

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

SILMARY ALVES DE QUEIROGA VITA

O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA

JOÃO PESSOA  
2009

Silmary Alves de Queiroga Vita

O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, na área de concentração em Direito Econômico, como requisito parcial para obtenção do grau de mestre.

Orientadora: Prof<sup>a</sup> . Dra. Ana Luísa Celino Coutinho

JOÃO PESSOA  
2009

V835p Vita, Silmary Alves de Queiroga.  
O papel do poder judiciário na defesa da concorrência/ Silmary Alves  
de Queiroga Vita. – João Pessoa, 2009.  
184f. :il.  
Orientadora: Ana Luisa Celino Coutinho.  
Dissertação (Mestrado) – UFPb - CCJ

1.Direito econômico . 2. Concorrência. 3. Controle judicial.  
4. Regulação estatal.

UFPb/BC

CDU: 346 (043)

Responsável pela catalogação: Maria de Fátima dos Santos Alves-CRB -15/149

Silmary Alves de Queiroga Vita

O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, na área de concentração em Direito Econômico, como requisito parcial para obtenção do grau de mestre.

Banca Examinadora:

Data de aprovação: \_\_\_\_\_

---

Prof<sup>ª</sup>. Dra. Ana Luisa Celino Coutinho

---

Examinador externo

---

Examinador interno

À Deus  
e às duas maiores expressões  
de Seu amor por mim:  
Beatriz e Camila.

## RESUMO

Dentre as áreas do Direito, a que se refere ao Direito Econômico vem se destacando a cada momento, pela complexidade da vida econômica moderna, de forma que o acompanhamento do Estado na atividade econômica vem se tornando algo inafastável. Notadamente quando se observa a ordem econômica do Brasil, instituída na Constituição Federal de 1988, o que estabelece a importância da atividade econômica, inclusive para a concretização dos fundamentos da República Brasileira. Ocorre que não apenas o poder político deve acompanhar a atividade econômica, pelos seus mecanismos de intervenção do Estado ou regulação, mas também o Poder Judiciário desempenha papel de importância, notadamente na matéria referente ao direito concorrencial. Embora o Estado tenha um ente autárquico que cuida da matéria antitruste, o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica - as decisões desse órgão não afastam a possibilidade de discussão da matéria no âmbito do Poder Judiciário, isso porque a ordem constitucional atribui a esse poder a possibilidade de análise de todos os atos que importam lesão ou ameaça a direito de alguém; todavia, não se pode esquecer que os membros do Poder Judiciário devem estar preparados para tomar decisões de cunho econômico, pois neste caso, não se aplica apenas a lei, como máxima positivista, mas a concretização da finalidade da lei só ocorre se restarem utilizados os princípios, inclusive instituídos na Constituição, e a compreensão própria da economia, numa simbiose de Direito e Economia, em busca do bem-comum.

Palavras-chave: Concorrência, princípios constitucionais econômicos, regulação estatal, CADE, controle judicial, Direito e Economia.

## ABSTRACT

Among the areas of Law, the one which refers to Economical Law has been highlighted every moment, for the complexity of modern economical life, so that the attendance of the State in the economical activity keeps turning into something relevant. Especially when the economical order of Brazil is observed, instituted in the Federal Constitution of 1988, which is established the importance of the economical activity, inclusively for the materialization of the foundations of the Brazilian Republic. It happens that not only the political power should accompany the economical activity, for their mechanisms of intervention of the State or regulation, but also the Judiciary has an important act, especially in the matter regarding the competitive law. Although the State has an autarchical being which takes care of the antitrust matter, the CADE - Administrative Council of Economical Defense - the decisions of this organ don't move away the possibility of discussion of the matter in the extent of the Judiciary, that's because the constitutional order attributes to that power the possibility of analysis of all the actions which cause these lesions or threatens to somebody's rights; although, one cannot forget that the members of the Judiciary should be prepared to make decisions of economical order, because in this case, it is not only applied the law, as positive maxim, but the materialization of the purpose of the law only happens if the principles remain, inclusively instituted in the Constitution, and the own understanding of the economy, in a symbiosis of Law and Economy, searching the common good.

Keywords: Competition, economical constitutional principles, regulation, CADE, judicial control, Law and Economy.

## SIGLAS E ABREVIATURAS

ABREA - Associação Brasileira dos Expostos ao Amianto  
ADCT - Ato das Disposições Constitucionais Transitórias  
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade  
AED – Análise Econômica do Direito  
AGU - Advocacia-Geral da União  
AMBEV – Companhia de Bebidas das Américas  
ANC – Agência Nacional de Defesa do Consumidor e da Concorrência  
ANDEC – Agência Nacional de Defesa do Consumidor  
ANIMEC - Associação Nacional de Investidores do Mercado de Capital  
ANTV - Associação Nacional das Empresas Transportadoras de Veículos  
ART. - Artigo  
BACEN – Banco Central do Brasil  
BFB - Banco Francês e Brasileiro  
CA – Conflito de Atribuições  
CABESP – Caixa Beneficente dos Funcionários do Banco do Estado de São Paulo  
CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica  
CDC – Código de Defesa do Consumidor  
CEDAM - Casa Editrice Dott. Antonio Milani  
CEE – Comunidade Econômica Européia  
CEMIG - Companhia Elétrica de Minas Gerais  
CF – Constituição Federal  
CFDD - Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos  
CPC – Código de Processo Civil  
CVM – Comissão de Valores Mobiliários  
DF – Distrito Federal  
DPDC - Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor  
DPDE - Departamento de Proteção e Defesa Econômica  
EC – Emenda Constitucional  
ECT – Economia dos Custos de Transação  
ES – Espírito Santo  
FDD - Fundo de Defesa dos Direitos Difusos  
GM – General Motors  
GMB – General Motors do Brasil Ltda.  
IPI – Imposto sobre produtos industrializados  
LA – Lei Antitruste  
LC – Lei complementar  
LOMAN – Lei Orgânica da Magistratura Nacional  
MERCOSUL – Mercado Comum do Sul  
MG – Minas Gerais  
MI – Mandado de Injunção  
MS – Mandado de Segurança  
NEI - Nova Economia Institucional  
OAB – Ordem dos Advogados do Brasil  
PND - Programa Nacional de Desestatização  
RS – Rio Grande do Sul



SALTE – Saúde, alimentação, transporte e energia  
SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência  
SDE – Secretaria de Direito Econômico  
SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico  
SEC. - Século  
SINDICAN – Sindicato Nacional dos Transportadores Rodoviários Autônomos de Veículos e Pequenas e Micro Empresas de Transporte Rodoviário de Veículos  
SMP – Serviço móvel pessoal  
SNDE - Secretaria Nacional de Direito Econômico  
STF – Supremo Tribunal Federal  
STJ – Superior Tribunal de Justiça  
TRF – Tribunal Regional Federal

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>2 PRINCÍPIOS NO DIREITO ECONÔMICO</b> .....	16
2.1 ANÁLISE CONCEITUAL DO TERMO PRINCÍPIO .....	17
<b>2.1.1 Princípio e valor</b> .....	20
2.2 PRINCÍPIO COMO NORMA JURÍDICA .....	22
<b>2.2.1 Jusnaturalismo – princípios como abstração</b> .....	25
<b>2.2.2 Positivismo – princípios como fonte normativa subsidiária</b> .....	27
<b>2.2.3 Pós-positivismo – princípios como direito</b> .....	29
2.3 INTERPRETAÇÃO DOS PRINCÍPIOS .....	34
<b>2.3.1 Conflito de regras e colisão de princípios</b> .....	36
<b>2.3.2 Os princípios e a proporcionalidade</b> .....	38
2.4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS .....	40
<b>2.4.1 Princípios constitucionais da ordem econômica na CF/88</b> .....	41
2.4.1.1 Princípio da livre concorrência.....	48
2.5 RELAÇÃO ENTRE LIVRE INICIATIVA E LIVRE CONCORRÊNCIA .....	52
<b>3 CONCORRÊNCIA</b> .....	54
3.1 ESTUDO CONCEITUAL .....	55
3.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CONCORRÊNCIA .....	57
<b>3.2.1 Regulação e concorrência</b> .....	59
3.3 MERCADO E CONCORRÊNCIA .....	61
<b>3.3.1 Mercado relevante</b> .....	64
3.4 TIPOS DE CONCORRÊNCIA .....	67
<b>3.4.1 Concorrência perfeita e imperfeita</b> .....	67
3.4.1.1 Concorrência praticável .....	71
<b>3.4.2 Concorrência efetiva ou potencial</b> .....	72
3.4.2.1 Barreiras à entrada de concorrente .....	73
<b>3.4.3 Concorrência leal e desleal</b> .....	75
3.5 CONCORRÊNCIA COMO MATÉRIA DE DIREITO ECONÔMICO .....	76
3.6. CONCORRÊNCIA E CONSUMIDOR .....	79

<b>3.6.1 O anteprojeto da Agência Nacional de Defesa do Consumidor e da Concorrência – ANC</b> .....	82
<b>3.7 A LEGISLAÇÃO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL</b> .....	83
<b>3.7.1 Aspectos constitucionais questionados na Lei Antitruste</b> .....	85
<b>4 CADE: MECANISMO ESTATAL DA REGULAÇÃO DA CONCORRÊNCIA</b> .....	93
<b>4.1 BREVE HISTÓRICO</b> .....	94
<b>4.1.1 Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência</b> .....	96
4.1.1.1 Secretaria de Direito Econômico – SDE .....	99
4.1.1.1.1 averiguações preliminares .....	102
4.1.1.2 Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE.....	105
<b>4.2 COMPETÊNCIA DO CADE</b> .....	107
<b>4.2.1 A atuação do CADE nas privatizações e concessões</b> .....	110
<b>4.3 NATUREZA JURÍDICA DAS DECISÕES DO CADE</b> .....	115
<b>4.4 PROCESSO ADMINISTRATIVO</b> .....	118
<b>4.4.1 Instauração e instrução do processo administrativo</b> .....	119
<b>4.4.2 O Ministério Público no CADE</b> .....	125
<b>4.4.3 A Procuradoria do CADE</b> .....	128
<b>4.4.4 Julgamento do processo administrativo pelo CADE</b> .....	130
<b>5 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA</b> .....	132
<b>5.1 DIREITO E ECONOMIA</b> .....	133
<b>5.2 PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO</b> .....	137
<b>5.3 COMPETÊNCIA CONCORRENTE DO CADE E DO PODER JUDICIÁRIO</b> .....	140
<b>5.3.1 Conflito de atribuições do CADE no âmbito do Poder Executivo</b> .....	141
<b>5.3.2 Conflito de competência do CADE com o Poder Judiciário</b> .....	144
<b>5.4 POSSIBILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO PROMOVER A REVISÃO DAS DECISÕES DE MÉRITO PROFERIDAS PELO CADE</b> .....	147
<b>5.4.1 Controle judicial dos atos administrativos</b> .....	148
5.4.1.1 Revisão de atos vinculados.....	152
5.4.1.2 Revisão de atos discricionários .....	154
5.4.1.2.1 conceitos jurídicos indeterminados .....	159
<b>5.4.2 Controle judicial das decisões do CADE</b> .....	163
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	166
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	171

ANEXO A – Lei Antitruste .....	185
ANEXO B – Acórdão do STJ no Recurso Especial n. 737.073/RS .....	200
ANEXO C – Acórdão do TRF-4 no Agravo de Instrumento 2003.04.01.018147-8/RS .....	223
ANEXO D – Acórdão do STJ no Recurso Especial n. 677.585/RS.....	227

## 1 INTRODUÇÃO

A participação do Poder Judiciário no que concerne ao direito de concorrência é matéria interessante de ser estudada, diante da especificidade da matéria econômica e pelo estágio de participação do Estado no controle do mercado, através de órgãos técnicos, fazendo aparentar que o Poder Judiciário encontra-se despreparado para discutir e resolver lides referentes ao tema concorrencial, em detrimento da especificidade dos órgãos da Administração Pública.

A liberdade de competição dos agentes do mercado, sem que houvesse intervenção estatal, já foi regra na condução das atividades do regime capitalista, porém, com a quebra da bolsa de valores de Nova Iorque, restou constatada a insuficiência das leis naturais do mercado para regê-lo. Enquanto vigiam as leis naturais do mercado, ao Estado competia apenas observar o desenvolvimento daquele, e realizar suas atividades típicas de administração política dos interesses dos cidadãos; porém, com a comprovação de insuficiência das leis naturais nos rumos do mercado, o Estado teve que sair da sua postura liberal, e invocar para si a condução das atividades econômicas, buscando satisfazer as necessidades da sociedade.

O Estado saiu de sua postura liberal e tornou-se o Estado social, gerando o chamado Estado máximo, o que refletiu em alta carga tributária e insuficiência estatal para administrar todos os serviços direcionados ao bem-estar dos cidadãos; outrossim, a economia mundial vigente na maioria das sociedades modernas refletia-se na necessidade da liberdade comercial e concorrencial, o que é incompatível com o monopólio exercido pelo Estado social, desencadeando-se a necessidade de aperfeiçoamento do modelo estatal. Foi necessária a diminuição da máquina estatal, com abertura dos mercados à iniciativa privada, sem, contudo, retroagir ao Estado liberal, pois surgiu um Estado regulador, meio termo entre o Estado liberal e o Estado social.

O Estado regulador passou a atuar na economia nacional como fiscalizador, incentivador e planejador da atividade econômica, na forma prevista pelo art. 174 da CF/88, tornando-se necessária a criação ou reestruturação de vários órgãos que pudessem exercer as funções do Estado na regulação, fiscalização e planejamento da economia. Foi nesse contexto que houve uma reestruturação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, a partir da Lei nº 8.884/94, já sob a nova ordem vigente emanada da Constituição Federal de

1988, que foi transformado em autarquia, com atribuição específica de prevenir e reprimir práticas atentatórias à ordem econômica.

Ao lado do CADE, a mencionada Lei nº 8.884/94 também estabeleceu outros órgãos de fiscalização à concorrência, sendo eles, a Secretaria de Direito Econômico – SDE e a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, instituindo o chamado Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC. Por meio destes três órgãos (CADE, SDE e SEAE), ocorre o controle preventivo e repressivo das condutas anticoncorrenciais, protegendo-se também o consumidor, uma vez que a proteção do mercado e da concorrência busca inevitavelmente a proteção dos interesses do consumidor. Os órgãos pertencentes ao SBDC possuem como característica marcante, o caráter técnico, posto que seus servidores devem ser pessoas com especialidade na área jurídica e na área econômica, o que conduz a uma análise técnica nas decisões emanadas pelos órgãos do SBDC.

Em que pese o caráter técnico que deve reinar nas decisões do CADE, discute-se se tais decisões são passíveis ou não de controle e conseqüentemente revisão pelo Poder Judiciário. A ordem econômica instituída na Constituição Federal de 1988 tem como fundamento a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, conforme consta no art. 170 da Carta Magna, estando também fixados no texto constitucional, diversos princípios que regem a ordem econômica, demonstrando o sistema aberto de interpretação do ordenamento jurídico pátrio, diante da presença positivada de diversos princípios constitucionais. O controle da livre concorrência pelo poder estatal está traçado em norma constitucional – inc. IV do art. 170 da CF/88 – constituindo este princípio, um dos corolários da ordem econômica brasileira. Ao lado dos princípios da ordem econômica, consta também positivado o princípio da inafastabilidade da jurisdição, no inc. XXXV do art. 5º do mencionado texto legal.

Neste sistema jurídico, onde é dado ao Poder Judiciário o dever de proteger toda lesão de direito ou sua ameaça, vigorou a possibilidade de controle pelo Poder Judiciário dos atos do CADE; todavia, restou a dúvida quanto ao limite deste controle. Nesta perspectiva a presente pesquisa analisou os limites do controle das decisões administrativas do CADE pelo Poder Judiciário, em face dos próprios limites ínsitos aos atos administrativos vinculados e discricionários, conforme a espécie.

O estudo justifica-se já que há a necessidade de se firmarem contornos para a interpretação de dispositivos da Lei nº 8.884/94, que estabelecem competência ao CADE para apreciar condutas ilícitas e atos ou contratos estruturais de empresas; porém não se pode esquecer a Constituição Federal que prevê a inafastabilidade da jurisdição. Também se justifica esta pesquisa, pela necessidade de despertar nos integrantes do Poder Judiciário, a

formação em matéria econômica, tendo em vista os inúmeros efeitos econômicos gerados por suas decisões, além das repercussões sociais destas.

Sabendo-se que o CADE atua na esfera administrativa, no controle de condutas anticoncorrenciais, foi apreciado se os atos decisórios emanados pela mencionada autarquia têm natureza discricionária ou vinculada, importando tal constatação nos limites do controle pelo Poder Judiciário nas decisões do CADE. Problematizou-se o tema na seguinte indagação: sendo o sistema jurídico brasileiro regido pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, e estando a matéria concorrencial explicitada na Constituição Federal como princípio da ordem econômica, é possível ao Poder Judiciário rever as decisões do CADE em matéria de concorrência, ainda que este ente seja tido como especialista em matéria econômica, independente da natureza de suas decisões?

A hipótese sustentada é de que diante do princípio da inafastabilidade da jurisdição, é possível ao Poder Judiciário rever as decisões administrativas emanadas pelo CADE, pois em que pese o caráter técnico e econômico das decisões, há o desenvolvimento da análise econômica do Direito; permitindo ao Poder Judiciário decidir as lides com observância de toda a matéria econômica, na busca da concretização dos princípios constitucionais da ordem econômica. Considerando as decisões do CADE com atos vinculados, o controle pelo Poder Judiciário é pleno, sobre todos os aspectos da legalidade do ato e obtenção da finalidade maior da Administração Pública que é o interesse público.

O objetivo geral do trabalho foi a análise do papel do Poder Judiciário na defesa da concorrência e na repressão às práticas abusivas do mercado, verificando a competência concorrente entre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, constatando tanto a possibilidade de se discutir unicamente na esfera judicial questões antitruste, como também a possibilidade do Poder Judiciário rever decisões administrativas emanadas do CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Para a elaboração da dissertação elegemos o método de abordagem dedutivo. Partimos da análise do texto constitucional passando pela análise da Lei nº 8.884/94, apreciando o tema da concorrência, suas características, a regulação do Estado, até o controle judicial sobre este papel estatal, chegando-se à apreciação de casos concretos e análise do controle exercido nos Tribunais pátrios em matéria concorrencial. Os métodos de procedimento adotados na pesquisa foram o histórico-evolutivo, na análise dos modelos estatais de intervenção do Estado na economia, iniciando a análise no Estado liberal, passando para o social, até chegar ao modelo contemporâneo de Estado regulador; também foi verificado o conceito do termo concorrência em diversas fases históricas; e a evolução dos órgãos da Administração Pública

que realizam o controle da concorrência no país. O método estruturalista foi utilizado na análise do ordenamento jurídico e sua relação de harmonia e unicidade produzida pelos princípios constitucionais, não se podendo analisar um princípio da ordem econômica em desarmonia com os demais princípios do ordenamento; o método exegético-jurídico baseou-se na compreensão do desenvolvimento da legislação sobre direito da concorrência no Brasil, notadamente com a ordem constitucional instituída em 1988, e análise das decisões judiciais sobre o tema, confrontando as opiniões doutrinárias e a jurisprudência a respeito do tema estudado.

Como instrumento de coleta de dados utilizou-se a pesquisa bibliográfica para a formação do referencial teórico de todo o estudo. Como técnica de pesquisa foi utilizada a documentação indireta, coletando-se informações da doutrina nacional e estrangeira, como também em periódicos; e ainda a documentação direta extensiva, na medida em que foram feitos estudos em diversas decisões judiciais, com análise de seus conteúdos, demonstrando a tendência do Poder Judiciário nas decisões que digam respeito ao direito da concorrência e àquelas em que se busque a revisão de decisões administrativas.

Para a investigação proposta foi feito um estudo estruturado em quatro capítulos. *A priori*, foi realizado um estudo conceitual da palavra princípio, enquadrando-o como o cerne das constituições atuais, constatando-se a força normativa dos princípios nas diversas fases do estudo do direito: no jusnaturalismo, quando eram uma abstração; no positivismo, quando são fonte normativa subsidiária; no pós-positivismo, transformam-se no direito, dotados de força normativa fundamentadora da ordem jurídica.

Foram explicitados os princípios constitucionais da ordem econômica, com enfoque no princípio da livre concorrência, estabelecendo-se sua diferença com o princípio da livre iniciativa, que é fundamento da ordem econômica nacional, possibilitando a compreensão sobre a possibilidade e finalidade da intervenção na ordem econômica, tanto pela Administração Pública, como pelo Poder Judiciário.

No segundo capítulo a pesquisa analisou a evolução da concorrência, com estudo do termo em suas diferentes aplicações na vida prática, seguindo-se pela análise da noção de mercado e dentro deste, da existência do mercado de bens e serviços, escolhido dentre tantos outros tipos de mercado para o estudo do direito concorrencial. Partindo do mercado de bens e serviços foi delimitado o conceito de mercado relevante, imprescindível para o estudo da concorrência mercantil. Ainda, foi realizado um enfoque econômico da concorrência, com o estudo de diversas classificações de concorrência, próprias da economia, permitindo visualizar a importância da concorrência para o bom desempenho das atividades econômicas.



Verificou-se a relação entre direito da concorrência e direito do consumidor, como princípios de uma mesma ordem jurídica e econômica, enfatizando-se a proposta de criação de uma agência reguladora da concorrência e outra do consumidor, que inicialmente deveriam formar uma única agência, porém por pressão social, optou-se no projeto de criação das agências reguladoras, pela separação das matérias. Posteriormente, foi feito um estudo sobre a legislação do direito da concorrência no Brasil, com breve histórico da atuação estatal em defesa da concorrência, chegando-se ao Estatuto Antitruste atual (Lei nº 8.884/94), e aos alegados pontos inconstitucionais nele aventados.

No terceiro capítulo, deu-se ênfase ao CADE, autarquia federal encarregada de controle das práticas atentatórias à ordem econômica. Verificou-se sua composição, assim como dos demais órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, adentrando na competência do CADE, no seu caráter decisório, e na natureza jurídica das suas decisões, verificando ainda o poder normativo exercido pela autarquia e sua base legal. Em seguida foi analisado o processo administrativo seguido no exercício do controle repressivo pelo CADE, destacando a participação do Ministério Público Federal nas ações de concorrência e o papel da Procuradoria do CADE no suporte jurídico da autarquia, primando por uma processualística administrativa que garanta um debate em torno da matéria constitucional apreciada pela Administração Pública.

Por fim, no quarto capítulo, estudou-se a necessária relação do direito com a economia, constatando-se a indispensável formação dos aplicadores do direito em matéria econômica, pois a esses são atribuídas diversas lides com ligação à referida matéria, diante da presença do princípio da inafastabilidade de jurisdição; torna-se necessário o conhecimento de economia para que as repercussões das diversas decisões proferidas não prejudiquem a própria ordem econômica prevista constitucionalmente. Seguiu-se o estudo sobre os limites do controle judicial em atos vinculados e administrativos, bem como nas decisões do CADE, tratadas como atos vinculados, sendo demonstrados, ao longo de todo o trabalho, os posicionamentos correntes dos tribunais pátrios nos temas em estudo.

## 2 PRINCÍPIOS NO DIREITO ECONÔMICO

Cada sociedade vive sob a regência de um sistema jurídico, responsável pela aplicação efetiva do direito. No processo histórico de evolução normativa em que se encontram as sociedades atualmente, a aplicação do direito não mais se encontra apenas na aplicação das normas escritas e positivadas, mas se exige do processo interpretativo, a consideração das normas jurídicas implícitas. A Constituição Federal, principal instrumento normativo do Estado, possui em seu cerne a incorporação dos princípios e valores coletivos, que devem ser garantidos a todos os cidadãos, numa reprodução concreta do direito constituinte do sistema jurídico em aplicação<sup>1</sup>.

A partir da compreensão de um sistema jurídico aberto e dinâmico, com aceitação da força normativa das normas, ainda que explícitas, ocorre a consagração dos princípios, como normas jurídicas principais, e não mais como fontes secundárias, como outrora ocorrera<sup>2</sup>. Notadamente na Constituição Federal de 1988, no tocante à sua ordem econômica, os princípios tiveram grande relevo, como elementos pelos quais esta ordem se efetivará, inclusive integrando a Ciência Jurídica com a Ciência Econômica<sup>3</sup>.

O estudo dos princípios que compõem a ordem econômica nacional conduz a uma análise da evolução da força normativa dos princípios, a fim de que se compreenda a efetividade dos princípios no novo constitucionalismo e a importância da fundamentação principiológica no sistema jurídico, como forma de manter o ordenamento jurídico atualizado e mantenedor da ordem jurídica almejada na sociedade. Principalmente em matéria econômica, onde o Brasil encontra-se integrado aos valores internacionais, as diversas mudanças ocorridas no referido âmbito, impõem uma necessidade de adequação dos princípios econômicos pátrios, seja para aceitar eventuais modificações em compreensões, seja para rejeitar as mudanças. A matéria do direito antitruste, por exemplo, impõe que haja uma interpretação suficiente a garantir a solução das colisões de princípios advindas de sua análise, a começar pela compatibilidade entre o princípio da livre iniciativa e da livre concorrência.

---

<sup>1</sup> BOMFIM, Thiago. **Os princípios constitucionais e sua força normativa**. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 19.

<sup>2</sup> CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 25.

<sup>3</sup> PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 166.

## 2.1 ANÁLISE CONCEITUAL DO TERMO PRINCÍPIO

Analisar o vocábulo “princípio” requer como ponto de partida, a noção de que o referido termo é utilizado em vários sentidos. Quando se analisa a palavra no contexto jurídico, ocorre uma ampliação do próprio conteúdo expressado pelo vocábulo.

Em uma das suas acepções, princípio quer dizer o começo, o ponto de partida, ou a causa, de modo que na filosofia clássica, o princípio significa o ponto de partida do ser, do dever ou do conhecer<sup>4</sup>. O ponto inicial de uma compreensão conceitual do termo “princípio”, equivale ao sentido de “começo”, entretanto, em uma análise jurídica, se reconhece que o princípio desenvolve-se com poder de atuação, na medida em que se torna não uma fonte indicativa de conhecimento, mas em que se expressam valores iniciais a serem preservados em determinadas situações.

No sentido jurídico, fica muito restrito compreender a palavra princípio como “início”, notadamente quando se verifica que cada princípio é uma norma imediatamente finalística<sup>5</sup>. Na essência de um princípio encontram-se os valores fundamentais mais profundos de uma ordem jurídica<sup>6</sup>, independente da natureza do princípio ser mais ou menos abrangente. Os princípios não servem, assim, apenas como início ou ponto de partida do pensamento, mas como o próprio fundamento deste.

Ivo Dantas<sup>7</sup> entende que os princípios são categorias lógicas e, na medida do possível, universais; e que se incorporados a um sistema jurídico-positivo, traduzem os valores da sociedade, representados pela estrutura ideológica do Estado. Assim, os princípios se diferenciam das normas, por poderem ser inferidos de uma operação lógica, ao passo que as normas são sempre expressas.

Também se compreendem os princípios, como ideias jurídicas materiais, como assentou Karl Larenz<sup>8</sup>, na medida em que estes são manifestações da ideia de Direito, dependendo do grau de evolução histórica do contexto de sua aplicação. Este contexto depende de caso a caso, mormente quando se verifica que os princípios jurídicos, voltados

---

<sup>4</sup> CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 4.

<sup>5</sup> ÁVILA, Humberto. Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade administrativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 4, out./dez., 2005, p. 4. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 21 fev. 2009.

<sup>6</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 77.

<sup>7</sup> DANTAS, Ivo. **Constituição & processo**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 145-146.

<sup>8</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 674.

que são para situações de fato, não possuem um caráter muito geral como se pode encontrar em outras ciências, mas necessitam ser concretizados. A concretização dos princípios, segundo o mesmo autor, possui diversos graus: no grau mais elevado, o princípio não tem especificação de previsão e consequência jurídica, possuindo apenas uma ideia geral que orienta sua concretização, como no princípio da dignidade da pessoa humana, onde sua incidência pode ocorrer em fatos mais diversos possíveis; em grau menos elevado de especificação encontram-se os princípios cuja situação fática está prevista na própria compreensão do princípio, é o caso do princípio da irretroatividade da lei maléfica ao réu, pois neste caso, a incidência do princípio volta-se apenas para casos de aplicação de lei, restando limitada sua atuação em outros casos.

O conceito de princípio também se encontra voltado para o fundamento de valor da norma, que estabelece uma razão ou motivo de se decidir, em determinado sentido, diante de um caso concreto. Através dos valores manifestados pelos princípios, no momento de decisão, sem que haja norma específica sobre o fato questionado, o juiz não decidirá de acordo com a sua vontade, mas deve reconstruir a ordem jurídica, com fundamento nos princípios aplicáveis, encontrando a solução adequada ao caso discutido<sup>9</sup>.

Os princípios também são tratados como o espírito do sistema, como concluiu Norberto Bobbio<sup>10</sup>, pois é através deles que o intérprete busca compreender o sistema, comparando normas aparentemente diferentes entre si. O mesmo autor identifica que no ordenamento jurídico há dois tipos de princípios, os expressos nos textos legais e os não-expressos, estando compreendidos nestes os princípios gerais que orientam o intérprete nos casos das lacunas legais. Uma classificação semelhante foi tratada por Eros Roberto Grau<sup>11</sup>, todavia este atribui aos princípios expressos a denominação de explícitos e aos não-expressos a nomenclatura de implícitos, acrescentado também nestes últimos os princípios gerais de direito.

Também se conceituam os princípios como normas que exigem a realização de algo, de melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, impondo a otimização de um direito ou de um bem jurídico, sendo compatível com vários graus de concretização, como fez J. J. Gomes Canotilho<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> GAMA JR., Lauro. **Contratos internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 141.

<sup>10</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 298-299.

<sup>11</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 157.

<sup>12</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 1.255.

Quando os princípios, admitidos em determinado ordenamento jurídico (expressos ou explícitos), são constitucionalizados, encontra-se a chave de todo o sistema normativo, como explica Paulo Bonavides<sup>13</sup>. A partir da sua positivação como norma constitucional, os princípios constituem o fundamento de toda a ordem jurídica, deixando de ser apenas instrumento de interpretação<sup>14</sup>, podendo-se daí compreender as instituições políticas e os objetivos a serem atingidos. Os princípios constitucionais passam a impor ao Estado os fins a serem alcançados, as tarefas e os programas a se executarem<sup>15</sup>.

Através dos princípios constitucionalizados, o administrador é orientado para os valores da sociedade e, sua atuação fica direcionada para a garantia das necessidades/prioridades do sistema. Na ideia de “prioridades” do sistema, verifica-se o cerne da ordem jurídica<sup>16</sup>, no sentido filosófico. Como nem todos os anseios dos cidadãos podem ser atendidos de uma única vez são selecionadas necessidades, estabelecendo-se prioridades, a partir dos princípios norteadores de cada aspiração. Com a fixação das prioridades, os anseios que não forem imediatamente atingidos não se converterão em disputa, pois a formação jurídica, baseada nos princípios e valores, tenderá a manter a ordem, considerando a fundamentação, pela Administração Pública, da hierarquia no atendimento das necessidades, face os seus princípios basilares.

Saliente-se que, sendo os princípios exteriorização dos valores de uma sociedade, os diversos ordenamentos podem ter os mesmos princípios, se os valores protegidos forem universais, como também podem conter apenas princípios que lhes são próprios e específicos<sup>17</sup>. Dependendo se a abrangência do princípio é mais geral ou voltada às especificidades de determinada cultura, pode haver variação do conteúdo principiológico em diversos sistemas jurídicos.

Na concepção moderna de princípios, tais são conceituados como mandamentos de otimização, como explica Robert Alexy<sup>18</sup>, pois são espécies de norma jurídica que podem ser satisfeitas em graus variados, dependendo das possibilidades fáticas e jurídicas para a sua aplicação.

---

<sup>13</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 258.

<sup>14</sup> PIMENTA, Marcelo Vicente de Alkmim. **Teoria da constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 124.

<sup>15</sup> HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 283.

<sup>16</sup> SALDANHA, Nelson. **Ordem e hermenêutica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 128.

<sup>17</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 52.

<sup>18</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

### 2.1.1 Princípio e valor

Os princípios representam valores, que ultrapassam a abstração destes últimos, e se convertem em verdade ou proposição jurídica a ser protegida e aplicada. Pode-se verificar que os valores constituem o conteúdo dos princípios. Ivo Dantas<sup>19</sup> enfoca que o estudo dos princípios existentes nos textos constitucionais pode ser chamado de axiologia constitucional, pois é a partir dos princípios que se verifica a aplicabilidade e eficácia dos valores. Ademais, o exercício interpretativo da Constituição só pode ocorrer de forma harmônica, se for obtida a unidade axiológica de todo o sistema.

Princípios e valores estão fortemente relacionados, tanto que pode haver colisão de valores, assim como ocorre com os princípios, e também aplicação gradual dos valores. Na sua análise sobre a teoria dos princípios e a teoria dos valores, Robert Alexy<sup>20</sup> explicita que o princípio encontra-se no âmbito deontológico, do dever ser, que considera a relação do valor com a realidade, obtendo-se a solução do que é devido. O valor situa-se no nível axiológico, no âmbito do bom, ou seja, na consideração do valor em si mesmo, daí a solução encontrada com base em um valor o coloca na situação de “melhor”, e não de “devido”. Saliencia que a comparação entre valor e princípio pode basear-se em características dos valores. A própria explicitação de um valor, considerado em juízos de valores, pode ser classificada em três grupos: conceito valorativo classificatório, onde os conceitos valorativos limitam em classificar algo como positivo, negativo ou neutro (se for permitida esta classificação); conceitos valorativos comparativos, que permitem uma valoração entre dois objetos, demonstrando que um tem mais valor que o outro ou que ambos tem o mesmo valor; conceito valorativo métrico, onde se atribui ao objeto, um número que indica seu valor. Os juízos de valor comparativos são os que possuem mais importância para o direito constitucional. Assim, através de diferentes conceitos valorativos, pode-se chegar a juízos de valor diversos, na busca do que é lícito e ilícito ou justo e injusto.

Os critérios de valoração também possuem natureza variada, pois quando precisam ser sopesados, trata-se da aplicação de princípios e quando os critérios são aplicados, independente de sopesamento, trata-se de regras de valoração, ou seja, refere-se às regras. Daí, considerando que em cada norma há um conteúdo que comanda um dever ser, mas cuja base é um valor social, pode dizer que as normas jurídicas possuem natureza deontológica e

---

<sup>19</sup> DANTAS, Ivo. **Constituição & processo**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 146-150.

<sup>20</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 153.

axiológica. A norma deontológica pode ser dividida em regra e princípio, enquanto a norma axiológica divide-se em regra de valoração e critério de valoração (valor)<sup>21</sup>.

Isso significa dizer que o direito não adota o modelo de princípios, com exclusão dos valores, dado o caráter axiológico desses; na verdade, o direito tanto utiliza as regras, como os princípios e os valores, na busca do valor maior e fim do direito, que é a justiça. A utilização dos valores na aplicação de uma ordem jurídica é necessária, uma vez que os valores não são independentes da história concreta da humanidade<sup>22</sup>, fazendo parte desta e, por isso, devendo ser considerados no sistema jurídico, este atrelado ao interesse coletivo.

Canaris<sup>23</sup> explicita que a passagem do valor para o princípio é bastante fluida, de modo que se pode estabelecer alguma diferenciação compreendendo o princípio como algo que se encontra em maior grau de concretização que o valor. Explica que os princípios encontram-se no ponto intermediário entre o valor e o conceito, pois o princípio já consegue prever consequências jurídicas, ultrapassando assim o valor, e ainda não consegue esconder a valoração, de modo que não determina um conceito. Vale dizer, que os princípios servem como meio de efetivação dos valores, pois embora esses sejam entidades fundantes de uma ordem, é necessário que pertençam como norma jurídica de um sistema, para que possa está assegurada sua efetivação<sup>24</sup>.

O estreito liame entre princípios e valores é criticado por Jürgen Habermas<sup>25</sup>, para quem os princípios são normas mais elevadas que servem de fundamento a outras normas e que se distinguem dos valores por diversos fundamentos. Explica que as normas obrigam um fazer, sem exceção e igualmente a todos, enquanto os valores conduzem à decisão se um comportamento é mais recomendável, e expressa a preferências acerca dos bens, considerados numa comunidade como desejáveis; uma diferença marcante entre normas e valores refere-se à validade binária das normas, que são ou bem válidas ou não são, enquanto os valores determinam relações de preferência, significando que certos bens são mais atrativos que outros, o que significa que se pode estar mais ou menos de acordo com as proposições valorativas. Ainda, dentre outras diferenças, as normas não se podem contradizer mutuamente, caso valham para os mesmos destinatários, devendo estar em relação de

---

<sup>21</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 151.

<sup>22</sup> GARCÍA, Angeles Mateos. **A teoria dos valores de Miguel Reale: fundamento de seu tridimensionalismo jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 41.

<sup>23</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 86-87.

<sup>24</sup> SALDANHA, Nelson. **Ordem e hermenêutica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 134.

<sup>25</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre a facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, 1 v., p. 316-317.

coerência, isto é, formando um sistema, enquanto diferentes valores concorrem pela primazia, formando configurações flexíveis e repletas de tensões. Assim, segundo o referido autor, os princípios, como normas, também se aplicam em termos de “tudo ou nada”, pois, por exemplo, quando se decide que uma norma é inconstitucional com fundamento no princípio da igualdade, não haverá sopesamento na aplicação da norma, afastada pelo princípio da igualdade<sup>26</sup>.

Em que pese a importância do estudo de Harbemas, impende ressaltar que a distinção maior estabelecida pelo autor não se faz entre valor e princípio propriamente, mas entre valor e norma, estando contidos neste último termo, os princípios. Mas ainda assim considerando, as distinções estabelecidas não são suficientes para afastar a relação intrínseca de princípios e valor reconhecida por Claus-Wilhelm Canaris<sup>27</sup>, Robert Alexy<sup>28</sup>, Nelson Saldanha<sup>29</sup>, Ivo Dantas<sup>30</sup>, dentre outros.

## 2.2 PRINCÍPIO COMO NORMA JURÍDICA

Já não se faz mais a diferenciação de princípio e norma jurídica, pois considerando esta como o modelo de organização e de conduta em um sistema, conforme os seus valores,<sup>31</sup> se conclui que o princípio é parte integrante da norma jurídica<sup>32</sup>. Assim, as normas jurídicas, pela dogmática moderna, podem ser normas-princípio e normas-disposição, estas também chamadas de regras. As normas-princípios equivalem aos princípios jurídicos, e caracterizam-se por possuir um maior grau de abstração e uma finalidade destacada dentro do sistema; as normas-disposição são as regras, possuidoras de eficácia restrita às situações para as quais se dirigem. Pela diferenciação das normas jurídicas constata-se que os princípios além de

---

<sup>26</sup> CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 93.

<sup>27</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 86-87.

<sup>28</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 153.

<sup>29</sup> SALDANHA, Nelson. **Ordem e hermenêutica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 134.

<sup>30</sup> DANTAS, Ivo. **Constituição & processo**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 146-150.

<sup>31</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 93.

<sup>32</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 1.159.



possuírem uma função imediata, também possuem a função mediata, referente ao caráter de integração do texto constitucional<sup>33</sup>.

Cada tipo de norma jurídica tem sua importância no ordenamento, disciplinando uma conduta ou funcionando como critério de interpretação do próprio sistema normativo, sem que as diferentes aplicações gerem hierarquia entre as normas. Assim, conforme Robert Alexy<sup>34</sup>, tanto regras como princípios são normas, pois ambos dizem o que deve ser, podendo ser formulados por meio de expressões deontológicas básicas do dever, da permissão e da proibição; daí, tanto as regras quanto os princípios são razões para juízos concretos de dever-ser.

Os princípios, sendo emanações de finalidades em busca da proteção de valores, possuem aplicação irrestrita, o que determina seu âmbito maior de abstração, que quaisquer outras normas jurídicas. As regras, como são voltadas a situações específicas, uma vez que enunciam condutas a serem realizadas ou ditam proibições, possuem um âmbito de atuação mais restrito. Eros Grau<sup>35</sup> expõe que os princípios apresentam maior abertura de generalidade, valorizando a sua função de determinante heteronomia das regras, pois tal generalidade dos princípios proporciona a atualização da Constituição, na medida em que são normas menos densas, servindo o critério da generalidade para estabelecer a diferenciação entre princípio e regra.

Vários critérios são tradicionalmente utilizados para a diferenciação de princípios e regras, como o da generalidade conforme já explicitado. J. J. Gomes Canotilho<sup>36</sup> destaca dentre os critérios da diferenciação: o **grau de abstração**, pois os princípios possuem um grau de abstração relativamente elevado e as regras possuem uma abstração relativamente reduzida; o **grau de determinabilidade**, considerando a aplicação ao caso concreto, pois os princípios precisam de mediações concretizadoras do legislador e do juiz, por serem vagos e indeterminados, enquanto as regras possuem aplicação imediata; **caráter de fundamentalidade** quanto as fontes do direito, pois os princípios possuem natureza estruturante, com papel fundamental no ordenamento jurídico; **proximidade da ideia de direito**, pois os princípios são 'standards' juridicamente vinculante e as regras podem ser normas vinculativas de conteúdo meramente funcional; **natureza normogênica**, pois os princípios são normas que estão na base ou constituem a razão de regras.

---

<sup>33</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 147.

<sup>34</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87.

<sup>35</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 164.

<sup>36</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 1.160-1.161.

Para Robert Alexy<sup>37</sup> o critério de diferenciação mais correto para distinção de princípios e regras, é aquele que compreende os princípios como mandamentos de otimização, na medida em que sua satisfação pode ocorrer em graus diferentes, ou seja, por meio dos princípios se ordena que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas do ordenamento. As regras, por sua vez, não possuem grau de satisfação, pois tais ou são cumpridas/satisfeitas, ou não são, de modo que tais normas constituem determinações a serem cumpridas, e não mandamentos de otimização a serem aplicados inclusive na interpretação de outras normas, como fazem os princípios.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>38</sup> explica que as normas preceptivas, que traduzem leis do “dever ser” podem ser concretamente preceptivas ou abstratamente preceptivas, encontrando-se em tal classificação a diferença entre regras e princípios. As regras seriam as normas concretamente preceptivas, que contém elementos suficientes para identificar as circunstâncias em que devam ser aplicadas; os princípios, por sua vez, seriam as normas abstratamente preceptivas, pois não possuem os elementos suficientes para identificar as circunstâncias de aplicação, ou mesmo determinação dos efeitos.

Também se pode estabelecer a diferença entre princípios e regras, entendendo que aqueles são indeterminados a partir de certo ponto e que os meios para atingir os seus efeitos, ainda que estejam definidos em lei, são múltiplos, ao contrário das regras, que são sempre determinadas<sup>39</sup>. O reconhecimento dos princípios como norma jurídica tem relevância na utilização da teoria da completude do ordenamento, encontrando diversas compreensões, de acordo com o período analisado, partindo-se do jusnaturalismo, para em seguida verificar o positivismo e o pós-positivismo. Deve-se identificar em cada momento do direito, uma função diferente dada aos princípios e mesmo uma força atribuída como instrumento integrante de um dado ordenamento jurídico.

---

<sup>37</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 89.

<sup>38</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 85-86.

<sup>39</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 68.

### 2.2.1 Jusnaturalismo – princípios como abstração

Na escola jusnaturalista, os homens chegam aos princípios do direito natural através da razão, não sendo tais princípios postos por convenção, mas dados pela natureza, trazendo consigo valores morais e de justiça, com validade universal, de modo que nenhuma norma será jurídica se antes não obedecer aos mencionados princípios morais<sup>40</sup>. O homem, na fase jusnaturalista, não identifica mais o “bom” com o ancestral, imposto pelas castas, pois o ancestral implica os valores traduzidos por convenção, ou seja, o próprio conceito de bom é tomado pela convenção do grupo; todavia tal conceito deve ser compreendido analisando o “bom por natureza”<sup>41</sup>.

Os princípios não estariam em normas, formadas pela convenção das autoridades, mas seriam uma abstração a ser seguida por todas as normas jurídicas, como pressuposto da validade da norma. Nesta fase, os princípios seriam integrantes de um direito ideal, não sendo retratados como normas, mas como axiomas jurídicos, em um plano abstrato, que os fazia coincidir praticamente com o conceito de justiça<sup>42</sup>. Esta relação do direito natural com a busca da justiça é tão marcante, que Norberto Bobbio explicita: “Poderíamos definir a corrente do direito natural como aquela corrente de pensamento jurídico segundo a qual uma lei, para ser lei, deve ser conforme à justiça”<sup>43</sup>.

As concepções do direito natural, embora convirjam na aceitação do direito dado e não convencional, divergem na maneira de conceber a fonte do direito, o que caracteriza o jusnaturalismo como uma concepção dualista. Tem-se a escola do direito natural teológico, defensora de que Deus é a fonte de direito, estando o direito natural como um corpo de mandamentos fundamentais de conduta, derivados da razão, através da qual o homem participa da *lex aeterna*. A escola do direito natural racional surge através daqueles que entendem que a fonte do direito é a razão humana, decorrendo daí a legitimidade da ordem justa, o que demonstra sua coexistência com o direito positivo, todavia tentando estabelecer a superioridade e precedência do direito natural ao direito positivo<sup>44</sup>.

---

<sup>40</sup> GAMA JR., Lauro. **Contratos internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 35.

<sup>41</sup> STRAUSS, Leo. **Derecho natural e historia**. Barcelona: Círculo de Lectores, 2000, p. 129.

<sup>42</sup> MÂNICA, Fernando Borges. Princípios jurídicos e sistema do direito positivo. **Tuiuti: Ciência e Cultura**, Curitiba, n. 30, FCJ 04, mai. 2002, p. 40. Disponível em: <<http://www.utp.br/tuiuticienciaecultura/FCJ>> Acesso em: 04 fev. 2009.

<sup>43</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 35.

<sup>44</sup> GAMA JR., Lauro. **Contratos internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 29.

Também se pode distinguir o jusnaturalismo de acordo com os fundamentos para o almejado direito justo ao longo da história do ocidente, em quatro categorias: **jusnaturalismo cosmológico**, vigente na antiguidade clássica, fundado na ideia de que os direitos naturais corresponderiam à dinâmica do universo, refletindo leis eternas e imutáveis, regentes do funcionamento do cosmos; **jusnaturalismo teológico**, consolidado na Idade Média, baseado em uma concepção religiosa de justiça, onde a justiça humana é transitória e sujeita ao poder temporal, pois a verdade reside na lei de Deus; **jusnaturalismo racionalista**, desenvolvido no renascimento e consolidado no século XVIII, através da inversão antropocêntrica na compreensão do mundo, que produziu uma doutrina jusnaturalista racional, buscando seus fundamentos na razão humana universal, que pressupõe um ser humano único em todo o tempo e espaço; **jusnaturalismo contemporâneo**, resultado de um reflexo sofrido no séc. XIX, dominado pelo positivismo científico, que priorizava um tratamento empírico dos fenômenos estudados, e pelo surgimento das ciências sociais como a Sociologia e Antropologia, que passaram a apontar a diversidade cultural das sociedades, consolidou-se no séc. XX, quando foram incorporadas as críticas, e o jusnaturalismo contemporâneo enraíza a justiça no plano histórico e social de cada sociedade, atentando para as suas diversas acepções culturais de direito justo<sup>45</sup>.

Na corrente jusnaturalista, os princípios do ordenamento jurídico positivo são insuficientes para solucionar os casos de lacunas da lei, havendo a necessidade do direito natural para resolver as incompletudes do sistema jurídico<sup>46</sup>. Estando os princípios numa esfera inteiramente abstrata, com aplicação supletiva, sua normatividade seria basicamente nula e duvidosa no modelo jusnaturalista, como observa Paulo Bonavides<sup>47</sup>. Embora o jusnaturalismo demonstre a necessidade de um tratamento axiológico para o direito, não consegue estabelecer de forma satisfatória a relação deste com a legitimidade de um ordenamento jurídico e os valores a serem assegurados, de modo a dificultar a atribuição de força normativa aos princípios. Os princípios encontram-se na lei natural superior, que não está normatizada, com a qual o direito posto pelo Estado deve estar de acordo, havendo uma sobreposição de um direito supralegal aos dispositivos legais de uma sociedade.

---

<sup>45</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Direito, justiça e princípios constitucionais**. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 16-28.

<sup>46</sup> CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 66.

<sup>47</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 259.

### 2.2.2 Positivismo – princípios como fonte normativa subsidiária

Na Europa Continental, ao final do século XVIII, vigiam concomitantemente o direito comum, de base romanística, o *jus proprium*, direito costumeiro e legislativo de cidades e províncias e o direito canônico, normas influentes nos Estados de maioria católica, o que desencadeava uma incerteza no reconhecimento de qual norma seria vigente a se aplicar a determinada sociedade<sup>48</sup>. Com o surgimento do Estado Moderno, houve um processo de codificação do direito, que conduziu à passagem do jusnaturalismo para o positivismo, simplificando e racionalizando o direito no plano formal. O direito adotou um código de normas, emanado de uma única autoridade competente, que constituía sua fonte normativa, não havendo o exercício da razão e busca dos princípios naturais em um direito supralegal. Valiam as normas escritas, positivadas.

A expressão positivismo tem aplicação na filosofia em geral e na filosofia jurídica. Na filosofia em geral, designa o movimento filosófico do século XIX fundado por Auguste Comte onde o conhecimento científico seria a mais evoluída manifestação do espírito humano, suplantando a metafísica e a religião<sup>49</sup>. A relação do termo positivismo com a corrente filosófica comteana é estabelecida pela utilização do método científico para conhecimento da verdade, através da observação e experiência com fatos positivos da realidade.

A Escola Histórica do Direito e a codificação foram causas da decadência do direito natural clássico, gerando a expansão doutrinária do positivismo jurídico<sup>50</sup>. Para a escola histórica, o direito é um fenômeno histórico e social nascido do povo, decorrendo de dessa característica o fundamento do direito, que é o espírito do povo, o que explica as diferentes características do direito, dependendo de cada sociedade que expresse o sentimento jurídico popular<sup>51</sup>.

Através do positivismo jurídico, instituído por Hans Helsen, há completa dissociação da justiça e validade jurídica, devendo-se considerar na análise de validade de uma norma, apenas se há a existência específica da norma. Determinada a existência da norma, o seu conteúdo deve ser seguido pelo comportamento humano no espaço-temporal de sua

---

<sup>48</sup> GAMA JR., Lauro. **Contratos internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 41-42.

<sup>49</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 17.

<sup>50</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 263.

<sup>51</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 43-44.

validade<sup>52</sup>. A solução dos conflitos não mais obedece a um direito supralegal, mas um direito posto pela autoridade competente – o Estado, o que conduz a ligação com um formalismo jurídico, embora este não seja sinônimo de positivismo jurídico. Na perspectiva do operador do direito, a teoria kelseniana devia ser entendida como uma hierarquia de normas e não como valor transcendente, muito embora o próprio fundamento de validade da ordem jurídica seja a norma hipotética fundamental, que mesmo sem possuir referência a valores, é uma norma pressuposta, fora do direito posto tratado como o limite da validade da norma jurídica.

Um expoente do positivismo jurídico moderno foi Herbert Lionel Adolphus Hart<sup>53</sup>, que compreendeu o direito como união de regras primárias de obrigação e de regras secundárias de reconhecimento, alteração e julgamento. As normas primárias constituem os modos-padrão de comportamento ou os costumes, cuja observância é garantida apenas pela pressão social difusa, surgindo patologias nesse sistema primitivo que são solucionadas pelas três regras secundárias mencionadas. Pela regra de reconhecimento se determina quais são as regras legais válidas, ou seja, quais regras primárias estão contempladas no ordenamento jurídico, importando na passagem das regras primárias pré-jurídicas em jurídicas; as regras de alteração referem-se ao poder de se introduzir novas regras primárias na conduta de um grupo, ou a eliminação das regras antigas, de acordo com o estágio da comunidade. Por fim, as regras de julgamento, ou *rules of adjudication*, dão poder aos indivíduos para proferir decisões em caso de violação das normas primárias; as regras de julgamento também identificam os indivíduos que devem julgar e o processo a ser seguido, tornando as sentenças proferidas como fonte de direito.

O positivismo passou a ter nova acepção após o pós-escrito (Postscript) de Herbert Hart respondendo às críticas de Ronald Dworkin à sua obra *O Conceito do Direito*, onde restou ultrapassada a fase do positivismo puro, em que os critérios de validade de um sistema jurídico estariam estritos a fatores de ordem fática; acrescentando-se a possibilidade de incorporação de princípios de justiça ou valores morais como critérios de validade de um sistema jurídico. As explicações de Hart na mencionada obra firmaram as características do positivismo inclusivo, diferenciado do positivismo exclusivo tradutor do pensamento puro, que exclui qualquer conteúdo moral nos critérios de validade de uma norma<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 57.

<sup>53</sup> HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 101-108.

<sup>54</sup> DUARTE, Écio Otto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**. São Paulo: Landy, 2006, p. 41.

Neste momento de codificação, os princípios passam a constar nos textos normativos, tornando-se fonte subsidiária do direito, em que pese a existência de críticas sobre a falta de normatividade das regras programáticas, tradutoras de princípios. Os princípios, mesmo alçados à ordem constitucional serviam apenas como pautas programáticas, destituídas de força normativa vinculante. A função meramente subsidiária dos princípios e sua inexpressiva força normativa constituíram teses importantes para provocarem a crise do positivismo jurídico, que passou a necessitar de um sistema jurídico com maior completude<sup>55</sup>.

Ressalte-se que os princípios não existem em um ordenamento apenas através de regras programáticas, mas estas sempre expressam princípios; estes, por sua vez, podem estar contidos em normas auto-executáveis, desempenhando ação imediata<sup>56</sup>. Os princípios existentes em determinado ordenamento jurídico, na fase positivista, tinham sua eficácia vinculada à sua presença nas leis do sistema jurídico, o que retirava a normatividade dos princípios não prescritos em lei.

### 2.2.3 Pós-positivismo – princípios como direito

O positivismo jurídico perdeu sua força notadamente após a Segunda Guerra Mundial, quando se chegou a acreditar que seria salutar o retorno ao jusnaturalismo, dado o fracasso do juspositivismo, a quem se atribuiu o fundamento do Estado Nazista instalado na Alemanha e a todas as consequências advindas de tal período. Um retorno ao jusnaturalismo na forma pré-concebida já não mais satisfaria os anseios sociais existentes nos ordenamentos positivistas do Estado Moderno, e era necessária uma nova forma de se ver o Direito, não se sustentando mais a compreensão positivista do Direito como uma ciência descritiva.

Uma distinção marcante do positivismo com o pós-positivismo refere-se à consideração, por este, da razão prática, pois aquele só considerava a razão teórica. A razão prática importa no procedimento racional de construção, pela interpretação de proposições normativas, considerando, os valores que embasam as referidas proposições, uma vez que estas estão no âmbito do dever-ser. A razão teórica se dá pela análise objetiva da regularidade dos fenômenos sociais, mantendo fora do exercício racional, qualquer conhecimento subjetivo

---

<sup>55</sup> CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais**: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica. Curitiba: Juruá, 2006, p. 67.

<sup>56</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 55.

do sujeito da interpretação, o que, na prática, conduzia ao afastamento da reflexão sobre a legitimidade do Direito. No processo de aplicação do Direito baseado nos ensinamentos positivistas, o papel do jurista é apenas de descrever o direito, sem interpretar sob a luz dos valores o conteúdo da norma<sup>57</sup>.

Os pós-positivistas entendem que não se pode aplicar o Direito apenas pelo uso da razão teórica, pois isso o distancia da realidade, sendo necessário acrescentar no processo de conhecimento do direito, a razão prática, que reincorporada o elemento moral na prática jurídica. Permite-se, pela análise da moral, que se verifique se o direito além de válido (caráter normativo) é legítimo (caráter moral), traduzindo os anseios e valores que permeiam o sistema jurídico. O pensamento pós-positivista rompe com o ideal de autonomia da ciência do direito, para introduzir elementos e conhecimentos de outras ciências, como ocorre com a análise econômica do direito, que estabelece a ligação entre Direito e Economia, tão indispensável às relações sociais da atualidade.

A legitimidade da norma exigida no pós-positivismo refere-se aos valores próprios da pessoa humana, ou valores fundamentais que devem estar preservados na norma, de modo que não se admite lei injusta, que não garanta os princípios constitucionais. A legitimidade pode ser vista sob dois ângulos: legitimidade contratual formal, ligada à ideia da legalidade na criação da norma, pois protege os valores próprios da organização política, mas que não se equipara à característica da validade da norma, pois a legitimidade dispõe subsidiariamente sobre os valores contingenciais; e a legitimidade convencional substantiva onde se verifica a obediência dos valores fundamentais, e como estes se encontram positivados em grande quantidade na Constituição brasileira de 1988, nos princípios constitucionais, a análise da legitimidade recairá na verificação dos princípios constitucionais<sup>58</sup>.

Uma das teorias desenvolvidas a partir do pensamento pós-positivista é a que trata da tópica jurídica, que busca explicar como funciona o direito, e não tenta apenas descrever os seus aspectos estruturais, como faz o positivismo. Theodor Viehweg<sup>59</sup> constitui o grande expoente dessa teoria, ensinando que a tópica é uma técnica do pensamento que se orienta para o problema, ou seja, é uma técnica do pensamento problemático; que tenta fornecer indicações de como comportar-se diante de determinadas situações, a fim de não ficar sem saída, diante da falta de um texto legal explícito sobre o fato analisado. Os pontos de partida

---

<sup>57</sup> GAMA JR., Lauro. **Contratos internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 124-125.

<sup>58</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 41.

<sup>59</sup> VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 33-41.



da argumentação jurídica são os *topoi*, que são os lugares comuns ou fórmulas, variáveis no tempo e no espaço. A constituição dos *topoi* admissíveis conduz no desenvolvimento ulterior do pensamento um vínculo lógico, que não pode ser estendido, pois o modo de pensar problemático é esquivo às vinculações, pois em cada caso deve ser feito um juízo de razoabilidade, o que afasta, pelo menos parcialmente um pensamento vinculativo.

Os *topoi* não significam conceitos firmados que tragam a ideia de evidência, como ocorre no juízo de demonstração, mas funcionam como pontos de partida de séries argumentativas e assim como ocorre com os verbetes de um dicionário, não concluem nem fecham os conceitos das palavras, mas apresentam uma compreensão sob os diversos pontos de vista. Os *topoi* conduzem o aplicador do direito a uma solução razoável, dentre todas as possíveis de ser aplicadas, após uma discussão, e encontrado um ponto de vista aceito pelas partes, ocorre a validação das premissas pela aceitação do interlocutor, de modo que a garantia de permanência de uma ordem jurídica se dá exatamente pela flexibilidade em que os problemas são pontos de partida, o que impede o enrijecimento das normas, diante das mudanças sociais que sempre ocorrem<sup>60</sup>.

Outra teoria pós-positivista de destaque é a nova retórica que ampliou o papel da razão, estando a maior contribuição na obra de Chaïm Perelman<sup>61</sup>, que defendia a possibilidade de formular uma noção válida de justiça de caráter puramente formal, eliminando o juízo de valor, pois estes estariam fora do campo do racional. Adota um modelo teórico que privilegia apenas a demonstração e o raciocínio de inspiração lógico matemática, afastando da competência do discurso filosófico áreas cruciais da vida social que possam se referir a valores<sup>62</sup>. A noção válida de justiça de caráter puramente formal, na forma estabelecida por Perelman seria encontrada pela utilização de critérios materiais de justiça, que seriam: a cada um o mesmo; a cada um segundo o atribuído pela lei; a cada um segundo a sua categoria; a cada um segundo seus méritos ou sua capacidade; a cada um segundo seu trabalho; e a cada um segundo suas necessidades; todavia esses últimos critérios materiais de justiça necessitam que se assumam juízos de valor, o que fez Perelman evoluir na sua teoria da argumentação, baseada no raciocínio dialético ou retórico de origem aristotélico. Como o raciocínio retórico não estabelece verdade evidente, mostrando apenas o caráter razoável de

---

<sup>60</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 319-325.

<sup>61</sup> *Apud* ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003, p. 59.

<sup>62</sup> MAIA, Antônio Cavalcanti; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Os princípios de direito e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. In: PEIXINHO, M. M.; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, F. **Os princípios da constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 60-61.

uma determinada decisão ou opinião, sendo fundamental a referência a um auditório, que se terá de persuadir, através da argumentação que segue dos pontos de partida às técnicas argumentativas ou argumentos em sentido estrito<sup>63</sup>.

Robert Alexy<sup>64</sup> explica a teoria da argumentação como um processo de associação da teoria moral com a teoria do direito, pois em todos os casos problemáticos a valorações se fazem necessárias e não são dedutíveis diretamente das normas preexistentes. Entende pela possibilidade de fundamentação racional de juízos prático e morais gerais, tornando possível a análise moral de fundamentação jurídica como sendo uma questão de racionalidade e demonstra a associação da teoria moral com a teoria do direito em quatro níveis. O primeiro nível do modelo começa no discurso prático geral, compreendido como um código geral da razão prática, que conduz a vários resultados em cada caso, o que não soluciona conflitos sociais, pois para tais soluções, é necessário um só resultado a ser produzido pelo ato conflitante; por isso, em segundo plano ocorre um processo legislativo, que é a institucionalização do direito, onde se argumenta, mas também se decide, com base nas normas existentes. Ainda no segundo nível, não é possível completa solução de conflitos, pois nem todos os fatos possuem equivalente legal, o que torna necessário um terceiro procedimento de fundamentação, baseado no discurso jurídico, que embora não seja institucionalizado, é vinculado à análise da lei, ao precedente e à dogmática, diferindo este nível do primeiro, que não é vinculado. Nesse ponto, embora diminuída a incerteza quanto ao resultado a ser aplicado ao caso, a referida incerteza ainda não foi eliminada, conduzindo ao quarto nível do modelo de argumentação jurídica, que é o processo judicial, onde se argumenta e se decide, assim como no processo legislativo, utilizando-se como fundamento as vinculações do discurso jurídico, inclusive decidindo sobre as questões valorativas deixadas em aberto pelas normas existentes através da argumentação prática racional.

Evoluiu-se no método de análise do ordenamento jurídico, onde além das normas materiais, expressas, utilizam-se as normas abstratas, de onde emanam os valores sociais, não estando a fundamentação desses afastada da análise racional. A evolução das teorias do direito conduziu a uma interpretação do ordenamento jurídico que saiu do distanciamento axiológico da doutrina positivista e firmou-se no compromisso com os valores sociais conforme sustentam as doutrinas pós-positivista; evoluiu-se da neutralidade na interpretação das leis, simplesmente por serem normas objetivas emanadas de autoridade política

---

<sup>63</sup> ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003, p. 61-62.

<sup>64</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 548-551.

competente, à intervenção dos juízos de valor na análise do direito, de acordo com os sentimentos da sociedade; e por fim, saiu-se da função descritiva da norma, à prioridade do caráter prático da ciência jurídica<sup>65</sup>.

Uma marcante contribuição das vertentes pós-positivistas traduziu-se na importância atribuída aos princípios, como tradutores de valores traduzidos como direitos fundamentais, e que foram positivados nas constituições de diversos ordenamentos jurídicos, permitindo uma flexibilização e atualização dessas. A nova tendência constitucional de positivação dos princípios a sua atualização por meio desses constitui o que se chama de neoconstitucionalismo, que diante da positivação dos princípios permite interligar as noções de justiça e validade, vinculando o direito à satisfação do ideal moral, considerando os princípios como instâncias morais positivadas<sup>66</sup>.

Em interpretação pós-positivista, manifestou-se o Ministro Luiz Fux, do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n. 975322/RS, intentado contra Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que manteve a decisão de primeiro grau no sentido da denegação da segurança postulada por Jefferson Schineider de Barros. O recorrente teve negada a concessão de alvará para desempenho da profissão de optometrista, sob a alegação de inexistência de lei que regulasse o exercício da referida profissão. O relator deu provimento ao recurso especial, determinando a expedição do alvará para o exercício da profissão, demonstrando que o ofício de optometrista encontra-se regulado no art. 3º do Decreto nº 20.931/32, bem como registra que a profissão está descrita na Classificação Brasileira de Ocupações, editada pelo Ministério do Trabalho e Emprego no item 3223 da Portaria n. 397 de 09 de outubro de 2002. Ressalta o relator, que a valorização do trabalho humano e a liberdade profissional, como princípios constitucionais, admitem o exercício de qualquer atividade lícita, numa exegese pós-positivista, independente de regulação complementar. E mais, acrescenta o relator no seu voto, que o Brasil, como Estado Democrático de Direito deve interpretar a legislação infraconstitucional partindo dos princípios constitucionais, pois em torno deles gravita todo o ordenamento jurídico, devendo seguir as normas qualificadoras, que são os princípios. O voto também ressalva em questões de inscrição nos Conselhos Profissionais deve sempre ser considerado que da legitimação

---

<sup>65</sup> ARIZA, Santiago Sastre. **La ciência jurídica ante el neoconstitucionalismo**. In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo. Madrid: Trotta, 2003, p. 245.

<sup>66</sup> DUARTE, Écio Otto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**. São Paulo: Landy, 2006, p. 82.

profissional surge a possibilidade de trabalho, valorizado constitucionalmente, devendo-se sempre ser realizada a exegese com as normas constitucionais principiológicas<sup>67</sup>.

### 2.3 INTERPRETAÇÃO DOS PRINCÍPIOS

Após toda a trajetória dos princípios, para se firmarem como norma jurídica, atualmente, seu papel no sistema jurídico é de especial relevo, pois através dos princípios se obtém a unidade e harmonia das demais normas, atenuando as tensões normativas. Os princípios têm a função de condensar valores, pois destacadamente nos princípios constitucionais, estão traduzidos os valores protegidos pela sociedade; outra função é de permitir unidade do sistema, pois através da ponderação dos princípios se podem harmonizar as diferentes regras, muitas vezes aparentemente contraditórias; e por fim, complementando as duas funções referidas, os princípios servem para condicionar a atividade do intérprete, que fará sua análise do direito, a partir dos princípios gerais constitucionais, chegando até a regra concreta de aplicação ao caso prático<sup>68</sup>.

Luis Roberto Barroso<sup>69</sup> também explicita que o exercício de interpretação para aplicação de qualquer regra, deve partir do princípio constitucional geral concebido sobre a situação de fato analisada, até a regra concreta a ser consagrada, exercendo o intérprete a atividade de especificador da regra a ser aplicada, sempre em consonância com o princípio constitucional maior e seu fim. A atividade do intérprete sofreu alteração, pois no sistema positivista a busca imediata era apenas da norma válida que se aplicasse ao fato em concreção. Na fase pós-positivista, há uma supremacia dos princípios, pois ainda que se encontre uma regra específica para o caso, o trabalho de interpretação não se resolve com a imediata aplicação de regra, mas, deve-se antes de tudo, identificar o princípio constitucional aplicável ao caso e só posteriormente, chega-se à regra jurídica; verificando se ela se adequa à finalidade instituída ao princípio incidente sobre o fato.

---

<sup>67</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 975322/RS. Recorrente: Jefferson Schneider de Barros. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 14 de outubro de 2008. Publicação no Diário da Justiça em 03/11/2008. Disponível em: < [https://ww2.stj.gov.br/revista\\_eletronica/ita.asp?registro=200701887642&dt\\_publicacao=03/11/2008](https://ww2.stj.gov.br/revista_eletronica/ita.asp?registro=200701887642&dt_publicacao=03/11/2008)> Acesso em: 14 de fevereiro de 2009.

<sup>68</sup> BOMFIM, Thiago Rodrigues de Pontes. **Os princípios constitucionais e sua força normativa**: análise da prática jurisprudencial. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 70.

<sup>69</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 147.

A interpretação dos princípios atingiu tamanha evolução, que até mesmo em matéria de normas programáticas se atribuiu caráter vinculativo para sua aplicação, estando atrelados às referidas normas, o legislador, os órgãos concretizadores de seus fins e os poderes públicos que ficam impossibilitados de produzirem atos contrários às normas-programas. Já não mais se há de falar em normatividade nula de normas programáticas, nem da consequente falta de ineficácia de tais normas, pois sua efetividade deve ser garantida a partir de sua vigência no ordenamento jurídico<sup>70</sup>. Encontra-se ultrapassada a possibilidade de um princípio, como norma programática, se fazer presente na Carta Constitucional sem que haja obrigatoriedade e efetividade na obtenção do fim colimado, mesmo porque as demais ordens jurídicas só serão consideradas legítimas se estiverem de conformidade com os fins instituídos pelas normas programáticas.

