobreviver em uma economia de escala mundial.

Nesse cenário, o controle de estruturas ou controle de atos de concentração econômicas, previsto no artigo 54 da Lei 8.884/94 e com o respaldo constitucional do inciso IV do artigo 170 e §4º do artigo 173, é uma das ferramentas adotadas pela legislação antitruste com o objetivo de proteger a livre concorrência e possibilitar um adequado funcionamento do mercado, ao lado da repressão às práticas colusivas e ao abuso do poder dominante, denominada de “controle de condutas”¹²⁴ (artigos 20 e 21 da lei em tela). A atividade relacionada ao controle dos atos de concentração e de acordos entre agentes visa a prevenir a criação de estruturas concentradas que permitam o exercício do poder de mercado em prejuízo da concorrência.

A concentração apresenta-se como “suporte ao surgimento do poder econômico. É por se concentrarem que os agentes econômicos adquirem poder econômico e, conseqüentemente, de dominação” (BRITO, 2002, p. 105-106). Em razão disso, para assimilar a importância do controle de estruturas é preciso compreender a noção de poder econômico (ou poder de mercado), que, por sua vez, pressupõe a concepção de mercado relevante.

O poder econômico relaciona-se à habilidade que um agente econômico terá de manipular o preço, através de suas decisões de compra e/ou venda, ou à capacidade de manter os preços sistematicamente acima do nível competitivo, sem perder toda a sua clientela, ou ainda à possibilidade de determinar comportamentos econômicos alheios. De acordo com Bruna (1997), o poder econômico só poderá ser mensurado a partir da identificação do mercado relevante, inferindo-se daí o nível real de concorrência entre os agentes partícipes. É necessário delimitar qual o espaço econômico onde tais agentes contracenam, a fim de apurar o volume de poder por eles desfrutado; no âmbito da

¹²⁴ Como ventilado no item 3.2.2, pelo controle de condutas a norma visa a um comportamento já configurado na realidade e que constitui infração, passível de cessação ou penalidade; pelo controle de estruturas, a lei incide sobre a potencialidade de danos futuros ao mercado em virtude da concentração, que poderá ser desfeita, total ou parcialmente.

disciplina do poder econômico e da tutela da concorrência, esse *espaço econômico* denomina-se *mercado relevante*¹²⁵.

Mercado relevante, ao contrário do que sugere a expressão, não é mercado *importante*, mas mercado *pertinente*, relativo à unidade de análise que serve à avaliação do poder de mercado, definindo a fronteira da concorrência entre as empresas e composto por produtos concorrentes. Eis o seu significado, constante do Guia Prático do CADE (2007, p. 23):

A definição de mercado relevante leva em consideração duas dimensões: a dimensão produto e a dimensão geográfica¹²⁶. A ideia por trás desse conceito é definir um espaço em que não seja possível a substituição do produto por outro, seja em razão do produto não ter substitutos, seja porque não é possível obtê-lo. Assim, o mercado relevante é definido como sendo um produto ou grupo de produtos e uma área geográfica em que tal(is) produto(s) é(são) produzido(s) ou vendido(s), de forma que uma firma monopolista poderia impor um pequeno, mas significativo e não-transitório aumento de preços, sem que com isso os consumidores migrassem para o consumo de outro produto ou comprassem em outra região.

A definição de mercado relevante, portanto, é crucial para o exame dos atos de concentração, tanto que o inciso III do §1º do artigo 54 da Lei 8.884/94 prevê sua autorização desde que “não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços”. Só é possível auferir a existência de poder econômico se houver uma definição prévia sobre o espaço onde esse poder é exercido, o que depende de análises jurídico-econômicas. A detenção de poder econômico, por si

¹²⁵ Bruna (1997) esclarece que a capacidade de cada agente influir nos mecanismos de mercado depende, fundamentalmente, do nível de concorrência enfrentado, e que nem todos os bens são concorrentes entre si, a exemplo de um produtor de tratores que não concorrerá com um fabricante de remédios, de modo que a variação na oferta de tratores não influenciará na quantidade de medicamentos produzida. Assim, dificilmente um produtor de tratores exercerá poder econômico sobre o mercado de medicamentos. Em decorrência disso, para os efeitos da repressão aos abusos do poder econômico não se pode falar em um só mercado, mas em vários mercados interrelacionados.

¹²⁶ Na prática da defesa da concorrência, é salutar a determinação do mercado sobre o qual os possíveis problemas concorrenciais serão avaliados. Visando a facilitar essa tarefa, divide-se o mercado a ser analisado em dois componentes: mercado de produto e mercado geográfico. No primeiro caso, identificam-se quais os produtos cujos preços dependem de competição entre eles; se o produto tiver muitos substitutos próximos, o mercado relevante envolverá muitos produtos, tornando a análise mais complexa (COUTINHO, 2001). O mercado relevante de produtos inclui todos aqueles que sejam genericamente idênticos ou tidos pelos consumidores como relativamente bons substitutos uns dos outros. Na segunda hipótese, são considerados os custos de transporte e distribuição para se analisar o comportamento dos preços em cada região, ressaltando-se que a presença de barreiras tarifárias reduz o mercado geográfico.

só, não configura infração à ordem econômica; o que o §4º do artigo 173 da Constituição Federal coíbe é o seu abuso, ou seja, quando uma empresa se utiliza do poder de mercado para prejudicar a livre concorrência, mediante condutas anticompetitivas previstas em rol não exaustivo do artigo 21 da Lei 8.884/94.

Assim, o poder econômico só terá relevância para o Direito da Concorrência, no sentido de ser objeto de controle, quando for utilizado de forma abusiva; a conquista do mercado resultante de um processo natural fundado na maior eficiência da empresa em relação aos seus concorrentes não caracteriza um ilícito antitruste, conforme previsão expressa no §1º do artigo 20 da Lei 8.884/94. O poder econômico, quando licitamente conquistado e exercido, revela-se legítimo e indispensável à subsistência da competitividade entre os agentes, e nem poderia ser diferente, em respeito ao princípio constitucional da livre iniciativa e à função social da empresa¹²⁷.

Nessa conjuntura, a preocupação com o poder econômico em prol do funcionamento adequado do mercado está na gênese da disciplina antitruste, podendo-se afirmar que a tutela da concorrência – onde se insere o controle de estruturas aqui abordado – tem no poder econômico um fundamental objeto de estudo. O controle de estruturas, destarte, intenta impedir a ocorrência de abuso do poder econômico e as consequências advindas; a prevenção, portanto, é seu objetivo, pautado pela potencialidade dos eventuais danos à liberdade de concorrência.

Com efeito, o controle de estruturas pretende evitar um aumento do grau de concentração no mercado e a formação de estruturas tendentes à monopolização ou ao domínio de mercado por uma empresa dominante ou de formação oligopolizada. A estrutura de mercado tem grande influência nas condições de concorrência e, portanto, na forma de atuação dos agentes econômicos; com o controle de estruturas, previne-se a ocorrência de abuso que se torna provável em decorrência das condições estruturais de mercado (SANTIAGO, 2008).

Teoricamente, o controle dos atos de concentração baseia-se no já referenciado modelo *harvardiano* da estrutura-conduta-desempenho (E-C-D): os elementos

¹²⁷ PORTO (2006) alerta que o poder econômico deve ser visto como instrumento público de realização social, pois sua utilização, desde que não abusiva, permite o ingresso de outros concorrentes no mercado, porque diversifica a atividade econômica e amplia as possibilidades de escolha dos consumidores; quanto maior o consumo, mais riqueza circulará e haverá uma melhor distribuição de renda, residindo aí o cerne da função social da empresa.

essenciais da estrutura de um dado mercado determinam a conduta dos agentes econômicos e seu desempenho. Assim, mudanças nesses atributos estruturais podem criar ou reforçar o poder de mercado que, dependendo da maneira como é exercido, implicará na perda de eficiência e bem-estar econômico. Daí porque o modelo ECD forneceu a justificativa teórica para a intervenção preventiva em mercados que se concentram a partir de operações, atos e contratos (SANTIAGO, 2008), sendo criticado, aprimorado e complementado posteriormente pelos defensores da Escola de Chicago, que toleravam as concentrações econômicas em nome da eficiência do mercado e da consecução de políticas econômicas vantajosas aos consumidores.

Os atos de concentração consistem em quaisquer atos através dos quais dois ou mais agentes econômicos realizam uma junção patrimonial, podendo ou não unificar sua direção, para racionalizar a produção, reduzir custos e aumentar a produtividade. Envolvem, assim, transformações estruturais nas empresas interessadas, pois haverá a reunião de unidades empresariais diversas, geralmente com perda autonomia de uma delas ou de ambas, se houver, nesse último caso, a submissão a um novo ente.

As principais formas jurídicas dos atos de concentração são a fusão, a incorporação e a constituição de sociedade para exercer o controle de empresas. Na fusão, duas ou mais empresas conjugam seus patrimônios para criar uma nova sociedade, com a extinção das empresas originárias. O artigo 228 da Lei 6.404/76 a define como a “operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações”. Na incorporação, há o desaparecimento apenas da(s) sociedade(s) incorporada(s), pois uma ou mais empresas adquire(m) outra(s), absorvendo-a(s) completamente, conforme o artigo 227 da lei supracitada, conceituando-a como a “operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações”. Quanto à aquisição do controle de concorrente, ocorre a coligação entre dois ou mais agentes econômicos para adquirir acervos, cotas, ações, títulos ou direitos, sendo que os componentes da sociedade permanecem existindo como pessoas jurídicas distintas.

Havendo a possibilidade de um ato jurídico entre agentes econômicos limitar/prejudicar a livre concorrência ou dominar mercados relevantes de bens e serviços, deve ser apresentado ao SBDC, como determina o *caput* do artigo 54 da Lei 8.884/94; a forma desse ato, portanto, é irrelevante, pois importam os efeitos, potenciais

ou efetivos, que ele possa gerar sobre o mercado. Mesmo que um ato não seja tecnicamente considerado de concentração, como a cooperação empresarial, que é uma aliança entre empresas para gerenciar operações conjuntas, melhorar a infra-estrutura e a qualidade de determinados serviços, sem que os envolvidos percam sua autonomia ou promovam mudanças estruturais duradouras, também tem que ser submetido ao crivo da autoridade antitruste. A lei procurou ser bastante ampla e genérica, para conferir maior efetividade ao controle de estruturas, englobando qualquer agrupamento societário, no intuito de se adaptar à dinâmica da realidade econômica.

Os atos de concentração classificam-se em horizontais, verticais e conglomerados. A concentração horizontal se dá entre agentes concorrentes que atuam no mesmo mercado relevante, fazendo parte do mesmo estágio de produção ou atividade, como no caso da concentração entre bancos, que se unem para aumentar a eficiência e os lucros. A integração vertical acontece quando há a reunião entre empresas atuantes em níveis de produção diferentes, desde as fontes primárias até o produto final. Esses agentes não são concorrentes entre si, mas fornecedores ou clientes uns dos outros, mantendo relações comerciais. Aspiram ao controle das etapas do processo de produção e distribuição dos bens, reunindo-se em um mesmo grupo as empresas produtoras de matérias-primas e as que lidam com a elaboração e o aprimoramento final (como o fabricante e o varejista de calçados). Os conglomerados ocorrem entre empresas que não concorrem no mesmo mercado e que não têm afinidade horizontal ou vertical. São exemplos as uniões entre firmas de produtos diversos, como transportadores, varejistas, empresas de jornalismo etc., que possuem vínculos societários, submetendo-se ao comando de um único centro decisório¹²⁸.

Os critérios que determinam a obrigatoriedade de apresentação de um ato de concentração ao SBDC estão contidos no *caput* do artigo 54 e em seu §3º e são independentes entre si. No primeiro caso, dizem respeito à possibilidade de mitigação da livre concorrência ou à dominação de mercados relevantes de bens ou serviços; ou seja, diante da probabilidade de configuração dessas situações, os atos devem ser notificados. Não é o agente econômico quem define se o ato deve ou não ser submetido, porquanto a competência para esse julgamento é do SBDC, especificamente o CADE.

¹²⁸ Por gerarem grupos econômicos controladores de empresas atuantes nos diversos setores da economia, Forgioni (2005) ressalta que os conglomerados consistem em uma das principais preocupações daqueles que vêm nas concentrações o perigo de formação de um poder alternativo, apto a condicionar a atuação dos poderes público, utilizando sua força econômica para fins políticos.

Concretizado o ato, as empresas envolvidas deverão apresentá-lo para exame no prazo máximo de quinze dias úteis da realização, se não optarem por fazê-lo previamente, como disposto no §4º do artigo 54 em tela.

No segundo caso, os critérios previstos no §3º do artigo 54 são mais objetivos: a participação de empresa ou grupo de empresas resultante em 20% (vinte por cento) de um mercado relevante ou o faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais), no território brasileiro¹²⁹. A lei presume que essas circunstâncias indicam poderio econômico e financeiro e a potencialidade de domínio e restrição concorrencial, sendo, por isso, de obrigatória apresentação. É certo que tal presunção é relativa e não causará necessariamente efeitos nefastos à livre iniciativa e à liberdade de concorrência, pois diversos fatores precisam ser levados em conta para decidir sobre a autorização dos atos de concentração.

De fato, o Estado, através da legislação antitruste e da análise específica de cada espécie, ora tolera, permite e até mesmo apoia os atos de concentração¹³⁰, ora os controla e pune seus excessos. A análise das concentrações econômicas não parte de posições maniqueístas, concebidas como maléficas ou benéficas em termos absolutos. Nesse sentido, o *caput* do artigo 54 da Lei 8.884/94 obriga a apresentação ao CADE de todos os atos que possam ser danosos à livre concorrência ou que resultem na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, ao passo que seu §1º trata das possibilidades de autorização, ainda que nessas situações (ou seja, legitimando atos anticompetitivos), mas desde que sejam atendidas determinadas condições, como aumentar a produtividade, melhorar a qualidade de bens ou serviços ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico.

Como se percebe, a lei antitruste primeiro condena os atentatórios à concorrência para, em seguida, admiti-los: após a necessária apresentação ao SBDC, a autorização de um ato de concentração depende de um balanço econômico a ser realizado casuisticamente CADE, que decidirá sopesando as vantagens econômicas e as

¹²⁹ A determinação de que o faturamento deve ser no território nacional advém da Súmula n.º 1 do CADE: “Na aplicação do critério estabelecido no art. 54, §3º, da Lei 8.884/94, é relevante o faturamento bruto anula registrado exclusivamente no território brasileiro pelas empresas ou grupo de empresas participantes do ato de concentração”.

¹³⁰ A concentração empresarial no Brasil foi incentivada pelo próprio Estado, por medidas de política econômica consubstanciadas nos Planos Nacionais de Desenvolvimento instituídos entre 1971 e 1979, para propiciar o crescimento industrial do país.

consequências nocivas das restrições à concorrência, com base nos requisitos (critérios) estabelecidos no *caput*, parágrafos, incisos e alíneas do artigo 54 da Lei 8.884/94.

A concentração não é nociva de *per se*; sua análise é feita tomando por base a regra da razão, que flexibiliza a aplicação da norma para, no caso concreto, vedar não quaisquer práticas restritivas à concorrência, mas somente aquelas que o são de forma não razoável, até porque, como já sinalizado¹³¹, a concorrência não é um valor absoluto, mas instrumental a consecução de políticas econômicas e industriais, eficiências, desenvolvimento e benesses para os consumidores. Esse raciocínio encontra arrimo nos parágrafos e incisos do artigo 54 da Lei Antitruste adiante transcritos:

§1º O Cade poderá autorizar os atos a que se refere o *caput*, desde que atendidas 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 equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;

III – não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens ou 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 pelos menos 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.

De acordo com a lei, portanto, a aprovação dos atos de concentração aludidos no *caput* do artigo 54 depende dos fins almejados pelos agentes econômicos: se visam a aumentar a produtividade, melhorar a qualidade de bens ou serviços ou propiciar eficiência e desenvolvimento econômico, poderão ser autorizados pelo CADE, que,

¹³¹ Capítulo 2.

como dito, fará um balanço entre os efeitos negativos e positivos da restrição à concorrência, avaliando a contribuição para a inovação e o progresso tecnológicos e os benefícios para o consumidor, que é o destinatário econômico final das normas antitruste e terá assim maiores opções de escolha (diversificação de preços e qualidade de produtos etc.).

A lei menciona também como requisitos à aprovação dos atos de concentração a distribuição equitativa dos benefícios entre os seus participantes e os consumidores ou usuários finais e a não eliminação da concorrência de parte substancial do mercado relevante de bens ou serviços. Tenciona, pois, manter o equilíbrio entre as empresas envolvidas e os consumidores e entre os demais concorrentes no mercado. Contudo, no último inciso do §1º acima citado, impõe que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos propostos, denotando – obviamente - que os atos em restrição à concorrência não estão liberados de forma irrestrita (FONSECA, 2007).

