

Doutrina

A EFETIVIDADE DO CONTRADITÓRIO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO ANTITRUSTE



André Luiz Pereira de Oliveira

Pesquisador bolsista de iniciação científica do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico CNPq, com projeto de pesquisa na área do contraditório na lei antitruste; Participante do XXV PINCADE e discente do 5º ano da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia – Brasil (UFU/MG).

e-mail: aandre.oliveira@gmail.com

Introdução; 1. Evolução do Direito Antitruste; 1.1. Aspectos da Lei Concorrencial; 1.2. O Antitruste e a Proteção dos Direitos Difusos; 2. Direito Administrativo Ordenador e a Proteção da Ordem Econômica: o Caso do Antitruste; 2.1. O Processo Administrativo Como Instrumento de Defesa da Livre Iniciativa Concorrencial; 3. A Efetividade do Contraditório no Antitruste; 3.1. O Contraditório e os Interessados; 3.2. O Contraditório e as Partes; 3.3. O Contraditório e a Autoridade Julgadora; 3.4. O Contraditório e as Iniciativas Probatórias; 3.5. O Contraditório Colocado em Juízo; Conclusões; Referências Bibliográficas.

RESUMO

Este trabalho tem por escopo proceder à análise do conteúdo, da eficácia e da aplicabilidade da garantia do contraditório em relação ao processo administrativo regulado pela lei antitruste, à luz das teorias da efetividade do processo. Tem por fundamento, especialmente, o fato de que os interesses gerenciados são essencialmente difusos, de forma que os interesses da coletividade somente estarão atendidos com a garantia do contraditório. O interesse pela pesquisa foi despertado pelo fato de que, atualmente, a defesa da livre iniciativa concorrencial é um imperativo ditado pela sociedade contemporânea, além de constituir-se num importante instrumento de implementação de políticas públicas. Utilizamos como base os conhecimentos da ciência jurídica, sobretudo aqueles que articulam os Direitos Concorrencial e Administrativo, nas suas vertentes processual e econômica. Adotamos o raciocínio dedutivo como procedimento metodológico que permeou o desenvolvimento desta pesquisa de caráter bibliográfico-jurisprudencial.

Palavras-chave: (A) Lei nº 8.884/1994; (B) efetividade do processo antitruste; (C) princípio do contraditório.

ABSTRACT

This work has the purpose of making an analysis of the content, effectiveness and applicability of the contradictory's guarantee on Administrative procedure regulated by antitrust law, based on theories of effectiveness of the process. It is reasoned, specially, on the fact that the interests managed are essentially fuzzy, and so that the interests of the community are met only with the guarantee of the contradictory. The interest in research was awakened by the fact that nowadays the defence of free enterprise is a competitive imperative dictated by the contemporary society, besides it's an important tool for implementation of public policies. We have used as basis the knowledge of legal science, especially those who articulate the Competitive and Administrative Law, in its procedural and economic aspects. We have adopted the deductive reasoning as a methodological procedure, which permeated the development of a type of bibliographic-legal research.

Keywords: (A) Law 8884/94; (B) effectiveness of the antitrust process; (C) contradictory principle.

INTRODUÇÃO

No sistema de produção capitalista, o exercício regular do poder econômico, por seu agente, leva ao aperfeiçoamento dos produtos, dos serviços e das condições do mercado. No entanto, quando utilizado com o intuito de induzir o monopólio das condições da oferta, acaba por provocar certas distorções que ensejam a repressão do Estado-Regulador interventivo.

Diante dessa imposição, o Estado tem elaborado vários regramentos que visam a combater justamente tais distorções, estabelecendo, por conseguinte, sanções a seus autores. Como exemplo, podemos citar a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 – Lei Antitruste¹ –, que 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.

Nota:

1 LEWINSOHN (1945, p. 14) *apud* VALÉRIO (2006, p. 27) lembra que “[...] o termo antitruste (*antitrust*) é derivado de truste (*trust*). Em sua forma clássica, constitui-se numa empresa *holding* ou supersociedade estabelecida acima das diferentes empresas, cujos negócios, em sua totalidade, são administrados ou, pelo menos, controlados financeiramente por ela. Popularamente, o termo sobreviveu como referência a qualquer empresa que é um monopólio, ou tende a sê-lo”. Há quem diga que a utilização da denominação Lei Antitruste é indevida, pois a legislação não é contra o monopólio em si, mas a favor de uma saudável relação competitiva. Deve conviver, se for o caso, com monopólios naturais advindos da capacidade e eficiência de determinadas empresas. Todavia, a expressão “Lei Antitruste” é consagrada e dela não pode fugir.