Entende-se como problema central da hermenêutica constitucional contemporânea a análise do sistema jurídico positivado com foco na compreensão de consolidação de um Estado Democrático, que consagre os princípios constitucionais, em busca de uma vida social harmônica. A interpretação dos princípios deve ser muito mais de atualização do texto constitucional, que apenas de descrição da norma consagrada, o que permite a possibilidade de entendimento de que há uma vontade axiológica do sistema, que ultrapassa a vontade do legislador. A vontade axiológica pondera os valores da sociedade, após a interação dialética entre o ordenamento e o intérprete, procedendo-se a uma hierarquização, que é exatamente o meio de atualização da norma constitucional, pois os valores sociais evoluem com o passar do tempo<sup>71</sup>.

Há passos a serem seguidos no processo de interpretação das normas constitucionais, que visam evitar contradições ou antagonismos entre as referidas normas: inicialmente deve-se dar primazia no favorecimento e integração política e social, que reforcem a unidade política; em seguida deve-se dar preferência aos pontos de vista que considerem os pressupostos constitucionais (normativos), que contribuam para uma eficácia ótima da lei fundamental; e por fim, deve-se compreender a historicidade das estruturas constitucionais, e neste ponto promover a atualização da norma, garantindo eficácia e permanência<sup>72</sup>. Ao intérprete da norma foi atribuído um papel criativo, inerente ao conteúdo aberto das disposições constitucionais, que não mais se prestam ao sentido unívoco e objetivo dado por

---

<sup>70</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 1.176-1.177.

<sup>71</sup> PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica**: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 139-141.

<sup>72</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 1.096-1.099.

uma certa tradição exegética, pois diferentes possibilidades interpretativas podem surgir da ordem jurídica vigente, dependendo dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins que se deseja alcançar, encontrando-se ao final de todo o processo hermenêutico, a solução constitucional adequada ao problema<sup>73</sup>.

### 2.3.1 Conflito de regras e colisão de princípios

Não obstante a coerência que deve possuir cada ordenamento jurídico, por vezes, o aplicador do direito se depara com normas que, se aplicadas isoladamente, podem levar a resultados contraditórios. Norberto Bobbio<sup>74</sup> tratou a incompatibilidade aparente de normas como antinomia jurídica, seguindo a nomenclatura utilizada por Justiniano no Digesto e firmou como condições da antinomia o fato das normas pertencerem a um mesmo ordenamento jurídico e possuírem o mesmo âmbito de validade. O conflito de regras é denominado de antinomia jurídica própria e a colisão de princípios de antinomia jurídica imprópria, sendo desenvolvido o estudo para a antinomia própria, inclusive quanto às soluções possíveis. Explicitou o referido autor, que existem três critérios fundamentais tradicionalmente aceitos de solução das incompatibilidades de regras, compreendendo o primeiro, o critério cronológico, importa na verificação entre as duas regras incompatíveis, qual delas é posterior, sendo essa a norma prevalente, este critério traduz-se como *lex posterior derogat priori*; o segundo critério é o hierárquico, através do qual a norma hierarquicamente superior prevalece sobre a outra, ou seja, *lex superior derogat inferiori*; por fim, o terceiro critério para solução de conflito entre regras é o critério da especialidade, onde havendo um regra geral e uma especial, a regra especial ou excepcional prevalece sobre a geral, pois *lex specialis derogat generali*.

Robert Alexy<sup>75</sup>, seguindo os ensinamentos de Ronald Dworkin, diferencia os critérios de incompatibilidade das normas, conforme a espécie a que se refira; explica que, se houver incompatibilidade de regras, o caso é de conflito, e a solução se dará na dimensão da validade ou mediante a introdução de uma cláusula de exceção. A cláusula de exceção compreende uma situação excepcional em que a regra geral não irá prevalecer, conduzindo a um resultado

---

<sup>73</sup> BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, 2003, p. 28.

<sup>74</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 228-241.

<sup>75</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91-93.

prático diverso do geral, mas previsto previamente para circunstâncias especiais, como por exemplo, a regra que proíbe a presença de cachorros em um parque, salvo se os cães estiverem sendo utilizados como guias, por pessoas com deficiência visual. A cláusula de exceção, por si só elimina o conflito entre regras; todavia há circunstâncias em que a relação das regras conflitantes não se relaciona com a cláusula de exceção, devendo o conflito ser resolvido no âmbito da validade, declarando inválida uma das regras, por meio do critério da *lex posterior derogat legi priori e lex specialis derogati legi generali*, ou ainda pode-se proceder de acordo com a importância de cada regra no conflito. O resultado prático de um conflito de regras é a utilização de apenas uma das regras, sem que haja possibilidade de utilização gradual das normas em confronto.

No tocante à colisão de princípios na expressão de Robert Alexy<sup>76</sup>, ou conflito de princípios como se refere J. J. Gomes Canotilho<sup>77</sup>, a solução da tensão gerada pelas normas principiológicas não ocorre no plano da validade, mas através da ponderação e concordância prática sobre as circunstâncias de cada caso, adequando o peso dos princípios colidentes a serem aplicados, notadamente porque não há diferença de dignidade ou importância entre os princípios, diante do princípio da unidade hierárquico-normativa; que conduz os princípios a uma igualdade normativa, rejeitando a tese de antinomia normativa.

A incompatibilidade de princípios é solucionada no campo valorativo, analisando-se uma situação concreta e determinando-se as condições de precedência de um princípio constitucional sobre o outro colidente, o que gera uma relação de precedência condicionada, pois sempre que ocorrerem as mesmas condições de fato, já se sabe qual princípio é prevalente; e caso haja alguma alteração nas condições de fato, desaparece a precedência, devendo ser formulado novo juízo valorativo sobre o caso para se solucionar o conflito em harmonia com os valores maiores que devem ser protegidos, exercendo-se nova atividade de ponderação<sup>78</sup>. A importância das condições fáticas a serem analisadas em cada caso concreto, como forma de identificação do princípio prevalente na solução de colisão de princípios é explicada por Robert Alexy<sup>79</sup>, quando expõe que diante das mesmas condições fáticas, haverá uma precedência condicionada, ao que intitula de **lei de colisão**; e caso haja mudança das condições, a precedência pode ser contrária, uma vez que pela ponderação, um princípio apenas sede em benefício ao prevalente, permanecendo válido.

<sup>76</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93.

<sup>77</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 1.182-1.183.

<sup>78</sup> CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 233-234.

<sup>79</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 99.

### 2.3.2 Os princípios e a proporcionalidade

A máxima da proporcionalidade surgiu para controlar abusos de poder nos atos praticados pelas autoridades administrativas, e germinou no direito administrativo alemão, tendo passado a ser tratado como sinônimo da máxima da razoabilidade surgida no direito norte americano, todavia desde a origem tais princípios são diversos. O princípio da proporcionalidade foi incorporado em diversos ordenamentos jurídicos; no Brasil, há quem entenda pela positivação da máxima da proporcionalidade através da norma constitucional que protege o devido processo legal (art. 5º, LIV da CF/88); o mesmo dispositivo também é utilizado como fundamento da positivação do princípio da razoabilidade, o que favorece para confundir os princípios como sinônimos, estando tal entendimento também esposado pelo Supremo Tribunal Federal, que trata indistintamente o princípio da razoabilidade e o da proporcionalidade<sup>80</sup>.

A partir da compreensão de como solucionar os casos em que haja colisão de princípios, constata-se a necessidade de se entender a relação dos princípios com a proporcionalidade, vez que na solução das colisões, haverá um sopesamento dos interesses postos em cada caso, e tal sopesamento nada mais é que a aplicação da proporcionalidade; de modo que o termo proporcionalidade equivale a sopesamento, quando se refere à solução de colisão de princípios. A proporcionalidade se adequa às colisões de princípios, pois nestas, pode-se aplicar parte do conteúdo do princípio, até a medida que não atinja o outro princípio em foco, ou seja, ao contrário das regras que são aplicadas ou não são, os princípios podem ser aplicados em graus diversos, a depender de cada caso, sem que isso atinja sua validade jurídica.

Humberto Ávila<sup>81</sup> trata a proporcionalidade como postulado, considerando este como norma estruturante da aplicação de princípios e regras, sendo possível traçar a diferença no entre princípios e postulados no sentido de que os princípios determinam fins a serem alcançados, enquanto os postulados estruturam a realização dos fins, como instrumento. Compreendida como princípio ou postulado, a proporcionalidade se constitui por três máximas: a adequação, a necessidade e a ponderação. A adequação equivale à conformidade

---

<sup>80</sup> CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 207.

<sup>81</sup> ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 4, out./dez. 2005, p. 10. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 21 fev. 2009.



entre os meios empregados e os fins previstos na norma, ou seja, se pelo meio utilizado é possível alcançar o objetivo colimado. A máxima da necessidade ou exigibilidade importa na constatação se o meio escolhido, dentre todos os possíveis a alcançar o fim legal, é o que produz menor prejuízo, importando em medida restritiva indispensável à hipótese verificada. Por fim, ainda que constatada a adequação e a necessidade de uma medida, dado o demasiado prejuízo à coletividade, deve-se aplicar a ponderação, como ponto final na análise da proporcionalidade de uma medida, verificando o direito efetivado pela medida questionada e o direito por ela restringido, obtendo a ponderação da colisão dos princípios<sup>82</sup>.

A aplicação da máxima da ponderação inicia-se através da identificação dos princípios colidentes, em seguida faz-se a valoração de um princípio sobre o outro, quer dizer, fixa-se a prevalência de um princípio sobre o outro, e o grau de prevalência; e por fim, realiza-se a avaliação do menor prejuízo, verificando qual princípio, em determinada circunstância seria o mais sacrificado<sup>83</sup>. O intérprete deverá, em cada caso, aplicar, em maior grau, o princípio prevalente, obtendo-se uma maior aproximação entre a norma aplicada e a finalidade alcançada.

A necessidade de se ponderar quando ocorrerem colisões de princípios, não se trata de uma faculdade do intérprete ou julgador, mas de um dever jurídico, indispensável para a garantia da finalidade do sistema jurídico, mormente quando estiverem em colisão, princípios explícitos no ordenamento e princípios implícitos; pois sequer nesses casos se pode ignorar o choque, como se faria em um sistema positivista, onde seriam considerados apenas os princípios explícitos. Cabe ao aplicador do direito, verificando a natureza de princípio de eventual direito reclamado, como no caso dos direitos fundamentais e dentro desses se enquadra o direito à tutela jurisdicional efetiva<sup>84</sup>, concretizar sua aplicação, harmonizando-o com eventual princípio que possa com ele colidir, através da proporcionalidade.

A proporcionalidade, portanto, verifica em cada caso, se as vantagens na utilização de determinado princípio superam as desvantagens pela não utilização do outro princípio colidente, logo, é exigida na proporcionalidade, a relação de causalidade entre meio e fim. Utiliza-se a proporcionalidade, por exemplo, quando se verifica a desnecessidade de aplicação de uma sanção para punir um infrator, delegatário de concessão pública, após verificar se há compatibilidade da atividade desempenhada com os objetivos positivados na ordem

---

<sup>82</sup> CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 215-220.

<sup>83</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 92.

<sup>84</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 175.

jurídica<sup>85</sup>; ou para hipótese de aceitação parcial de provas ilícitas, em casos raros e extremos, onde o interesse público sobreponha-se ao individual<sup>86</sup>.

A aplicação da proporcionalidade por meio do sopesamento pode ocorrer em três passos: inicialmente avalia-se o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios; em seguida analisa-se a importância da satisfação do princípio colidente e por fim, avalia-se se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou não-satisfação do outro princípio; o que pode conduzir a resultados de forma racional, solucionando colisão de princípios; todavia deve-se ressaltar que o sopesamento não é um método que conduza sempre a um resultado único e inequívoco<sup>87</sup>.

Luís Roberto Barroso<sup>88</sup> não faz diferenciação entre a proporcionalidade e a razoabilidade, e utiliza os termos indistintamente. Humberto Ávila<sup>89</sup>, por sua vez, estabelece a distinção entre a razoabilidade e a proporcionalidade, firmando que através da proporcionalidade, os Poderes Executivo e Legislativo devem escolher meios adequados, necessários e proporcionais para a obtenção de seus fins, importando o princípio da proporcionalidade na causalidade entre meio e fim; a razoabilidade, entretanto, não necessita da causalidade entre meio e fim, apenas da adequação desses elementos.

## 2.4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os princípios constitucionais são normas jurídicas de eficácia imediata, que expressam a maior parte das normas existentes no ordenamento jurídico e podem ser classificados em quatro tipos: **princípios jurídicos fundamentais**, que estão explícitos ou implícitos no texto constitucional e que foram objetivados historicamente, se introduzindo de forma progressiva na consciência jurídica e que servem de instrumento de interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo; **princípios políticos constitucionalmente conformadores**, responsáveis por explicitar as valorações políticas fundamentais,

---

<sup>85</sup> BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Controle das concessões de serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 117.

<sup>86</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 97.

<sup>87</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 594.

<sup>88</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 215.

<sup>89</sup> ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 4, out./dez. 2005, p. 11. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 21 fev. 2009.

condensando-se as opções políticas nucleares e a ideologia inspiradora da constituição; **princípios constitucionais impositivos**, que impõem aos órgãos do Estado a realização de fins e a execução de tarefas, constituindo princípios dinâmicos ou normas programáticas; e por fim, **os princípios-garantia**, que instituem uma garantia aos cidadãos, como o princípio do juiz natural ou do *in dubio pro reo*<sup>90</sup>.

Diante da grande importância dos princípios como elementos de unidade do ordenamento jurídico, através de sua análise são verificados os conteúdos constitucionais na dimensão normativa mais elevada, servindo como fundamento da própria ordem jurídica, como orientadores do trabalho interpretativo e como fonte de direito<sup>91</sup>. Não mais se pode apenas compreender os princípios constitucionais, como fonte subsidiária do direito, já que a interpretação e conseqüente aplicação dos princípios não ocorrem de forma subsidiária, mas sim, de forma primária, como orientação ao aplicador.

#### 2.4.1 Princípios constitucionais da ordem econômica na CF/88

No art. 170 da Carta Constitucional de 1988, foram firmados, em seus incisos, os princípios da ordem econômica e financeira nacional, determinando-se os seguintes princípios: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte instituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país. Além dos princípios da ordem econômica, o mencionado art. 170 da CF/88 também traz no *caput* os fundamentos e o objetivo da mesma ordem. Os fundamentos da ordem econômica pátria são: a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa; e o objetivo é assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social. Os fundamentos da ordem econômica são uma repetição dos fundamentos da República Federativa do Brasil, prescritos no art. 1º, IV da Carta Federal, apenas ratificando a imprescindível necessidade de se fomentar o desenvolvimento econômico, todavia, sem desprezar os valores sociais do trabalho.

---

<sup>90</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 1.165-1.167.

<sup>91</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 283.

A livre iniciativa é resultado da demonstração do sistema econômico capitalista adotado, estando como vigas mestras da ordem econômica, tanto os interesses sociais dos trabalhadores, como os interesses dos empregadores, com a garantia da livre iniciativa. O objetivo da ordem econômica, assim como os seus fundamentos, repete dispositivos constitucionais, pois a existência digna proclamada já se encontra como fundamento da República, quando expressa no art. 1º, III da CF/88, a dignidade da pessoa humana; e quanto “aos ditames da justiça social”, tem-se que o objetivo da República Federativa que determina a construção de uma sociedade justa, como prescreve o art. 3º, I da Carta Magna, já explicita tal fim.

À parte da Constituição que traz os fundamentos jurídicos da ordem econômica, se chama de constituição econômica formal<sup>92</sup>, sendo a constituição econômica material composta por todos os fundamentos que disciplinem a vida econômica de uma determinada ordem jurídica, ainda que não contidos exclusivamente na Carta Política<sup>93</sup>.

**O princípio econômico da soberania** é uma reprodução de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, constante no art. 1º, I da CF/88. A soberania significa, numa noção clássica, o poder de mando, em última instância, numa sociedade política<sup>94</sup>, ou a forma característica do Estado, que o mantém em posição de superioridade com a população e de igualdade com os demais países, caracterizando nesse último caso, a integração supranacional. Esse princípio reforça a necessidade do país se manter, sem dependência econômica, pois se tal dependência ocorresse, poderia restar prejudicado o princípio do desenvolvimento nacional. Explica Benito Aláez Coral<sup>95</sup>, que a soberania se relaciona com a legitimação concedida pelo ordenamento jurídico à criação normativa (Estado), que coordena o sujeito coletivo de uma sociedade, que busca proteger o aspecto comunitário do ordenamento democrático em detrimento apenas do aspecto individualista dos cidadãos.

Maria Luíza Pereira de Alencar Mayer Feitosa traçou o caminho percorrido pela soberania, enquanto atributo do Estado, observando que a soberania, como categoria histórica, sofreu modificações de conteúdo:

---

<sup>92</sup> GOMES, Carlos Jacques Vieira. **Ordem econômica constitucional e direito antitruste**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004, p. 71.

<sup>93</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 97.

<sup>94</sup> TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Método, 2003, p. 146.

<sup>95</sup> CORAL, Benito Aláez. **Nacionalidad, ciudadanía y democracia**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 228.

... (i) entendida inicialmente como a causa formal do Estado moderno, a soberania emergiu como um fundamento político-filosófico que procurava legitimar o poder concentrado (Bodin, Hobbes); (ii) destacou-se, em seguida, como categoria político-jurídica para legitimar o poder nos Estados nacionais (Westfália); (iii) voltou a merecer especial atenção dos Estados e dos estudiosos, quando se afastou do isolamento da soberania clássica e passou a ser visualizada nas relações internacionais dos Estados, nomeadamente em questões relativas a segurança, desenvolvimento econômico e bem-estar interno (fins do século XIX e período das Duas Guerras); (iv) a partir de meados do século XX, permaneceu no centro dos debates em virtude da ocorrência dos processos de integração supranacional; e (v), por fim, a partir dos três últimos decênios do século passado, vem protagonizando as discussões acerca da redução dos poderes dos Estados nacionais e de seus principais atributos, em face dos processos complexos de globalização da economia<sup>96</sup>.

Pelo caminho histórico acima traçado fica claro que, na atualidade, falar em soberania como a força individual de cada país, ou o poder normativo interno, seria ignorar o fenômeno dos blocos econômicos, onde se constitui, notadamente na Europa, a personificação de outro ente soberano, no caso, a Comunidade Européia. A soberania exercida pela CE não confronta a soberania de cada país, pois funciona como uma lógica confederal. O edifício comunitário tem por base, tratados internacionais, que precisam ser ratificados, nos termos de cada Constituição dos Estados integrantes, para que tenha valor jurídico, de modo que, pelos tratados internacionais, cada Estado transfere a soberania que antes era exercida individualmente, estipulando os limites da delegação.

Sobre o tema, comenta António José Avelãs Nunes: “... tem sido pacífica a ideia de que a prevalência do direito comunitário sobre os direitos nacionais só vale dentro dos limites das transferências de soberania outorgadas pelos estados-membros através de tratados internacionais”<sup>97</sup>. Assim, no caso brasileiro, o respeito ao princípio da soberania, ainda que analisado sobre o foco da participação em um ambiente comunitário, como o Mercosul, se dará sempre que for mantido o poder de decisão nacional, ainda que essa decisão resulte na outorga de soberania à entidade comunitária em algum aspecto, sendo o poder soberano independente, supremo, inalienável e exclusivo<sup>98</sup>, e ainda que haja outorga ao ente comunitário, somente este o exercerá, sem concorrência, inclusive, da soberania nacional.

<sup>96</sup> FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. **Paradigmas inconclusos**: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 116-117.

<sup>97</sup> NUNES, António José Avelãs. A Constituição Européia. A constitucionalização do neoliberalismo. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (orgs.). **Diálogos constitucionais**: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 69.

<sup>98</sup> FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 17.

A constância do **princípio da propriedade privada** na ordem econômica nacional importa em mais uma demonstração, de que o constituinte de 1988 escolheu o modo de produção capitalista para guiar a economia brasileira. A propriedade privada, notadamente dos bens de produção, implica na qualidade de cada indivíduo de possuir bens e administrá-los, sem que haja, em regra, intervenção do Estado. Todavia há uma impossibilidade de total separação da esfera privada com a pública, como explicitou Hannah Arendt<sup>99</sup>, identificando qualificações na propriedade privada, que embora situadas na esfera privada, são importantes para o corpo político, logo, público. A noção antiga de propriedade privada como sendo o exercício individualista de bens não mais se encontra respaldada no ordenamento vigente, pois não basta ao proprietário apenas utilizar todos os atributos da propriedade previstos no art. 1.228 do Código Civil (usar, gozar, dispor e reaver), deve-se cuidar em atribuir função social à propriedade. Da disposição constitucional que instituiu a função social da propriedade, viu-se a necessidade de alteração no Código Civil, no tocante aos atributos da propriedade, tanto que o § 1º do art. 1.228 do Novo Código Civil de 2002, não possui dispositivo correspondente no Código Civil de 1916.

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

**O princípio da função social da propriedade** complementa o princípio da propriedade privada, conduzindo à realização do objetivo da ordem econômica, previsto no *caput* do art. 170 da CF/88, que é assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Em verdade, os ditames da justiça social pressupõem que a propriedade, ainda que privada, seja utilizada com vistas a tal fim, o que permite a compatibilidade dos princípios constitucionais, notadamente os econômicos.

A função social imposta na Carta Magna diz respeito à utilização produtiva da propriedade, à obediência das leis trabalhistas, ao respeito ao meio ambiente, aos códigos de postura, ao Estatuto da Cidade, enfim, a tudo que conduza a um interesse social. Na verdade,

---

<sup>99</sup> ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1983, p. 70.

deve ser destacado o respeito, na propriedade, aos direitos sociais dos empregados, pois a integração dos seres humanos ao sistema econômico se dá pelo Direito do Trabalho, que é instrumento de cidadania no plano socioeconômico e de dignidade no plano individual<sup>100</sup>. Assim, verifica-se que as restrições ao sentido subjetivo da propriedade privada estão previstas constitucionalmente, em harmonia com os demais princípios e fundamentos da ordem nacional. Impõe-se dizer que o direito de propriedade privada deve respeitar o uso racional do bem, sem ferir interesses públicos, pois se assim ocorrer, haverá preponderância do interesse público sobre o privado<sup>101</sup>.

A presença da **defesa ao consumidor** na Constituição de 1988 é marcante, dada a mudança no sistema econômico nacional, que iniciava o ordenamento voltado à assegurar o liberalismo, reduzindo a máquina estatal e abrindo espaço à iniciativa privada, o que requereu do legislador a necessidade de disciplinar a conduta dos empresários (proteção à concorrência) e garantir os direitos dos consumidores<sup>102</sup>. As relações jurídicas existentes da aquisição de bens ou serviços para consumo próprio se enquadram nas situações em que há a proteção ao consumidor.

O consumidor, destinatário final<sup>103</sup> do produto ou serviço, tem atuação econômica crescente no modo de produção capitalista, onde ocorre produção em série, dado aos avanços tecnológicos, necessitando de consumo em massa, para que os bens gerados forneçam riqueza. Ocorre que, além da necessidade de se permitir a livre iniciativa e consequente produção de bens, deve-se proteger o consumidor, com imposição de regramento a ser obedecido nas relações contratuais, como o direito à publicidade, responsabilidade objetiva, reconhecimento de cláusulas abusivas, formando um ambiente de segurança jurídica aos contratantes, notadamente em respeito ao hipossuficiente.

A relação do **princípio da defesa ao meio ambiente** com a ordem econômica está diretamente voltada ao fato de haver interesse social da proteção ao meio ambiente, e o uso desse está ligado diretamente às atividades econômicas. A relação homem e ambiente é própria da natureza humana, constituindo cerne da existência daquele, que encontra no

---

<sup>100</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego**. São Paulo: LTr, 2005, p. 142.

<sup>101</sup> FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Direito administrativo**. São Paulo: MP, 2008, p. 299.

<sup>102</sup> MIRON, Rafael Brum. O direito da concorrência como instrumento de defesa do consumidor. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho et al. (org). **Lei antitruste: 10 anos de combate ao abuso de poder econômico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 203.

<sup>103</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 916939/MG. Recorrente: More Comercial Ltda. Recorrida: Companhia Elétrica de Minas Gerais – CEMIG. Relatora: Ministra Denise Arruda. Brasília, 04 de novembro de 2008. Publicação no Diário da Justiça em 03/12/2008. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=consumidor+e+relacao+e+consumo&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=14>>. Acesso em: 25 fev. 2009.

ambiente os elementos indispensáveis à sua existência. Ocorre que, numa primeira análise do tema ambiental, pode-se pensar que ambiente cinge-se a recursos como água, solo e ar; porém, a expressão engloba elementos de maior relação com o homem, pois também se deve considerar o recurso da saúde, do bem-estar, cultural, como integrantes do ambiente<sup>104</sup>.

Nos anos 80, cresceu o interesse pela busca na qualidade de vida, surgindo o interesse pelo desenvolvimento sustentável; no Brasil, em 1981 foi publicada a Lei nº 6.938/81, que estabeleceu a Política Nacional do Meio Ambiente e também nesta mesma década foi publicada a Lei nº 7.347/85, que instituiu a Ação Civil Pública, como instrumento processual hábil, para todas as ocasiões em que houvesse lesão ou ameaça ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. No final da década de 80, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve a constitucionalização do princípio de defesa ao meio ambiente, admitindo a proteção do bem ambiental, sem que com isso fosse impedido o desenvolvimento econômico<sup>105</sup>. Falar da tutela do ambiente implica, sobretudo, examinar questões atuais, presentes em cada momento do desenvolvimento do homem, e este, somente poderá propiciar uma melhor política ambiental, se houver um grau elevado de consciência ecológica desenvolvida através de uma política ambiental que atue com o princípio da prevenção, além dos instrumentos como o estudo prévio de impacto ambiental (EIA/RIMA), o manejo ecológico, o tombamento, as liminares, as sanções administrativas, etc.<sup>106</sup>. É indispensável a proteção que o Estado deve dar ao ambiente, pois no mundo em desenvolvimento constante, fica cada vez mais difícil elaborar de forma independente critérios de sustentabilidade e de equidade, que permitam a relação harmoniosa de desenvolvimento e proteção ambiental<sup>107</sup>.

**O princípio da redução das desigualdades regionais e sociais** se traduz como um princípio de integração, que indica um dos aspectos da justiça social, relacionado com as desigualdades geográficas. Reduzir as desigualdades sociais e regionais constitui um dos objetivos da República Federativa do Brasil, previsto no art. 3º, III da CF/88, cuja forma de efetivação de tal objetivo depende da ordem econômica. André Ramos Tavares<sup>108</sup> salienta que o princípio econômico da redução das desigualdades sociais e regionais, além de se relacionar com o direito à saúde, à educação, à alimentação, à moradia, que são normas contemplativas

---

<sup>104</sup> ABRAMI, Antonino. **Storia, scienza e diritto comunitario dell'ambiente**: dalla conoscenza alla tutela degli ecosistemi. Padova: CEDAM - Casa Editrici Dott. Antonio Milani, 2001, p. 67.

<sup>105</sup> TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Método, 2003, p. 196.

<sup>106</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 37.

<sup>107</sup> GARCÍA, Ernest. **Médio ambiente y sociedad**. Madrid: Alianza, 2004, p. 172.

<sup>108</sup> TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Método, 2003, p. 215-216.



de direitos sociais, também se relaciona com normas tributárias, como o imposto sobre as grandes fortunas, devendo-se também acrescentar a relação com as finanças públicas e orçamento.

O desenvolvimento nacional concretiza-se com a produção e distribuição de riquezas nas mais diversas regiões do país, de tal forma que deve haver compatibilidade entre o desenvolvimento das riquezas e bens de produção nacionais, com o melhoramento da qualidade de vida de toda a população, permitindo a labuta, em condições de igualdade, entre as camadas sociais<sup>109</sup>. Ocorrendo a redução das desigualdades regionais e sociais, ocorrerá o desenvolvimento do Brasil, pois esse só ocorre se existir um “estado de realização comum das pessoas”<sup>110</sup>; pois o desenvolvimento não ocorre com o aumento de quantidade dos bens produzidos ou criados, mas na qualidade com a distribuição dos bens na sociedade, pois se estiver ausente a possibilidade de aquisição dos bens, não se estará provendo igualdade e paz social. Considerando as diferenças geográficas brasileiras, merece, ainda, frisar, que a igualdade de um desenvolvimento econômico depende da atuação estatal, seja investindo ou fiscalizando as atividades desenvolvidas, como ocorreu com a zona franca de Manaus, mantida no art. 40 do ADCT da CF/88<sup>111</sup>.

A compreensão do **princípio da busca do pleno emprego** de forma isolada poderia conduzir a um entendimento de que, pela busca do pleno emprego, os trabalhadores poderiam ser remunerados ainda que de modo insignificante, ou ainda que pudessem lhes ser retiradas as garantias mínimas sociais, visando reduzir os encargos dos trabalhadores e criar novos postos de trabalho. Ocorre que a exegese do princípio do pleno emprego deve ocorrer em perfeita harmonia com o fundamento da ordem econômica, referente à valorização do trabalho humano, o que implica dizer que se deve buscar o pleno emprego, mas mantendo-se todas as garantias mínimas do trabalhador. Este princípio faz com que se compreenda que o constituinte atribuiu ao Estado nacional, o dever de não deixar se aplicar a teoria liberalista do desemprego sempre voluntário, explicada por António José Avelãs Nunes:

Estava relançada também a tese de que o desemprego é sempre *desemprego voluntário*: se o mercado de trabalho funcionar sem entraves, quando a oferta de mão-de-obra for superior à sua procura o preço da mão-de-obra

---

<sup>109</sup> SILVA, Guilherme Amorim Campos da. **Direito ao desenvolvimento**. São Paulo: Método, 2004, p. 63.

<sup>110</sup> MARINHO, Josaphat. Constituição, desenvolvimento e modernidade. **Revista de Informação Legislativa**. Senado Federal, Brasília, a. 34, nº 135, jul/set 1997. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf\\_135/r\\_135-10.pdf](http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_135/r_135-10.pdf)>. Acesso em: 26 fev. 2009.

<sup>111</sup> CASSONE, Vittorio. **Direito tributário**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 95.

(salário) baixará até que os empregadores voltem a considerar rentável contratar mais trabalhadores (grifos do autor) <sup>112</sup>.

O **princípio do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte** parece afrontar o princípio da livre concorrência, como entende Eros Grau <sup>113</sup> pois não manter a igualdade jurídico-formal dos agentes econômicos. O presente princípio busca exatamente a igualdade jurídico-formal para as empresas, que não dispõem de poder econômico suficiente para ingressar em um determinado ramo do mercado, mas cuja presença pode ser essencial exatamente no incentivo à eficiência do sistema, com melhores opções aos consumidores.

Pelo art. 170, IX da CF/88, se determina tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País; o que permite incentivar aos nacionais a constituição de empresas, visto que o estágio do Brasil ainda é de desenvolvimento, e pela globalização, as empresas estrangeiras de potências consolidadas podem competir no mercado interno, o que tornaria inviável a competição interna com o poder externo. O princípio em apreço também se encontra expresso no art. 179 da CF/88, onde o tratamento diferenciado dá-se às microempresas e empresas de pequeno porte, que sob o mesmo fundamento acima, tem proteção constitucional que busca amenizar as diferenças de estruturas das empresas existentes, oferecendo incentivos também aos pequenos empresários, na tentativa de manter o mercado concorrido e não apenas submisso às grandes empresas dominantes do mercado <sup>114</sup>.

#### 2.4.1.1 Princípio da livre concorrência

O princípio da livre concorrência é um dos princípios da ordem econômica, conforme o art. 170, IV da CF/88, e visa manter o mercado brasileiro competitivo. Na lição de Raul Machado Horta <sup>115</sup> é um princípio-valor, ao lado da soberania nacional e propriedade privada, pois entende esse autor que há no art. 170 da CF/88, três tipos de princípios: os princípios-

---

<sup>112</sup> NUNES, António José de Avelãs. **Neoliberalismo & direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 11-12.

<sup>113</sup> GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 209.

<sup>114</sup> A obra citada de Eros Grau também indica os §§ 1º e 2º do art. 171 como sendo contraposições da Constituição ao princípio da livre concorrência, porém vale mencionar o citado dispositivo foi revogado pela EC nº 6 de 1995.

<sup>115</sup> HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 260.

valores (soberania nacional, propriedade privada e livre concorrência); os que se confundem com intenções (redução das desigualdades regionais, busca do pleno emprego, tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e função social da propriedade); e há os princípios de ação política (defesa do consumidor, e do meio ambiente).

A concorrência protegida constitucionalmente é atributo do mercado, que tenta manter a rivalidade dos agentes existentes no campo econômico, com fins de obtenção de maior eficiência do funcionamento do mercado<sup>116</sup>. É através deste princípio que resta assegurada a liberdade de concorrência dos particulares, na medida em que a competição pressupõe uma pluralidade de indivíduos, com igualdade de participação, e com a possibilidade de ingressarem em um mercado, seja de bens ou de serviços, sem que seja concedidos benefícios apenas a alguns dos concorrentes em detrimento dos demais. Isabel Vaz<sup>117</sup> assinala que a livre concorrência apresenta-se como Janus, deus das duas faces, pois de um lado procura assegurar ao agente econômico a livre iniciativa, e de outro, impõe aos mesmos agentes econômicos a proibição de abusos, que possam restringir a concorrência e prejudicar os consumidores.

O princípio da livre concorrência no direito português relaciona-se com a equilibrada concorrência entre as empresas, por meio de uma política de defesa da concorrência a ser desenvolvida pelo Estado, através de normas de política econômica visando certos objetivos que possam restabelecer positivamente as condições de um mercado livre, organizando-o e desenvolvendo-o. Mesmo diante da relação intrínseca de concorrência e mercado, não se pode justificar a proteção ao princípio da livre concorrência apenas por razões econômicas; também há razões de ordem pública a justificarem a proteção à concorrência, pois o controle exercido no mercado reflete no combate de concentrações excessivas do poder econômico que pudesse anular a soberania do consumidor. Ainda se pode relacionar a defesa da concorrência a motivos sociológicos, pois a escolha livre e racional realizada pelo consumidor diante das ofertas no mercado se relaciona com a garantia do desenvolvimento livre da personalidade individual<sup>118</sup>.

Através da pluralidade de agentes em um mercado, os elementos inerentes à qualidade dos bens, preço, serviço de venda etc., passam a ter possibilidade de escolha pelos consumidores, que terão acesso a diversos fornecedores e produtos ou serviços. O elemento protegido através do princípio da concorrência é a liberdade de comportamento, pois visa

---

<sup>116</sup> DEL MASSO, Fabiano. **Direito econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 50.

<sup>117</sup> VAZ, Isabel. Os interesses do consumidor nas fusões e incorporações de empresas. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 35, jul./set. 2000, p. 220.

<sup>118</sup> MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito econômico**. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 272-274, 486-490.

promover uma relação de independência de fornecedores e consumidores, de modo a que o resultado das suas relações seja livre, voluntário<sup>119</sup>. O fornecedor, considerando a existência de concorrentes procurará desenvolver o seu produto ou serviço com um melhor padrão de qualidade e a um preço que atraia o consumidor; este, também livremente terá opção de quais produtos do mercado devem ser comprados. Os comportamentos dos agentes do mercado, portanto, devem ser livres e assim o são devido à concorrência. Em uma situação de monopólio, por exemplo, o ato de compra de um produto pelo consumidor pode não ser livre, pois a aquisição pode está condicionada apenas ao fato de haver um único produto no mercado, independente de tal produto atender ou não sua necessidade de forma satisfatória, seja quanto à qualidade ou preço.

Em um mercado livre, a livre concorrência ocorreria naturalmente, já que nesse tipo de mercado a liberdade de comportamento é o que determina o caminhar das relações traçadas. Ocorre que obter o mercado livre atuando por força da mão invisível defendida por Adam Smith<sup>120</sup> ou pela evolução cultural espontânea, sem deliberação, entendida por Hayek<sup>121</sup> que compreendia a evolução da *extended order of human cooperation*, não é mais tarefa possível na sociedade moderna atual, dada a complexidade das relações existentes.

Hayek entendia que a sociedade e sua organização não eram apenas instinto ou organização racional, mas sim uma evolução cultural espontânea, sem deliberação, que não era a razão, pois esta só surgiu depois e compreendia a evolução da *extended order of human cooperation*, advindo desde os grupos primitivos; onde o instinto gerava o sentimento de solidariedade, nos grupos homogêneos onde vivia o indivíduo. As relações eram regidas pela tradição moral composta por conceitos abstratos, como a honestidade, troca, contrato, comércio e na forma imaginada por Hayek, o indivíduo, somando o conhecimento e as ferramentas de trabalho, passava a produzir itens (produtos) que seriam consumidos em decorrência da necessidade de pessoas indefinidas, gerando lucro ao produtor; e este também passava a gerar empregos, efetuando o pagamento de salários, onde estes trabalhadores constituiriam as pessoas indefinidas e consumidoras. Este seria o ciclo econômico imaginado por Hayek que sustentaria um mercado indefinidamente, na medida em que todas as pessoas teriam papel no mercado, ora produzindo, ora consumindo, formando o desenvolvimento autônomo do mercado, sem nenhuma intervenção estatal.

---

<sup>119</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de proteção da concorrência**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 4.

<sup>120</sup> SMITH, Adam. **Riqueza das nações**. São Paulo: Hemus, 1981, p. 215.

<sup>121</sup> HAYEK, Friedrich August von. **The fatal conceit: the errors of socialism**. Chicago: University of Chicago Press, 2000, p. 11-47.

O ideal de regulação autônoma do mercado desapareceu com a crise de 1929, que desencadeou o fim do Estado liberal, desenvolvendo a necessidade de destaque e proteção ao princípio da livre concorrência, pois o Estado deve garantir que sejam reprimidas condutas que impliquem em abuso no exercício de certas liberdades econômicas, garantindo assim a igualdade de competição entre os concorrentes. Essa igualdade não quer dizer nos meios a serem utilizados pelos concorrentes, mas nas possibilidades de se exercer a competição, pois é normal que haja desigualdade entre um produtor industrial que consiga produzir mais a menor custo, e empresário que produza menos a maior custo; todavia, sendo utilizados meios lícitos de desenvolvimento pelo grande empresário, seu destaque é legal, devendo o Estado assegurar que seja possível a concorrência, com análises econômicas diversas, inclusive de incentivo aos concorrentes.

Derivam deste princípio, todas as normas de política econômica voltadas ao restabelecimento de eventuais disfunções e imperfeições do mercado, por meio das normas de ajuste que restringem alguns direitos empresariais<sup>122</sup>. Por isso se diz que existe um princípio da “livre-concorrência”, mas não existe uma liberdade de concorrência, pois o princípio da livre concorrência é regulamentado, impondo considerações sobre a proteção dos consumidores ou exigências de direitos sociais, uma vez que a concorrência, deixada à sua própria conta tende a autodestruir-se<sup>123</sup>.

Da relação da concorrência com o próprio Estado, e não apenas com os agentes econômicos, desenvolveu-se a compreensão de Isabel Vaz<sup>124</sup>, pela fixação de três vertentes da concorrência: a primeira refere-se à necessidade de se permitir, pela concorrência, a existência digna aos cidadãos, em decorrência da melhor eficiência do mercado; a segunda refere-se à necessidade de se fazer cumprir os direitos econômicos, sociais e culturais do MERCOSUL, servindo a concorrência como instrumento de concretização dos ideais econômicos a serem alcançados pelo mencionado bloco econômico; e a terceira vertente conclui pela função útil que a concorrência deve estabelecer com as políticas públicas, no plano nacional, servindo para implementar todos os objetivos do Estado, tanto no aspecto econômico como nos demais aspectos decorrentes desse. As vertentes relacionam o princípio da livre concorrência com o

---

<sup>122</sup> AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico**: do direito nacional ao direito supranacional. São Paulo: Atlas, 2006, p. 226-228.

<sup>123</sup> CHEVALLIER, Jacques. Estado e ordem concorrencial. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, a. 5, n. 20, out./dez. 2007, p. 138-139. GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 208.

<sup>124</sup> VAZ, Isabel. As três vertentes do Direito da Concorrência. **Revista de Direito Econômico**, Brasília, n. 27, jan./jul. 1998, p. 27-34. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?d253d55aa665a783d176>>. Acesso em: 17 jun. 2008.

cidadão, com o Mercosul (ente supranacional) e com o próprio Estado, possuindo ligação com cada destinatário na consecução de fins que satisfaçam a utilidade de cada um deles.

## 2.5 RELAÇÃO ENTRE LIVRE INICIATIVA E LIVRE CONCORRÊNCIA

Os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência não são sinônimos, compreendendo objetos jurídicos distintos. A livre iniciativa é mais ampla que a livre concorrência, já que por livre iniciativa se compreende o direito de participação dos particulares no mercado, sem que haja restrição imposta pelo Estado. Como direito fundamental constitucional, o princípio da livre iniciativa compreende a liberdade de criação de empresas, ou seja, de iniciar uma atividade econômica; e a liberdade de empresa, que significa a liberdade de gerar autonomamente a empresa, sem interferências externas, havendo liberdade contratual e de organização. Ressalte-se que tal direito não é absoluto, sofrendo limitações que o compatibilizem com outros princípios fundamentais da mesma ordem jurídica<sup>125</sup>.

A livre concorrência, como princípio que garante a equivalência dos concorrentes no mercado, sendo instrumento econômico para realização de políticas públicas, constitui uma limitação ao princípio da livre iniciativa, pois permite ao Estado interferir na atividade econômica, determinando os limites das relações existentes entre os agentes do mercado<sup>126</sup>. Assim, a livre concorrência é compreendida na livre iniciativa, pois através desta se assegura a liberdade a todos de explorarem atividades empresariais, porém esse direito de iniciativa proclamado na Constituição Federal merece ser protegido contra o próprio Estado e contra os particulares, através do princípio da livre concorrência. O direito de iniciativa merece ser protegido contra o Estado, pois neste ponto, o princípio constitucional se projeta em defesa dos particulares contra o ente público, que não pode interferir na economia, fora dos casos constitucionalmente previstos. A atuação do Estado como empresário é exceção, na forma do art. 173 da CF/88, e só deve ocorrer nos casos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo, definidos em lei. O direito de iniciativa se projeta contra os demais particulares, no momento em que ocorre a proteção dos particulares entre si, cabendo controle e proteção dos exercícios empresariais exercidos pelos entes privados, a fim de se evitar

---

<sup>125</sup> MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito econômico**. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 141.

<sup>126</sup> FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 33.

situações onde a concorrência seja prejudicada pela existência, por exemplo, de abuso de poder econômico<sup>127</sup>.

O princípio da livre iniciativa é fundado na liberdade, quando permite o exercício de atividades econômicas pelas pessoas privadas, físicas ou jurídicas, enquanto a livre concorrência é fundada na isonomia, exigindo ações do Estado que evitem a criação de monopólios e de posições dominantes de mercado<sup>128</sup>. A conjugação dos princípios constitucionais da ordem econômica brasileira autoriza e até determina a intervenção estatal na economia, em detrimento do princípio da livre iniciativa, diante de uma justificativa que vise a correção de disfunções do mercado<sup>129</sup>. José Afonso da Silva<sup>130</sup> entende que a intervenção do Estado na economia já não consegue garantir a economia de mercado e a livre concorrência, pois a economia atual está centralizada nas grandes empresas e nos seus agrupamentos, o que impossibilita, pelo próprio sistema capitalista, a possibilidade de promoção de livre concorrência.

A liberdade de iniciativa econômica constitui um dos suportes fundamentais do processo de desenvolvimento pátrio, através do qual o Estado deve atuar sempre de forma vigilante para que o mercado não seja analisado pelas cifras que produz, mas pela liberdade que permite aos agentes e pela justiça social que proporciona<sup>131</sup>. Estas finalidades devem ser protegidas também pela livre concorrência, como instrumento de alcance das finalidades estabelecidas na ordem econômica constitucional.

### 3 CONCORRÊNCIA

---

<sup>127</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, 1 v., p. 189.

<sup>128</sup> SCAFF, Fernando Facury. Efeitos da coisa julgada em matéria tributária e livre concorrência. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, a. 4, n. 13, jan./mar. 2006, p. 147.

<sup>129</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Reflexões a propósito dos princípios da livre iniciativa e da função social. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, a. 4, n. 16, out./dez. 2006, p. 39.

<sup>130</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 495-496.

<sup>131</sup> PETER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 184-186.

A complexidade das relações econômicas atuais, principalmente no plano internacional, faz com que surja a necessária proteção do mercado interno, que permita a preservação do ambiente concorrencial, oferecendo segurança jurídica aos agentes econômicos que nele operem ou venham a operar<sup>132</sup>. Na medida em que se protege a concorrência de determinado mercado, também se está protegendo o direito do consumidor, permitindo que este seja objeto de preocupação pelos agentes de mercado, proporcionando melhores produtos e serviços, a menores preços, numa tentativa de se compatibilizar os princípios constitucionais da livre iniciativa, livre concorrência e defesa do consumidor.

A defesa da concorrência passou por um processo de modificação, analisando-se desde os mercados nacionais fechados, onde o Estado controlava certos setores da economia, até os mercados transnacionais atuais, de economia aberta, onde não mais se permite a política de subsídios e proteção. A proteção à concorrência deve ocorrer proporcionando a liberdade de mercado, e ao mesmo tempo, sem constituir entraves às fusões e concentrações, muitas vezes necessárias para os ganhos em escala no mercado mundial<sup>133</sup>.

Deve-se ter conhecimento da ordem legal que normatiza a defesa da concorrência no Brasil, e dos diversos tópicos de natureza econômica, que são indispensáveis para se conhecer o instituto da concorrência, como os tipos de concorrência: perfeita, imperfeita, praticável, potencial e efetiva. Através de um conhecimento geral sobre a matéria concorrencial é que se pode entender os mecanismos instituídos no Brasil para a defesa da concorrência, com seus órgãos e objetivos.

### 3.1 ESTUDO CONCEITUAL

---

<sup>132</sup> MAGALHÃES, José Carlos de; SAMPAIO, Onofre Carlos de Arruda. A concentração de empresas e a competência do CADE. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 35, n. 140, out./dez. 1998, p. 109. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/422/4/r140-11.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2008.

<sup>133</sup> NASCIMENTO, Cynthia Araujo. A política de concorrência no Brasil e o novo paradigma regulatório. **Revista do BNDES**. Rio de Janeiro, v. 3, n. 5, jun. 1996, p. 167.



A concorrência significa ato ou efeito de concorrer, implicando em uma competição, ou no dizer de Pedro Dutra<sup>134</sup>, é correr junto, disputando a preferência de quem procura um bem ou um serviço. Ainda há a conceituação de concorrência como disputa, luta, jogo e competição entre firmas no mercado<sup>135</sup>.

Para José Cretella Júnior<sup>136</sup>, pode-se falar em três sentidos do vocábulo “concorrência”: na **linguagem técnica do direito e dos mercados**, a concorrência implica disputa entre particulares, indivíduos ou empresas, em relação à compras ou vendas de bens e serviços; no sentido de **concorrência pública**, como espécie do gênero licitação, o significado é de disputa entre particulares, que oferecem bens ou serviços ao Poder Público, para serem escolhidos dentre as ofertas realizadas, desde que preencham o requisito de melhor oferta ou menor preço, dependendo do tipo de licitação. O último sentido da palavra concorrência seria aquele do **campo dos negócios**, que também expressa disputa, só que dos particulares perante os consumidores, a quem oferecem seus produtos e serviços.

Nos dizeres do referido autor, na verdade, a concorrência sempre importará disputa, competição, modificando apenas o destinatário da disputa em cada sentido expressado. Na linguagem técnica a concorrência se volta entre os próprios agentes econômicos; na concorrência de licitantes, a competição não se dá entre todos os agentes econômicos de determinado produto ou serviço, mas apenas entre os licitantes, e nos limites do processo administrativo licitatório; e no âmbito dos negócios, a competição volta-se para os consumidores, agindo os concorrentes na busca de satisfação dos consumidores e não apenas na compra e venda de produtos.

Conceituando a concorrência no âmbito das relações econômicas, que é o sentido que interessa a este estudo, expõe Umberto Celli Junior<sup>137</sup>, que a concorrência ocorre quando cada empresa decide colocar seus produtos no mercado, criando conflito ou rivalidade com outras empresas do mesmo mercado geográfico.

---

<sup>134</sup> DUTRA, Pedro. **Livre concorrência e regulação de mercados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 279.

<sup>135</sup> RAMIM, Áurea Regina Sócio de Queiroz. **As instituições brasileiras de defesa da concorrência**. Brasília: Fortium, 2005, p. 36.

<sup>136</sup> CRETELLA JUNIOR, J. Livre iniciativa e direito concorrencial. In: COSTA, Marcos da; et al (orgs). **Direito concorrencial: aspectos jurídicos e econômicos/comentários à Lei nº 8.884/94 e estudos doutrinários**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 69.

<sup>137</sup> CELLI JUNIOR, Umberto. **Regras da concorrência no direito internacional moderno**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 52.

Ainda, pode-se dizer que a concorrência no mercado ocorre, quando todos os agentes do mercado possam disputar compra e venda de produtos ou serviços, alcançando seus objetivos, todavia sem ferir, desarrazoadamente, as metas dos demais<sup>138</sup>.

O CADE, autarquia federal que tem competência no controle da concorrência no Brasil, também conceituou a palavra concorrência em julgados<sup>139</sup>:

O conceito de concorrência não se limita a preços. Em uma economia moderna, esse fator, associado às tecnologias de produção visando padrões mais elevados de qualidade, maior produtividade, racionalização de custos, diferenciação do produto e outros, constituem elementos básicos da capacidade concorrencial de cada empresa<sup>140</sup>.

O sentido de concorrência como competição, tem quase sempre relação com a atuação dos participantes em um mercado, conduzindo à constatação empírica de que a concorrência existe, desde que haja comércio, desde que haja mercado<sup>141</sup>. A concorrência é norma subjacente ao funcionamento da economia de mercado, ao lado da liberdade de contratação e da propriedade privada, dentre outros atributos<sup>142</sup>.

Além de conceituar a concorrência, é importante saber a partir de qual momento esta passou a ser ligada à regulação de mercado, ampliando o conceito do termo “concorrência”, que além de importar a atuação dos competidores, passa também a compreender a relação do Estado, por meio da regulação, com os participantes de um mercado, no exercício do poder regulamentar. No Brasil, a regulação dos atores privados coincidiu com o aumento da intervenção indireta do Estado, pois este abandonou o intervencionismo direto, com a atuação dos próprios entes estatais no domínio econômico, e deixou com a iniciativa privada a execução de diversos serviços, todavia não abandonou a posição intervencionista, desta vez indireta, por meio do monitoramento, fiscalização e regulação do mercado<sup>143</sup>.

---

<sup>138</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de proteção da concorrência**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 4.

<sup>139</sup> FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Lei da concorrência conforme interpretada pelo CADE**. São Paulo: Singular, 1998, p. 291-292.

<sup>140</sup> Brasil. CADE. Ato de Concentração nº 26/95. Interessadas: Rockwell do Brasil S.A. e Albarus S.A. Indústria e Comércio. Relator: Marcelo Monteiro Soares. DOU 27/12/1995, seção I, p. 22350. FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Lei da concorrência conforme interpretada pelo CADE**. São Paulo: Singular, 1998, p. 291.

<sup>141</sup> FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 29.

<sup>142</sup> CHEVALLIER, Jacques. Estado e ordem concorrencial. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, a. 5, n. 20, out./dez. 2007, p. 133.

<sup>143</sup> MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 74.

### 3.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CONCORRÊNCIA

A concorrência, em uma terminologia genérica, implica a liberdade de atuação dos concorrentes em um mercado; todavia, no seu sentido técnico, significa um instrumento de regulação do mercado. Daí se constata que a concorrência, no sentido técnico, não se vincula, necessariamente, ao modelo econômico liberal, já que a regulação do mercado é algo que não corresponde apenas ao sistema do livre comércio.

Paula A. Forgioni<sup>144</sup> identifica três períodos da evolução das normas que disciplinam a atividade dos agentes econômicos, visando inicialmente tais normas, eliminar distorções tópicas, na tentativa de obtenção de resultados eficazes e imediatos referentes ao mercado.

Este primeiro passo ocorreu na antiguidade greco-romana, quando havia regulamentação dos monopólios, geralmente em períodos de dificuldades econômicas do governo, que se utilizava dos monopólios para criar receita, pois controlava os preços dos produtos, vendendo-os a altos valores. Num segundo momento, a regulamentação foi vista como correlata a um modelo de organização do mercado, obtendo o sentido técnico que lhe é aferido pela ciência econômica.

O segundo momento ocorreu quando, a partir da revolução industrial, abolidas as corporações de ofício e atribuindo-se liberdade ao comércio, se instituiu a liberdade dos concorrentes, já que o risco da atividade era totalmente arcado pelo empresário, podendo este utilizar-se da competição para garantir seus lucros, tendo a regulamentação da concorrência servido para a instauração do Estado Liberal.

Nesta fase da regulamentação da concorrência, busca-se eliminar os monopólios, presentes na primeira fase, todavia, com a livre atuação dos agentes econômicos no mercado, houve a concentração de capitais nas mãos de alguns empresários, o que ocasionou outro fator de instabilidade e de diferenças sociais, possivelmente danosos tanto quanto os efeitos permitidos pelos monopólios.

Por fim, a regulamentação passa a ser vista não apenas como essencial para manutenção do sistema liberal, mas como instrumento de implementação de uma política pública. Coincidentemente à atuação sutil do Estado em regulamentação da economia durante o século XIX, ocorreram as grandes guerras mundiais, no século XX, sendo o Estado, chamado a reimpulsionar as economias de diversos países, aumentando a atuação do Estado

---

<sup>144</sup> FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 32-93.

na economia, passando este a dirigir o sistema, transmutando-se de expectador das relações mercantis para disciplinador da atividade privada, com fins de implementação de políticas públicas.

Dentro das três etapas da evolução da concorrência tratadas por Paula A. Forgioni, como acima ficou demonstrado, pode-se visualizar nitidamente que o Brasil, encontra-se na terceira etapa de regulamentação, sendo a concorrência um instrumento de política pública, como consta claramente no art. 174 da CF/88:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Ressalte-se que uma etapa não é excludente da outra, pois a concorrência ainda é meio de combate aos monopólios, porém este não é o único objetivo do direito concorrencial, pois se evoluiu para a implementação das políticas públicas através do controle concorrencial. Quando o art. 174 da CF/88 fala no poder normativo e regulador do Estado como indicativo ao setor privado, demonstra a utilização, pelo Estado, de seu poder de regulação, voltado à promoção de políticas públicas.

Quando a Constituição elenca o princípio da livre concorrência, como princípio da ordem econômica, no seu art. 170, IV, não resta demonstrado como objetivo maior do mercado nacional, o combate aos monopólios, até porque em outras oportunidades a própria Carta Magna prevê monopólio, como no caso do serviço postal e aéreo nacional (art. 21, X da CF/88).

Aliás, o próprio Estatuto Antitruste permite aprovação de ato de concentração, que gere dominação de mercado, se tiver por objetivo o aumento de produtividade, melhoria de qualidade dos bens ou serviços e maior eficiência e desenvolvimento tecnológico (§ 1º do art. 54 da Lei nº 8.884/94). Pondera-se, neste caso, que há outros fins socialmente relevantes que devem ser defendidos, corroborando, assim, que a concorrência é um meio de controle do mercado, e não um fim em si mesma<sup>145</sup>. A concorrência poderá até ser afastada, se o interesse social e, conseqüentemente, de política pública, a ser protegido for prioritário.

---

<sup>145</sup> SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito econômico**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 293.

### 3.2.1 Regulação e concorrência

Pela evolução histórica da concorrência nos mercados, verifica-se a ligação entre concorrência e regulação estatal, uma vez que esta constitui meio de garantia da atuação da concorrência. O termo regulação, de origem norte-americana, é designado no Brasil por “regulamentação”, e embora haja quem estabeleça diferenças dos dois vocábulos, neste trabalho se dará preferência ao termo “regulação”.

O Brasil iniciou a tentativa de planejamento econômico setorial, de modo incipiente na década de 30, visando normatizar o transporte aéreo nacional<sup>146</sup> e na década de 50, através do Plano Salte, encaminhado pelo Presidente Eurico Gaspar Dutra, ao Congresso Nacional, cuja aprovação ocorreu, instituindo a Lei nº 1.102, de 18 de maio de 1950. O Plano Salte visava desenvolvimento das áreas da saúde (S), alimentação (AL), transporte (T) e energia (E), daí resultando, das iniciais dos setores objeto do projeto, o nome do Plano SALTE.

A regulação ocorreu, nesse caso, com lei formal, necessitando da participação do Poder Legislativo. Ocorre que o plano seguinte instituído no Brasil, no governo do Presidente Juscelino Kubitschek, chamado Plano de Metas, embora também visasse a regulação da atividade econômica, incentivando a indústria naval, estimulando a siderurgia e o setor hidrelétrico, bem como formulando política de desenvolvimento para o nordeste brasileiro, não teve a aprovação ou participação do Poder Legislativo.

A regulação econômica do Plano de Metas prescindiu da atuação parlamentar, no campo de criação normativa, tendo sido emanado apenas pelo Poder Executivo, no cumprimento das diretrizes do governo central<sup>147</sup>. Pode-se vislumbrar a regulação no Brasil, desde a década de 50, já relacionada às políticas públicas.

Constatada a estrita ligação entre a concorrência e a regulação estatal, e notadamente entre esta e as políticas públicas<sup>148</sup>, merece explicitar a classificação de políticas estatais, formulada por Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa<sup>149</sup>, quando tratava sobre as modalidades de regulação. Explica a autora que no Estado liberal, a política estatal encontrada é preferencialmente distributiva; ao passo que no Estado social, as políticas são

---

<sup>146</sup> FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Direito administrativo**. São Paulo: MP, 2008, p. 306.

<sup>147</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Função normativa regulatória e o novo princípio da legalidade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (org.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 53.

<sup>148</sup> FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 193.

<sup>149</sup> FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. **Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados**. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 195-196.

predominantemente redistributivas; e no Estado intervencionista regulador, as políticas são prevalentemente regulativas.

Relativo à convergência da intervenção estatal pela regulação, deve-se explicitar que a regulação tanto pode ocorrer por objetivos declaradamente econômicos, como por outras justificativas, de efeitos econômicos. Desta feita, a regulação tanto atinge os agentes em setores privados realizadores de atividades econômicas, como os agentes que operam em área de reserva estatal (prestadores de serviços públicos, monopólios estatais, etc.)<sup>150</sup>.

Pela regulação, além de se corrigir o funcionamento do mercado diante de eventuais falhas, busca-se proteger os usuários de bens ou serviços, de prejuízos que tais possam causar. No dizer de Clarissa Sampaio Silva<sup>151</sup>, a preocupação do Estado em proteger os usuários de serviços, surgiu a partir do momento em que o Estado, passando do modelo social para o regulador, transferiu ao particular, serviços que antes eram prestados diretamente pelo ente estatal, não podendo haver prejuízos aos usuários, pela mudança do prestador. Ademais, ao contrário da regulação clássica que protegia apenas o mercado, a regulação necessária à sociedade moderna deve ter função social, com combate às práticas antitruste e alto desempenho das agências reguladoras, visando proteger a sociedade, o interesse público<sup>152</sup>.

A regulação não se relaciona exclusivamente com a concorrência, sendo meio de controle desta, mas analisando a regulação na atividade econômica, pode-se encontrar sua relação com a qualidade dos produtos oferecidos, em proteção ao consumidor, ou com a consolidação de política pública, como já se assentou. O modelo de regulação estatal, além de estabelecer requisitos mínimos para a atividade econômica, também influencia na consecução de metas sociais, na medida em que se utiliza o mercado como parceiro do desenvolvimento sócio-econômico do País<sup>153</sup>.

Sobre o tema, Leonardo de Brito Seixas Neves<sup>154</sup> escreveu, estabelecendo quatro tipos básicos de regulação estatal: a primeira seria a regulação técnica, atuando sobre os padrões técnicos dos bens; a segunda a regulação econômica, atuante na remuneração das empresas em determinado setor; a terceira, a regulação das regras de acesso ao mercado; e a quarta, seria a regulação de proteção ou defesa da concorrência. Os três primeiros tipos de regulação

---

<sup>150</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 18.

<sup>151</sup> SILVA, Clarissa Sampaio. **Legalidade e regulação**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 29.

<sup>152</sup> FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. **Paradigmas inconclusos**: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 198.

<sup>153</sup> FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Direito administrativo**. São Paulo: MP, 2008, p. 305.

<sup>154</sup> NEVES, Leonardo de Brito Seixas. Regulação concorrencial e regulação prudencial. In: FONSECA, Antonio (org.). **Limites jurídicos da regulação e defesa da concorrência**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2003, p. 251-252.

mencionados constituem o que se pode chamar de regulação prudencial, atuando de forma preventiva contra práticas antitruste.

No Brasil, a regulação, com já se firmou pela demonstração do art. 174 da CF/88, ocorre de forma prudencial ou concorrencial; preventiva ou repressiva, acrescentando-se, na normatização antitruste, a Lei nº 8.884/92, que cuida do controle de condutas e estruturas no mercado.

### 3.3 MERCADO E CONCORRÊNCIA

O mercado pode ser visto superficialmente como o espaço onde ocorrem as transações comerciais, mas não significa que está relacionado apenas às atividades econômicas de um Estado. O mercado constitui uma ordem, que se exterioriza na expectativa da regularidade de comportamentos, assegurados por padrões objetivos de condutas. É através do mercado que o Estado regula a vida econômica e social da sociedade, implementando políticas públicas de proteção social, por meio de um direito posto que vise disciplinar os mercados, daí se dizer que os mercados são instituições jurídicas<sup>155</sup>. A existência de medidas normativas que promovem os movimentos de troca nos mercados constitui esses em instituições, e não apenas espaços onde se realiza o comércio<sup>156</sup>.

Compreendendo o mercado como espaço das atividades econômicas, este pode ser delimitado, para fins concorrenciais, em razão do produto nele comercializado, ou do espaço geográfico onde está situado. Quanto ao produto, pode-se fazer referência ao mercado do café, da tecnologia, do algodão etc., cada um compreendendo os produtores setoriais da matéria-prima referenciada. No tocante à situação geográfica, pode-se falar em mercado local, sulamericano, asiático, europeu, norte-americano, entre outros.

Fabiano Del Masso<sup>157</sup> indica outros critérios para definição do mercado. Classifica-o, ainda, pelo critério da troca de moedas, que gera o mercado financeiro ou mais especificamente, a sua variante representada pelo mercado cambial; da troca de bens de consumo, que constitui o mercado de consumo; ou ainda da troca de força de trabalho, que

---

<sup>155</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 29-31.

<sup>156</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2005, p. 15.

<sup>157</sup> DEL MASSO, Fabiano. **Direito econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 15.

pressupõe o mercado de trabalho. Na verdade, o mercado monetário e o mercado financeiro são distintos, pois naquele circulam ativos monetários, suscetíveis de conversão imediata em meios de pagamento, como por exemplo, os títulos de crédito e certificados de depósito; no mercado financeiro, a oferta e a procura giram em torno de ativos financeiros, não suscetíveis de conversão imediata em meios de pagamento, tornando-se necessária sua venda, como as operações de financiamento, com recursos permanentes, empréstimos de média e longa duração, ações, obrigações do Tesouro etc..<sup>158</sup>

As relações econômicas ocorrem no mercado, daí este se constituir no objeto da análise econômica de eficiência das relações comerciais e da função reguladora do Estado, onde se promove a participação, o controle e a fiscalização de atividades econômicas.

Em matéria antitruste, embora existam vários tipos de mercado, se utiliza como referência para a verificação das condutas econômicas o mercado de bens ou serviços na relação que estabelece com o consumidor. No mercado de consumo são verificadas as práticas concorrenciais e, a partir de tal análise, constata-se a legalidade ou não da conduta ou estrutura montadas. Saliente-se que o mercado de consumo aqui indicado não é aquele cuja participação se limita às relações consumeristas, mas a palavra consumo é utilizada no sentido de satisfação de necessidades.

As práticas entre instituições financeiras também passam por uma análise antitruste, assim como aquelas que ocorrerem entre fornecedores. Aliás, tal posicionamento não é pacífico, mas nos Estados Unidos se busca proteger, pelas políticas antitrustes, as empresas com dependência econômica<sup>159</sup>. Também na Europa, se utilizou o antitruste contra abusos dos fornecedores contra os distribuidores, porém no Brasil, se difundiu o pensamento de que os problemas entre fornecedores e distribuidores se resolvem na esfera do direito contratual, merecendo avanços nesse posicionamento.

O maior problema enfrentado em cada mercado refere-se à posição dominante exercida por algum agente, ainda que, em sua essência, o mercado seja regulado pelo Estado. Na medida em que um agente passa a exercer posição dominante, este domínio pode ser utilizado não apenas como poder de determinação no mercado, mas também como determinação à ordem política reguladora do próprio mercado. As concentrações econômicas

---

<sup>158</sup> SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito econômico**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 381-383.

<sup>159</sup> FORGIONI, Paula A. **Direito concorrencial e restrições verticais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 88.



têm exercido muita influência na organização pública do mercado, tanto nas decisões administrativas quanto nas legislativas<sup>160</sup>.

O exercício de posição dominante, por si só, não implica em prática anticoncorrencial, pois no § 3º do art. 173 da CF/88 e no art. 20 da Lei nº 8.884/94 (Estatuto Antitruste) a infração à ordem econômica decorre do exercício abusivo de posição dominante. A estrutura legislativa brasileira assemelha-se à disposição legal da União Européia, que também considera proibido o exercício abusivo do poder dominante, consoante o art. 82 do Tratado de Roma<sup>161</sup>. A obtenção da posição dominante, conquistada pelo processo de produção e venda dos produtos ou serviços prestados, com qualidade diferenciada em relação aos demais agentes do mercado, não importa em prática anticoncorrencial. Quando o agente em posição dominante passa a aumentar os preços injustificadamente, sem dar importância à qualidade do produto ou serviço, sua atuação passa a ser anticoncorrencial, pois despreza o consumidor, caracterizando-se a prática como abusiva.

Nos casos do agente dominante passar a adotar postura individualista, sem considerar nenhuma concorrência existência no mercado, sua posição também passa a ser chamada como posição monopolista, embora não seja o único a atuar no mercado<sup>162</sup>. Dentre as práticas caracterizadoras de abuso pode-se mencionar: a imposição de preços de compra e venda, limitação da produção, distribuição ou desenvolvimento técnico, práticas discriminatórias, como os descontos especiais a certos clientes (descontos de fidelidade) e as cláusulas de subordinação. Tais práticas, para que caracterizem abuso de posição dominante não podem decorrer de acordo ou consenso, mas de simples vontade unilateral da empresa<sup>163</sup>.

O conceito de posição dominante assemelha-se ao de poder de mercado, devendo ser estabelecida a diferença, compreendo-se como poder de mercado a manifestação do poder econômico em um mercado relevante identificado, ou seja, a aptidão para influenciar no preço e na quantidade produzida em um determinado mercado relevante<sup>164</sup>. A posição dominante é exatamente a detenção de parcela substancial de poder de mercado, ou seja, mais de uma empresa pode exercer poder de mercado, mas apenas uma delas pode ser detentora de posição dominante.

---

<sup>160</sup> MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito econômico**. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 63.

<sup>161</sup> SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito econômico**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 319.

<sup>162</sup> FORGIONI, Paula A. Posição dominante e seu abuso. **Revista de Direito Econômico**. Brasília, n. 26, set./dez. 1997, p. 108. Disponível em: < <http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 06 jun. 2008.

<sup>163</sup> MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito econômico**. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 514.

<sup>164</sup> GOMES, Carlos Jacques Vieira. **Ordem econômica constitucional e direito antitruste**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004, p. 140.

### 3.3.1 Mercado relevante

Paula Forgioni conceitua mercado relevante como sendo: “aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado”.<sup>165</sup> A compreensão do mercado relevante de um produto ou serviço é indispensável para a caracterização de uma prática concorrencial, pois é no mercado relevante que tem impacto a concentração econômica ou a conduta restritiva. Como o mercado relevante se refere ao local onde atuam determinados agentes, seu conceito também se relaciona com o poder de mercado, constituindo-se nos limites deste.

A definição de mercado relevante fica, assim, relacionada à identificação da extensão do poder de mercado, exercido pelos agentes econômicos<sup>166</sup>. Pode-se proceder à especificação de um mercado relevante através de dois critérios: um material ou referente ao produto negociado, e outro geográfico, condizente com o espaço onde os referidos negócios repercutem.

A Resolução nº 15/98 do CADE foi revogada pela Resolução nº 45/2007, todavia foram mantidos em vigência, os seus anexos e é no Anexo V da Resolução 15/98, que se encontra a conceituação de mercado relevante pelo CADE:

#### 1.6. DOS MERCADOS RELEVANTES

1.6.1. MERCADO (S) RELEVANTE(S) DO(S) PRODUTO(S) Um mercado relevante do produto compreende todos os produtos/serviços considerados substituíveis entre si pelo consumidor devido às suas características, preços e utilização. Um mercado relevante do produto pode eventualmente ser composto por um certo número de produtos/serviços que apresentam características físicas, técnicas ou de comercialização que recomendem o agrupamento.