No §2º do artigo 54, exige, para a autorização dos atos em comento, a presença de ao menos três condições dentre as enumeradas nos incisos antecedentes, quando necessários por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum, e sem prejuízo aos consumidores, deixando margem para que o SBDC realize uma apurada análise antes de decidir. Nesse dispositivo, o legislador “reconhece que todo ato ou contrato em restrição à concorrência é passível de justificativa, porquanto o benefício advindo dele pode fundamentá-lo. Por vezes, é até necessário” (VALÉRIO, 2006, p. 163).

Em outras palavras, embora um ato de concentração seja em tese prejudicial à livre concorrência, o SBDC decidirá pela sua aprovação - dentro das hipóteses legais permissivas – porque sua reprovação poderá causar prejuízos ainda maiores. Deveras, o controle rigoroso das estruturas pode trazer consequências negativas, uma vez que inibe a livre iniciativa empresarial e coíbe a formação de unidades eficientes para o mercado que poderiam ser benéficas ao consumidor (GABAN; DOMINGUES, 2009).

Pelo exposto, restou demonstrada a relevância do controle de estruturas e dos atos de concentração para a ordem econômica, o mercado, a concorrência, os agentes competidores e os consumidores, de maneira que os procedimentos – e as eventuais condições impostas - que constituem o processo responsável pela análise e aprovação

dos atos de concentração serão doravante tratados, sob o enfoque do princípio da razoável duração do processo.

6.2 Sistemática processual dos atos de concentração sob a perspectiva da razoável duração do processo

A obrigatoriedade de apresentação de um ato de concentração ao SBDC pelos agentes econômicos envolvidos decorre do *caput* do artigo 54 da Lei 8.884/94, em consonância com as considerações supramencionadas. Para facilitar a visualização das etapas de um processo relativo ao controle de estruturas concentradas, excluídos alguns incidentes processuais e a fase de execução, sobre os quais haverá menção em seguida, propõe-se o quadro adiante esquematizado:

ETAPAS PROCEDIMENTAIS	PRAZO
<p>1. Apresentação prévia ou posterior do ato à SDE, em três vias, duas das quais serão remetidas à SEAE e ao CADE (§4º do artigo 54). As vias terão idêntico teor e serão instruídas com informações e documentos¹³² indispensáveis à instauração do procedimento e o comprovante de pagamento da taxa processual¹³³ (artigos 96 da Resolução 45/07 e 36 da Portaria 456/10 do MJ).</p> <p>O CADE, após receber a via do processo remetido pela SDE, fará sua distribuição (artigo 26 da Resolução 45/07).</p> <p>Recebido o processo no gabinete, o relator</p>	<p>No caso da apresentação posterior, 15 (quinze) dias após a realização.</p> <p>Na primeira sessão pública, geralmente às quartas-feiras, quando será sorteado o relator.</p> <p>Não há prazo estipulado para o relator. A Procuradoria tem 20 (vinte) dias para fazer o</p>

¹³² Conforme o Anexo I da Resolução 15/98, são exigidas estas cópias: documentos que formalizam o ato/contrato notificado (no caso da notificação prévia, serão apresentados todos os documentos disponíveis que atestem as condições do ato/contrato notificado); último relatório anual elaborado para acionistas ou cotistas; quaisquer atos/contratos complementares firmados entre as partes; relação dos membros da direção do grupo que, igualmente, sejam membros da direção de quaisquer outras empresas com atividades nos mesmos setores dos requerentes; acordos de acionistas, cotistas e/ou todos e quaisquer acordos que incluam regras relacionadas com a administração.

¹³³ O valor da taxa processual é de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais), repartido equitativamente entre o CADE, SDE e SEAE.

<p>poderá abrir vista dos autos à Procuradoria do CADE, para exarar parecer (§1º do artigo 61 da Resolução 45/07).</p>	<p>parecer no caso dos processos administrativos de conduta (artigo 61 da Resolução 45/07), mas nos atos de concentração, o §1º do artigo 61 e o artigo 100 da Resolução 45/07 versam que o prazo da Procuradoria será assinalado pelo relator. Havendo descumprimento, os autos serão imediatamente restituídos ao relator e o parecer será proferido oralmente, quando da sessão de julgamento (§2º do artigo 61 da Resolução 45/07).</p>
<p>2. SEAE emite parecer técnico e o remete para a SDE (§6º do artigo 54).</p>	<p>30 (trinta) dias. Porém, o prazo ficará suspenso se forem solicitados pela SEAE esclarecimentos e documentos imprescindíveis à análise do processo (§8º do artigo 54).</p>
<p>3. SDE emite parecer e remete o processo instruído para o Plenário do CADE (§6º do artigo 54).</p>	<p>30 (trinta) dias, podendo ficar suspenso se verificadas as condições acima (§8º do artigo 54).</p>
<p>4. CADE deliberará sobre o processo (§6º do artigo 54).</p>	<p>60 (sessenta) dias, sujeito à suspensão nas condições supra (§8º do artigo 54).</p>
<p>5. Interessados podem interpor Embargos de Declaração¹³⁴ ao acórdão da decisão proferida pelo Plenário do CADE (artigo 147 da Resolução 45/07), o que interrompe o prazo para a interposição de Reapreciação e suspende a execução do julgado (artigo 150 da Resolução 45/07).</p> <p>Relator do acórdão, se entender necessário, abrirá vista à manifestação da parte ou interessado a quem eventual modificação do julgado possa causar gravame (artigo 148 da Resolução 45/07).</p> <p>Relator poderá abrir vista para parecer da Procuradoria do CADE.</p>	<p>05 (cinco) dias após a publicação oficial.</p> <p>05 (cinco) dias após intimação.</p> <p>Não há previsão de prazo.</p>
<p>6. Embargos de Declaração são apresentados em mesa para julgamento (artigo 149 da Resolução 45/07).</p>	<p>Não há previsão expressa de prazo.</p>
<p>7. Se não houver a interposição dos Embargos ou, diante da improcedência, os requerentes podem interpor Reapreciação da decisão plenária que reprovou o ato ou aprová-lo sob condições, desde que fundamentados em fato ou documento novo, capazes, por si só, de lhes assegurar pronunciamento mais favorável</p>	<p>30 (trinta) dias da publicação do acórdão.</p>

¹³⁴ A Lei 8.884/94 não contempla a figura dos Embargos de Declaração, mas em seu art. 83 admite a utilização subsidiária do Código de Processo Civil, aplicando-se, assim, o art. 535 desse diploma legal: “Cabem embargos de declaração quando: I – houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição; II – for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal”.

<p>(artigo 151 da Resolução 45/07).</p> <p>A Reapreciação pode ser indeferida liminarmente, se intempestiva, por exemplo, ou pode ter efeito suspensivo, em caso de justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução (artigos 154 e §1º da Resolução 45/07).</p> <p>Após, os autos serão remetidos à Procuradoria do CADE, para parecer.</p> <p>Novamente, as partes serão intimadas para se manifestar.</p>	<p>20 (vinte) dias.</p> <p>05 (cinco) dias.</p>
<p>8. Inclusão do processo em pauta, para julgamento.</p>	<p>30 (trinta) dias.</p>

A observação inicial a ser feita concerne à possibilidade da notificação do ato acontecer previamente à sua concretização, nos termos do §4º do artigo 54 da Lei 8.884/94, ou seja, antes de firmar um acordo/negociação, as empresas solicitam a autorização do SBDC para, em caso positivo, pactuar o negócio jurídico, o que se coaduna com o objetivo do controle de estruturas, que é *preventivo*.

Entretanto, não é o que ocorre na prática, porque o mesmo dispositivo permite que essa notificação seja posterior a sua realização, comportamento que se revela muito mais conveniente para as empresas interessadas, pois dificulta a prolação de decisões desfavoráveis pelas autoridades antitruste, já que a modificação ou a reprovação do ato consolidado no tempo torna-se mais complexa e onerosa.

O sistema de notificação prévia obrigatória possui vantagens sobre o da notificação posterior, porque na hipótese de desfazimento, parcial ou total, da união empresarial que se pretende consolidar, não restarão custos para os envolvidos nem consequências fáticas ou jurídicas daí decorrentes, “dado que a concentração sequer chegou a efetivar-se” (GOMES, 2004, p. 96).

Os Estados Unidos e a Europa adotam o regime de notificação prévia, e o Projeto de Lei 06/09 que tramita no Senado brasileiro prevê essa importante alteração na Lei 8.884/94, representando um expressivo avanço em relação ao paradigma legal

atual. Nesse sentido, os parágrafos do artigo 88 do PL 06/09 obrigam a análise prévia dos atos de concentração, sob pena de nulidade e da aplicação de multa em casos de consumação antes da competente e necessária apreciação:

Art. 88. Serão submetidos ao CADE pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

(...);

§2º O controle dos atos de concentração de que trata o *caput* será prévio.

§3º Os atos que se subsumirem ao disposto no *caput* não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 desta Lei.

§4º Até a decisão final sobre a operação deverão ser preservadas as condições de concorrência entre as empresas envolvidas, sob pena de aplicação das sanções previstas no §3º deste artigo.

A inovação que se pretende implementar possui um viés desburocratizante, considerando que o sistema atual de controle póstumo tem sua eficiência comprometida pelo excesso de tempo despendido com a análise dos atos de concentração. Somados os prazos que cada integrante do SBDC possui para cumprir sua função nos processos em tela, chega-se ao lapso temporal de cento e vinte dias entre a protocolização do ato na SDE e a decisão do CADE, se não houver incidentes no percurso – como o compromisso de desempenho, medida cautelar e acordo de preservação da reversibilidade da operação, temas adiante debatidos, ou suspensão de prazos – nem interposição de embargos e pedido de reapreciação. Segundo Fonseca (2007, p. 362), essa contagem aritmética faz supor que a decisão do CADE deverá surgir após os cento e vinte dias, o que não acontece, diante da complexidade da matéria, o volume dos processos e a dificuldade das questões a serem abordadas, aliadas à restrita estrutura desses órgãos, que mostram que “tal dispositivo raramente vem sendo cumprido”.

De fato, o ponto nevrálgico dos processos administrativos relacionados às operações de concentração reside na permissão legal de apresentação dos atos depois da

efetiva concretização pelos agentes empresariais, no prazo de até quinze dias úteis. Conforme será demonstrado, a análise desses atos pela SDE, SEAE e CADE pode levar tempo demasiado para que consolidem seus efeitos e dificultem a reprovação, com impactos à concorrência e eventuais prejuízos aos consumidores enquanto não houver a definição sobre sua aprovação, restando inegável a pertinência do princípio da razoável duração do processo no tocante aos feitos em comento.

Em estudo sobre as instituições brasileiras de defesa concorrência, Ramim (2005) salienta que a morosidade da análise antitruste é inequivocamente a principal crítica que se faz ao SBDC, e que a demora dos julgamentos e a burocratização do processo acabam por rotular o sistema de ineficiente, trazendo insegurança jurídica.

Para a contagem do lapso temporal dos quinze dias úteis que antecedem a apresentação do ato, é preciso definir quando esse ato foi realizado, o que a Resolução 45/07 cuidou de fazer, ao versar, no artigo 98, que “considerar-se-á como momento da realização do ato, para fins de cumprimento no disposto nos §§4º e 5º da Lei n.º 8.884/1994, a data da celebração do primeiro documento vinculativo”.

O primeiro documento vinculativo de um ato de concentração – a assinatura do contrato referente à união empresarial, por exemplo – é de suma importância pelas seguintes razões: (i) serve como *dies a quo* para o cômputo do prazo quinzenal estabelecido pela lei, cujo descumprimento gera a aplicação de multa pecuniária e instauração de processo administrativo, conforme o §5º do artigo 54 (a intempestividade na apresentação do ato constitui violação permanente à Lei 8.884/94, não gerando prescrição); (ii) tem a capacidade de afetar concorrência, as relações e as estratégias dos agentes econômicos no mercado, sendo possível afirmar que (FONSECA, 2007, p. 349-350):

(...) De um modo geral o primeiro documento vinculativo entre as partes já se constitui num poderoso instrumento inibidor da concorrência. (...) suponho que, de um modo geral, a assinatura de um contrato de compra e venda mesmo sujeito a cláusulas preliminares e condições futuras altera o relacionamento entre as partes no mercado. Após a assinatura de contrato dessa natureza certamente as estratégias agressivas para tomar clientes da empresa compradora cessarão (ou se reduzirão, o que dá no mesmo). O lançamento de produtos novos para concorrer em fatias do mercado ocupadas pela empresa a ser adquirida também fica temporariamente suspenso. Reduzir preços visando deslocar vendas de outra parte, ou realizar investimentos de entrada

em áreas geográficas onde uma das empresas tem maior presença certamente ficam congelados. Desse modo, considero que todo e qualquer entendimento entre as partes visando qualquer tipo de associação futura, na forma de aquisição, fusão, constituição de *joint-ventures* etc., tem forte poder inibidor nas relações de concorrência entre as partes, muito provavelmente afetando o mercado.

Na verdade, o simples anúncio, por uma grande empresa, de que iniciará um projeto de investimento, já tem o condão de afetar as condições de concorrência ao menos nas indústrias que participarão desse projeto. Quando ocorre a formalização do processo do ato de concentração no SBDC, tratando-se do controle posterior, o negócio entre as partes já está consumado, com possíveis consequências para o mercado, os concorrentes e os consumidores, fatores que serão necessariamente considerados pela SEAE e SDE na redação de seus pareceres, que não vinculam a decisão do CADE.

Após a distribuição do processo relativo ao ato de concentração, a SEAE emitirá o parecer técnico com a análise econômica sobre a matéria, apontando os custos e os benefícios da operação. De acordo com o último relatório da SEAE (BRASIL, 2010), o tempo médio de análise sobre o ato de concentração foi de oitenta dias em 2003; sessenta e um dias em 2004; cinquenta dias em 2005, cinquenta e dois dias em 2006; oitenta dias em 2007 e oitenta e um dias em 2008. Assim, o prazo legal de trinta dias não vem sendo cumprido e não existe, na Lei 8.884/94, cominação de qualquer sanção por esse descumprimento, o que Santiago (2008) justifica com a complexidade fática e econômica que, muitas vezes, envolve os atos submetidos ao controle.

Todavia, se os prazos - que foram criados para manter a eficiência da atuação estatal e a análise dos processos nos curtos espaços temporais delimitados pela Lei 8.884/94, em benefício da sociedade - são continuamente descumpridos, essa rotina traz descrédito ao sistema responsável pela defesa da concorrência, de modo que seria mais prudente elencar prazos mais alargados e condizentes com o tipo de análise a ser feita, possibilitando assim seu cumprimento.

Em relação à SDE, o relatório recente (ANEXO B) revela o tempo médio de permanência dos processos de atos de concentração: em 2003, foram cento e trinta e oito dias; sessenta e sete dias em 2004; oitenta e seis dias em 2005; cinquenta e oito dias em 2006; trinta e nove dias em 2007; dezesseis dias em 2008 e doze dias em 2009. Frise-se que, conforme dados relatados, houve a diminuição do número de notificações

no último ano, reflexo da crise econômica enfrentada em 2009, mas é visível a redução do tempo de análise em comparação à SEAE.

Decerto que, para elaborar seu parecer, a SDE já tem como ponto de partida o parecer da SEAE, responsável pelo estudo aprofundado da matéria, mas a otimização do tempo de exame dos processos é uma meta constante a ser alcançada. Tomando por base os relatórios anuais divulgados pelo CADE, Ramim (2005, p. 77) assevera que “há [...] um esforço sincero das autoridades antitruste em conseguir acelerar o processo de análise, tanto no controle preventivo como no repressivo”.

Realmente, em 2001 a SEAE e a SDE editaram em conjunto a Portaria 50, que pertence ao *Guia para análise econômica de atos de concentração horizontal*, estipulando princípios comuns à análise dessas operações, de forma a proporcionar mais segurança jurídica aos agentes privados, transparência e celeridade aos respectivos processos administrativos. O referido documento contém os procedimentos e os princípios que as autoridades em questão devem adotar para a análise dos atos de concentração horizontal, articulando as etapas da avaliação antitruste, não sendo, porém, de caráter vinculante, no sentido de que poderá deixar de ser aplicado se a operação não trouxer impacto real sobre a concorrência (quando então haverá o rito sumário, adiante explicado).