1.6.2 MERCADO(S) RELEVANTE(S) GEOGRÁFICO(S). Um mercado relevante geográfico compreende a área em que as empresas ofertam e procuram produtos/serviços em condições de concorrência suficientemente homogêneas em termos de preços, preferências dos consumidores, características dos produtos/serviços. A definição de um mercado relevante geográfico exige também a identificação dos obstáculos à entrada de produtos ofertados por firmas situadas fora dessa área. As firmas capazes de iniciar a oferta de produtos/serviços na área considerada após uma pequena mas substancial elevação dos preços praticados fazem parte do mercado relevante geográfico. Nesse mesmo sentido, fazem parte de um mercado relevante geográfico, de um modo geral, todas as firmas levadas em conta

<sup>165</sup> FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 231.

<sup>166</sup> GOMES, Carlos Jacques Vieira. **Ordem econômica constitucional e direito antitruste**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004, p. 155.

por ofertantes e demandantes nas negociações para a fixação dos preços e demais condições comerciais na área considerada<sup>167</sup>.

A delimitação material do mercado relevante é feita a partir da perspectiva do consumidor<sup>168</sup>, pela possibilidade de substituição do produto, de modo que a limitação do mercado ocorrerá englobando todos os produtos que se substituem. Esta delimitação também é chamada de dimensão produto<sup>169</sup>, valendo apenas os substitutos próximos e não os imperfeitos, que implicam perda do bem-estar dos consumidores.

A fixação de um mercado relevante material parte, pois, da especificação de um determinado produto ou serviço, e da análise de fungibilidade deste com outros bens, verificando-se se em caso de aumento de preço do bem especificado, haverá aumento na procura do outro bem fungível. Esse fenômeno constitui a chamada elasticidade cruzada, que é a possibilidade dos consumidores estarem dispostos a substituir um bem pelo outro, diante do aumento de preço de um dos produtos<sup>170</sup>. O movimento de diminuição ou retirada de um produto do mercado implica no crescimento da procura e consequente venda de outro produto similar, ou que substitua aquele que foi retirado do mercado, importando tal constatação na elasticidade cruzada. Como demonstração do fenômeno da elasticidade cruzada pode-se citar o aumento na procura de guardanapos, diante do aumento do preço dos lenços de papel, o que comprova que, embora os dois produtos não servissem à satisfação de uma mesma necessidade pelos consumidores, a partir do aumento do preço de um deles, houve disponibilidade de substituição do produto, tornando-os fungíveis. A possibilidade de troca dos produtos, pelos consumidores, gera a concorrência dos dois fornecedores, situando-os em um mesmo mercado relevante material ou do produto. Esta indicação material (com base no produto) pode sofrer alteração diante de períodos que influenciem na produção do bem, o que torna destacável a possibilidade de uma delimitação temporal que venha a influenciar a demarcação material.

A dimensão temporal relaciona-se com os produtos cuja produção ocorre em determinado período do ano, como as safras, apresentando distribuição heterogênea durante o ano. O seu conceito pode alargar ou restringir a delimitação produto e até influir na delimitação geográfica, já que em períodos de safra, o preço do bem especificado pode cair,

---

<sup>167</sup> Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/Resoluçã%20n%2015,%20de%2019%20de%20agosto%20de%201998.pdf>>. Acesso em: 04 mar. 2009.

<sup>168</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, 1 v., p. 215.

<sup>169</sup> GOMES, Carlos Jacques Vieira. **Ordem econômica constitucional e direito antitruste**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004, p.156-157.

<sup>170</sup> FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 242.

tornando-o substituto de outros, dado o aumento de sua procura, ao passo que em períodos de entressafra, quando o preço do produto aumenta, seu caráter de substitutibilidade também se restringe.

A delimitação geográfica é feita a partir de determinada base geográfica, referindo-se à definição do espaço em que os produtos ofertados são tratados como substitutos. Da mesma forma que ocorre com a questão material, também a delimitação geográfica pode ser alterada em situações de tempo, uma vez que, por exemplo, em época de safra, um produto pode ser vendido substituindo outro em diversos mercados, atingindo inúmeros consumidores, ainda que haja o acréscimo dos meios de transporte e imposto, dado o preço baixo do bem.

Ocorre que em época de entressafra, o aumento do preço, na própria base de produção, restringe sua distribuição em outros mercados distantes. O encarecimento do valor, com a agregação de despesas de transporte e impostos, aumenta o preço final, de tal modo que não satisfaz a procura pelos consumidores de locais mais distantes. Paula A. Forgioni<sup>171</sup> entende que não há critérios para se diferenciar a delimitação temporal da material, ao passo que Carlos Jacques Vieira Gomes<sup>172</sup> utiliza os três critérios de delimitação de um mercado relevante.

Pelo exposto, verifica-se que o critério temporal é uma forma de alteração tanto da delimitação material como da geográfica, acarretando mudanças que interferem no preço e na possibilidade de substituição de produto, bem assim na expansão ou restrição do espaço geográfico de um produto; sem merecer pelo seu caráter incidental, a distinção como critério de delimitação autônomo para caracterização de mercado relevante.

O mercado relevante tem grande importância na verificação do poder econômico de um agente, com relação às possíveis infrações à ordem econômica por ele praticadas. Deve o julgador primeiro encontrar qual o produto em questão, com os seus substitutos próximos, para depois situar o espaço geográfico de sua atuação.

Encontrar o mercado relevante de um determinado bem ou produto é indispensável para se verificar se o concorrente exerce posição dominante de mercado, e tal constatação é indispensável na apreciação de práticas antitruste. Diante de processos de investigação antitruste, pode ocorrer dos concorrentes/representados desejarem ampliar o mercado relevante onde atuam, pois assim o fazendo aumentam os concorrentes do mercado total,

---

<sup>171</sup> FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 232.

<sup>172</sup> GOMES, Carlos Jacques Vieira. **Ordem econômica constitucional e direito antitruste**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004, p. 181.

afastando-se a posição dominante mais facilmente verificável em um mercado relevante menor (real).

### 3.4 TIPOS DE CONCORRÊNCIA

A concorrência possui, na prática, diversas formas de exteriorização, formando ambientes onde as condutas dos agentes caracterizam diversos tipos de concorrência. Como a concorrência se desenvolve de diversas maneiras, em diversos ambientes, contribuindo ou não para seu fim maior, de manter o mercado com a disputa aquecida, de modo a beneficiar o consumidor, faz-se necessária uma análise sobre alguns tipos de concorrência (perfeita, imperfeita e praticável; concorrência efetiva ou potencial) e das exteriorizações ou práticas concorrenciais (leal ou desleal).

#### 3.4.1 Concorrência perfeita e imperfeita

A noção de concorrência perfeita, segundo os ensinamentos de Adam Smith, onde havia tipos ideais de unidades empresariais no mercado que influenciavam na determinação das variáveis: quantidade de produção e preço está superada. Considerava-se como preço natural, o mais baixo que pode ser utilizado na livre competição, capaz de ser tolerado pelos vendedores, apenas nos momentos em que os produtos ou serviços a serem produzidos foram na quantidade suficiente a cobrir a demanda, tornando necessário um preço concorrencial. Na situação monopolista, o preço a ser praticado será o mais alto que os consumidores puderem suportar, demonstrando-se assim, que os preços e quantidades de produtos ou serviços no mercado, dependeriam apenas das atitudes dos agentes participantes do sistema<sup>173</sup>.

Constata-se a impossibilidade de se encontrarem estas unidades empresariais ideais na economia atual, visto a complexidade das relações comerciais existentes, onde vários fatores influenciam na determinação de quantidade e preço de mercadorias, não havendo apenas a ligação entre vendedor e comprador. Pode-se definir a concorrência como perfeita ou

---

<sup>173</sup> SMITH, Adam. **Riqueza das nações**. São Paulo: Hemus, 1981, p. 38-41.

imperfeita, a partir das características encontradas pelos concorrentes do mercado, considerando que a concorrência perfeita é um tipo ideal que funciona como padrão de aferição de realidades<sup>174</sup>.

Na concorrência perfeita encontra-se uma equivalência dos concorrentes, importando em sua igualdade no mercado, o que designa a **atomicidade**, uma vez que os concorrentes equivalem a um átomo, de modo que o preço de um produto ou serviço, atribuído por um concorrente, não pode afetar a formação do preço no mercado, dada a independência dos agentes.

Outra característica da concorrência perfeita é a **fluidiez**, pois através dessa, todos os concorrentes teriam conhecimento da intenção e da estratégia de atuação dos outros, estando o mercado com livre acesso de entrada e de saída; sendo clara a quantidade e qualidade de oferta e de procura, que propicia o acesso à informação dos demais concorrentes.

Com a fluidez é fácil a identificação por um concorrente, se o produto a que se propõe oferecer, em um determinado mercado, possui chances de competição ou não.

Ainda como característica da concorrência perfeita, tem-se a **homogeneidade** do produto, o que influencia na formação dos preços sem grandes desigualdades. Esta característica não quer dizer que todos os produtos são idênticos, mas que são substituíveis. Pela homogeneidade, torna-se justa a diferença de preço dos bens, dentro da diferença de qualidade do produto, e não apenas a diferença de preço atribuída por determinado fabricante, como ocorre hodiernamente.

Na verdade, essas características da concorrência perfeita mencionadas, correspondem aos pressupostos da concorrência reconhecidos pelo paradigma neoclássico, como expõe Elói Martins Senhoras<sup>175</sup>, onde a concorrência ocorre desde que ausente o poder de mercado, e a rivalidade das firmas, já que as ações de uma firma não influenciam nas outras.

Atente-se que a expressão paradigma não pode ser confundida com teoria, não devendo os vocábulos ser utilizados como sinônimos, pois aquele tem uma característica a mais que este, compreendida na necessidade da utilização disciplinar do conceito, como demonstrou Thomas Kuhn no seu conceito de paradigma: "... sugiro 'matriz disciplinar': 'disciplina' porque se refere a uma posse comum aos praticantes de uma disciplina particular; 'matriz' porque é composta de elementos ordenados de várias espécies, cada um deles

---

<sup>174</sup> SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito econômico**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 248.

<sup>175</sup> SENHORAS, Elói Martins. Defesa da concorrência: políticas e perspectivas. **Revista de Gestão USP**. Caderno de Pesquisas em Administração. São Paulo: v. 10, nº 1, jan./mar. 2003, p. 82. Disponível em: <<http://www.ead.fea.usp.br/cad-pesq/arquivos/v10n1art7.pdf>> Acesso em: 30 jun. 2008.

exigindo uma determinação mais pormenorizada”<sup>176</sup>. Tem-se um paradigma na idéia que circunda entre os membros de uma comunidade científica, envolvendo-se do conjunto de crenças, valores, generalizações simbólicas, concretas soluções de problemas, que assumem status de exemplo e que são ensinados aos estudantes no início dos estudos, encontrados nos manuais e nos laboratórios.

Nem toda teoria é paradigma, salvo se preenchidas as características supra, mas o que se vê em grande parte são teorias que não definem os problemas e os métodos legítimos de utilização de um campo de conhecimento, que não comportam ser chamadas de paradigmas<sup>177</sup>. No foco do paradigma neoclássico, verifica-se que tal preenche o requisito maior de matriz disciplinar, podendo-se designar não simplesmente uma teoria, mas um paradigma, que se baseia nos seguintes pressupostos: atomismo e independência dos agentes, racionalidade maximizadora, informação perfeita, livre mobilidade dos agentes e dos recursos, e homogeneidade dos produtos.

A concorrência perfeita, todavia, é tida como incompatível com o modo de produção capitalista, na medida em que neste, o poder econômico é insuprimível, pois o poder das grandes empresas traz a existência de estruturas abusivas no mercado, daí ter se desenvolvido o conceito de concorrência praticável, já que a perfeita fica adstrita ao plano ideológico.

No tocante ao controle do mercado, além do paradigma neoclássico, também se encontra a teoria marxista, onde através desta, a coordenação da atividade econômica privada é obtida, caracteristicamente, pela interação dos agentes em competição no mercado, mas isso não exclui o papel relevante do Estado e de outras instituições nos processos de coordenação. Veja-se que enquanto a teoria neoclássica não prevê intervenção do Estado, na teoria marxista tal intervenção é existente.

Há ainda uma terceira teoria, denominada neo-schumpeteriana, que acredita ser equívoco, atribuir à intervenção legal do Estado, o poder de fazer a grande empresa operar como se houvesse concorrência perfeita. Pela teoria neo-schumpeteriana<sup>178</sup>, estando a sociedade capitalista em constante mudança, os fatores determinantes destas transformações estruturais devem ser gerados dentro do sistema – a que se deu o nome de destruição criadora

---

<sup>176</sup> KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2007, p. 228.

<sup>177</sup> PELLIZZONI, Luigi; OSTI, Giorgio. **Sociologia dell’ambiente**. Bologna: Società editrice il Mulino, 2003, p. 57.

<sup>178</sup> COMIN, Alexandre. **Um estudo sobre as relações estruturais entre fundo público, indústria e progresso técnico no capitalismo contemporâneo**. Dissertação (Mestrado em Economia). Instituto de Economia da UNICAMP. Campinas, 1991. Disponível em: <[http://www.pucsp.br/~acomina/textos/mestre\\_su.html](http://www.pucsp.br/~acomina/textos/mestre_su.html)>. Acesso em: 03 ago. 2008.

– pela destruição do velho e criação de algo novo, sem que sejam impostos, externamente, fatores para adequarem os concorrentes ao desenvolvimento do mercado.

A teoria neoclássica, como se pode ver, não passa de abstração teórica e as teorias marxista e neo-schumpeteriana, comungam da inexistência no plano real da concorrência perfeita, restando apenas adequações do tipo concorrência imperfeita, na busca de uma concorrência praticável.

Na concorrência imperfeita não mais se encontra a equivalência dos concorrentes, mas agrupamentos de alguns desses, formando grupos fortes que podem quebrar o equilíbrio do mercado, forçando condutas ou desistência de concorrentes menores, daí esta característica ser chamada de **molecularidade**, como oposição à atomicidade. Cada concorrente já não age mais individualmente, mas agrupado em focos de força.

Como as relações em um ambiente dominado pela força econômica ou demais modos de controle passa a ser um ambiente de desconfianças, e onde os atos merecem muita cautela, por medo de retaliações, atribui-se a característica de **viscosidade**, como contraposição à fluidez da concorrência perfeita, onde há verdadeira liberdade de competir. Pela própria característica de viscosidade, encontra-se a ausência de informação simétrica, exatamente porque os concorrentes querem esconder suas reais intenções no mercado, fazendo surgir um ambiente de sujeição e dependência.

Por fim, enquanto numa concorrência perfeita busca-se a homogeneidade do produto, que propicia o direito de escolha do consumidor, na imperfeita há **heterogeneidade** do produto, na medida em que para manter o domínio, são disponibilizados produtos com qualidade bem diferentes, gerando espécies de monopólio em determinada qualidade, e assim, elimina-se a substituíbilidade dos produtos.

Ainda ocorre a insubstituíbilidade de produtos na medida em que, em um ambiente de concorrência imperfeita, cria-se um novo produto, mas se impede que os demais concorrentes possam ofertar o mesmo bem, gerando um monopólio, que fere frontalmente os princípios de liberdade de oferta numa concorrência perfeita ou mesmo praticável.



### 3.4.1.1 Concorrência praticável

No estágio atual da economia moderna, torna-se utópico falar na existência de uma concorrência perfeita de mercado, todavia não se deve determinar que a concorrência a permear o mercado seja sempre imperfeita, com todas as suas falhas. Deve-se buscar amenizar os efeitos danosos de uma concorrência imperfeita, chegando-se a outro tipo de concorrência, denominado concorrência praticável ou possível.

Compreendendo-se a concorrência perfeita como aquela onde não se encontra necessidade de intervenção estatal, pois o mercado, pela própria atuação de seus concorrentes, consegue controlar as suas eventuais falhas, conclui-se que os ordenamentos jurídicos, já reconhecem a impossibilidade da perfectibilidade mercantil, tanto que já preveem a regulação estatal como mecanismo de salvaguarda da concorrência.

A regulação dos mercados, sendo prevalente na política do Estado intervencionista regulador, constitui uma forma de afastar as práticas abusivas do poder econômico, prevenindo ou reprimindo tais práticas, obtendo-se, ainda que de forma cogente, um mercado com concorrência possível<sup>179</sup>. Não se quer dizer com isso, que a regulação antitruste busque apenas coibir condutas, pois, na verdade, a regulação antitruste assim como a regulação setorial promovida pelas agências de regulação, em setores específicos da economia, fazem parte de uma nova forma de regulação, chamada de regulação social, e seu objetivo é monitorar e incentivar as práticas de mercado e não controlar e coibir<sup>180</sup>.

Umberto Celli Junior<sup>181</sup> fala em concorrência factível, estabelecendo-a entre a concorrência imperfeita dos oligopólios e a concorrência perfeita. Destaca a necessidade de regulamentação da concorrência, com fins a impedir os acordos horizontais e verticais, bem como as tentativas de abuso de posição dominante, possibilitando-se manter a concorrência factível mesmo em situação de oligopólio; e fiscalizar as fusões, evitando concentração do mercado. O que a concorrência praticável visa, não é a solução dos problemas funcionais do mercado, mas permitir um grau mínimo de concorrentes no mercado, e conseqüentemente, garantir a concorrência.

---

<sup>179</sup> DUTRA, Pedro. **Livre concorrência e regulação de mercados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 283.

<sup>180</sup> FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. **Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados**. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 195-199.

<sup>181</sup> CELLI JUNIOR, Umberto. **Regras de concorrência no direito internacional moderno**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 54-57.

O estudo do direito antitruste pode proteger a concorrência de duas formas: entendendo-a como um fim em si mesma, como faz a Escola Estruturalista, também chamada Escola de Harvard e os representantes da Escola Ordo-Liberal<sup>182</sup>; ou como um instrumento para a eficiência alocativa do mercado, como compreende a Escola de Chicago. Esta Escola trouxe ao direito antitruste, a análise econômica do direito<sup>183</sup> com a ligação entre os elementos econômicos, sua valoração e a obtenção da finalidade maior da sociedade que é a paz diante de uma vida digna. A corrente que entende a concorrência como um fim em si mesma, como um valor a ser perseguido de forma absoluta chama-se concorrência-condição; enquanto a que vê a concorrência como um meio privilegiado para obter o equilíbrio econômico denomina-se concorrência-instrumento<sup>184</sup>.

A concorrência protegida no direito brasileiro é a praticável, e não a perfeita, que independe de regulação, pois desde os dispositivos constitucionais da ordem econômica, encontra-se o Estado como agente regulador da atividade econômica, o que corresponde à proteção da concorrência praticável. Além do mais, o essencial não é mais a pluralidade de empresários que oferecem bens e serviços, mas o tipo de comportamento destes agentes, tanto que se fala em concorrência oligopolista ou mesmo monopolista, integrando o conceito de concorrência com fenômenos que antes eram considerados anticoncorrenciais<sup>185</sup>.

### 3.4.2 Concorrência efetiva e potencial

A concorrência efetiva se dá entre os agentes que atuam em um mesmo mercado relevante. Os agentes que atuam em concorrência efetiva possuem os comportamentos relacionados, já que o aumento ou a diminuição de preço ou qualidade do bem ou serviço oferecido por um deles trará repercussão no outro.

Pela concorrência efetiva, constata-se a ausência de independência da empresa, ou seja, resta comprovada a ausência de monopólio, dada a existência de mais de um

---

<sup>182</sup> GOMES, Carlos Jacques Vieira. **Ordem econômica constitucional e direito antitruste**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004, p. 179.

<sup>183</sup> FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 173.

<sup>184</sup> BRITO, Carlos Alberto de. **O controle de atos de concentração: formas de intervenção do Estado no domínio econômico**. 2001. 175 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas: CCJ). Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa. 2001, p. 91.

<sup>185</sup> SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito econômico**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 251.

concorrente, cujas práticas repercutem em todos os concorrentes, pertencentes a um mesmo mercado relevante.

A concorrência potencial, por sua vez, ocorre quando os agentes ainda não se encontram em um mesmo mercado relevante, porém, o simples fato de um concorrente temer a entrada do outro, no seu mercado de atuação e, com isso, tomar atitudes considerando a ameaça da concorrência, faz com que o concorrente externo seja tido como concorrente potencial. Na concorrência potencial, também existe relação de concorrência entre os agentes, pois como se disse, o concorrente ativo em determinado mercado relevante, atuará em observância ao concorrente potencial.

Impende ressaltar que, embora de fácil compreensão, na prática, a concorrência verificável é aquela efetiva, pois a potencial depende de diversos fatores, como por exemplo, as barreiras à entrada, que na atualidade não estimulam a relação de concorrência potencial entre os agentes econômicos.

#### 3.4.2.1 Barreiras à entrada de concorrente

Uma das formas de se controlar a concorrência, limitando a produção ou venda de determinado bem ou serviço a um único agente ou a um número reduzido destes, é através das barreiras à entrada de concorrentes. No período da Idade Média, houve um interesse dos mestres e artesãos em fortalecer o comércio e o artesanato das cidades, formando-se as corporações de ofício, que disciplinavam as atividades dos seus membros, com a função de controlar o mercado, evitando a concorrência. As corporações mantinham o monopólio de mestres e artesãos e limitavam a concorrência entre os membros das corporações, através de normas estabelecidas nos seus estatutos, inclusive determinando que toda mercadoria que entrasse ou saísse da cidade tinha que passar por suas mãos, o que impossibilitava o acesso no mercado da cidade, de produtos estrangeiros<sup>186</sup>. O controle da concorrência exercido pelas corporações de ofício dava-se através das barreiras à entrada de produtos ou serviços, constituindo em forte forma de controle do mercado.

---

<sup>186</sup> FONSECA, Antonio (org.). **Limites jurídicos da regulação e defesa da concorrência**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 234-235.

A ausência de barreiras à entrada e saída de bens em um mercado, implica a existência da característica de fluidez, firmada como necessária, para a utópica concorrência perfeita<sup>187</sup>. Inúmeros fatores influenciam a entrada e a saída de agentes econômicos de um determinado mercado relevante, por exemplo, estimulando o ingresso pela ausência de alta tributação, ou mesmo pela concessão de isenções fiscais que visem estimular o crescimento do mercado econômico local. Analisando-se uma situação de monopólio, onde o monopolista fixe o preço de seu produto dentro de sua órbita de lucros altos, tornando-se um agente de grande poder econômico, fica praticamente ausente eventual concorrente potencial, pois o agente monopolista não vai ter receio de que alguém arque com altos custos de investimento, para arriscar a concorrência. Os Estados Unidos da América, imediatamente após a sua independência utilizaram uma política econômica de tarifas protetoras, protegendo seu mercado interno, fato que também ocorreu na Rússia, em 1877, na Alemanha, em 1879 e na França, em 1881<sup>188</sup>.

Ocorre que, a ausência de concorrência potencial pode ser reformada, a partir do momento em que houver incentivo a um concorrente, para ingressar em determinado mercado, encontrando este, liberdade de ingresso no mercado monopolista, a custos baixos, que permitam lucros ao final. Ressalte-se que as barreiras à entrada não são impostas apenas pelo Estado, com seu poder regulador e sua carga tributária. Tanto há as barreiras regulatórias, onde ocorre intervenção estatal, como há as barreiras comerciais, próprias da natureza do negócio comercializado.

Nas chamadas economias de escala, onde o custo unitário cai à medida que a produção aumenta<sup>189</sup> fica difícil incentivar uma concorrência potencial, pois o preço oferecido pelo concorrente efetivo, dado o volume da demanda, é difícil de ser suportado por um concorrente novo no mercado, que vendendo menos produtos, conseqüentemente não poderá atribuir preço, sequer igual ao do concorrente efetivo.

Outra barreira à entrada, que independe da atuação estatal, é o acesso facilitado de apenas um dos concorrentes (monopolista) a um determinado recurso natural, indispensável à produção em concorrência. Ora, se o agente que negocia com granito é exatamente o dono da propriedade, os preços por ele praticados poderão ser inferiores ao preço praticado por um

---

<sup>187</sup> SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito econômico**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 248.

<sup>188</sup> HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. 21. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1986, p. 239.

<sup>189</sup> GOMES, Carlos Jacques Vieira. **Ordem econômica constitucional e direito antitruste**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004, p. 165.

terceiro, que, adquirindo o direito de explorar o minério, terá de arcar com o percentual do proprietário, o que influi no preço final de um produto.

Assim, no caso específico do minério acima citado, a probabilidade é de que a facilidade obtida pelo concorrente efetivo afaste eventuais concorrentes potenciais, pelo menos no mercado relevante tratado. Um terceiro pode ser mais recompensado ao desenvolver suas atividades em outro mercado relevante, que arriscar competir com alguém que poderá oferecer o mesmo bem, com a mesma qualidade, a preço inferior. Logicamente, os custos do negócio desestimulam um concorrente potencial.

### 3.4.3 Concorrência leal e desleal

A presença de mais de um sujeito, como fornecedor no mercado, deve ser mantida em equilíbrio, não podendo ser aceitas formas de concorrência que deturpem o sistema da liberdade de participação, como ocorre com a concorrência desleal.

A concorrência desleal, embora não cause lesão à ordem econômica, atinge diretamente outras pessoas (concorrentes) existentes no mercado, pois na verdade, sabe-se que toda concorrência almeja que um indivíduo sobressaia a outro, porém, quando os meios empregados são inidôneos, caracterizada fica a concorrência desleal, reprimida no âmbito civil e penal, se for o caso.

Para caracterização da concorrência desleal não são buscados os objetivos ou efeitos de determinada conduta, mas os meios pelos quais a referida foi praticada, pois só haverá a deslealdade punida, se os meios empregados forem inidôneos.

A concorrência que gere infração à ordem econômica é combatida também no âmbito administrativo, além do civil e penal, já citados, pois afronta interesse do Estado, na medida em que fere estruturas básicas de organização da economia, quando ocasionam a dominação de setores da economia, eliminação da concorrência ou aumento arbitrário de lucros. Dificilmente a mesma prática de concorrência desleal irá caracterizar infração à ordem econômica, salvo situações específicas, como a utilização de meios enganosos para promover a oscilação dos preços de concorrente<sup>190</sup>, pois assim, tanto haverá a utilização de meio inidôneo para conquistar a clientela de concorrente (concorrência desleal), como se verificará

---

<sup>190</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, 1 v., p. 202.

a utilização do poder econômico prejudicando a competição, e de modo reflexo a coletividade (infração à ordem econômica). No âmbito penal, os crimes de concorrência desleal encontram-se prescritos no art. 195 da Lei nº 9.279/96, nos seus quatorze incisos.

A concorrência leal, por sua vez, é aquela em que um agente do mercado, buscando auferir lucros, utilizará meios lícitos, para obtenção de seu fim. Inúmeras práticas de concorrência são aceitas, posto que lícitas. Pode-se citar a venda de mercadoria por preço bem inferior ao mercado, em períodos pós-coleção, ou seja, nas chamadas liquidações de coleções findas, pois neste caso, embora se pratiquem preços inferiores ao mercado, há uma justificativa que fundamente o fato, sem que tal prática seja tida por ilícita.

Relaciona-se à concorrência leal, a *contrario sensu* do que seria desleal, é a conduta onde um agente auferir lucros e vantagens sobre os demais concorrentes, todavia o faz com a preferência dos consumidores, satisfeitos com a qualidade do produto ou serviço prestados, com as informações verdadeiras ressaltando as qualidades dos mencionados, atendendo, pois, aos anseios dos compradores dentro da nova ordem consumerista instaurada.

A concorrência desleal não se confunde com o direito da concorrência, pois aquela não tem preocupações macro-econômicas, de proteção do mercado e conseqüentemente dos consumidores e produtores, mas a proteção individualizada de agentes afetados pelo ato combatido<sup>191</sup>.

### 3.5 CONCORRÊNCIA COMO MATÉRIA DE DIREITO ECONÔMICO

A política antitruste no Brasil, a partir dos seus instrumentos legais, surgiu com natureza penal, como se pode observar do Decreto nº 869/38 e na Lei nº 1.521/51, embasada pela compreensão de que a matéria inerente à concorrência seria ramo do direito penal, como acredita José Inácio Gonzaga Franceschini<sup>192</sup>, fundamentado no fato de que o direito da concorrência tutela, sob sanção, as relações entre os agentes econômicos e os consumidores.

---

<sup>191</sup> SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito Económico**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 292.

<sup>192</sup> FRANCESCINI, José Inácio Gonzaga. **Introdução ao direito da concorrência**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 8.

A ligação entre o combate antitruste e o direito penal é facilmente verificada na legislação dos Estados Unidos, onde o processo é misto e, inclusive, pode ocorrer aplicação de pena privativa de liberdade, o que não ocorre no Brasil<sup>193</sup>.

O entendimento de que o direito da concorrência é ramo de direito penal, acrescenta como ramo deste, o direito penal econômico, onde se diz enquadrar a legislação antitruste, que pune com penas previstas em lei, as condutas que atentem contra o direito tutelado (livre concorrência). De fato esta corrente tinha razão de ser, até o estatuto concorrencial instituído pela Lei nº 4.137/62, posto que essa trazia em seu bojo a utilização de formas do processo penal para o trâmite do processo no CADE: “**Art. 36.** Na instauração do processo observar-se-á o disposto no Livro II, Capítulo III, Título I do Código de Processo Penal, com as alterações constantes desta lei.”

A natureza da legislação de 1962 tinha realmente matizes no direito penal, principalmente porque naquele instante, não havia desenvolvimento do direito econômico no Brasil, que vivia fase intervencionista do Estado, só diminuída a partir da Constituição Federal de 1988. Daí, após a CF/88, com o estatuto antitruste de 1994, nova inspiração permeou a atividade antitruste nacional, embora ainda haja quem entenda existir natureza penal<sup>194</sup> na Lei nº 8.884/94, todavia nova corrente passou a preponderar no entendimento de que o direito concorrencial é ramo do direito econômico.

O próprio direito econômico ficou sujeito a conceituações amplas ou confusas, porém se houver partida do conceito dado por Fabiano Del Masso<sup>195</sup>, haverá melhor compreensão do tema, já que para este, o Direito Econômico é constituído das normas que regulam a ordem econômica e as relações entre os agentes econômicos na realização da atividade econômica. Washington Albino Peluzo de Souza<sup>196</sup> também conceitua Direito Econômico de forma bastante elucidativa, fixando a regulamentação da política econômica como seu objeto e os agentes que participem desta política como sujeitos deste ramo do Direito.

---

<sup>193</sup> VAZ, Isabel. As três vertentes do Direito da Concorrência. **Revista de Direito Econômico**, Brasília, n. 27, jan./jul. 1998, p. 26. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?d253d55aa665a783d176>>. Acesso em: 17 jun. 2008.

<sup>194</sup> LUPATELLI JUNIOR, Alfredo; MARTINS, Eliane Maria Octaviano. Joint ventures e a defesa da concorrência no Brasil. **Revista de Direito Econômico**. Brasília, n. 29, jan./jul. 1999, p. 153. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?d253d55aa665a783d176>>. Acesso em: 17 jun. 2008.

<sup>195</sup> DEL MASSO, Fabiano. **Direito econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 22.

<sup>196</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. São Paulo: LTr, 1994, p. 23.

Há quem defenda<sup>197</sup> que o direito concorrencial não pode ser ramo do direito econômico, pois se assim o fosse estar-se-ia transferindo a titularidade do bem jurídico por aquele tutelado - livre concorrência – para o Estado, ferindo o art. 1º da Lei nº 8.884/94, que determina que o titular do bem jurídico é a coletividade.

Entende-se que o direito econômico reflete a política econômica do Estado, traduzindo a direção que este empresta ao processo econômico; todavia, em que pese ao direito econômico ter como objeto a regulamentação da política econômica, isso não faz com que o Estado seja o titular de todos os direitos abrangidos pelo direito econômico. Ocorre que argumentar que o Estado será sempre o titular dos direitos compreendidos pelo direito econômico é grande equívoco, pois basta analisar o conceito de Washington Peluzo Albino de Souza, para constatar que o sujeito ou titular do direito econômico será o agente participante do mercado cuja atividade está sendo regulamentada.

Isso implica dizer que a regulamentação não parte necessariamente do interesse do Estado, mas do interesse do particular e da coletividade, conforme se apresente em cada caso, o que importa na compreensão de que o direito concorrencial está contido no direito econômico. Destaque-se que também se desenvolveu a corrente que disciplina o direito da concorrência como parte do direito administrativo, porém a própria matéria econômica, com sua constante evolução esbarra na dificuldade estática que o direito administrativo teria de acompanhar a disciplina concorrencial<sup>198</sup>.

Ademais, vincular o direito de concorrência ao direito administrativo apenas pela estrutura dos órgãos que compõem o sistema brasileiro de defesa da concorrência seria valorizar mais o aplicador da matéria do que ela própria. O enquadramento da matéria antitruste no direito administrativo também ocorre pela compreensão de que naquela, o Estado age com poder de polícia, e sendo este conteúdo componente do direito administrativo, a este pertence o direito concorrencial<sup>199</sup>.

Não há mais a norma jurídica que emprestava caráter penal ao direito concorrencial, bem como o conteúdo do mencionado direito não se relaciona com a matéria de Direito Administrativo. Dada a estrita relação da ordem econômica e financeira constitucional com o

---

<sup>197</sup> FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Introdução ao direito da concorrência**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 10.

<sup>198</sup> OLIVEIRA, Amanda Flávio de. **Direito da concorrência e o poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 8.

<sup>199</sup> FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Introdução ao direito da concorrência**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 8.



Direito concorrencial, somente se pode concluir que a concorrência é matéria do Direito Econômico.

### 3.6. CONCORRÊNCIA E CONSUMIDOR

Já se disse que a livre concorrência constitui princípio constitucional da ordem econômica, com base no art. 170, IV da Carta Magna, observados o fim máximo de existência digna conforme os ditames da justiça, imposto no *caput* do mencionado artigo.

Falar em existência digna numa economia capitalista importa falar em relação de consumo, que dará algumas condições da já mencionada dignidade, e por isso, a defesa do consumidor também se encontra como princípio da ordem econômica, consoante o mencionado art. 170, V da CF/88. Quando se defende a concorrência, também se defende o consumidor, pois estes princípios possuem como ponto comum, a proteção aos direitos e interesses difusos de uma sociedade, e dentre os direitos a serem protegidos, pelas normas concorrenciais e consumeristas, encontra-se além da dignidade da pessoa humana, a própria cidadania<sup>200</sup>, pois a livre concorrência constitui componente fundamental daquela<sup>201</sup>.

A proteção à livre concorrência oferecida no sistema jurídico brasileiro visa impulsionar a eficiência do mercado<sup>202</sup>, mas buscando a dignidade dos cidadãos, e assim, volta-se à proteção do consumidor. Em um mercado eficiente haverá mais opção ao consumidor, de produtos substituíveis, com diferenças de qualidade e preço, onde o comprador possa optar pelo bem que melhor satisfaça sua necessidade, e não seja obrigado a comprar um bem, mesmo a preço excessivo ou sem a qualidade necessária e esperada, como poderia ocorrer em um regime de monopólio ou cartel.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência faz um controle preventivo nos atos de concentração de empresas, e um controle repressivo nas condutas danosas à livre concorrência e aos direitos do consumidor. A ideia de ser necessário um sistema de mercado com eficiência alocativa (produzir mais e melhores bens de consumo) e com eficiência

---

<sup>200</sup> WADA, Ricardo Morishita. A defesa da concorrência e sua relação com a defesa do consumidor – algumas proposições reflexivas. **Revista de Direito Econômico**. Brasília, CADE, n° 30, ago./dez. 1999, p. 164. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 17 jun. 2008.

<sup>201</sup> OLIVEIRA, Gesner. Globalização e defesa da concorrência. **Revista de Direito Econômico**, Brasília, CADE, n. 25, jan./jul. 1997. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?99999b64a867a981d77c>>. Acesso em: 17 jun. 2008.

<sup>202</sup> DEL MASSO, Fabiano. **Direito econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 51.

distributiva (promover melhor distribuição da riqueza) permeia tanto os órgãos antitruste como os de controle consumerista<sup>203</sup>, constituindo um fim econômico comum entre os dois princípios.

A relação entre a concorrência e a proteção do consumidor é tão estreita, que nos atos de concentração (controle das estruturas), além de mostrar a manutenção da concorrência, as partes intervenientes também terão que provar que os benefícios para o consumidor final serão maiores que as eventuais restrições à concorrência<sup>204</sup>.

No controle das condutas (controle repressivo), importante mencionar que itens combatidos no direito concorrencial, também o são no direito consumerista, bastando para tanto verificar as condutas punidas pelo art. 21 da Lei nº 8.884/94 (Estatuto Antitruste brasileiro) e as combatidas no art. 39 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Consoante o quadro abaixo, pode-se constatar a semelhança de atos abusivos combatidos tanto na Lei Antitruste como no CDC:

Art. 21 da Lei nº 8.884/94 (LA)

XI – impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes, preços de revenda, descontos, condições de pagamento, **quantidades mínimas ou máximas**, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros (grifos nossos).

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

Art. 39 da Lei nº 8.078/90 (CDC)

I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a **limites quantitativos** (grifos nossos).

II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes;

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

<sup>203</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito da concorrência e direito do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, Revista dos Tribunais, nº 34, abr./jun. 2000, p. 79.

<sup>204</sup> VAZ, Isabel. Os interesses do consumidor nas fusões e incorporações de empresas. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 35, jul./set. 2000, p. 222.

Art. 21 da Lei nº 8.884/94 (LA)

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

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

Art. 39 da Lei nº 8.078/90 (CDC)

I - **condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço**, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos (grifos nossos).

V – exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;

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

O que não deve existir em um mercado de efetiva concorrência (concorrência praticável) são as práticas que ferem os direitos dos consumidores, logo, são práticas combatidas por ferirem dois princípios constitucionais da ordem econômica, o da livre concorrência e o da defesa do consumidor. Só a equivalência dos concorrentes, utilizando de boa-fé nas relações, com clareza nas informações, e diversidade dos produtos, nos seus diversos aspectos, desde qualitativo até o preço, pode gerar um ambiente saudável ao consumidor, que importe na verdadeira valoração dos seus direitos e obtenção da almejada dignidade.

Além dos consumidores, outros interesses são protegidos pelo direito de concorrência, e consoante a análise de Calixto Salomão Filho<sup>205</sup>, há três interesses tutelados pelo direito concorrencial: a ordem concorrencial, os consumidores e os concorrentes.

Na abordagem do autor, o fato do consumidor ser o destinatário econômico final das normas de concorrência não o torna o destinatário jurídico direto das normas concorrenciais, pois muitas vezes o caminho de proteção ao consumidor passa inicialmente pela proteção da ordem concorrencial ou dos concorrentes.

Analisando os atos tendentes à dominação dos mercados, vê-se, por exemplo, que a prática de preços predatórios, na forma imposta ao mercado, passa por uma proteção da “concorrência como instituição” e indiretamente ao consumidor que se verá protegido de um monopólio. Também a proteção de padrões mínimos de lealdade na concorrência, é uma forma de cuidar para que esta mantenha um padrão, que possibilite eficiência mercadológica, longe de monopólios e oligopólios que paralisam tal eficiência.

A relação entre o direito do consumidor e o direito da concorrência é tão intrínseca, que se pode citar o processo administrativo nº 08000.011866/1994-84, movido pela CABESP

<sup>205</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as condutas. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 61.

– Caixa Beneficente dos Funcionários do Banco do Estado de São Paulo contra a Unimed de São João da Boa Vista – Cooperativa de Trabalho Médico<sup>206</sup>. Neste processo, a CABESP afirmava que a Unimed, utilizando-se de posição dominante, estava excluindo de seus quadros os médicos que se conveniassem com a reclamante.

Diante da cláusula de exclusividade da Unimed, decorreram inúmeros prejuízos à autora, uma vez que os médicos preferiam obedecer à exclusividade determinada pela reclamada, já que esta era contratada pelo público em geral, enquanto a reclamante prestava serviços apenas aos funcionários de um banco. O CADE decidiu reconhecendo o abuso de posição dominante da Unimed, o que em princípio beneficiou a concorrência, mas ao mesmo tempo, beneficiou aos consumidores, já que os médicos poderiam se credenciar em vários planos, gerando opção de atendimento aos consumidores diversos e não apenas aos contratantes com a Unimed.

Desta forma, vê-se que a relação entre consumidor e concorrência é bastante estreita, servindo a concorrência como instrumento de defesa do consumidor, devendo-se ressaltar que o CADE não julga processos com conflitos individuais, salvo se a relação contratual tiver efeito macrossocial ou macroeconômico<sup>207</sup>.

### **3.6.1 O anteprojeto da Agência Nacional de Defesa do Consumidor e da Concorrência – ANC**

Constata-se estreita relação entre o direito da concorrência e o direito do consumidor, tanto que em 2000 o Governo Federal editou o Decreto (não numerado) de 11 de agosto de 2000, constituindo um grupo de trabalho interministerial para elaborar um anteprojeto de lei, visando a criação de uma agência reguladora de defesa do consumidor e da concorrência.

O anteprojeto foi apresentado, criando a ANC – Agência Nacional de Defesa do Consumidor e da Concorrência, porém o referido recebeu inúmeras críticas, principalmente quanto a união das políticas de defesa do consumidor e da concorrência.

A Casa Civil promoveu alterações, e dentre elas efetuou a separação das agências de concorrência e do consumidor, permanecendo como ANC apenas a Agência de Concorrência

---

<sup>206</sup> Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc>>. Acesso em: 07 mar. 2009.

<sup>207</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito da concorrência e direito do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 34, abr./jun. 2000, p. 87.

e criando a ANDEC – Agência Nacional de Defesa do Consumidor<sup>208</sup>. Todavia o anteprojeto não foi enviado para votação, de forma que aparentemente restou esquecida a necessidade, outrora vista, de uma agência reguladora para as referidas matérias.

Dentre as várias críticas ocorridas ao anteprojeto, pode-se destacar o excesso de poderes conferidos ao Diretor-Geral da agência, que passa a ser uma esfera de decisão monocrática, quando na verdade deveria avançar em busca de decisões colegiadas, dada a importância da matéria e à própria estrutura da agência. Também se criticou o vínculo do Presidente da República com a diretoria, o que poderia afetar a independência política indispensável a solução de questões concorrenciais. Carmen Diva Monteiro<sup>209</sup>, comentando esta crítica, afirma que o exemplo da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça norte-americano, vinculada ao Poder Executivo, é prova de que a eficiência do órgão não é afetada pela vinculação ao Executivo.

A busca de autonomia é foco nas mudanças a serem produzidas nos órgãos de combate ao antitruste, tanto que no anteprojeto da mencionada agência reguladora da concorrência, assim como nas demais agências reguladoras, os mandatos dos Conselheiros do Tribunal da Concorrência (atual CADE) passariam de dois a cinco anos, sem que coincidissem com o mandato presidencial. Aliás, toda a inovação das agências reguladoras brasileiras encontra-se na ausência de vinculação hierárquica, pois a regulação de setores da economia já vinha sendo feita, por órgãos vinculados ao Poder Executivo<sup>210</sup>.

### 3.7 A LEGISLAÇÃO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

Muitos países, atualmente, têm legislação antitruste, concentrando sua atuação na defesa da eficiência econômica, e do bem-estar dos consumidores. Desde a Constituição Federal de 1946, a matéria da concorrência passou a ser referenciada no sistema constitucional pátrio, mas foi a partir de 1988 que o princípio da livre concorrência passou a ser princípio da ordem econômica, conforme já explicitado.

---

<sup>208</sup> RAMIM, Áurea Regina Sócio de Queiroz. **As instituições brasileiras de defesa da concorrência**. Brasília: Fortium, 2005, p. 106.

<sup>209</sup> MONTEIRO, Carmen Diva. Sobre política antitruste no Brasil e seus aspectos críticos. **Documento de Trabalho**. Brasília: SEAE, nº 27, dezembro de 2002, p. 19.

<sup>210</sup> TEIXEIRA, Vinícius Ribeiro de Figueiredo. Agências reguladoras e concorrência. **Revista CEJ**. Brasília, n. 23, out./dez. 2003, p. 37.

Ocorre que o disciplinamento da matéria concorrencial, com seus limites, características, condutas ilícitas etc., constitui matéria infraconstitucional, e no Brasil, desde o Decreto-lei nº 869 de 18 de novembro de 1938, encontra-se a tipificação como crime de práticas empresariais que afrontassem a ordem econômica. Este Decreto surgiu no momento em que o Brasil utilizava de políticas públicas repressivas de abusos, com o Estado Novo, tocante ao nacionalismo e a necessidade de industrialização do País<sup>211</sup>, mas não se obteve muita aplicação prática.

Posteriormente, pelo Decreto-lei nº 7.666, de 22 de junho de 1945 (Lei Malaia) tratou da questão concorrencial, porém este Decreto foi revogado no mesmo ano de sua entrada em vigor, vindo a ser editada a Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962 que vigorou até 1994 quando foi publicada a Lei nº 8.884, atual estatuto antitruste brasileiro. A legislação brasileira antitruste é considerada semelhante àquela encontrada nos países mais desenvolvidos no combate às práticas prejudiciais ao binômio eficiência econômica/bem-estar dos consumidores, pois deixou de apenas controlar os preços e passou a analisar a lei da oferta e da procura<sup>212</sup>.

Todavia embora a legislação seja equiparada às legislações de países desenvolvidos, o SBDC, comparado aos órgãos antitrustes desses países é desaparelhado tanto nos recursos orçamentários, como nos humanos<sup>213</sup>, o que dificulta a aplicação plena da legislação em vigor.

Uma característica a ser destacada da Lei nº 8.884/94 é o fato de tratar as infrações contra a ordem econômica, de forma administrativa, criando mais uma possibilidade de se coibir as práticas ilícitas, muitas vezes de forma mais útil ao mercado, que a apuração e punição penal, já que é no âmbito administrativo que se tenta manter a igualdade dos concorrentes, de forma prática, como por exemplo, desfazendo atos danosos.

A estruturação da lei antitruste traz logo no seu artigo primeiro a menção aos princípios constitucionais que regem a matéria, e dispõe que a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos. De uma análise das condutas e meios de repressão contra a ordem econômica, pode-se concluir como o fez Fabiano Del Masso<sup>214</sup>, que o titular direto dos

---

<sup>211</sup> CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 7. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005, p. 107.

<sup>212</sup> CONSIDERA, Cláudio Monteiro. A defesa da concorrência no Brasil. **Revista FAE Business**, n. 4, dez. 2002, p. 22-23. Disponível em: <[http://www.fae.edu/publicacoes/pdf/revista\\_fae\\_business/n4\\_dezembro\\_2002/economia2\\_a\\_defesa\\_da\\_concorrncia\\_no\\_brasil.pdf](http://www.fae.edu/publicacoes/pdf/revista_fae_business/n4_dezembro_2002/economia2_a_defesa_da_concorrncia_no_brasil.pdf)>. Acesso em: 17 jun. 2008.

<sup>213</sup> MATIAS-PEREIRA, José. Defesa da concorrência e regulação econômica no Brasil. **Revista de Administração Mackenzie**, São Paulo: Mackenzie, ano 5, n. 1, 2004, p. 47.

<sup>214</sup> DEL MASSO, Fabiano. **Direito econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 120.

direitos protegidos pela lei antitruste é a pessoa que explora a atividade econômica, embora indiretamente toda a coletividade seja atingida.

Também merece delimitação, do bem jurídico tutelado, pois se acredita que a concorrência é o bem protegido, ou mesmo a liberdade de iniciativa, mas na verdade, o bem jurídico resguardado é o mercado, não obstante ao se proteger o mercado também se proteja a concorrência, os consumidores etc., todos integrantes deste mercado.

Pelo Estatuto Antitruste, o CADE faz o controle de estruturas de mercado, pela análise dos atos de concentração de empresas, como fusão, incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas, ou qualquer outra forma de agrupamento que venha a resultar no controle de 20% ou mais de um mercado relevante. Ainda se faz o controle de condutas quando qualquer agente participante de ato de concentração tenha registrado faturamento bruto anual, no último balanço, equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).

Além do controle de estruturas, também se encontra disposto na LA o controle de condutas, pela apuração das infrações da ordem econômica, entendidas estas os atos que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos: limitar, falsear ou prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante; aumentar arbitrariamente os lucros e exercer, de forma abusiva, posição dominante.

### **3.7.1 Aspectos constitucionais questionados na Lei Antitruste**

Questiona-se o art. 20 da lei antitruste, que dispõe sobre os elementos finalísticos determinantes de infrações à ordem econômica, por se alegar que o referido possui vício de inconstitucionalidade. Para Fabio Ulhoa<sup>215</sup>, a interpretação do art. 20 deve ocorrer em plena obediência (interpretação sistemática) aos parâmetros constitucionais, isso porque, na Constituição Federal, em seu art. 173, § 4º, consta que será reprimido o abuso de poder que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

No art. 20 da LA, encontram-se quatro efeitos que devem ser punidos por serem anticoncorrenciais: prejuízo à livre concorrência ou livre iniciativa, dominação de mercado

---

<sup>215</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, 1 v., p. 218-219.

relevante, aumento arbitrário de lucros e abuso de posição dominante. No entender do autor referenciado, o abuso de posição dominante não pode ser entendido como efeito autônomo para eliminação da conduta, pois na Constituição Federal só haverá punição ao abuso de posição dominante que vise a eliminação da concorrência, à dominação de mercado e ao aumento arbitrário de lucros, logo, o inciso IV do art. 20 da LA seria redundante.

Assim, só será possível interpretar de forma constitucional o art. 20 da Lei nº 8.884/94, acreditando-se que o abuso de posição dominante só será punido se visar a eliminação da concorrência, a dominação de mercado ou o aumento arbitrário de lucros, servindo também esta interpretação quanto aos fins para a aplicação do art. 21 da Lei Antitruste.

A verdade é que toda concorrência prejudica os concorrentes, porém nem toda ela é punida, pois se a vantagem vier de um processo natural de eficiência<sup>216</sup>, ou de melhor adequação do produto aos interesses dos consumidores, a desvantagem e conseqüentes perdas dos demais concorrentes serão normais. Desta forma, mesmo que a concorrência praticada por um agente econômico lhe confira posição dominante no mercado, só se podem punir as condutas concorrenciais deste agente dominante, se os fins visados estiverem no § 4º do art. 173 da CF/88 (dominação dos mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros).

A Lei nº 8.884<sup>217</sup> foi publicada no Diário Oficial da União em 13 de junho de 1994, e logo no dia 18 de julho do mesmo ano, foi intentada uma ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, nº 1094-DF<sup>218</sup>, na tentativa de ver o reconhecimento de alegada inconstitucionalidade de diversos dispositivos, tendo sido requerido em medida cautelar a suspensão dos dispositivos cuja constitucionalidade encontra-se discutida em juízo. Questionou-se que a expressão “independente de culpa” constante no art. 20 da Lei nº 8.884/94 determina a responsabilidade objetiva dos agentes econômicos, ferindo assim, a Constituição Federal: “Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados”.

---

<sup>216</sup> FORGIONI, Paula A. **Direito concorrencial e restrições verticais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 71.

<sup>217</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 17 jun. 2008.

<sup>218</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1094/DF. Requerente: Confederação Nacional da Indústria. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, 21 de setembro de 1995. Publicação no DJ: 20/04/2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 17 jun. 2008.



Alegou-se a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 21, pois o legislador elencou em tipos abertos diversas condutas que caracterizam o aumento de preço excessivo, todavia pela leitura do mencionado parágrafo único, pune-se todo o aumento de preço, haja ou não concorrência, o que fere o princípio da livre iniciativa.

Art. 21. *omissis*.

[...]

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

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

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

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

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

Também foi questionado o inciso I do art. 23 da LA, por se alegar que a multa prevista sobre o percentual de trinta por cento do faturamento bruto da empresa, no seu último exercício configura confisco, sendo este proibido pela Constituição Federal, no seu art. 5º, XXII, considerando que em muitos setores industriais, o lucro anual é exatamente o percentual de trinta por cento.

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

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

Foi arguida a inconstitucionalidade dos incisos II e IV do art. 24 da Lei nº 8.884/94, sob o fundamento de que as penalidades previstas nos mencionados incisos impedem o próprio exercício da atividade empresarial por quem for punido pela prática de abuso, infringindo os incisos XIII, XVII, XVIII e XXIX do art. 5º da CF/88. Também sustenta que deve ser considerado como exagero legal as penalidades impostas nos referidos incisos, aplicando-se as Súmulas 70, 323 e 547 do Supremo Tribunal Federal.

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

[...]

II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, junto à Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal, bem como entidades da administração indireta, por prazo não inferior a cinco anos;

[...]

IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:

- a) seja concedida licença compulsória de patentes de titularidade do infrator;
- b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos;

Aduziu-se a inconstitucionalidade da expressão “ou não forem alcançados os benefícios visados” constante no art. 55 do Estatuto Antitruste, pois tal expressão confere ato subjetivo ao CADE que pode prejudicar as empresas, pois a partir da aprovação do ato de concentração, ocorrerão efeitos patrimoniais irreversíveis, como compra de ativos, transferência de controle acionário etc.. Tais fatos ocorridos na empresa não podem ser desconsiderados pelo CADE, quando entender que os benefícios visados não foram alcançados.

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

A arguição de inconstitucionalidade do art. 64 da Lei Antitruste decorre das expressões “do Distrito Federal” e “à escolha do CADE”: “Art. 64. A execução das decisões do Cade será promovida na Justiça Federal do Distrito Federal ou da sede ou domicílio do executado, à escolha do CADE”. Fundamenta que tais expressões tornam o foro para as ações judiciais vinculadas à vontade do CADE, que uma vez ajuizando as ações no Distrito Federal, prejudicará o direito de defesa da parte contrária, contrariando o § 1º do art. 109 da CF.

Os arts. 65 e 66 da Lei nº 8.884/84 são tratados como inconstitucionais pela Confederação Nacional da Indústria, por se entender que suas disposições ferem a garantia constitucional do acesso ao Poder Judiciário, já que a suspensão de eventual execução judicial ajuizada fica condicionada ao recolhimento prévio de multa e caução.

Art. 65. O oferecimento de embargos ou o ajuizamento de qualquer outra ação que vise a desconstituição do título executivo não suspenderá a execução, se não for garantido o juízo no valor das multas aplicadas, assim como de prestação de caução, a ser fixada pelo juízo, que garanta o cumprimento da decisão final proferida nos autos, inclusive no que tange a multas diárias.

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

Na sessão de 19 de abril de 1995, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade de votos indeferiu o pedido cautelar liminar de suspensão dos arts. 20, 21, inciso XXIV e seu parágrafo único; do inciso I do art. 23; e dos arts. 55, 65 e 66. Quanto ao mencionado art. 20, entendeu-se que a responsabilidade objetiva imposta no seu texto não fere dispositivo constitucional, pois a proteção da livre concorrência é princípio da ordem econômica, devendo haver combate a todos os atos que possam vir a embaraçar ou de qualquer modo impedir o exercício da livre concorrência. Não se acolheu o pedido de suspensão do art. 21, XXIV e seu parágrafo único, por haver compreensão de que os fatos descritos no dispositivo mencionado só serão puníveis se produzirem os efeitos do art. 20 da LA; ou seja, só será punida a conduta de aumento dos lucros dentro de uma situação de concorrência, pois não há que se falar em abuso do poder econômico fora da concorrência.

Rejeitou-se em liminar a inconstitucionalidade da multa instituída no art. 23 da Lei nº 8.884/94, pois o percentual de trinta por cento não é o valor em concreto da penalidade, pois a multa pode variar entre um por cento e trinta por cento, de modo que, em concreto, o percentual não parece inconstitucional. A inconstitucionalidade do art. 55 da LA foi afastada, por se entender que a revisão da aprovação de ato de concentração é compatível com o art. 54 do mesmo diploma legal, onde resta possibilitada a vinculação da aprovação ao cumprimento dos efeitos de aumento de produtividade, melhoria da qualidade dos bens ou serviços e eficiência e desenvolvimento tecnológico ou econômico. Quanto aos arts. 65 e 66 do Estatuto Antitruste entendeu a Suprema Corte que o depósito da multa e caução visa apenas garantir a execução, para que só após o depósito possa haver suspensão e também não há inconstitucionalidade no ato do juiz determinar o prosseguimento de atos de execução, pois tal análise será feita caso a caso.

Por maioria de votos também foi indeferida a liminar quanto ao art. 24 e seus incisos II e IV, vencidos o Ministro Relator, à época, Carlos Velloso e o Ministro Marco Aurélio, que suspendiam os efeitos deste dispositivo. O fundamento majoritário da Corte rejeitou o efeito suspensivo ao dispositivo, entendendo que não havia fundamento relevante de inconstitucionalidade, uma vez que o dispositivo questionado encontra-se em harmonia com os preceitos constitucionais que dispõem sobre a ordem econômica brasileira. Na mesma sessão foi adiado o julgamento quanto à inconstitucionalidade do art. 64, após pedido de vista do Ministro Maurício Corrêa. Continuando o julgamento do pedido de liminar, em 21 de setembro de 1995, por maioria de votos, o STF indeferiu o pedido liminar de suspensão do art. 64, vencidos os Ministros Carlos Velloso (Relator à época) e Marco Aurélio, que deferiam a liminar para supressão das expressões “do Distrito Federal ou” e “à escolha do CADE”. O fundamento vencedor na Corte entendeu que a regra de competência questionada é muito restrita, pois permite a escolha de foro ao CADE apenas para os casos de ajuizamento de execução que tenha por objeto decisões plenárias do CADE, que impõem obrigação de fazer ou não fazer. Ainda decidiu-se que o fato de haver sido atribuído privilégio ao CADE para escolha do foro judicial, não constitui inconstitucionalidade, pois outros privilégios existem no ordenamento pátrio. O Acórdão da decisão liminar foi publicado no Diário da Justiça de 20 de abril de 2001.

O processo foi à Procuradoria Geral da República que ofertou parecer, em 03 de abril de 2006 pela extinção do processo sem resolução do mérito em relação ao art. 24, incisos II e IV; pela declaração de inconstitucionalidade das expressões “do Distrito Federal ou” e “à escolha do CADE” contidas no art. 64 da lei em questão e pela constitucionalidade dos demais dispositivos impugnados.

Houve juntada de petição do CADE requerendo sua admissão como *amicus curiae*, em 13 de abril de 2007, pedido que foi deferido, consoante decisão publicada no Diário da Justiça Eletrônico em 05 de novembro de 2008. Assim, constata-se que a ADI ainda não foi julgada, e o relato do andamento da ADI se faz necessário, pois Fernando Herren Aguillar<sup>219</sup> menciona a existência da ADI/1094, porém afirma que houve a discussão do tema no STF, e decidiu-se, à unanimidade pela rejeição; mas não explica que a decisão até agora proferida foi em sede de liminar, sem que houvesse decisão final, ainda. João Bosco Leopoldino<sup>220</sup> da

---

<sup>219</sup> AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico**: do direito nacional ao direito supranacional. São Paulo: Atlas, 2006, p. 233.

<sup>220</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de proteção da concorrência**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 180, 393.

Fonseca, também menciona a ADI 1094-8/DF, como se em tal houvesse sido proferida decisão final, quando apenas de decidiu a liminar.

O parecer final da Procuradoria Geral da República opinou pela modificação da liminar e procedência parcial da ADI 1094-DF, quanto ao art. 64 da Lei nº 8.884/94, pois nele consta que o foro das execuções das decisões do CADE será a Justiça Federal do Distrito Federal ou a sede do domicílio do executado, à escolha do CADE.

Ocorre que a opção ao CADE de executar suas decisões no foro da Justiça Federal do Distrito Federal, fere o direito do executado, não residente no DF, e tal direito encontra-se proclamado na Constituição de 1988 quando assim diz no § 1º do seu art. 109:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

[...]

§ 1º As causas em que a União for autora serão aforadas na seção judiciária onde tiver domicílio a outra parte.

Veja-se que o dispositivo constitucional visa proporcionar melhor possibilidade de defesa à parte demandada, e como não houve privilégio à União, quanto ao foro competentes das ações em que for autora, não poderá haver privilégio à autarquia, já que verificada a maior proteção, neste caso, do direito de defesa do executado.

No voto vencedor pela constitucionalidade do referido artigo, na apreciação da liminar, o Ministro Maurício Correia afastou a inconstitucionalidade pelo fato de outros dispositivos processuais terem estabelecido privilégios, sem que tenham sido declarados inconstitucionais<sup>221</sup>. O Ministro Maurício Correia cita o prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer, concedidos à Fazenda Pública e ao Ministério Público, de modo que embora privilégios, não são inconstitucionais, assim como o prazo em dobro para os Defensores Públicos. O voto vencedor do Ministro mencionado também diz que o privilégio de escolha do foro das execuções pelo CADE é tão restrito, pois somente cabe nas execuções extrajudiciais fundadas nas obrigações de fazer ou não fazer impostas pela autarquia, que não prejudicam o direito de defesa do demandado em outras causas, como cautelares, ações de conhecimento, inexistindo a inconstitucionalidade.

Pelo debate em torno do tema, assegurar que o Supremo Tribunal Federal já decidiu a questão, como se tivesse posto um ponto final, é limitar a discussão ainda existente sobre a

---

<sup>221</sup> Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=inconstitucionalidade%20e%20cade&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 09 mar. 2009.

inconstitucionalidade alegada, e que ainda não teve decisão final pela Corte Suprema Brasileira.

#### **4 CADE: MECANISMO ESTATAL DA REGULAÇÃO DA CONCORRÊNCIA**

O exercício estatal de controle das práticas concorrenciais decorre da deficiência do mercado em satisfazer os interesses de todos os seus participantes, tanto no enfoque do produtor como do consumidor; sendo necessário o acompanhamento da atividade econômica, como instrumento de combate aos abusos e ilegalidades que possam ocorrer<sup>222</sup>. Para tornar eficiente o controle das práticas econômicas, o Estado criou agências reguladoras para exercer a regulação de serviços setoriais, como a saúde, através da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS; energia elétrica, pela ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica; telecomunicações pela ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações; petróleo, pela ANP – Agência Nacional do Petróleo, dentre outras. Em alguns setores do mercado, o Estado deixou o seu controle através de autarquias especiais não transformadas em agências reguladoras, como no caso do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, órgão de defesa da concorrência, e do Banco Central do Brasil, que é órgão do sistema financeiro nacional.

No controle da concorrência, atuam diversos órgãos do Poder Executivo, conjuntamente com o CADE, exercendo cada um deles funções específicas, buscando o controle preventivo de atos de concentração e o controle repressivo das práticas abusivas de mercado. A atuação do Estado em defesa da concorrência utiliza-se de órgãos técnicos, notadamente na área econômica, que possam permitir decisões com as especificidades necessárias às matérias de controle da economia, e dotadas de autonomia e independência, tanto que não pode haver recurso hierárquico dos atos do CADE, que é o órgão com poder decisório.

Entender o funcionamento do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência Brasileiro, com os órgãos que o compõem, as atribuições que possuem e os procedimentos administrativos existentes em matéria antitruste, permite a compreensão da tentativa do Estado em acompanhar as atividades mercantis, direcionando-as para a eficiência do mercado, com garantia dos interesses dos produtores e consumidores.

---

<sup>222</sup> BUENO FILHO, Edgard Silveira. Agências reguladoras e concorrências e o controle jurisdicional dos atos. *Revista CEJ*, Brasília, n. 23, out./dez. 2003, p. 27.

#### 4.1 BREVE HISTÓRICO

O CADE foi criado como órgão autônomo, com personalidade jurídica própria, diretamente subordinado ao Presidente da República, através do art. 19 do Decreto-Lei nº 7.666, de 22 de junho de 1945, significando inicialmente Comissão Administrativa de Defesa Econômica, daí no referido decreto haver menção ao órgão como sigla de uma expressão feminina: “à C.A.D.E” e não ao CADE como se denomina atualmente<sup>223</sup>. A competência da Comissão era acompanhar e se fosse o caso, punir, práticas contrárias à economia nacional, já que este era o objeto do decreto. O mencionado instrumento normativo ficou conhecido como Lei Malaia, considerando a aparência física oriental de quem o elaborou, o Ministro Agamenon Magalhães, embora este fosse pernambucano<sup>224</sup>. A Lei Malaia (Decreto-Lei nº 7.666/45) de 22 de junho de 1945 foi revogada pelo Decreto-Lei nº 8.167, de 09 de novembro de 1945<sup>225</sup>, tendo permanecido em vigor por apenas quatro meses.

A Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, no seu art. 8º criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), com sede no Distrito Federal e jurisdição em todo o território nacional, vinculado à Presidência do Conselho de Ministros, tendo por competência a apuração e repressão aos abusos do poder econômico. O período em que o Brasil ficou sem órgão de proteção à concorrência, após a revogação da Lei Malaia de 1945, até a criação do CADE em 1962, decorreu da política de proteção da economia popular, e do mercado nacional, onde o controle dos agentes econômicos se dava pela intervenção do Estado no mercado<sup>226</sup>. Sendo o mercado controlado pelo Estado e não havendo concorrência praticável, era desnecessária a criação de um órgão antitruste.

Em 1962, a legislação antitruste no Brasil consolidou-se quanto à necessidade de um órgão que fiscalizasse a concorrência. A criação de um órgão antitruste não foi necessidade apenas do Brasil, mas de todos os países onde se elaborou e aplicou uma legislação antitruste, recebendo o órgão de proteção à concorrência a denominação de Conselho, como no caso

---

<sup>223</sup> RAMIM, Áurea Regina Sócio de Queiroz. **As instituições brasileiras de defesa da concorrência**. Brasília: Fortium, 2005, p. 22.

<sup>224</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de. Achegas à lei nº 8.884/94. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; et al (orgs.). **Lei antitruste: 10 anos de combate ao abuso de poder econômico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 267.

<sup>225</sup> Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del7666.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del7666.htm)>. Acesso em: 13 mar. 2008.

<sup>226</sup> MOSCOGLIATO, Marcelo. Evolução do direito antitruste no Brasil: alguns aspectos. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; et al (orgs.). **Lei antitruste: 10 anos de combate ao abuso de poder econômico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 171.



brasileiro, ou Comissão ou ainda Superintendência, como explicita Juan Antonio Rivière Martí<sup>227</sup>. Destaque-se que a estruturação das instituições no combate antitruste, é feita com órgão colegiado, dada a complexidade da matéria, que engloba diversos conhecimentos, necessitando de profissionais com as mais diversas formações, notadamente a jurídica e a econômica.

Em seguida, pela Lei nº 8.158, de 9 de janeiro de 1991, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), foi considerado órgão julgante da estrutura do Ministério da Justiça, e passou a atuar junto à Secretaria Nacional de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SNDE), que lhe dava suporte de pessoal e administrativo. Também restou fixada a competência da SNDE para apurar e propor as medidas adequadas no combate às práticas em violação à ordem econômica, visando dar celeridade aos processos administrativos<sup>228</sup>.

Foi a partir do Projeto de Lei nº 3.712-E, de 1993, que o CADE passaria a ser autarquia, com a independência habitual destas pessoas jurídicas, o que foi concretizado na Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994<sup>229</sup>. Por meio da Lei Antitruste de 1994, o CADE passa a ser órgão julgante, elevado a autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça:

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

A elevação do CADE a uma autarquia federal foi uma tentativa de se garantir a independência do órgão administrativo, fiscalizador das práticas antitrustes no mercado nacional; ocorre que ao mesmo tempo em que a Lei nº 8.884/94 concedeu a autonomia autárquica, manteve o condicionamento da referida instituição ao governo, com a participação da SDE – Secretaria de Direito Econômico, órgão do Ministério da Justiça, e da SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico, órgão do Ministério da Fazenda<sup>230</sup>.

<sup>227</sup> MARTÍ, Juan Antonio Rivière. La política de competencia en América Latina. **Revista de Direito Econômico**. Brasília, CADE, nº 25, jan./jul. 1997, p. 2. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?d253d55aa665a783d176>>. Acesso em: 17 jun. 2008.

<sup>228</sup> FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 142.

<sup>229</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de proteção da concorrência**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 58.

<sup>230</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de. Achegas à lei nº 8.884/94. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; et al (orgs.). **Lei antitruste: 10 anos de combate ao abuso de poder econômico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 275.

O Plenário do CADE é composto pelo Presidente, seis Conselheiros e o Procurador-Geral, sendo os cargos sujeitos a mandato de dois anos, admitindo-se uma recondução. Pela composição do Plenário do CADE, conclui-se que se tentou conceder maior firmeza aos julgados da autarquia, atribuindo aos seus Conselheiros, maior independência<sup>231</sup>. O estabelecimento de um prazo para um mandato na autarquia faz com que seus membros sintam-se livres na condução dos processos administrativos, pois embora seus cargos sejam comissionados, não pode haver exoneração *ad nutum*, pois os cargos são preservados por cláusula legal de mandato<sup>232</sup>.

A perda do mandato ocorrerá nas hipóteses contidas no art. 5º da Lei nº 8.884/94 que são: decisão do Senado Federal, por provocação do Presidente da República; condenação penal irrecorrível por crime doloso; processo disciplinar de conformidade com as Leis nº 8.112/90 e 8.429/92; infringência das vedações contidas no art. 6º da Lei Antitruste. Também merece ressaltar que poderá haver renúncia do cargo. A independência dos Conselheiros do CADE possibilita que suas decisões sejam comprometidas com os interesses da instituição, e não com possíveis interesses pessoais na permanência do cargo, protegendo-os de exonerações caso proferissem decisão contrária a algum interesse político<sup>233</sup>. Mesmo na hipótese de perda do mandato por decisão do Senado Federal, o ato deverá ser justificado e fundamentado, para que não se crie uma forma de hierarquia incompatível com a independência necessária à autarquia antitruste.

#### 4.1.1 Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

Em meio a um sistema jurídico que passa por um constante processo de evolução histórica e política dos direitos fundamentais, notadamente quanto à internacionalização dos direitos, a Carta Política de 1988 avançou na tutela da concorrência e regulação dos mercados, abrindo as oportunidades de atuação de seus órgãos referente à matéria. Gregório Peces-

---

<sup>231</sup> RAMIM, Áurea Regina Sócio de Queiroz. **As instituições brasileiras de defesa da concorrência**. Brasília: Fortium, 2005, p. 40.

<sup>232</sup> BUENO FILHO, Edgard Silveira. Agências reguladoras e concorrências e o controle jurisdicional dos atos. **Revista CEJ**, Brasília, n. 23, out./dez. 2003, p. 28.

<sup>233</sup> SALGADO, Lucia Helena. Análise da experiência antitruste brasileira. **Revista de Direito Econômico**, n. 25, jan./jul. 1997, p. 71. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?d253d55aa665a783d176>>. Acesso em: 17 jun. 2008.

Barba<sup>234</sup> estabelece etapas da evolução histórico-política dos direitos fundamentais, aduzindo que inicialmente houve a fase da positivação, com proteção aos direitos de liberdade, consequência do jusnaturalismo racionalista; em seguida passou-se à generalização, como resposta ao desenvolvimento do princípio da igualdade, não aquela natural de todos os seres humanos, mas a consideração de todos como titulares de direitos, e não apenas a uma categoria de cidadãos, como era dada à burguesia, no período da positivação, sendo neste instante que houve desenvolvimento dos direitos econômicos, sociais e culturais. Seguiu-se à internacionalização, pois hoje é impossível identificar os direitos fundamentais sem considerar a dimensão internacional, em processo de evolução ainda incompleto, exteriorizado com os Tratados Internacionais, onde se enquadram as relações concorrenciais. Por fim a especificação que considera os direitos mais vinculados às pessoas dos seus titulares, pois em certas situações, o cidadão já não pode mais ser tratado do mesmo modo que os outros, merecendo tratamento jurídico especial por ser inferior nas relações sociais (mulheres), ou possuir alguma inferioridade física (criança, deficiente e idoso), ou ser prejudicado pela situação que ocupa em determinada relação (consumidor).

Dáí, no estágio de desenvolvimento do mercado surgiu a necessidade de implementação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, estruturado a partir da nova ordem constitucional instaurada na Constituição Federal de 1988, possuindo órgãos que comungam do mesmo objetivo de combate ao antitruste, com um modelo de divisão de competência. A prevenção e repressão de atos que possam limitar ou prejudicar a concorrência dá-se pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC que é constituído pelos seguintes órgãos: CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), SEAE (Secretaria de Acompanhamento Econômico) e a SDE (Secretaria de Direito Econômico).

Fabiano Del Masso<sup>235</sup> acrescenta dentre os integrantes do SBDC, o Poder Judiciário, considerando o papel importante que o referido poder desempenha em matéria concorrencial. A atuação do Poder Judiciário resulta das decisões proferidas nos casos em que as matérias antitrustes são levadas aos Tribunais, resultando numa atuação do Poder Judiciário na matéria econômica. Não se deve considerar o acréscimo do Poder Judiciário como integrante do SBDC, uma vez que a caracterização do referido sistema se dá de uma composição dos órgãos componentes da esfera administrativa do Poder Público. Aliás, uma característica dos órgãos

---

<sup>234</sup> MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Lecciones de derechos fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2004, p. 103-128.

<sup>235</sup> DEL MASSO, Fabiano. **Direito econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 121.

do SBDC é a constante fiscalização e possibilidade de atuação de ofício, nos casos de verificação de práticas anticoncorrenciais. O princípio da inércia jurisdicional impede que o Poder Judiciário atue sem provocação, o que restringe sua operacionalidade em matéria de concorrência, o distinguindo dos órgãos do SBDC, que atuam diretamente, independentes de provocação de interessado, no combate antitruste.

Os órgãos da Administração Pública integrantes do SBDC desempenham duas funções: a primeira preventiva, e a segunda repressiva. O controle preventivo é previsto no art. 54 da Lei nº 8.884/94, e sua finalidade é não permitir a excessiva concentração de mercado, decorrente de fusões e aquisições de empresas, dentre outros fatores, sendo este controle também chamado de controle de estruturas. A função repressiva visa combater condutas anticoncorrenciais, identificando e punindo infrações contra a ordem econômica, na forma determinada nos arts. 20, 21, 23 e 24 da LA; e como tal controle diz respeito às condutas praticadas pelos agentes no mercado, o referido controle é chamado controle de condutas.

Pode-se dizer que os órgãos do SBDC agem com as seguintes atribuições: a SDE instaura e instrui as averiguações preliminares e processos administrativos; a SEAE emite parecer econômico em atos de concentração, investiga condutas para oferecer representação à SDE, bem como elabora, facultativamente, pareceres nas investigações sobre condutas anticoncorrenciais<sup>236</sup>; e o CADE julga, de forma definitiva, no âmbito administrativo, os processos instruídos pela SDE.

A constituição do SBDC, a partir de 1994, implementou, através de diversos órgãos, as várias fases da investigação ou do processo administrativo, visando a identificação das condutas atentatórias à ordem econômica e ao mercado em concorrência. Todavia, na medida em que se evoluiu na transformação do CADE em autarquia, dotada de autonomia funcional e orçamentária, restaram permanecidos os laços de vinculação com a interferência política na investigação em matéria concorrencial, quando foi mantida a competência de órgãos do executivo no processo de investigação das condutas ilícitas.

---

<sup>236</sup> Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ29715BC8ITEMIDCEF35B5AB2E84F6A8CA8858B129BB4EFPTBRIE.htm>>. Acesso em: 09 ago.2008.

#### 4.1.1.1 Secretaria de Direito Econômico - SDE

A Secretaria de Direito Econômico – SDE – tem sua origem no Decreto nº 99.244 de 1990, quando era chamada de Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE), que já prevenia e reprimia práticas anticoncorrenciais, bem como zelava pelos interesses e direitos dos consumidores. A partir da Lei nº 8.028/90, a SNDE foi incluída como órgão específico do Ministério da Justiça (alínea “I” do inciso I do art. 23), à qual a Lei nº 8.158 de 1991 atribuiu competência para apurar e propor as medidas cabíveis para apuração de condutas lesivas ao mercado, e através da Lei nº 8.884/94, a SNDE passou a ser chamada de Secretaria de Direito Econômico (SDE)<sup>237</sup>.

A mudança de nomenclatura da Secretaria Nacional de Direito Econômico para a Secretaria de Direito Econômico, ocorrida em 1994, não significou em alteração estrutural ou de competência da SDE, permanecendo as mesmas atribuições estabelecidas por lei e a vinculação ao Ministério da Justiça.

A Secretaria é formada por um Secretário, cargo comissionado, responsável pela presidência dos atos da mencionada secretaria e pela elaboração do relatório final das investigações. Também é constituída pelo Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE), responsável pela instrução dos processos administrativos referentes a condutas anticompetitivas e atos de concentração, elaborando pareceres; a ainda possui o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), responsável por coordenar a Política Nacional de Defesa do Consumidor<sup>238</sup>.

A SDE também tem por finalidade a aprovação de projetos destinados a reparar direitos difusos lesados, através de sua participação na Secretaria Executiva do Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (CFDD). O CFDD é integrado por um representante da SDE, que exerce a presidência do Conselho; por quatro representantes ministeriais, sendo um do Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal; um do Ministério da Cultura; um do Ministério da Saúde, vinculado à área de vigilância sanitária e um do Ministério da Fazenda. Ainda compõem o CFDD um

---

<sup>237</sup> CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. O perfil do CADE na legislação antitruste. **Revista de Direito Econômico**. Brasília, CADE, nº 24, jul./dez. 1996, p. 72. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 17 jun. 2008.

<sup>238</sup> Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ29715BC8ITEMID0F5EF400563947618EAC3AB808F0E851PTBRIE.htm>>. Acesso em: 09 ago. 2008.

representante do CADE, um do Ministério Público Federal e três representantes de entidades civis que atendam aos pressupostos dos incisos I e II do art. 5º da Lei nº 7.347/85.

O art. 14 da Lei Antitruste dispõe sobre a competência da SDE, em matéria concorrencial, e dentre as competências fixadas na referida lei, verifica-se que a atuação da SDE ocorre em diversos âmbitos, podendo-se classificar as atribuições em: preventiva, investigativa, administrativa, repressiva e educativa. Por meio da competência preventiva, a Secretaria de Direito Econômico busca fiscalizar o cumprimento da LA, evitando práticas anticoncorrenciais e seus efeitos, por exemplo: quando monitora e acompanha as práticas de mercado, e fiscaliza as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas, que detêm posição dominante em mercado relevante, podendo para tanto, requisitar informações e documentos, mantendo o sigilo legal, prevenindo infrações à prática econômica; ou quando sugere ao CADE as condições para a celebração de compromisso de desempenho, evitando prejuízos à concorrência. Tais competências encontram-se fixadas nos incisos I, II e X do mencionado art. 14 da Lei nº 8.884/94.

Pela competência investigativa, a SDE diligencia na busca de provas sobre a prática de condutas ilícitas concorrenciais, podendo a investigação culminar com um processo administrativo ou com seu arquivamento. No poder de investigação disposto nos incisos III, IV, V e XII do art. 14 da LA, a SDE deve proceder às averiguações preliminares, se houver indícios de infração da ordem econômica, para posterior instauração de processo administrativo; arquivar a averiguação preliminar se entender pela inexistência de indícios da ilicitude, fazendo cessar a investigação; requisitar informações, bem como determinar diligências necessárias ao exercício de suas funções; e receber e instruir os processos a serem julgados pelo CADE, inclusive as consultas. A investigação de prática anticoncorrencial pode ser iniciada de ofício, como também mediante representação de qualquer interessado, forma escrita e fundamentada, consoante dicção do art. 30 da LA.

A competência administrativa prevê os atos praticados pela SDE, para que se dê andamento dos processos investigativos para a instância julgadora do SBDC, que é o CADE. Ocorre o exercício da competência administrativa, quando há instauração de processo administrativo para apuração e repressão de infrações; ou quando se recorre de ofício, ao CADE, após a decisão de arquivamento das averiguações preliminares ou do processo administrativo; ou quando se remete ao CADE, para julgamento, os processos que instaurar.

A competência repressiva constitui os atos que buscam por fim às práticas anticoncorrenciais, como a celebração de compromisso de cessação, que mesmo não tendo atribuição de sanção, tem caráter repressivo, na medida em que combate as práticas ilícitas,

através de condições a ser estabelecidas; ou quando forem adotadas medidas preventivas que conduzam à cessação de prática que constitua infração da ordem econômica, impondo multa diária para o caso de descumprimento das providências determinadas; tais atribuições encontram-se dispostas nos incisos IX e XI do mencionado art. 14 da LA. Por fim, a SDE tem atribuições educativas, com o escopo de orientar os órgãos da Administração Pública e a sociedade em geral, sobre as práticas antitrustes, conforme dispõem os incisos XIII, XIV e XV do art. 14 da Lei nº 8.884/94. Deve-se explicitar que a competência da SDE prevista na Lei Antitruste não é taxativa, pois no próprio art. 14 da referida lei, consta a possibilidade de outras competências determinadas em lei, sendo apenas exemplificativo o rol de competências do Estatuto Antitruste.

A Secretaria de Direito Econômico no ano de 2003, passou a investigar a possível formação de cartel na exploração de brita da região metropolitana de São Paulo e, a partir de então, tentou ultrapassar um importante empecilho que por vezes inviabiliza as investigações, qual seja, a falta de provas contundentes das práticas ilícitas na economia. Desde o início do processo administrativo, o órgão federal passou a buscar ajuda do Poder Judiciário, na tentativa de melhor instruir seu feito. No mesmo ano foi realizada a primeira busca e apreensão da história do SBDC, bem como foram realizadas interceptações de telefone<sup>239</sup>. Foi a primeira vez que a SDE utilizou todos os instrumentos que lhe estavam ao alcance, para garantir uma investigação detalhada sobre a prática denunciada.

Ao término da investigação, foi instaurado processo administrativo junto ao CADE e houve o reconhecimento de cartel formado por dezessete empresas que exploravam mineração, culminando com a aplicação de multa pelo CADE, na soma total de mais de 60 milhões de reais. O caso ficou conhecido como o Cartel das Britas e foi o primeiro julgamento sobre cartel proferido pelo CADE. Algumas empresas condenadas ingressaram com ações judiciais, na Justiça Federal do Distrito Federal, mas em todas as ações a decisão do CADE foi confirmada, entendendo-se não existirem as nulidades processuais alegadas e que a prática de cartel foi corretamente demonstrada pelo CADE<sup>240</sup>.

---

<sup>239</sup> Disponível em: <

<http://www.mj.gov.br/main.asp?ViewID=%7BDF282882%2DD0CB%2D4D38%2D98C8%2D0EA6B037E370%7D&params=itemID=%7B5D75E185%2DBAA1%2D43BC%2DA050%2DD5AD3254E236%7D;&UIPartUID=%7B2218FAF9%2D5230%2D431C%2DA9E3%2DE780D3E67DFE%7D>>. Acesso em: 06 jan. 2007.

<sup>240</sup> Disponível em: < <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?1d101eeb051aee34c674c49bae>>. Acesso em: 06 jan. 2007.

#### 4.1.1.1.1 averiguações preliminares

As averiguações preliminares constituem procedimento promovido pela SDE, nos casos em que haja indícios de infração à ordem econômica, mas que não haja provas suficientes para instauração do processo administrativo. Compara-se a averiguação preliminar com a sindicância existente no direito administrativo, que é a fase preliminar à instauração do processo administrativo, onde se busca apurar irregularidades, também podendo ser comparada com o inquérito policial<sup>241</sup>. José dos Santos Carvalho Filho<sup>242</sup> conceitua sindicância como um processo administrativo preparatório, inquisitório, com objetivo de estabelecer uma apuração preliminar, e explica a distinção entre sindicância e processo disciplinar, demonstrando que na Administração Pública ocorre uma confusão entre os dois atos procedimentais. Elucida que não é a denominação do procedimento que determina sua caracterização como sindicância ou processo administrativo, mas é a sua natureza, pois no caso da Lei nº 8.112/90, embora se indique a denominação de sindicância ao procedimento preliminar, quando se permite a aplicação de penalidade através deste, já não se pode entender o procedimento como sindicância, mas sim como processo disciplinar.

No mesmo sentido entende Diógenes Gasparini que a sindicância não pode ser meio de imposição de pena, pois este fim só se alcança através do processo administrativo, salvo se houver previsão legal contrária, como é o caso da Lei nº 8.112/90, que dispõe sobre a possibilidade de aplicação de advertência e suspensão inferior a trinta dias nos autos da sindicância. Para o mencionado autor a sindicância é: “O processo sumário de elucidação de irregularidades no serviço público, para bem caracterizá-las ou para determinar seus autores, para a posterior instauração do competente processo administrativo<sup>243</sup>”.

Pela Lei nº 4.137/62, o processo administrativo como um todo, era atribuição do CADE, inclusive quanto às averiguações preliminares. Através da Lei nº 8.158/1991, a competência para efetuar as averiguações preliminares e instruir o processo administrativo ficou a cargo da Secretaria de Direito Econômico, sendo mantida a competência desta pela

---

<sup>241</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 559.

<sup>242</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 767.

<sup>243</sup> GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 862-863.



Lei nº 8.884/94. O CADE ficou com o poder decisório dos processos administrativos decorrentes do controle de condutas<sup>244</sup>.

Para instrução das averiguações preliminares, o Secretário da SDE possui amplos mecanismos, como a oitiva do representado ou de terceiros, que pode ocorrer através de manifestação escrita ou por meio de depoimento a ser prestado pessoalmente, pelo representado ou terceiro. O Secretário da SDE também pode determinar a inspeção no estabelecimento investigado ou busca e apreensão a ser obtida judicialmente, mediante o procedimento cautelar próprio.

Como o procedimento de averiguações preliminares pressupõe a ausência de fundamentos para a imediata instauração de processo administrativo, há a previsão no §3º do art. 30 da LA, para que o procedimento corra em sigilo de justiça. Neste ponto, mais uma vez ocorre a aproximação das averiguações preliminares com a sindicância administrativa, uma vez que, em se tratando de análise preliminar, o sigilo visa evitar constrangimentos.

A decisão sobre a necessidade ou não de sigilo nas averiguações preliminares compete ao Secretário da SDE, ponderando sobre a necessidade do sigilo com vistas a evitar constrangimento diante da possibilidade de não ocorrer comprovação da prática ilícita, ou ainda pela necessidade de se evitar repercussão que venha a prejudicar a própria investigação.

Ressalte-se que o § 3º do art. 30 da Lei nº 8.884/94 prevê o sigilo das averiguações preliminares, mas deve ser observado o caráter absoluto desta regra; pois enquanto o sigilo é previsto no interesse das investigações, encontra-se no texto constitucional o direito a publicidade de atos processuais. A própria regra constitucional possui cláusula de exceção, quando se permite o sigilo nos casos de defesa da intimidade ou interesse social (art. 5º, LXI da CF/88). Pode-se afirmar que o sigilo previsto na Lei Antitruste somente poderá ser declarado, nas hipóteses previstas na Carta Magna..

Também se comparam as averiguações preliminares com o inquérito penal<sup>245</sup>, pois o Brasil adotou o sistema processual penal misto. A Constituição Federal de 1988 consagrou o sistema acusatório para o processo penal brasileiro, com observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, legitimidade do Ministério Público para propositura da ação penal pública e o princípio do juiz natural; todavia, no inquérito policial adotou-se o sistema

---

<sup>244</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de proteção da concorrência**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 293-294.

<sup>245</sup> MESQUITA JUNIOR, Sidio Rosa de. O sigilo da averiguação preliminar. **Revista de Direito Econômico**. Brasília, CADE, n. 26, set./dez. 1997, p. 163-164. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 17 jun. 2008.

inquisitivo, onde é o Delegado quem promove a colheita inicial das provas, com sigilo, sendo o procedimento eminentemente escrito, ausentes o contraditório e a ampla defesa.

Assim, pela Carta Magna o sistema brasileiro é acusatório, porém na ótica processual penal, encampada pelo Código Processual Penal de 1941, o sistema é misto, pois na fase do inquérito utiliza-se o sistema inquisitivo, e como o Poder Judiciário acolhe no âmbito penal, as provas do inquérito, tem-se que o sistema processual penal pátrio é misto. Conclui-se que num primeiro momento, dentro da processualística penal, há procedimento secreto, escrito e sem contraditório, que é o inquérito, ao passo que num segundo momento se fazem presentes a oralidade, publicidade, contraditório, concentração dos atos processuais, intervenção de juízes populares e livre apreciação das provas, compreendendo o processo penal<sup>246</sup>.

Assim como no inquérito policial onde predomina o sistema inquisitivo, nas averiguações preliminares, também não se desenvolvem todos os direitos de defesa previstos na Constituição Federal. Toda a defesa dos agentes econômicos envolvidos em práticas anticompetitivas ocorrerá no processo administrativo a ser instaurado junto ao CADE.

Na fase de averiguação, são feitos os levantamentos dos fatos, para apuração de indícios a embasarem um processo administrativo, tendo o Secretário de Direito Econômico sessenta dias para finalização da investigação. O prazo previsto em lei para término da investigação não é cogente, pois inexistente sanção em casos de descumprimento. Ainda, a dificuldade na obtenção de elementos que determinem o arquivamento da investigação ou a instauração de processo administrativo, pode justificar o esgotamento do prazo legal sem conclusão da investigação.

A investigação prévia por meio de averiguações preliminares não é obrigatória aos processos administrativos, sua ocorrência é apenas para os casos em que ainda não há provas suficientes para instauração do processo administrativo ou provas da autoria da conduta. A Lei nº 8.884/94, no § 2º do art. 30, prevê um caso onde não será instaurada averiguação preliminar, pois se trata de representação formulada pela Comissão do Congresso Nacional ou de qualquer de suas casas. Nestes casos, o órgão representante já fará as investigações, no âmbito de sua competência, com a finalidade de fundamentar sua representação<sup>247</sup>. As provas ou indícios das práticas ilícitas já constarão na própria representação.

---

<sup>246</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 104-105.

<sup>247</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de proteção da concorrência**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 295.

A instrução das averiguações preliminares é feita pelo Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE), componente da SDE, sendo finalizado o ato com um despacho fundamentado do Secretário da SDE, concluindo pelo arquivamento da averiguação, hipótese em que recorrerá de ofício ao CADE, ou pela instauração do processo administrativo, especificando os fatos a serem apurados. Pode-se comparar o despacho do Secretário da SDE, que instaura processo administrativo no CADE, com o relatório final firmado pelos delegados de polícia nos inquéritos policiais, quando se demonstram os fatos apurados e comprobatórios de ilícito. Diferencia-se o despacho do Secretário da SDE com o relatório policial dos inquéritos policiais, quanto à determinação de arquivamento, pois ao Secretário da SDE é concedida competência para, se assim entender, proceder imediato arquivamento, embora recorra de ofício ao CADE. No inquérito penal, compete ao Ministério Público opinar pelo arquivamento, e não ao delegado, sendo o ato apreciado pelo juiz<sup>248</sup>.

#### 4.1.1.2 Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE

A criação da Secretaria de Acompanhamento Econômico foi posterior à Lei nº 8.884/94. A SEAE foi criada pelo art. 16, VII, “n” da Medida Provisória nº 813, de 1º de janeiro de 1995<sup>249</sup>, que dispunha sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, vinculando tal Secretaria ao Ministério da Fazenda, tendo resultado do desmembramento da Secretaria de Política Econômica do Ministério da Fazenda<sup>250</sup>.

A SEAE é órgão do Poder Executivo, sendo uma das cinco<sup>251</sup> secretarias que compõem a Subsecretaria de Gestão Corporativa do Ministério da Fazenda. Sua competência encontra-se fixada em Decreto Presidencial, já tendo sido firmada pelos Decretos nº 5.949/2006, Decreto nº 6.313 de 19 de dezembro de 2007, Decreto nº 6.661, de 25 de novembro de 2008, encontrando-se prevista no Decreto nº 6.764, de 10 de fevereiro de 2009.

---

<sup>248</sup> Como o titular da ação penal é o Ministério Público, a este compete requerer o arquivamento do inquérito, podendo o juiz exercer controle sobre tal requerimento. Discordando do arquivamento, o juiz deve remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça, nos termos do art. 28 do CPP, para que este ofereça denúncia, designe outro promotor para oferecê-la ou se entender pelo arquivamento, estará o juiz obrigado a acompanhar o posicionamento.

<sup>249</sup> Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/MP813.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2008.

<sup>250</sup> DEL MASSO, Fabiano. **Direito econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 123.

<sup>251</sup> Conforme o art. 2º, II, “b”, 5 do Anexo 1 do Decreto nº 6.764, de 10 de fevereiro de 2009, a Subsecretaria de Gestão Corporativa do Ministério da Fazenda é constituída pela Secretaria do Tesouro Nacional, Secretaria de Política Econômica, Secretaria de Acompanhamento Econômico, Secretaria de Assuntos Internacionais e Secretaria Extraordinária de Reformas Econômico-Fiscais.

Na composição da SEAE, encontra-se um Secretário, um Secretário Adjunto, um Secretário Adjunto Substituto, e várias Coordenações-Gerais nos assuntos relacionados à competência da Secretaria: Coordenação-Geral de concorrência internacional, de controle de estruturas de mercado, de comunicação e mídia, de defesa da concorrência, de economia da saúde, de energia, de competitividade e análise setorial, de transportes e logística e de análise de promoções comerciais.

A atuação da SEAE é especializada na matéria econômica, seja na atuação junto ao SBDC, como na atuação vinculada ao controle de mercado de uma forma geral, já tendo sido ressaltava a importante atuação da SEAE em atos relacionados ao setor aéreo<sup>252</sup>. Desta forma, tem competência, conforme dispõe o art. 2º, II, “b”, 5 do Anexo 1 do Decreto nº 6.764, de 10 de fevereiro de 2009, para propor, coordenar e executar as ações do Ministério da Fazenda, referentes à gestão das políticas de regulação de mercados, concorrência e defesa da ordem econômica. Dentre outras competências exercidas pela SEAE no SBDC, tem-se a participação nos atos de concentração, facultativamente, através da emissão de pareceres econômicos, bem como no controle de condutas, realizando investigações ou procedendo a análises econômicas em procedimentos instaurados com base na Lei nº 8.884/94.

Inúmeras outras competências são atribuídas à SEAE, como a de acompanhar a implantação dos modelos de regulação e gestão desenvolvidos pelas agências reguladoras, pelos Ministérios Setoriais ou órgãos afins, manifestando-se nos reajustes e revisões de tarifas de serviços e preços públicos, nos processos licitatórios com privatização de empresas da União, e nos processos de desestatização e descentralização administrativa. Dentre as suas atribuições também se encontra a autorização e fiscalização, salvo competência de outro órgão, das 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 5.768/71.

No intuito de promover a manutenção do funcionamento adequado do mercado, compete à SEAE acompanhar e analisar a evolução de variáveis de mercado relativas a setores ou produtos; acompanhar a execução da política nacional de tarifas de importação e exportação; adotar, quando cabível, medidas normativas em matéria concorrencial, assegurando a livre concorrência; compatibilizar as práticas internas de defesa da concorrência e de defesa comercial, com as práticas internacionais; manifestar-se sobre atos

---

<sup>252</sup> SILVA, Leandro Novais e. Regulação e concorrência no setor aéreo nos Estados Unidos e no Brasil: parte II: a regulação e a concorrência no setor aéreo no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte: a. 4, n. 15, jul./set. 2006, p. 54.

normativos e demais instrumentos legais que afetem a concorrência e eficiência na prestação de serviços, produção e distribuição de bens; participar da implementação de políticas de desenvolvimento setorial e regional.

Ainda compete à SDE, representar ao órgão competente, contra norma ilegal e/ou inconstitucional, de caráter anticompetitivo; acompanhar os setores e atividades produtivas da economia brasileira; representar o Ministério da Fazenda em ações interministeriais, associações e seminários dos programas de desenvolvimento; dentre outras atribuições.

#### 4.2 COMPETÊNCIA DO CADE

A competência primordial do CADE é a proteção da ordem econômica, assegurando a liberdade de iniciativa e da livre concorrência; exercendo, uma ampla proteção concorrencial. Todos os agentes econômicos, que participam do mercado nacional, estão sujeitos ao controle pelo CADE; pelo art. 15 da Lei nº 8.884/94, o controle da concorrência é exercido com relação às pessoas físicas e jurídicas de direito público ou privado, ainda que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

A competência do Plenário do CADE encontra-se disposta no art. 7º da Lei nº 8.884/94, comportando competências de caráter administrativo, preventivo, decisório e executório. Neste tema referente à competência, saliente-se que foram feitas várias críticas por João Bosco Leopoldino da Fonseca<sup>253</sup> no tocante à ordem das competências do CADE constantes na Lei nº 8.884/94; ressalta que mais coerente seria a ordem das competências, agrupando-as, iniciando com a competência administrativa, depois preventiva, decisória e por fim executória. O legislador, não se atendo a uma ordem na enumeração das competências, elencou a competência executória antes da preventiva, sem um maior cuidado sistemático e didático do assunto.

No âmbito **administrativo**, compete ao CADE, na forma dos incisos I, XIV, XVI, XIX, XX, XXI e XXII do mencionado art. 7º da Lei Antitruste: elaborar e aprovar seu regimento interno, zelar pela observância da LA, do seu regulamento e Regimento Interno; requisitar serviços e pessoal de quaisquer órgãos e entidades do Poder Público Federal; firmar contratos e convênios com órgãos ou entidades nacionais e submeter ao Ministro da Justiça os

---

<sup>253</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de proteção da concorrência**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 121-126.

que devam ser celebrados com organismos estrangeiros ou internacionais; bem como propor a estrutura do seu quadro de pessoal e ainda a elaboração das propostas orçamentárias e indicação de substituto eventual do Procurador-Geral nos casos de faltas, afastamento ou impedimento.

Como competência de caráter **preventivo**, tem-se os incisos V, VI, XII, XVII, XVIII, também do mencionado art. 7º da LA, que atribuem ao CADE a competência para ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, aprovar os termos de compromisso de cessação de prática e do compromisso de desempenho, bem como determinar que a SDE promova fiscalização do cumprimento do termo firmado; apreciação dos atos ou condutas sujeitos por lei à aprovação (art. 54 da Lei nº 8.884/94); responder a consultas e instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica.

É na competência preventiva que ocorre o controle das concentrações capitalistas – concentrações horizontais, verticais e formação de conglomerados. As concentrações horizontais ocorrem quando há ajuste entre os agentes econômicos concorrentes, que se encontram na mesma fase do processo produtivo; as concentrações verticais ocorrem entre agentes econômicos que estão em etapas diversas do setor produtivo, como por exemplo, o fornecedor e o distribuidor<sup>254</sup>. A compreensão do que sejam os conglomerados parte de um entendimento residual às duas concentrações acima, e dizem respeito a empresas que atuam em mercado relevante completamente apartado, ou com produtos que não tenham relação entre si, em um mesmo mercado relevante. Assim, um grupo econômico pode ser constituído com o mesmo produto em mercados relevantes distintos (expansão de mercado), ou possuindo produtos diferentes, mas complementares, em mesmo mercado relevante (expansão produto) ou as concentrações puras, onde forma-se um grupo em torno de produtos que não possuam relação de complementaridade entre si<sup>255</sup>.

As competências de caráter **decisório** estão nos incisos II, III, IV, VII, IX e XI, do já mencionado art.7º da LA, onde consta o poder de decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicação de penalidades; decisão dos processos instaurados pela Secretaria de Direito Econômico e dos recursos de ofício do Secretário da SDE; apreciar em grau de recurso as medidas preventivas adotadas pela SDE ou pelo Conselheiro-Relator; requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou

---

<sup>254</sup> VAZ, Isabel. Os interesses do consumidor nas fusões e incorporações de empresas. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 35, jul./set. 2000, p. 228.

<sup>255</sup> FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 468.

privadas, respeitando o sigilo e determinar as diligências necessárias; contratar a realização de exames, vistorias e estudos.

Por fim, nos incisos VIII, X, XV e XIII do art. 7º estão firmadas as competências **executórias**, permitindo ao CADE intimar os interessados de suas decisões; requisitar aos órgãos do Poder Executivo Federal e solicitar das autoridades dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Território, as medidas necessárias ao cumprimento desta lei; determinar à sua Procuradoria a adoção de providências administrativas e judiciais; e requerer ao Poder Judiciário a execução de suas decisões.

No art. 9º da Lei nº 8.884/94 foram determinadas as competências dos Conselheiros do CADE, referentes ao cumprimento individual das atribuições no Plenário, no tocante à emissão de voto, proferir despachos, submeter ao Plenário a requisição de informações, adotar medidas preventivas, fixando multa e realizando todas as tarefas dispostas no Regimento do CADE.

A competência do CADE, disciplinada no art. 7º da Lei nº 8.884/94, não é taxativa, podendo-se verificar eventuais atribuições, não previstas no dispositivo citado, onde a atuação do CADE será indispensável. Isto se diz pelo fato de não aparentar plausível, por exemplo, a competência do Conselheiro-Relator, em reconsiderar, monocraticamente, decisão já referendada pelo Plenário do CADE. Conforme se depreende do Agravo de Instrumento nº 2004.01.00.035730-5/DF do Tribunal Regional Federal da 1ª Região<sup>256</sup>, noticia-se a ocorrência de tal prática por Conselheiro do CADE, Relator da Medida Cautelar nº 08700.000018/2004-68, movida pela Associação Nacional de Investidores do Mercado de Capital – ANIMEC, em face da Telecom Itália Internacional<sup>257</sup>.

Na Medida Cautelar referenciada, o Plenário do CADE havia decidido pela impossibilidade da Telecom Itália voltar ao Grupo da Brasil Telecom, pois aquela havia se retirado deste grupo para que a TIM Celular S/A pudesse iniciar a exploração do serviço móvel pessoal - SMP. A Telecom Itália detinha o controle da Brasil Telecom e da TIM e ambas queriam explorar o SMP, porém pela Lei nº 9.472/97, empresas pertencentes a um mesmo grupo não podem explorar o mesmo serviço na mesma região.

Em 2003 a Telecom Itália requereu à ANATEL autorização para retornar ao bloco de controle da Brasil Telecom, tendo sido o pleito admitido, desde que houvesse a obediência a determinadas restrições. Concomitante a tal fato, a ANIMEC ingressou com Medida Cautelar,

---

<sup>256</sup> Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br/>>. Acesso em: 04 ago. 2008.

<sup>257</sup> Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?1717e83fc75db142d244d168f8>>. Acesso em: 04 ago. 2008.

obstando o retorno pleiteado pela Telecom Itália; mesmo após a decisão liminar ser referendada pelo Plenário do CADE, o Relator atendeu à petição de reconsideração e admitiu também com restrições o retorno da concessionária Telecom Itália ao grupo de controle da Brasil Telecom.

Inconformada com a reconsideração do Relator, a ANIMEC intentou o Mandado de Segurança nº 2004.34.00.021599-8<sup>258</sup>, com pedido de liminar, requerendo o afastamento da decisão de reconsideração, por impossibilidade jurídica do pedido. O Juiz Federal processante da ação indeferiu o pedido liminar, entendendo que embora plausível a incompetência do Relator para o pedido de reconsideração, pois a decisão reconsiderada havia sido referendada pelo Plenário; porém, entendeu que o Relator agiu no seu poder geral de cautela administrativa, tendo sido a reconsideração referendada pelo Plenário.

Contra a decisão do juízo federal monocrático, foi interposto Agravo de Instrumento nº 2004.01.00.035730-5/DF no TRF-1ª Região, com pedido de antecipação de tutela, entretanto tal pedido também foi indeferido, pelos mesmos fundamentos da decisão monocrática. Vê-se que a competência, pelo menos no que toca aos processos administrativos, não consta de forma taxativa na Lei nº 8.884/94. Embora não haja previsão para a apreciação, pelo Conselheiro Relator, de pedido de reconsideração em decisão já referendada pelo Plenário do CADE, na prática, ocorreu a apreciação do pedido por Conselheiro do CADE e tal posição foi confirmada no Poder Judiciário. As competências do CADE compreendem assim, todas as atividades indispensáveis à proteção do mercado e sua eficiência.

#### **4.2.1 A atuação do CADE nas privatizações e concessões**

O termo privatização conduz a uma compreensão inicial de transferência da atividade pública, para ser desempenhada pela iniciativa privada; todavia tal noção é geral, diante das implicações pertinentes à matéria. Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>259</sup>, explicando o tema, ressalta a necessidade de se diferenciar dois sentidos do termo privatização. Um primeiro mais amplo, e um segundo mais restrito. O conceito amplo de privatização está diretamente relacionado com o movimento de retração do Estado, no tocante à sua participação

---

<sup>258</sup> Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br/>>. Acesso em: 04 de ago. 2008.

<sup>259</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 23.



econômica, para satisfazer as necessidades da sociedade, em decorrência do ente estatal ter avocado a direção das atividades econômicas, após o declínio do Estado Liberal. E. S. Savas conceituou privatização como: “o ato de reduzir o papel do governo, ou de dar maior importância ao setor privado, numa atividade ou na propriedade de bens”<sup>260</sup>.

O movimento pendular determinante do tamanho do Estado na passagem do Estado Social para o Estado Regulador fez com que várias atividades fossem transferidas à iniciativa privada, ocorrendo o fenômeno de privatização, ou seja, de levar à esfera privada atividades que estavam sendo desenvolvidas no âmbito público. Assim, a privatização em seu conceito amplo, engloba a desregulação, a desmonopolização, a venda de ações de empresas estatais ao setor privado, a concessão de serviços públicos e os *contracting out*, através dos quais o setor privado exerce serviços públicos, por meios de convênios, contratos, como no caso da terceirização<sup>261</sup>. Pelo conceito amplo, verifica-se que há multiplicidade de técnicas de privatização, unidas pelo objetivo de diminuir a prestação de serviços pelo Estado, transferindo-os para a iniciativa privada.

José dos Santos Carvalho Filho<sup>262</sup> comenta que agiu com acerto o legislador, quando através da Lei nº 9.491/97, utilizou a denominação “estatização”, e não mais o termo “privatização” tratado na Lei nº 8.031/90. Explica o mencionado autor, que o objetivo do programa nacional instituído era mais compatível com a expressão desestatização do que com o termo privatização, pois este indica apenas a transformação de algo em privado, e aquele significa a retirada do Estado de certo setor de atividades. O Programa Nacional de Desestatização tinha como objetivo o afastamento do Estado da posição de executor de certas atividades e serviços, mantendo, todavia, sua titularidade, daí ser mais acertada a denominação “desestatização”. A opção do legislador pelo termo desestatização favoreceu uma melhor compreensão do objetivo do Programa Nacional, pois o momento histórico vivido no Brasil, quando da edição da Lei nº 9.491/97, foi marcado por movimentos contra a privatização, motivado pelo fundamento de que se estaria dilapidando o patrimônio público, através das vendas efetivadas.

Partindo da classificação de privatização em conceito amplo e em conceito restrito, tem-se que este último compreende o conceito positivado na Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, que instituiu o Programa Nacional de Desestatização – PND. Pelas formas de

---

<sup>260</sup> SAVAS, E. S. **Privatização: a chave para um governo melhor**. Rio de Janeiro: Nórdica, 1987, p. 13.

<sup>261</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Parcerias na administração pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 23-24.

<sup>262</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 265.

privatização ou desestatização previstas na Lei nº 9.491/97, não se encontra, por exemplo, a desmonopolização, a desregulação, nem tampouco os *contracting out*, todos notadamente vinculados ao objetivo da privatização, mas nela incluídos apenas no conceito amplo, o que não foi abarcado pela legislação pátria.

A concessão de serviço público é uma forma de privatização em sentido amplo e com melhor precisão terminológica, é uma forma de desestatização dos serviços, nos casos de delegação negocial, onde a execução dos serviços é transferida para pessoas da iniciativa privada. Quando a concessão ocorre por delegação legal, que determina a execução dos serviços por pessoas integrantes da própria Administração, não há caracterização de desestatização, mas apenas descentralização dos serviços. A concessão é conceituada como contrato administrativo, pelo qual a Administração Pública transfere a um terceiro, pessoa jurídica ou consórcio de empresas, a execução e exploração de certo serviço, de interesse coletivo, ocorrendo a remuneração por meio de tarifa a ser cobrada dos usuários<sup>263</sup>. Pelo conceito acima, pode-se verificar que na concessão, o Estado transfere ao particular, a exploração e execução de um serviço público, havendo vantagens para a Administração, pois os riscos da prestação do serviço são suportados pelo particular, que terá como lucro no negócio, o recebimento de tarifas.

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>264</sup> também compreende por concessão de serviço público, a entrega da execução de serviço público, pelo Estado, a um particular, correndo o risco por conta deste, que será remunerado através da própria exploração do serviço, tendo a garantia de que será mantido o equilíbrio econômico-financeiro, uma vez que as condições fixadas pelo Poder Público são alteráveis.

A escolha dos particulares para desempenho dos serviços públicos é feita mediante licitação, através da qual uma pessoa jurídica ou um consórcio de empresas manifestam interesse em celebrar contrato de concessão. A Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, na forma prevista no art. 175 da CF/88, trazendo esta norma, um conceito de concessão no seu art. 2º, diferenciando a concessão de serviço público, efetivada mediante licitação do tipo concorrência, e a concessão de serviço público precedida da execução de obra pública, onde inicialmente deve o particular construir, conservar ou melhorar um imóvel, para

---

<sup>263</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 282.

<sup>264</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 658.

posteriormente explorar o serviço, vindo a remuneração e amortização das despesas de construção da própria exploração do serviço. O conceito legal adotou o ensinamento doutrinário, inclusive tendo feito a separação entre concessão de serviço público e concessão de serviço público precedida da execução de obra pública, como se observa da conceituação de diversos autores, dentre eles José dos Santos Carvalho Filho<sup>265</sup>, Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>266</sup>, Hely Lopes Meirelles<sup>267</sup> e Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>268</sup>.

O conceito legal de concessão não é considerado completo por Marçal Justen Filho<sup>269</sup>, para quem a norma é prescritiva, quando deveria ser descritiva, na medida que deveria limitar-se à identificação do suporte fático juridicizado, sem a preocupação de definir e constituir o regime jurídico aplicável, de uma só vez, como ocorreu na fórmula do art. 2º da Lei nº 8.987/95. Verifica-se a tentativa de definir o instituto e atribuir-lhe regime jurídico, no instante em que determinou a realização de licitação, no conceito do instituto, pois assim já estaria definindo seu regime jurídico; outrossim, a própria alusão à licitação em um conceito, é desnecessária, pois não é a presença de licitação que faz identificar uma concessão, mas após a configuração de uma concessão é que se deve aplicar a licitação, sendo esta decorrência daquela, e não o contrário.

Por meio de concessão, o Estado delega a particulares, a execução de atribuição que lhe pertence, todavia, as atribuições delegáveis por concessão são apenas as relacionadas como serviço público, conforme norma expressa do art. 175 da CF/88. Esta observação é importante, pois na Constituição Brasileira, há a diferença entre a prestação, pelo Estado, de atividade econômica e de serviços públicos, sendo possível, apenas quanto aos últimos, a execução por meio de concessão ou permissão. Considerando que o serviço público também é uma atividade econômica, tanto que os concessionários são remunerados através dos preços pagos pelos usuários, normalmente por meio de tarifas, é importante destacar que existe a atividade econômica *lato sensu*, da qual são espécies os serviços públicos e a atividade econômica *stricto sensu*<sup>270</sup>.

<sup>265</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências reguladoras e o poder normativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (org). **O Poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 281-284.

<sup>266</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 275.

<sup>267</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 371.

<sup>268</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 658.

<sup>269</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 54-55.

<sup>270</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 103.

Apenas os serviços públicos serão passíveis de execução por concessão e assim, ainda que se vislumbre a ausência de concorrência entre concessionários dos serviços, deve-se explicitar que é possível a concorrência entre concessionários, como ocorre nos sistemas de telefonia, sendo até possível que o Estado também possa desempenhar o serviço, em competição com os particulares. Ocorre que normalmente, dependendo do serviço a ser executado, pode surgir o monopólio natural, que se constata quando a presença de um outro participante no mercado pode aumentar o valor do serviço, dado o aumento dos custos de produção. O monopólio natural é fruto da utilização de alta infra-estrutura, sobrevivendo naturalmente, na medida em que o aumento de usuários diminui os custos para gerar novas utilidades<sup>271</sup>.

A participação plural de agentes privados no exercício de serviços públicos faz surgir a necessidade de controle concorrencial, sobre as empresas participantes da prestação dos serviços. O CADE, detentor de competência decisória no âmbito administrativo e em matéria de repressão a atos que atentem contra a ordem econômica, deve ter atuação nos contratos de concessões e nas privatizações, antes que tais fatos ocorram, o que importa em um controle prévio. Ocorre que, embora seja necessário e mais salutar à economia do país um controle prévio, a fim de evitar que se desfaçam contratos e atos após sua formalização, no caso do Brasil, não há na legislação que assegure tal controle.

Pertinente às concessões discute-se sobre a possibilidade de um controle pelo CADE<sup>272</sup> ainda na fase anterior à publicação do edital de licitação, embora se saiba que na maioria dos casos de concessão não haverá concorrência devido ao privilégio à concessionária; por sua vez, quanto às privatizações, a pertinência do controle da concorrência ocorre por aplicação do art. 15 da Lei nº 8.884/94, que determina sua aplicação às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, associações de entidades ou pessoas, de fato ou de direito, mesmo que temporárias e sem personalidade jurídica e ainda que exerçam regime de monopólio legal. Embate maior há quanto à competência do CADE em desfazer privatizações, ou seja, em realizar o controle *a posteriori* das concessões e privatizações.

Os argumentos sobre a possibilidade ou não de controle posterior da concorrência, em privatizações, se fazem por meio do fundamento de que a Lei de Privatizações (Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990) não prevê participação do CADE *a posteriori* nas privatizações.

---

<sup>271</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 179.

<sup>272</sup> Fernando Aguillar entende a possibilidade de controle prévio pelo CADE, tanto antecedendo à publicação do edital de direitos de concessão como também preliminarmente à realização da privatização.

Fernando Herren Aguillar<sup>273</sup> explica que para os autores que defendem a impossibilidade de controle posterior pelo CADE, como Tércio Sampaio Ferraz Junior, Onofre Carlos de Arruda Sampaio e José Carlos Magalhães, a Lei de Privatizações é uma lei especial, e assim, como nela não se previu a participação do CADE, tal não pode ocorrer. Continua o mesmo autor afirmando, que, todavia aos que acolhem a possibilidade de atuação posterior do CADE nas privatizações, como o próprio Fernando Herren Aguillar e Marusa Vasconcelos Freire, sustentam não ser a Lei de Privatizações especial quando considerada em contraposição à Lei nº 8.884/94.

Analisando o tema central da intervenção do CADE em contratos de privatização, vê-se que o fundamento da intervenção, só poderá ser a prevenção ou repressão de atos que atentem contra a ordem econômica, protegendo-se a concorrência. É exatamente neste ponto que a Lei nº 8.884/94 é especial, logo, a especialidade desta sobressai sobre a da Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, permitindo o controle posterior pelo CADE em privatizações, partindo-se da necessidade de proteção à concorrência.

#### 4.3 NATUREZA JURÍDICA DAS DECISÕES DO CADE

Questiona-se sobre a natureza jurídica das decisões do CADE, na tentativa de compreender se seriam atos administrativos discricionários ou vinculados. Escrevendo sobre o tema, entendeu Hely Lopes Meirelles<sup>274</sup>, ainda sob a égide da Lei nº 4.137/62, quando o CADE não era autarquia, que as decisões deste órgão eram atos vinculados, fundamentando que era obrigatório um processo administrativo, para apuração dos fatos que precedem ao ato administrativo a ser praticado. Ensina que, se o ato administrativo fosse discricionário, não haveria necessidade de vinculação a atos predecessores, com a necessária instauração de um processo administrativo.

No mesmo sentido entende Amanda Flávio de Oliveira<sup>275</sup>, para quem a vinculação das decisões do CADE está na obrigatoriedade de escolha pelos Conselheiros do CADE, da decisão técnica que conduza a uma solução ótima; pois embora várias soluções técnicas sejam

---

<sup>273</sup> AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 253.

<sup>274</sup> *Apud* OLIVEIRA, Amanda Flavio de. **O direito da concorrência e o poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 79.

<sup>275</sup> OLIVEIRA, Amanda Flavio de. **O direito da concorrência e o poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 79.

apontadas, apenas a melhor delas deve ser utilizada na decisão dos Conselheiros, inexistindo juízo de oportunidade e conveniência a ser pronunciado pelo CADE.

O CADE tem como característica indiscutível o embasamento de suas decisões com base em estudos técnicos, tanto que há exigências para se preencher o cargo de Conselheiro; pois de acordo com o *caput* do art. 4º da Lei nº 8.884/94, o Presidente e os seis Conselheiros do CADE serão escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta anos de idade, de notável saber jurídico ou econômico e reputação ilibada. Mesmo para integrar o quadro da autarquia também é necessária uma profissionalização especializada<sup>276</sup>; daí concluindo-se que a base do CADE é a tecnicidade. Ademais, aos processos administrativos são juntados pareceres da SDE e da SEAE (embora não vinculativos), todos com foco na tecnicidade, com enfoque na análise econômica da prática ou ato analisado.

O fato da autarquia escolher uma decisão, com fundamento nas provas colhidas durante a instrução e diante da demonstração técnica apresentada, através de pareceres especializados proferidos por órgãos do Poder Executivo, não torna o ato discricionário. Os critérios para verificação das conseqüências jurídicas do fato, não se vinculam à discricionariedade do administrador, devendo este, diante de todas as provas encontrar a decisão que produza as conseqüências jurídicas adequadas aos preceitos legais. As decisões do CADE têm natureza vinculada, ocorrendo um processo de subsunção do fato à norma<sup>277</sup>.

Reforçando a natureza vinculada dos atos do CADE, destaca Tércio Sampaio Ferraz Junior<sup>278</sup>, que não se pode falar em juízo de conveniência e oportunidade com base técnica, pois se assim o fosse, a liberdade estaria submetida à tirania da técnica, que ele chama tecnocracia. Para Fábio Ulhoa Coelho<sup>279</sup>, as decisões do CADE têm natureza vinculada, pois na verificação de prática empresarial, a fim de proclamá-la lícita ou ilícita, basta ao CADE verificar se a conduta realizada corresponde à infração à ordem econômica descrita na lei. Entende o mesmo autor, que há discricionariedade da decisão, apenas no tocante à aplicação de sanção ao agente econômico, pois a própria Lei Antitruste, no seu art. 27, permite a gradação da pena, e no § 1º do art. 54 autoriza aprovação de ato, mesmo sendo este restritivo

---

<sup>276</sup> O CADE ainda não dispõe de um quadro de pessoal da Autarquia, o que prejudica a profissionalização de um corpo especializado, já que consoante dicção de João Bosco Leopoldino da Fonseca, os funcionários à disposição quando estão mais aptos às funções desempenhadas, retornam aos seus órgãos de origem ou fazem concurso para obtenção de uma carreira mais segura.

<sup>277</sup> CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. O perfil do CADE na legislação antitruste. **Revista de Direito Econômico**. Brasília, CADE, n. 24, jul./dez. 1996, p. 72. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 17 jun. 2008.

<sup>278</sup> *Apud* OLIVEIRA, Amanda Flavio de. **O direito da concorrência e o poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 59.

<sup>279</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, 1 v., p. 207.

ou prejudicial da concorrência, daí atribuindo-se caráter discricionário à competência sancionadora.

Mesmo os casos excepcionais de aprovação de atos ou contratos, previstos no § 1º do art. 54 da Lei nº 8.884/94, não importam competência discricionária ao CADE, pois, se as disposições legais forem obedecidas pelos agentes econômicos, a autarquia antitruste terá que promover a aprovação do ato, conforme previsto na mencionada lei, sem dispor, com isso, de nenhuma atividade discricionária. Quanto à aplicação da penalidade, também não há competência discricionária, pois ao aplicador caberá utilizar os fundamentos impostos na lei para precisar a pena aplicada, seguindo os parâmetros legais, sem nenhum juízo de valor discricionário. A gradação das penas possui requisitos a serem obedecidos que confirmarão a pena final que deve ser aplicada em cada caso.

O que mais confunde a caracterização dos atos do CADE com os atos discricionários é a presença, na lei de concorrência, de conceitos indeterminados a exemplo dos conceitos de “mercado relevante”, “posição dominante”, “preços excessivos” etc., compreendendo-se que por estes conceitos, haverá um sentido subjetivo aplicado a cada caso, importando em discricionariedade. Não se deve entender os conceitos indeterminados ou termos indeterminados como característica de ato discricionário, pois embora indeterminados em abstrato, tais termos são determináveis no caso concreto<sup>280</sup>.

Após constatar se há ou não posição dominante, ou se o ato compromete a eficiência econômica, etc., ultrapassando a etapa de determinação dos conceitos, nos fundamentos utilizados pelo CADE, tanto para condenar como para absolver determinada conduta, bem como aprovar ou reprovar determinado ato, sua atividade será sempre vinculada e suscetível de controle judicial<sup>281</sup>. Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>282</sup> expõe que a existência de conceitos jurídicos indeterminados caracteriza um ato administrativo como discricionário, todavia deixa bem claro que o conceito indeterminado deve ser de valor, pois nos casos de conceitos técnicos ou de experiência, não há discricionariedade. Quanto aos conceitos técnicos, explica a autora que dependem apenas de manifestação de órgão técnico, onde será encontrada apenas uma solução válida; nos conceitos de experiência ou empíricos, também se encontra apenas uma solução válida, através de critérios práticos e objetivos extraídos da experiência comum.

---

<sup>280</sup> OLIVEIRA, Amanda Flávio de. **Direito da concorrência e o poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 69.

<sup>281</sup> GOMES, Carlos Jacques Vieira. **Ordem econômica constitucional e direito antitruste**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004, p. 101.

<sup>282</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 208-209.

A Lei Antitruste traz conceitos técnicos indeterminados e não conceitos de valor indeterminados, pois após análise técnica econômica dos atos de concentração ou das práticas abusivas, sabe-se exatamente o limite do termo indeterminado, sem que haja discricionariedade a ser conferida aos membros do CADE. A compreensão dos termos como “abuso de posição dominante”, “mercado relevante”, “justa causa”, “preços excessivos”, “meios enganosos”, dentre outros, será obtida numa apreciação econômica da situação de mercado posta em questão, onde apenas uma solução será legal, inexistindo opção ao administrador; ou haverá situação de posição dominante, ou não haverá; ou um produto encontra-se dentro de um mercado relevante de outro, ou não está; ou houve justa causa para a prática de um ato ou não houve etc.. Apenas a análise técnica definirá os conceitos abertos da Lei Antitruste, sem que haja liberdade de escolha ao julgador da esfera administrativa.

Através do exercício da discricionariedade, o administrador é quem elege a situação fática geradora da vontade, bem como determina o momento da sua prática; no caso das decisões do CADE, o enquadramento de um ato ou conduta nos preceitos da Lei nº 8.884/94, passa por um processo administrativo e, constatado o enquadramento no mundo fático aos preceitos legais, não pode a autarquia antitruste decidir de forma volitiva. Mesmo nos casos em que a Lei Antitruste possibilita exceções para a aplicação de seus dispositivos, como no compromisso de desempenho, na fase instrutória perante a SDE, se constatados, por análise técnica o enquadramento da empresa nos preceitos legais, o caso é de aplicação da lei, e não de apreciação da vontade do administrador, logo, os atos do CADE têm natureza vinculada.

#### 4.4 PROCESSO ADMINISTRATIVO

O processo administrativo previsto na Lei nº 8.884/94, engloba as atribuições de todos os órgãos integrantes do SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, constituindo o Título VI do Estatuto Antitruste, iniciando-se com as normas sobre averiguações preliminares, dirigidas pela Secretaria de Direito Econômico, e passando ao julgamento do processo administrativo pelo CADE. Nos moldes do processo judicial, o processo administrativo, que é um método ou sistema de atuação do órgão julgador, para que ocorra,



impõe que sejam realizados inúmeros atos, entre o pedido do requerente e o provimento jurisdicional, ao que se dá o nome de procedimento<sup>283</sup>.

No campo administrativo, junto ao processo administrativo no CADE, encontra-se um procedimento inicial na SDE, se necessário, para posterior análise da representação pelo CADE. Dois entes distintos promovem a instrução e o julgamento das práticas atentatórias à concorrência, diferenciando-se as etapas do procedimento.

#### **4.4.1 Instauração e instrução do processo administrativo**

O início do processo administrativo ocorre no âmbito da SDE e seu prazo para instauração é de até oito dias contados do conhecimento do fato, da representação ou do encerramento das averiguações preliminares, também realizadas pela SDE. Logo quando apresentados os indícios de infração à ordem econômica ao Secretário de Direito Econômico, este, por meio de despacho fundamentado, especifica os fatos a serem apurados, iniciando o processo, determinando a notificação do representado para apresentar defesa em quinze dias, sob pena de revelia, assim como acontece no procedimento ordinário do processo judicial, tendo sido mantido, inclusive, o prazo para resposta.

O § 4º do art. 33 da LA traz a faculdade do representado acompanhar o processo administrativo por seu titular e seus diretores ou gerentes, ou por seu advogado habilitado. João Bosco Leopoldino da Fonseca<sup>284</sup> entende que neste ponto, há questão polêmica diante do embate entre o mencionado dispositivo e o contido no art. 1º, I da Lei nº 8.906 de 1994 (Estatuto da OAB) que determina ser atividade privativa do advogado, a postulação em órgão do Poder Judiciário. A polêmica tratada é no sentido de que o CADE, pelo art. 3º da LA é órgão judicante; todavia, em que pese a atribuição de caráter judicante ao CADE pela lei ordinária antitruste, o inciso I do art. 1º do Estatuto da OAB é claro quanto à privatividade da postulação por advogado junto aos órgãos do Poder Judiciário; na Constituição Federal vigente, no seu art. 92, tais órgãos são especificados, de forma taxativa, deles não constando o CADE.

---

<sup>283</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, 1 v., p. 41.

<sup>284</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de proteção da concorrência**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 303.

A Constituição Federal de 1988, no seu art. 92, enumera como órgãos do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça, o Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, os Tribunais e Juízes do Trabalho, os Tribunais e Juízes Eleitorais, os Tribunais e Juízes Militares, os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Território. O CADE é autarquia federal, pertencente à Administração Pública, daí, conclui-se que não há incompatibilidade entre o § 3º do art. 33 da Lei nº 8.884/94 e o art. 1º, I da Lei nº 8.906/94, sendo possível o acompanhamento do representado em processo administrativo, por si próprio, titular ou gerente, independente de advogado.

A presença de advogado em processo administrativo não é indispensável, tanto que até maio de 2008 havia compreensão firmada de que a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar era obrigatória, por força da Súmula nº 343 do Superior Tribunal de Justiça. O Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 5 que pontifica: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”, utilizando-se do poder instituído pela EC nº 45/2004, com o acréscimo na Constituição Federal do art. 103-A:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Aplicando-se igualdade de tratamento nos processos administrativos do CADE com os processos disciplinares, considerando que aqueles têm como fim a aplicação de alguma restrição à parte, a partir da publicação da Súmula Vinculante nº 5 do STF, no Diário Oficial, em 16 de maio de 2008; restou pacificada a compreensão de que não é obrigatória a participação de advogado nos procedimentos administrativos do CADE. Ainda que haja aplicação de punições no processo administrativo, como a LA faculta a atuação do representado pessoalmente ou por advogado, e como o Supremo Tribunal Federal entende que no processo administrativo não é obrigatória a presença de defesa técnica, a participação de advogado nos processos do CADE é facultativa.

Após a defesa ou o prazo desta, a SDE inicia a instrução do processo, podendo realizar diligências e produzir as provas que entender necessárias, inclusive ouvindo testemunhas e

realizando inspeção na sede da empresa. Antes da inspeção, a investigada deve ser notificada, no prazo de vinte e quatro horas de antecedência. Esta notificação prévia à inspeção pode-se gerar a inviabilidade da medida, pois se o objeto seria averiguar *in loco* a possibilidade de algum evento que venha a demonstrar infração à ordem econômica, o comunicado prévio da inspeção esvazia o objeto desta, na medida em que viabiliza a retirada de qualquer elemento que possa contribuir com a diligência. O representado, após a notificação, terá o prazo de vinte e quatro horas para montar o ambiente sem que restem demonstrações de infração à ordem econômica, podendo até retirar os documentos que justifiquem a medida de inspeção, salvo aqueles que devem constar obrigatoriamente (livros comerciais obrigatórios).

Pela leitura do § 2º do art. 35 da Lei nº 8.884/94, pode-se constatar que a inspeção em estabelecimento comercial ou empresarial será determinada pelo Secretário de Direito Econômico, porém, tal sendo o entendimento, abre-se uma incompatibilidade dessa regra com a insculpida no art. 35-A da mesma lei. Pelo art. 35-A da LA, incumbe à Advocacia-Geral da União, por solicitação da SDE, a competência para requerer a busca e apreensão de papéis, objetos, computadores e arquivos magnéticos na empresa representada. Na verdade, estes dispositivos legais são compatibilizados, quando se compreende que a inspeção determinada pelo Secretário da SDE será o procedimento inicial a ser adotado, quando for necessário o acesso a documentos em poder do representado; todavia, caso as informações não estejam no estabelecimento inspecionado, e sabendo o local onde tais objetos ou papéis estejam, a medida a ser tomada será a busca e apreensão judicial.

A busca e apreensão judicial, disposta no art. 35-A da LA, é uma medida a garantir o conhecimento de informações do representado, pela SDE, mesmo que não se encontrem na posse dos titulares ou representantes da pessoa representada ou no estabelecimento da pessoa física ou jurídica investigada. A dificuldade que se pode vislumbrar para o êxito da busca e apreensão, é que o requerente da medida cautelar, deverá expor, na inicial, o lugar onde está a coisa a ser apreendida, conforme a norma do art. 840 do CPC. A busca e apreensão também pode ser utilizada, independente de ter havido inspeção da empresa, pois neste caso, não haverá a notificação prévia do investigado, permitindo que as provas não sejam retiradas dos estabelecimentos.

No curso do procedimento administrativo, poderá a SEAE emitir parecer do que entender ser sua especialidade, ou seja, parecer técnico econômico, na forma do § 1º do art. 35-A da LA. Também poderá ocorrer, no curso do procedimento administrativo dirigido pela SDE, a celebração de acordo de leniência do representado com a União, culminando com a extinção da ação administrativa ou redução de um a dois terços da penalidade aplicável. O

acordo de leniência ocorre quando as pessoas físicas ou jurídicas, autoras de infração à ordem econômica, colaborarem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, resultando na identificação dos demais co-autores da infração e obtenção de informações e documentos que comprovem a infração investigada, na forma do art. 35-B da LA.

O programa de leniência brasileiro foi inspirado no modelo americano, que se iniciou a partir de 1978, sem sucesso; todavia, em 1993, com a “Corporate Leniency Policy”, desenvolveu-se um meio de dar cumprimento à legislação de concorrência, abrandando ou mesmo imunizando a primeira empresa que fornecesse provas indispensáveis para a investigação de prática antitruste<sup>285</sup>. Assim como no sistema norte-americano, a leniência alcançada no processo administrativo do CADE tem repercussão penal, na medida em que suspende o prazo prescricional e impede o oferecimento de denúncia, quanto aos crimes tipificados na Lei nº 8.137/90.

Alguns requisitos devem ser preenchidos para que se possa ter direito ao acordo de leniência. Inicialmente, a empresa ou pessoa física beneficiária deve ser a primeira a se qualificar quanto à infração noticiada ou em investigação, devendo cessar seu envolvimento na infração a partir da data da propositura do acordo; também, deve ser verificado, se na data da propositura do acordo, a SDE não dispunha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física; ainda, deve haver a confissão de participação pela empresa ou pessoa física, bem como a cooperação plena e permanente durante todo o processo e investigação. Esses requisitos estão dispostos no § 2º do art. 35-B da LA.

O acordo de leniência tanto pode ocorrer no curso das averiguações preliminares, como durante o processo administrativo, sendo proposto pelo investigado ou noticiante. Se a infração já estiver sendo investigada pela SDE, quando o investigado apresentar proposta de acordo e houver sua celebração, o benefício será a redução da pena, de um a dois terços, além de ter considerada na pena, a efetiva colaboração prestada, bem como sua pena não pode ser superior à menor das penas aplicadas ao co-infratores. Quando o beneficiado é o noticiante do ilícito, nos casos em que a proposta de acordo foi apresentada à SDE antes desta ter conhecimento da infração por outro meio, ocorre um benefício maior no acordo de leniência, pois permite a extinção da ação punitiva.

A ausência de conhecimento prévio, pela SDE, da infração noticiada em acordo de leniência será comprovado se não houver processo administrativo sobre o ilícito, averiguação preliminar ou qualquer documento oficial informando a ciência da prática anticoncorrencial e

---

<sup>285</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de proteção da concorrência**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 306-307.

o início de medidas de investigação. Saliente-se que não pode ser beneficiado no acordo de leniência, empresas ou pessoas físicas que tenham liderado a prática ilícita.

A proposta de acordo é dirigida à SDE, que é a responsável pela celebração do acordo, com fixação das condições para que ocorra a efetiva cooperação no deslinde da investigação, não sendo necessária a anuência do CADE para o caso; este apenas irá aplicar os efeitos do acordo, com a extinção da punibilidade ou redução da pena, no momento do julgamento. Desta análise, constata-se que o acordo de leniência está mais voltado para a fase de julgamento, que compete ao CADE, que para a instrução; tanto é assim, que no art. 87 do Projeto de Lei 5.877/2005, em trâmite no Congresso Nacional, e que foi elaborado para ser o novo Estatuto Antitruste Brasileiro, o programa de leniência como passa a ser chamado, e não mais acordo, fica a cargo do CADE, por meio da Superintendência-Geral<sup>286</sup>.

Também se deve mencionar que embora tenha efeitos importantes, inclusive nas ações penais, a celebração do acordo de leniência, concentrada na SDE, órgão unitário, não exige sequer a oitiva da Advocacia Geral da União e do Ministério Público atuante junto ao CADE, que só se pronunciarão no momento do julgamento, mas já acolhendo os termos e efeitos do acordo celebrado<sup>287</sup>.

A recusa da proposta de acordo, não poderá incorrer como confissão do noticiante ou investigado, nem pode ser divulgada, pois deve ser sigilosa, salvo no interesse das investigações ou do processo administrativo, como meio de corroborar as investigações realizadas. O acordo de leniência traz benefícios ao investigado, e tenta estimular que um maior número de pessoas, físicas ou jurídicas, optem pela sua utilização, constituindo meio a viabilizar o êxito de investigações pela SDE.

Os poderes concedidos ao Secretário da SDE ultrapassam os limites de uma simples investigação, tanto pela sua competência em celebrar o acordo de leniência, como também quanto a possibilidade de adotar medida preventiva para evitar lesão irreparável ou de difícil reparação ao mercado, determinando, se for o caso, o retorno à situação anterior, podendo até fixar multa diária, consoante o art. 52 da Lei nº 8.884/94. Também o Conselheiro-Relator do processo administrativo pode determinar medidas que cessem prática atentatória ao mercado.

Também pode ocorrer durante a instrução do processo administrativo, o compromisso de cessação, que suspende o processo administrativo instaurado, desde que preenchidos os

---

<sup>286</sup> No projeto de lei nº 5.877/2005, consta como integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência apenas o CADE e a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, consoante o art. 3º do projeto.

<sup>287</sup> DUTRA, Pedro. **Livre concorrência e regulação de mercados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 131.

requisitos do art. 53 da LA. O compromisso de cessação equivale a uma transação firmada entre o CADE e o agente econômico investigado, onde são estabelecidas condições a serem cumpridas pelo investigado, e ao término do prazo estabelecido, cumpridas as condições, arquiva-se o processo. O interesse do CADE em celebrar este tipo de compromisso visa em fazer cessar, o mais rápido possível, prática ofensiva ao mercado. Ressalte-se que as investigações nestes processos administrativos são muito demoradas, e possuem dificuldades diversas para a obtenção de provas, sendo muitas vezes mais vantajoso para o mercado o compromisso de cessação, que uma investigação demorada e ineficaz no combate à prática ilícita, que já tenha causado graves danos ao mercado.

No termo de compromisso de cessação devem ser especificadas as obrigações do representado para fazer cessar a prática investigada ou seus efeitos, deve constar o valor da multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, e ainda a fixação do valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, para as hipóteses de investigação das seguintes infrações: fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços; obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários; e combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa. Nesses casos, o valor pecuniário a ser recolhido ao FDD não pode ser inferior ao mínimo previsto no art. 23 da LA.

Ao contrário do acordo de leniência, cuja decisão compete ao Secretário da SDE, no compromisso de cessação a competência para assinatura do termo é do CADE, e mesmo nos casos em que o compromisso ocorra na instrução, quando o processo encontra-se com a SDE, haverá necessidade de referendo do CADE para validade do compromisso firmado. Saliente-se que, uma vez firmado o termo, podem ocorrer modificações na situação do mercado, necessitando de alterações nas condições impostas ao agente investigado; daí, o §8º do art. 53 da Lei nº 8.884/94 permitir a alteração das condições, se restar comprovada a excessiva onerosidade para o representado.

A SDE deve encerrar a instrução do processo administrativo, em quarenta e cinco dias, se possível, podendo tal prazo ser prorrogado se houver justificada necessidade, na forma instituída no art. 35 da LA. Deve-se frisar, que dada a complexidade inerente aos casos de condutas anticompetitivas, bem como a dificuldade na obtenção de provas, e o reduzido quadro de servidores para a realização de todo o trabalho instrutório, o prazo de quarenta e

cinco dias é praticamente inviável de ser obedecido, sob pena de se obter uma instrução frágil. Finda a instrução processual, o Secretário de Direito Econômico decide, através de relatório fundamentado, pela remessa dos autos ao CADE para julgamento, ou pelo arquivamento do processo, hipótese em que haverá recurso de ofício ao CADE.