O *Guia* faz menção expressa à regra da razão como postulado fundamental do controle dos atos de concentração (em consonância, como não poderia deixar de ser, com o §1º do artigo 54 da Lei 8.884/94), aduzindo que a defesa da concorrência não é um fim em si, mas um meio para se criar uma economia eficiente e preservar o bem-estar econômico da sociedade, disponibilizando aos consumidores a maior variedade de produtos pelo menor preço possível. Nesse contexto, os pareceres a serem emitidos devem levar em conta os efeitos positivos e negativos sobre o bem-estar econômico, sendo impossível definir, *ab initio*, se são nocivos ou benéficos. Assim, as etapas elencadas para a análise dos atos em tela concernem a quatro cenários básicos: em três deles, os atos de concentração não reduzem o bem-estar econômico e devem, por isso, obter pareceres favoráveis; no quarto cenário, existe a redução, de modo que os pareceres devem ser desfavoráveis ou favoráveis com restrições. Tais etapas, portanto, norteiam o estudo das autoridades no intuito de conferir maior eficiência, o que contribui para o cumprimento do princípio da razoável duração do processo.

É possível afirmar que o *Guia para análise conjunta dos atos de concentração horizontal* teve como mérito ratificar que a função da lei antitruste não é restringir o tamanho das empresas ou instigar a desconcentração industrial, mas impedir que o poder de mercado seja exercido em detrimento do interesse público. Esse posicionamento, com a previsão das etapas que serão consideradas na emissão dos pareceres, aprimorando o *modus operandi* da SEAE e da SDE, reduz a incerteza das decisões de investimento, sobretudo nas indústrias onde os mercados domésticos são muito concentrados, mas as empresas ali estabelecidas só sobrevivem se estiverem preparadas para competir em âmbito mundial (ARAÚJO JÚNIOR, 2006). Percebe-se, portanto, que a processualística que envolve a análise de atos de concentração acaba por afetar o próprio desenvolvimento do país, haja vista que, para aplicar seus investimentos, as empresas precisam de ambientes seguros, com instituições sólidas e aptas a promover a defesa da competitividade.

Além da Portaria 50/01, a SEAE e a SDE publicaram as Portaria Conjunta 01/03, estabelecendo o procedimento sumário¹³⁵ de análise dos atos de concentração, visando à racionalização dos trabalhos dessas Secretarias, já que a experiência adquirida mostrou que a maioria dos atos de concentração tende a não gerar condições ao exercício do poder de mercado, tanto que, analisando as estatísticas do Quadro 3 do Anexo I, constata-se que 92,7% são aprovados sem restrições; o Quadro 5 desse Anexo detecta que 73,39% dos atos foram julgados sumariamente, entre 2005 e 2009, em razão da menor complexidade envolvida. O rito sumário diminui os custos de transação entre os agentes e o tempo de análise das operações, que devem ter pareceres simplificados e emitidos no prazo de até quinze dias, nos moldes do artigo 5º da Portaria 50/01:

Art. 5º Os atos em análise com base em Procedimento Sumário serão objeto de parecer simplificado por parte das Secretarias, no prazo de até quinze dias para cada uma, da data de protocolo da notificação, no caso da SEAE, e da data de protocolo do parecer da SEAE, no caso da SDE.

Parágrafo único. O parecer simplificado de que trata o *caput* englobará a identificação das requerentes e dos setores de atividade das empresas envolvidas, a breve descrição da operação, observações

¹³⁵ Consoante o art. 3º da Portaria 01/03, o “procedimento sumário é uma discricionariedade das Secretarias, podendo a SEAE e a SDE, a qualquer tempo e em qualquer situação, utilizarem ou retomarem o procedimento regular de análise, caso considerem conveniente”.

e recomendação, e poderá não conter discussão acerca do mercado relevante da operação.

Se, não obstante a existência do procedimento sumário para os atos que não sejam potencialmente ofensivos à concorrência, o tempo de duração dos feitos continua não sendo razoável, outros fatores estruturais têm implicação nesse resultado, como o número insuficiente de recursos humanos e materiais para lidar com questões que afetarão a economia e o bem-estar de consumidores.

Em 2006, a SEAE e a SDE, com a mesma intenção de aumentar a eficiência, editaram a Portaria Conjunta 33/06, instituindo mecanismos de cooperação, como a instrução conjunta dos atos de concentração de natureza complexa. Nesse norte, o artigo 2º enumera como diretrizes o “espírito cooperativo, a transparência na comunicação, a coordenação de ações, a racionalização dos trabalhos, a economia processual e a não duplicação de esforços”. Pode-se dizer que tais diretrizes, bem como os procedimentos referentes à instrução conjunta (reuniões para discussão e acompanhamento dos casos, divisão de trabalhos, ratificação do parecer da SEAE pela SDE etc.), espelham a necessidade de um processo sem dilações indevidas – lembrando que essa expressão está indissociavelmente ligada ao princípio da razoável duração do processo - no que diz respeito ao modo de condução dos atos que se desenvolvem no feito e ao comportamento das autoridades competentes.

No que concerne ao CADE, as estatísticas do Quadro 1 do Anexo A demonstram que, no período de 2000 a 2009, o balanço entre a distribuição dos atos de concentração e seu julgamento teve um saldo positivo, com tempo médio de duração decrescente. Pelo §6º do artigo 54 da Lei 8.884/94, o CADE tem sessenta dias para julgar os processos relativos aos atos de concentração, contados a partir do recebimento do processo instruído pela SEAE e SDE, sob pena de aprovação automática, de acordo com o §7º desse dispositivo legal.

Consoante descrito no quadro esquemático contendo as etapas dos processos relativos aos atos de concentração, após receber uma das vias dos autos - e antes dos pareceres da SEAE e da SDE – o CADE, através de seu Presidente, fará sua distribuição na primeira audiência pública do Plenário, quando será sorteado o relator. Após o recebimento dos autos originais, instruídos e autuados, o relator poderá remetê-lo à

Procuradoria do órgão, responsável pelo parecer jurídico que deve ser exarado “no prazo que assinalar” (artigo 100 da Resolução 45/07). Se a Procuradoria não emitir o parecer escrito, o Procurador-Geral deverá fazê-lo oralmente, na sessão de julgamento.

Os prazos legais concedidos à SEAE, à SDE e ao CADE poderão ser suspensos se eles solicitarem informações e/ou documentos adicionais aos requerentes ou a quaisquer pessoas físicas ou jurídicas, órgãos, autoridades entidades públicas ou privadas. Ao solicitar essas providências, a autoridade deverá estipular prazo para a resposta (artigo 62 da Resolução 45/07). A recusa, omissão, enganosidade ou retardamento injustificado de informação ou documento solicitados constitui infração punível com multa diária de 5.000 Ufirs, podendo ser aumentada em até vinte vezes se necessário para garantir sua eficácia em razão da situação econômica do infrator (artigo 26 da Lei 8.884/04).

A Lei 8.884/94 e a Resolução 45/07 prevêem ainda o compromisso de desempenho e a medida cautelar como instrumentos que visam a atenuar os efeitos negativos da apresentação póstuma dos atos concentração, no intuito de diminuir a ocorrência de situações irreversíveis. Por outro lado, esses instrumentos aumentam o tempo despendido para a conclusão do controle das concentrações.

Pelo compromisso de desempenho, inserido nos artigos 58 da Lei 8.884/94 e 131 da Resolução 45/07, o Plenário do CADE condicionará a aprovação da operação à celebração de Termo de Compromisso de Desempenho (TCD), de modo a assegurar o cumprimento das condições estabelecidas pelo §1º do artigo 54. O TCD, que será autuado em processo apartado e poderá ser apensado ao ato de concentração, conterà metas qualitativas ou quantitativas a serem cumpridas em prazos definidos, sob a fiscalização da SDE. O descumprimento injustificado do TCD implicará na revogação da aprovação do ato pelo CADE.

A medida cautelar é um procedimento incidental, realizado através de requerimento escrito e fundamentado, protocolado no CADE e processado em autos apartados que serão apensados ao processo principal do ato de concentração, consoante o disposto nos artigos 132 a 138 da Resolução 45/07. Têm legitimidade para a interposição a SEAE, a SDE, as Agências Reguladoras, a Procuradoria do CADE e o terceiro interessado, além de qualquer Conselheiro ou do relator do processo principal, o qual deliberará de ofício. Após a distribuição da medida, as partes contratantes serão

intimadas a se manifestar, no prazo de cinco dias; a liminar será apreciada depois desse quinquídio, podendo ser excepcionalmente deferida sem a manifestação das empresas participantes se a demora decorrente puder tornar ineficaz a sua concessão.

Visando a tutelar a defesa da concorrência, o relator da medida poderá determinar, em sede liminar a ser referendada pelo Plenário do CADE, que os requerentes do ato de concentração mantenham o *status* concorrencial anterior à assinatura do(s) contrato(s), abstendo ainda de praticar, até o julgamento do processo principal, atos decorrentes do negócio realizado concernentes a alterações societárias ou nas instalações físicas e estruturais; transferência ou renúncia aos direitos e obrigações oriundos dos ativos, marcas, patentes e carteira de clientes e fornecedores; mudanças de práticas de distribuição e comercialização ou que resultem em dispensa de mão-de-obra; interrupção de investimentos já estabelecidos etc. A cautelar conservará sua eficácia até o final do julgamento do mérito do ato de concentração, podendo ser revogada ou ter seu conteúdo modificado.

Existe ainda outro procedimento que poderá ser efetivado até que seja proferida a decisão que conceder ou negar a medida cautelar, denominado de Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação (APRO), regulamentado nos artigos 139 e 140 da Resolução 45/07. O APRO é um compromisso firmado entre as empresas e a autoridade antitruste, para evitar que a operação gere desdobramentos posteriores, como venda de ativos e ações ou alterações no processo de logística e distribuição, que possam prejudicar eventual decisão restritiva do SBDC. Pode ser realizado por iniciativa do relator ou a requerimento das empresas envolvidas no ato de concentração, cabendo ao CADE avaliar a conveniência e a oportunidade de sua celebração.

Esses procedimentos são necessários face à possibilidade de danos irreversíveis decorrentes da consumação de um ato de concentração que, posteriormente, pode ser reprovado pelo CADE. Não obstante, sua utilização tornará o processo mais complexo e, conseqüentemente, como dito, menos célere, posto que, além da análise jurídico-econômica que precisa ser feita em cada caso apresentado ao SBDC, haverá a necessidade de acompanhamento desses incidentes paralelos, que trazem novos incrementos, como a necessidade de verificar o cumprimento das obrigações e multas impostas etc.

Se porventura os atos de concentração não forem realizados sob condição suspensiva ou deles já tiverem decorrido efeitos perante terceiros, inclusive de natureza fiscal, o §9º do artigo 54 dispõe que o CADE, concluindo pela não aprovação, determinará as providências cabíveis para desconstituí-los, total ou parcialmente, através de distrato, cisão da sociedade, venda de ativos, cessão parcial de atividades ou qualquer outro ato ou providência que elimine os efeitos nocivos à ordem econômica, independentemente da responsabilidade civil por perdas e danos causados a terceiros.

De fato, a decisão do CADE sobre o ato de concentração pode ser pela aprovação irrestrita¹³⁶, aprovação condicionada ou parcial¹³⁷ ou reprovação. O CADE deve agir com bastante prudência ao apreciar os atos que lhe são submetidos, porquanto a decisão, dependendo do tipo de ato de concentração e dos agentes envolvidos, tem o poder de influenciar os rumos da economia do país e o bem-estar dos administrados, muitas vezes sendo auferíveis anos após a operação, o que exige um horizonte analítico a longo prazo. Sobre o valor da decisão antitruste, Nunes (2007, p. 49) defende que:

Uma decisão errada pode ocorrer quando a autoridade não intervém em condutas ou atos de concentração que provocam danos à concorrência, ou intervém em situações em que não há ameaça à concorrência, impondo custos desnecessários ao administrado e à administração.

A probabilidade de tomar uma decisão errada decai com o acúmulo de informação, ou, pela hipótese simplificadora sobre a produção de informação, com o tempo de instrução.

A demora para tomar a decisão implica em custo para os agentes, decorrente, por exemplo, da insegurança durante o trâmite do processo, ou da continuidade da prática lesiva à concorrência nesse intervalo. A [...] demora na aprovação de ato de concentração pode representar custos importantes para o administrado, em termos de reputação ou de restrições à atividade empresarial (como, por exemplo, quando há APRO ou Medida Cautelar). Outros custos para os agentes referem-se ao provimento de informação para a autoridade antitruste e ao cumprimento de obrigações eventualmente impostas pela decisão.

¹³⁶ De acordo com o art. 55 da Lei 8.884/94, a aprovação irrestrita 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 obrigações assumidas ou não forem alcançados os benefícios visados.

¹³⁷ Na aprovação parcial, pode-se determinar o “desinvestimento” parcial, com a venda de alguns ativos, mantendo-se a operação principal, visando a eliminar efeitos anticompetitivos.

Para o tomador de decisão, o custo da decisão é dado pela remuneração dos serviços de geração e processamento de informações durante a instrução e análise antitruste.

O valor social da decisão corresponde à variação do bem-estar causada pela decisão (certa ou errada), menos os custos públicos e privados incorridos para se chegar à decisão.

Portanto, corroborando com a ideia supramencionada e complementado-a, a decisão antitruste deve ser proferida em um tempo razoável, que só poderá ser auferido no caso concreto, levando-se em consideração os critérios objetivos que servem à compreensão do princípio da razoável duração do processo: a complexidade da causa, o comportamento das partes e a atuação das autoridades.

Segundo as estatísticas do Quadro 3 do Anexo A, entre 2004 e 2009, 92,7% dos atos foram aprovados sem restrições, contra 7,2%, aprovados sob condições e 0,1% reprovados. Nas duas últimas hipóteses, as requerentes podem interpor Embargos de Declaração e pedido de Reapreciação, com os prazos e trâmites peculiares, conforme descrição no quadro esquemático. Somente com a aprovação pelo Plenário do CADE é que o ato de concentração terá eficácia, retroativa à data de sua realização (§7º do artigo 54).

Se houver insatisfação com a decisão do CADE, as empresas podem instaurar medidas judiciais para suspender e/ou reverter a situação, prolongando, assim, a definição final sobre a operação e aumentando a incerteza jurídica, o que poderia ser evitado ou ao menos minorado caso o controle das concentrações fosse prévio.

Nesse contexto, a aprovação do citado PL 06/09 pode contribuir ainda mais para a eficiência do SBDC, que vem aprimorando sua atuação ao longo dos anos, para conferir maior eficiência e agilidade aos seus processos, através da desburocratização de procedimentos, com a edição das Resoluções (i) 15/98, que regulamenta formalidades e procedimentos relativos aos atos de concentração; (ii) 45/07, que aprova o Regimento Interno do CADE e revoga, parcialmente, a Resolução 15/98; e (iii) 456/10, regulamentando as espécies de processos administrativos previstos pela Lei 8.884/94, além da Portarias mencionadas neste capítulo.

A obrigatoriedade do controle prévio prevista no PL 06/09 dos atos pode funcionar como uma solução aos entraves que ainda persistem, na medida em que a

concretização das transações empresariais, a assinatura de qualquer documento vinculativo entre os agentes econômicos, nos moldes do artigo 54 da Lei 8.884/94, só poderá acontecer com o aval do CADE, evitando ou diminuindo a interposição de diversos procedimentos e cooperando para a duração dos feitos em tempo razoável.

O controle posterior largamente utilizado na vigência da Lei 8.884/94 subsidia a não observância do princípio da razoável duração do processo, assim como a estrutura do SBDC, que realiza a defesa da concorrência de forma pulverizada entre as três entidades. A reforma institucional desse sistema é uma das principais finalidades da nova legislação, se o PL 06/09 for aprovado. Conforme exposto no item 4.3, a reestruturação das autoridades antitruste implica na unificação das funções de instrução e julgamento dos processos em um único órgão – o CADE – que será composto por um Tribunal Administrativo, uma Superintendência-Geral e um Departamento de Estudos Econômicos, na tentativa de otimizar a atuação no combate antitruste.

Em relação à sistemática dos atos de concentração, de modo geral o PL 06/09 prevê prazos mais alongados e mais factíveis. O processo será protocolado no CADE, e, se a petição não preencher os requisitos legais ou apresentar defeitos ou irregularidades que dificultem o julgamento do mérito, a Superintendência-Geral, no prazo de cinco dias úteis, determinará, uma única vez, que as interessadas emendem em até dez dias úteis, sob pena de arquivamento. Haverá a publicação de edital, indicando os nomes dos requerentes, natureza da operação e os setores econômicos envolvidos, para eventuais impugnações.

Em linhas gerais, a Superintendência poderá conhecer diretamente do pedido, proferindo decisão para aprovar o ato sem restrições, ou, se concluir que deve ser rejeitado ou aprovado com restrições, oferecerá impugnação fundamentada perante o Tribunal, sobre a qual os requerentes poderão se manifestar. Diferentemente da lei atual, em que a SDE não tem poderes decisórios, o PL 06/09 concede à Superintendência a possibilidade de decidir sobre o ato de concentração, embora também possibilite ao Tribunal avocar os processos. Saliente-se, especialmente quanto à Superintendência, sobre a importância de melhorar a estrutura administrativa e orçamentária, sobretudo porque haverá um aumento das funções nesse setor. A falta de um quadro de servidores especializado com planos de carreira e remuneração adequada impedirá que a nova lei antitruste tenha eficácia.