#### **4.4.2 O Ministério Público no CADE**

Ao Ministério Público compete exercer as funções previstas no art. 129 da Constituição Federal e outras mais previstas em lei, conforme determina o inciso IX do referido artigo. Dentre as diversas funções institucionais do Ministério Público previstas na Constituição Federal de 1988, encontra-se a promoção de ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; o que demonstra a relação do Ministério Público com a defesa de interesses difusos e coletivos. Também o texto constitucional explicita não ser o art. 129 da CF, uma enumeração taxativa, pois prevê que pode haver outras funções conferidas, desde que compatíveis com a sua finalidade.

A Lei Orgânica do Ministério Público, Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, por sua vez, prevê na alínea “c” do inc. II do seu art. 5º, a competência do Ministério Público da União para zelar pelos princípios constitucionais relativos à atividade econômica; ou seja, o Ministério Público, ente que tutela a proteção dos interesses difusos, também deve zelar pela observância dos princípios constitucionais da ordem econômica. Também na mesma Lei Complementar constam os instrumentos de atuação do Ministério Público da União, e dentre eles há a promoção de ações necessárias em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, notadamente quanto à ordem econômica.

Ainda que esteja claramente disposta a legitimidade do Ministério Público para atuar em defesa da ordem econômica, impende ressaltar que no tocante à participação do Ministério Público Federal no procedimento administrativo instituído pela Lei nº 8.884/94, tal se dá pelo fato desta trazer tratamento de prevenção e repressão às condutas anticompetitivas, caracterizadas como direitos difusos e não apenas individuais dos competidores. Analisando a Lei nº 8.884/94, constata-se que o titular dos bens jurídicos protegidos é a coletividade, na

forma do parágrafo único do art. 1º da LA, e esta coletividade compreende todos os moradores e todas as empresas e entidades estabelecidas no território nacional<sup>288</sup>. Assim, a matéria de proteção à concorrência enquadra-se como interesse difuso, que compreendem os direitos transindividuais, tendo pessoas indeterminadas como titulares, ligadas por circunstâncias de fato, consoante o inciso I do art. 81 da Lei nº 8.078/90:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

Desta forma, sendo a matéria de competência do CADE reconhecida como direito difuso, é indispensável a participação do Ministério Público Federal no procedimento administrativo. Saliente-se, que no mencionado inciso IX do art. 129 da CF/88, consta a ressalva de que é vedada ao Ministério Público Federal, a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas, o que pode gerar, a princípio, uma aparente inconstitucionalidade na participação do Ministério Público junto ao CADE, principalmente quando lhe é competida a execução dos julgados da autarquia federal.

Ocorre que não há inconstitucionalidade na participação do Ministério Público junto ao CADE, pois, quando o Ministério Público executa decisões do CADE, o faz não como representante da autarquia ou como órgão consultivo, mas como representante dos cidadãos, componentes da coletividade e interessados em manter a ordem econômica do país. Mesmo quando o Ministério Público executa multa aplicada pelo CADE, não há representação quanto ao recebimento das multas, pois estas não pertencem ao CADE, mas são depositadas diretamente ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD), instituído pela Lei nº 7.347/85; mais uma vez estabelecendo a relação do Ministério Público com os direitos difusos.

O Representante do Ministério Público Federal a atuar no CADE é designado pelo Procurador-Geral da República, sendo também designado um substituto; as designações ocorrem após ser ouvido o Conselho Superior do Ministério Público. O representante do Ministério Público Federal, por fim, não tem função de consultor nos processos administrativos, pois neste ponto atua a Procuradoria do CADE, mas sim de acompanhamento dos atos procedimentais, como fiscal da legalidade.

---

<sup>288</sup> FREIRE, Marusa Vasconcelos. A atuação do MPF junto ao CADE. **Revista de Direito Econômico**. Brasília, CADE, n. 24, jul./dez. 1996, p. 38. Disponível em: < <http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 17 jun. 2008.



Ressalte-se a omissão no art. 42 da LA, que prevê a abertura de vistas nos autos do procedimento administrativo à Procuradoria, após a distribuição do processo ao Conselheiro-Relator, pelo Presidente do CADE, sem especificar se a Procuradoria seria à do CADE<sup>289</sup>. Pela análise do texto legal, vê-se que a abertura de vista constante no mencionado artigo é indiscutivelmente à Procuradoria do CADE, mas cabe perguntar, então, em que momento o Ministério Público deve se pronunciar? Seria exatamente nesta fase inicial, após o Procurador-Geral do CADE?

A participação do Ministério Público é indiscutivelmente necessária e prevista em lei, pois na sua própria lei orgânica (LC nº 75/93), consta a sua participação em qualquer órgão da administração pública, que atue referente aos mesmos direitos e interesses relacionados com a função da instituição ministerial. Junto ao CADE, que é órgão colegiado, o Ministério Público Federal participa de todas as sessões, podendo nelas se manifestar, inclusive proferindo parecer oral, o que também, embora não esteja previsto na Lei nº 8.884/94, encontra-se disposto no art. 20 da LC nº 75/93: “Art. 20. Os órgãos do Ministério Público da União terão presença e palavra asseguradas em todas as sessões dos colegiados em que oficiem”<sup>290</sup>.

Aliás, pode-se compreender que o legislador ordinário quedou-se em repetir todos os direitos de atuação do Ministério Público, posto já haver previsão em lei complementar sobre a matéria. Na sessão plenária do CADE ocorrida em 28/07/2008, o Procurador Federal atuante junto ao CADE, manifestou-se oralmente, ofertando parecer, no Recurso Voluntário nº 08700.002874/2008-81, que tem como recorrente a AMBEV – Companhia de Bebidas das Américas e como recorrida a Secretaria de Direito Econômico, falando após o Procurador do CADE, que iniciou os pronunciamentos, e dos advogados da recorrente e das terceiras interessadas<sup>291</sup>.

Para efeito de representação judicial do CADE, também se constata no art. 35-A da LA o exercício da representação pela Advocacia Geral da União, restando afastada eventual possibilidade do Ministério Público atuar como representante da autarquia, o que geraria inconstitucionalidade da atuação.

---

<sup>289</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de proteção da concorrência**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 314.

<sup>290</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp75.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp75.htm)>. Acesso em: 04 ago. 2008.

<sup>291</sup> Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Atas/arquivosPDF/ata426.pdf>>. Acesso em: 04 ago. 2008.

#### 4.4.3 A Procuradoria do CADE

As atribuições da Procuradoria do CADE encontram-se no art. 10 da Lei nº 8.884/94, onde se especificam as funções de representação da autarquia, que lhe presta assessoria jurídica e defende em juízo, promove a execução judicial das decisões e julgados, requer judicialmente as medidas necessárias à finalidade da autarquia, emite parecer nos processos da competência do CADE, além das demais atribuições previstas no Regimento Interno da autarquia. Distingue-se a execução de decisões e julgados, pois muitas decisões, notadamente aquelas que fixam multa, embora não sejam julgados, possuem valor executivo, daí a precisão terminológica em se destacar os dois tipos de pronunciamentos executáveis advindos do CADE.

O Procurador-Geral do CADE é indicado livremente pelo Ministro da Justiça e nomeado pelo Presidente da República após aprovação pelo Senado Federal, devendo ser brasileiro, de reputação ilibada e notório saber jurídico. O cargo a ser exercido será em comissão, permitido no ordenamento pátrio através do inciso II do art. 37 da CF/88, com cláusula legal de mandato, assim como os Conselheiros do CADE. A formação jurídica do Procurador do CADE deve ser na área específica de direito econômico, estritamente relacionada com as atribuições que lhe competem. O mandato do Procurador-Geral, assim como o dos Conselheiros do CADE é de dois anos, permitida uma recondução. A Procuradoria como representante que é do CADE, quando chamada a representá-lo em juízo, não pode fazê-lo pelo entendimento pessoal do Procurador, devendo vincular-se à decisão plenária da autarquia.

O Plenário, por unanimidade, conheceu do presente recurso de ofício, negando-lhe provimento, mantendo o arquivamento do processo, nos termos do voto do Relator. O Plenário do CADE concedeu autorização para sua Procuradoria se manifestar nos autos dos processos judiciais eventualmente existentes, tratando do mesmo assunto, nos estritos termos da decisão proferida pelo Plenário do CADE<sup>292</sup>.

---

<sup>292</sup> Brasil. CADE. Averiguação Preliminar nº 08012.008333/2007-34. Representante: Ministério Público do Estado de São Paulo. Representada: Drogaria São Paulo. Relator: Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado. Brasília, 23 de julho de 2008. Publicado no Diário Oficial em 28/07/2008, n. 143, seção 1. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Atas/arquivosPDF/ata426.pdf>>. Acesso em: 04 ago. 2008.

Em vários outros julgados<sup>293</sup> restou feita a ressalva de que a manifestação da Procuradoria em processos judiciais referentes aos fatos já decididos pelo CADE deve limitar-se aos estritos termos da decisão plenária da autarquia. É evidente que a Procuradoria do CADE age no interesse de manter as decisões deste, posto que o representa, mas a vinculação absoluta da manifestação nos autos judiciais vinculada à decisão do CADE, pode implicar regra de preponderância da defesa da autarquia mais até que a defesa da concorrência.

Acreditando-se na possibilidade de uma decisão do CADE, embasada nos pareceres da SDE e SEAE, encontrar respaldo contrário na prova de eventual ação judicial, ao Procurador-Geral não se impõe o compromisso de defesa da concorrência e conseqüentemente manifestação a favor da prova dos autos judicial, mas simplesmente defender e posicionar-se no sentido da decisão plenária da autarquia. Atualmente o CADE vem pugnando pela sua atuação nos processos judiciais como assistente ou *amicus curiae*, todavia a vinculação de manifestação do Procurador do CADE à decisão plenária pode comprometer o próprio mecanismo instituído nas altas cortes nacionais, sem considerar eventuais provas obtidas no processo judicial.

Sobre o *amicus curiae* impende mencionar que se trata de uma figura do direito norte-americano, que atua em processos de relevante interesse social, participando como assistente de uma das partes<sup>294</sup>, pois auxilia o julgador na decisão da querela jurídica. Sua presença normativa no ordenamento pátrio encontra-se direcionada para os processos em que se discute a constitucionalidade de leis ou atos normativos, nos termos do § 2º do art. 7º da Lei nº 9.868/99. O CADE utilizando-se do instituto de *amicus curiae*, requereu sua habilitação na ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, nº 1094-DF onde se questionam dispositivos da Lei nº 8.884/94, o que foi deferido, visando com isso oferecer maiores detalhes sobre a Lei Antitruste, podendo até juntar documentos.

---

<sup>293</sup> Brasil. CADE. Averiguação Preliminar nº 08012.012806/2007-06. Representante: Associação das Drogarias e Farmácias de Araraquara - ADROFAR. Representadas: Drogaria São Paulo, Pop Farma, Farmácia Unimed, Drogão Super I, Drogão Supre II e Droga Vem. Relator: Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado. Brasília, 23 de julho 2008. Publicação no Diário Oficial em 28/07/2008, n. 143, seção 1. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/Atas/arquivosPDF/ata\\_426.pdf](http://www.cade.gov.br/Atas/arquivosPDF/ata_426.pdf)>. Acesso em: 04 ago. 2008.

Brasil. CADE. Averiguação Preliminar nº 08012.000650/2007-11. Representante: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Representada: Rede Pague Menos. Relator: Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan. Brasília, 23 de julho 2008. Publicação no Diário Oficial em 28/07/2008, n. 143, seção 1. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/Atas/arquivosPDF/ata\\_426.pdf](http://www.cade.gov.br/Atas/arquivosPDF/ata_426.pdf)>. Acesso em: 04 ago. 2008.

<sup>294</sup> Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Agravo regimental no Mandado de Segurança nº 12459/DF. Embargante: Associação Brasileira dos Expostos ao Amianto – ABREA e Eliezer João de Souza. Embargado: ETERNIT S/A e outros. Relator: Juiz Convocado Carlos Fernando Mathias. Brasília, 27 de fevereiro de 2008. Publicação no Diário da Justiça em 24/03/2008, p. 1. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=amicus&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 04 ago. 2008.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu sobre a possibilidade do CADE atuar como *amicus curiae* utilizando-se a natureza de assistente que lhe é facultada, na forma do art. 89 da Lei nº 8.884/94:

3. A regra inscrita no art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 9.469/97 e art. 89 da Lei 8.884/94 contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* em nosso Direito. Deveras, por força de lei, a intervenção do CADE em causas em que se discute a prevenção e a repressão à ordem econômica, é de assistência.

...

6. Ademais, o *amicus curiae* opina em favor de uma das partes, o que o torna um singular assistente, porque de seu parecer exsurge o êxito de uma das partes, por isso a lei o cognomina de assistente. É assistente secundum eventum litis<sup>295</sup>.

Compreende-se que a representação do CADE por sua Procuradoria, deve permitir que sejam alcançadas as soluções legais necessárias a cada caso, mormente quando a prova colhida no processo judicial, possa ser mais ampla que a prova do processo administrativo. Deve a Procuradoria Autárquica comprometer-se mais com a análise do caso e das provas dispostas em discussão, do que com a permanência e defesa do entendimento emanado anteriormente pelo CADE na esfera administrativa.

#### **4.4.4. Julgamento do processo administrativo pelo CADE**

Após a distribuição do processo no CADE, o Conselheiro-Relator abrirá vistas à Procuradoria para emitir parecer em vinte dias, podendo ainda serem realizadas diligências complementares ou serem requisitadas novas informações, facultando-se a produção de novas provas, se ainda insuficientes os elementos para firmarem a convicção do julgador. Deve-se esclarecer que o processo administrativo pode ser instaurado após averiguações preliminares pela SDE ou diretamente, mediante representação de interessados, ou do Congresso Nacional,

---

<sup>295</sup> Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 737.073/RS. Recorrente: Associação Nacional das Empresas Transportadoras de Veículos – ANV. Recorridos: Ministério Público Federal e União. Interessados: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE; Sindicato Nacional dos Transportadores Rodoviários de Veículos e Pequenas e Micro Empresas de Transporte Rodoviário de Veículos – SINDICAN; General Motors do Brasil Ltda. e Luiz Moan Yabiku Junior. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, 06 de dezembro de 2005. Publicação no Diário da Justiça em 13/02/2006, p. 700. Disponível em: < <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=amicus&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=5>>. Acesso em: 04 ago. 2008.

todavia, seja qual for a forma de se iniciar o processo administrativo, já deve haver prova prévia do alegado, com os indícios necessários à instauração do processo.

Embora o processo seja instaurado com provas suficientes a comprovarem o ato, pode surgir a necessidade de eventual complementação dos documentos, e melhor elucidação dos fatos, principalmente porque muitas vezes decorre muito tempo da representação até o julgamento, ensejando mudança fática quanto ao ato atacado, sendo utilizada a etapa procedimental de produção de novas provas já no curso do processo. Neste caso, se as novas provas vierem de medidas judiciais, como busca e apreensão de documentos, os autos permanecerão no CADE, mas se as investigações necessitarem de complementação administrativa, os autos voltam à SDE para a complementação da instrução, nos moldes requeridos pelo Relator.

Entendendo pela prontidão da instrução, o CADE realiza o julgamento em sessão pública, com intimação prévia dos interessados, exigindo-se o quorum mínimo de cinco Conselheiros. O Procurador-Geral, o requerido e o Representante do Ministério Público Federal possuem direito à sustentação oral, e posteriormente, é proferida a decisão fundamentada, cabendo ao próprio CADE a fiscalização do cumprimento de suas decisões, e em caso de descumprimento, o Procurador-Geral deve providenciar sua execução, conforme determina o art. 48 da Lei nº 8.884/94. A forma de julgamento dos processos administrativos do CADE é bem semelhante ao julgamento ocorrido nos Tribunais judiciais, obedecendo-se aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

As decisões fundamentadas do CADE são lavradas pelo Conselheiro-Relator, se constituir voto vencedor, ou pelo Conselheiro autor do voto divergente vencedor, se o Relator for voto vencido, constando ementa do tema e todos os fundamentos do convencimento, dando-se ampla publicidade das decisões do colegiado, uma vez que tais são publicadas no Diário Oficial da União.

Com este trâmite resta finalizada a atuação administrativa da autarquia federal em matéria concorrencial, devendo as suas decisões ser cumpridas, salvo se houver decisão em sentido contrário emanada do Poder Judiciário, não podendo haver revisão pelo próprio Poder Executivo, conforme determinação do art. 50 da Lei nº 8.884/94.

## 5. O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA

O controle das relações econômicas entre os agentes participantes do mercado, sempre esteve sob os auspícios do Poder Judiciário, no tocante à solução das questões contratuais, entre os particulares, constituindo as querelas privadas, postas em juízo para se alcançar uma decisão baseada no Direito vigente. A partir do declínio do liberalismo econômico, quando o Estado passou a intervir na economia, o Direito foi chamado, não apenas para solucionar as lides entre particulares, mas também para ser implemento da própria intervenção estatal, dada a estreita relação entre Direito e Economia<sup>296</sup>.

A estreita ligação entre a economia e o direito pode ser vista nas mais diversas relações decorrentes da intervenção do Estado na economia, notadamente a partir da fase reguladora estatal, que trouxe ao cenário econômico e jurídico, figuras como a concessão, permissão, agências reguladoras, etc.. A evolução da própria estrutura administrativa, visando um melhor desempenho dos serviços incumbidos ao Estado, trouxe, por si só, uma profunda ligação do direito com a economia, na medida da participação daquele, em decisões de conteúdo econômico.

A concorrência dos agentes econômicos em um determinado mercado constitui um dos mecanismos utilizados pelo Poder Público para manter o controle da atividade econômica, aproximando, inclusive, suas funções de articulador da economia e propiciador do desenvolvimento social. Na medida em que se consegue manter o mercado competitivo, se consegue proteger o interesse dos consumidores, no tocante ao alcance de produtos de qualidade, por preços compatíveis com o seu custo de produção, comprovando como são estreitos os laços do direito da concorrência com o direito do consumidor. A participação do Poder Judiciário na defesa desses dois princípios da ordem econômica deve ocorrer com fundamento nos poderes e nos limites de revisão dos atos administrativos pelo órgão judicial.

---

<sup>296</sup> OLIVEIRA, Amanda Flávio de. **Direito da concorrência e o poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 88.

## 5.1 DIREITO E ECONOMIA

Trabalhar o tema atinente à atuação do Poder Judiciário e a defesa da concorrência no mercado, conduz ao entendimento entre a relação de Direito e Economia, que remonta ao movimento de *Law & Economics*, que promoveu a evolução da teoria econômica, antes afastada do direito, para a compreensão da necessária interligação das duas ciências.

A teoria econômica que busca explicar o comportamento das firmas e dos mercados passou por diversos estágios, e a maior dificuldade enfrentada no oferecimento de respostas precisas decorreu da ausência de análises empíricas do funcionamento da firma ao longo da história. A análise das firmas em períodos históricos é tarefa complexa, dado que em um único ambiente econômico e em um mesmo período, não existe apenas um tipo de firma e de mercado a ser verificado; daí as análises ocorrerem em um tipo ideal de firma e de mercado<sup>297</sup>.

Pela teoria neoclássica tradicional, o ponto central de interesse da teoria econômica é a teoria dos preços e alocação de recursos, onde as firmas produzem bens comercializáveis, através dos produtos que encontram disponíveis no mercado, e este, mantém a concorrência das firmas, dada a simetria das informações. Os mercados determinam os preços dos produtos ou serviços e as suas quantidades, através da demanda efetiva, mantendo a raridade do bem, que é a relação entre a sua utilidade e procura com a quantidade do produto ou serviço existente no mercado. O agente econômico, neste pensamento é apenas um coordenador da produção, mantendo a demanda através da quantidade de produtos existentes, o que reflete no preço, sendo tais princípios de equilíbrio estabelecidos por Leon Walras<sup>298</sup>.

Na compreensão da teoria neoclássica tradicional, não havia relação entre direito e economia, porque esta era regida pela auto-regulação do mercado, e até mesmo as questões de evolução tecnológica eram afastadas do interesse dos economistas, como se dissessem respeito apenas aos engenheiros e cientistas, sem reflexos na estrutura econômica. Como a concorrência perfeita não se consolidou na realidade dos mercados, várias críticas surgiram à teoria neoclássica, que se mostrava irrealista.

A partir das evoluções tecnológicas e organizacionais, não se concebia compreender a firma apenas como coordenadora da produção ditada pelo mercado, pois estava claro que a

---

<sup>297</sup> TIGRE, Paulo Bastos. Inovação e teorias da firma em três paradigmas. **Revista de Economia Contemporânea**. Rio de Janeiro, n. 3, jan./jun., 1998, p. 69.

<sup>298</sup> WALRAS, Leon. **Compêndio dos elementos de economia política pura**. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 46, 73-74.

estrutura de uma firma, inclusive quanto ao seu suporte tecnológico influenciava na sua participação do mercado. A firma deixava de ser ente estático e autônomo do mercado, para ser um sujeito ativo das relações, inclusive impondo sua força e vontade, através de monopólios ou oligopólios. Dentre as críticas formuladas à teoria neoclássica, destaque-se, neste contexto de avanço industrial, a crítica de Schumpeter<sup>299</sup>, onde se pronunciava contra a forma estruturalista da teoria neoclássica, inclusive discordando que a presença de grandes empresas e oligopólios, pudesse, por si só ameaçar a concorrência; ainda rejeitava o atomismo da concorrência perfeita, pois as firmas não agem em concerto como átomos, possuindo caráter dinâmico, compatível com a realidade do capitalismo contemporâneo.

Através das críticas à teoria da firma, aboliu-se o isolamento da economia na análise dos mercados, possibilitando a verificação da interligação de outras ciências com o funcionamento do mercado. Ronald Coase<sup>300</sup> foi pioneiro em promover o liame do direito com a economia, quando destacou a importância dos contratos e da propriedade para verificação da eficiência alocativa no mercado. Este autor inovou na compreensão da teoria da firma, demonstrando uma necessidade de análise realista, como a inserção dos custos de transação na análise econômica. O foco não era apenas a quantidade de produção que uma empresa era capaz de gerar, mas, em decorrência dos problemas enfrentados pelas empresas, a análise econômica deveria ser feita considerando-se os custos com contratos, e a relevância dos direitos de propriedade.

Como é competência do Poder Judiciário solucionar os problemas de contratos inadimplidos e garantir o direito de propriedade, seu papel passa a ter lugar de destaque na economia, pois o agente do mercado precisa trabalhar entendendo o mundo como é, com seus percalços, e não como deveria ser; evoluindo na compreensão de que as próprias instituições e seus custos são o fundamento central para compreensão do funcionamento da economia.

Seguindo os ensinamentos de Ronald Coase e sua crítica à teoria neoclássica, a Teoria da Economia dos Custos de Transação foi desenvolvida por Oliver Williamson<sup>301</sup>, incluindo as “organizações” na Análise Econômica do Direito. Entendendo-se que a teoria fica mais verídica, quando o ordenamento privado seja considerado, através do estudo dos contratos e no treinamento sobre os custos de transação, nas faculdades de Direito, merecendo

---

<sup>299</sup> SCHUMPETER, Joseph A.. **Teoria do desenvolvimento econômico**: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico. São Paulo: Abril Cultural, 1982, p. 48-51.

<sup>300</sup> *Apud* ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. **Direito & economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Campus, 2005, p. 6-7.

<sup>301</sup> WILLIAMSON, Oliver. Por que direito, economia e organização? In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. **Direito & economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Campus, 2005, p. 16.



evolução na análise ortodoxa econômica, que tenta entender apenas como o sistema de preços coordena o uso dos recursos, sem querer explicar o funcionamento interno das firmas. A ECT – Economia dos Custos de Transação aplica a racionalidade limitada, onde, por exemplo, se compreende que todos os contratos complexos são incompletos, pois não se deve mais acreditar que o fato das partes conhecerem o contrato ou de ter havido barganha a custo zero, implica inexistência de risco pós-contratual, com eficiência contratual.

Assim, no caso de falhas nas relações comerciais, os custos terão sido considerados, e os eventos serão tidos como previsíveis, pois o modo de pensar sobre contratos e organizações é a ótica do planejamento e minimização dos custos, antecipando os problemas futuros potenciais nos contratos. De acordo com a ECT, é dada mais ênfase ao papel do ordenamento privado que ao ordenamento público, na medida em que se atribui capacidade às organizações para resolverem os conflitos pós-contratuais, principalmente quando se firmam cláusulas que desestimulam o inadimplemento contratual.

Também tendo como ponto de partida os ensinamentos de Ronald Coase, destacaram-se as observações de Richard Posner<sup>302</sup>, propositor de um estudo do Direito com base em vetores econômicos, onde a decisão do juiz seja proferida com base na relação custo-benefício. Assim, o Direito perseguiria uma lógica de justificação da decisão econômica encontrada, e não uma lógica de descoberta. Este jurista realizou várias críticas à Nova Economia Institucional - NEI exposta por Oliver Williamson, e dentre elas, considerou que a NEI possui caráter antiteórico, pois se baseia apenas em um conjunto de casos, e que a ECT nada acrescenta ao trabalho de Stigler sobre custos de informação, afirmando que as organizações nada acrescentam ao que já foi estudado.

Em resposta às críticas de Richard Posner, Oliver Williamson diz que aquele somente está interessado na análise dos mercados, omitindo o papel das instituições, e que métodos econométricos são também utilizados pela ECT, não se podendo dizer que tal tem base apenas em estudos de casos. Os dois autores possuem em comum a compreensão de que a Economia tem o papel central na Análise Econômica do Direito<sup>303</sup>.

Também deve ser destacada a contribuição de Guido Calabresi<sup>304</sup>, no movimento Direito e Economia ou Análise Econômica do Direito, para quem a interdisciplinaridade em

---

<sup>302</sup> Apud GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Direito, literatura e propriedade intelectual. Posner, a criptomnésia e o plágio inconsciente. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 11, n. 1529, 8 set. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10377>>. Acesso em: 26 mar. 2009.

<sup>303</sup> ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. **Direito & economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Campus, 2005, p. 11.

<sup>304</sup> Apud SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? Disponível em: <[http://www.ordemlivre.org/files/Bruno\\_Salama-O\\_que\\_e\\_pesquisa\\_em\\_DE.pdf](http://www.ordemlivre.org/files/Bruno_Salama-O_que_e_pesquisa_em_DE.pdf)>. Acesso em: 24 mar. 2009.

matéria econômica não significa que possam ser encontradas respostas definitivas para os dilemas normativos. Por meio de seu estudo demonstrou-se ser importante a análise de impactos econômicos da alocação de recursos para a regulação da responsabilidade civil, sendo um dos primeiros a demonstrar efetivamente a vivência prática do direito e da economia.

No Brasil na década de 80 com os planos econômicos e a Constituição de 1988, desenvolveu-se a tradição de compreender a Economia e o Direito, buscando a consideração pelo Direito, das regras do mercado, com um Poder Judiciário que aceite e garanta tais regras, protegendo a segurança dos contratos. As instituições, nesta análise, têm papel fundamental no desenvolvimento econômico de um país, sendo salutar que se fortaleçam as instituições, dando maior suporte ao mercado nacional<sup>305</sup>.

Como explicou Armando Castelar Pinheiro<sup>306</sup> há duas vias através das quais o Judiciário pode servir ou comprometer o desenvolvimento econômico. A primeira delas são as possíveis dificuldades de acesso ao Poder Judiciário, e isso importa prejuízos, como por exemplo, as altas custas e honorários advocatícios que prejudicam o acesso dos pequenos empresários, aumentando a situação de desigualdade destes com os grandes empresários. A segunda via é consequência do acesso, pois ainda que este seja obtido, tal pode comprometer a economia, se não proteger os contratos e os direitos de propriedade de forma imparcial, já que os julgadores deverão levar em conta os impactos econômicos que advirão de suas decisões<sup>307</sup>.

O fortalecimento do Poder Judiciário, com proteção a princípios como o da segurança jurídica e o de livre acesso à justiça permitem a consolidação dos elementos indispensáveis ao desenvolvimento econômico, pois este, além de políticas econômicas precisa de um Poder Judiciário eficiente e independente que garanta as regulações existentes.

---

<sup>305</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2005, p. 11.

<sup>306</sup> PINHEIRO, Armando Castelar. Uma reforma fundamental para a economia. **Revista Rumos do Desenvolvimento**. a. 21, nº 133, fevereiro de 1997, p. 33.

<sup>307</sup> ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. **Direito & economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Campus, 2005, p. 3.

## 5.2 PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO

Consagrado pelo inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, também conhecido como inafastabilidade do controle jurisdicional, ou princípio do acesso amplo ao Judiciário e ainda princípio da unicidade de jurisdição<sup>308</sup>, princípio da utilidade da jurisdição<sup>309</sup>, princípio da inarredabilidade do controle jurisdicional ou princípio do direito de ação<sup>310</sup> e ainda princípio do monopólio da jurisdição<sup>311</sup>, importa na impossibilidade de lei ordinária retirar da apreciação do Judiciário, lesão a direito ou sua ameaça.

O princípio da inafastabilidade concretiza a relação do direito com o Poder Judiciário, demonstrando a importância do direito, como ensina Piero Calamandrei:

O direito, enquanto ninguém o perturba e o contraria, nos rodeia, invisível e impalpável como o ar que respiramos, inadvertido como a saúde, cujo valor só compreendemos quando percebemos tê-la perdido. Mas, quando é ameaçado e violado, então, descendo do mundo astral em que repousava em forma de hipótese até o mundo dos sentidos, o direito encarna no juiz e se torna expressão concreta de vontade operativa através da sua palavra<sup>312</sup>.

Pela proteção constitucional mencionada, acolheu-se no sistema jurisdicional pátrio, a tutela repressiva e também preventiva<sup>313</sup> do direito, na medida em que se destinou ao Poder Judiciário a apreciação de lesão ou sua ameaça; na verdade, embora a idéia inicial que se tenha é de que o Poder Judiciário intervém nos danos jurídicos já efetivados, desde a antigüidade<sup>314</sup>, com os interditos proibitórios, já se tentava através do Judiciário evitar um dano, e assim, abraçou-se a tutela preventiva.

Com a amplitude de alcance das tutelas a ser decididas pelos Tribunais, encontra-se a concretização em nosso sistema da proibição de recusa da prestação jurisdicional, chamado no

<sup>308</sup> OLIVEIRA, Amanda Flávio de. **Direito da concorrência e o poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 52.

<sup>309</sup> PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 82.

<sup>310</sup> CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 38.

<sup>311</sup> ALVES, Eliana Calmon. **A revisão judicial dos atos administrativos de órgãos reguladores e de defesa da concorrência**. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/87>> Acesso em: 22 jul. 2008, p. 9.

<sup>312</sup> CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes**, vistos por um advogado. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 11.

<sup>313</sup> Na tutela preventiva busca-se providência inibitória, ao passo que na repressiva, a providência almejada é cominatória.

<sup>314</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, 1 v., p. 47.

direito alemão: *Verbot der Justizverweigerung*<sup>315</sup>. Ou seja, não é permitido aos Tribunais não decidir, notadamente porque se adotou no ordenamento brasileiro a jurisdição judicial única<sup>316</sup> do mencionado inc. XXXV do art. 5º da CF/88.

Pelo princípio da inafastabilidade, além da compreensão de acesso à justiça, resta também abrangido o entendimento de que todas as querelas devem ser decididas, ainda que não haja lei específica sobre o tema, sendo assim um processo de criação pelo julgador<sup>317</sup>. Aplica-se aos casos em que não haja lei específica sobre o tema, a regra do art. 126 do Código de Processo Civil, que explicita a impossibilidade do juiz se eximir de sentenciar ou despachar, alegando lacuna ou obscuridade da lei, buscando sua fundamentação na analogia, costumes e princípios gerais do direito.

Interessa ao jurisdicionado a proteção dos seus direitos, com a promoção da pacificação dos conflitos<sup>318</sup>, vendo a realização da justiça através do processo, daí o princípio constitucional estudado ser tratado como princípio constitucional processual, dada sua relação intrínseca com o processo, assim como os princípios do juiz natural, busca da verdade, proibição de provas ilícitas, motivação, dentre outros. Este duplo conteúdo do princípio da inafastabilidade é adquirido após se englobar nele o princípio da indeclinabilidade, que é justamente o *non liquet*.

Rui Portanova<sup>319</sup> escreve sobre os dois princípios acima explicitados, tratando-os separadamente; dispõe que ao princípio do controle jurisdicional impende o dever de apreciação de todo o tipo de discussão que lhe é provocado, sem que haja obstáculos ao cidadão de submeter sua querela, ao passo que pelo princípio da indeclinabilidade, ao juiz não é dada a possibilidade de não julgar<sup>320</sup>, competindo-lhe sempre decidir a demanda.

Aqueles que separam o princípio da inafastabilidade do princípio da indeclinabilidade relacionam o primeiro com o cidadão e o segundo com o juiz, daí para quem entende a unicidade dos princípios, estes mesmos princípios agem como causa e efeito. Verificada a oportunidade de qualquer matéria ser discutida em juízo, sem obstáculo ao ajuizamento de

<sup>315</sup> LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. **Revista da Ajuris**. Porto Alegre: AJURIS, v. 17, n. 49, jul. 1990, p. 160.

<sup>316</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 687.

<sup>317</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. **Direito processual civil: tutela jurisdicional individual e coletiva**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2005, 1 v., p. 67.

<sup>318</sup> AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 69.

<sup>319</sup> PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 82-84.

<sup>320</sup> PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 92.

ação, pode-se não encontrar referência legislativa ao direito alegado, e as decisões judiciais não de ser proferidas com base na analogia, costumes e princípios gerais do direito.

Cretella Neto<sup>321</sup> entende que o princípio da inafastabilidade não se dirige ao cidadão, mas ao legislador, para que não produza lei excluindo da apreciação do Poder Judiciário, lesão a direito ou sua ameaça, visto o momento histórico que permitiu a sua inserção no ordenamento brasileiro. O princípio da inafastabilidade de jurisdição surgiu primeiramente na Constituição de 1946, após a ditadura de 37, sendo repetido apenas na Carta de 1988. Ressalte-se que na Constituição Federal de 67, após a Emenda Constitucional nº 1/69, encontra-se a exclusão da apreciação pelo Poder Judiciário, de todos os atos praticados pelo Comando da Revolução de 64, nos seus arts. 181 e 182.

Impende ressaltar que no Brasil, há uma maior abertura para que matérias postas em juízo ainda não estejam normatizadas; é que o Brasil, adotando um sistema jurisdicional misto entre o romano-germânico e o anglo-saxônico, possibilita o fundamento jurídico dos pedidos iniciais baseados na lei, como faz o primeiro sistema, e também, na ausência desta, a discussão pode basear-se no caráter público relevante, como é permitido no segundo sistema<sup>322</sup>.

Aqui merece a observação de que ao princípio da inafastabilidade também se dá o nome de utilidade da jurisdição, pois em que pese a abertura de matéria disposta no nosso ordenamento, é importante frisar que a jurisdição não pode ser objeto de deleite intelectual, mas deve ter uma utilidade, daí se ter dito que a base do fundamento suscitado não sendo a lei, pode ser questão de caráter público relevante.

Por fim, deve-se observar que o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário pode está sendo afrontado pelo procedimento arbitral instituído pela Lei nº 9.307/96, já que por meio deste, o conteúdo decidido pelos árbitros não precisa de homologação judicial, só competindo ao Poder Judiciário a apreciação de eventual aspecto formal do procedimento, aparentando uma exclusão de apreciação de matéria pelo Poder Judiciário<sup>323</sup>.

Ocorre que no juízo arbitral, o que ocorre não é afronta ao princípio da inafastabilidade jurisdicional, mas utilização do princípio da autonomia da vontade, pois as partes decidem levar o litígio aos árbitros, e não ao Judiciário, e apenas em casos de direitos patrimoniais disponíveis, conforme prevê o art. 1º da Lei nº 9.307/96. Tanto há obediência ao

---

<sup>321</sup> CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 38-40.

<sup>322</sup> PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 82.

<sup>323</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, 2 v., p. 33-34.

princípio em foco, que no art. 25 da mencionada lei ordinária consta a possibilidade do Poder Judiciário de decidir questões sobre direitos indisponíveis, pois sobre estas não pode prevalecer o princípio da autonomia da vontade.

Art. 25. Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral.

Parágrafo único. Resolvida a questão prejudicial e juntada aos autos a sentença ou acórdão transitados em julgado, terá normal seguimento a arbitragem.

### 5.3 COMPETÊNCIA CONCORRENTE DO CADE E DO PODER JUDICIÁRIO

O nível de tecnicidade que norteia a estrutura do CADE eleva-o a uma condição de ente especializado em matéria de concorrência, de modo que aparentemente, todos os temas da referida matéria seriam objeto de apreciação pela autarquia, sem interferência de outras instituições, que não apresentassem o mesmo nível técnico para a análise da matéria. Acontece que a competência administrativa exercida pelo CADE tem seus limites previstos no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que, dada a amplitude da matéria concorrencial, pode-se vislumbrar adequação da referida matéria com outros órgãos da própria Administração Pública.

O SBDC, embora constituído por diversos órgãos, delimita a competência de cada um deles, evitando conflitos. Estes não resultariam em vantagens para o objetivo do sistema antitruste. Entretanto, mesmo com as atribuições de cada órgão previstas em lei, e mantendo-se o controle nas atribuições de órgãos do SBDC, não estão isentas as possibilidades de conflitos de atribuições entre os órgãos integrantes desse sistema, com outros órgãos da Administração. Foi o caso do conflito de atribuições firmado entre o BACEN – Banco Central do Brasil e o CADE.

### 5.3.1 Conflito de atribuições do CADE no âmbito do Poder Executivo

A atuação efetiva do CADE e sua transformação em autarquia restou marcada a partir de 1994, quando da publicação da Lei nº 8.884, e logo em 1995, surgiu um primeiro embate entre as atribuições do CADE com o BACEN, quando da transferência de controle do Banco Francês e Brasileiro – BFB para o Banco Itaú, constituindo o atual Itaú Personnalité<sup>324</sup>. A Comissão de Valores Mobiliários (CVM) comunicou a referida alienação à Secretaria de Direito Econômico, demonstrando que a atribuição para a análise do ato de concentração seria da SDE; todavia, posteriormente, a própria CVM apontou que a competência para a questão em espécie era do Banco Central. A SDE concordou que a competência era do BACEN, todavia sem que isso impedisse a comunicação dos fatos àquela secretaria. O CADE, por sua vez, entendeu que caberia ao BACEN analisar as condições de concorrência entre as instituições financeiras, mas não as condutas abusivas; também o BACEN, manifestando-se sobre o assunto entendeu pela possibilidade de atuação conjunta com a SDE e CADE, tanto que foi celebrado um Convênio de Cooperação Técnica entre as duas autarquias, em 1997, mas em 2000, o BACEN concluiu que sua competência era privativa e submeteu a matéria à Advocacia-Geral da União<sup>325</sup>.

Assim, o BACEN, diante de seu posicionamento suscitou no Ministério da Justiça o Conflito Positivo de Competência nº 0001.006908/2000-25, tendo como interessados esta autarquia e o CADE<sup>326</sup>. No referido conflito positivo de competência, restou apresentado o confronto das normas tratadas na Lei nº 4.595 de 1964, com a Lei nº 8.884 de 1994, no tocante à análise e fiscalização do controle de estruturas de mercado das entidades privadas que compõem o Sistema Financeiro Nacional<sup>327</sup>. O BACEN argumentou que a Lei nº 4.595/64 foi recepcionada como lei complementar, por força do art. 192 da Constituição

---

<sup>324</sup> ROCHA, Thelma; TUREK, Vivian. **O uso do marketing personalizado como uma estratégia de diferenciação para o desenvolvimento do setor bancário. O caso brasileiro do banco Itaú Personnalité.** ESAMC, publicado em 26 mar. 2004. Disponível em:

<[http://www.esamc.br/downloads/artigos\\_e\\_palestras/thelma\\_rocha\\_o\\_uso\\_do\\_marketing\\_personalizado.pdf](http://www.esamc.br/downloads/artigos_e_palestras/thelma_rocha_o_uso_do_marketing_personalizado.pdf)>. Acesso em: 25 mar. 2009.

<sup>325</sup> WALD, Arnoldo; HAGSTRÖM, Carlos Alberto. A defesa da concorrência e o sistema financeiro: a indivisibilidade do poder monetário. In: COSTA, Marcos da; MENEZES, Paulo Lucena de; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (orgs.). **Direito concorrencial: aspectos jurídicos e econômicos.** Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 16-17.

<sup>326</sup> Disponível em: <<http://www.agu.gov.br>>. Acesso em: 25 mar. 2009.

<sup>327</sup> FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Do conflito de atribuições entre as autoridades concorrenciais e os entes reguladores de mercado. **Revista Virtual da AGU.** Ano VII, nº 68, set. 2007. Disponível em: <[http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano\\_VII\\_setembro\\_2007/Do%20Conflito%20de%20Atribuicoes\\_LeonardoVizeu.pdf](http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_VII_setembro_2007/Do%20Conflito%20de%20Atribuicoes_LeonardoVizeu.pdf)>. Acesso em: 28 jun. 2008.

Federal, e neste caso, como também é regra especial, deve prevalecer sobre a Lei Antitruste, que é uma lei ordinária. Ainda sustenta que o rol de matérias mencionadas no art. 192 da CF/88 é exemplificativo, e que a Lei nº 9.447/97, posterior ao Estatuto Antitruste confere competência ao BACEN com relação aos atos de concentração de instituições financeiras.

O mencionado conflito de competência ocorreu na vigência do art. 192 da Constituição Federal, revogado pela Emenda Constitucional nº 40, de 29 de maio de 2003, que determinava a regulação do sistema financeiro nacional por meio de lei complementar, bem como continha um rol de atribuições do BACEN, onde não constava o controle dos atos de concentração em matéria concorrencial, nem a repressão às condutas anticoncorrenciais. Assim, o argumento do BACEN considerava a recepção da Lei nº 4.595/64 como lei complementar, já que apenas por meio desta se poderia gerir o sistema financeiro nacional. Assim como a Lei nº 4.595/64 foi recepcionada como complementar, também ocorreu com o Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66), no âmbito federal e com a Lei Estadual nº 3.716, de 12 de dezembro de 1979, referente à Lei de Organização Judiciária do Piauí, recepcionada no Estado do Piauí como lei complementar, por força do art. 77, parágrafo único, II da Constituição Estadual do referido Estado, de 5 de outubro de 1989<sup>328</sup>.

O CADE fez sua argumentação no conflito de competência, considerando distintos o controle preventivo e o controle repressivo da concorrência, aduzindo que no primeiro, as competências das duas autarquias são complementares, todavia, no segundo, há exclusividade de competência para o CADE. A base da argumentação do CADE encontra-se em artigo de Gesner de Oliveira<sup>329</sup>, onde se destaca que a Lei nº 4.595/64 foi recepcionada como lei complementar, apenas no tocante aos artigos cuja matéria exigisse tal norma legal, no texto da CF/88; assim, como em matéria concorrencial não era exigida lei complementar, os artigos da mencionada lei que tratassem da concorrência teriam sido recepcionados como lei ordinária. Ainda, sustenta que a Lei nº 8.884/94 é lei geral, aplicável, portanto, a todos os setores da economia.

A Advocacia-Geral da União - AGU, no Parecer n. GM – 020 reconheceu o conflito de atribuições, entendendo pela recepção da Lei nº 4.595/64 como lei complementar, e no seu dispositivo que trata do controle concorrencial das instituições financeiras, inclusive foram enumeradas as penalidades a serem impostas pelo Banco Central, nos casos de abuso de

---

<sup>328</sup> Disponível em: <[http://www.tjpi.jus.br/tjpi/uploads/leis/organizacao\\_judiciaria/atualizada\\_080122.pdf](http://www.tjpi.jus.br/tjpi/uploads/leis/organizacao_judiciaria/atualizada_080122.pdf)> Acesso em: 25 mar. 2009.

<sup>329</sup> OLIVEIRA FILHO, Gesner José de. **Defesa da concorrência e regulação**: o caso do setor bancário. Disponível em: <<http://www.eaesf.fgvsp.br/AppData/GVPesquisa/Rel%2049-2001.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2009.



concorrência, nos moldes do arts. 18, § 2º e 44 da Lei nº 4.595/64. O referido parecer da AGU foi aprovado pelo Presidente da República, o que determinou a resolução do conflito, já que o Presidente da República, na forma do art. 84, II da CF/88, é quem exerce a direção superior da Administração Pública Federal. Ocorre que, mesmo após a decisão pelo chefe do Poder Executivo, o CADE, por maioria de seus membros, entendeu que era competente para decidir sobre atos de concentração envolvendo instituições financeiras<sup>330</sup>.

A postura do CADE em não cumprir determinação da Presidência da República, quanto aos limites de sua competência, importa em insubordinação hierárquica, que prejudica a unidade estrutural e sistemática da Administração Pública, pois não se pode falar em unidade, se há um órgão à sua margem<sup>331</sup>. Com a vigência da EC nº 40/2003, não há que se falar em necessidade de norma expressa no texto constitucional sobre a competência do BACEN em matéria concorrencial, pois o art. 192 da CF/88 não mais elenca nenhuma matéria específica a ser regulada pelo sistema financeiro nacional.

Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.

No tocante à especialidade da Lei nº 4.595/64, em face da lei geral nº 8.884/94, deve-se explicitar que embora esta trate de direito da concorrência, aquela, na parte em que também trata sobre o direito concorrencial refere-se ao âmbito exclusivo das instituições financeiras, sendo, assim, uma norma especial<sup>332</sup>, que soluciona o conflito aparente de normas, pelo critério tradicional da especialidade – *lex specialis derogat legi generali*<sup>333</sup>. O próprio estudo de Gesner de Oliveira<sup>334</sup> entende que a Lei nº 8.884/94 é uma lei geral, e utiliza este fundamento para justificar sua utilização em todos os casos, inclusive quanto às instituições

<sup>330</sup> WALD, Arnoldo; HAGSTRÖM, Carlos Alberto. A defesa da concorrência e o sistema financeiro: a indivisibilidade do poder monetário. In: COSTA, Marcos da; MENEZES, Paulo Lucena de; MARTINS, Rogério Gandra da Silva. **Direito concorrencial: aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 17-19.

<sup>331</sup> GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula A. CADE v. BACEN: conflitos de competência entre autarquias e a função da Advocacia-Geral da União. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho et al. (org). **Lei antitruste: 10 anos de combate ao abuso de poder econômico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 106.

<sup>332</sup> FONSECA, Antonio (org.). **Limites jurídicos da regulação e defesa da concorrência**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003, p. 295.

<sup>333</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93.

<sup>334</sup> OLIVEIRA FILHO, Gesner José de. **Defesa da concorrência e regulação: o caso do setor bancário**. Disponível em: <<http://www.eaesp.fgvsp.br/AppData/GVPesquisa/Rel%2049-2001.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2009.

financeiras, sendo tal afirmação insustentável e incongruente, como explicitam Eros Grau e Paulo Forgioni<sup>335</sup>. A argumentação do CADE não se coaduna com as formas de solução de conflito de regras, do sistema jurídico pátrio, onde o princípio da especialidade é quem predomina, e não a generalidade.

### 5.3.2 Conflito de competência do CADE com o Poder Judiciário

As atribuições do CADE estão relacionadas com o combate antitruste, embasado em análise técnica do mercado, nos moldes estabelecidos na Lei nº 8.884/94. A tecnicidade exigida nas decisões do CADE, muitas vezes confunde a compreensão da possibilidade de reapreciação das decisões da autarquia pelo Poder Judiciário. Também se poderia pensar, analisando literalmente o texto do Estatuto Antitruste, que o controle das estruturas do mercado é atribuição exclusiva do CADE, afastando-se a atuação do Poder Judiciário.

Considerando as divergências surgidas entre membros do CADE com relação à atuação do Poder Judiciário em matéria concorrencial, em abril de 2005, o Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal realizou o Seminário Internacional sobre o Direito da Concorrência, e onde foram discutidos diversos pontos relacionados ao Poder Judiciário e à concorrência. Paula Forgioni<sup>336</sup>, em palestra proferida dia 13 de abril de 2005, especificou o importante papel a ser desempenhado pelo Poder Judiciário, na defesa da concorrência, uma vez que a atuação do referido Poder em casos de lesão à direito ou sua ameaça é matéria constitucional, que não poderia ser afastado por dispositivo de lei ordinária, no caso a Lei nº 8.884/94; além do que, explicitou a importância dos membros do Poder Judiciário, estarem preparados para a compreensão do âmbito econômico de suas decisões e a sua participação na ordem econômica nacional.

No último dia do mencionado Seminário, 15 de abril de 2005, foi proferida palestra por Maria Paula Dallari<sup>337</sup>, à época Procuradora-Geral do CADE, onde esta explicitou que na Lei Antitruste há competência atribuída ao Poder Judiciário, por exemplo, para processar as

---

<sup>335</sup> GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula A. CADE v. BACEN: conflitos de competência entre autarquias e a função da Advocacia-Geral da União. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho et al. (org). **Lei antitruste: 10 anos de combate ao abuso de poder econômico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 101.

<sup>336</sup> Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=368&tmp.texto=78011&tmp.area\\_anterior=44&tmp.argumento\\_pesquisa=concorrência](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=368&tmp.texto=78011&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=concorrência)> Acesso em: 31 jan. 2007.

<sup>337</sup> Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=368&tmp.Texto=77274&tmp.area\\_anterior=44&tmp.argumento\\_pesquisa=concorrência](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=368&tmp.Texto=77274&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=concorrência)>. Acesso em: 31 jan. 2007.

ações de reparação de danos (art. 29 da Lei nº 8.884/94), porém em outros assuntos a competência desse poder é afastada. Entende que há competência exclusiva do CADE para a análise das condutas anticompetitivas. O entendimento de Maria Paula Dallari não encontra respaldo jurídico, pois pelo princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, não pode ser determinada competência exclusiva à ente administrativo, uma vez que a ordem constitucional vigente não prevê o contencioso administrativo, ou seja, as decisões administrativas não fazem coisa julgada no Brasil.

Entender que a Lei nº 8.884/94 afasta a competência do Poder Judiciário é interpretá-la de modo inconstitucional, pois conforme ensina José Cretella Neto<sup>338</sup>, o princípio disposto no inciso XXXV do art. 5º da CF/88 (princípio da inafastabilidade de jurisdição) se dirige exatamente ao legislador, que não pode editar lei excluindo da apreciação pelo Poder Judiciário eventual lesão a direito ou sua ameaça.

Pela simples leitura dos artigos 20, 21 e 54 da Lei Antitruste, vê-se que não há atribuição de competência exclusiva à autarquia federal. Os arts. 20 e 21 da Lei nº 8.884/94 descrevem as condutas que caracterizam infração à ordem econômica e o art. 54 do mesmo diploma legal menciona os atos de concentração que devem ser apreciados preventivamente pelo CADE. O fato de constar na lei que a apreciação das estruturas de mercado ou condutas abusivas praticadas compete ao CADE, não importa em exclusão da análise de tais fatos pelo Poder Judiciário. Como a Lei Antitruste estabelece as atribuições dos órgãos do SBDC, a referência à fase de julgamento dos atos de concentração ou condutas, é explicitada apenas com referência ao CADE, já que a competência do Poder Judiciário está prevista na Constituição Federal, logo, inafastável por lei ordinária.

A submissão da análise das estruturas de atos e contratos entre empresas que possam relacionar-se com a concorrência e se sujeitarem à apreciação pelo CADE, importa apenas na determinação legal de que deverá haver um procedimento administrativo para verificação das fusões, incorporações, etc., sem qualquer vinculação com a possibilidade ou não das estruturas serem também vistas pelo Poder Judiciário. A independência de processos nas esferas do Poder Executivo e do Poder Judiciário no Brasil é tamanha, que pode haver apreciação concomitante do mesmo fato nas duas esferas.

---

<sup>338</sup> CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 38.

É exatamente a hipótese ocorrida no Processo nº 2002.71.00.028699-1 (RS)<sup>339</sup> ajuizado em agosto de 2002 pelo Ministério Público Federal contra a ANTV - Associação Nacional das Empresas Transportadoras de Veículos; SINDICAN – Sindicato Nacional dos Transportadores Rodoviários Autônomos de Veículos e Pequenas e Micro Empresas de Transporte Rodoviário de Veículos; GMB – General Motors do Brasil Ltda. e Luis Moam Yabiku Junior, que se encontra tramitando na 6ª Vara Federal de Porto Alegre, na Seção Judiciária Federal do Rio Grande do Sul.

Na mencionada Ação Civil Pública, o Ministério Público Federal pugna pela abertura do mercado para os cegonheiros autônomos na área de transporte para diversas localidades do país, transportando os veículos fabricados pela montadora General Motors do Brasil, haja visto que tal montadora somente contrata veículos de empresas vinculadas à ANTV e filiados ao SINDICAM, o que traz prejuízos à concorrência, deixando à margem os cegonheiros autônomos e permitindo a formação de cartel pelos cegonheiros contratados e com vinculações com a ANTV e SINDICAM.

O pedido de antecipação de tutela pugnado na mencionada Ação Civil Pública foi deferido, determinando-se que fossem contratadas empresas e profissionais autônomos, desvinculados das empresas associadas à ANTV e não filiados ao SINDICAM. Na decisão do Agravo de Instrumento<sup>340</sup> interposto no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a mencionada antecipação da tutela foi mantida, pela presença dos elementos caracterizadores necessários à concessão, fundamentados na proteção à livre concorrência. Entendeu o Relator do Agravo de Instrumento que ampliar os prestadores de serviço a serem contratados pela GM era prestigiar a liberdade de concorrência e a liberdade de fixação de preços de acordo com os custos efetivos de cada prestador; ainda entendeu que a limitação ocorrida no mercado “cegonheiro” traz indício de abuso de poder econômico, pois demonstra prática de fixação de preço, não se podendo admitir que o bem ou serviço ingresse em um mercado de forma tabelada, sem liberdade sequer de escolha da rota.

---

<sup>339</sup> Disponível em: < [http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/acompanhamento/resultado\\_pesquisa.php?txtValor=200271000286991&selOrigem=RS&chkMostrarBaixados=&todaspartes=S&selForma=NU&todasfases=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&PHPSESSID=adbb26579f4a8b3fe1cd5827f21ecce5](http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/acompanhamento/resultado_pesquisa.php?txtValor=200271000286991&selOrigem=RS&chkMostrarBaixados=&todaspartes=S&selForma=NU&todasfases=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&PHPSESSID=adbb26579f4a8b3fe1cd5827f21ecce5)>. Acesso em: 30 jul. 2008.

<sup>340</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Agravo de Instrumento nº 2003.04.01.018147-8. Agravante: Associação Nacional das Empresas Transportadoras de Veículos – ANTV. Agravado: Ministério Público Federal. Interessados: Sindicato Nacional dos Transportadores Rodoviários Autônomos de Veículos e Pequenas e Micro Empresas de Transporte Rodoviário de Veículos – Sindicato Nacional dos Cegonheiros – SINDICAN; General Motors do Brasil Ltda.; Luis Moam Yabiku Júnior. Relator Des. Federal Edgard Antonio Lippmann Junior. Porto Alegre, 05 de novembro de 2003. Publicação no Diário da Justiça em 17/12/2003. Disponível em: <[http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar\\_documento\\_gedpro.php?local=trf4&documento=39840&hash=fbbd311cf89bb63e45bd89d39d2d1980](http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=39840&hash=fbbd311cf89bb63e45bd89d39d2d1980)>. Acesso em: 30 jul. 2008.

Da decisão do TRF-4ª Região, se intentou o Recurso Especial nº 677585/RS<sup>341</sup>, onde um dos argumentos do recurso era a presença de *bis in idem* da ação judicial em trâmite na Justiça Federal com um procedimento administrativo em curso perante a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, tendo os processos a mesma causa de pedir e estando a ANTV e o SINDICAM no pólo passivo de ambos. Ao fundamento do recorrente, decidiu o relator que a atuação paralela das entidades administrativas como o CADE e da SDE não inibe a intervenção do Poder Judiciário, por força do princípio da inafastabilidade, e pela inexistência do contencioso administrativo no sistema jurídico brasileiro, sendo desnecessária a exaustão da via extrajudicial para invocação da prestação jurisdicional.

A competência do CADE no tocante à análise das estruturas e das condutas empresariais é concorrente com o Poder Judiciário. Há uma diferença no exercício do direito, pois nos procedimentos administrativos do CADE a própria autarquia pode ser a responsável por sua abertura, ao passo que ao Poder Judiciário compete decidir apenas quando o interessado reclamar sua proteção, por força do princípio da inércia da jurisdição.

#### 5.4 POSSIBILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO PROMOVER A REVISÃO DAS DECISÕES DE MÉRITO PROFERIDAS PELO CADE

Os atos praticados pela Administração Pública possuem a presunção de legitimidade e veracidade, daí derivando a fé pública de atos e documentos emanados da Administração, estando os princípios norteadores desta normatizados no art. 37 da CF/88. É em decorrência da presunção de legitimidade, que os atos administrativos possuem execução imediata, ainda que eventualmente se arguam vícios ou defeitos; pois enquanto não for declarada a invalidade do ato, o referido é tido como válido<sup>342</sup>.

A caracterização de um ato administrativo como inválido decorrerá da desobediência do administrador ou seu representante à Constituição Federal ou à lei, e o controle da validade

---

<sup>341</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 677.585/RS. Recorrente: Associação Nacional das Empresas Transportadoras de Veículos. Recorrido: Ministério Público Federal. Interessados: Sindicato Nacional dos Transportadores Rodoviários Autônomos de Veículos e Pequenas e Micro Empresas de Transporte Rodoviário de Veículos – Sindicato Nacional dos Cegonheiros – SINDICAN; General Motors do Brasil Ltda.; Luiz Moan Yabiku Júnior. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 06 de dezembro de 2005. Publicado no Diário da Justiça em 13/02/2006, p. 679. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200401268898&dt\\_publicação=13/02/2006](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200401268898&dt_publicação=13/02/2006)>. Acesso em: 30 jul. 2008.

<sup>342</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 158.

do ato administrativo será feito pelo Poder Judiciário, como uma forma de se montar um sistema de freios aos poderes concedidos ao Estado. A medida para o controle judicial de atos administrativos está na própria Constituição e nas leis do ordenamento jurídico vigente, pois ao Poder Judiciário compete assegurar que a vontade do legislador, baseada na delegação conferida pelos eleitores aos parlamentares, seja exercida corretamente na relação Administração Pública e população<sup>343</sup>. O compromisso maior do Poder Judiciário é com a sociedade, devendo caber a correção de atos que atentem contra o corpo social e as normas jurídicas que regem o ordenamento<sup>344</sup>.

#### 5.4.1 Controle judicial dos atos administrativos

O Poder Judiciário, no exame de atos administrativos, irá decidir se tais atos respeitaram todos os preceitos legais, indispensáveis à sua validade e eficácia. Uma vez trazida questão sobre ato administrativo para apreciação judicial, será verificado se o ato está baseado na lei, obedecendo ao princípio da legalidade, se teve a publicação necessária, atendendo ao princípio da publicidade, se houve respeito à moral do ente público, atendendo ao princípio da moralidade; enfim, far-se-á toda uma investigação para verificar se houve afronta aos princípios da Administração Pública<sup>345</sup>.

A natureza de um ato administrativo é o limite para o controle judicial, pois em se tratando de ato administrativo vinculado, o controle judicial ocorre de forma ilimitada, cabendo a completa verificação pelo Poder Judiciário, de todos os elementos que compõem o ato. No controle dos atos administrativos discricionários é feita ampla análise dos elementos vinculados do ato, não podendo o Poder Judiciário interferir no mérito administrativo, ou seja, nos elementos discricionários do ato, que podem ser o motivo e o objeto; ressalvando-se que não é necessário que esses dois elementos sejam discricionários simultaneamente, bastando que um deles seja discricionário, para que esteja preservada a natureza discricionária do ato.

Os requisitos ou elementos do ato administrativo são: competência, finalidade, forma, motivo e objeto, cuja convergência é indispensável para o aperfeiçoamento do ato, tanto que

---

<sup>343</sup> BROSS, Siegfried. O sistema de controle judicial da Administração Pública e a codificação da jurisdição administrativa. **Revista CEJ**, Brasília, n. 34, jul./set. 2006, p. 36.

<sup>344</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Controle judicial da administração pública**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 41.

<sup>345</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 687-688.

está previsto no art. 2º da Lei nº 4.717/65, a nulidade do ato se não preencher todos estes elementos. Com fundamento no mencionado dispositivo legal, entende José dos Santos Carvalho Filho<sup>346</sup>, que a competência, finalidade, forma, motivo e objeto constituem os elementos do ato administrativo. Ressalva que a competência, finalidade e forma sempre possuem vinculação legal, porém, quanto ao objeto, explica que há casos em que a lei previamente o estabeleceu, significando assim, um objeto vinculado. Em outras hipóteses, é permitido ao administrador limitar o conteúdo de seu ato, importando dizer que o objeto é discricionário. Quanto ao motivo, explica que a vinculação do ato ocorre quando se está diante de um motivo de direito, ou seja, quando o fato a ser praticado já está previsto na norma legal, cabendo ao administrador apenas executar a ordem legal; entretanto, pode ocorrer que a situação de fato não esteja prevista na lei, sendo transferida ao agente a sua ocorrência, constituindo, neste caso, um ato administrativo discricionário. O mesmo autor ressalta a diferença, entre motivo e motivação, entendendo esta como a justificativa dentro do texto do ato e aquele como a situação de fato que manifeste a vontade da Administração. Conclui que a motivação não é elemento obrigatório, pois a Constituição Federal de 1988 somente exige motivação de atos judiciais, salvo quando houver previsão em lei para que se promova a motivação, como ocorre na Lei nº 9.784/99. O motivo, ao contrário, será sempre necessário, sob pena do ato ser nulo e írrito e em sua execução, pode haver discricionariedade, na ausência de previsão de motivo de direito.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>347</sup> também trilha para aceitação dos elementos do ato administrativo, contidos na Lei nº 4.717/65, fazendo apenas a adequação do elemento “competência”, passando a referir-se como “sujeito”. Afirma que o sujeito é elemento sempre vinculado; a finalidade, em sentido restrito, ou seja, com resultado específico previsto em lei, é também vinculado; quanto à forma, os atos são, em geral, vinculados; sendo mais comum a discricionariedade no motivo e conteúdo do ato. Quanto à diferença entre motivo e motivação, também é feita a distinção, porém entende a autora que a motivação deve ser sempre necessária, mesmo nos atos vinculados, para que se possa demonstrar que o ato foi praticado de acordo com a lei.

Hely Lopes Meirelles<sup>348</sup> explicita que os requisitos da competência, finalidade e forma, sempre serão vinculados à lei; todavia, quanto ao motivo, expõe que esse pode ser

---

<sup>346</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 84-101.

<sup>347</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 205-208.

<sup>348</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 151-154.

expresso em lei, e pode ser deixado ao critério do administrador, fazendo a mesma observação quanto ao objeto que, uma vez disposto à liberdade opcional do Poder Público, constitui-se no mérito administrativo, não passível de controle pelo Poder Judiciário.

Ainda permeando a observação dos elementos discricionários de um ato administrativo, observa Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>349</sup>, que nenhum ato será totalmente discricionário, pois, pelo menos quanto à competência haverá vinculação à lei; quanto à finalidade, entende que será sempre vinculante, considerando-o como o interesse público, porém haverá juízo de discricionariedade na qualificação do direito público. Destaca o referido autor, que a lei pode dá margem de liberdade ao Administrador no tocante ao momento da prática do ato, à forma, ao motivo, à finalidade e ao conteúdo.

Ainda que se constate a liberdade concedida ao Administrador nos atos discricionários e a denomine de mérito administrativo, que impossibilita revisão judicial da matéria decidida, isto não importa que é isenta a análise de arbitrariedade em atos discricionários, pois esta ameaça o próprio Estado de Direito<sup>350</sup> e por isso, estará suscetível à ampla verificação e controle pelo Poder Judiciário. Atualmente, o controle do ato administrativo não se cinge à conformação do ato com a lei, mas questiona-se se mesmo nos atos discricionários verifica-se o mérito, eficiência e resultado<sup>351</sup>.

Há várias questões importantes sobre controle judicial, sendo uma delas a atuação do Poder Judiciário em matérias cuja competência administrativa seja normativa e esteja atribuída à Administração Pública. No final da década de 80, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Conflito de Atribuições - CA nº 35<sup>352</sup> analisou discussão sobre a possibilidade do Poder Judiciário determinar normas genéricas de conduta a serem seguidas por bancos privados, perante seus clientes. À época, o conflito de competência era decidido no STF, e se distinguia o Conflito de Jurisdição e o Conflito de Atribuições; o primeiro entre autoridades judiciárias e o segundo sobre autoridades judiciárias e administrativas. Como a disputa de competência enfrentada no CA n. 35 era entre uma autoridade judiciária (Juiz de Direito da

---

<sup>349</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 399-401.

<sup>350</sup> BROSS, Siegfried. O sistema de controle judicial da Administração Pública e a codificação da jurisdição administrativa. **Revista CEJ**, Brasília, n. 34, jul./set. 2006, p. 40.

<sup>351</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Controle judicial da administração pública**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 46.

<sup>352</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Conflito de atribuições n. 35/RJ. Suscitante: Banco Brasileiro de Descontos S/A – Bradesco. Suscitados: Juiz de Direito da 20ª vara cível da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, Conselho Monetário Nacional e Banco Central do Brasil. Interessado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (Curadoria de Justiça dos Consumidores). Relator Ministro Sydney Sanches. Brasília, 02 de dezembro de 1987. Publicação no Diário da Justiça em 01/12/1989, p. 17759. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp> >. Acesso em 27 mar. 2009.



20ª. vara cível do Rio de Janeiro) e uma autoridade administrativa (Banco Central), a lide se desenvolveu na forma de um controle de atribuições, regido pelos arts. 168 a 173 do Capítulo II, Título V, Parte II do Regimento Interno de 1970 do STF<sup>353</sup>, em vigor quando da ocorrência do mencionado processo.

O conflito de atribuição suscitado decorreu de decisão liminar concedida pela Justiça Estadual do Rio de Janeiro, em Ação Civil Pública, impetrada pela Curadoria de Justiça dos Consumidores do referido Estado. Acolheu-se em liminar o pedido da inicial para determinar que as instituições financeiras demandadas deixassem de praticar atos abusivos aos consumidores nos contratos de cheque especial, como os juros extorsivos, multa moratória, cobrança de taxas como a de renovação do contrato, taxa de permanência, dentre outras. A competência para limitar os juros e regular as taxas de mercado pertence ao CMN, mas, o fundamento da inicial era de que havia omissão do CMN para cumprir seu mister, merecendo a intervenção do Poder Judiciário em face da omissão administrativa.

O julgamento foi decidido no Pleno do STF, por maioria de votos, onde se decidiu pela impossibilidade do Poder Judiciário fixar normas genéricas de conduta, se a competência normativa pertence a órgão da Administração Pública. Assim, como o CMN absteve-se de editar norma que lhe competida, não poderia o Poder Judiciário usurpar-lhe a atribuição, já que o controle judicial se faria caso houvesse uma obrigação prévia de fazer ou não fazer que estivesse sendo descumprida. Na ótica do julgado, os magistrados não poderiam criar comandos normativos autônomos, que não tivessem base na aplicação de normas postas pelo Poder Legislativo ou pela Administração Pública (de modo residual)<sup>354</sup>.

Decisão diversa foi proferida pelo próprio Supremo Tribunal Federal no Mandado de Injunção n. 670/ES<sup>355</sup>, quando, diante da omissão legislativa do Congresso Nacional em editar lei específica regulamentando o exercício do direito de greve dos servidores públicos, determinou-se a eficácia do direito constitucional pelos servidores públicos, utilizando-se no que for cabível, as Leis nº 7.701/88 e 7.783/89, na solução dos conflitos e ações judiciais que

---

<sup>353</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno de 1970. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaRI/anexo/RegimentoInterno1970ConsolidadoAtualizado.pdf> >. Acesso em: 28 mar. 2009.

<sup>354</sup> GUIMARÃES, Bernardo Strobel. A questão da imposição judicial de regras ao mercado, via ações coletivas (Comentários a acórdão do Supremo Tribunal Federal). **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, a. 4, n. 13, jan./mar. 2006, p. 212.

<sup>355</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 670/ES. Impetrante: Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo - SINDPOL. Suscitado: Congresso Nacional. Relator Ministro Maurício Corrêa, Relator para o Acórdão Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 25 de outubro de 2007. Publicação no Diário da Justiça em 31/10/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=greve%20e%20servidores&base=baseA cordaos>>. Acesso em 27 mar. 2009.

envolvam o exercício de greve dos servidores públicos civis, sem que isso importasse em usurpação de atribuição, pois o Poder Judiciário não traçou normas genéricas autônomas, mas determinou o exercício de um direito constitucional com interpretação de norma posta pelo Poder Legislativo para caso semelhante àquele cuja omissão estava verificada.

A Corte Suprema entendeu que a permanência da situação de omissão legislativa, com a consequente ausência de regulamentação da greve dos servidores públicos civis corria o risco de fazer consolidar uma situação de omissão judicial. Invocou-se a experiência do direito comparado, notadamente da Itália e Alemanha, acolhendo a possibilidade do Poder Judiciário adotar medidas normativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais. Assim, a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais não ofenderia a separação de poderes, disposta no art. 2º da CF/88.

A atuação de Poder Judiciário, na proteção aos direitos dos cidadãos passa, a cada dia, por um processo que permita se difundir o compromisso deste Poder com o exercício dos direitos da sociedade, postos no ordenamento jurídico vigente. O juiz não pode está adstrito às regras que condicionam um direito à edição de leis futuras, sejam elas complementares ou ordinárias, pois se assim for, haverá subordinação do Poder Judiciário ao Poder Legislativo<sup>356</sup>. Ao julgador compete aplicar as normas, notadamente aquelas constitucionais, utilizando-se dos princípios e regras que possibilitem a eficácia dos direitos.

#### 5.4.1.1 Revisão de atos vinculados

Os atos administrativos vinculados são aqueles cujo todos os elementos indispensáveis à sua validade estão previstos em lei: competência, forma, motivo, objeto e finalidade. Estes requisitos estão dispostos no art. 2º da Lei nº 4.717/65, competindo ao administrador apenas a obediência à vontade do legislador. O agente da Administração não possui liberdade de escolha de ação para a realização das atividades próprias, bem como para o exercício de suas atribuições legais, pois apenas materializa os requisitos previstos em lei, trazendo-os para o mundo dos fatos<sup>357</sup>.

A revisão pelo Poder Judiciário de atos vinculados é plena, no sentido de que compete verificar se o Administrador obedeceu a todos os requisitos legais, por isso esse controle

---

<sup>356</sup> SILVA, Nanci de Melo e. **Da jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 149.

<sup>357</sup> FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Direito administrativo**. São Paulo: MP, 2008, p. 59.

também é chamado de controle de legalidade e, em caso de não obediência aos requisitos legais do ato administrativo, tal ato será nulo. Como este controle restringe-se à legalidade objetiva do ato, também lhe são atribuídas as características de ser formal e básico<sup>358</sup>, dada a pouca interpretação do julgador, que se limita à observância se os requisitos previstos em lei foram ou não obedecidos. Chegando ao Poder Judiciário demanda que questione ato vinculado, o controle do ato será feito de forma ampla, verificando a obediência de todos os requisitos legais.

Como exemplo de ato vinculado, pode-se citar a aposentadoria compulsória dos servidores públicos, ao completarem 70 anos de idade. O Poder Público se depara com uma situação de fato, que embasa o ato administrativo de aposentadoria, e que não pode ser modificado pelo Administrador, pois atingida a idade limite do servidor, o único ato a ser praticado pelo Estado é o de aposentadoria, dada a vinculação legal preexistente.

Analisando o Mandado de Segurança n. 11955/DF<sup>359</sup>, impetrado por servidor público visando desconstituir ato demissional emanado de Ministro de Estado, o Superior Tribunal de Justiça manifestou-se, caracterizando o ato disciplinar como ato vinculado, onde há pequenas margens de discricionariedade, todavia o ato de demissão terá que ter base legal. No caso discutido no referido MS, o fundamento da demissão foi o abandono do emprego pelo servidor; todavia, da análise dos documentos da ação, o STJ verificou que inexistiu ausência intencional do servidor ao seu serviço, uma vez que o servidor estava afastado para tratamento de saúde, o que afasta o *animus abandonari*. Foi concedida a ordem requerida na ação mandamental, anulando o ato de demissão e reintegrando o autor no exercício do seu cargo.

O controle judicial neste caso foi amplo, uma vez que nos atos vinculados, a revisão pelo Poder Judiciário se dá em todos os elementos do ato administrativo. Também se pode exercer o controle de ato administrativo vinculado que não tenha sido realizado, quando a lei impunha a sua realização, como ocorreu com o Mandado de Segurança n. 25461/DF<sup>360</sup>, onde o foi alegado que a Mesa da Câmara dos Deputados sobrestou o procedimento da declaração

<sup>358</sup> GUERRA, Evandro Martins. **Os controles externo e interno da administração pública**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 97.

<sup>359</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n. 11955/DF. Impetrante: Antônio César de Araújo. Impetrado: Ministro de Estado da Educação. Relator Ministro Paulo Medina. Brasília, 14 de março de 2007. Publicação no Diário da Justiça em 02/04/2007, p. 229. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=ato+e+vinculado+e+administracao&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=21>>. Acesso em 27 jul. 2008.

<sup>360</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 25461/DF. Impetrante: Albérico de França Ferreira Filho. Impetrados: Mesa da Câmara dos Deputados e Paulo Celso Fonseca Marinho. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 29 de junho de 2006. Publicação no Diário da Justiça em 22/09/2006, p. 234. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(MS\\$.SCLA.%20E%2025461.NUME.\)%20OU%20\(MS.ACMS.%20ADJ2%2025461.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(MS$.SCLA.%20E%2025461.NUME.)%20OU%20(MS.ACMS.%20ADJ2%2025461.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 03 ago. 2008.

de perda do mandato parlamentar, de um membro, condenado em ação de improbidade administrativa à suspensão dos direitos políticos por seis anos.

O impetrante informou que a Mesa da Câmara dos Deputados entendeu não havia ainda o trânsito em julgado da decisão executada, e sua execução dependia do trânsito em julgado. O Supremo Tribunal Federal, analisando que a interpretação da Câmara dos Deputados não estava de acordo com o ocorrido nos autos, pois no caso, já havia ocorrido o trânsito em julgado da decisão, embora houvesse recursos pendentes de julgamento; todavia tais recursos foram impetrados após o trânsito, o que não ameaça a eficácia deste. Assim, o STF declarou a perda de mandato parlamentar, como forma de se garantir o cumprimento de decisão judicial.

Estando o ato vinculado regrado pela lei, ao Poder Judiciário compete analisar todos os seus aspectos, e quanto à sua base jurídica, cabe total revisão e verificação de obediência aos ditames legais<sup>361</sup>. Ao Poder Judiciário é devolvida toda a apreciação dos requisitos do ato administrativo, pois existindo desrespeito a algum deles, é de ser reconhecida a ilegalidade do ato abusivo ou arbitrário, retornando, por meio da decisão judicial, à intenção do legislador, e obediência à vinculação do ato.

#### 5.4.1.2 Revisão de atos discricionários

Os atos discricionários são aqueles praticados pela Administração, com certa margem de liberdade na avaliação ou decisão da prática do ato, segundo os critérios de conveniência e oportunidade formulados, adstritos à lei reguladora<sup>362</sup>. Nos atos discricionários a lei não prescreve um único comportamento para a materialização do fato, ao contrário, possibilita ao Administrador escolher um comportamento para concretização do ato. Nessa liberdade de escolha de uma solução possível a atingir o fim da norma legal reside a discricionariedade administrativa<sup>363</sup>. A escolha pelo Administrador, de um comportamento prescrito em lei, depende da análise do mérito administrativo, ou seja, da conveniência e oportunidade para a prática administrativa.

---

<sup>361</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 167.

<sup>362</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 399.

<sup>363</sup> AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Teoria do ato administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 109.

A conveniência de um ato é extraída da análise da satisfação do interesse público administrado, notadamente quando se constata que não há discricionariedade nos fins a serem atingidos pelos atos administrativos, mas apenas há liberdade de escolha nos meios e modos de praticar os referidos atos<sup>364</sup>. Assim, existente um interesse público a ser satisfeito com um ato administrativo, esse será conveniente. A oportunidade é o laço temporal que liga o ato administrativo e sua conveniência, pois uma vez identificada a conveniência na prática de um ato, a oportunidade se dá quando se verifica o momento adequado para a satisfação do interesse público<sup>365</sup>.

Impende destacar que não se pode confundir o exercício de juízo discricionário, com a arbitrariedade, pois a discricionariedade refere-se a uma escolha de comportamento previsto em lei, ou seja, nos parâmetros da legalidade, ao contrário da arbitrariedade, que é ato ilegal e inválido, pois ultrapassa os limites legais imprescindíveis à validade do ato. Como ato arbitrário pode-se citar a demissão de servidora que se encontre em gozo de licença gestante, pois neste caso, o ato praticado pelo Administrador, fere o disposto no art. 37, XVIII da CF/88 e art. 10, II, b do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT.

Na revisão de atos administrativos discricionários compete ao Poder Judiciário analisar os elementos do ato administrativo, sem invadir a análise subjetiva do Administrador, no tocante ao mérito administrativo, sob pena de usurpação de função. Foi nesse sentido que o STF se pronunciou no Agravo Regimental n. 630997/MG<sup>366</sup> contra decisão do Agravo de Instrumento, em que a Usina Monte Alegre Ltda. discutia a constitucionalidade da instituição de alíquotas regionalizadas do IPI – Imposto sobre produtos industrializados - incidente sobre o açúcar.

O Supremo Tribunal Federal entendeu pela constitucionalidade das alíquotas diferenciadas do IPI, por estarem em conformidade com o objetivo da República Federativa do Brasil, no tocante à redução das desigualdades regionais (art. 3º, III da CF/88). Quanto à isenção fiscal não concedida pela União ao agravante, decidiu o órgão julgador que o benefício de isenção fiscal é ato discricionário, não competindo ao Poder Judiciário exercer controle sobre a conveniência e oportunidade do ato. Ou seja, ao Poder Judiciário, não cabe

---

<sup>364</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 169.

<sup>365</sup> GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 94.

<sup>366</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 630997/MG. Agravante: Usina Monte Alegre S/A. Agravada: União. Relator Ministro Eros Grau. Brasília, 24 de abril de 2007. Publicação no Diário da Justiça em 18/05/2007, p. 107. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=630997&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 02 ago. 2008.

intervenção do mérito administrativo, substituindo-se ao Administrador na análise da conveniência e oportunidade que lhe competem.

Ainda pode-se citar como exemplo de ato discricionário, imune ao controle judicial, o ato de exoneração *ad nutum* de servidor público comissionado, que embora possa ser o melhor servidor do órgão, com maior capacidade técnica, sua desinvestidura não pode ser reavaliada pelo Poder Judiciário. O motivo de uma exoneração *ad nutum* é ato discricionário, e desta forma, ainda que a medida seja injusta, não pode o Poder Judiciário adentrar na justiça administrativa ou mérito administrativo. Se houver motivação do ato, esta tem que ser verdadeira, e vincula à Administração ao contido na justificativa, podendo o Poder Judiciário exercer controle do ato motivado.

Apenas o espaço livre de opção concedido ao Administrador pelo legislador está afastado de reapreciação judicial. Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>367</sup> estabelece como teoria, o controle do desvio de poder nos atos administrativos, como forma de controle de elementos discricionários do ato da Administração, quando verificado que a autoridade utiliza o seu poder discricionário para obter ato com finalidade diferente daquela que a lei fixou para o ato. Neste caso, cabe ao Poder Judiciário, verificando o desvio de finalidade, decretar a nulidade do ato. A demonstração do desvio de poder é algo difícil de ser provado, pois o desvio está exatamente no disfarce de legalidade do ato, que dificulta a caracterização do ato em desvio de poder; ressalte-se que se houver claramente uma má-conduta, o caso é de arbitrariedade e não desvio de poder. Para reconhecer o desvio de poder, o Poder Judiciário deve apreciar todos os indícios apresentados pelas partes, até encontrar um liame que caracterize a ilicitude do ato, como por exemplo, no caso de anulação de processo licitatório, após sua conclusão, porque o vencedor não agradou o Administrador, ou porque este quis criar uma situação emergencial para realizar contratação sem licitação<sup>368</sup>.

Para controle do desvio de poder, é necessário que os órgãos do Poder Judiciário tenham profundo conhecimento sobre a possibilidade e os limites do controle judicial sobre os atos discricionários, bem como sobre a importância de seu papel de intérprete dos indícios do desvio, apresentados pela parte reclamante. O desvio de poder ou finalidade não se apresenta de modo claro como o ato arbitrário, mas se apresenta de forma disfarçada, competindo ao julgador, com o uso da razoabilidade, interpretar os fatos e encontrar os motivos ou não da prática do ato administrativo e o conseqüente desvio ou não de finalidade.

---

<sup>367</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 211.

<sup>368</sup> DALLARI, Adilson Abreu. Desvio de poder na anulação de ato administrativo. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 7, jul./set. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 28 mar. 2009.

A aplicação, neste caso, do princípio da razoabilidade permitirá um controle da atividade discricionária administrativa, sendo utilizado caso não haja relação de adequação entre o fim visado e o meio empregado ou a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para se chegar com menos ônus à concretização do direito individual. Ainda, deve ser ressaltado que a razoabilidade permite uma atuação construtiva do Poder Judiciário, na produção do melhor resultado<sup>369</sup>. E ao contrário do que se possa imaginar, pelo princípio da razoabilidade, não se transfere a discricionariedade ao Poder Judiciário, mas se determina exatamente que os limites de um ato legislativo ou administrativo, estejam na busca do resultado maior do ordenamento pátrio, que é o bem-comum. É a possibilidade de uma análise judicial de determinado ato, sob o prisma da justiça (*substantive due process*) e não apenas sob o prisma formal (*due process of law*)<sup>370</sup>.

Podem ser atribuídas três funções ou sentidos à regra da razoabilidade ou regra da razão, que é a expressão utilizada no direito norte-americano notadamente em questões econômicas (*rules of reason*). A primeira função da razoabilidade implica no dever de harmonização do geral com o individual, onde a razoabilidade constitui um instrumento metodológico para fixar que a incidência da norma, sobre um determinado fato, é condição necessária, mas não suficiente para sua aplicação, devendo ser feita uma adequação da generalização da norma ao caso especial. Como exemplo dessa função tem-se a hipótese da exclusão do benefício fiscal concedido a uma pequena empresa, pelo fato desta ter feito uma única importação para obtenção de quatro unidades de um produto; o benefício não pode ser concedido a empresas que efetuem importações, todavia, da análise do caso, tem-se que houve uma única importação, que não atingiu escala comercial significativa, sendo razoável a manutenção do benefício excluído para que a norma cumpra seu dever de equidade.

O segundo sentido da razoabilidade a conduz para a harmonização das normas com as suas condições externas de aplicação, ou seja, permite o controle de ato estatal contra razões arbitrárias, que não tenham fundamentação natural, por exemplo, quando se aprova uma lei que concede adicional de férias a aposentados; esta lei não é razoável e se sustenta em uma causa insuficiente, pois não há sentido o pagamento de adicional de férias a quem não tem férias. A razoabilidade exige uma relação congruente entre o critério de diferenciação escolhido e a medida que se resolveu adotar, o que difere da relação entre meio e fim. A última função do princípio da razoabilidade é a exigência de uma relação de equivalência

---

<sup>369</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 234.

<sup>370</sup> CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais**: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica. Curitiba: Juruá, 2006, p. 200.

entre a medida adotada e o critério que a dimensiona, podendo ser vista a importância da análise razoável, quando se analisa a equivalência entre o valor de alguma taxa e o serviço prestado, demonstrando claramente a relação da medida e do critério que a dimensiona<sup>371</sup>.

Quanto ao controle de atos praticados com desvio de poder, Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>372</sup> trata o tema como sendo inerente a uma teoria do desvio de poder, implicando na possibilidade de controle sobre o elemento discricionário administrativo, pelo Poder Judiciário. O elemento finalidade do ato administrativo verificado pela teoria do desvio de poder é aquele em sentido amplo, que corresponde ao interesse público, e nesse sentido, a finalidade seria discricionária. O controle do desvio de poder também é explicitado por Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>373</sup>, todavia, não como uma teoria.

Ainda se pode exercer o controle judicial dos atos discricionários pela análise dos motivos determinantes do ato, que permite a investigação dos motivos da prática de um ato administrativo apresentados pela Administração verificando sua veracidade. Pela teoria dos motivos determinantes, cabe ao Poder Judiciário analisar inclusive os casos de motivos justificadores de atos administrativos, baseados em conceitos jurídicos indeterminados, como “interesse público”, “ordem pública”, “moralidade administrativa”, etc. Nesse caso, se for verificado que o conceito indeterminado é de experiência ou empírico, restará afastada a discricionariedade, pois pelos critérios objetivos extraídos da experiência comum, haverá apenas uma solução válida para materialização da norma<sup>374</sup>. Após a determinação do conceito jurídico, se verifica a adequação do ato ao seu motivo determinante, possibilitando o controle judicial amplo.

Também Hely Lopes Meirelles<sup>375</sup> entende a possibilidade de controle judicial do motivo de um ato discricionário, através da verificação da sua legitimidade, pois esta se refere à obediência do ato administrativo aos princípios da Administração Pública. Pela análise da legitimidade, os motivos determinantes do ato discricionário podem ser revistos pelo Poder Judiciário, pois não se pode confundir os motivos determinantes com o mérito administrativo, este sim afastado da revisão judicial. Assim, o processo de interpretação e aplicação do controle judicial dos atos discricionários é feito sem ferir a oportunidade e conveniência da

---

<sup>371</sup> ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 4, out./dez. 2005, p. 12-17. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 21 fev. 2009.

<sup>372</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 207-211.

<sup>373</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 903-907.

<sup>374</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 209-211.

<sup>375</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 198, 688.



Administração, mas verificando a obediência a todos os requisitos vinculados e os limites do poder do administrador. A própria garantia do Estado de Direito impõe que o Poder Judiciário exerça muito mais do que um controle da legalidade, conformador do princípio da legalidade estrita, mas que se exija a observância de todo o ordenamento jurídico, configurando o princípio da juridicidade<sup>376</sup>.

#### 5.4.1.2.1 conceitos jurídicos indeterminados

Importante questão a ser enfocada é a referente aos conceitos jurídicos indeterminados, verificando-se se a existência de referidos conceitos para a prática de um ato constitui em ato discricionário. Ainda não há posicionamento uniforme sobre o tema, pois há quem entenda que os conceitos jurídicos indeterminados significam o exercício do poder discricionário pelo administrador, e também há quem entenda que esses conceitos não retiram a vinculação do ato à lei. No dizer de Rita Tourinho: “A transformação de conceitos linguísticos em conceitos jurídicos já é suficiente para dotá-los de uma certa precisão, em prol da segurança jurídica”<sup>377</sup>.

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>378</sup> reconhece que através dos conceitos jurídicos indeterminados, o administrador pratica um ato de intelecção, escolhendo dentro de uma das intelecções razoáveis, a que melhor se adéque ao conceito indeterminado referente ao ato praticado, e neste processo de escolha, apresenta-se o aspecto volitivo do agente, assim como ocorre nos atos discricionários. Assim, para o referido autor, havendo conceitos jurídicos indeterminados, o caso é de discricionariedade do administrador e conseqüente limitação do controle judicial.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>379</sup> explica que os conceitos jurídicos indeterminados podem conferir discricionariedade à Administração, se os conceitos vagos referem-se a valores; pois esta autora expõe três tipos de conceitos indeterminados: os técnicos, os de experiência ou empíricos, e os de valor. Nos casos dos conceitos jurídicos técnicos ou de

<sup>376</sup> CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais**: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica. Curitiba: Juruá, 2006, p. 192.

<sup>377</sup> TOURINHO, Rita. A discricionariedade administrativa perante os conceitos jurídicos indeterminados. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 15, jul./set. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 28 mar. 2009.

<sup>378</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2000, p.23.

<sup>379</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 209.

experiência, não há que se falar em discricionariedade, pois aos primeiros, a determinação do conceito advém de um órgão técnico e no segundo, extrai-se a determinação de critérios objetivos práticos da experiência comum. Quanto aos conceitos indeterminados de valor, como a moralidade, o interesse público, ou utilidade pública, etc. a discricionariedade pode ser encontrada, embora não seja uma regra absoluta.

A outra corrente de pensamento entende que ocorre o exercício do poder vinculado na prática de atos administrativos cuja realização dependa de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados. José Elaeres Marques Teixeira<sup>380</sup> dispõe que os conceitos precisam ser preenchidos caso a caso, de modo que, numa situação concreta, para a devida aplicação do conceito vago, só será encontrada uma única solução justa, de modo que a indeterminação dos conceitos encontra-se apenas na sua formulação, sendo determinável na sua aplicação. Assim também entende Rita Tourinho<sup>381</sup>, que vê nos conceitos jurídicos indetermináveis um raciocínio de interpretação, que conduz a uma única solução no caso concreto, para satisfação do conceito e adequação ao ato a ser praticado, inexistindo liberdade subjetiva a ser exercida pelo Administrador.

A distinção entre conceitos indeterminados e exercício da discricionariedade foi traçada por Eros Grau<sup>382</sup>, quando destacou que o exercício da discricionariedade relaciona-se com a emissão de juízos de oportunidade para os indiferentes jurídicos, ao passo que os conceitos indeterminados exigem a emissão de juízos de legalidade; assim, a utilização pelo legislador de termos vagos ou imprecisos, não conduz ao exercício da discricionariedade. A indeterminação do conceito implicaria apenas indeterminação dos termos que a expressam, havendo apenas uma questão de interpretação e não de abertura de margem para escolha discricionária sobre o conteúdo da norma.

Tércio Sampaio Ferraz Junior<sup>383</sup> analisando as decisões do CADE, concluiu que as referidas possuem fundamento técnico, que não pode ser confundido com o exercício de juízo de conveniência e oportunidade; fundando no mesmo sentido a ausência de discricionariedade para determinação dos conceitos vagos, explicitando que embora o conceito previsto para um ato seja indeterminado, o ato a ser praticado é vinculado nos julgamentos de atos de

---

<sup>380</sup> TEIXEIRA, José Elaeres Marques. Nulidades e controle judicial dos atos das autoridades do antitruste. **Revista CEJ**, Brasília, n. 29, abr./jun. 2005, p. 129.

<sup>381</sup> TOURINHO, Rita. A discricionariedade administrativa perante os conceitos jurídicos indeterminados.

**Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 15, jul./set. 2008, p. 9. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 28 mar. 2009.

<sup>382</sup> GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 147-150.

<sup>383</sup> *Apud* OLIVEIRA, Amanda Flavio de. **O direito da concorrência e o poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 59.

concentração. Amanda Flávio de Oliveira<sup>384</sup> entende que diante de um conceito jurídico indeterminado cabe ao Administrador escolher a melhor e mais adequada forma de aplicação ao caso concreto, e não ocorrendo a escolha da melhor forma, o Poder Judiciário deve se manifestar sobre a questão, apontando a falha da Administração.

António Francisco de Sousa<sup>385</sup>, escrevendo sobre o impasse também existente em Portugal entre os conceitos jurídicos indeterminados e os atos discricionários, pondera os pontos favoráveis ao reconhecimento da alegada discricionariedade do ato, e os argumentos contra a discricionariedade. Conclui que o princípio do Estado do Direito, como pilar do Estado democrático, permite a função do Poder Judiciário em exercer controle pleno dos atos administrativos embasados em conceitos jurídicos indeterminados; entende que não há discricionariedade nos atos administrativos embasados em conceitos indeterminados, servindo este fundamento, inclusive, para garantir a segurança dos particulares perante o Estado.

Também merece destaque a fundamentação de García de Enterría<sup>386</sup> entendendo que os limites dos conceitos jurídicos indeterminados não são determinados em lei, pois tais conceitos não admitem uma quantificação ou determinação rigorosas, mas como se referem a uma hipótese da realidade, no momento da aplicação da lei, o conceito passa a ser determinável, escrevendo ainda que a indeterminação do enunciado não implica em indeterminação de sua aplicação.

O Supremo Tribunal Federal se pronunciou pela possibilidade de controle dos atos administrativos que envolvam a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, separando-os da compreensão de ato discricionário, conforme se observa na decisão do Recurso em Mandado de Segurança n. 24699/DF<sup>387</sup>, que questionava a demissão de servidor público, tendo o *mandamus* dois argumentos: o primeiro que atacava nulidades formais ocorridas e o segundo que afirmava inexistir o ato infracional alegado pela Administração. Analisando os fatos postos na lide, o STF entendeu pela possibilidade de controle do ato demissional, pois deveria aplicar a teoria dos motivos determinantes; tendo concluído que, mesmo onde haja conceitos indeterminados, ao Poder Judiciário compete verificar se o ato, na forma praticada,

---

<sup>384</sup> OLIVEIRA, Amanda Flavio de. **O direito da concorrência e o poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 74.

<sup>385</sup> FRANCISCO DE SOUSA, António. **Conceitos indeterminados no direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994, p. 211.

<sup>386</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; TOMÁS-RAMÓN, Fernandes. **Curso de derecho administrativo I**. Madri: Civitas, 2000, p. 457.

<sup>387</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança n. 24699/DF. Recorrente: Bernardo Rosenberg. Recorrido: União. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 30 de novembro de 2004. Publicação no Diário da Justiça em 01/07/2005, p. 56. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=conceitos%20e%20indeterminados&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 02 ago. 2008.

é correto, sem, contudo, substituir-se à Administração indicando qual ato seria correto. Assim, a conduta infracional de prática desidiosa imputada ao paciente não restou comprovada, após a análise judicial, bem como foram encontrados vícios formais, tendo o paciente obtido a segurança, com sua reintegração no cargo que ocupava.

O Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre a possibilidade de controle judicial nos atos administrativos fundados em aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, como se verifica da decisão proferida no Recurso em Mandado de Segurança n. 19.590/RS<sup>388</sup>. Nesta ação o impetrante, Juiz de Direito do Estado do Rio Grande do Sul, se insurgiu contra ato do Conselho da Magistratura do referido Estado que indeferiu seu pedido de concorrer em remoção por antiguidade, embora fosse o mais antigo entre os concorrentes. A alegação do impetrado cingiu-se ao fato do recorrente não possuía um ano de exercício na Comarca, embora tivesse os dois anos de exercício na entrância, requisito este previsto na Lei Complementar nº 35, de 14/03/1979, também chamada Lei Orgânica da Magistratura Nacional – LOMAN. O Relator do Recurso no STJ verificou que não havia norma jurídica para o requisito temporal de um ano de exercício na Comarca, ressaltando que o próprio Impetrado, nas razões do indeferimento do pedido do autor reconheceu inexistir disposição legal ou norma regimental instituindo o requisito alegado.

Resta constatado que, pelo Estatuto da Magistratura do Estado do Rio Grande do Sul, o indeferimento da pretensão de remoção por antiguidade só pode ocorrer se verificado “relevante interesse público” que deve ser justificado. Assim, no caso do Impetrante, como o indeferimento de sua inscrição à remoção não teve base legal, o STJ passou a verificar se houve a justificativa do conceito jurídico indeterminado, previsto em lei, referente ao relevante interesse público. Adentrando nos motivos determinantes do ato administrativo, concluiu o relator que não houve relevante interesse público a justificar a remoção por antiguidade do impetrante, de modo que foi concedida a remoção pleiteada pelo recorrente. O Poder Judiciário exerceu controle sobre o ato baseado no conceito jurídico indeterminado, promovendo a adequação do ato ao ordenamento jurídico.

---

<sup>388</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança n. 19.590/RS. Recorrente: Gilberto Pinto Fontoura. Impetrado: Conselho da Magistratura do Estado do Rio Grande do Sul. Litisconsorte: Diego Leonardo Di Marco Piñeiro. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, 02 de fevereiro de 2006. Publicação no Diário da Justiça em 20/03/2006, p. 310. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200500241465&dt\\_publicacao=20/03/2006](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200500241465&dt_publicacao=20/03/2006)>. Acesso em: 02 ago. 2008.

#### 5.4.2 Controle judicial das decisões do CADE

O CADE, autarquia com atribuição de promover o combate às práticas anticoncorrenciais, profere decisões administrativas, de natureza técnica, notadamente na área econômica, primando pela ordem econômica prevista na Constituição Federal de 1988. Sendo os atos praticados pela autarquia de natureza vinculada, ou mesmo nos casos em que se entenda haver a prática de atos discricionários, não se pode afastar a atuação do Poder Judiciário.

Na análise de fatos relacionados à legislação antitruste, se verifica o desenvolvimento da análise econômica do Direito no Brasil, ampliando a visão do Poder Judiciário sobre atos e práticas de mercado, com enfoque econômico. Ao decidir uma questão de natureza econômica, na área do direito da concorrência, estará o Poder Judiciário atuando no processo de intervenção do Estado na economia. A decisão judicial deve trabalhar com concepções jurídicas adequadas aos fenômenos econômicos, que devem ser o meio de concretização dos princípios constitucionais do desenvolvimento e da justiça social<sup>389</sup>.

Assim, entender a possibilidade de revisão judicial dos atos praticados pelo CADE, é o exercício do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, é a garantia do Estado de Direito, com a promoção da necessária evolução da análise econômica do direito e, principalmente é primar pela defesa dos direitos fundamentais; sendo considerado todo o enfoque econômico indispensável a uma análise judicial adequada.

Um dos argumentos sobre os limites de revisão dos atos do CADE pelo Poder Judiciário refere-se ao suporte técnico das decisões do CADE, contraposto à falta de preparo dos juízes para lidarem com assuntos econômicos; todavia tal argumento traz consigo o desconhecimento de mecanismos processuais, com os quais o julgador deve lidar para casos em que a matéria discutida necessite de *expert* no tema posto em juízo. Por meio de prova pericial, pode o juiz encontrar o suporte técnico necessário a fundamentar sua decisão. Além do mais, a matéria econômica por si só não é desconhecida pelos juízes, e não pode ser desconsiderada em casos de decisões com conteúdo econômico, compreendendo conteúdo obrigatório a ser utilizado na interpretação e solução das lides econômicas. A ordem econômica constitucional precisa e deve ser concretizada pelos julgadores, moldando os princípios constitucionais aos casos concretos.

---

<sup>389</sup> OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Direito da concorrência no Brasil: um novo espaço de ativismo judicial? **Revista da Faculdade de Direito de Minas Gerais**, n. 46, jan./jun. 2005, p. 12.

Compete ao Poder Judiciário verificar a solidez dos critérios técnicos embasadores das decisões do CADE, utilizando-se a prova pericial, se necessária, para adequação dos efeitos econômicos da sua decisão e verificação das situações que afrontam a concorrência. Os operadores do direito devem estar atentos às peculiaridades do Direito Concorrencial<sup>390</sup>, com observância ao reflexo das decisões no mercado, como tanto pugnam os economistas, devendo o Poder Judiciário estar consciente de sua responsabilidade na especialização dos conhecimentos para soluções desta matéria antitruste.

Pela análise econômica do direito, compete ao Poder Judiciário interpretar o Direito, com visão econômica, preocupando-se com a eficiência do mercado e é na aplicação dessa eficiência, que o Poder Judiciário consegue garantir a concretização dos objetivos e respeito aos princípios constitucionais gerais e da ordem econômica. O CADE nas suas decisões faz estudos acerca das relações de mercado, utilizando conceitos de economia e de direito, realizando a mesma multidisciplinaridade entre as mencionadas ciências<sup>391</sup>.

Todas as autoridades componentes do SBDC possuem muitas atribuições importantes, que não podem ser afastadas do controle judicial, pois possuem interferência no mercado, sendo necessárias para a eficácia do sistema e manutenção do equilíbrio das forças de mercado<sup>392</sup>. Destaque-se a atribuição da SDE de celebrar compromisso de desempenho ou requerer à Procuradoria do CADE ou à AGU busca e apreensão de bens; ou ainda a autoridade do CADE, que pode proibir uma fusão. Dada a importância dos atos, o controle judicial é amplo e necessário. A maioria das decisões do CADE postas ao controle judicial refere-se aos seus processos administrativos, ou seja, ao controle de condutas, uma vez que as condenações por infrações à ordem econômica ocorrem em maior frequência que a não aprovação de atos de concentração<sup>393</sup>.

Nas ações em que sejam discutidas as decisões do CADE, o Poder Judiciário exercerá o controle da legalidade, porém este não significa a interpretação literal da lei, mas o objetivo desta, consagrado e harmonioso com os demais princípios constitucionais com base no poder normativo dos princípios, dotados de eficiência como direito e não como fonte deste. O

---

<sup>390</sup> TEIXEIRA, José Elaeres Marques. Nulidades e controle judicial dos atos das autoridades do antitruste. **Revista CEJ**, Brasília, n. 29, abr./jun. 2005, p. 129.

<sup>391</sup> CARVALHO, Ana Carolina Lopes de. O controle judicial das decisões do CADE. In: GICO JUNIOR, Ivo Teixeira; BORGES, Antônio de Moura (orgs.). **Intervenção do Estado no Domínio Econômico**. São Paulo: LEX, 2006, p. 60.

<sup>392</sup> TEIXEIRA, José Elaeres Marques. Nulidades e controle judicial dos atos das autoridades do antitruste. **Revista CEJ**, Brasília, n. 29, abr./jun. 2005, p. 127.

<sup>393</sup> CARVALHO, Ana Carolina Lopes de. O controle judicial das decisões do CADE. In: GICO JUNIOR, Ivo Teixeira; BORGES, Antônio de Moura (orgs.). **Intervenção do estado no domínio econômico**. São Paulo: LEX, 2006, p. 70.

controle judicial aos atos administrativos pode gerar algumas dúvidas ou incertezas, baseadas no temor de ser atribuído um excesso de poder ao aparelho judicial, que possa ferir o princípio da separação de poderes. José dos Santos Carvalho Filho<sup>394</sup> ressaltou que não pode o juiz controlar a conduta do administrador sob a alegação de que não a achou razoável, não se podendo proclamar a supremacia do princípio da razoabilidade ao da legalidade, posto que se assim o fosse estaria sendo posto em risco o Estado de Direito.

O controle judicial de atos administrativos importa na verificação pelo julgador se na concretização da lei, foram observados pelo administrador, todos os critérios consagrados no ordenamento, componentes dos princípios constitucionais – trata-se da aplicação da norma via princípios, que é uma forma moderna da aplicação da Ciência do Direito<sup>395</sup>. A revisão de atos com fundamento na finalidade do ordenamento jurídico não constitui infração ao princípio da separação de poderes, pois exatamente na forma posta por este princípio, a atividade normal a ser exercida pelo Poder Judiciário é exatamente o poder de julgar e garantir que a ordem jurídica instituída seja cumprida, em benefícios dos cidadãos.

A consolidação da defesa da concorrência no Brasil passa pelo papel ativo que deve ser desempenhado pelo Poder Judiciário, compreendendo a dimensão de sua participação na ordem econômica, colaborador importante no processo de desenvolvimento econômico e social nacional<sup>396</sup>. É inegável a competência do Poder Judiciário para solução das matérias referentes ao antitruste, seja primariamente, já que no Brasil não existe o contencioso administrativo, seja por meio de revisão das decisões administrativas da autarquia federal especializada – CADE, pois o Poder Judiciário é insubstituível na solução dos conflitos, estando seu limite no princípio da reserva legal<sup>397</sup>.

---

<sup>394</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências reguladoras e o poder normativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (org). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 79, p. 22.

<sup>395</sup> ALVES, Eliana Calmon. **A revisão judicial dos atos administrativos de órgãos reguladores e de defesa da concorrência**, p. 16. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/87>> Acesso em: 22 jul. 2008.

<sup>396</sup> OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Direito da concorrência no Brasil: um novo espaço de ativismo judicial? **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte, n. 46, jan./jun. 2005, p.19.

<sup>397</sup> ALVES, Eliana Calmon. **A Revisão judicial dos atos administrativos de órgãos reguladores e de defesa da concorrência**, p. 16. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/87>> Acesso em: 22 jul. 2008.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da Segunda Guerra Mundial o Estado liberal foi substituído pelo Estado social, que visava solucionar os problemas inerentes às necessidades essenciais dos cidadãos. O crescimento do tamanho do Estado, como prestador de serviços, por sua vez, desencadeou problemas como alta carga tributária e ineficiência de setores produtivos, o que permitiu a evolução na atuação do Estado, que não mais seria o prestador dos serviços essenciais, dentre outros. Anotava-se a evolução do Estado para sua função de regulador da atividade econômica. Estava demonstrado que o mercado não tinha condições de se gerir autonomamente, e a intervenção estatal era instrumento necessário para assegurar o equilíbrio das relações econômicas.

O ordenamento nacional vigente explicita inúmeros princípios fundadores da ordem jurídica, tratando em título próprio da Carta constitucional os princípios conformadores da ordem econômica. Como fundamento da ordem econômica encontra-se o princípio da livre iniciativa, que significa o direito de participação no mercado pelos particulares, sem que sejam impostas restrições por parte do Estado; todavia a ordem econômica também é fundamentada no princípio da livre concorrência, que protege a equivalência dos concorrentes no mercado, e em proteção a este princípio o Estado pode promover a intervenção na atividade econômica para manter a referida equivalência entre os concorrentes. Assim, torna-se necessária a compatibilização entre os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, harmonizando o ordenamento jurídico.

A aparente colisão de princípios constitucionais não se resolve no campo da validade, como se dá com as regras, mas, no ensinamento de J. J. Gomes Canotilho, a solução da tensão gerada pelas normas principiológicas ocorre através da ponderação e concordância prática sobre as circunstâncias de cada caso, adequando o peso dos princípios colidentes a serem aplicados, notadamente porque não há diferença de dignidade ou importância entre os princípios, diante do princípio da unidade hierárquico-normativa; que conduz os princípios a uma igualdade normativa. A incompatibilidade de princípios é solucionada no campo valorativo, analisando-se uma situação concreta e determinando-se as condições de precedência de um princípio constitucional sobre o outro colidente, o que gera uma relação de precedência condicionada.

A hermenêutica constitucional contemporânea deve aplicar o sistema jurídico no intuito de consolidar um Estado Democrático, que consagre os princípios constitucionais, em busca de uma vida social harmônica. A interpretação dos princípios deve ser muito mais de



atualização do texto constitucional, que apenas de descrição da norma consagrada, o que permite o entendimento de que há uma vontade axiológica do sistema, ultrapassando a vontade do legislador. A vontade axiológica pondera os valores da sociedade, após a interação dialética entre o ordenamento e o intérprete, procedendo-se a uma hierarquização, que é exatamente o meio de atualização da norma constitucional, pois os valores sociais evoluem com o passar do tempo.

O princípio da livre concorrência é um dos princípios da ordem econômica, conforme o art. 170, IV da CF/88, e visa manter o mercado brasileiro competitivo. Na lição de Raul Machado Horta é um princípio-valor, ao lado da soberania nacional e da propriedade privada. A concorrência protegida constitucionalmente é atributo do mercado, que tenta manter a rivalidade dos agentes existentes no campo econômico, com fins de obtenção de maior eficiência do funcionamento do mercado. É através deste princípio que resta assegurada a liberdade de concorrência dos particulares, na medida em que a competição pressupõe uma pluralidade de indivíduos, com igualdade de participação, e com a possibilidade de ingressarem em um mercado.

Pela evolução histórica da concorrência nos mercados, verifica-se a ligação entre concorrência e regulação estatal. A regulação, além de corrigir o funcionamento do mercado diante de eventuais falhas, busca proteger os usuários de bens ou serviços, de prejuízos. Quando se defende a concorrência, também se defende o consumidor, pois estes princípios possuem como ponto comum, a proteção aos direitos e interesses difusos de uma sociedade, e dentre os direitos a serem protegidos, pelas normas concorrenciais e consumeristas, encontra-se além da dignidade da pessoa humana, a própria cidadania.

A proteção à livre concorrência oferecida no sistema jurídico brasileiro visa impulsionar a eficiência do mercado, mas buscando a dignidade dos cidadãos, e assim, volta-se à proteção do consumidor. Em um mercado eficiente haverá mais opção ao consumidor, de produtos substituíveis, com diferenças de qualidade e preço, onde o comprador possa optar pelo bem que melhor satisfaça sua necessidade, e não seja obrigado a comprar um bem, mesmo a preço excessivo ou sem a qualidade necessária e esperada, como poderia ocorrer em um regime de monopólio ou cartel.

O maior problema enfrentado em cada mercado refere-se à posição dominante exercida por algum agente, ainda que, em sua essência, o mercado seja regulado pelo Estado. Na medida em que um agente passa a exercer posição dominante, este domínio pode ser utilizado não apenas como poder de determinação no mercado, mas também como determinação à ordem política reguladora do próprio mercado. As concentrações econômicas

têm exercido muita influência na organização pública do mercado, tanto nas decisões administrativas quanto nas legislativas.

A verificação do exercício de posição dominante pelo agente econômico ocorre pela análise do mercado em que ele atua, ou seja, no mercado relevante do produto ou serviço comercializado. O mercado relevante é encontrado após se limitar o produto comercializado e o espaço físico da comercialização. A fixação de um mercado relevante material parte, pois, da especificação de um determinado produto ou serviço, e da análise de fungibilidade deste com outros bens, verificando-se se em caso de aumento de preço do bem especificado, haverá aumento na procura do outro bem fungível, o que produz a elasticidade cruzada. O movimento de diminuição ou retirada de um produto do mercado implica no crescimento da procura e conseqüente venda de outro produto similar, ou que substitua aquele que foi retirado do mercado, importando tal constatação na elasticidade cruzada. A delimitação geográfica é feita a partir de determinada base geográfica, referindo-se à definição do espaço em que os produtos ofertados são tratados como substitutos, encontrando-se assim, um mercado relevante de um produto ou serviço.

A concorrência protegida no direito brasileiro é do tipo praticável, ou seja, aquela que busca amenizar os efeitos danosos de uma concorrência imperfeita, tendo por base a regulação estatal. O essencial não é mais manter uma simples pluralidade de empresários que ofereçam bens e serviços, mas controlar o tipo de comportamento destes agentes, evitando danos aos cidadãos. No estágio de desenvolvimento do mercado surgiu a necessidade de implementação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, a partir da nova ordem constitucional instaurada pela Constituição Federal de 1988, por meio de órgãos que comungam do mesmo objetivo de combate ao antitruste, com um modelo de divisão de competência.

O órgão administrativo brasileiro com poder decisório do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, que exerce o controle do mercado tanto preventivamente, no combate é estruturas dominantes de mercado, como exerce atuação repressiva, visando eliminar e punir administrativamente as condutas anticoncorrenciais. O fato da autarquia escolher uma decisão, com fundamento nas provas colhidas durante a instrução e diante da demonstração técnica apresentada, através de pareceres especializados proferidos por órgãos do Poder Executivo, não torna o ato discricionário. Os critérios para verificação das conseqüências jurídicas do fato, não se vinculam à discricionariedade do administrador, devendo este, diante de todas as provas encontrar a decisão que produza as conseqüências jurídicas adequadas aos preceitos legais. As

decisões do CADE têm natureza vinculada, ocorrendo um processo de subsunção do fato à norma.

O que mais confunde a caracterização dos atos do CADE com os atos discricionários é a presença, na lei de concorrência, de conceitos indeterminados. Maria Sylvia Zanella Di Pietro explica que os conceitos jurídicos indeterminados podem conferir discricionariedade ao administrador, se os conceitos vagos referirem-se a valores. Esta autora expõe três tipos de conceitos indeterminados: os técnicos, os de experiência ou empíricos, e os de valor. Nos casos dos conceitos jurídicos técnicos ou de experiência, não há que se falar em discricionariedade, pois a determinação do conceito advém de um órgão técnico; nos conceitos empíricos, extrai-se a determinação de critérios objetivos práticos pela própria experiência comum; quanto aos conceitos indeterminados de valor, como a moralidade, o interesse público, ou utilidade pública, etc., a discricionariedade pode ser encontrada, embora não seja uma regra absoluta.

A Lei Antitruste traz conceitos técnicos indeterminados e não conceitos de valor indeterminados, pois após análise técnica econômica dos atos de concentração ou das práticas abusivas, sabe-se exatamente o limite do termo indeterminado, sem que haja discricionariedade a ser conferida aos membros do CADE. Apenas a análise técnica definirá os conceitos abertos da Lei Antitruste, constatando se determinado ato gera abuso de poder econômico, ou se os preços são excessivos, sem que haja liberdade de escolha ao julgador da esfera administrativa.

Os atos decisórios do CADE são sujeitos ao controle pelo Poder Judiciário, pois sendo uma decisão que traga lesão ou ameaça de lesão a alguém, está abrangida pelo princípio constitucional da inafastabilidade de jurisdição. O fato de constar na lei que a apreciação das estruturas de mercado ou condutas abusivas praticadas compete ao CADE, não importa em exclusão da análise de tais fatos pelo Poder Judiciário. Entender que a Lei nº 8.884/94 afasta a competência do Poder Judiciário é interpretá-la de modo inconstitucional, pois conforme ensina José Cretella Neto, o princípio disposto no inciso XXXV do art. 5º da CF/88 se dirige exatamente ao legislador, que não pode editar lei excluindo da apreciação pelo Poder Judiciário eventual lesão a direito ou sua ameaça.

Pelo princípio da inafastabilidade, além da compreensão de acesso à justiça, resta também abrangido o entendimento de que todas as querelas devem ser decididas, ainda que não haja lei específica sobre o tema, sendo assim um processo de criação pelo julgador, que decidirá fundamentado nos princípios conformadores da ordem jurídica. Na matéria de direito da concorrência, o intérprete, promovendo a análise econômica do direito possibilitará ao

agente do mercado a compreensão do mundo como é, com seus percalços, traduzindo segurança jurídica nas decisões judiciais a partir da evolução no pensamento do próprio julgador. O julgador deverá entender as próprias instituições de mercado e seus custos, tratando estes, como fundamento central para compreensão do funcionamento da economia e moldando para os demais princípios constitucionais, obtendo-se uma decisão adequada através da solução pela prevalência dos princípios, em cada caso.

No controle judicial dos atos vinculados, a revisão pelo Poder Judiciário se dá em todos os elementos do ato administrativo, podendo também ser exercido o controle sobre ato administrativo vinculado que deveria ter sido realizado e não foi; como nos casos em que a lei determina a prática de um ato e este não ocorre, devendo o Poder Judiciário garantir sua realização. Na revisão de atos administrativos discricionários compete ao Poder Judiciário analisar os elementos do ato administrativo, sem invadir a análise subjetiva do Administrador, no tocante ao mérito administrativo; todavia há muitas formas de controle do ato discricionário, visando o combate à arbitrariedade, como ocorre no controle do desvio de poder, na aplicação da regra do princípio da razoabilidade e na exigência de vinculação aos motivos determinantes.

É inegável a competência do Poder Judiciário para solução das matérias referentes ao antitruste, seja primariamente, já que no Brasil não existe o contencioso administrativo, seja por meio de revisão das decisões administrativas da autarquia federal especializada – CADE, pois o Poder Judiciário é insubstituível na solução dos conflitos, estando seu limite no princípio da reserva legal. Nas ações judiciais em que sejam discutidas as decisões do CADE, o Poder Judiciário exercerá o controle amplo da legalidade, não significando a interpretação literal da lei, mas o fim desta, consagrado e harmonioso com os demais princípios constitucionais que formam o sistema jurídico nacional.

## REFERÊNCIAS

- ABRAMI, Antonino. **Storia, scienza e diritto comunitario dell'ambiente**: dalla conoscenza alla tutela degli ecosistemi. Padova: CEDAM - Casa Editrici Dott. Antonio Milani, 2001.
- AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico**: do direito nacional ao direito supranacional. São Paulo: Atlas, 2006.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVES, Eliana Calmon. **A revisão judicial dos atos administrativos de órgãos reguladores e de defesa da concorrência**. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/87>> Acesso em: 22 jul. 2008.
- ALMEIDA, Renato Franco de; COELHO, Aline Bayerl. O poder normativo das agências reguladoras. **Revista CEJ**, Brasília. n. 28, p. 100-108, jan/mar. 2005.
- AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Teoria do ato administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de (org.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1983.
- ARIZA, Santiago Sastre. **La ciência jurídica ante el neoconstitucionalismo**. In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo. Madrid: Trotta, 2003.
- ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.
- ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 4, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 21 fev. 2009.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. **Discricionariedade e controle jurisdicional.** São Paulo: Malheiros, 2000.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas.** 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. **Da falta de efetividade à judicialização efetiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2009.

\_\_\_\_\_; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, p. 25-65, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Controle das concessões de serviço público.** Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOMFIM, Thiago. **Os princípios constitucionais e sua força normativa.** Salvador: JusPodivm, 2008.

BRITO, Carlos Alberto de. **O controle de atos de concentração: formas de intervenção do Estado no domínio econômico.** 2001. 175 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas: CCJ). Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa. 2001.

BROSS, Siegfried. O sistema de controle judicial da Administração Pública e a codificação da jurisdição administrativa. **Revista CEJ**, Brasília, n. 34, p. 35-42, jul./set. 2006.

BUENO FILHO, Edgard Silveira. Agências reguladoras e concorrências e o controle jurisdicional dos atos. **Revista CEJ**, Brasília, n. 23, p. 26-30, out./dez. 2003.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. O perfil do CADE na legislação antitruste. **Revista de Direito Econômico**. Brasília, CADE, nº 24, p. 69-82, jul./dez. 1996. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 17 jun. 2008.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 7. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CASSONE, Vittorio. **Direito tributário**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CASTRO, Ramsés Maciel de. Controle jurisdicional do conselho administrativo de defesa da concorrência (CADE). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1572, 21 out. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10455>>. Acesso em: 09 jun. 2008.

CELLI JUNIOR, Umberto. **Regras da concorrência no direito internacional moderno**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CHEVALLIER, Jacques. Estado e ordem concorrencial. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, a. 5, n. 20, p. 133-151, out./dez. 2007.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, 1 v.

\_\_\_\_\_. **Para entender Kelsen**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

COMIN, Alexandre. **Um estudo sobre as relações estruturais entre fundo público, indústria e progresso técnico no capitalismo contemporâneo**. Dissertação (Mestrado em Economia). Instituto de Economia da UNICAMP. Campinas, 1991. Disponível em: <[http://www.pucsp.br/~acomina/textos/mestre\\_su.html](http://www.pucsp.br/~acomina/textos/mestre_su.html)>. Acesso em: 03 ago. 2008.

CONSIDERA, Cláudio Monteiro. A defesa da concorrência no Brasil. **Revista FAE BUSINESS**, n. 4, dez. 2002, p. 22-26. Disponível em: <[http://www.fae.edu/publicacoes/pdf/revista\\_fae\\_business/n4\\_dezembro\\_2002/economia2\\_a\\_defesa\\_da\\_concorrenca\\_no\\_brasil.pdf](http://www.fae.edu/publicacoes/pdf/revista_fae_business/n4_dezembro_2002/economia2_a_defesa_da_concorrenca_no_brasil.pdf)>. Acesso em: 17 jun. 2008.

CORAL, Benito Aláez. **Nacionalidad, ciudadanía y democracia**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

COSTA, Marcos da; MENEZES, Paulo Lucena de; MARTINS, Rogério Gandra da Silva. **Direito concorrencial: aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (orgs.). **Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica**. Curitiba: Juruá, 2006.

DALLARI, Adilson Abreu. Desvio de poder na anulação de ato administrativo. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 7, jul./set. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 28 mar. 2009.



DANTAS, Ivo. **Constituição & processo**. Curitiba: Juruá, 2005.

DEL MASSO, Fabiano. **Direito econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego**. São Paulo: LTr, 2005.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Direito processual civil**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2005, 1 v.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

\_\_\_\_\_. **Parcerias na administração pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DUARTE, Écio Otto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**. São Paulo: Landy, 2006.

DUTRA, Pedro. **Livre concorrência e regulação de mercados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. **Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados**. Coimbra: Coimbra, 2007.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

\_\_\_\_\_. **Teoria da norma jurídica**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Direito administrativo**. São Paulo: MP, 2008.

\_\_\_\_\_. Do conflito de atribuições entre as autoridades concorrenciais e os entes reguladores de mercado. **Revista virtual da AGU**, a. VII, n. 68, set. 2007. Disponível em: <[http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano\\_VII\\_setembro\\_2007/Do%20Conflito%20de%20Atribuicoes\\_LeonardoVizeu.pdf](http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_VII_setembro_2007/Do%20Conflito%20de%20Atribuicoes_LeonardoVizeu.pdf)>. Acesso em: 28 jun. 2008.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FONSECA, Antonio (org.). **Limites jurídicos da regulação e defesa da concorrência**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de proteção da concorrência**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito concorrencial e restrições verticais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. Posição dominante e seu abuso. **Revista de Direito Econômico**. Brasília, n. 26, p. 108-136, set./dez. 1997. Disponível em: < <http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 06 jun. 2008.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Lei da concorrência conforme interpretada pelo CADE**. São Paulo: Singular, 1998.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao direito da concorrência**. São Paulo: Malheiros, 1996.

FRANCISCO DE SOUSA, António. **Conceitos indeterminados no direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994.

FREIRE, Marusa Vasconcelos. A atuação do MPF junto ao CADE. **Revista de Direito Econômico**. Brasília, CADE, n. 24, p. 37-46, jul./dez. 1996. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 17 jun. 2008.

GAMA JR., Lauro. **Contratos internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GARCÍA, Angeles Mateos. **A teoria dos valores de Miguel Reale: fundamento de seu tridimensionalismo jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1999.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; TOMÁS-RAMÓN, Fernandes. **Curso de derecho administrativo I**. Madri: Civitas, 2000.

GARCÍA, Ernest. **Médio ambiente y sociedad**. Madrid: Alianza, 2004.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira; BORGES, Antônio de Moura (orgs.). **Intervenção do estado no domínio econômico**. São Paulo: LEX, 2006.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Direito, literatura e propriedade intelectual. Posner, a criptomnésia e o plágio inconsciente. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 11, n. 1529, 8 set. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10377>>. Acesso em: 26 mar. 2009.

GOMES, Carlos Jacques Vieira. **Ordem econômica constitucional e direito antitruste**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. Normas, regras e princípios: conceitos e distinções. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7527>>. Acesso em: 24 fev. 2009.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GUERRA, Evandro Martins. **Os controles externo e interno da administração pública**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GUERRA, Sergio. O Princípio da proporcionalidade na pós-Modernidade. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 21 fev. 2009.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. A questão da imposição judicial de regras ao mercado, via ações coletivas (comentários a acórdão do Supremo Tribunal Federal). **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, a. 4, n. 13, p. 201-241, jan./mar. 2006.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre a facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, 1 v.

HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

HAYEK, Friedrich August von. **The fatal conceit: the errors of socialism**. Chicago: University of Chicago Press, 2000.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. 21. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1986.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2007.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito da concorrência e direito do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 34, p. 79-87, abr./jun. 2000.

LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. **Revista da Ajuris**. Porto Alegre: AJURIS, v. 17, n. 49, p. 149-168, jul. 1990.

LUPATELLI JUNIOR, Alfredo; MARTINS, Eliane Maria Octaviano. Joint ventures e a defesa da concorrência no Brasil. **Revista de Direito Econômico**. Brasília, n. 29, p. 145-187, jan./jul. 1999, p. 153. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?d253d55aa665a783d176>>. Acesso em: 17 jun. 2008.

MAGALHÃES, José Carlos de; SAMPAIO, Onofre Carlos de Arruda. A concentração de empresas e a competência do CADE. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 35, n. 140, p. 109-121, out./dez. 1998. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/422/4/r140-11.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2008.

MAIA, Antônio Cavalcanti; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Os princípios de direito e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. In: PEIXINHO, M. M.; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, F. **Os princípios da constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MÂNICA, Fernando Borges. Princípios jurídicos e sistema do direito positivo. **Tuiuti: Ciência e Cultura**, n. 30. FCJ 04, p. 37-63, Curitiba, mai. 2002. Disponível em: <[http://www.utp.br/tuiuticienciaecultura/FCJ/FCJ% 2030/PDF/art%203.pdf](http://www.utp.br/tuiuticienciaecultura/FCJ/FCJ%2030/PDF/art%203.pdf)> Acesso em: 04 fev. 2009.

MARINHO, Josaphat. Constituição, desenvolvimento e modernidade. **Revista de Informação Legislativa**. Senado Federal, Brasília, a. 34, nº 135, p. 83-89, jul./set. 1997. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril /Pdf/pdf\\_135/r\\_135-10.pdf](http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_135/r_135-10.pdf)>. Acesso em: 26 fev. 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, 2 v.

\_\_\_\_\_. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTÍ, Juan Antonio Rivière. La política de competencia en América Latina. **Revista de Direito Econômico**. Brasília, CADE, n. 25, jan./jul. 1997. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?d253d55aa665a783 d176>>. Acesso em: 17 jun. 2008.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Lecciones de derechos fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2004.

MATIAS-PEREIRA, José. Defesa da concorrência e regulação econômica no Brasil. **Revista de Administração Mackenzie**, São Paulo, Mackenzie, a. 5, n. 1, p. 37-55, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MESQUITA JUNIOR, Sidio Rosa de. O sigilo da averiguação preliminar. **Revista de Direito Econômico**, Brasília: n. 26, p. 163-169, set./dez. 1997. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 17 jun. 2008.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito econômico**. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2007.

MONTEIRO, Carmen Diva. Sobre política antitruste no Brasil e seus aspectos críticos. **Documento de Trabalho**. Brasília: SEAE, nº 27, dez. de 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA, Egon Bockmann. Reflexões a propósito dos princípios da livre iniciativa e da função social. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, a. 4, n. 16, p. 27-42, out./dez. 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NASCIMENTO, Cynthia Araujo. A política de concorrência no Brasil e o novo paradigma regulatório. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 5, p. 155-170, jun. 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NUNES, António José de Avelãs. **Neoliberalismo & direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OLIVEIRA, Amanda Flavio de. **O direito da concorrência e o poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. Direito da concorrência no Brasil: um novo espaço de ativismo judicial? **Revista da Faculdade de Direito de Minas Gerais**, n. 46, p. 11-21, jan./jun. 2005.

OLIVEIRA FILHO, Gesner José de. Globalização e defesa da concorrência. **Revista de Direito Econômico**, Brasília, n. 25, jan./jul. 1997. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?999999b64a867a981d77c>>. Acesso em: 17 jun. 2008.

\_\_\_\_\_. **Defesa da concorrência e regulação: o caso do setor bancário**. Disponível em: <<http://www.eaesp.fgvsp.br/AppData/GVPesquisa/Rel%2049-2001.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2009.

PELLIZZONI, Luigi; OSTI, Giorgio. **Sociologia dell'ambiente**. Bologna: Società editrice il Mulino, 2003.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Controle judicial da administração pública**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PIMENTA, Marcelo Vicente de Alkmim. **Teoria da constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2005.

\_\_\_\_\_. Uma reforma fundamental para a economia. **Revista Rumos do Desenvolvimento**. a. 21, nº 133, p. 33-37, fev. 1997.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

POSSAS, Mario Luiz; FAGUNDES, Jorge; PONDÉ, João Luiz. **Política antitruste: um enfoque schumpeteriano**. Disponível em:  
<[http://www.ie.ufrj.br/grc/docs/politica\\_antitruste\\_um\\_enfoque\\_schumpeteriano.doc](http://www.ie.ufrj.br/grc/docs/politica_antitruste_um_enfoque_schumpeteriano.doc)>.  
Acesso em: 24 mar. 2009.

RAMIM, Áurea Regina Sócio de Queiroz. **As instituições brasileiras de defesa da concorrência**. Brasília: Fortium, 2005.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ROCHA, João Carlos de Carvalho et al. (org). **Lei antitruste: 10 anos de combate ao abuso de poder econômico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ROCHA, Thelma; TUREK, Vivian. **O uso do marketing personalizado como uma estratégia de diferenciação para o desenvolvimento do setor bancário. O caso brasileiro do banco Itaú Personnalité**. ESAMC, publicado em 26 mar. 2004. Disponível em:  
<[http://www.esamc.br/downloads/artigos\\_e\\_palestras/thelma\\_rocha\\_o\\_uso\\_do\\_marketing\\_personalizado.pdf](http://www.esamc.br/downloads/artigos_e_palestras/thelma_rocha_o_uso_do_marketing_personalizado.pdf)>. Acesso em: 25 mar. 2009.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? Disponível em: <[http://www.ordemlivre.org/files/Bruno\\_Salama-O\\_que\\_e\\_pesquisa\\_em\\_DE.pdf](http://www.ordemlivre.org/files/Bruno_Salama-O_que_e_pesquisa_em_DE.pdf)>. Acesso em: 24 mar. 2009.

SALDANHA, Nelson. **Ordem e hermenêutica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SALGADO, Lucia Helena. Análise da experiência antitruste brasileira. **Revista de Direito Econômico**, Brasília, CADE, n. 25, p. 69-82, jan./jul. 1997. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?d253d55aa665a783d176>>. Acesso em: 17 jun. 2008.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as condutas**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito económico**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

SAVAS, E. S. **Privatização: a chave para um governo melhor**. Rio de Janeiro: Nórdica, 1987.

SCAFF, Fernando Facury. Efeitos da coisa julgada em matéria tributária e livre concorrência. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, a. 4, n. 13, p. 141-164, jan./mar. 2006.

SCHUMPETER, Joseph A.. **Teoria do desenvolvimento econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico**. São Paulo: Abril Cultural, 1982.

SENHORAS, Elói Martins. Defesa da concorrência: políticas e perspectivas. **Revista de Gestão USP**. Caderno de Pesquisas em Administração. São Paulo, v. 10, n. 1, p. 81-106, jan./mar. 2003. Disponível em: <<http://www.ead.fea.usp.br/cad-pesq/arquivos/v10n1art7.pdf>> Acesso em: 30 jun. 2008.

SILVA, Clarissa Sampaio. **Legalidade e regulação**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

SILVA, Guilherme Amorim Campos da. **Direito ao desenvolvimento**. São Paulo: Método, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.



SILVA, Leandro Novais e. Regulação e concorrência no setor aéreo nos Estados Unidos e no Brasil: parte II: a regulação e a concorrência no setor aéreo no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte: a. 4, n. 15, p. 49-71, jul./set. 2006.

SILVA, Nanci de Melo e. **Da jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SMITH, Adam. **Riqueza das nações**. São Paulo: Hemus, 1981.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Direito, justiça e princípios constitucionais**. Salvador: JusPodivm, 2008.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. São Paulo: LTr, 1994.

STRAUSS, Leo. **Derecho natural e historia**. Barcelona: Círculo de Lectores, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Método, 2003.

TEIXEIRA, José Elaeres Marques. Nulidades e controle judicial dos atos das autoridades do antitruste. **Revista CEJ**. Brasília, n. 29, p. 126-130, abr./jun. 2005.

TEIXEIRA, Vinícius Ribeiro de Figueiredo. Agências reguladoras e concorrência. **Revista CEJ**. Brasília, n. 23, p. 34-38, out./dez. 2003.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 1 v.

TIGRE, Paulo Bastos. Inovação e teorias da firma em três paradigmas. **Revista de Economia Contemporânea**. Rio de Janeiro, n. 3, p. 67-111, jan/jun. 1998.

\_\_\_\_\_. Paradigmas tecnológicos e teorias econômicas da firma. **Revista Brasileira de Inovação**. v. 4. n. 1. p. 187-223, jan./jun. 2005. Disponível em: <[http://www.finep.gov.br/revista\\_brasileira\\_inovacao/setima\\_edicao.asp](http://www.finep.gov.br/revista_brasileira_inovacao/setima_edicao.asp)>. Acesso em: 24 mar. 2009.

TOURINHO, Rita. A discricionariedade administrativa perante os conceitos jurídicos indeterminados. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 15, jul./set. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 28 mar. 2009.

VAZ, Isabel. Os interesses do consumidor nas fusões e incorporações de empresas. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n° 35, p. 219-248, jul./set. 2000.

\_\_\_\_\_. As três vertentes do Direito da Concorrência. **Revista de Direito Econômico**, Brasília, n. 27, p. 25-34, jan./jul. 1998. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?d253d55aa665a783d176>>. Acesso em: 17 jun. 2008.

WADA, Ricardo Morishita. A defesa da concorrência e sua relação com a defesa do consumidor – algumas proposições reflexivas. **Revista de Direito Econômico**. Brasília, CADE, n° 30, p. 163-166, ago./dez. 1999. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 17 jun. 2008.

WALRAS, Leon. **Compêndio dos elementos de economia política pura**. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. **Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

## ANEXO A



# Presidência da República

## Casa Civil

### Subchefia para Assuntos Jurídicos

#### LEI Nº 8.884, DE 11 DE JUNHO DE 1994.

Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências.

#### Mensagem de veto

**O PRESIDENTE DA REPÚBLICA** Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

#### TÍTULO I

#### Das Disposições Gerais

#### CAPÍTULO I

#### Da Finalidade

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

Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei.

#### CAPÍTULO II

#### Da Territorialidade

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

§ 1º Reputa-se domiciliada no Território Nacional a empresa estrangeira que opere ou tenha no Brasil filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante. (Redação dada pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

§ 2º A empresa estrangeira será notificada e intimada de todos os atos processuais, independentemente de procuração ou de disposição contratual ou estatutária, na pessoa do responsável por sua filial, agência, sucursal, estabelecimento ou escritório instalado no Brasil. (Redação dada pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

#### TÍTULO II

#### Do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade)

#### CAPÍTULO I

#### Da Autarquia

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

#### CAPÍTULO II

#### Da Composição do Conselho

Art. 4º O Plenário do Cade é composto por um Presidente e seis Conselheiros escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta anos de idade, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal. (Redação dada pela Lei nº 9.021, de 30.3.95)

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

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

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

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

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

tramitação de processos, iniciando-se a nova contagem imediatamente após a recomposição do **quorum**. (Incluído pela Lei nº 9.470, de 10.7.97)

Art. 5º A perda de mandato do Presidente ou dos Conselheiros do Cade só poderá ocorrer em virtude de decisão do Senado Federal, por provocação do Presidente da República, ou em razão de condenação penal irrecorrível por crime doloso, ou de processo disciplinar de conformidade com o que prevê a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 e a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e por infringência de quaisquer das vedações previstas no art. 6º.

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

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

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

II - exercer profissão liberal;

III - participar, na forma de controlador, diretor, administrador, gerente, preposto ou mandatário, de sociedade civil, comercial ou de 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.

### CAPÍTULO III

#### Da Competência do Plenário do Cade

Art. 7º Compete ao Plenário do Cade:

I - zelar pela observância desta lei e seu regulamento e do Regimento Interno do Conselho;

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

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

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

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

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

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

VIII - intimar os interessados de suas decisões;

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

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

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

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

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

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

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

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

XVII - responder a consultas sobre matéria de sua competência;

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

XIX - elaborar e aprovar seu regimento interno dispendo sobre seu funcionamento, na forma das deliberações, normas de procedimento e organização de seus serviços internos, inclusive estabelecendo férias coletivas do Colegiado e do Procurador-Geral, durante o qual não correrão os prazos processuais nem aquele referido no § 6º do art. 54 desta lei. *(Redação dada pela Lei nº 9.069, de 29.6.95)*

XX - propor a estrutura do quadro de pessoal da autarquia, observado o disposto no inciso II do art. 37 da Constituição Federal;

XXI - elaborar proposta orçamentária nos termos desta lei.

XXII - indicar o substituto eventual do Procurador-Geral nos casos de faltas, afastamento ou impedimento. (Incluído pela Lei nº 9.069, de 29.6.95)

#### CAPÍTULO IV

##### Da Competência do Presidente do Cade

Art. 8º Compete ao Presidente do Cade:

I - representar legalmente a autarquia, em juízo e fora dele;

II - presidir, com direito a voto, inclusive o de qualidade, as reuniões do Plenário;

III - distribuir os processos, por sorteio, nas reuniões do Plenário;

IV - convocar as sessões e determinar a organização da respectiva pauta;

V - cumprir e fazer cumprir as decisões do Cade;

VI - determinar à Procuradoria as providências judiciais para execução das decisões e julgados da autarquia;

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

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

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

#### CAPÍTULO V

##### Da Competência dos Conselheiros do Cade

Art. 9º Compete aos Conselheiros do Cade:

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

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

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

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

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

#### CAPÍTULO VI

##### Da Procuradoria do Cade

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

I - prestar assessoria jurídica à autarquia e defendê-la em juízo;

II - promover a execução judicial das decisões e julgados da autarquia;

III - requerer, com autorização do Plenário, medidas judiciais visando à cessação de infrações da ordem econômica;

IV - promover acordos judiciais nos processos relativos a infrações contra a ordem econômica, mediante autorização do Plenário do Cade, e ouvido o representante do Ministério Público Federal;

V - emitir parecer nos processos de competência do Cade;

VI - zelar pelo cumprimento desta lei;

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

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

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

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

§ 3º Nos casos de faltas, afastamento temporário ou impedimento do Procurador-Geral, o Plenário indicará e o Presidente do Cade nomeará o substituto eventual, para atuar por prazo não superior a 90 (noventa) dias, dispensada a aprovação pelo Senado Federal, fazendo ele jus à remuneração do cargo enquanto durar a substituição. (Redação dada pela Lei nº 9.069, de 29.6.95)

#### TÍTULO III

##### Do Ministério Público Federal Perante o Cade

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

Parágrafo único. O Cade poderá requerer ao Ministério Público Federal que promova a execução de seus julgados ou do compromisso de cessação, bem como a adoção de medidas judiciais, no exercício da atribuição estabelecida pela alínea b do inciso XIV do art. 6º da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993.