As considerações apresentadas permitem afirmar que há uma evidente preocupação do SBDC em relação à eficiência e à resolução dos casos em um tempo econômico. Para que o SBDC possa apreciar os atos de concentração que lhe são submetidos com eficiência e agilidade, a aprovação de uma nova lei não será suficiente se não vier acompanhada de mudanças administrativas efetivas para sanar o reduzido número de recursos humanos e materiais. Não basta estipular prazos maiores, porque o cumprimento do princípio da razoável duração do processo não se limita à estrita observância de lapsos temporais, mas à complexidade das questões – o que é bastante peculiar ao SBDC, que lida com aspectos econômicos e jurídicos e projeções sobre o bem-estar da sociedade - e ao comportamento das autoridades e das partes envolvidas.

A decisão dos processos de concentração em um prazo razoável é salutar à manutenção de um ambiente concorrencial e das vantagens daí derivadas. Ao contrário, a morosidade causa prejuízos potenciais à sociedade, à Administração Pública e à concorrência devido ao dinamismo das relações empresariais, às mudanças nas situações econômicas e condições sociais durante esse tempo: “quanto maior o lapso temporal, maior o custo social da operação e o perigo de lesão à ordem econômica” (NERY, 2005, p. 45), aos consumidores e ao próprio desenvolvimento nacional.

Um último aspecto a ser levantado relaciona-se à crescente judicialização das decisões administrativas do CADE, o que torna ainda mais premente a necessidade de julgar em tempo razoável, em virtude da nova – e certamente longa - etapa que será iniciada com a submissão da decisão ao Poder Judiciário.

6.3 A judicialização das decisões do CADE, o princípio da razoável duração do processo e o caso Nestlé-Garoto

As decisões proferidas pelo CADE possuem natureza administrativa e podem ser consideradas como “emanações de jurisdição voluntária exercitada pela Administração Pública, sendo atos administrativos vinculados” (OLIVEIRA; RODAS, 2004, p. 324). Embora seja órgão julgante, o CADE é uma autarquia pertencente à Administração Indireta, proferindo julgamentos administrativos sem caráter de ato jurisdicional – e sem formação da coisa julgada, portanto - face à inexistência, no Brasil, do contencioso administrativo.

O CADE não exerce função estritamente administrativa ou estritamente judicante, já que não se pode negar que funciona como um tribunal que julga de forma imparcial¹³⁸, ainda que suas decisões não possam ser consideradas definitivas. Trata-se, pois, do exercício de uma função híbrida, tida como quase-judicial, parajudicial ou administrativa judicante, conceitos novos que advêm da autonomia do Conselho em relação ao Poder Executivo e do fato de que o Judiciário não é mais visto como o único foro capaz de dirimir e solucionar conflitos (CARVALHO, 2006).

Por outro lado, a Constituição Federal assegura a inafastabilidade do controle jurisdicional e o direito à ampla defesa, ao dispor, respectivamente, nos incisos XXV e LV do artigo 5º que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça” e que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, autorizando assim que as decisões ora analisadas sejam submetidas ao Judiciário.

No artigo 170, a Carta Magna insere a livre iniciativa como fundamento da ordem econômica e a livre concorrência como um dos seus princípios, determinando, no §4º, que a “lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros”, o que foi materializado pela Lei 8.884/94. Esses suportes constitucional e legal, em um ambiente de redemocratização do Estado, abertura da economia nacional e crescimento industrial acelerado fortaleceram o desenvolvimento do Direito da Concorrência e o reconhecimento da política antitruste no Brasil. A defesa e a promoção dos princípios

¹³⁸ A imparcialidade deve estar presente, no sentido de impedir que pressões políticas tenham ingerência nas decisões técnicas do CADE, minando a autonomia de um órgão que, por ser autárquico, possui independência funcional e dever de atuar conforme a legalidade: a autarquia não age em defesa dos interesses de governos ou particulares, mas em nome da supremacia do interesse público com vistas à tutela da coletividade. Em 2000, houve a tentativa de inversão desses valores, quando o CADE vetou em parte a operação de concentração entre duas representantes fortes do setor de aço, Gerdau e Pains. Santiago (2008) narra, baseado nas notícias divulgadas pela mídia no período, que o Diretor do grupo Gerdau, Jorge Gerdau, queixou-se ao Presidente Fernando Henrique Cardoso, que pediu a reformulação da decisão, tendo o CADE mantido o julgamento. A Gerdau recorreu ao Ministro da Justiça, Nelson Jobim, que interferiu de forma esdrúxula para suspender o veto, através de recurso não previsto legalmente. O CADE manteve a decisão, mas os Conselheiros – de livre nomeação pelo Presidente da República - não foram reconduzidos aos seus mandatos.

gerais da atividade econômica, portanto, também são de incumbência do Poder Judiciário¹³⁹.

Nesse contexto, em que grandes fusões e aquisições passaram a fazer parte do cotidiano nacional, a exemplo da compra da Kolynos pela Colgate e da formação da Companhia de Bebidas das Américas (AmBev), além do tratamento mais agressivo às condutas de cartelização – destacou-se a ascendente atuação das autoridades do SBDC nos mais variados mercados, aumentando, em consequência, o volume de reclamações contra suas decisões perante o Poder Judiciário. Tal fenômeno exige a inter-relação progressiva entre o CADE e o Judiciário, sob pena de prejuízos à ordem econômica.

Sem adentrar no exame da natureza vinculada das decisões prolatadas pelo CADE¹⁴⁰, pode-se asseverar, com base nos argumentos descritos, que o controle judicial exercido sobre elas é pleno, seja no aspecto formal ou material. A judicialização dos julgados do CADE interessa ao presente trabalho sob o prisma do princípio da razoável duração do processo, de modo que o ato de concentração entre as empresas de chocolates Nestlé e Garoto¹⁴¹ foi selecionado para ilustrar o estudo. Destaque-se que essa foi a primeira operação de concentração envolvendo duas grandes empresas a ser reprovada pelo CADE.

Em fevereiro de 2002, a Nestlé Brasil Ltda., subsidiária brasileira do grupo suíço Nestlé, efetivou a compra da sociedade empresária Chocolates Garoto S/A, adquirindo a totalidade do seu capital social.

¹³⁹ A propósito, a judicialização de políticas públicas econômicas e sua implementação pelo Poder Judiciário estão em harmonia com a Constituição, e a concretização do texto constitucional não é dever apenas do Executivo e Legislativo, mas também do Judiciário, sempre que provocado, como nos casos do controle judicial das decisões do SBDC; dos atos normativos do Poder Executivo referentes ao princípio da livre concorrência; dos atos normativos do Poder Legislativo; e dos atos de política econômica do poder econômico privado (SANTIAGO, 2008).

¹⁴⁰ Sobre a natureza dos atos administrativos proferidos pelo CADE, Carvalho (2006) chama a atenção para a margem de discricionariedade dos Conselheiros no momento da decisão, devido à presença de conceitos fluidos na Lei 8.884/94. Ratificando a assertiva, exemplifica com os parágrafos do art. 54: o §1º define a hipótese de aprovação vinculada de determinados atos (ao aumento de produtividade, melhoria da qualidade de bens/serviços, eficiência e desenvolvimento tecnológico/econômico, benefícios para os consumidores etc.), ao passo que o §2º autoriza a aprovação por “motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum”, conceitos indeterminados que exigem juízos técnicos de oportunidade e conveniência, enquadrando-se, na sua ótica, no âmbito da discricionariedade, ainda que denominada de “discricionariedade técnica”. Por serem fruto da análise das relações de mercado, envoltas em definições econômico-jurídicas, inserindo-se na tendência atual da multidisciplinaridade das Ciências, a autora relembra que a política de defesa da concorrência é de caráter instrumental, pois visa a implementar políticas públicas, atendendo a princípios e diretrizes de política econômica, decisões essas que comportam juízos de oportunidade e conveniência, com vistas ao alcance do interesse público.

¹⁴¹ Processo no SBDC 08012.001697/2002-89.

No processo em questão, exatamente dois dias antes das empresas notificarem o ato ao SBDC, a SEAE, através de requerimento, sugeriu a CADE a adoção de medida cautelar para prevenir efeitos anticompetitivos derivados da operação, preservando assim a capacidade do CADE em apreciá-la de maneira eficaz, recomendando que as empresas se abstivessem de praticar atos decorrentes do contrato já realizado que alterassem a estrutura e as condições do mercado em vigor, cuja reversibilidade fosse onerosa para a coletividade. Em suma, a SEAE argumentou que haveria um elevado grau de concentração; que as importações não inibiriam o exercício do poder de mercado; que a marca, em mercados como o de chocolates, possuiria importância significativa na escolha final do consumidor, sendo que a operação envolveria duas das três principais marcas do mercado de chocolates; que a provável demissão de funcionários antes da manifestação final do SBDC poderia gerar custos adicionais a uma possível restrição à operação; e que as eficiências econômicas apresentadas pelas requerentes não justificavam a aprovação (OLIVEIRA; RODAS).

A SDE também se posicionou em sentido semelhante, recomendando ao CADE, através de parecer, que adotasse medidas preventivas para evitar consequências irreversíveis à concorrência, devendo as empresas envolvidas conservar o estado fático e jurídico em que se encontravam antes de assinar o documento vinculativo. Duas indústrias do setor também protocolaram requerimentos junto ao SBDC, pleiteando a adoção de medidas cautelares ou preventivas ao ato, haja vista os potenciais prejuízos à livre concorrência, diante dos óbices que seriam criados para o ingresso de outros concorrentes no mercado relevante de balas, confeitos, achocolatados e chocolates sob todas as formas, posto que a Nestlé teria como implementar estratégias anticompetitivas, em virtude da posição dominante que deteria com a consolidação do negócio.

O CADE, então, firmou com a Nestlé e a Garoto um APRO, que surtiria, em seu entendimento, os mesmos efeitos das medidas referidas pela SEAE/SDE, com vigência até o julgamento final pelo Plenário. As denúncias de descumprimento do APRO não se confirmaram, e, posteriormente, a operação foi reprovada nos seguintes termos da ementa do acórdão do CADE (BRASIL, 2010):

EMENTA: Ato de Concentração. Aquisição da totalidade do capital social da Chocolates Garoto S/A pela Nestlé Brasil Ltda. Hipótese prevista no artigo 54, §3º, da Lei nº 8.884/94. Concentração horizontal. Apresentação tempestiva. Acordo de Preservação de Reversibilidade de Operação - APRO. Denúncias de descumprimento do APRO. Ausência de comprovação de descumprimento do APRO. Aprovação dos relatórios definidos no APRO pela CAD/CADE. Produtos relevantes: balas e confeitos sem chocolate, achocolatados, cobertura de chocolate e chocolates sob todas as formas. Dimensão geográfica dos mercados relevantes: território nacional. Grau de concentração resultante: mercado de balas e confeitos sem chocolates: 2,7%; mercado de achocolatados: 61,2%; cobertura de chocolate: 88,5%; e chocolates sob todas as formas: 58,4%. Reduzidos danos à concorrência nos mercados de balas e confeitos e de achocolatados. Eliminação de um dos três grandes *players* dos mercados de coberturas de chocolates e chocolates sob todas as formas. Estudos quantitativos e simulações mostram que operação reduz rivalidade no mercado de chocolates sob todas as formas. Adequação do modelo *price standard* às condições definidas no §1º do artigo 54 da Lei 8.884/94. Eficiências (reduções reais de custo) em torno de 12% dos custos variáveis de produção e de distribuição são necessárias para compensar dano e impedir aumentos de preço. Eficiências insuficientes para compensar dano à concorrência e garantir a não redução do bem estar do consumidor. Não aprovação da operação. Solução estrutural. Desconstituição do Ato. ACORDÃO: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, acordam o Presidente e os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por maioria, determinar a desconstituição da operação, nos termos do voto do relator. Vencido o Presidente que a aprovava com restrições. Participaram do julgamento o Presidente João Grandino Rodas e os Conselheiros Thompson Almeida Andrade, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, Fernando de Oliveira Marques, Cleveland Prates Teixeira, Luiz Alberto Esteves Scaloppe. Presente a Procuradora Geral Maria Paula Dallari Bucci. Brasília, 04 de fevereiro de 2004 (data do julgamento – 312ª S.O.).

Dois anos depois, a decisão da autoridade antitruste determinou, por maioria, contra o voto do Presidente à época¹⁴², a desconstituição da operação realizada entre as

¹⁴² O Presidente do CADE em 2004 era João Grandino Rodas, que teve o voto vencido. Porém, sua reação após a decisão surpreendeu, pois, ao se manifestar publicamente afastou a imparcialidade que deveria nortear-lhe a conduta como julgador de um processo, colocando em risco ainda autonomia do órgão. Sobre esse comportamento, Santiago (2008, p. 307) transcreve notícias publicadas nas edições do Jornal Folha de São Paulo de 12/02/2004 e 07/10/2004, respectivamente: (i) “DECISÃO DO CADE É INCONSTITUCIONAL. Na Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal, o presidente do CADE, João Grandino Rodas, reafirmou que a decisão é inconstitucional por ferir o fundamento da livre iniciativa em detrimento da livre concorrência”; (ii) “O CASO GAROTO. A campanha que o presidente do CADE, João Grandino Rodas, está conduzindo contra o órgão que dirige é um desserviço à luta pela autonomia das agências reguladoras e pela implantação do direito econômico no país que se tem notícia. Que Grandino discorde da decisão faz parte do jogo. Sua reação posterior é incompreensível por (...) expor amplamente o órgão às pressões políticas – maneira mais rápida de destruir sua autonomia”. O impacto da decisão vetando o ato de concentração foi tão grande, que houve pressões políticas de diversos

empresas, entendendo que a aquisição da Garoto pela Nestlé causaria concentração de mercado apta a sedimentar a posição dominante pela Nestlé, com a provável eliminação de concorrentes, tendo como consequência o aumento arbitrário dos lucros através do controle dos preços pela sociedade remanescente.

Ultrapassadas as fases de embargos declaratórios e de pedido de reapreciação previstos pela Resolução 45/07, mantido o acórdão, as empresas acionaram o Poder Judiciário para questionar o resultado, em maio de 2005, sob o fundamento – dentre outros - de que o ato deveria ser automaticamente aprovado, em razão do transcurso do prazo previsto pelo §7º do artigo 54 da Lei 8.884/94, segundo o qual os atos que não tenham sido “apreciados pelo CADE no prazo estabelecido no parágrafo anterior [sessenta dias] serão considerados automaticamente aprovados”.

A decisão¹⁴³ procedente do Juiz da 4ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal (BRASIL, 2010) foi publicada em 19 de março de 2007, declarando:

(...) Aprovado automaticamente o ato de concentração submetido à apreciação do CADE em 15.3.2002, em virtude de haver decorrido o prazo previsto no art. 54, § 7º, da Lei 8.884/94, sem que tivesse havido decisão da autarquia, tornando sem efeito a decisão de desconstituição da mesma operação. Condene o CADE a reembolsar às autoras as custas processuais e a pagar-lhes honorários advocatícios, que arbitro em 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa.

O processo ainda não transitou em julgado, encontrando-se atualmente no Tribunal Regional Federal da 1ª Região – onde contabiliza inúmeros pedidos de vistas pelos desembargadores - para julgamento de recursos. Conquanto não tenha havido o julgamento definitivo, a decisão do CADE ainda não foi implementada, devido a liminares concedidas pela Justiça em favor das empresas¹⁴⁴. É preocupante a existência no ordenamento jurídico de uma sentença judicial anulando a decisão do CADE em virtude do desrespeito ao devido processo legal pela autoridade antitruste, que excedeu

setores para a edição de decreto legislativo que tornasse sem efeito a decisão do CADE, o que, se tivesse acontecido, enfraqueceria de vez a posição da autoridade responsável pela defesa da concorrência no país.

¹⁴³ Processo 2005.34.00.015.042-8/DF.

¹⁴⁴ Caso a Justiça confirme a decisão do CADE, surgirão imensas dificuldades para efetivar a decisão, decorrentes da irreversibilidade dos danos causados ao mercado.

o prazo para apreciação do ato de concentração, ensejando a aprovação pelo decurso temporal¹⁴⁵.

Embora essa assertiva corra o risco de parecer simplista diante de outros elementos do processo¹⁴⁶, o fato é que, oito anos após a notificação do ato ao SBDC não existe uma solução definitiva para o caso Nestlé/Garoto, e o fundamento da sentença judicial prolatada consiste no descumprimento do prazo pela autoridade antitruste. Nesses oito anos, cinco já são computados no Poder Judiciário, que, sabidamente, é uma instituição marcada pela morosidade.

Ademais, os que criticam a atuação do Judiciário nos processos afeitos ao SBDC atentam para a circunstância dos magistrados não possuírem os conhecimentos técnicos sobre as questões econômicas – de alta complexidade - que envolvem o Direito Antitruste, razão pela qual as lides tramitam de forma menos eficiente (maior tempo de análise e discussão, necessidade de perícias e provas técnicas etc.) e em descompasso com o princípio da razoável duração do processo. Certamente esse fator é um óbice a ser transposto não só com o auxílio de peritos, mas com o aperfeiçoamento dos juízes na matéria, através de cursos, por exemplo, e da criação de varas especializadas em Direito Econômico.

No caso em apreço, ainda que a decisão seja reformada, os efeitos da morosidade do processo Nestlé/Garoto – que, repita-se, chegou à instância judicial tendo como um dos motivos preponderantes o decurso do tempo na esfera administrativa – ensejam questionamentos e são destaque na mídia nacional, como mostram Prado (2010) e Netz (2010), respectivamente:

(...) O que chama a atenção há alguns anos é o caso da fusão Nestlé e Garoto, onde o Órgão Responsável pela defesa da livre concorrência do mercado e contra a formação de monopólios (CADE) recusou a proposta feita pela Nestlé em 2002 para adquirir a Garoto. (...) Desde o anúncio feito pela citada multinacional, em março de 2002, da compra da empresa brasileira Garoto, até então da família Meyerfreund, pelo preço estimado de US\$ 250 milhões (...)

¹⁴⁵ Gonçalves (2009) relata que o Juiz Federal considerou nulas as inúmeras diligências e ofícios expedidos pelo SBDC, pois determinados e realizados sem indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos que os motivaram, violando, portanto, o art. 50, I, da Lei 9.784/99.

¹⁴⁶ Como as petições com os argumentos das partes, sobre os quais esta pesquisadora não teve acesso, atendo-se, portanto, ao teor da sentença publicada e às movimentações do processo no sítio oficial da Justiça Federal da 1ª Região.

estabeleceu-se intensa controvérsia entre a empresa suíça e o CADE (...). Fato inusitado, dado que pela primeira vez na história o CADE impôs restrições para uma negociação deste porte, sob a alegação de que isto ocorrido estaria determinada a formação de um monopólio no mercado de chocolates, que traria por consequência potencial prejuízo ao consumidor e à concorrência de mercado. Num julgamento que demorou cerca de dois anos, concluído somente em março de 2004, foi dada a resposta por parte do órgão público à Nestlé. (...) Porém, após a decisão do Órgão, a Nestlé entrou com recursos no Poder Judiciário e recorreu à decisão do CADE em vender os ativos comprados da Garoto. Como resultado, ganhou uma liminar do Tribunal de Justiça de Brasília e desde então, até os dias de hoje, vê-se uma briga acirrada entre a empresa e o órgão com função antitruste. Desde então há uma intensa discussão em torno da questão, com a **Nestlé gastando volumosas somas de recursos com os advogados contratados para providenciar a defesa dos seus interesses**. Nos embates processuais em torno do julgamento realizado pela 4ª Vara do Tribunal Regional Federal de Brasília, muitas questões foram levantadas. Entretanto, uma se destaca sobre as demais, a de que a **Nestlé não tem cumprido com os investimentos previstos em torno da empresa Garoto, além de ter reduzido a divulgação e ações de marketing, o que por seu lado seria uma estratégia da multinacional visando a enfraquecer a estrutura da Garoto, dada a possibilidade de perder o julgamento e acabar sendo obrigada a vender as marcas e ativos, ou seja, deste modo tornaria mais fraca a futura concorrente**. Contra tal acusação a Nestlé respondeu com a divulgação de dados e informações mostrando que os lucros da empresa adquirida foram aumentados em 89%, o que seria incompatível com o suposto procedimento que lhe impõem, e que depois de sete anos da compra não houve alteração no curso do mercado de chocolates, como dizia o CADE. Sendo assim, argumenta que a fusão das duas empresas não prejudicou o desempenho do mercado brasileiro. O confronto não se deu apenas entre a Nestlé e o CADE. Argumentando ter seus interesses envolvidos, a Kraft, a mais forte concorrente da Nestlé, também entrou na pendência visando à consolidação da não aprovação da compra, posicionando-se em apoio à decisão do CADE. A empresa chegou a ameaçar sair de alguns mercados, caso fosse aprovada a compra, além de tomar medidas adicionais como investir em consultorias e muita propaganda para fazer frente à Nestlé, fortalecida pela fusão com a Garoto. **Outro fato é que, apesar de todos estes anos terem se passado e o processo continuar indefinido, a Nestlé vem obtendo alguns sucessos em favor dos seus interesses**. É exemplo deste avanço em favor da multinacional suíça o fato de que em um dos julgamentos o CADE chegou a ser condenado a reembolsar à Nestlé e à Garoto pelos prejuízos como despesas e honorários de seus advogados. O Tribunal Regional Federal, que julga o caso, tem dado votos a favor da empresa, o que cria expectativas em torno da possibilidade da Nestlé sair vitoriosa dessa pendência. Em um dos últimos julgamentos, até a data, o juiz federal, Avio Mozart Novaes, considerou que o **órgão antitruste ultrapassou o prazo legal para julgar o caso e votou pela aprovação do negócio**. Com isto, os três magistrados da 5ª Turma do TRF, onde o processo tramita, já foram favoráveis à Nestlé. O magistrado considerou a hipótese de o CADE fiscalizar eventuais abusos pela Nestlé/Garoto no mercado de chocolates, da mesma

maneira que ocorreu com a AmBev no segmento de cervejas. Assim, por exemplo, o CADE poderia aplicar uma multa como fez recentemente com a AmBev, caso as duas empresas ferissem as regras do mercado, por conta do seu gigantismo. **Como consequência da protelação da solução a Nestlé, que investiu para comprar a Garoto e vê seu preço despencar, à medida que se estabelece a tendência do valor da adquirida Garoto cair, a cada dia. Na avaliação de especialistas no tema, atualmente o seu valor deve estar em torno de 20% a 30% a menos de seu valor de compra. Em situação apreensiva ficam também os atuais funcionários da Garoto em relação à instabilidade decorrente da situação.** Em um país como o nosso, é vergonhoso dizer que um processo como este está há tanto tempo em discussão. Não somente as empresas estão perdendo, como também o país, à medida que almeja ser uma potência mundial, um processo pendente como este, envolvendo interesses de porte internacional, atua de modo negativo na imagem do Brasil no exterior. O fato é que o que deveria ser um ágil trâmite burocrático ganha ares de longa novela, e é tamanha a teia de idas e vindas processuais que não seria surpresa se tudo terminasse de momento para outro. Porém, a tomar por base os eventos em si, a disputa parece no atual momento favorecer a multinacional, embora tanto ela como o CADE ainda podem recorrer, o que em sentido inverso da percepção anterior pode prolongar ainda mais a falta de uma solução definitiva. (Grifos apostos)

COMPRA DA GAROTO PELA NESTLÉ FAZ OITO ANOS

No próximo domingo, 28, um dos mais longos e polêmicos processos em curso na área de defesa da concorrência completa oito anos de vida. Ganha uma caixa de bombons quem cravou o que envolve a compra da hoje octogenária Chocolates Garoto pela suíça Nestlé. Esse período coincide com praticamente todo o mandato do presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, eleito em 2002, ano em que os suíços arremataram pela soma de US\$ 250 milhões a combalida empresa da família capixaba Meyerfreund.

Apoiada pelos funcionários da Garoto e pela população do Espírito Santo, a operação foi bombardeada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Por maioria, os conselheiros do Cade determinaram que a aquisição fosse revertida. Entre os males que seriam causados ressaltavam a grande concentração de mercado resultante (as duas empresas deteriam mais de 56% de participação), a criação de barreiras a novos fabricantes e uma elevação dos preços dos chocolates, bombons e coberturas comercializados. Aparentemente, causava preocupação, o virtual monopólio do chocolate granulado que cobre o velho e bom brigadeiro das festas infantis, sem dúvida um produto de importância estratégica na vida do cidadão comum e do próprio País.

O fato é que inconformada, a Nestlé resolveu recorrer à Justiça em defesa dos seus interesses. Em todas as instâncias, inclusive no Tribunal Federal de Recursos, teve ganho de causa. Aparentemente, porém, ainda há um longo período pela frente, até que a novela chegue ao seu final. No entanto, a pergunta é: a quem interessa a demora? Ao

País, às empresas, a seus empregados, aos consumidores? Não estaria na hora de se agilizar esse tipo de processo?

As opiniões acima transcritas refletem a insegurança que situações como essa causam às empresas, aos investidores, aos trabalhadores e ao país como um todo, que poderá ter seu desenvolvimento prejudicado pelas incertezas (e os elevados custos) decorrentes da atuação longa e ineficiente das instituições – administrativas ou judiciais - que aplicam a legislação antitruste. Quanto aos consumidores, mesmo que não percebam essa problemática à primeira vista, são as grandes vítimas de concentrações que, se não forem julgadas em tempo razoável, poderão afetar diretamente seus bolsos.

Não se pretende contestar o direito fundamental das empresas a se socorrer do Judiciário, até porque isso consolidará o aporte da jurisprudência sobre o direito em questão e o fortalecimento institucional do SBDC, que terá subsídios legais e jurisprudenciais mais consistentes para atuar. Entretanto, é imperioso que esse Poder aja com prudência ao suspender decisões do CADE, avaliando inclusive se as pretensões das empresas não consistem apenas em manobras para adiar a efetividade do julgado; e que julgue em um tempo razoável passível de assegurar a intervenção útil do Estado sobre o domínio econômico, realizando assim a promoção e a defesa da livre concorrência.

7 CONCLUSÕES

A concorrência, pilar fundamental do capitalismo, assume relevantes interesses que merecem tutela jurídica, consubstanciados na livre competição entre os agentes econômicos e na liberdade de escolha dos consumidores. A insustentabilidade prática da teoria da “mão invisível” de Smith, o iminente risco de autodestruição do mercado e do próprio sistema capitalista, em virtude da excessiva concentração de capital, os efeitos da I Guerra Mundial e da Depressão de 1929 acentuaram as distorções do liberalismo e inspiraram a intervenção do Estado no domínio econômico.

Nesse contexto, o Direito Econômico, disciplinando o tratamento jurídico da atividade econômica e salvaguardando a liberdade de concorrência, passou a ter progressiva importância nos ordenamentos jurídicos. Sua interface com o Direito da Concorrência é patente, pois, ao dispor sobre a atuação estatal na vida econômica, o Direito Econômico cuida da organização dos mercados sobre os quais o Direito da Concorrência – cujo objeto são normas jurídicas destinadas a controlar o exercício abusivo do poder econômico - será aplicado.

A concorrência não constitui um fim absoluto e indeclinável, mas um meio de implementação de políticas públicas que balizam a ordem econômica, no intuito de alcançar o bem-estar da sociedade. A defesa da concorrência, portanto, assegura uma ordem concorrencial (perspectiva macroeconômica) que seja capaz de beneficiar concorrentes e consumidores (perspectiva microeconômica) e fomentar o desenvolvimento econômico e social.

Por tais razões, é imprescindível a existência de instituições autônomas e competentes para lidar com o assunto, de modo que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) deve pautar a atuação com eficiência e efetividade, sob pena de suas decisões se tornarem inócuas diante do dinamismo das relações econômicas. O princípio da eficiência, norteador da atividade administrativa, impõe a busca pelos melhores desfechos com os meios disponíveis e aos menores custos possíveis, o que remete ao desempenho de funções em um tempo econômico. Nessa conjuntura, em que se vincula não só à finalidade normativa, mas ao modo de execução desse desiderato e à

concretização de resultados efetivos, é possível afirmar que o princípio da razoável duração do processo constitui-se em um dos seus desdobramentos.

A pertinência da relação entre o princípio da razoável duração do processo e os atos de concentração submetidos ao SBDC resulta do fato de que o controle desses atos é exercido mediante um processo administrativo, sujeito, portanto, às garantias derivadas do *due process of law* e ao comando constitucional inserido no inciso LXXVIII do artigo 5º, segundo o qual “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Por ser um direito fundamental, não prescinde de regulamentação para ser efetivado, possuindo aplicabilidade imediata decorrente do §1º do artigo 5º da Carta Magna.

O cumprimento do princípio da razoável duração não significa apenas a obediência estrita aos prazos estabelecidos legalmente, embora a intempestividade crônica seja um indício de desrespeito a esse postulado. Por se tratar de um conceito aberto, que traduz o direito a um processo sem dilações indevidas, o princípio da razoável duração do processo deve ser auferido em cada caso concreto, levando-se em consideração a complexidade da causa, o comportamento das partes e a conduta das autoridades.

Transportando esses critérios para os processos relativos aos atos de concentração, demonstrou-se que a matéria que os envolve exige análises jurídico-econômicas complexas, pois o controle de estruturas parte da possibilidade de lesão à livre concorrência, o que demanda apurações, estudos e pareceres técnicos para detectar os efeitos negativos que as uniões empresariais surtem no mercado, nos concorrentes e nos consumidores. Todavia, a complexidade da causa, isoladamente, não deve obstar a efetivação do princípio da razoável duração do processo, mas servir de estímulo à otimização processual do SBDC.

Quanto ao comportamento das partes, elas podem contribuir para a duração intolerável dos feitos se agirem de má-fé, seja pelo abuso do direito de petição como infração concorrencial, visando apenas a prejudicar concorrentes (figura conhecida no Direito Antitruste como *sham litigation*), seja dificultando o fornecimento de informações ou documentos ou buscando o Poder Judiciário com intuito meramente protelatório, no sentido de adiar a efetividade das decisões que lhes são desfavoráveis.

Sobre a conduta das autoridades, há críticas acerca da morosidade do SBDC, em especial devido à existência de três instituições distintas incumbidas da prevenção e da repressão à ordem econômica, o que contribui para a delonga do curso dos processos, cuja análise é pulverizada entre a referida tríade, tornando assim o sistema menos eficiente que o almejado. Porém, constatou-se que há um esforço contínuo do SBDC – que sequer possui quadro próprio de funcionários - em aprimorar sua atuação para conferir maior agilidade aos processos, desburocratizando procedimentos através da edição de resoluções internas e da adoção de medidas de cooperação.

Um elemento que contribui sobremaneira para a inobservância do princípio da razoável duração dos processos consiste na possibilidade legal da notificação do ato de concentração ocorrer posteriormente à sua concretização, ou seja, o SBDC só toma conhecimento da operação quinze dias depois que as empresas já concluíram o negócio. A análise desses atos pode levar tempo demasiado para que consolidem seus efeitos no tempo, criando situações irreversíveis que dificultam a reprovação.

Uma possível solução aos entraves mencionados e que pode auxiliar no cumprimento do princípio da razoável duração do processo é a aprovação do Projeto de Lei 06/09, que, até a finalização deste trabalho, ainda tramitava no Senado. O PL 06/09 pretende alterar Lei 8.884/94 e será um avanço institucional, porque reestruturará as autoridades que cuidam da defesa da concorrência, procurando aumentar a eficiência do SBDC, que será condensado em um único órgão – o *super CADE*. Ademais, mudará o critério de notificação dos atos de concentração, que deverão obrigatoriamente ser apresentados antes da assinatura de qualquer documento vinculativo entre as empresas. Essas medidas, contudo, devem ser acompanhadas de mudanças administrativas concretas para sanar o reduzido número de recursos humanos e materiais destinados ao SBDC.

Assim, não basta estipular prazos maiores, porque a aplicabilidade do princípio da razoável duração do processo depende de outras variáveis, como visto, e as decisões acerca dos atos de concentração devem ser tomadas primando pela qualidade em equilíbrio com a celeridade. A demora exacerbada dos julgamentos sobre questões que dizem respeito aos aspectos econômicos da vida na sociedade são nefastas ao desenvolvimento do país e ao bem-estar da coletividade, titular dos bens jurídicos protegidos pela Constituição Federal e pela Lei de Defesa da Concorrência.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO JÚNIOR, José Tavares de. Perspectivas da política de concorrência no Brasil: o controle de fusões e aquisições. In: **Revista de Direito da Concorrência**. Brasília: IOB/CADE, n. 9, jan/fev/mar, p. 63-90, 2006.

ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (org.). **Dos princípios constitucionais**: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, p. 101-135, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BEAUD, Michel. **História do capitalismo de 1500 aos nossos dias**. 2ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1989.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BEZERRA, Higyna Josita Simões de Almeida. Gestão judiciária: a “nova” onda de acesso à justiça. In: **Parahyba Judiciária**. Seção Judiciária da Paraíba – a. 6, v. 7 (novembro, 2008). ISSN 1806-6860. João Pessoa: p. 55-68, 2008.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à justiça**: um problema ético-social no plano da realização do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Conselho Administrativo de Direito Econômico – CADE. Súmula 01/05. Na aplicação do critério estabelecido no art. 54, par. 3, da Lei n. 8.884/94, é relevante o faturamento bruto anual registrado exclusivamente no território brasileiro pelas empresas ou grupo de empresas participantes do ato de concentração. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 18 out. 2005.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 42ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Decreto-lei 7.666, de 22 de junho de 1945. Dispõe sobre os atos contrários à ordem moral e econômica. **CLRB**, 1945.

_____. Decreto-lei 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a Administração Federal, estabelece diretrizes para a reforma administrativa e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 fev. 1967.

_____. Emenda Constitucional 19, de 04 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 jun. 1998.

_____. Emenda Constitucional 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez. 2004.

_____. Lei 1.521, de 26 de dezembro de 1951. Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 dez. 1951.

_____. Lei 4.137, de 10 de setembro de 1962. Regula a repressão ao poder econômico. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 set. 1962.

_____. Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre a sociedade por ações. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 dez. 1976.

_____. Lei 8.028, de 12 de abril de 1990. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 abr. 1990.

_____. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispões sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 set. 1990.

_____. Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civil da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 dez. 1990.

_____. Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 28 dez. 1990.

_____. Lei 8.158, de 08 de janeiro de 1991. Institui normas para a defesa da concorrência e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 09 jan. 1991.

_____. Lei 8.428, de 02 de junho de 1992. 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. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 02 jun. 1992.

_____. Lei 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 jun. 1994.

_____. Lei 9.021, de 30 de março de 1995. Dispõe sobre a implementação da Autarquia Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), criada pela 8.884, de 11 de junho de 1994, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 mar. 1995.

_____. Lei 9.781, de 19 de janeiro de 1999. Institui a taxa processual sobre os processos de competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 jan. 1999.

_____. Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 01 fev. 1999.

_____. Projeto de Lei 3.937/2004. Altera a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que “transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações à ordem econômica e dá outras providências”. Disponível em <<http://www.cade.gov.br>> Acesso em 15/01/2009.

_____. Projeto de Lei 5.877/2005. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 15/01/2009.

_____. Projeto de Lei 06/2009. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>> Acesso em 15/01/2009.

_____. Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 01 de agosto de 2001. Guia para análise econômica de atos de concentração horizontal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 ago. 2001. Disponível em <<http://www.cade.gov.br>> Acesso em 15/04/10.

_____. Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 01, de 18 de fevereiro de 2003. Estabelece o procedimento sumário para análise dos atos de concentração – procedimento sumário, no âmbito da SEAE e SDE. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 19 fev. 2003. Disponível em <<http://www.cade.gov.br>> Acesso em 15/04/10.

_____. Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 33, de 04 de janeiro de 2006. Estabelece a instrução conjunta de atos de concentração e a análise conjunta de condutas anticompetitivas. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 jan. 2006. Disponível em <<http://www.cade.gov.br>> Acesso em 15/04/10.

_____. Portaria 456, de 15 de março de 2010. Regulamenta as diversas espécies de processos administrativos previstos na Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, com a redação dada pela Lei nº 9.021, de 30 de março de 1995, Lei nº 9.470, de 10 de julho de 1997, pela Lei nº 10.149, de 21 de dezembro de 2000, e pela Lei nº 11.482, de 31 de maio de 2007, para apuração, prevenção e repressão de infrações contra a ordem econômica, no âmbito da Secretaria de Direito Econômico, e revoga a Portaria MJ nº 4, de 5 de janeiro de 2006. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 mar. 2010. Disponível em <<http://www.cade.gov.br>> Acesso em 16/04/10.

_____. Resolução 15, de 19 de agosto de 1998. Disciplina as formalidades e os procedimentos no CADE, relativos aos atos de que trata o art. 54 da Lei n.º 8.884/94, de 11 de junho de 1994. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 ago. 1998. Disponível em <<http://www.cade.gov.br>> Acesso em 11/04/2010.

_____. Resolução 45, de 28 de março de 2007. Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica- CADE e dá outras providências. **Diário Oficial da**

União, Brasília, DF, 30 mar. 2007. Disponível em <<http://www.cade.gov.br>> Acesso em 11/04/2010.

_____. Resolução 52, de 13 de maio de 2009. Aprova a Emenda Regimental nº 02/2009, que extingue a Comissão de Acompanhamento das Decisões do CADE (CAD/CADE), restituindo as suas funções à Procuradoria do CADE. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 mai. 2009. Disponível em <<http://www.cade.gov.br>> Acesso em 17/04/2010.

_____. Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE. **Relatório de gestão 2005/Secretaria de Acompanhamento Econômico**. Disponível em <<http://www.seae.fazenda.gov.br>> Acesso em 20/04/10.

_____. Secretaria de Direito Econômico – SDE. **Relatório de gestão 2008**. Disponível em <<http://www.seae.fazenda.gov.br>> Acesso em 20/04/10.

_____. Súmula 01/2005. Na aplicação do critério estabelecido no art. 54, §3º, da Lei n.º 8.884/94, é relevante o faturamento bruto anual registrado exclusivamente no território brasileiro pelas empresas ou grupo de empresas participantes do ato de concentração. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 18 out. 2005.

_____. **Seção Judiciária do Distrito Federal**. Disponível em <<http://www.trf1.jus.br>> Acesso em 22/04/10.

BRITO, Beatriz Gontijo de. **Concentração de empresas no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRITO, Carlos Alberto de. **Controle de ato de concentração: intervenção do Estado na criação da AmBev**. João Pessoa: Autor Associado/Editora Universitária/UFPB, 2002.

BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso de seu exercício**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BULGARELLI, Waldirio. **Concentração de empresas e direito antitruste**. 2a ed. São Paulo: Atlas: 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARPENA, Heloisa. **O consumidor no direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CARVALHO, Ana Carolina Lopes de. O controle judicial da decisão do CADE. In: GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira; BORGES, Antônio de Moura (coord.). **Intervenção do Estado no domínio econômico: temas atuais**. São Paulo: Lex, p. 31-73, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo administrativo federal**: comentários à Lei 9.784 de 29/1/1999. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CASTRO, Bruno Braz. “Sham litigation” e o ordenamento jurídico brasileiro. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Disponível em <<http://www.cade.gov.br>> Acesso em 16/03/10.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DIREITO ECONÔMICO – CADE. **Guia prático do CADE**: a defesa da concorrência no Brasil. 3ª ed. São Paulo: CIEE, 2007.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Pacto de São José da Costa Rica**. Disponível em <<http://www.portal.mj.gov.br>> Acesso em 18/12/09.

COUTINHO, Paulo C. Prolegômenos da economia da defesa da concorrência. In: **Revista do IBRAC**. ISSN 1517-1957. São Paulo, v. 8, n. 4, p. 151-181, 2001.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Prática do processo administrativo**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CUNHA, José Ricardo. Sistema aberto de princípios na ordem jurídica e na metódica constitucional. In: PEIXINHO, Manoel Messias et al. (org.). **Os princípios da Constituição de 1988**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 21-42, 2006.

DEL MASSO, Fabiano. **Direito econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2004.

DUTRA, Pedro. O projeto da nova lei de defesa da concorrência. 11º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência. **Revista do IBRAC**. ISSN 1517-1957. São Paulo, v. 14, n. 4, p. 250, 2007.

_____. A revogação da lei n. 8.884/94: projeto de lei n. 5.877/05. **Revista do IBRAC**. ISSN 1517-1957. São Paulo, v. 12, n. 6, p. 97, 2005.

FAGUNDES, Jorge. Os objetivos das políticas de defesa da concorrência: a escola de Harvard e a escola de Chicago. **Revista do IBRAC**. ISSN 1517-1957. São Paulo, v. 10, n. 3, p. 129-147, 2003.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar. A desregulação dos mercados e as recentes crises econômicas: questionamentos acerca da teoria das expectativas racionais no âmbito da *Law and Economics*. **Boletim de Ciências Económicas XLIX**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

_____. **Paradigmas inconclusos**: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Lei de proteção da concorrência: comentários à legislação antitruste**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FORGIONI, Paula Andréa. **Os fundamentos do antitruste**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FRANCO, Fernão Borba. **Processo administrativo**. São Paulo: Atlas, 2008.

FREIRE, Moema Dutra. Administração alternativa de conflitos: perspectivas para a ampliação do acesso à justiça e a prevenção à violência. In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Máira Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (orgs.). **Novas direções na governança da justiça e da segurança**. Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2006. Disponível em <<http://www.comunidadessegura.org.br>> Acesso em 21/07/2009.

FRIEDEN, Jeffry A. **Capitalismo global: história econômica e política do século XX**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste: o combate aos cartéis**. São Paulo: Saraiva, 2009.

GAMA, Marina Moreira da. A teoria antitruste no Brasil: fundamentos e estado da arte. In: **Revista do IBRAC**. ISSN 1517-1957. São Paulo, v. 12, n. 4, p. 111-134, 2005.

GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. **A livre concorrência como garantia do consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey; FUMEC, 2003.

GOLDBERG, Daniel. O projeto da nova lei de defesa da concorrência. 11º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência. **Revista do IBRAC**, v. 14, n. 4, p. 257-258, 2007.

GOMES, Carlos Jacques Vieira. **Ordem econômica constitucional e direito antitruste**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004.

GONÇALVES, Leonardo Gomes Ribeiro. **Caso Neslé-Garoto: o ato de concentração n. 08012.001697/2002-89 e suas repercussões no Direito Antitruste**. Estudo de caso (MBA Executivo em Gestão e Business Law). Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2009. Disponível em <<http://www.bdjur.stj.gov.br>> Acesso em 23/04/10.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: JusPodivm, p. 27-35, 2008.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Lisboa: Calouste Gulbelkian, 1996.

HECK, Luís Afonso. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In: LEITE, George Salomão (org.). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, p. 52-100, 2003.

HOUAISS, Antônio; VILAR, Mauro de Sales. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

HUBERMAN, Leo. **A história da riqueza do homem**. 21ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 1986.

HUNT, E. K.; SHERMAN, Howard J. **História do pensamento econômico**. 4ª ed. Petrópolis: Vozes, 1985.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LIMA, José Antonio Farah Lopes de. **Direito concorrencial europeu**. Leme: J.H. Mizuno, 2008.

MAIA, Antônio Cavalcanti; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Os princípios de direito e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. In: PEIXINHO, Manoel Messias et al. (org.). **Os princípios da Constituição de 1988**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 67-101, 2006.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. **Direito internacional da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MELLO NETO, Ana Maria. Propriedade intelectual no mercado de medicamentos e concorrência. In: **Ministério da Justiça**. Disponível em <<http://www.cade.gov.br>> Acesso em 16/03/10.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3ª Ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

MIRON, Rafael Brum. O direito da concorrência como instrumento de defesa do consumidor. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho et al. (coord.). **Lei antitruste: 10 anos de combate ao abuso de poder econômico**. Belo Horizonte: Del Rey, p. 201-237, 2005.

MONCADA, Luís Cabral de. **Direito económico**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo, princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. ISSN 1807-0930. Porto Alegre: Magister, ano II, N. 12, p. 27-36, maio-jun/2006.

MOSCOGLIATO, Marcelo. Evolução do direito antitruste no Brasil: alguns aspectos. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho et al. (coord.). **Lei antitruste: 10 anos de combate ao abuso de poder econômico**. Belo Horizonte: Del Rey, p. 167-200, 2005.

MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. **Direito, livre concorrência e desenvolvimento**. São Paulo: Lex, 2006.

NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NERY, Daniel Christianini. Prescrição e decadência na análise de atos de concentração. In: **Revista de Direito da Concorrência**. Brasília: IOB/CADE, n. 8, out/nov/dez, p. 39-52, 2005.

NESTER, Alexandre Wagner. **Regulação e concorrência: compartilhamento de infraestruturas e redes**. São Paulo: Dialética, 2006.

NETZ, Clayton. Compra da Garoto pela Nestlé faz oito anos. **O Estado de São Paulo**, 26 fev. 2010. Disponível em <<http://www.estadao.com.br>> Acesso em 22/04/10.

NICOLITT, André Luiz. **A duração razoável do processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

NUNES, Rubens. Duração do processo de decisão, incerteza e risco na prática antitruste: a autoridade da concorrência joga dados? In: **Revista de Direito da Concorrência**. Brasília: IOB/CADE, n. 13, jan/fev/mar, p. 45-71, 2007.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle de concentração de empresas**. São Paulo: Malheiros, 2002.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2005.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. O direito à razoável duração processo após a Emenda Constitucional n. 45/2004. In: OLIVEIRA, Vallisney de Souza (org.). **Constituição e processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 01-37.

PAULO, Rafael Leite. **A decisão no processo administrativo brasileiro: os limites do convencimento da autoridade administrativa**. Artigo – TCC (Especialização em Direito Público). João Pessoa: Universidade Potiguar, 2008.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; SILVA, Fernanda Duarte Lopes. A estrutura normativa das normas constitucionais: notas sobre a distinção entre princípios e regras.

In: PEIXINHO, Manoel Messias et al. (org.). **Os princípios da Constituição de 1988**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 03-20, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PORTO, Fernando Américo de Figueiredo. **Abuso de poder econômico: a eficácia das sanções na prevenção e repressão ao cartel de combustíveis em João Pessoa – PB**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas). João Pessoa: Universidade Federal da Paraíba, 2006.

PRADO, André Luís Pereira do. **A evolução do processo Nestlé/Garoto versus CADE**, 13 abr. 2010. Disponível em <<http://www.administradores.org.br>> Acesso em 20/04/2010.

RAMIM, Áurea Regina Sócio de Queiroz. **As instituições brasileiras de defesa da concorrência**. Brasília: Fortium, 2005.

RAMOS, Carlos Henrique. **Processo civil e o princípio da razoável duração do processo**. Curitiba: Juruá, 2008.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Notas introdutórias sobre o princípio da livre concorrência. **Revista de Direito da Concorrência**. Brasília: IOB/CADE, n. 6, abril/junho, p. 13-26, 2005.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 23ª edição. São Paulo: Saraiva, 1996.

ROSO, Jayme Vita. **Comentários sobre a introdução do projeto de lei de concorrência brasileiro**. Belo Horizonte: Armazém das Idéias, 2006.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Segunda tiragem. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2003.

SALGADO, Lúcia Helena. **A economia política da ação antitruste**. São Paulo: Singular, 2007.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as condutas**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Direito concorrencial: as estruturas**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SANDRONI, Paulo. **Dicionário de economia do século XXI**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2007.

SANTIAGO, Luciano Sotero. **Direito da concorrência: doutrina e jurisprudência**. Salvador: Jus Podivm, 2008.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SEN, Amartya Kumar. **O desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de Direito Econômico**. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2003.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2006.

_____. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

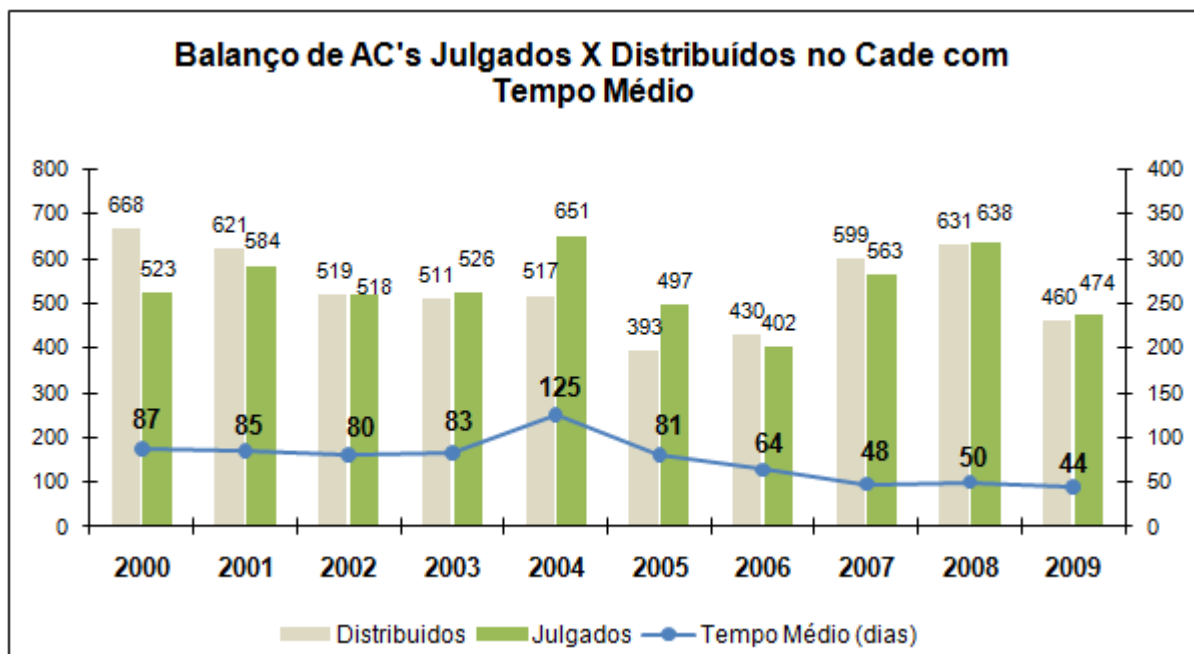
TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal. In: TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 99-107, 1993.

VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. **Antitruste em setores regulados**. São Paulo: Lemos e Cruz, 2006.

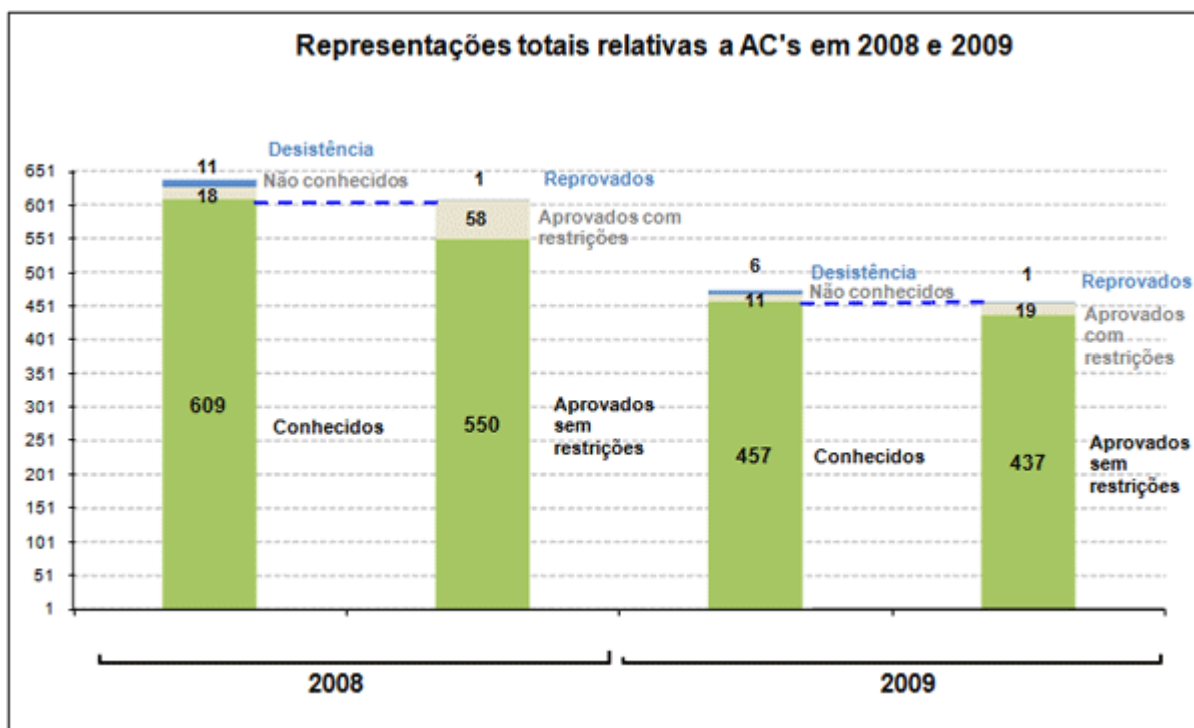
VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; GARCIA, Manuel Enriquez. **Fundamentos de economia**. São Paulo: Saraiva, 2001.

ANEXO A – Estatísticas do sítio oficial do CADE, referentes aos atos de concentração julgados