## TÍTULO IV

### Da Secretaria de Direito Econômico

Art. 13. A Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE), com a estrutura que lhe confere a lei, será dirigida por um Secretário, indicado pelo Ministro de Estado de Justiça, dentre brasileiros de notório saber jurídico ou econômico e ilibada reputação, nomeado pelo Presidente da República.

Art. 14. Compete à SDE:

- I - zelar pelo cumprimento desta lei, monitorando e acompanhando as práticas de mercado;
- II - acompanhar, permanentemente, as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas que detiverem posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços, para prevenir infrações da ordem econômica, podendo, para tanto, requisitar as informações e documentos necessários, mantendo o sigilo legal, quando for o caso;
- III - proceder, em face de indícios de infração da ordem econômica, a averiguações preliminares para instauração de processo administrativo;
- IV - decidir pela insubsistência dos indícios, arquivando os autos das averiguações preliminares;
- V - requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções;
- VI - instaurar processo administrativo para apuração e repressão de infrações da ordem econômica;
- VII - recorrer de ofício ao Cade, quando decidir pelo arquivamento das averiguações preliminares ou do processo administrativo;
- VIII - remeter ao Cade, para julgamento, os processos que instaurar, quando entender configurada infração da ordem econômica;
- IX - celebrar, nas condições que estabelecer, compromisso de cessação, submetendo-o ao Cade, e fiscalizar o seu cumprimento;
- X - sugerir ao Cade condições para a celebração de compromisso de desempenho, e fiscalizar o seu cumprimento;
- XI - adotar medidas preventivas que conduzam à cessação de prática que constitua infração da ordem econômica, fixando prazo para seu cumprimento e o valor da multa diária a ser aplicada, no caso de descumprimento;
- XII - receber e instruir os processos a serem julgados pelo Cade, inclusive consultas, e fiscalizar o cumprimento das decisões do Cade;
- XIII - orientar os órgãos da administração pública quanto à adoção de medidas necessárias ao cumprimento desta lei;
- XIV - desenvolver estudos e pesquisas objetivando orientar a política de prevenção de infrações da ordem econômica;
- XV - instruir o público sobre as diversas formas de infração da ordem econômica, e os modos de sua prevenção e repressão;
- XVI - exercer outras atribuições previstas em lei.

## TÍTULO V

### Das Infrações da Ordem Econômica

#### CAPÍTULO I

##### Das Disposições Gerais

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

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

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

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

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

## CAPÍTULO II Das Infrações

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

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

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

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

§ 3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia. (Redação dada pela Lei nº 9.069, de 29.6.95)

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

- I - fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços;
- II - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;
- III - dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários;
- IV - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;
- V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;
- VI - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;
- VII - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;
- VIII - combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa;
- IX - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;
- X - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;
- XI - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes, preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;
- XII - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;
- XIII - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;
- XIV - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;
- XV - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;
- XVI - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;
- XVII - abandonar, fazer abandonar ou destruir lavouras ou plantações, sem justa causa comprovada;
- XVIII - vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo;
- XIX - importar quaisquer bens abaixo do custo no país exportador, que não seja signatário dos códigos Antidumping e de subsídios do Gatt;
- XX - interromper ou reduzir em grande escala a produção, sem justa causa comprovada;
- XXI - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 22. (Vetado).

Parágrafo único. (Vetado).

### CAPÍTULO III

#### Das Penas

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

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

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

III - No caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será de 6.000 (seis mil) a 6.000.000 (seis milhões) de Unidades Fiscais de Referência (Ufir), ou padrão superveniente. (Incluído pela Lei nº 9.069, de 29.6.95)

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

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

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

II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, junto à Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal, bem como entidades da administração indireta, por prazo não inferior a cinco anos;

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

IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:

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

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

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

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

Art. 26. A recusa, omissão, enganosidade, ou retardamento injustificado de informação ou documentos solicitados pelo Cade, SDE, Seae, ou qualquer entidade pública atuando na aplicação desta lei, 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. (Redação dada pela Lei nº 9.021, de 30.3.95)



§ 1º O montante fixado para a multa diária de que trata o caput deste artigo constará do documento que contiver a requisição da autoridade competente. (Parágrafo incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

§ 2º A multa prevista neste artigo será computada diariamente até o limite de noventa dias contados a partir da data fixada no documento a que se refere o parágrafo anterior. (Redação dada pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

§ 3º Compete à autoridade requisitante a aplicação da multa prevista no caput deste artigo. (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

§ 4º Responde solidariamente pelo pagamento da multa de que trata este artigo, a filial, sucursal, escritório ou estabelecimento, no País, de empresa estrangeira. (Redação dada pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

§ 5º A falta injustificada do representado ou de terceiros, quando intimados para prestar esclarecimentos orais, no curso de procedimento, de averiguações preliminares ou de processo administrativo, sujeitará o faltante à multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) a R\$ 10.700,00 (dez mil e setecentos reais), conforme sua situação econômica, que será aplicada mediante auto de infração pela autoridade requisitante. (Redação dada pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

Art. 26-A. Impedir, obstruir ou de qualquer outra forma dificultar a realização de inspeção autorizada pela SDE ou SEAE no âmbito de averiguação preliminar, procedimento ou processo administrativo sujeitará o inspecionado ao pagamento de multa de R\$ 21.200,00 (vinte e um mil e duzentos reais) a R\$ 425.700,00 (quatrocentos e vinte e cinco mil e setecentos reais), conforme a situação econômica do infrator, mediante a lavratura de auto de infração pela Secretaria competente. (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

Art. 27. Na aplicação das penas estabelecidas nesta lei serão levados em consideração:

- I - a gravidade da infração;
- II - a boa-fé do infrator;
- III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;
- IV - a consumação ou não da infração;
- V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros;
- VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado;
- VII - a situação econômica do infrator;
- VIII - a reincidência.

#### CAPÍTULO IV

##### Da Prescrição

Art. 28. Prescrevem em cinco anos as infrações da ordem econômica, contados da data da prática do ilícito ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado. (Artigo revogado pela Lei nº 9.873, de 23.11.99)

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

§ 2º Suspende-se a prescrição durante a vigência do compromisso de cessação ou de desempenho.

#### CAPÍTULO V

##### Do Direito de Ação

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

#### TÍTULO VI

##### Do Processo Administrativo

#### CAPÍTULO I

##### Das Averiguações Preliminares

Art. 30. A SDE promoverá averiguações preliminares, de ofício ou à vista de representação escrita e fundamentada de qualquer interessado, quando os indícios de infração à ordem econômica não forem suficientes para a instauração de processo administrativo. (Redação dada Pela Lei 10.149, de 21.12.2000)

§ 1º Nas averiguações preliminares, o Secretário da SDE poderá adotar quaisquer das providências previstas nos arts. 35, 35-A e 35-B, inclusive requerer esclarecimentos do representado ou de terceiros, por escrito ou pessoalmente. (Redação dada Pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

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

§ 3º As averiguações preliminares poderão correr sob sigilo, no interesse das investigações, a critério do Secretário da SDE. (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

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

## CAPÍTULO II

### Da Instauração e Instrução do Processo Administrativo

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

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

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

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

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

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

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

Art. 35. Decorrido o prazo de apresentação da defesa, a SDE determinará a realização de diligências e a produção de provas de interesse da Secretaria, a serem apresentadas no prazo de quinze dias, sendo-lhe facultado exercer os poderes de instrução previstos nesta Lei, mantendo-se o sigilo legal quando for o caso. (Redação dada pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

§ 1º As diligências e provas determinadas pelo Secretário da SDE, inclusive inquirição de testemunhas, serão concluídas no prazo de quarenta e cinco dias, prorrogável por igual período em caso de justificada necessidade. (Redação dada pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

§ 2º Respeitado o objeto de averiguação preliminar, de procedimento ou de processo administrativo, compete ao Secretário da SDE autorizar, mediante despacho fundamentado, a realização de inspeção na sede social, estabelecimento, escritório, filial ou sucursal de empresa investigada, notificando-se a inspecionada com pelo menos vinte e quatro horas de antecedência, não podendo a diligência ter início antes das seis ou após às dezoito horas. (Redação dada pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

§ 3º Na hipótese do parágrafo anterior, poderão ser inspecionados estoques, objetos, papéis de qualquer natureza, assim como livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos, podendo-se extrair ou requisitar cópias de quaisquer documentos ou dados eletrônicos. (Redação dada pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

Art. 35-A. A Advocacia-Geral da União, por solicitação da SDE, poderá requerer ao Poder Judiciário mandado de busca e apreensão de objetos, papéis de qualquer natureza, assim como de livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos de empresa ou pessoa física, no interesse da instrução do procedimento, das averiguações preliminares ou do processo administrativo, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 839 e seguintes do Código de Processo Civil, sendo inexigível a propositura de ação principal. (Artigo incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

§ 1º No curso de procedimento administrativo destinado a instruir representação a ser encaminhada à SDE, poderá a SEAE exercer, no que couber, as competências previstas no *caput* deste artigo e no art. 35 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

§ 2º O procedimento administrativo de que trata o parágrafo anterior poderá correr sob sigilo, no interesse das investigações, a critério da SEAE. (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

Art. 35-B. A União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

I - a identificação dos demais co-autores da infração; e (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação. (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

§ 1º O disposto neste artigo não se aplica às empresas ou pessoas físicas que tenham estado à frente da conduta tida como infracionária. (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

§ 2º O acordo de que trata o *caput* deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

I - a empresa ou pessoa física seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação; (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

II - a empresa ou pessoa física cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo; (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

III - a SDE não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física quando da propositura do acordo; e (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

IV - a empresa ou pessoa física confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento. (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

§ 3º O acordo de leniência firmado com a União, por intermédio da SDE, estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo. (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

§ 4º A celebração de acordo de leniência não se sujeita à aprovação do CADE, competindo-lhe, no entanto, quando do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo: (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

I - decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à SDE sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

II - nas demais hipóteses, reduzir de um a dois terços as penas aplicáveis, observado o disposto no art. 27 desta Lei, devendo ainda considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência. (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

§ 5º Na hipótese do inciso II do parágrafo anterior, a pena sobre a qual incidirá o fator redutor não será superior à menor das penas aplicadas aos demais co-autores da infração, relativamente aos percentuais fixados para a aplicação das multas de que trata o art. 23 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

§ 6º Serão estendidos os efeitos do acordo de leniência aos dirigentes e administradores da empresa habilitada, envolvidos na infração, desde que firmem o respectivo instrumento em conjunto com a empresa, respeitadas as condições impostas nos incisos II a IV do § 2º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

§ 7º A empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de investigação ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de que trata este artigo, poderá celebrar com a SDE, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual não tenha qualquer conhecimento prévio a Secretaria. (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

§ 8º Na hipótese do parágrafo anterior, o infrator se beneficiará da redução de um terço da pena que lhe for aplicável naquele processo, sem prejuízo da obtenção dos benefícios de que trata o inciso I do § 4º deste artigo em relação à nova infração denunciada. (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

§ 9º Considera-se sigilosa a proposta de acordo de que trata este artigo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo. (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

§ 10. Não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, a proposta de acordo de leniência rejeitada pelo Secretário da SDE, da qual não se fará qualquer divulgação. (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

§ 11. A aplicação do disposto neste artigo observará a regulamentação a ser editada pelo Ministro de Estado da Justiça. (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

Art. 35-C. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de novembro de 1990, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia. (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o *caput* deste artigo. (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

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

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

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

Art. 38. A Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda será informada por ofício da instauração do processo administrativo para, querendo, emitir parecer sobre as matérias de sua especialização, o qual deverá ser apresentado antes do encerramento da instrução processual. (Redação dada pela Lei nº 9.021, de 30.3.95)

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

Art. 40. As averiguações preliminares e o processo administrativo devem ser conduzidos e concluídos com a maior brevidade compatível com o esclarecimento dos fatos, nisso se esmerando o Secretário da SDE, e os membros do Cade, assim como os servidores e funcionários desses órgãos, sob pena de promoção da respectiva responsabilidade.

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

### CAPÍTULO III

#### Do Julgamento do Processo Administrativo pelo Cade

Art. 42. Recebido o processo, o Presidente do Cade o distribuirá, mediante sorteio, ao Conselheiro-Relator, que abrirá vistas à Procuradoria para manifestar-se no prazo de vinte dias. (Redação dada pela Lei nº 9.069, de 29.6.95)

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

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

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

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

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

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

III - multa estipulada;

IV - multa diária em caso de continuidade da infração.

Parágrafo único. A decisão do Cade será publicada dentro de cinco dias no Diário Oficial da União.

Art. 47. O Cade fiscalizará o cumprimento de suas decisões. (Redação dada pela Lei nº 9.069, de 29.6.95)

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

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

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

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

### CAPÍTULO IV

#### Da Medida Preventiva e da Ordem de Cessação

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

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

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

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

## CAPÍTULO V

### Do Compromisso de Cessaçã

Art. 53. Em qualquer das espécies de processo administrativo, o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, entender que atende aos interesses protegidos por lei. (Redação dada pela Lei nº 11.482, de 2007)

§ 1º Do termo de compromisso deverão constar os seguintes elementos: (Redação dada pela Lei nº 11.482, de 2007)

I - a especificação das obrigações do representado para fazer cessar a prática investigada ou seus efeitos lesivos, bem como obrigações que julgar cabíveis; (Incluído pela Lei nº 11.482, de 2007)

II - a fixação do valor da multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas; (Incluído pela Lei nº 11.482, de 2007)

III - a fixação do valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos quando cabível. (Incluído pela Lei nº 11.482, de 2007)

§ 2º Tratando-se da investigação da prática de infração relacionada ou decorrente das condutas previstas nos incisos I, II, III ou VIII do caput do art. 21 desta Lei, entre as obrigações a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo figurará, necessariamente, a obrigação de recolher ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos um valor pecuniário que não poderá ser inferior ao mínimo previsto no art. 23 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.482, de 2007)

§ 3º A celebração do termo de compromisso poderá ser proposta até o início da sessão de julgamento do processo administrativo relativo à prática investigada. (Redação dada pela Lei nº 11.482, de 2007)

§ 4º O termo de compromisso constitui título exclusivo extrajudicial. (Redação dada pela Lei nº 11.482, de 2007)

§ 5º O processo administrativo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso e será arquivado ao término do prazo fixado se atendidas todas as condições estabelecidas no termo. (Redação dada pela Lei nº 11.482, de 2007)

§ 6º A suspensão do processo administrativo a que se refere o § 5º deste artigo dar-se-á somente em relação ao representado que firmou o compromisso, seguindo o processo seu curso regular para os demais representados. (Incluído pela Lei nº 11.482, de 2007)

§ 7º Declarado o descumprimento do compromisso, o Cade aplicará as sanções nele previstas e determinará o prosseguimento do processo administrativo e as demais medidas administrativas e judiciais cabíveis para sua execução. (Incluído pela Lei nº 11.482, de 2007)

§ 8º As condições do termo de compromisso poderão ser alteradas pelo Cade se comprovar sua excessiva onerosidade para o representado, desde que a alteração não acarrete prejuízo para terceiros ou para a coletividade. (Incluído pela Lei nº 11.482, de 2007)

§ 9º O Cade definirá, em resolução, normas complementares sobre cabimento, tempo e modo da celebração do termo de compromisso de cessação. (Incluído pela Lei nº 11.482, de 2007)

## TÍTULO VII

### Das Formas de Controle

#### CAPÍTULO I

##### Do Controle de Atos e Contratos

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

§ 1º O Cade poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições:

I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

- a) aumentar a produtividade;
- b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou
- c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

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

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

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

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

~~§ 3º Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em 20% (vinte por cento) de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000 (quatrocentos milhões de reais). (Redação dada pela MPV 1.620-34, de 12/02/98)~~

§ 3º Incluem-se nos atos de que trata o *caput* aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais). (Redação dada pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

§ 4º Os atos de que trata o caput deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao Cade e outra à Seae. (Redação dada pela Lei nº 9.021, de 30.3.95)

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

§ 6º Após receber o parecer técnico da Seae, que será emitido em até trinta dias, a SDE manifestar-se-á em igual prazo, e em seguida encaminhará o processo devidamente instruído ao Plenário do Cade, que deliberará no prazo de sessenta dias. (Redação dada pela Lei nº 9.021, de 30.3.95)

§ 7º A eficácia dos atos de que trata este artigo condiciona-se à sua aprovação, caso em que retroagirá à data de sua realização; não tendo sido apreciados pelo Cade no prazo estabelecido no parágrafo anterior, serão automaticamente considerados aprovados. (Redação dada pela Lei nº 9.021, de 30.3.95)

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

§ 9º Se os atos especificados neste artigo não forem realizados sob condição suspensiva ou deles já tiverem decorrido efeitos perante terceiros, inclusive de natureza fiscal, o Plenário do Cade, se concluir pela sua não aprovação, determinará as providências cabíveis no sentido de que sejam desconstituídos, total ou parcialmente, seja através de distrato, cisão desociedade, venda de ativos, cessação 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 eventualmente causados a terceiros.

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

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

Art. 56. As Juntas Comerciais ou órgãos correspondentes nos Estados não poderão arquivar quaisquer atos relativos à constituição, transformação, fusão, incorporação ou agrupamento de empresas, bem como quaisquer alterações, nos respectivos atos constitutivos, sem que dos mesmos conste:

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

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

## CAPÍTULO II

### Do Compromisso de Desempenho

Art. 58. O Plenário do Cade definirá compromissos de desempenho para os interessados que submetam atos a exame na forma do art. 54, de modo a assegurar o cumprimento das condições estabelecidas no § 1º do referido artigo. (Vide Lei nº 9.873, de 23.11.99)

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

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

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

## CAPÍTULO III

### Da Consulta

Art. 59. (Redação dada pela Lei nº 9.069, de 29.6.95)

## TÍTULO VIII

### Da Execução Judicial das Decisões do Cade

## CAPÍTULO I

### Do Processo

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

Art. 61. A execução que tenha por objeto exclusivamente a cobrança de multa pecuniárias será feita de acordo com o disposto na Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980.

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

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

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

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

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

Art. 65. O oferecimento de embargos ou o ajuizamento de qualquer outra ação que vise a desconstituição do título executivo não suspenderá a execução, se não for garantido o juízo no valor das multas aplicadas, assim como de prestação de caução, a ser fixada pelo juízo, que garanta o cumprimento da decisão final proferida nos autos, inclusive no que tange a multas diárias.

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

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

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

## CAPÍTULO II

### Da Intervenção Judicial

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

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

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

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

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

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

§ 1º Aplica-se ao interventor, no que couber, o disposto nos arts. 153 a 159 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

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

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

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

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

Art. 75. Compete ao interventor:

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

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

III - apresentar ao Juiz relatório mensal de suas atividades.

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

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

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

## TÍTULO IX

### Das Disposições Finais e Transitórias

Art. 79. (Vetado).

Parágrafo único. (Vetado).

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

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

§ 1º Enquanto o Cade não contar com quadro próprio de pessoal, as cessões temporárias de servidores para a Autarquia serão feitas independentemente de cargos ou funções comissionados, e sem prejuízo dos vencimentos e demais vantagens asseguradas aos que se encontram na origem, inclusive para representar judicialmente a Autarquia.

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

Art. 81-A. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE poderá efetuar, nos termos do art. 37, inciso IX, da Constituição Federal, e observado o disposto na Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993, contratação por tempo determinado, pelo prazo de 12 (doze) meses, do pessoal técnico imprescindível ao exercício de suas competências institucionais, limitando-se ao número de



30 (trinta). (Incluído pela Lei nº 10.843, de 2004) ~~(Vide Medida Provisória nº 269, de 2005)~~ ~~(Vide Lei nº 11.292, de 2006)~~

Parágrafo único. A contratação referida no **caput** poderá ser prorrogada, desde que sua duração total não ultrapasse o prazo de 24 (vinte e quatro) meses, ficando limitada sua vigência, em qualquer caso, a 31 de dezembro de 2005, e dar-se-á mediante processo seletivo simplificado, compreendendo, obrigatoriamente, prova escrita e, facultativamente, análise de **currículum vitae**, sem prejuízo de outras modalidades que, a critério do CADE, venham a ser exigidas. (Incluído pela Lei nº 10.843, de 2004)

Art. 82. (Vetado).

Art. 83. Aplicam-se subsidiariamente aos processos administrativo e judicial previstos nesta lei as disposições do Código de Processo Civil e das Leis nº 7.347, de 24 de julho de 1985 e nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Art. 84. O valor das multas previstas nesta lei será convertido em moeda corrente na data do efetivo pagamento e recolhido ao Fundo de que trata a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

Art. 85. O inciso VII do art. 4º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 4º .....

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

....."

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

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

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

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

.....

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

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

Art. 88. O art. 1º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, passa a vigorar com a seguinte redação e a inclusão de novo inciso:

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

.....

V - por infração da ordem econômica."

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

"Art.5º .....

.....

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

....."

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

Art. 90. Ficam interrompidos os prazos relativos aos processos de consulta formulados com base no art. 74 da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, com a redação dada pelo art. 13 da Lei nº 8.158, de 8 de janeiro de 1991, aplicando-se aos mesmos o disposto no Título VII, Capítulo I, desta lei.

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

Art. 92. Revogam-se as disposições em contrário, assim como as Leis nºs 4.137, de 10 de setembro de 1962, 8.158, de 8 de janeiro de 1991, e 8.002, de 14 de março de 1990, mantido o disposto no art. 36 da Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994.

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

Brasília, 11 de junho de 1994; 173º da Independência e 106º da República.

ITAMAR FRANCO

*Alexandre de Paula Dupeyrat Martins*



*órgão da União, somente a Justiça Federal está constitucionalmente habilitada a proferir sentença que vincule tal órgão, ainda que seja sentença negando a sua legitimação ativa. E enquanto a União figurar no pólo passivo, ainda que seja do seu interesse ver-se excluída, a causa é da competência da Justiça Federal, a quem cabe, se for o caso, decidir a respeito do interesse da demandada (súmula 150/STJ)."* (CC 40. 534, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 17/05/2004)

6. Ademais, o *amicus curiae* opina em favor de uma das partes, o que o torna um singular assistente, porque de seu parecer exsurge o êxito de uma das partes, por isso a lei o cognomina de assistente. É assistente *secundum eventum litis*.

7. Recurso especial desprovido.

### ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki, a Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça decide, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki (voto-vista), Denise Arruda e Francisco Falcão (RISTJ, art. 162, § 2º, segunda parte) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Delgado.  
Brasília, 06 de dezembro de 2005.

MINISTRO LUIZ FUX  
Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 737.073 - RS (2005/0049471-2)

**RELATÓRIO**

**O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator):** ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS TRANSPORTADORAS DE VEÍCULOS - ANTV insurge-se, via Recurso Especial, com arrimo nas alíneas "a" e "c", do permissivo constitucional, contra acórdão proferido em agravo regimental pelo Eg. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, cuja ementa merece transcrição:

*"PROCESSUAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ORDEM ECONÔMICA. PROCEDIMENTOS LIMITADORES. ATIVIDADE ECONÔMICA. LIBERDADE. FIXAÇÃO DE PERCENTUAIS. MULTA.*

*Afasta-se a preliminar de incompetência da Justiça Federal, sem prejuízo de ulterior exame da questão quando da prolação da decisão final (art. 267, par. 3º, CPC).*

*Necessidade de prestigiar a liberdade de concorrência, a liberdade de fixação de preços em face dos custos que cada prestador de serviços de transporte efetivamente tem.*

*A atividade econômica - fundada na valorização do trabalho humano e nas livres iniciativa e concorrência - deve ser pautada no sentido de assegurar a todos uma existência digna e justa, a teor da CF/88, art. 170.*

*Fortes indícios de abuso de poder econômico por uso de práticas de fixação de preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços de transporte de veículos novos, saídos das montadoras ou originados de importação por montadoras. Identificadas limitações e empecilhos de acesso de novas empresas no mercado "cegonheiro". Inadmissível que o bem e os serviços ingressem no mercado de consumo de forma tabelada, com preços pré-fixados, sem liberdade de escolha de rota/trecho/trajeto de transporte.*

*Pertinente a fixação de percentuais progressivos, até por questão de eficiência do controle e fiscalização quanto à implementação da decisão judicial guerreada. O mesmo se o diga quanto a fixação da pena pecuniária que deve guardar correlação entre a possibilidade econômica do Devedor e o risco de dano que pretende coibir, no caso os hipossuficientes/consumidores. (fl. 436/437)*

Extrai-se do voto condutor do acórdão:

" Merece melhor exame a alegação de incompetência da Justiça Federal sob a alegação de que a intervenção do CADE figuraria meramente como *amicus curiae* (amigo da corte), conforme disposto no art. 5º, da Lei n. 9.469/97, em outras palavras não teria interesse no deslinde da demanda. Inobstante o brilho e erudição dos ilustrados procuradores judiciais da Agravante, sem desluzo, por óbvio, à sua invejável cultura jurídica, senão vejamos:

Muito embora a questão tivesse sido examinada an passant nos agravos inicialmente mencionados, tenho que é de se manter o afastamento de tal preliminar, ao menos nesta estreita quadra recursal, sem prejuízo, pois, de ulterior exame da questão quando da prolação da decisão final (art. 267, par. 3º, CPC), o que faço amparado em dois aspectos básicos: o primeiro deles o que ao menos em tese vislumbro pertinência na permanência da referida autarquia federal na lide, na condição de assistente (art. 89, da Lei n. 8.884/94), na forma como aduzido na decisão profligada, ao assentar: "...Conforme já decidido anteriormente nos autos, o enquadramento da intervenção nos institutos processuais que a contemplam, não depende da vontade do interveniente, mas da existência de interesse jurídico ou de interesse meramente econômico. Cabe à parte, querendo, intervir, e assim fez e faz o CADE, sendo, porém, atribuição do juiz, definir, segundo a espécie de interesse que determina o ingresso do ente, em qual dos institutos conforma-se a intervenção. E não há dúvida que o CADE detém interesse jurídico, dadas as suas funções institucionais e a própria existência de processo na via administrativa, acerca dos fatos narrados à inicial. Em havendo interesse jurídico, evidentemente que a intervenção se amolda ao instituto da assistência..." .

Ademais colhe-se dos autos que tanto a União Federal como o CADE, interviram nos autos juntando documentos comprovando a aplicação de medidas preventivas (fl. 910/51, dos autos originários). Não fora isso, de se aduzir, derradeiramente, o fundamento de que tal autarquia pública federal detém legitimidade para promover a execução de suas decisões, às quais serão aforadas perante a Justiça Federal (art. 64, Lei n. 8.884/94), idem quanto a possibilidade de intervenção judicial (art. 77)

Não fora isso, um segundo aspecto me leva a confirmar a competência da Justiça Federal para o processamento e julgamento do feito. Ocorre que encontramos no polo ativo da ação civil pública, o Ministério Público Federal, o qual atua como parte, na forma como dispõe os artigos 129, inciso III, c/c 170, IV e V, ambas da Carta Magna, conjugado com o artigo 60, incs. VII, alínea "c" (proteção ao consumidor) e XIV, alínea "b" (ordem econômica e financeira) da Lei Complementar 75/93, e ainda, finalmente, como disposto

*nos artigos 12 e parágrafo único, e 88 (que deu nova redação ao art. 1o, da Lei da A.C.P. (7.347/85), inserindo o inciso V), ambos da Lei n. 8.884/94."*

Opostos embargos de declaração pela ANTV, apontou omissão do acórdão nas seguintes matérias:

- a) o inquérito civil realizado pelo MPF, que fundamentou a decisão que concedeu tutela antecipada, foi realizado sem o contraditório e a ampla defesa;
- b) a proibição estabelecida na lei 7.347/85, no sentido da impossibilidade de cumulação de pedidos de natureza indenizatória e obrigações de fazer/não fazer em sede de ação civil pública;
- c) a limitação constitucional no sentido de que indenizações por dano moral não é devida à coletividade, mas somente às pessoas físicas ou jurídicas;
- d) a demanda em tela implica em *bis in idem* com relação a procedimento administrativo em curso perante a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça;

A ANTV aduziu, ainda, que o acórdão incidu em diversos erros materiais, são eles:

- Não há nos autos, ao contrário do afirmado no acórdão, documentos onde o CADE e/ou União tenham demonstrado que aplicaram "medidas preventivas";

- O acórdão afirmou que a competência é da Justiça Federal em razão de "*tal autarquia federal (o CADE) detém legitimidade para promover a execução de suas decisões as quais serão aforadas perante a Justiça Federal*", muito embora não haja decisão do CADE a ser executada;

- O v. acórdão alega que há nos autos embargos de declaração propostos pela ANTV acerca da primeira decisão da MM. Juíza *a quo* acerca da questão da competência. Entretanto, trata-se de uma outra afirmação equivocada do *decisum*, porquanto não há embargos de declaração apresentados nos autos de primeira instância em relação ao tema.

O embargos foram parcialmente acolhidos, tão-somente para efeitos de esclarecimento do alegado "erro material".

**"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CABIMENTO. EFEITOS INFRINGENTES.**

*A lei processual define com clareza as hipóteses de cabimento dos embargos declaratórios, pelo que, não ocorrente pelo menos uma delas, devem os mesmos ser rejeitados.*

*tampouco tendo amparo jurídico o interposto com o fim de auferir caráter infringente.*

*Embargos acolhidos parcialmente tão-só para efeitos de esclarecimento do alegado 'erro material'. "*

Na presente Medida Cautelar, alega a requerente como *fumus bonis juris*, que a competência para julgar a ação civil pública é da Justiça Estadual no casos envolvendo a apuração de suposta infração à ordem econômica. Sustenta não haver interesse federal, porquanto o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE declarou não ter interesse no caso tendo em vista a sua condição de *amicus curiae* e não de assistente na lide.

Como *periculum in mora*, sustenta que a publicação da decisão do Eg. TRF da 4ª Região, em 26.01.2005, estabelecendo percentuais para a "abertura" de mercado aos demais "cegonheiros", impõe a ruptura de contratos em plena vigência da co-ré GMB com as transportadoras associadas, situação que não poderá ser revertida.

No presente recurso especial, aduz a ANTV violação aos seguintes dispositivos legais:

a) **art. 301, II, do CPC**, porquanto a Justiça Federal é incompetente para o julgamento da causa;

Assevera, ainda, que a competência é da Justiça Federal somente nos casos em que a União, as autarquia e as empresas públicas federais figurarem nos autos na qualidade de autoras, rés, assistentes o oponentes.

b) **art. 50, do CPC** - posto que o acórdão elevou o CADE à qualidade de assistente a despeito de expressa manifestação afirmando não deter interesse jurídico na demanda;

c) **art. 535, do CPC**, tendo em vista o acórdão persistir nas omissões apontadas nos embargos de declaração;

d) **art. 5º, parágrafo único, da lei 9.469/97**, posto que admite participação da União Federal em causas somente quando partes, ou quando existir interesse econômico por parte das pessoas jurídicas de direito público;

e) **art. 89, da lei 8.884/94**, uma vez que o texto legal reserva ao livre arbítrio do CADE decidir em que causas intervirá como assistente judicial;

Com base na divergência jurisprudencial, a ANTV colaciona acórdãos do STJ no sentido de que processos envolvendo a apuração de violações à ordem econômica devem ser

julgados pela Justiça Estadual.

Às fls. 511/524, consta o Recurso Extraordinário dirigido ao Eg. STF.

Contra-razões oferecidas pelo Ministério Público Federal às fls. 537/551, pugnando pelo não-conhecimento do recurso especial interposto com base na divergência, porquanto a recorrente limitou-se a transcrever as ementas, deixando de proceder ao indispensável cotejo analítico.

No mérito, alega a impossibilidade de violação dos arts. 50, do CPC e 5º, da lei 9.469/97, tendo em vista que a intervenção das pessoas jurídicas de direito público prevista na norma retro referida se dá na qualidade de assistente, apenas como diferencial de dispensar-se a demonstração do interesse jurídico de que trata o art. 50 do CPC. Argumenta, ainda, que à fl. 375 dos autos, a própria União e o CADE requereram a intervenção no feito na qualidade de assistente do Ministério Público Federal.

Contra-razões oferecidas pela União às fls. 561/565, pugnando pelo desprovemento do apelo especial. Afirma que realmente interveio no feito como assistente do Ministério Público.

É o relatório.



RECURSO ESPECIAL Nº 737.073 - RS (2005/0049471-2)

EMENTA

**RECURSO ESPECIAL. ANTV. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERVENÇÃO DO CADE COMO *AMICUS CURIAE*. INTERVENÇÃO DA UNIÃO COMO ASSISTENTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.**

1. Recurso especial interposto contra acórdão proferido em sede de agravo de instrumento que desafiou decisão saneadora, *verbis*: "*A competência deste juízo já foi firmada, oportunamente, com a intervenção do CADE na lide, autarquia federal, cuja presença, nos termos do arts. 109, I, da CF, atrai a competência da Justiça Federal.*"

2. É assente na Corte que inexistente ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

3. A regra inscrita no art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 9.469/97 e art. 89 da Lei 8.884/94 contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* em nosso Direito. Deveras, por força de lei, a intervenção do CADE em causas em que se discute a prevenção e a repressão à ordem econômica, é de assistência.

4. *In casu*, a própria União confirmou sua atuação como assistente do Ministério Público Federal (fls. 561/565 e fl. 375), o que, à luz do art. 109, I, da Constituição Federal, torna inarredável a competência da Justiça Federal.

5. Por derradeiro, atuando o Ministério Público Federal no pólo ativo da Ação Civil Pública, inequívoca é a competência da Justiça Federal, consoante o entendimento deste Eg. STJ, *verbis*:

*"Em ação proposta pelo Ministério Público Federal, órgão da União, somente a Justiça Federal está constitucionalmente habilitada a proferir sentença que vincule tal órgão, ainda que seja sentença negando a sua legitimação ativa. E enquanto a União figurar no pólo passivo, ainda que seja do seu interesse ver-se excluída, a causa é da competência da Justiça Federal, a quem cabe, se for o caso, decidir a respeito do interesse da demandada (súmula 150/STJ)." (CC 40. 534, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 17/05/2004)*

6. Ademais, o *amicus curiae* opina em favor de uma das partes, o que o torna um singular assistente, porque de seu parecer exsurge o êxito de uma das partes, por isso a lei o cognomina de assistente. É assistente *secundum eventum litis*.

7. Recurso especial desprovido.

VOTO

**O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator):** Preliminarmente, conheço do recurso pelas alíneas "a" e "c", uma vez que prequestionada a matéria federal suscitada, bem como a divergência restou devidamente demonstrada nos moldes exigidos pelo art. 255 do RISTJ.

O presente recurso especial foi interposto contra acórdão proferido em sede de agravo de instrumento (este último interposto contra decisão saneadora, que assim dispôs: "*A competência deste juízo já foi firmada, oportunamente, com a intervenção do CADE na lide, autarquia federal, cuja presença, nos termos do arts. 109, I, da CF, atrai a competência da Justiça Federal.*")

Com efeito, a mencionada violação do art. 535 do CPC não restou configurada, uma vez que o Tribunal de origem pronunciou-se de forma clara e suficiente sobre todas as questões postas nos autos.

Saliente-se, ademais, como cediço, que o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão, como de fato ocorreu na hipótese dos autos. (REsp 602.615, Rel. Min. José Delgado, DJ 14/06/2004; REsp 602.998, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 28/04/2004; Resp 498.393, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 26/04/2004).

Deveras, no que pertine à alegada incompetência da Justiça Federal para julgamento do feito, sustenta a requerente que o acórdão violou o art. 301, II, do CPC e art. 5º, parágrafo único da lei 9.469/97, que trata da figura do *amicus curiae*.

Como cediço, a regra inscrita no art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 9.469/97 - contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* em nosso Direito. Trata-se de instituto do Direito norte-americano: "*o amicus curiae é voluntário participe na construção de assentamentos judiciais para o ideal de pretendida 'sociedade justa', sem confundir-se com as hipóteses comuns de intervenção. (...) conclui-se que o amicus curiae como terceiro especial ou de natureza excepcional, pode ser admitido no processo civil brasileiro para partilhar na construção de decisão judicial, contribuindo para ajustá-la aos relevantes interesses sociais em conflito.*" (in *AMICUS CURIAE - intervenção de terceiros*, Milton Luiz Pereira).

Ademais, por força de lei, a intervenção do CADE em causas em que se discute a prevenção e a repressão à ordem econômica, é de assistência.

Outrossim, a própria União confirmou sua atuação como assistente do Ministério Público Federal (fls. 561/565 e fl. 375), o que, à luz do art. 109, I, da Constituição Federal, é inarredável a competência da Justiça Federal.

Releva notar, como destacou o Ministério Público em apertado parecer, que:

*a) tanto o CADE como a UNLÃO requereram sua intervenção no feito na qualidade de assistente. Assim procedeu o magistrado após ampla benevolência em relação aos prazos processuais.*

*b) a idéia, em tese, de que a melhor intervenção para o CADE toma a natureza jurídica de amicus curiae, para a preservação das instâncias, não ficou devidamente acautelada pela própria autarquia, quando de suas manifestações iniciais nos autos*

*c) manifestações mais recentes debatem-se novamente contra a natureza jurídica da intervenção. A preclusão já atingiu este aspecto da ação civil pública como acima demonstrado.*

*d) independente da querela relativa a condição do CADE na presente Ação Civil Pública, a condição de assistente, atribuído àquela autarquia, não é, nem nunca foi, a única razão para a fixação da competência federal para a presente causa. Nem a mais importante delas.*

*e) a dimensão inter-estadual dos ilícitos ofensivos à ordem econômica, abrangendo mesmo a totalidade do território nacional (e mesmo com efeitos no exterior devido ao transporte rodoviário para outros países) é justificativa suficiente, por si só, para a fixação da competência federal para a causa.*

*f) isto não significa supressão de competência estadual para causas relativas à ordem econômica. Ao contrário, tal a importância nuclear da Constituição Econômica (aqui nestes autos, de um modo especial, busca da efetividade/concreção do princípio da livre concorrência - art. 170, inciso IV) para todo o sistema, que ambas as Justças, entenda-se, ambos os Ministérios Públicos, deverão de ter seu espaço de atuação para que exista mínima efetividade na concretização dos princípios constitucionais econômicos. Os exemplos dos cartéis de postos de gasolina de Florianópolis e Lages, desbaratados pelo Ministério Público Estadual (com atuação na Justiça Estadual de Santa Catarina) constituem evidentes testemunhos dos indiscutíveis benefícios que essas instituições podem dar à economia em geral na promoção da livre concorrência.*

g) O critério utilizado no exame do *habeas corpus* citado, da lavra do E. Min. José Arnaldo da Fonseca constitui notável contribuição do Poder Judiciário para este devido equacionamento. A reclamada aptidão do Direito para com o ponto de vista econômico, aqui encontra exemplar clarificação e receptividade. Esse julgado - afiance-se: o magistrado é o positivador derradeiro da lei e da Constituição - encontra amparo na Constituição Federal e na idéia de unidade e coerência que o sistema jurídico possui. A idéia de exame meramente literal do artigo 109 da Constituição Federal não configura autêntica interpretação, sendo apenas momento inicial de uma verdadeira exegese jurídica.

h) a idéia formulada de que as decisões judiciais ventiladas não estão amparadas em correspondente análise econômica não é verdadeira (a não ser que se compreenda por essa afirmativa a análise que é feita no âmbito da Secretaria de Acompanhamento Econômico). Junto à inicial foram colacionados preços e pericia comparativa nas práticas dos agentes econômicos do cartel e nos preços praticados por agentes econômicos que operam no "mercado livre". A informação ao Juízo - publicado em site da ANTV - de que esta é responsável por 100% do transporte de veículos novos junto às montadoras - absoluto domínio de mercado, com a prática de delitos não apurados mas que fortalecem aquela situação de controle absoluto do mercado constituíram - em grau variado - fundamento para as decisões monocráticas adotadas."

Nada obstante, no julgamento do *Habeas Corpus* 32.292, justamente em ação penal movida pelo Ministério Público Federal em complementaridade à presente ação civil pública, ou seja, pela prática de delito-crime econômico - previsto no art. 4º da Lei n. 8.137/90, debateu-se, naqueles autos, a tese da competência estadual *versus* a tese da competência federal para o julgamento do delito atribuído ao réu (ex-presidente da ANTV).

O E. STJ, reconhecendo o espectro translocal da questão assentou:

**"HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM ECONÔMICA. CARTELIZAÇÃO. LEI N.º 8.137/90. COMPETÊNCIA. INTERESSE NACIONAL. RESTRIÇÃO À ATIVIDADE PROFISSIONAL EM VÁRIOS ESTADOS. JUSTIÇA FEDERAL.**

*Inexistindo determinação expressa, os crimes contra a ordem econômica, previstos na Lei 8.137/90, reclamam a jurisdição estadual ou federal na medida em que restar comprovado o interesse em jogo, se local ou se nacional.*

*In casu, ante a figura do crime sobrevivendo da prática*

de cartel, onde a atuação do agente teve reflexo em vários estados-membros, restringindo o livre exercício da atividade profissional de transportadores pelo Brasil afora, resta patente o interesse supra-regional pelo qual se firmam a necessidade de interferência da União e a competência da Justiça Federal.

Tal se dá porque, apesar de a conduta ilícita ser oriunda de um núcleo determinado, a sua propensão ofensiva à ordem econômica se faz sentir em localidades diversas e em territórios distintos.

*Ordem denegada."*

Extrai-se do voto:

"O writ reconduz a mesma discussão do originário, ou seja, a falta de competência da Justiça Federal para julgamento do caso. Aduz-se, orientando-se por precedentes desta Corte, que o crime previsto na Lei n.º 8.137/90 só reclama a atuação do foro federal se presente interesse de bens e entidades federais. Do contrário, cabe à Justiça Estadual o deslinde da ação penal. Com isso, pretendeu-se, por liminar, a suspensão do procedimento e, no mérito, pretende-se a sua anulação com a declaração da incompetência da Justiça Federal.

(...)

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por sua Sétima Turma, apreciando a controvérsia, entendeu por autenticar a visão acusatória. É necessária a citação dos fundamentos da decisão, delineados pelas seguintes passagens (fls. 135/6):

(...)

Além dessa robusta indicação da existência do interesse federal, há que se ater ao caso concreto, ou seja, à ação penal em andamento. Pois bem, nos devidos termos da exordial acusatória, foram perpetrados graves delitos em detrimento da ordem econômica nacional, da livre concorrência.

A tese de incompetência da Justiça Federal para o presente habeas corpus se baseia na suposta inexistência de lesão à União. Contudo, discordo, com a devida vênia, de tal assertiva, porque, mesmo que inócua o prejuízo econômico, é de se ressaltar que o abuso do poder econômico nas proporções descritas na exordial acusatória afronta interesse de órgão federal, de vez que maculou a integridade do princípio constitucional da liberdade de iniciativa, as relações de consumo, apresentando enorme potencial lesivo. E, de acordo com a Lei 8884/94, a qual fez do CADE uma autarquia federal, o titular dos bens atingidos pela suposta atuação do Paciente é a coletividade. Como não se ver, no caso, dano à integridade da ordem econômica como um todo? Assim, entendo que a fraude a

*esses bens, por si só, conclama a fixação de competência da Justiça Federal.*

*Em resumo, percebo ser objeto da persecução penal interesses gerais da sociedade, pois sem a higidez da ordem econômica nacional e suas conseqüentes relações de consumo, o desenvolvimento do país, seu progresso econômico é lesado. E são esses fatores que dependem de firme fiscalização do órgão de controle, no caso, o CADE. Nesse passo, patente o interesse da União a sustentar a competência da Justiça Federal no presente feito, nos termos do art. 109, IV, da Constituição Federal."*

*(...)*

*Afasta-se, portanto, a tese da defesa. Diga-se, outrossim, que na hipótese de prosperar o argumento defensivo de que o interesse local detém prevalência, chegar-se-ia à conclusão de serem permitidas várias ações penais em vários estados da federação, o que me parece não ser da pretensão do Paciente.*

*É certo que há citação de julgados deste Tribunal acerca de situações casuais, nas quais houve a indicação do foro estadual quando presente crime contra a ordem econômica. Contudo, os precedentes não averbaram o interesse supra-regional, a exemplo do caso em questão, mas tão-somente vincularam a lesividade da operação ao contexto local.*

*Ante o exposto, denego a ordem."*

Por derradeiro, atuando o Ministério Público Federal no pólo ativo da ação civil pública, inequívoca é a competência da Justiça Federal, consoante o entendimento deste Eg. STJ, *verbis*:

**"CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL E JUSTIÇA ESTADUAL. AÇÕES CIVIS PÚBLICAS. EXPLORAÇÃO DE BINGO. CONTINÊNCIA. COMPETÊNCIA JURISDICIONAL DA JUSTIÇA FEDERAL.**

*1. Havendo continência entre duas ações civil públicas, movidas pelo Ministério Público, impõe-se a reunião de ambas, a fim de evitar julgamentos conflitantes, incompatíveis entre si.*

*2. A competência da Justiça Federal, prevista no art. 109, I, da Constituição, tem por base um critério subjetivo, levando em conta, não a natureza da relação jurídica litigiosa, e sim a identidade dos figurantes da relação processual. Presente, no processo, um dos entes ali relacionados, a competência será da Justiça Federal, a quem caberá decidir, se for o caso, a legitimidade para a causa.*

*3. É da natureza do federalismo a supremacia da União sobre Estados-membros, supremacia que se manifesta*

*inclusive pela obrigatoriedade de respeito às competências da União sobre a dos Estados. Decorre do princípio federativo que a União não está sujeita à jurisdição de um Estado-membro, podendo o inverso ocorrer, se for o caso.*

**4. Em ação proposta pelo Ministério Público Federal, órgão da União, somente a Justiça Federal está constitucionalmente habilitada a proferir sentença que vincule tal órgão, ainda que seja sentença negando a sua legitimação ativa. E enquanto a União figurar no pólo passivo, ainda que seja do seu interesse ver-se excluída, a causa é da competência da Justiça Federal, a quem cabe, se for o caso, decidir a respeito do interesse da demandada (súmula 150/STJ).**

**5. Conflito conhecido e declarada a competência do Juízo Federal. " (CC 40. 534, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 17/05/2004)**

Aliás, bem decidiu a instância a quo que :

*" Merece melhor exame a alegação de incompetência da Justiça Federal sob a alegação de que a intervenção do CADE figuraria meramente como amicus curiae (amigo da corte), conforme disposto no art. 5º, da Lei n 9.469/97, em outras palavras, não teria interesse no deslinde da demanda. Inobstante o brilho e erudição dos ilustrados procuradores judiciais da Agravante, sem deslustro, por óbvio , à sua invejável cultura jurídica, senão vejamos:*

*Muito embora a questão tivesse sido examinada an passant nos agravos inicialmente mencionados, tenho que é de se manter o afastamento de tal preliminar, ao menos nesta estreita quadra recursal, sem prejuízo, pois de ulterior exame da questão quando da prolação da decisão final (art. 267, par. 3º, CPC), o que faço amparado em dois aspectos básicos: o primeiro deles o que ao menos em tese vislumbro pertinência na permanência da referida autarquia federal na lide, na condição de assistente (art. 89, da Lie n.884/94), na forma como aduzido na decisão profligada, ao assentar: "...Conforme já decidido anteriormente nos autos, o enquadramento da intervenção nos institutos processuais que a contemplam, não depende da vontade do interveniente, mas da existência de interesse jurídico ou de interesse meramente econômico. cabe à parte, querendo, intervir, e assim fez e faz o CADE, sendo, porém, atribuição do juiz, definir, segundo a espécie de interesse que determina o ingresso do ente, em qual dos institutos conforma-se a intervenção. E não há dúvida que o CADE detém interesse jurídico, dadas as suas funções institucionais e a própria existência de processo na via administrativa, acerca dos fatos*

*narrados à inicial. Em havendo interesse jurídico, evidentemente que a intervenção se amolda ao instituto da assistência..." Ademais, colhe-se dos autos que tanto a União Federal como o CADE, interviram nos autos juntando documentos comprovando a aplicação de medidas preventivas (fl. 910/51, dos autos originários). Não fora isso, de se aduzir, derradeiramente, o fundamento de que tal autarquia pública federal detém legitimidade para promover a execução de suas decisões, às quais serão aforadas perante a Justiça Federal (art. 64, Lei n. 8.884/94), idem quanto a possibilidade de intervenção judicial (art. 77).*

*Não fora isso, um segundo aspecto me leva a confirmar a competência Justiça Federal para o processamento e julgamento do feito. Ocorre que encontramos no pólo ativo da ação vil pública o Ministério Público Federal, o qual atua como parte, na forma como dispõe os artigos 129, inciso III, c/c 170, IV e V, ambos da Carta Magna, conjugado com o artigo 6º, incs. VII, alínea "c" (proteção ao consumidor) e XIV, alínea "b" (ordem econômica e financeira) da Lei Complementar 75/93, e ainda, finalmente, como disposto nos artigos 12 e parágrafo único, e 88 (que deu nova redação ao art. 1º, da Lei da ACP (7.347/85), inserindo o inciso V, ambos da lei n. 8.884/94.*

*Nesta linha de raciocínio, trago à colação precedente do colendo Superior Tribunal de Justiça, re. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, no Conflito de Competência n. 40.534-RJ (Processo 200301859262), onde na parte que interesse da ementa assim se manifestou:*

*'Em ação proposta pelo Ministério Público Federal, órgão da União, somente a Justiça Federal está constitucionalmente habilitada a proferir sentença que vincule tal órgão, ainda que seja Sentença negando a sua legitimação ativa...'*

*Last but not least, o amicus curiae opina em favor de uma das partes, o que o torna um singular assistente, porque de seu parecer exsurge o êxito de uma das partes, por isso a lei o cognomina de assistente. É assistente *secundum eventum litis*.*

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao Recurso Especial.

É o voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
PRIMEIRA TURMA**

**R E Q U E S T A 2005 0049471 2**

**REsp 737073 / RS**

Números Origem: 200271000286991 200404010063670

PAUTA: 28/06/2005

JULGADO: 28/06/2005

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **LUIZ FUX**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **LUIZ FUX**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOÃO PEDRO BANDEIRA DE MELO**

Secretária

Bela. **MARIA DO SOCORRO MELO**

**AUTUAÇÃO**

RECORRENTE : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS TRANSPORTADORAS DE VEÍCULOS - ANTV  
ADVOGADO : JOSÉ ZATTI FACCIANI E OUTROS  
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
RECORRIDO : UNIÃO  
INTERES. : CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE  
PROCURADOR : MARIA ALEJANDRA RIERA BING E OUTROS  
INTERES. : SINDICATO NACIONAL DOS TRANSPORTES RODOVIÁRIOS DE VEÍCULOS E PEQUENAS E MICRO EMPRESAS DE TRANSPORTES RODOVIÁRIO DE VEÍCULOS - SINDICAN  
INTERES. : GENERAL MOTORS DO BRASIL LTDA  
ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS  
INTERES. : LUIZ MOAN YABIKU JÚNIOR

ASSUNTO: Ação Civil Pública

**SUSTENTAÇÃO ORAL**

Sustentou oralmente o Dr. **PAULO DE TARSO RAMOS RIBEIRO** pela parte recorrente: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS TRANSPORTADORAS DE VEÍCULOS - ANTV.

**CERTIDÃO**

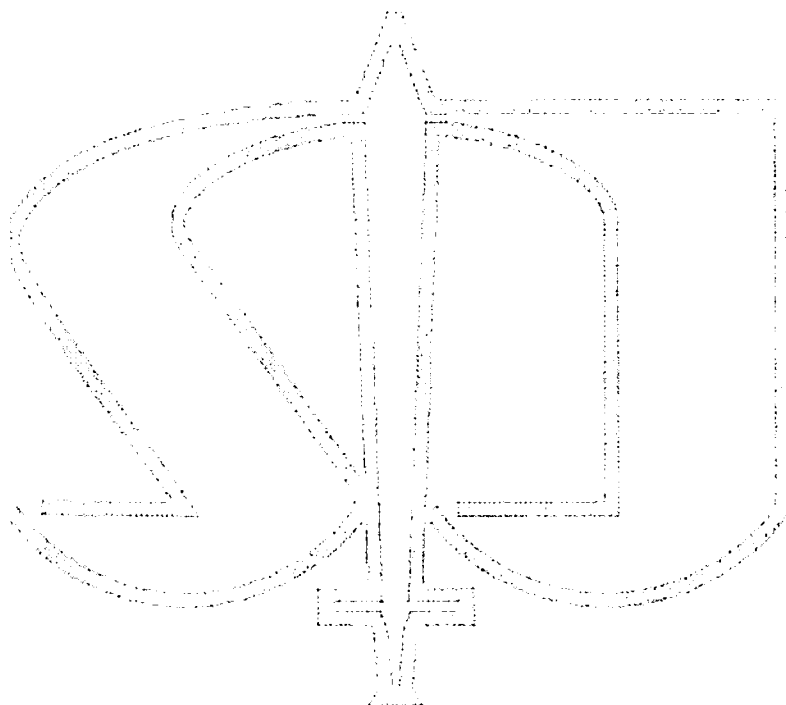
Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Relator conhecendo parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negando-lhe provimento, pediu vista o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki. Aguardam os Srs. Ministros Denise Arruda e José Delgado.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília, 28 de junho de 2005

MARIA DO SOCORRO MELO  
Secretária



**RECURSO ESPECIAL Nº 737.073 - RS (2005/0049471-2)**

**RELATOR** : **MINISTRO LUIZ FUX**  
**RECORRENTE** : **ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS**  
**TRANSPORTADORAS DE VEÍCULOS - ANTV**  
**ADVOGADO** : **JOSÉ ZATTI FACCIÓNI E OUTROS**  
**RECORRIDO** : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**  
**RECORRIDO** : **UNIÃO**  
**INTERES.** : **CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA -**  
**CADE**  
**PROCURADOR** : **MARIA ALEJANDRA RIERA BING E OUTROS**  
**INTERES.** : **SINDICATO NACIONAL DOS TRANSPORTES RODOVIÁRIOS**  
**DE VEÍCULOS E PEQUENAS E MICRO EMPRESAS DE**  
**TRANSPORTES RODOVIÁRIO DE VEÍCULOS - SINDICAN**  
**INTERES.** : **GENERAL MOTORS DO BRASIL LTDA**  
**ADVOGADO** : **SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS**  
**INTERES.** : **LUIZ MOAN YABIKU JÚNIOR**

**VOTO-VISTA**

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. ALÍNEA C. FALTA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL A QUE TERIAM SIDO ATRIBUÍDAS INTERPRETAÇÕES DIVERGENTES. DESSEMELHANÇA ENTRE AS HIPÓTESES FÁTICAS. NÃO-CARACTERIZAÇÃO DO DISSÍDIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. PRESENÇA DA UNIÃO NO PÓLO PASSIVO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional ou em ofensa ao art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido expressamente justificou a não-apreciação de questões suscitadas, reportando-se a acórdãos em que foram apreciadas.
2. Os erros materiais apontados correspondem, na verdade, a alegada apreciação errônea da prova dos autos — para cuja correção, porém, não se prestam os embargos de declaração. Tampouco nesse particular se vislumbra violação ao art. 535 do CPC.
3. O conhecimento do recurso especial pela alínea c exige a indicação pelo recorrente de dispositivo de lei federal a que os acórdão recorrido e paradigma teriam atribuído interpretação divergente.
4. A dessemelhança entre as molduras fáticas dos julgados recorrido e paradigma descaracteriza o dissídio jurisprudencial.
5. A simples presença do Ministério Público Federal, órgão da União, como autor da demanda, firma a competência da Justiça Federal para o seu processamento, inclusive para a formulação de juízo a respeito de sua eventual ilegitimidade ativa. Também a presença da União no pólo passivo, correta ou incorretamente, é suficiente para determinar a competência da Justiça Federal, única autorizada a decidir sobre a existência ou não de interesse da demandada (Súmula 150/STJ).
6. Recurso especial a que se nega provimento.

**O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI:**

1. Trata-se de recurso especial apresentado em face de acórdão do TRF da 4ª Região que negou provimento a agravo de instrumento, em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal visando a coibir alegada prática de atos atentatórios à ordem econômica, consistentes em ação concertada dos réus na organização e na formação dos preços do transporte de veículos produzidos ou importados pela General Motors do Brasil Ltda. Considerou o Tribunal de origem que (a) as preliminares suscitadas pelo agravante já foram objeto de exame pelo Tribunal, em outros recursos relacionados ao mesmo processo; (b) sem prejuízo do exame da questão pela sentença, deve o CADE ser mantido, por ora, no processo, na qualidade de assistente, na forma do art. 89 da Lei 8.884/94, tendo em vista (b.1) o reconhecimento de seu interesse no deslinde da ação pelo juiz de primeiro grau; (b.2) a juntada aos autos de documentos, pela autarquia e pela União, comprobatórios da aplicação de medidas preventivas; (b.3) a execução das decisões do CADE deve ser promovida na Justiça Federal; (c) a presença do Ministério Público Federal no pólo ativo do processo firma também a competência da Justiça Federal; (d) por estarem presentes os requisitos da verossimilhança do direito e do risco de dano irreparável, deve ser mantida a determinação liminar de percentuais mínimos progressivos de contratação de transportadoras desvinculadas das rés, bem assim de multa diária para a hipótese de descumprimento da ordem judicial. Foram parcialmente acolhidos os embargos de declaração opostos pela ora recorrente, "apenas e tão-somente para fins de esclarecer a questão concernente ao erro material supra" (fls. 472-476).

No especial, fundado nas alíneas *a* e *c*, a recorrente aponta violação aos artigos (a) 50 do CPC, 89 da Lei 8.884/94 e 5º, § único, da Lei 9.469/97, sustentando (a.1) não ter o CADE, conforme afirmado pela própria autarquia, interesse jurídico para figurar como assistente no presente processo, tendo requerido sua inclusão no feito meramente na qualidade de *amicus curiae*, isto é, de terceiro indiferente ao resultado da demanda; (a.2) inexistir qualquer medida preventiva imposta pelo CADE ou pela União à recorrente, nem qualquer decisão do CADE a ser em face dela executada; (b) 535 do CPC, tendo em vista a existência de omissões e de erros materiais no acórdão recorrido. Indica dissídio entre o entendimento esposado pelo Tribunal *a quo* e aquele manifestado em julgados desta Corte em que se decidiu que, não sendo parte no processo qualquer dos entes relacionados no art. 109, I, da CF, a competência é da Justiça Federal, não se alterando pela mera suposição de interesse de ente federal.

O relator, Min. Luiz Fux, negou provimento ao recurso, em voto sumariado na seguinte ementa:

**"RECURSO ESPECIAL. ANTV. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERVENÇÃO DO CADE COMO *AMICUS CURIAE*. INTERVENÇÃO DA UNIÃO COMO ASSISTENTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.**

(*omissis*)

2. É assente na Corte que inexistente ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

3. A regra inscrita no art. 5º, parágrafo único, da Lei 9.469/97 e art. 89 da Lei 8.884/94 contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* em nosso Direito. Deveras, por força de lei, a intervenção do CADE em causas em que se discute a prevenção e a repressão à ordem econômica, é de assistência.

4. *In casu*, a própria União confirmou sua atuação como assistente do Ministério Público Federal (fls. 561/565 e fl. 375), o que, à luz do art. 109, I, da Constituição Federal, torna

inarredável a competência da Justiça Federal.

5. Por derradeiro, atuando o Ministério Público Federal no pólo ativo da Ação Civil Pública, inequívoca é a competência da Justiça Federal, consoante o entendimento deste Eg. STJ, *verbis*:

"Em ação proposta pelo Ministério Público Federal, órgão da União, somente a Justiça Federal está constitucionalmente habilitada a proferir sentença que vincule tal órgão, ainda que seja sentença negando a sua legitimação ativa. E enquanto a União figurar no pólo passivo, ainda que seja do seu interesse ver-se excluída, a causa é da competência da Justiça Federal, a quem cabe, se for o caso, decidir a respeito do interesse da demandada (súmula 150/STJ)." (CC 40. 534, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 17/05/2004)

6. Ademais, o *amicus curiae* opina em favor de uma das partes, o que o torna um singular assistente, porque de seu parecer exsurge o êxito de uma das partes, por isso a lei o cognomina de assistente. É assistente *secundum eventum litis*.

7. Recurso especial desprovido."

Pedi vista.

2. Com razão o relator ao não reconhecer, no caso, violação ao art. 535 do CPC.

A falta de nova apreciação das questões sobre as quais afirma a recorrente ter sido omissa o acórdão *a quo* foi justificada naquela decisão, nos seguintes termos: "Quanto às preliminares suscitadas nas razões recursais, desde a falta de legitimação do MPF e das Agravadas, quanto a inadequação da via eleita, ou impossibilidade jurídica do pedido. Tais questões nada mais consistem em renovação de idênticos argumentos já afastados quando do exame dos recursos anteriormente julgados por esta eg. 4ª Turma (v.g. A.I. 2003.04.01.018434-0-GMB; 018454-6-SINDICAM e 018147-8-ANTV), de sorte que, por amor à brevidade, me reporto a eles como razão de decidir" (fl. 365). Não houve, portanto, infundada omissão no exame de tais questões.

De outra parte, os apontados erros materiais correspondem, na verdade, a alegada apreciação errônea da prova dos autos — para cuja correção, porém, não se prestam os embargos de declaração. Tampouco aqui se vislumbra, assim, ofensa ao art. 535 do CPC.

3. Não pode ser conhecido o recurso especial, pela alínea *c*, no que se refere ao tema da competência para o processamento da presente ação, porque (a) não há indicação de dispositivo de lei federal a que os julgados recorrido e paradigma tenham conferido interpretação divergente — versando ambos, aliás, sobre a aplicação do art. 109 da Constituição Federal, e (b) não restou, de qualquer forma, caracterizado o dissídio pretoriano, uma vez que, tendo o acórdão recorrido afirmado explicitamente a presença do CADE e da União no processo na qualidade de assistentes, em nada conflita com os julgados paradigmas, nos quais se decidiu que, não sendo parte no litígio qualquer dos entes relacionados no art. 109 da CF, a competência é da Justiça Estadual. Tem-se, como se vê, hipóteses fáticas distintas (presença de ente federal, no presente feito, e ausência de qualquer dos entes do art. 109 da CF, nos acórdãos paradigmas), a descaracterizar a invocada divergência.

4. Acompanho, finalmente, o voto do relator, na parte em que rejeita a alegação de violação aos arts. 50 do CPC, 89 da Lei 8.884/94 e 5º, § único, da Lei 9.469/97, uma vez que, nos termos da orientação jurisprudencial nele mencionada, a simples presença do Ministério Público Federal, órgão da União, como autor da demanda, firma a competência da Justiça Federal para o seu processamento, inclusive para a formulação de juízo a respeito de sua eventual ilegitimidade

ativa. Também a presença da União no pólo passivo, correta ou incorretamente, é suficiente para determinar a competência da Justiça Federal, única autorizada a decidir sobre a existência ou não de interesse da demandada (Súmula 150/STJ). Torna-se desnecessária, com isso, a indagação acerca da qualidade da intervenção do CADE no processo, uma vez que qualquer das circunstâncias anteriormente mencionadas serviria, por si só, para firmar a competência da Justiça Federal.

5. Pelas razões expostas, conheço parcialmente o recurso especial e, nessa parte, nego-lhe provimento. É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
PRIMEIRA TURMA**

R E Q U E S T A R 2005 0049471 E

**REsp 737073 / RS**

Números Origem: 200271000286991 200404010063670

PAUTA: 28/06/2005

JULGADO: 06/12/2005

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **LUIZ FUX**

**Presidente da Sessão**

Exmo. Sr. Ministro **LUIZ FUX**

**Subprocurador-Geral da República**

Exmo. Sr. Dr. **JOÃO PEDRO BANDEIRA DE MELO**

**Secretária**

Bela. **MARIA DO SOCORRO MELO**

**AUTUAÇÃO**

RECORRENTE : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS TRANSPORTADORAS DE VEÍCULOS - ANTV  
ADVOGADO : JOSÉ ZATTI FACCIANI E OUTROS  
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
RECORRIDO : UNIÃO  
INTERES. : CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE  
PROCURADOR : MARIA ALEJANDRA RIERA BING E OUTROS  
INTERES. : SINDICATO NACIONAL DOS TRANSPORTES RODOVIÁRIOS DE VEÍCULOS E PEQUENAS E MICRO EMPRESAS DE TRANSPORTES RODOVIÁRIO DE VEÍCULOS - SINDICAN  
INTERES. : GENERAL MOTORS DO BRASIL LTDA  
ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS  
INTERES. : LUIZ MOAN YABIKU JÚNIOR

ASSUNTO: Ação Civil Pública

**CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

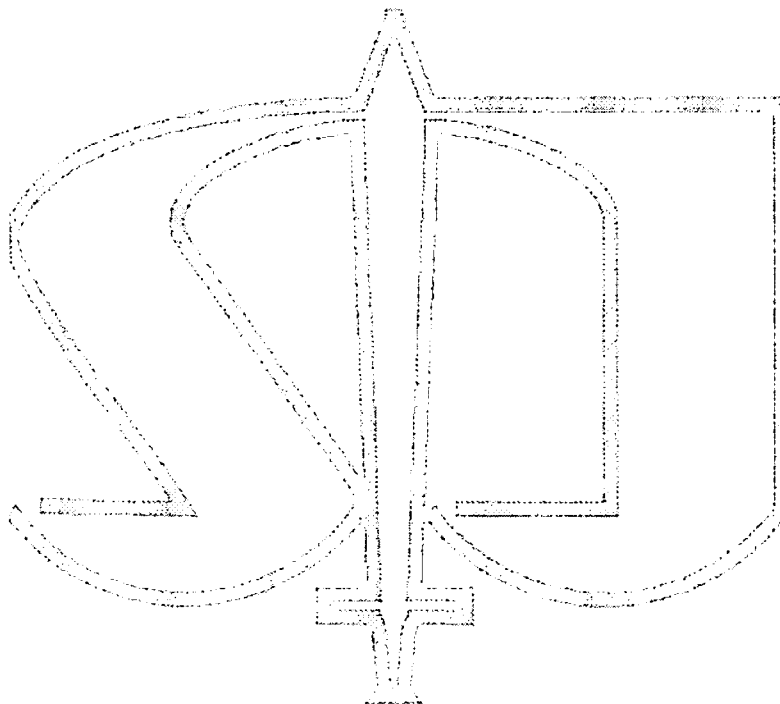
Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki, a Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki (voto-vista), Denise Arruda e Francisco Falcão (RISTJ, art. 162, § 2º, segunda parte) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Delgado.

Brasília, 06 de dezembro de 2005

MARIA DO SOCORRO MELO  
Secretária





## ANEXO C

**AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2003.04.01.018147-8/RS**

Publicado no D.J.U. de 17/12/2003
---

**RELATOR** : Des. Federal EDGARD A LIPPMANN JUNIOR

**AGRAVANTE** : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS  
TRANSPORTADORAS DE VEICULOS - ANTV

**ADVOGADO** : Jose Zatti Faccioni e outros

**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
SINDICATO NACIONAL DOS TRANSPORTES  
RODOVIARIOS DE VEICULOS E PEQUENAS E MICRO

**INTERESSADO** : EMPRESAS DE TRANSPORTE RODOVIARIO DE  
VEICULOS  
: GENERAL MOTORS DO BRASIL LTDA/  
: LUIS MOAM YABIKU JUNIOR

**EMENTA**

**ORDEM ECONÔMICA. PROCEDIMENTOS LIMITADORES. ATIVIDADE ECONÔMICA. LIBERDADE. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REQUISITOS. CONCESSÃO.**

Necessidade de prestigiar a liberdade de concorrência, a liberdade de fixação de preços em face dos custos que cada prestador de serviços de transporte efetivamente tem.

A atividade econômica - fundada na valorização do trabalho humano e nas livres iniciativa e concorrência - deve ser pautada no sentido de assegurar a todos uma existência digna e justa, a teor da CF/88, art. 170.

Fortes indícios de abuso de poder econômico por uso de práticas de fixação de preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços de transporte de veículos novos, saídos das montadoras ou originados de importação por montadoras. Identificadas limitações e empecilhos de acesso de novas empresas no mercado "cegonheiro". Inadmissível que o bem e o serviço ingressem no mercado de consumo de forma tabelada, com preços pré-fixados, sem liberdade de escolha de rota/trecho/trajeto de transporte.

Presentes os requisitos necessários à concessão da antecipação de tutela.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por maioria, negar provimento ao agravo de instrumento nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 05 de novembro de 2003.