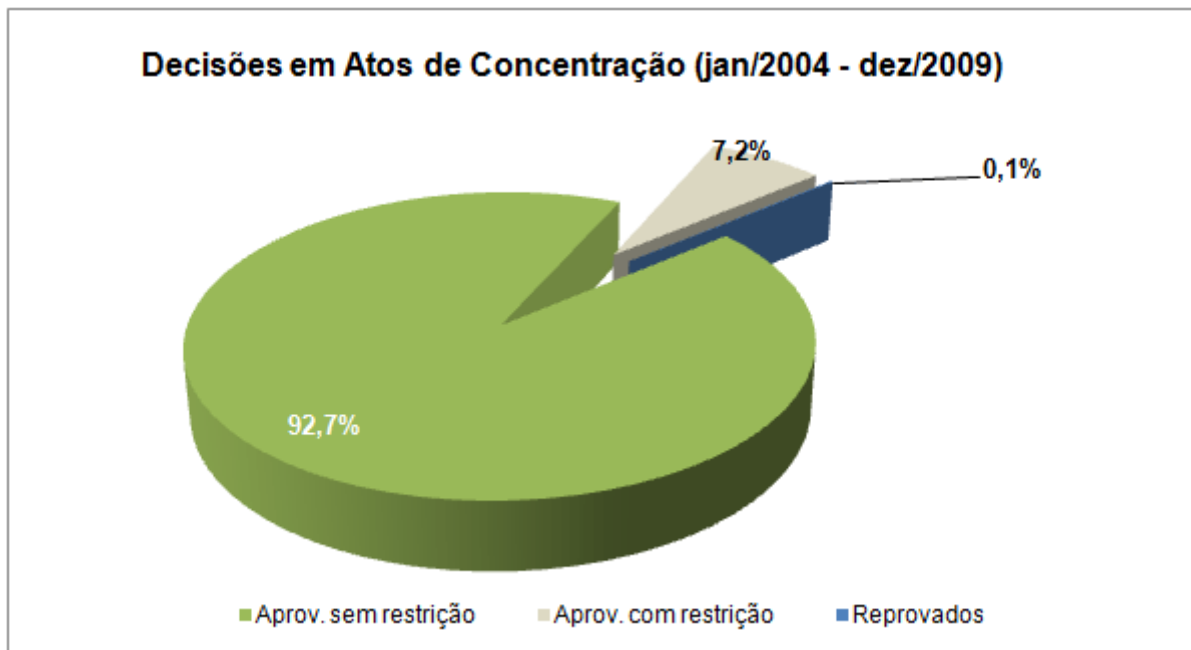
QUADRO 1



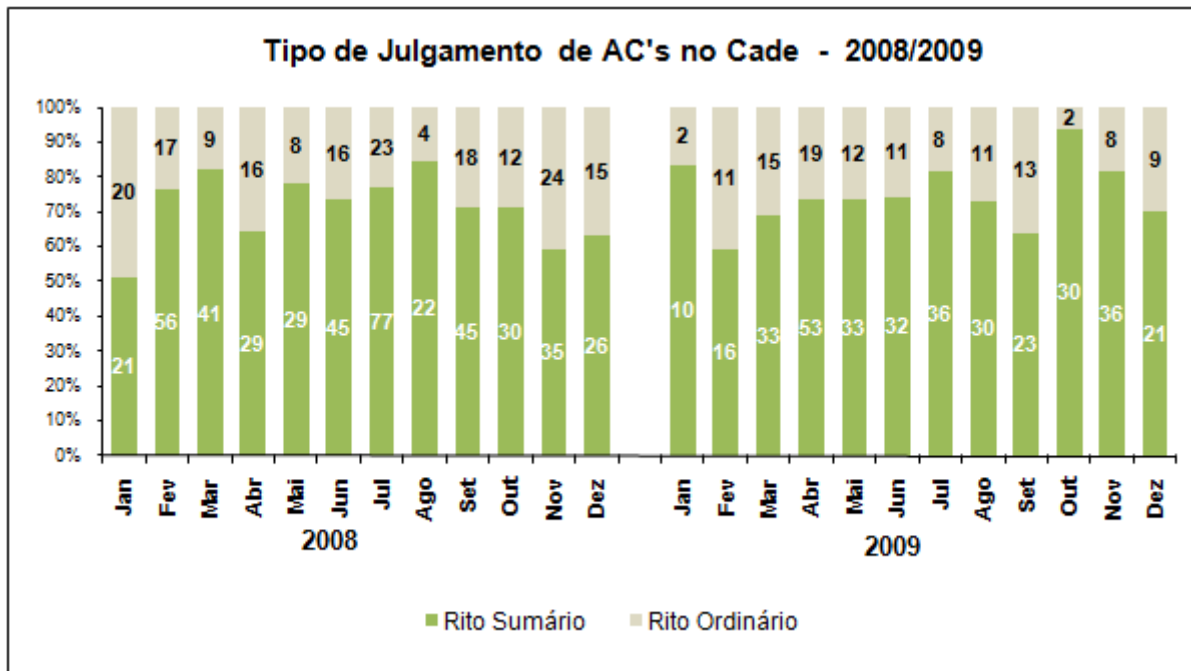
QUADRO 2



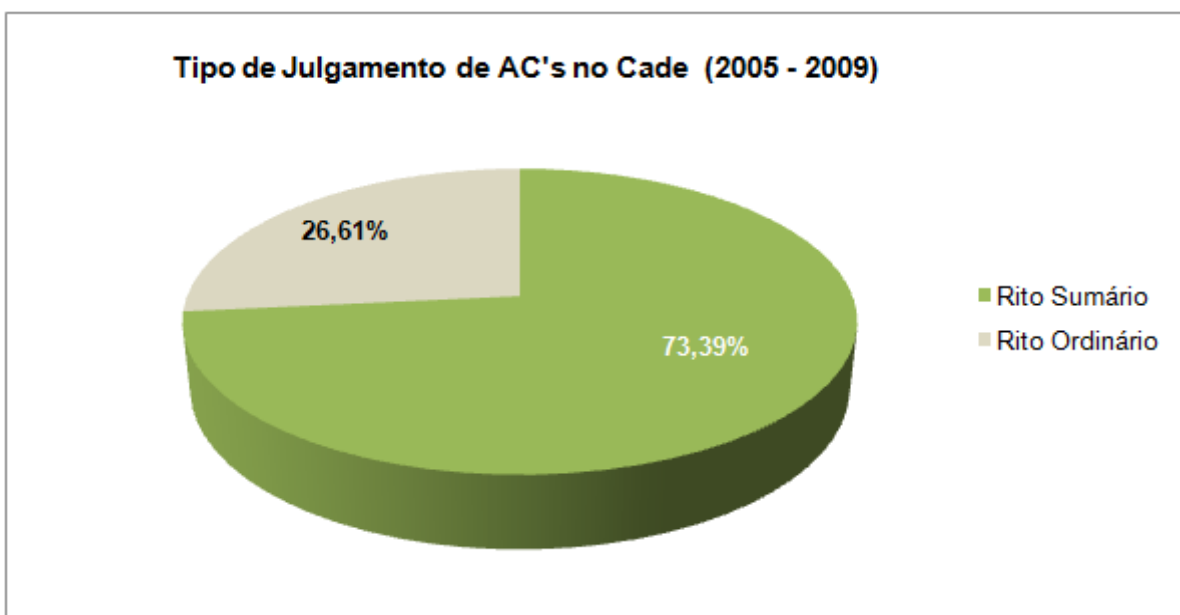
QUADRO 3



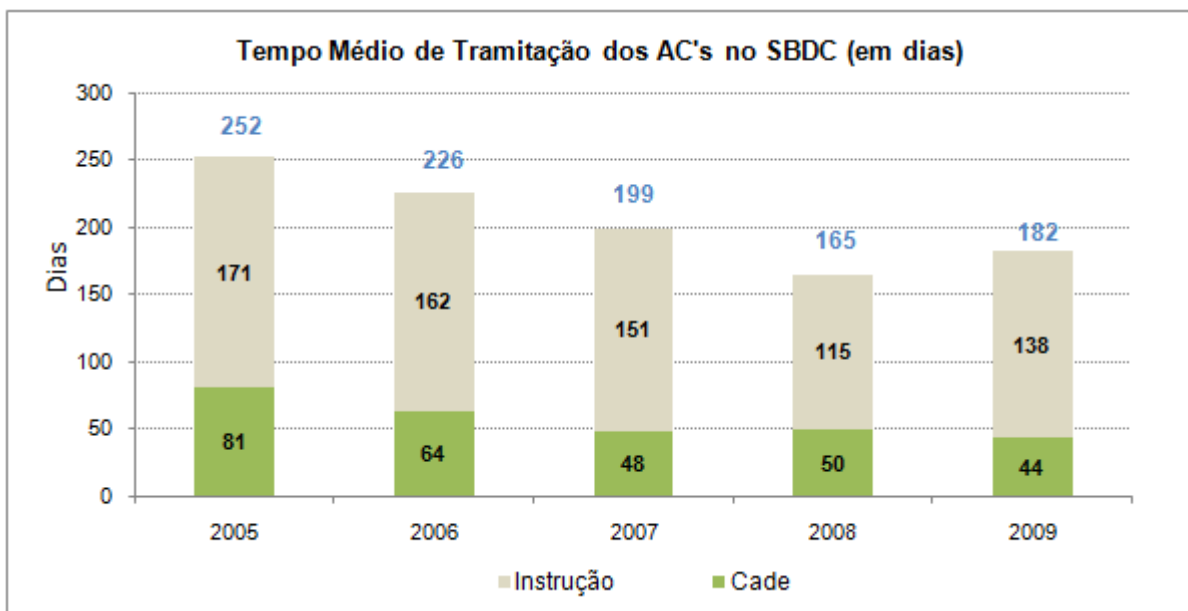
QUADRO 4



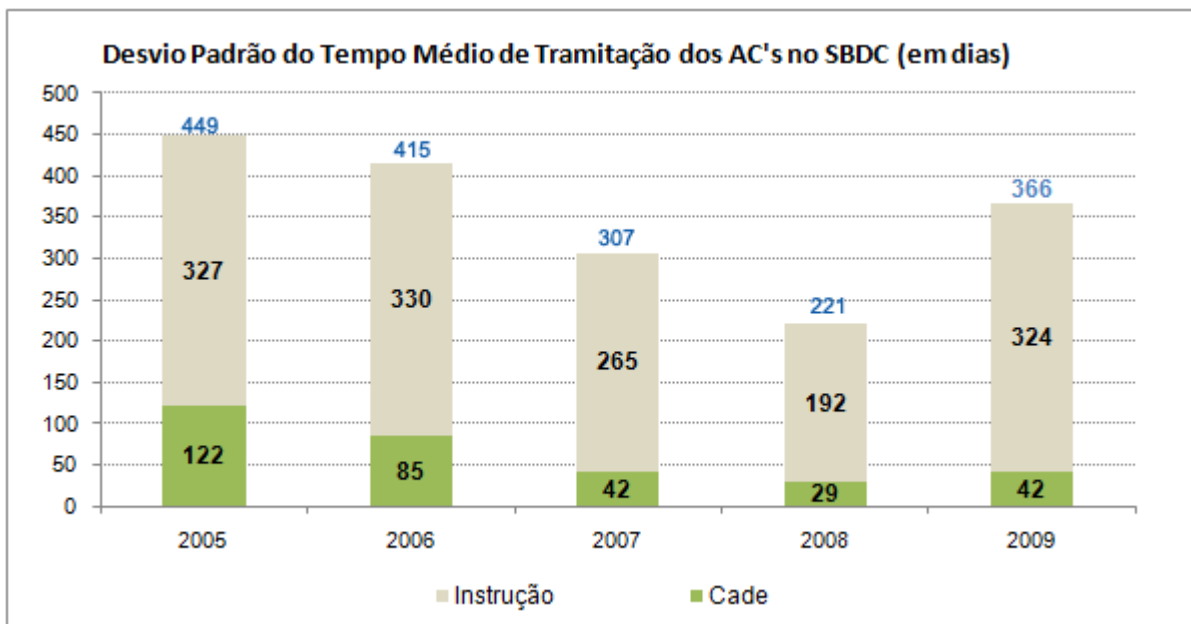
QUADRO 5



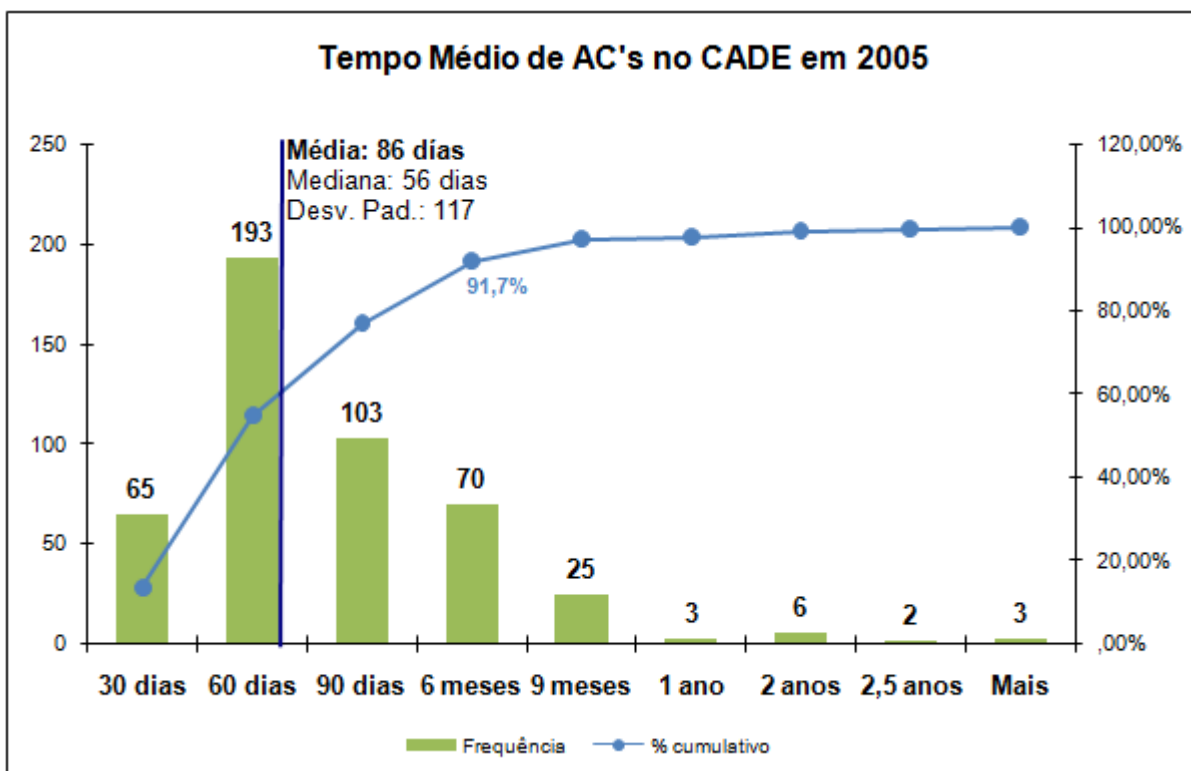
QUADRO 6



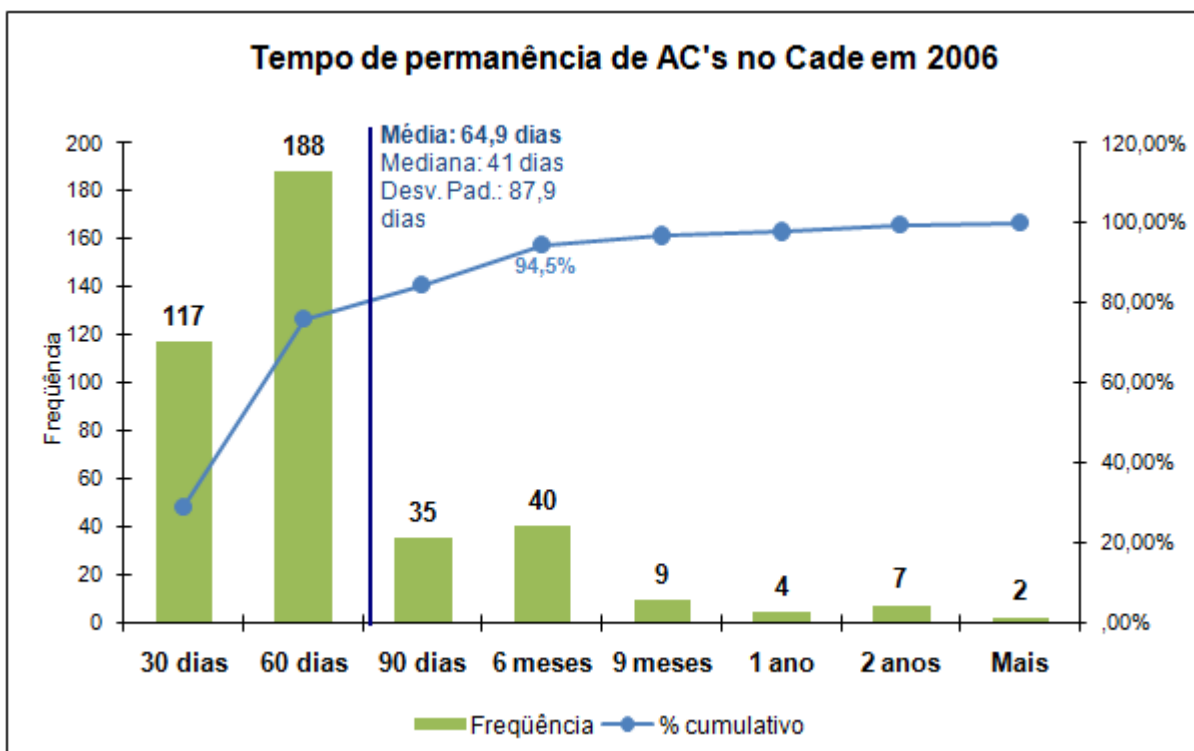
QUADRO 7



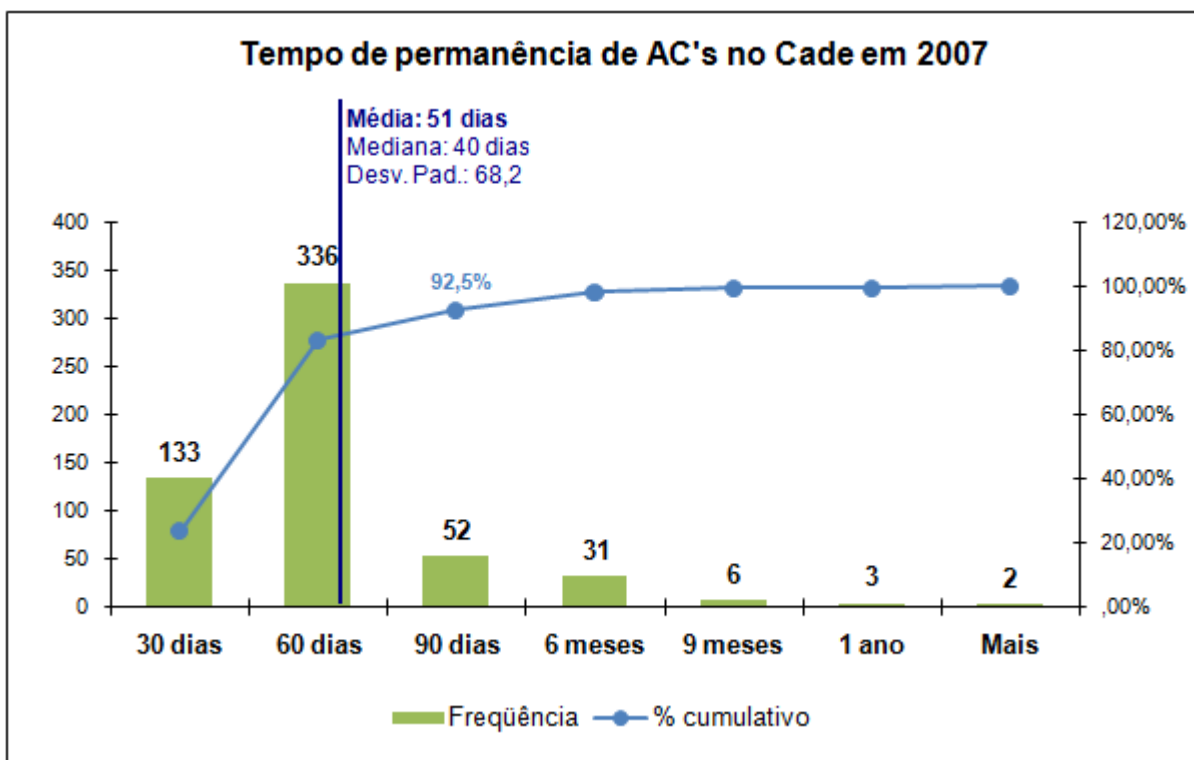
QUADRO 8



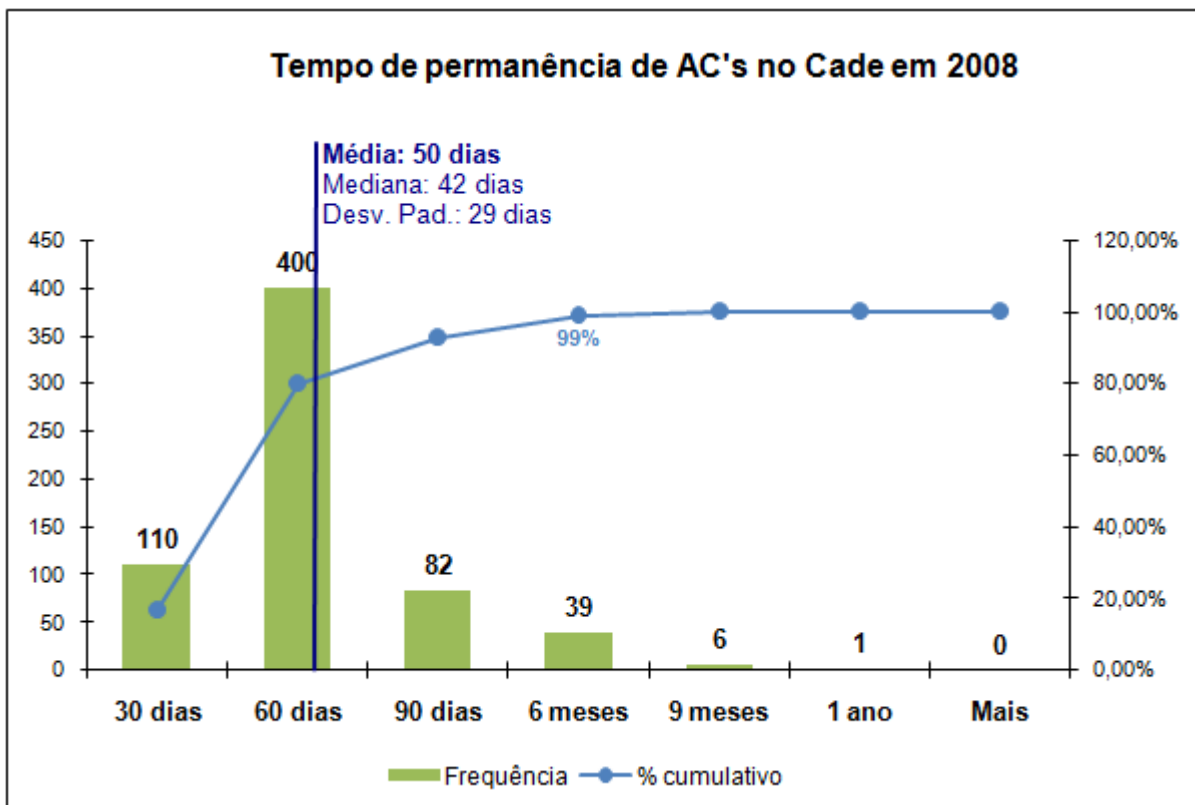
QUADRO 9



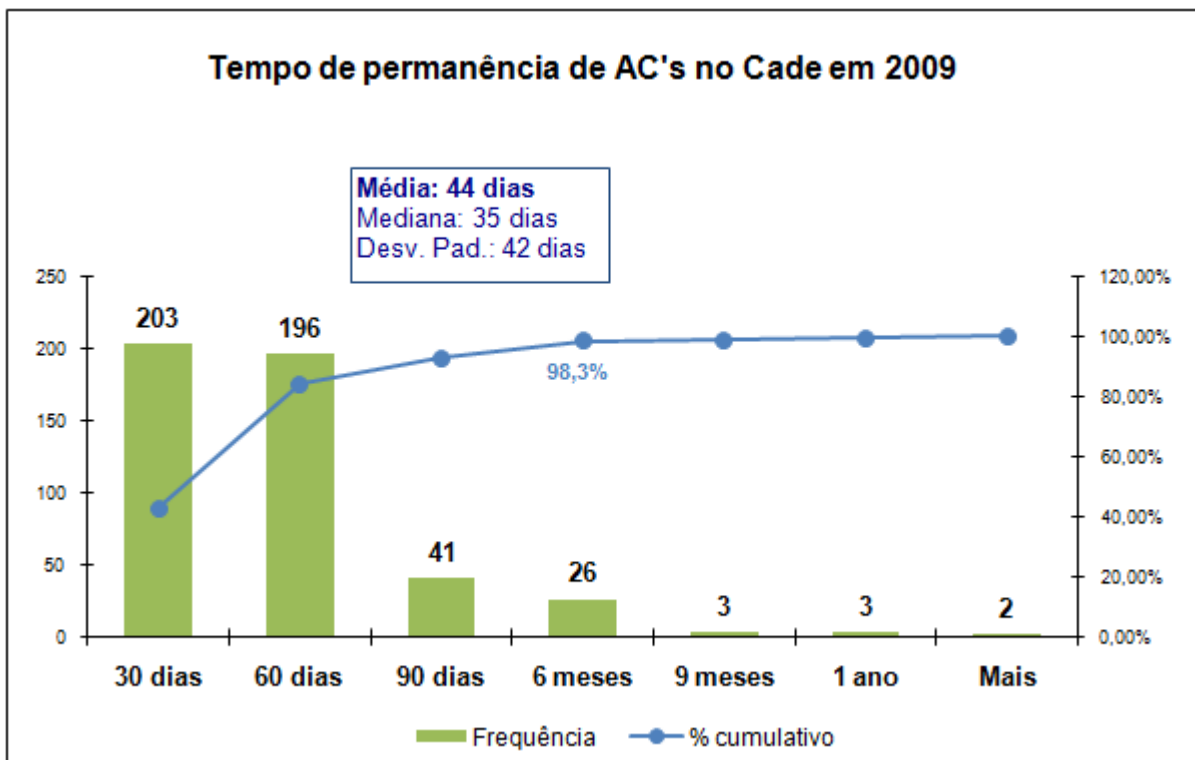
QUADRO 10



QUADRO 11

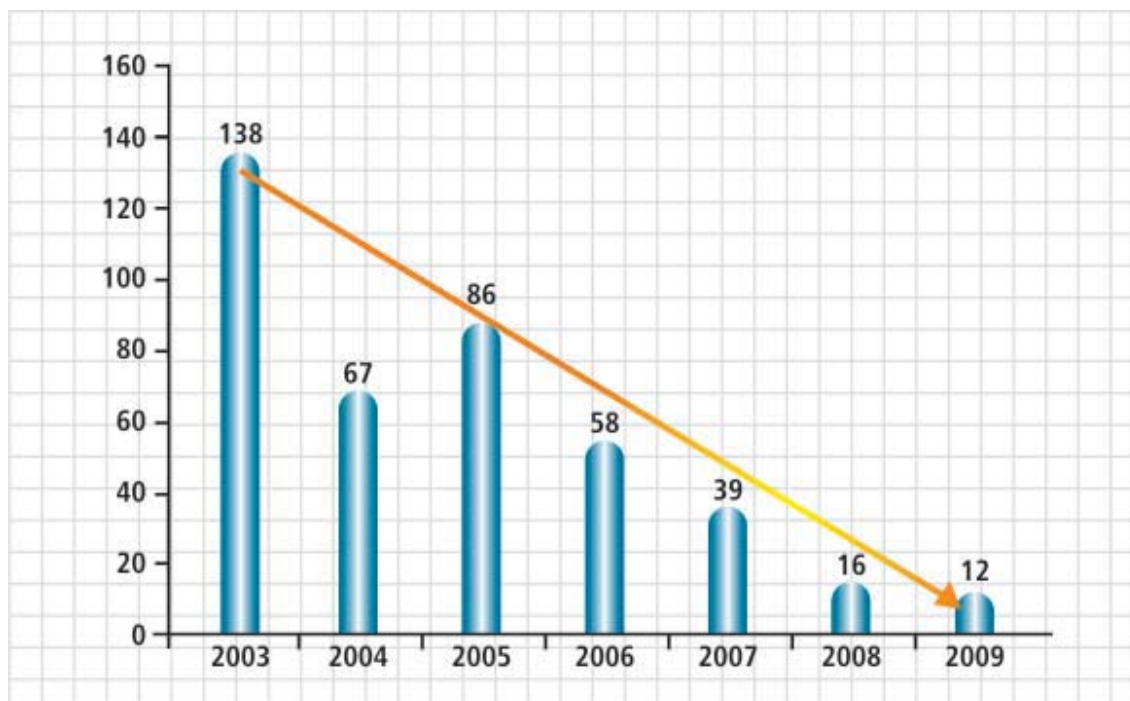


QUADRO 12



Anexo B – Estatísticas do sítio oficial da SDE, referentes à instrução dos atos de concentração

QUADRO 1: Tempo médio de instrução, no DPDE/SDE, dos Atos Enviados ao CADE, em dias



QUADRO 2: Teor dos pareceres em atos de concentração enviados ao CADE, em 2009