**Des. Federal EDGARD LIPPMANN JR**  
**Relator**

### **AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2003.04.01.018147-8/RS**

**RELATOR** : Des. Federal EDGARD A LIPPMANN JUNIOR

**AGRAVANTE** : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS  
TRANSPORTADORAS DE VEICULOS - ANTV

**ADVOGADO** : Jose Zatti Faccioni e outros

**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
SINDICATO NACIONAL DOS TRANSPORTES  
RODOVIARIOS DE VEICULOS E PEQUENAS E MICRO

**INTERESSADO** : EMPRESAS DE TRANSPORTE RODOVIARIO DE  
VEICULOS  
: GENERAL MOTORS DO BRASIL LTDA/  
: LUIS MOAM YABIKU JUNIOR

## RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão, por meio da qual foi deferido, em parte, o pedido de antecipação de tutela, sendo determinado à parte ora agravante que se abstenha de adotar condutas atentatórias à livre concorrência, possibilitando que empresas transportadoras, independentemente de serem associadas à ANTV, podem transportar; de elaborar tabelas de preços de frete; de participar das negociações referentes ao preço e às condições de frete, mantidas entre os transportadores autônomos, empresas transportadoras e montadoras, na condição de representantes das respectivas categorias econômicas; de impedir o ingresso no mercado de empresas e transportadores autônomos, não-filiados; de promover a distribuição de rotas de transporte entre os respectivos associados.

Determinado ainda que a representação da categoria seja feita pelos sindicatos regionais por prestígio ao princípio da unicidade sindical.

Alega a parte agravante não se justificar a decisão por estar calcada em "evidências", caracterizando-se, inclusive, cerceamento de defesa. Sustenta não ser responsável pelo cálculo do valor final que é cobrado do consumidor a título de frete, sendo tal uma atribuição exclusiva das montadoras e concessionárias. Sustenta, a final, estarem ausentes os requisitos autorizadores da concessão da tutela antecipada. Nesses termos, pretende seja provido o recurso e reformada a decisão.

Indeferido o pedido de agravação de efeito suspensivo ao recurso (fls. 370/371). Apresentada resposta pela parte agravada (fls. 375/380). Regularmente processado o recurso, chegam-me os autos. É o relatório.

**Des. Federal EDGARD LIPPMANN JR**  
**Relator**

**AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2003.04.01.018147-8/RS**

**RELATOR** : Des. Federal EDGARD A LIPPMANN JUNIOR

**AGRAVANTE** : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS  
TRANSPORTADORAS DE VEICULOS - ANTV

**ADVOGADO** : Jose Zatti Faccioni e outros

**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

**INTERESSADO** : SINDICATO NACIONAL DOS TRANSPORTES  
RODOVIARIOS DE VEICULOS E PEQUENAS E MICRO  
EMPRESAS DE TRANSPORTE RODOVIARIO DE  
VEICULOS

: GENERAL MOTORS DO BRASIL LTDA/  
: LUIS MOAM YABIKU JUNIOR

### VOTO

Registro, inicialmente, meu ponto de vista pessoal no sentido de que, apenas em casos excepcionais, se revela tolerável a intervenção da Instância Superior na Inferior, vez que ao "juiz da causa" compete o exame sobre a presença ou não dos requisitos legais para a concessão de liminar. A generalização dessa providência implicaria evidente hipótese de supressão do primeiro grau de jurisdição, devendo-se, portanto, prestigiar as decisões monocráticas.

Superada tal prefacial, passo, de imediato, ao exame do mérito da questão posta no Agravo de Instrumento, examinando os fatos e fundamentos aduzidos nas razões recursais, bem como as peças trasladadas aos autos.

A lei processual prevê, explicitamente, os requisitos à antecipação de tutela, nas disposições dos incisos do art 273 do CPC, desde que havendo prova inequívoca - capaz de convencer o Magistrado da verossimilhança da alegação e:

*"I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou*

*II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. "*

A disciplina legal, ainda, exclui da possibilidade de antecipar os efeitos da sentença os casos em que haja perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

Compulsando os autos, e adstrito aos dados vislumbrados na decisão interlocutória - ora atacada -, entendo por mantê-la como posta.

E assim o faço, porque a decisão prestigia a liberdade de concorrência, a liberdade de fixação de preços em face dos custos que cada prestador de serviços de transporte efetivamente tem. A atividade econômica - fundada na valorização do trabalho humano e nas livres iniciativa e concorrência - deve pautar-se no sentido de assegurar a todos uma existência digna e justa (CF/88, art. 170).

Nos autos, há fortes indícios de abuso de poder econômico no tocante ao uso de práticas de fixação de preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços de transporte de veículos novos, saídos das montadoras ou originados de importação pela montadora General Motors do Brasil Ltda., além de limitações e empecilhos de acesso de novas empresas no mercado "cegonheiro". O que não se pode admitir é que o bem e o serviço ingressem no mercado de consumo de forma tabelada, com preços pré-fixados, sem liberdade de escolha de rota/trecho/trajeto de transporte.

Portanto, tenho como verossímeis as alegações apontadas pela parte agravada.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo de instrumento. É o voto.

**Des. Federal EDGARD LIPPMANN JR**  
**Relator**

**RECURSO ESPECIAL Nº 677.585 - RS (2004/0126889-8)**

**RELATOR** : **MINISTRO LUIZ FUX**  
**RECORRENTE** : **ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS**  
**TRANSPORTADORAS DE VEÍCULOS**  
**ADVOGADO** : **JOSÉ ZATTI FACCIANI E OUTROS**  
**RECORRIDO** : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**  
**INTERES.** : **SINDICATO NACIONAL DOS TRANSPORTADORES**  
**RODOVIÁRIOS AUTÔNOMOS DE VEÍCULOS E PEQUENAS E**  
**MICRO EMPRESAS DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE**  
**VEÍCULOS - SINDICATO NACIONAL DOS CEGONHEIROS -**  
**SINDICAN**  
**INTERES.** : **GENERAL MOTORS DO BRASIL LTDA**  
**INTERES.** : **LUIZ MOAN YABIKU JÚNIOR**

**EMENTA**

**RECURSO ESPECIAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. TRANSPORTADORAS DE VEÍCULOS. "CEGONHEIROS". INDÍCIOS DE ABUSO DE PODER ECONÔMICO E FORMAÇÃO DE CARTÊIS.**

1. A violação do art. 535 do CPC ocorre quando há omissão, obscuridade ou contrariedade no acórdão recorrido. Inocorre o referido vício *in procedendo* posto não estar o juiz obrigado a tecer comentários exaustivos sobre todos os pontos alegados pela parte, mas antes, a analisar as questões relevantes para o deslinde da controvérsia.

2. O exame do preenchimento dos pressupostos para a concessão da tutela antecipada previstos no artigo 273, deve ser aferido pelo juiz natural, sendo defeso ao STJ o reexame desse pressuposto de admissibilidade, em face do óbice contido na súmula 07/STJ. (Precedentes da Corte: REsp 436.401/PR, 2ª T., Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 28/06/2004; AGA 520.452/RJ, 1ª T., Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 31/05/2004; REsp 521.814/SE, 5ª T., Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 08/03/2004; REsp 440.663/SP, 4ª T., Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 16/02/2004; REsp 515.536/AC, 3ª T., Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 19/12/2003.)

3. Aferição pelas instâncias inferiores de prática econômica abusiva violando a livre concorrência, posto estratégia tendente a limitar a participação nesse segmento aos integrantes da associação, influndo sobremodo no preço do frete.

4. Comprovação dos fatos, *quantum satis* na instância inferior que gerou a concessão de tutela antecipatória *in itinere* com a fixação de cotas para os trabalhadores autônomos.

5. Deveras, a atuação paralela das entidades administrativas do setor (CADE e SDE), não inibe a intervenção do Judiciário *in casu*, por força do princípio da inafastabilidade, segundo o qual nenhuma ameaça ou lesão a direito deve escapar à apreciação do Poder Judiciário, posto inexistente em nosso sistema o contencioso administrativo e, *a fortiori*, desnecessária a exaustão da via extrajudicial para invocação da prestação jurisdicional.

6. Decisão atacada que, analisando as condições de mercado, fixou percentuais de participação de trabalhadores autônomos com fulcro no pilar da livre iniciativa, um dos fundamentos da República, posto valorizar o trabalho humano, conspirando em prol de uma sociedade digna, justa e solidária, como promete o novel Estado Principiológico Brasileiro, delineado no ideário da nação, que é a nossa Constituição Federal. Aliás, o art. 170 da CF dispõe: “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:” Para esse fim, presta-se a intervenção estatal no domínio econômico, que, dentre outras medidas, consubstancia-se na repressão ao abuso do poder econômico consistente em medidas estatais que positivam impedimentos à formação ilegal de cartéis ou a práticas comerciais abusivas.

7. Destarte, as digressões acerca da metodologia da estratégia econômica, cujo entendimento interdisciplinar retrata a antijuridicidade apontada pelo Ministério Público, revelam-se prematura de análise em sede de recurso especial voltado contra a má apreciação dos requisitos da concessão da tutela antecipada, mercê de insindicável por força da súmula 07/STJ.

8. Consectariamente, as decisões ao fixarem índices de participação, o fizeram analisando contratos adrede assinados, com o que, obliquamente, pretende-se que o E. STJ faça o mesmo, em afronta à Súmula 05.

9. Alegação de violação da Lei nº 8.894, que nas sanções ao eventual abuso do poder econômico não estabelece como penalidade a abertura compulsória do mercado, impondo contratados indesejados pelos contratantes.

10. Sob esse ângulo, é cediço que a possibilidade jurídica do pedido afere-se não pela previsão do mesmo no ordenamento, mas pela vedação do que se pretende via tutela jurisdicional, por isso que, em tema de direito processual, máxime quanto ao acesso à justiça, vige o princípio da liberdade, sendo lícito pleitear-se o que não é vedado.

11. Deveras, a efetividade da prestação jurisdicional implica em resultados práticos tangíveis e não meras divagações acadêmicas, porquanto, de há muito já afirmava Chiovenda, que o judiciário deve dar a quem tem direito, aquilo e justamente aquilo a que faz jus, posto não poder o processo gerar danos ao autor que tem razão. Ora, é da essência da ação civil pública gerar tutela específica, inibitória ou repressiva, sendo livre o juiz não só quanto às medidas de apoio para fazer valer a sua decisão, como também na prolação da mesma, impondo o que no direito anglo-saxônico se denomina *specific performance*. In casu, o Tribunal impôs uma prestação específica independentemente das multas, por isso que cada uma das medidas vem prevista em leis federais distintas a saber: a que veda as práticas abusivas econômicas (lei 8.884/94) e 7.437/85 (lei da ação civil pública).

12. Ademais, o artigo 24, inciso V, 2ª parte da Lei 8.884 prevê tutela inibitória de cessação de atividades infringentes aos princípios da ordem econômica, oportunidade em que, coadjuvada pela lei da ação civil, determina o fazer que conjura prática abusiva.

13. A suposta violação de cláusulas constitucionais escapa à cognição do Eg. STJ.

14. O Ministério Público *in casu* atua na defesa da ordem econômica, visando evitar os abusos, dentre os quais a cartelização do transporte de automóveis de ilegalidade manifesta.

15. " A Lei nº 8.884, de 11.6.94, transformou o Conselho Administrativo da Defesa Econômica - CADE em autarquia, dispondo ainda sobre a prevenção e repressão das infrações contra a ordem econômica, revogando grande parte da legislação anterior e tendo, por sua vez, sido parcialmente modificada.

A mencionada lei nº 7.347, incluindo no art. 1º da mesma um inciso V, que tem a seguinte redação:

'Regem-se pelas disposições desta lei... as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I- (...) V - por infração da ordem econômica.'

O art. 5º, II, da mesma Lei n. 7.347, também foi modificado para nele incluir uma referência à ordem econômica e à livre concorrência.

Trata-se de ampliação do âmbito de utilização da ação civil pública que, como vimos, só pode ser usada nos casos legalmente previstos, de modo que, a partir de 1994, também se torna um instrumento para defesa de direitos individuais, difusos ou coletivos no plano econômico.

Explica-se a inovação legislativa pelas modificações sofridas pela economia brasileira, com a sua recente abertura para o capital estrangeiro, em virtude da globalização que impera no mundo inteiro. A fim de evitar situações de dumping ou outras manobras ilegais, a ação civil pública tem a necessária dimensão, densidade e velocidade (em virtude da possibilidade de obtenção de medida liminar) para a defesa dos direitos e interesses das empresas brasileiras, uma contra as outras ou em relação às multinacionais sediadas no Brasil ou que operam no país." (in Mandado de Segurança, Hely Lopes Meirelles, 26ª Edição, atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, pg. 198/199)

16. Inexiste violação ao princípio do *ne bis in idem*, tendo em vista a possibilidade de instauração concomitante de ação civil pública e de processo administrativo, *in casu*, perante a SDE - Secretaria de Desenvolvimento Econômico do Ministério da Justiça, para investigação e punição de um mesmo fato, porquanto as esferas de responsabilização civil, penal e administrativa são independentes.

17. O novel art. 129, III, da Constituição Federal habilitou o Ministério Público à promoção de qualquer espécie de ação na defesa do patrimônio público social não se limitando à ação de reparação de danos.

18. Em consequência, legitima-se o Ministério Público a toda e qualquer demanda que vise à defesa do patrimônio público (neste inserido o histórico, cultural, urbanístico, ambiental, etc), sob o ângulo material (perdas e danos) ou imaterial (lesão à moralidade), bem como à defesa da ordem econômica, consoante dispõe o parágrafo único do art. 1º da lei 8.884/94.

19. É cediço no Eg. STJ que "*em ação proposta pelo Ministério Público Federal, órgão da União, somente a Justiça Federal está constitucionalmente habilitada a proferir sentença que vincule tal órgão*" (CC 40.534, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 17/05/04). Ademais, o *amicus curiae* opina em favor de uma das partes, o que o torna um singular assistente, porque de seu parecer exsurge o êxito de uma das partes, por isso a lei o cognomina de assistente. É assistente *secundum eventum litis*.

20. Recurso especial desprovido.

### ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki, a Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça decide, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki (voto-vista), Denise Arruda e Francisco Falcão (RISTJ, art. 162, § 2º, segunda parte) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Delgado.  
Brasília, 06 de dezembro de 2005.

MINISTRO LUIZ FUX  
Relator



RECURSO ESPECIAL Nº 677.585 - RS (2004/0126889-8)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator): ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS TRANSPORTADORAS DE VEÍCULOS - ANTV insurge-se, via recurso especial, com arrimo na alínea "a", do permissivo constitucional, contra acórdão proferido em agravo de instrumento pelo Eg. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, cuja ementa merece transcrição:

*" ORDEM ECONÔMICA. PROCEDIMENTOS LIMITADORES. ATIVIDADE ECONÔMICA. LIBERDADE. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REQUISITOS. CONCESSÃO.*

*Necessidade de prestigiar a liberdade de concorrência, a liberdade de fixação de preços em face dos custos que cada prestador de serviços de transporte efetivamente tem.*

*A atividade econômica - fundada na valorização do trabalho humano e nas livres iniciativa e concorrência - deve ser pautada no sentido de assegurar a todos uma existência digna e justa, a teor da CF/88, art. 170.*

*Fortes indícios de abuso de poder econômico por uso de práticas de fixação de preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços de transporte de veículos novos, saídos das montadoras ou originados de importação por montadoras. Identificadas limitações e empecilhos de acesso de novas empresas no mercado "cegonheiro". Inadmissível que o bem e o serviço ingressem no mercado de consumo de forma tabelada, com preços pré-fixados, sem liberdade de escolha de rota/trecho/trajeto de transporte.*

*Presentes os requisitos necessários à concessão da antecipação da tutela.*

Opostos embargos de declaração pela ANTV, os mesmos foram rejeitados, nos termos da seguinte ementa:

*"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CABIMENTO. EFEITOS INFRINGENTES. PREQUESTIONAMENTO.*

*A lei processual define com clareza as hipóteses de cabimento dos embargos declaratórios, pelo que, não ocorrente pelo menos uma delas, devem os mesmos ser rejeitados, tampouco tendo amparo jurídico o interposto com o fim de auferir caráter infringente."*

Trata-se, originariamente, de ação civil pública, com pedido de tutela antecipada, promovida pelo Ministério Público Federal contra a ora requerente ANTV (Associação Nacional das Empresas Transportadoras de Veículos), o SINDICAN e a General Motors do Brasil, objetivando a abertura do segmento de mercado para os "cegonheiros" autônomos na área de transporte para diversas localidades do país de veículos fabricados pela montadora General Motors do Brasil.

Alegou a recorrente que a General Motors do Brasil Ltda (GMB) é empresa automobilística inicialmente instalada na cidade de São Caetano do Sul/SP. Quando da instalação de uma nova fábrica da referida montadora na cidade de Gravataí, Porto Alegre, muitas empresas e transportadores autônomos (de naturalidade gaúcha) vislumbraram farta possibilidade de emprego, a fim de trabalharem como transportadores para a GMB. Entretanto, o fato de a referida montadora não ter inicialmente procedido à contratação destas empresas e transportadores autônomos "locais", preferindo utilizar os serviços de outros prestadores de serviços (dentre os quais incluem-se empresas associadas à ANTV), culminou por contrariar aqueles que não obtiveram êxito em sua tentativa de prestar serviços pra GMB.

A tutela antecipada restou deferida pelo Juízo monocrático, determinando que empresas e profissionais autônomos, desvinculados das empresas associadas da ANTV e não filiados ao SINDICAM participassem também dos serviços de transporte de veículos à GMB. A ANTV interpôs agravo de instrumento, sob o fundamento de a referida decisão violar o princípio da livre iniciativa (art. 170, *caput*, IV, da CF/88). O agravo foi desprovido, consoante a ementa acima transcrita, sobrevindo embargos de declaração, que restaram rejeitados sob a invocação de ausência de omissão.

A ANTV ajuizou, ainda, medida cautelar, com pedido de liminar, perante o STJ, visando a concessão de efeito suspensivo ao presente recurso especial, que restou indeferido. Entretanto, a referida decisão foi sustada até o julgamento final do agravo regimental, tendo em vista a situação premente exurgida no mercado de transporte de veículos (cegonheiros), consubstanciada no movimento grevista propalado em todo o território nacional e no abalo social com a ruptura dos contratos, que culminou por gerar um *periculum in mora* superveniente. Em seguida, no julgamento do agravo regimental, a Turma manteve o indeferimento da liminar.

Nas razões lançadas no recurso especial, sustenta a ANTV que o acórdão recorrido violou seguinte:

- art. 535, CPC - porquanto o acórdão *a quo* não analisou as seguintes questões:

- a decisão do Juízo *a quo* implicava na criação de distinção entre brasileiros, uma vez que a ação civil pública constitui tentativa de garantir uma reserva de mercado para transportadores

de veículos gaúchos;

- a decisão agravada elevou a originária ação civil pública à qualidade de "ação afirmativa" de maneira equivocada e não fundamentada.

- a presente demanda implica em *bis in idem* com relação a procedimento administrativo em curso perante a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, posto que ambos são idênticos no que se refere ao pedido e à causa de pedir e a ANTV e o SINDICAM integra o pólo passivo de ambos.

- a decisão agravada fundamenta as restrições impostas à ANTV com base no princípio da proporcionalidade, utilizado de maneira totalmente equivocada;

- a decisão agravada implica na violação aos princípios constitucionais da liberdade de iniciativa e intervenção indevida do Estado nos negócios privados.

- arts. 23 e 24 da lei 8.884/94 tendo em vista a impossibilidade jurídica do pedido, posto que a decisão de 1ª instância no sentido promover a "abertura" no mercado de transporte de veículos não tem fundamento legal, além de representar um violento ataque ao livre arbítrio das empresas associadas à ANTV, na medida em que é determinada a contratação do transporte entre empresas e caminhoneiros desvinculados do modelo atual de transporte;

- A recorrente alega, ainda, a desnecessidade da propositura da ACP para a obtenção da finalidade perseguida pelo Ministério Público Federal, consoante o seguinte excerto:

*"Por outro lado, a partir da análise dos pedidos formulados pelo Digno Ministério Público na ACP relativos à ANTV (desconstituição da ANTV, condenação ao pagamento da multa prevista no art. 23, inciso III, da Lei 8.884/94, etc.) verifica-se, destarte, que os processos em trâmite perante o MM. Juízo a quo e perante a digna SDE são idênticos no que se refere ao pedido e à causa de pedir, sendo que a ANTV e o SINDICAM integram o pólo passivo de ambos."*

- arts. 23 e 24 da lei 8.884/94 - uma vez que não há qualquer base legal para que se determine a "abertura" de um dado mercado em caso de condenação de um agente por práticas contra a concorrência;

- art. 3º do CPC e art. 1º da lei 7.347/85, tendo em vista a falta de interesse de agir do Ministério Público Federal, porquanto a presente ACP não visa amparar direitos difusos ou coletivos, mas, tão-somente, direitos individuais;

- art. 273 do CPC, em virtude da ausência dos requisitos para o deferimento da

medida antecipatória.

Contra-razões oferecidas pelo Ministério Público Federal às fls.509/533, aduzindo, em preliminar, ausência de prequestionamento das matérias atinentes à impossibilidade jurídica do pedido, à falta de legitimidade e de interesse de agir do MPF e à inadequação da ação civil pública.

No mérito, argumenta que o art. 273 não pode ser conhecido ante a impossibilidade de reexame de prova perante o Eg. STJ.

No que pertine à legitimidade aventada na peça recursal, contra-argumenta o MPF que tem amparo nos arts. 127 e 129 da CF, no art. 6º, VII, *a e c*, da LC 75/93 e art. 5º da Lei 7.347/85 e art. 1º, da lei 8.884/94.

Por fim, alega o MPF não se verificar violação ao princípio do *ne bis in idem*, tendo em vista a possibilidade de instauração concomitante de ação civil pública e de processo administrativo, *in casu*, perante a SDE - Secretaria de Desenvolvimento Econômico do Ministério da Justiça, para investigação e punição de um mesmo fato, porquanto as esferas de responsabilização civil, penal e administrativa são independentes .

Às fls. 492, consta o recurso extraordinário dirigido ao Eg. STF, inadmitido na origem.

Juízo de admissibilidade positivo do recurso especial à fl. 535/vº, ascenderam os autos ao Eg. STJ.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 677.585 - RS (2004/0126889-8)

EMENTA

**RECURSO ESPECIAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. TRANSPORTADORAS DE VEÍCULOS. "CEGONHEIROS". INDÍCIOS DE ABUSO DE PODER ECONÔMICO E FORMAÇÃO DE CARTÉIS.**

1. A violação do art. 535 do CPC ocorre quando há omissão, obscuridade ou contrariedade no acórdão recorrido. Inocorre o referido vício *in procedendo* posto não estar o juiz obrigado a tecer comentários exaustivos sobre todos os pontos alegados pela parte, mas antes, a analisar as questões relevantes para o deslinde da controvérsia.

2. O exame do preenchimento dos pressupostos para a concessão da tutela antecipada previstos no artigo 273, deve ser aferido pelo juiz natural, sendo defeso ao STJ o reexame desse pressuposto de admissibilidade, em face do óbice contido na súmula 07/STJ. (Precedentes da Corte: REsp 436.401/PR, 2ª T., Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 28/06/2004; AGA 520.452/RJ, 1ª T., Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 31/05/2004; REsp 521.814/SE, 5ª T., Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 08/03/2004; REsp 440.663/SP, 4ª T., Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 16/02/2004; REsp 515.536/AC, 3ª T., Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 19/12/2003.)

3. Aferição pelas instâncias inferiores de prática econômica abusiva violando a livre concorrência, posto estratégia tendente a limitar a participação nesse segmento aos integrantes da associação, inflindo sobremodo no preço do frete.

4. Comprovação dos fatos, *quantum satis* na instância inferior que gerou a concessão de tutela antecipatória *in itinere* com a fixação de cotas para os trabalhadores autônomos.

5. Deveras, a atuação paralela das entidades administrativas do setor (CADE e SDE), não inibe a intervenção do Judiciário *in casu*, por força do princípio da inafastabilidade, segundo o qual nenhuma ameaça ou lesão a direito deve escapar à apreciação do Poder Judiciário, posto inexistente em nosso sistema o contencioso administrativo e, *a fortiori*, desnecessária a exaustão da via extrajudicial para invocação da prestação jurisdicional.

6. Decisão atacada que, analisando as condições de mercado, fixou percentuais de participação de trabalhadores autônomos com fulcro no pilar da livre iniciativa, um dos fundamentos da República, posto valorizar o trabalho humano, conspirando em prol de uma sociedade digna, justa e solidária, como promete o novel Estado Princiopológico Brasileiro, delineado no ideário da nação, que é a nossa Constituição Federal. Aliás, o art. 170 da CF dispõe: "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:" Para esse fim, presta-se a intervenção estatal no domínio econômico, que, dentre outras medidas,



*inciso V, que tem a seguinte redação:*

*'Regem-se pelas disposições desta lei... as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I- (...) V - por infração da ordem econômica.'*

*O art. 5º, II, da mesma Lei n. 7.347, também foi modificado para nele incluir uma referência à ordem econômica e à livre concorrência.*

*Trata-se de ampliação do âmbito de utilização da ação civil pública que, como vimos, só pode ser usada nos casos legalmente previstos, de modo que, a partir de 1994, também se torna um instrumento para defesa de direitos individuais, difusos ou coletivos no plano econômico.*

*Explica-se a inovação legislativa pelas modificações sofridas pela economia brasileira, com a sua recente abertura para o capital estrangeiro, em virtude da globalização que impera no mundo inteiro. A fim de evitar situações de dumping ou outras manobras ilegais, a ação civil pública tem a necessária dimensão, densidade e velocidade (em virtude da possibilidade de obtenção de medida liminar) para a defesa dos direitos e interesses das empresas brasileiras, uma contra as outras ou em relação às multinacionais sediadas no Brasil ou que operam no país." (in Mandado de Segurança, Hely Lopes Meirelles, 26ª Edição, atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, pg. 198/199)*

**16.** Inexiste violação ao princípio do *ne bis in idem*, tendo em vista a possibilidade de instauração concomitante de ação civil pública e de processo administrativo, *in casu*, perante a SDE - Secretaria de Desenvolvimento Econômico do Ministério da Justiça, para investigação e punição de um mesmo fato, porquanto as esferas de responsabilização civil, penal e administrativa são independentes .

**17.** O novel art. 129, III, da Constituição Federal habilitou o Ministério Público à promoção de qualquer espécie de ação na defesa do patrimônio público social não se limitando à ação de reparação de danos.

**18.** Em consequência, legitima-se o Ministério Público a toda e qualquer demanda que vise à defesa do patrimônio público (neste inserido o histórico, cultural, urbanístico, ambiental, etc), sob o ângulo material (perdas e danos) ou imaterial (lesão à moralidade), bem como à defesa da ordem econômica, consoante dispõe o parágrafo único do art. 1º da lei 8.884/94.

**19.** É cediço no Eg. STJ que "*em ação proposta pelo Ministério Público Federal, órgão da União, somente a Justiça Federal está constitucionalmente habilitada a proferir sentença que vincule tal órgão*" (CC 40.534, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 17/05/04). Ademais, o *amicus curiae* opina em favor de uma das partes, o que o torna um singular assistente, porque de seu parecer exsurge o êxito de uma das partes, por isso a lei o cognomina de assistente. É assistente *secundum eventum litis*.

**20.** Recurso especial desprovido.

**VOTO**

**O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator):** Preliminarmente, conheço do recurso pelas alíneas "a" e "c", uma vez que prequestionada a matéria federal suscitada, bem como a divergência restou devidamente demonstrada nos moldes exigidos pelo art. 255 do RISTJ. Entretanto, afasta-se o conhecimento da suposta violação de cláusulas constitucionais da liberdade de iniciativa e intervenção indevida do Estado nos negócios privados, porquanto escapa à cognição do Eg. STJ.

Os dispositivos legais supostamente violados assim dispõem:

**Lei 8.884/94**

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

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

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

*III - No caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será de 6.000 (seis mil) a 6.000.000 (seis milhões) de Unidades Fiscais de Referência (Ufir), ou padrão superveniente. (Incluído pela Lei nº 9.069, de 29.6.95)*

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

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

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

*II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, junto à Administração Pública*





*II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.*

Com efeito, a mencionada violação do art. 535 do CPC não restou configurada, uma vez que o Tribunal de origem pronunciou-se de forma clara e suficiente sobre todas as questões postas nos autos. Saliente-se, ademais, como cediço, que o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão, como de fato ocorreu na hipótese dos autos. (REsp 602.615, Rel. Min. José Delgado, DJ 14/06/2004; REsp 602.998, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 28/04/2004; Resp 498.393, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 26/04/2004).

Aliás, a matéria suscitada no recurso de agravo foi devidamente enfrentada pela Corte *a quo*, consoante se extrai do voto condutor do acórdão:

*" Registro, inicialmente, meu ponto de vista pessoal no sentido de que, apenas em casos excepcionais, se revela tolerável a intervenção da Instância Superior na Inferior, vez que ao 'juiz da causa' compete o exame sobre a presença ou não dos requisitos legais para a concessão de liminar. A generalização dessa providência implicaria evidente hipótese de supressão do primeiro grau de jurisdição, devendo-se, portanto, prestigiar as decisões monocráticas(...)*

*A lei processual prevê, explicitamente, os requisitos à antecipação de tutela, nas disposições dos incisos do art. 273, do CPC, desde que havendo prova inequívoca - capaz de convencer o Magistrado da verossimilhança da alegação e; (...)"*

*" E assim faço, porque a decisão prestigia a liberdade de concorrência, a liberdade de fixação de preços em face dos custos que cada prestador de serviços de transporte efetivamente tem. A atividade econômica - fundada na valorização do trabalho humano e nas livres iniciativa e concorrência - deve pautar-se no sentido de assegurar a todos uma existência digna e justa (CF/88, art. 170).*

*Nos autos, há fortes indícios de abuso de poder econômico no tocante ao uso de práticas de fixação de preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços de transporte de veículos novos (...)" (prequestionamento dos arts. 19 e 170 da CF/88)*

No que pertine à eventual violação do art. 273 do CPC, o recurso não merece prosperar, porquanto a análise do preenchimento dos pressupostos autorizadores da medida antecipatória esbarra na vedação contida na Súmula 07 desta Corte uma vez que, faz-se mister o

exame minucioso e aprofundado da prova, que deve ser inequívoca, provocando o convencimento do julgador de sua verossimilhança e do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Destarte, quanto à irreversibilidade do provimento, essa investigação se opera na via processual originária, e não na do especial, uma vez que esta Corte recursal não reexamina provas. Em suma: o exame do preenchimento dos pressupostos para a concessão da tutela antecipada previstos no artigo 273, deve ser aferido pelo juiz natural, sendo defeso ao STJ o reexame desse juízo de admissibilidade.

Por isso que se o Tribunal *a quo* entendeu inequívoca a prova produzida para fins de concessão de tutela, não cabe ao STJ revisitá-la para concluir sobre ser ela inatacável a ponto de gerar a verossimilhança exigida pelo artigo 273 do CPC. Quando muito, haveria lesão à ordem jurídica, inaugurando a tarefa constitucional do STJ acaso a instância local, mercê de não considerar a prova inequívoca como exige a lei (art. 273 do CPC), autorizasse, assim mesmo, a concessão de tutela, promiscuando os conceitos legais de *fumus boni juris* e verossimilhança, o que de fato não houve, à luz da data da demanda antecedida de longo inquérito civil.

Esse o entendimento pacífico da Corte, consoante se depreende da leitura dos seguintes julgados:

**"RECURSO ESPECIAL - PROCESSO CIVIL - TUTELA ANTECIPADA - REQUISITOS - PRETENDIDA REVISÃO - IMPOSSIBILIDADE - INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ - ALEGADA VEDAÇÃO DE CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.**

- É vedado à essa instância especial examinar a presença dos requisitos autorizadores à concessão de antecipação de tutela, pois haveria necessidade de se penetrar no exame do conjunto fático probatório e sopesar os fundamentos que serviram de arrimo para a instância ordinária acolher, ou não, a tutela antecipatória. Precedentes deste Sodalício.

- Em estudo elaborado por este Relator ficou consignado que "foi firmado o princípio da admissibilidade da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, exceto as exceções restritivas. Sobre essas limitações, o Pretório Excelso dirá a última palavra" (cf. Domingos Franciulli Netto in "Notas sobre o precatório na execução contra a Fazenda Pública", in Revista dos Tribunais, n. 768, outubro de 1999, p. 44).

- A jurisprudência, por sua vez, orienta-se no mesmo sentido, pois, nos termos do voto da lavra do insigne Ministro Castro Meira "é admissível a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública desde que efetivamente demonstrados os requisitos que ensejam a sua concessão. A Lei n.º 9.494/97 não constitui óbice aos provimentos

antecipatórios contra entidades de direito público, senão nas hipótese taxativamente previstas em lei" (cf. REsp 513.842-MG, in DJ de 1/3/2004).

- Seja como for, não há perder de vista que a r. sentença de 1º grau julgou improcedentes os pedidos da recorrida e cassou a antecipação da tutela anteriormente concedida (cf. fl. 301 do REsp 541.953-PR - em apenso), a demonstrar a perda de interesse recursal.

- Recurso especial improvido." (REsp 436.401/PR, 2ª T., Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 28/06/2004)

**"PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REQUISITOS. SÚMULA 07/STJ. AGRAVO REGIMENTAL QUE NÃO INFIRMOU TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 182, DO STJ.**

I - A jurisprudência desta colenda Corte é uníssona no sentido de que, para análise da concessão da antecipação de tutela mister se faz o exame perfunctório dos pressupostos legais previstos nos incisos I e II do art. 273, do Estatuto Processual Civil em vigor, não sendo, destarte, a via eleita do recurso especial o meio idôneo para o reexame dos fundamentos da decisão, incidindo, na espécie, a Súmula nº 07 deste Tribunal.

(...)

III - Agravo regimental não conhecido." (AGA 520.452/RJ, 1ª T., Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 31/05/2004)

**"RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE FRANQUIA. CONTRATO DE SUBLOCAÇÃO E CONTRATO DE CESSÃO DE DIREITOS. TUTELA ANTECIPADA. POSSIBILIDADE DE SUA CONCESSÃO. ART. 273, CPC. IRREVERSIBILIDADE QUE NÃO SE DEMONSTRA. QUADRO FÁTICO INSUSCETÍVEL DE EXAME EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL.**

Recurso não conhecido." (REsp 521.814/SE, 5ª T., Rel. Min. José Amaldo da Fonseca, DJ 08/03/2004)

**"PROCESSUAL CIVIL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. ANÁLISE DE SEUS PRESSUPOSTOS. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7-STJ. CONTRATO COMERCIAL. MANUTENÇÃO. OBJEÇÃO DA PARTE. CONSEQÜÊNCIA.**

I - Os conceitos de prova inequívoca e verossimilhança da alegação, a teor do disposto no art. 273 do Código de Processo Civil estão particular e essencialmente ligados ao conjunto fático-probatório, cujo exame é vedado em sede de especial, a teor da súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça.

(...)

3 - Recurso especial não conhecido." (REsp 440.663/SP, 4ª T., Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 16/02/2004)

**"AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA ANTECIPADA. ART. 273 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. SÚMULA Nº 07 DA CORTE. PRECEDENTE.**

1. O exame pelo acórdão recorrido dos requisitos para o deferimento da tutela antecipada, esmiuçando a prova produzida, afasta a violação do art. 273 do Código de Processo Civil (REsp nº 332.194/SP, de minha relatoria, DJ de 25/02/02).
2. Recurso especial não conhecido." (REsp 515.536/AC, 3ª T., Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 19/12/2003)

Ademais, a atuação paralela das entidades administrativas do setor (CADE e SDE), não inibe a intervenção do Judiciário *in casu*, por força do princípio da inafastabilidade, segundo o qual nenhuma ameaça ou lesão a direito deve escapar à apreciação do Poder Judiciário, posto inexistente em nosso sistema o contencioso administrativo e, *a fortiori*, desnecessária a exaustão da via extrajudicial para invocação da prestação jurisdicional.

Nada obstante, a decisão atacada que, analisando as condições de mercado, fixou percentuais de participação de trabalhadores autônomos com fulcro no pilar da livre iniciativa, um dos fundamentos da República, posto valorizar o trabalho humano, conspirando em prol de uma sociedade digna, justa e solidária, como promete o novel Estado Princiológico Brasileiro, delineado no ideário da nação, que é a nossa Constituição Federal.

Aliás, o art. 170 da CF assim dispõe:

*"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:"*

Sob as luzes do magistério de WERTER FARIA, na sua importante obra "*Constituição Econômica Liberdade de Iniciativa e de Concorrência*", tece valiosas considerações sobre a evolução conceitual do princípio da livre concorrência:

*" Outro princípio geral da ordem econômica é o da livre concorrência. Como a propriedade, a concorrência é um corolário da liberdade de iniciativa e de atuação econômica .*

\*\*\*

*A lei que reprime os comportamentos que tenham em vista a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros é defensiva do regime de competição chamada imperfeita. Alberto Pinheiro Xavier (Repressão ao Abuso do Poder Econômico, vol. III, São Paulo, 1976, p. 78) observa que "o primeiro ponto ao abordar o tema*

*da defesa da livre concorrência, consiste, logicamente, em saber que espécie de concorrência deve ser defendida. O que é, no mundo de hoje, a concorrência objeto dessa defesa? Efetivamente, da obra dos economistas clássicos resulta uma concepção de concorrência pura e perfeita, que seria caracterizada por dois atributos essenciais: a atonicidade e a fluidez do mercado. Em palavras mais simples, haveria concorrência no mercado sempre que houvessem vários vendedores e compradores - isto é, a atonicidade - de maneira que nenhum deles, isoladamente, pudesse influenciar o comportamento dos demais. E aqui reside a fluidez. Eis aí a concorrência nos primeiros clássicos caracterizada, portanto, pela estrutura do mercado. Era um mercado concorrencial, era um mercado de estrutura atomística e fluída. A verdade é que um certo adensamento e uma maior complexidade do processo econômico no mundo contemporâneo conduziram a que a análise moderna encarasse a concorrência não tanto como uma estrutura, mas como um comportamento. O essencial para a existência de concorrência não era tanto um grande número de compradores e vendedores, mas um comportamento competitivo, ainda que de número restrito." (obra citada, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1990, p. 58).*

Nesse sentido, a defesa da livre concorrência decorre da repulsa do direito ao abuso do poder econômico, que ganhou novos contornos a partir da contemporânea dinâmica da economia de mercado. AURÉLIO WANDER BASTOS, em artigo publicado na Revista de Direito do Consumidor, analisa com bastante lucidez as lesões causadas por uma conduta abusiva economicamente:

*" Abuso do poder econômico é uma violação ao mercado e à ordem jurídica, na medida em que o mercado é um bem protegido pela ordem jurídica. Esta não é também uma infração contra terceiros diretamente, mas um ato excessivo e prejudicial às condições básicas de mercado, pois afeta interesses de terceiros, os quais precisam, nele, desenvolver suas atividades. O mercado é um bem juridicamente protegido com bem coletivo. Pertence a todos, inclusive aqueles que não exercem atividades comerciais diretas e têm o direito de exigir ou buscar proteção legal e institucional para se alcançar o seu funcionamento equilibrado. Por isso, o ato ou conduta que fere o mercado não é, propriamente, uma infração contra terceiro, titular de um bem específico, mas uma prática infrativa contra as regras de funcionamento de mercado, que é direito de todos. Esta é a razão pela qual dominar mercado, eliminar a concorrência ou obter lucros arbitrários em si não são infrações ou atos infrativos, porque são a negação, pura e simples, do bem*



atuação na Justiça Estadual de Santa Catarina) constituem evidentes testemunhos dos indiscutíveis benefícios que essas instituições podem dar à economia em geral na promoção da livre concorrência.

g) O critério utilizado no exame do habeas corpus citado, da lavra do E. Min. José Arnaldo da Fonseca constitui notável contribuição do Poder Judiciário para este devido equacionamento. A reclamada aptidão do Direito para com o ponto de vista econômico, aqui encontra exemplar clarificação e receptividade. Esse julgado - afiance-se: o magistrado é o positivador derradeiro da lei e da Constituição - encontra amparo na Constituição Federal e na idéia de unidade e coerência que o sistema jurídico possui. A idéia de exame meramente literal do artigo 109 da Constituição Federal não configura autêntica interpretação, sendo apenas momento inicial de uma verdadeira exegese jurídica.

h) a idéia formulada de que as decisões judiciais ventiladas não estão amparadas em correspondente análise econômica não é verdadeira (a não ser que se compreenda por essa afirmativa a análise que é feita no âmbito da Secretaria de Acompanhamento Econômico). Junto à inicial foram colacionados preços e pericia comparativa nas práticas dos agentes econômicos do cartel e nos preços praticados por agentes econômicos que operam no "mercado livre". A informação ao Juízo - publicado em site da ANTV - de que esta é responsável por 100% do transporte de veículos novos junto às montadoras - absoluto domínio de mercado, com a prática de delitos não apurados mas que fortalecem aquela situação de controle absoluto do mercado constituíram - em grau variado - fundamento para as decisões monocráticas adotadas."

Nada obstante, no julgamento do *Habeas Corpus* 32.292, justamente em ação penal movida pelo Ministério Público Federal em complementaridade à presente ação civil pública, ou seja, pela prática de delito-crime econômico - previsto no art. 4º da Lei n. 8.137/90, debateu-se, naqueles autos, a tese da competência estadual *versus* a tese da competência federal para o julgamento do delito atribuído ao réu (ex-presidente da ANTV).

O E. STJ, reconhecendo o espectro translocal da questão assentou:

**"HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM ECONÔMICA. CARTELIZAÇÃO. LEI N.º 8.137/90. COMPETÊNCIA. INTERESSE NACIONAL. RESTRIÇÃO À ATIVIDADE PROFISSIONAL EM VÁRIOS ESTADOS. JUSTIÇA FEDERAL.**

*Inexistindo determinação expressa, os crimes contra a ordem econômica, previstos na Lei 8.137/90, reclamam a*





*titular dos bens atingidos pela suposta atuação do Paciente é a coletividade. Como não se ver, no caso, dano à integridade da ordem econômica como um todo? Assim, entendendo que a fraude a esses bens, por si só, conclama a fixação de competência da Justiça Federal.*

*Em resumo, percebo ser objeto da persecução penal interesses gerais da sociedade, pois sem a higidez da ordem econômica nacional e suas conseqüentes relações de consumo, o desenvolvimento do país, seu progresso econômico é lesado. E são esses fatores que dependem de firme fiscalização do órgão de controle, no caso, o CADE. Nesse passo, patente o interesse da União a sustentar a competência da Justiça Federal no presente feito, nos termos do art. 109, IV, da Constituição Federal."*

*(...)*

*Afasta-se, portanto, a tese da defesa. Diga-se, outrossim, que na hipótese de prosperar o argumento defensivo de que o interesse local detém prevalência, chegar-se-ia à conclusão de serem permitidas várias ações penais em vários estados da federação, o que me parece não ser da pretensão do Paciente.*

*É certo que há citação de julgados deste Tribunal acerca de situações casuais, nas quais houve a indicação do foro estadual quando presente crime contra a ordem econômica. Contudo, os precedentes não averbaram o interesse supra-regional, a exemplo do caso em questão, mas tão-somente vincularam a lesividade da operação ao contexto local.*

*Ante o exposto, denego a ordem."*

*Não obstante, merece destaque o entendimento da Corte no sentido de que "em ação proposta pelo Ministério Público Federal, órgão da União, somente a Justiça Federal está constitucionalmente habilitada a proferir sentença que vincule tal órgão, ainda que seja sentença negando a sua legitimação ativa. E enquanto a União figurar no pólo passivo, ainda que seja do seu interesse ver-se excluída, a causa é da competência da Justiça Federal, a quem cabe, se for o caso, decidir a respeito do interesse da demandada (súmula 150/STJ)."*

Destarte, as digressões acerca da metodologia da estratégia econômica, cujo entendimento interdisciplinar retrata a antijuridicidade apontada pelo Ministério Público, revelam-se prematura de análise em sede de recurso especial voltado contra a má apreciação dos requisitos da concessão da tutela antecipada, mercê de insindicável por força da súmula 07/STJ.

Consectariamente, as decisões ao fixarem índices de participação, o fizeram

analisando contratos adrede assinados, com o que, obliquamente, pretende-se que o E. STJ faça o mesmo, em afronta à Súmula 05 da Corte.

Ademais, à vista do aresto recorrido, sobressai notório o óbice da Súmula 07 do E. STJ, interditando a análise fático-probatória. Ademais, a alegação de violação da Lei nº 8.894, sob a invocação de que as sanções ao eventual abuso do poder econômico não estabelece como penalidade a abertura compulsória do mercado, impondo contratos indesejados pelos contratantes, é tese que inclusive já foi rechaçada na cautelar rejeitada por esta Turma.

Sob esse ângulo, é cediço que a possibilidade jurídica do pedido afere-se não pela previsão do mesmo no ordenamento, mas pela vedação do que se pretende via tutela jurisdicional, por isso que, em tema de direito processual, máxime quanto ao acesso à justiça, vige o princípio da liberdade, sendo lícito pleitear-se o que não é vedado.

Deveras, a efetividade da prestação jurisdicional implica em resultados práticos tangíveis e não meras divagações acadêmicas, porquanto, de há muito já afirmava Chiovenda, que o judiciário deve dar a quem tem direito, aquilo e justamente aquilo a que faz jus, posto não poder o processo gerar danos ao autor que tem razão. Ora, é da essência da ação civil pública gerar tutela específica, inibitória ou repressiva, sendo livre o juiz não só quanto às medidas de apoio para fazer valer a sua decisão, como também na prolação da mesma, impondo o que no direito anglo-saxônico se denomina *specific performance*.

*In casu*, o Tribunal impôs uma prestação específica independentemente das multas consistente na abertura do mercado dos denominados "cegonheiros" em face de ter constatada a prática abusiva de dominação de mercado, por isso que cada uma das medidas vem prevista em leis federais distintas a saber: a que veda as práticas abusivas econômicas (lei 8.884/94) e 7.437/85 (lei da ação civil pública).

Ademais, o artigo 24, inciso V, 2ª parte da Lei 8.884 prevê tutela inibitória de cessação de atividades infringentes aos princípios da ordem econômica, oportunidade em que, coadjuvada pela lei da ação civil, determina o fazer que conjura prática abusiva.

Nesse sentido, a lição de Hely Lopes Meirelles:

*" A Lei nº 8.884, de 11.6.94, transformou o Conselho Administrativo da Defesa Econômica - CADE em autarquia, dispondo ainda sobre a prevenção e repressão das infrações contra a ordem econômica, revogando grande parte da legislação anterior e tendo, por sua vez, sido parcialmente modificada.*

*A mencionada lei nº 7.347, incluindo no art. 1º da mesma um inciso V, que tem a seguinte redação:*

*'Regem-se pelas disposições desta lei... as ações de*

*responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I- (...) V - por infração da ordem econômica.'*

*O art. 5º, II, da mesma Lei n. 7.347, também foi modificado para nele incluir uma referência à ordem econômica e à livre concorrência.*

*Trabalha-se de ampliação do âmbito de utilização da ação civil pública que, como vimos, só pode ser usada nos casos legalmente previstos, de modo que, a partir de 1994, também se torna um instrumento para defesa de direitos individuais, difusos ou coletivos no plano econômico.*

*Explica-se a inovação legislativa pelas modificações sofridas pela economia brasileira, com a sua recente abertura para o capital estrangeiro, em virtude da globalização que impera no mundo inteiro. A fim de evitar situações de dumping ou outras manobras ilegais, a ação civil pública tem a necessária dimensão, densidade e velocidade (em virtude da possibilidade de obtenção de medida liminar) para a defesa dos direitos e interesses das empresas brasileiras, uma contra as outras ou em relação às multinacionais sediadas no Brasil ou que operam no país." (in Mandado de Segurança, Hely Lopes Meirelles, 26ª Edição, atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, pg. 198/199)*

Por derradeiro, inexistente violação ao princípio do *ne bis in idem*, tendo em vista a possibilidade de instauração concomitante de ação civil pública e de processo administrativo, *in casu*, perante a SDE - Secretaria de Desenvolvimento Econômico do Ministério da Justiça, para investigação e punição de um mesmo fato, porquanto as esferas de responsabilização civil, penal e administrativa são independentes.

Por fim, subjaz a questão da legitimidade do Ministério Público para ajuizar a presente demanda civil pública.

É de sabença que, consoante o art. 5º, da Lei n.º 7.347/85, o Ministério Público é parte legítima para propor a ação civil pública para tutelar interesses difusos ou coletivos.

Deveras, o novel art. 129, III, da Constituição Federal habilitou o Ministério Público à promoção de qualquer espécie de ação na defesa do patrimônio público social não se limitando à ação de reparação de danos.

Destarte, nessa legislação especialíssima, consagra-se amiúde que nas hipóteses em que o representante do *parquet* não for autor, deverá intervir como *custos legis*. (LACP, art. 5º, § 1º; CDC, art. 92; ECA, art. 202 e LAP, art. 9º).

Com o advento da carta de 1988, evidenciando a importância da cidadania no controle dos atos da administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF como

tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou-se um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a ação popular, a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas.

Em consequência, legitima-se o Ministério Público a toda e qualquer demanda que vise à defesa do patrimônio público (neste inserido o histórico, cultural, urbanístico, ambiental, etc), sob o ângulo material (perdas e danos) ou imaterial (lesão à moralidade), bem como à defesa da ordem econômica, consoante dispõe o parágrafo único do art. 1º da lei 8.884/94.

Com essas considerações, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso especial.

É o voto.



*contrário, se a puder rever a instância a quo no processo em que proferida - seja ele de que natureza for - dela já não caberá recurso extraordinário, nem recurso especial, não porque seja interlocutória, mas por não ser definitiva. É o que se dá na espécie, na qual - não obstante o tom peremptório com que o enuncia a decisão recorrida - a afirmação sobre a plausibilidade da pretensão de mérito será sempre um juízo de deliberação essencialmente provisório e, por isso, revogável, quer no processo definitivo a ser instaurado, quer mesmo no processo cautelar" (RE 263.038/PE, 1ª Turma, Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 28.04.2000).*

4. Relativamente ao recurso especial, não se pode afastar, de modo absoluto, a sua aptidão como meio de controle da legitimidade das decisões que deferem ou indeferem medidas liminares. Todavia, a exemplo do recurso extraordinário, o âmbito da revisibilidade dessas decisões, por recurso especial, não se estende aos pressupostos específicos da relevância do direito (*fumus boni iuris*) e do risco de dano (*periculum in mora*). Relativamente ao primeiro, porque não há juízo definitivo e conclusivo das instâncias ordinárias sobre a questão federal que dá suporte ao direito afirmado; e relativamente ao segundo, porque há, ademais, a circunstância impeditiva decorrente da súmula 07/STJ, uma vez que a existência ou não de risco de dano é matéria em geral relacionada com os fatos e as provas da causa.

5. De qualquer modo, ainda que cabível recurso especial contra acórdão que nega ou concede medida cautelar ou antecipação da tutela, a questão federal passível de exame seria apenas a que diz respeito aos requisitos genéricos da relevância do direito e do risco de dano, previstos nos artigos 804 e 273 do CPC. Não é apropriado invocar, desde logo, e apenas, ofensa às disposições normativas relacionadas com o mérito da demanda.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido.

**O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI:**

1. Cuida-se de recurso especial apresentado em face de acórdão do TRF da 4ª Região que, julgando agravo de instrumento, manteve a decisão antecipatória da tutela, em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal visando a coibir alegada prática de atos atentatórios à ordem econômica, consistentes em ação concertada dos réus na organização e na formação dos preços do transporte de veículos produzidos ou importados pela General Motors do Brasil Ltda. Decidiu o Tribunal de origem que (a) estão presentes, no caso concreto, os requisitos autorizadores da concessão da antecipação de tutela; (b) "nos autos, há fortes indícios de abuso de poder econômico no tocante ao uso de práticas de fixação de preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços de transporte de veículos novos (...), além de limitações e empecilhos de acesso de novas empresas ao mercado 'cegonheiro'" (fl. 447-v). Foram rejeitados os embargos de declaração opostos pela ora recorrente (fls. 457-472).

No especial (fls. 480-505), fundado na alínea *a*, a recorrente aponta violação aos arts. 23 e 24 da Lei 8.884/94, 3º do CPC, 81 do CDC e 535 do CPC, aduzindo, em síntese, que (a) não há qualquer previsão, seja na Constituição Federal, seja na Lei 8.884/94, da penalidade de "abertura" de setor econômico acusado de infração à ordem econômica, por ação concertada ou formação de cartel, o que acarreta a impossibilidade jurídica do pedido formulado; (b) não está presente o requisito do interesse de agir, porque existe procedimento administrativo em curso destinado a







e velocidade (em virtude da possibilidade de obtenção de medida liminar) para a defesa dos direitos e interesses das empresas brasileiras, uma contra as outras ou em relação às multinacionais sediadas no Brasil ou que operam no país.' (in Mandado de Segurança, Hely Lopes Meirelles, 26ª Edição, atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, pg. 198/199)

16. Inexiste violação ao princípio do *ne bis in idem*, tendo em vista a possibilidade de instauração concomitante de ação civil pública e de processo administrativo, *in casu*, perante a SDE - Secretaria de Desenvolvimento Econômico do Ministério da Justiça, para investigação e punição de um mesmo fato, porquanto as esferas de responsabilização civil, penal e administrativa são independentes.

17. O novel art. 129, III, da Constituição Federal habilitou o Ministério Público à promoção de qualquer espécie de ação na defesa do patrimônio público social não se limitando à ação de reparação de danos.

18. Em consequência, legitima-se o Ministério Público a toda e qualquer demanda que vise à defesa do patrimônio público (neste inserido o histórico, cultural, urbanístico, ambiental, etc), sob o ângulo material (perdas e danos) ou imaterial (lesão à moralidade), bem como à defesa da ordem econômica, consoante dispõe o parágrafo único do art. 1º da Lei 8.884/94.

19. É cediço no Eg. STJ que '*em ação proposta pelo Ministério Público Federal, órgão da União, somente a Justiça Federal está constitucionalmente habilitada a proferir sentença que vincule tal órgão*' (CC 40.534, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 17/05/04). Ademais, o *amicus curiae* opina em favor de uma das partes, o que o torna um singular assistente, porque de seu parecer exsurge o êxito de uma das partes, por isso a lei o cognomina de assistente. É assistente *secundum eventum litis*.

20. Recurso especial desprovido."

Pedi vista.

2. Acompanho o voto do relator no que diz respeito ao não-reconhecimento de violação ao art. 535 do CPC, por negativa de prestação jurisdicional, tendo em vista que o acórdão recorrido, ainda que sucintamente, emitiu conclusão, fundada no exame do material probatório contido nos autos, no sentido da presença dos requisitos autorizadores da antecipação da tutela.

3. Sobre o tema da amplitude da revisibilidade pelas instâncias extraordinárias das decisões liminares de natureza cautelar ou antecipatória, proferi, na condição de relator, na sessão de 13.09.2005, voto nos autos do RESP 765.375/MA, alinhando as seguintes considerações:

"1. Os recursos para a instância extraordinária (recurso extraordinário e recurso especial) somente são cabíveis em face de '*causas decididas em única ou última instância*' (CF, art. 102, III e art. 105, III). Não é função constitucional do STF e nem do STJ, no julgamento de recursos extraordinários e recursos especiais, substituir-se às instâncias ordinárias para fazer juízo a respeito de questões constitucionais ou infraconstitucionais que, naquelas instâncias, ainda não tiveram tratamento definitivo e conclusivo. É o que ocorre com as medidas liminares de natureza cautelar ou antecipatória. Tais medidas, como se sabe, são conferidas à base de juízo de mera verossimilhança do direito invocado (art. 273, § 4º, art. 461, § 3º, primeira parte, art. 798 e art. 804 do CPC). Justamente por não representarem pronunciamento definitivo, mas provisório, a respeito da controvérsia, as medidas antecipatórias e cautelares devem ser confirmadas (ou, se for o caso, revogadas) pela sentença que julgar o mérito da causa, podendo, ademais, ser modificadas ou revogadas a qualquer tempo, inclusive pelo

próprio órgão que as deferiu (CPC, art. 273, § 4º, art. 461, § 3º, parte final, e art. 807). Somente com a sentença, portanto, é que se terá o pronunciamento definitivo sobre as questões jurídicas enfrentadas, em juízo perfunctório, na apreciação das liminares. A natureza precária e provisória do juízo de mérito desenvolvido em sede liminar desqualifica, assim, o requisito constitucional do esgotamento das instâncias ordinárias, indispensável ao cabimento do recurso extraordinário e do especial.

3. Com base nesse entendimento, o STF editou a súmula 735, segundo a qual "*Não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar*". Os precedentes que deram suporte à edição dessa súmula deixam claro que a interdição da via recursal extraordinária não decorre da simples circunstância de ser interlocutória a decisão que concede a liminar, mas sim de se tratar de decisão provisória, ainda sujeita a revogação ou modificação nas instâncias ordinárias. Sendo decisões provisórias não satisfazem o pressuposto constitucional de "*causa decidida em única ou última instância*". Eis as ementas e os excertos mais ilustrativos dos citados precedentes:

a) AgRg no AG 252.382/PE, Primeira Turma, Min. Moreira Alves, DJ de 24.03.2000:

*EMENTA: "Agravo regimental. Não cabimento de recurso extraordinário contra acórdão que defere liminar por entender que ocorrem os requisitos do 'fumus boni iuris' e do 'periculum in mora'. Em se tratando de acórdão que deu provimento ao agravo para deferir a liminar pleiteada por entender que havia o 'fumus boni iuris' e o 'periculum in mora', o que o aresto afirmou, com referência ao primeiro desses requisitos, foi que os fundamentos jurídicos (no caso, constitucionais) do mandado de segurança eram relevantes, o que, evidentemente, não é manifestação conclusiva da procedência deles para ocorrer a hipótese de cabimento do recurso extraordinário pela letra 'a' do inciso III do artigo 102 da Constituição (que é a dos autos) que exige, necessariamente, decisão que haja desrespeitado dispositivo constitucional, por negar-lhe vigência ou por tê-lo interpretado erroneamente ao aplicá-lo ou ao deixar de aplicá-lo. Agravo a que se nega provimento".*

*VOTO:*

"1. (...). Com efeito, em se tratando de acórdão que deu provimento a agravo para deferir liminar pleiteada por entender que havia o 'fumus boni iuris' e o 'periculum in mora', o que o aresto afirmou, com referência ao primeiro desses requisitos, foi que os fundamentos jurídicos (no caso, constitucionais) do mandado de segurança eram relevantes, o que, evidentemente, não é manifestação conclusiva da procedência deles para ocorrer a hipóteses de cabimento do recurso extraordinário pela letra 'a' do inciso III do artigo 102 da Constituição (que é a dos autos) que exige, necessariamente, decisão que haja desrespeitado dispositivo constitucional, por negar-lhe vigência por tê-lo interpretado erroneamente ao aplicá-lo ou ao deixar de aplicá-lo."

b) RE 263038/PE, Primeira Turma, Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 28.04.2000:

*"EMENTA: RE: cabimento: decisão cautelar, desde que definitiva: conseqüente inadmissibilidade contra acórdão que, em agravo, confirma liminar, a qual, podendo ser revogada a qualquer tempo pela instância a quo, é insusceptível de*

ensejar o cabimento do recurso extraordinário, não por ser interlocutória, mas sim por não ser definitiva".

VOTO:

"Não obstante o tema do apelo esteja respaldado pela decisão plenária do Supremo Tribunal (RREE 227832, 233807, T. Pleno, 1º.7.1999, Velloso, Inf. 155), a decisão recorrida não comporta recurso extraordinário. Impugna-se decisão cautelar que, negando provimento ao agravo, manteve o deferimento de liminar em ação cautelar, porque - aduz o RE - seria improcedente a pretensão principal - no caso, gozo da imunidade tributária. Certo, há muitas décadas é firme no Tribunal a admissibilidade do recurso extraordinário contra decisões interlocutórias nas quais, entretanto, se contenha, por força da preclusão conseqüente, a decisão definitiva da questão federal nas instâncias ordinárias. A jurisprudência é vetusta (cf. Cordeiro de Mello, *O Processo no Supremo Tribunal Federal*, Fr. Bastos, 1964, II/703) tem por si os clássicos (Pedro Lessa, *Do Poder Judiciário*, 1915, p. 119; Epiáfio Pessoa, *Recurso Extraordinário*, Rev. de Direito, Matos Peixoto, *Recurso Extraordinário*, Fr. Bastos, 1935, p. 210; Castro Nunes, *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, Forense, p. 334; Costa Manso, *Processo na Segunda Instância*, 1º/170; Afonso da Silva, *Do Recurso Extraordinário no Proc. Civil*, ed. RT, 1963, p. 276 ss.). Não o desconheceu a recente L. 9756/98, que introduziu o § 3º ao art. 542 C.Pr.Civ, para prescrever que, 'interpostos contra decisão interlocutória ao processo de conhecimento, cautelar ou embargos à execução', o recurso extraordinário, ou o especial ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contra-razões': pelo contrário, ao determinar a retenção na hipótese, pressupôs a lei corretamente a admissibilidade contra decisões interlocutórias. Cuida-se, porém, de admissibilidade subordinada - resulta da invariável jurisprudência de priscas eras e dos mestres recordados - à eficácia preclusiva da interlocutória relativamente à questão federal, constitucional ou ordinária, da qual se cogite. Ao contrário, se a puder rever a instância a quo no processo em que proferida - seja ele de que natureza for - dela já não caberá recurso extraordinário, nem recurso especial, não porque seja interlocutória, mas por não ser definitiva. É o que se dá na espécie, na qual - não obstante o tom peremptório com que o enuncia a decisão recorrida - a afirmação sobre a plausibilidade da pretensão de mérito será sempre um juízo de delibação essencialmente provisório e, por isso, revogável, quer no processo definitivo a ser instaurado, quer mesmo no processo cautelar. Em caso similar, no qual lhe acompanhei o voto, consignou no voto condutor o em. Ministro Moreira Alves - AgRAg 252362, 15.02.00, Inf. STF 178:

'...em se tratando de acórdão que deu provimento a agravo para deferir a liminar pleiteada por entender que havia o 'fumus boni iuris' e o 'periculum in mora', o que o aresto afirmou, com referência ao primeiro desses requisitos, foi que os fundamentos jurídicos, (no caso, constitucionais) do mandado de segurança eram relevantes, o que, evidentemente, não é manifestação conclusiva da procedência deles para ocorrer a hipótese de cabimento do recurso extraordinário pela letra "a" inciso I do artigo 102 da Constituição ( que é a dos autos) que exige, necessariamente, decisão que haja desrespeitado dispositivo constitucional, por negar-lhe vigência ou por tê-lo interpretado erroneamente ao aplicá-lo ou ao deixar de aplicá-lo."

Falta, pois, à decisão recorrida - ao menos no tópico que a impugna o recurso

*extraordinário - a qualificação de definitividade, que a faz susceptível de recurso extraordinário ".*

c) AgRg no AG 245.703-2/SP, Segunda Turma, Min. Marco Aurélio, DJ de 25.02.2000:

*EMENTA: "RE - DEMANDA CAUTELAR - LIMINAR. A liminar concedida em demanda cautelar, objeto de confirmação no julgamento de agravo de instrumento, não é impugnável mediante recurso extraordinário "*

*VOTO:*

*"(...) Quer se trate de liminar em mandado de segurança, quer em ação cautelar, a decisão proferida não se enquadra na previsão do artigo 542, § 3º, do Código de Processo Civil, considerada a redação imprimida pela Lei nº 9.756/98. A razão é muito simples: respeitado o preceito, o recurso extraordinário interposto, uma vez julgada a própria ação cautelar, ficará prejudicado. Por isso, declarei-o inadequado à espécie. A prevalecer a óptica do Agravante e presente o predicado 'utilidade' determinar-se-á, de imediato, o processamento, se for o caso, recurso extraordinário. A liminar é decisão precária e efêmera que não desafia a recorribilidade extraordinária. Desprovejo."*

d) AgRg no AG 219.053/RS, Primeira Turma, Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 23.03.2001:

*"EMENTA: Recurso extraordinário: não cabimento contra acórdão que defere liminar por julgar presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Entretanto não informado pelas alegações deduzidas no agravo regimental."*

*VOTO:*

*"Não tem razão o agravante. (...) Terceiro, a definitividade exigida pelos precedentes em que se fundou a decisão agravada não se satisfaz com o fato de não caber outro recurso ordinário da decisão recorrida, mas supõe, além disso, que esse pronunciamento já não seja revogável a qualquer momento no curso do processo, nem constitua, a respeito da questão constitucional debatida, um juízo de mera deliberação (...)."*

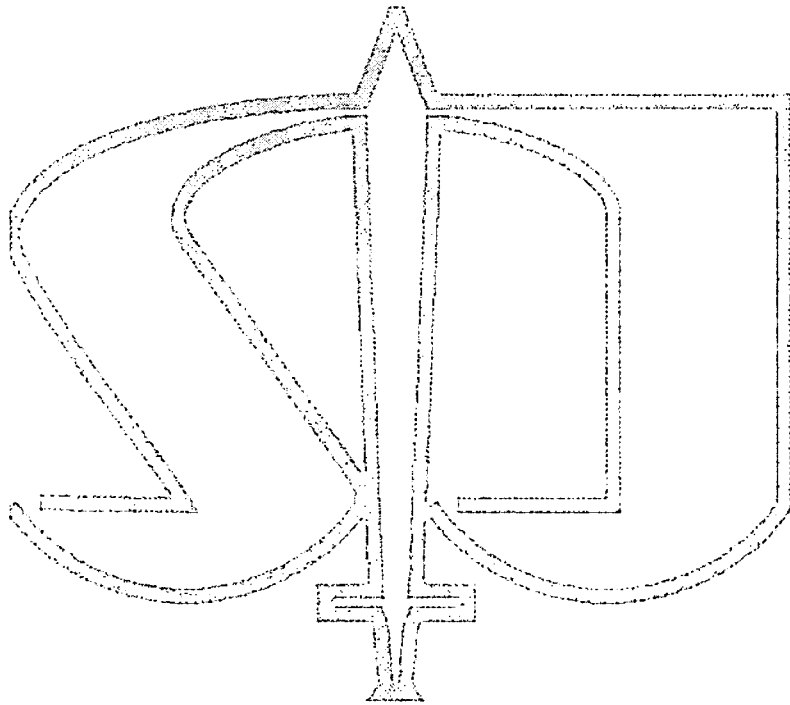
e) RE 232.387-1/RO, Primeira Turma, Min. Moreira Alves, DJ de 17.05.2002:

*"EMENTA: - Recurso Extraordinário. Esta Corte, por ambas as suas Turmas (assim, por exemplo, no RE 234.153, nos AGRAG 252.382 e 219.053, e no AgR. 234.144), tem decidido que não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere, ou mantém, liminar por entender, em última análise, que ocorrem os requisitos do 'fumus boni iuris' e do 'periculum in mora', porquanto a aferição da existência deles, além de se situar na esfera de avaliação subjetiva do magistrado, não é manifestação conclusiva de sua procedência para ocorrer a hipótese de cabimento desse recurso pela letra 'a' do inciso III do artigo 102 da Constituição, que exige, necessariamente, decisão que haja desrespeitado dispositivo constitucional, por negar-lhe vigência, por tê-lo interpretado erroneamente ao aplicá-lo ou ao deixar de aplicá-lo. Recurso extraordinário não conhecido."*

*VOTO:*



provimento. É o voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
PRIMEIRA TURMA**

R E C I S T R O F 2 0 0 4 0 1 2 6 8 8 9 B

**REsp 677585 / RS**

Números Origem: 200271000286991 200304010181478

PAUTA: 28/06/2005

JULGADO: 06/12/2005

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **LUIZ FUX**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **LUIZ FUX**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOÃO PEDRO BANDEIRA DE MELO**

Secretária

Bela. **MARIA DO SOCORRO MELO**

**AUTUAÇÃO**

RECORRENTE : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS TRANSPORTADORAS DE VEÍCULOS  
ADVOGADO : JOSÉ ZATTI FACCIÓNI E OUTROS  
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
INTERES. : SINDICATO NACIONAL DOS TRANSPORTADORES RODOVIÁRIOS AUTÔNOMOS DE VEÍCULOS E PEQUENAS E MICRO EMPRESAS DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE VEÍCULOS - SINDICATO NACIONAL DOS CEGONHEIROS - SINDICAN  
INTERES. : GENERAL MOTORS DO BRASIL LTDA  
INTERES. : LUIZ MOAN YABIKU JÚNIOR

ASSUNTO: Ação Civil Pública - Dano ao Patrimônio Público

**CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki, a Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki (voto-vista), Denise Arruda e Francisco Falcão (RISTJ, art. 162, § 2º, segunda parte) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Delgado.

Brasília, 06 de dezembro de 2005

**MARIA DO SOCORRO MELO**  
Secretária