A noção de interesse público é o eixo central da defesa da liberdade de iniciativa concorrencial. Embora uno, no jogo do processo decisório do CADE, ele pode ser analisado sob três aspectos distintos, muitas vezes, conflitantes, quais sejam: aquele do próprio Estado, o das empresas envolvidas e, sobretudo, aquele da sociedade. É preciso, pois, que a decisão do CADE tenha por base a correlação destes aspectos como próprio imperativo para a sua efetividade.

O instrumento jurídico regulado pela lei antitruste pelo qual as decisões em matéria concorrencial são tomadas é o processo administrativo. Relacionado a ele, devemos notar que um dos temas que mais tem recebido ênfase é aquele referente a sua efetividade, no sentido de que, segundo Chiovenda, o processo “deve dar a quem tem um direito, na medida do que for possível na prática, tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem direito de obter” (DINAMARCO, 2001, p. 153).

Em se tratando da defesa de liberdade de iniciativa concorrencial – bem jurídico tutelado pela Lei nº 8.884/1994 –, deve-se ressaltar que a efetividade da decisão a ser tomada pelo CADE ao final do processo significa, sobretudo, o atendimento das necessidades ditadas pelo interesse público e o respeito às garantias processuais estabelecidas pela Constituição.

Entre estas garantias, temos o contraditório, expressamente consignado como direito fundamental por força no art. 5º, LV, do Texto Constitucional, com abrangência não só aos processos judiciais, mas também àqueles desenvolvidos na seara administrativa. Pelo referido mandamento, na via procedimental, deve-se operar uma sucessão harmônica e necessária de atos, que se realizam com a participação efetiva de todos os envolvidos, inclusive da autoridade julgadora.

Tem-se entendido que contraditório significa, em suma, participação em simétrica paridade daqueles a quem se destinam os efeitos da decisão final do processo, implicando na faculdade dos cidadãos de se manifestarem acerca do que está sendo discutido no processo, na oportunidade de apresentarem provas e de se manifestarem ativamente sobre elas. Esse princípio é intrínseco do direito de defesa e indispensável à isonomia do processo.

Por outro lado, é dever do Estado gerar a contrariedade real, uma vez que maneja interesses públicos indisponíveis. Impõe, pois, ao administrador, o ônus da busca constante de um contraditório efetivo tanto na tutela do interesse público posto a sua guarda quanto na do interesse privado do administrado.

As infrações à ordem econômica (ou “abuso do poder econômico”) e às medidas preventivas de controle de estruturas (definidas nos arts. 51 e seguintes da Lei Concorrencial) à proteção da liberdade de iniciativa concorrencial estão definidas na Lei nº 8.884/1994. A coletividade é o titular dos bens jurídicos difusos protegidos pela Lei nº 8.884/1994, do que se pode inferir que são protegidos pelo referido dispositivo legal os chamados interesses difusos.

Se o interesse difuso é interesse público concreto referente ao Estado enquanto comunidade, a sua realização diz respeito a toda sociedade e, portanto, implica em direito do cidadão de provocar o Poder Público para resguardá-lo. O processo é a forma necessária de atuação do Estado para a aplicação da lei na solução de conflitos, nos termos do art. 5º, LIV e LV, da Constituição da República.

Neste contexto, podemos definir o processo administrativo antitruste como a relação jurídica dinâmica coordenada pela Constituição, pela Lei nº 8.884/1994 e afins, que tem por objeto a proteção da liberdade de iniciativa concorrencial, em salvaguarda aos interesses da coletividade.

Na medida em que a defesa de um ambiente concorrencial se torna um imperativo para o Estado e que o contraditório constitui-se num dos alicerces do Estado Democrático de Direito, torna-se imperioso o estudo da maneira pela qual se dá a participação não só de todos os interessados no processo administrativo antitruste, mas também do próprio CADE, como pré-requisito ao atendimento às necessidades ditadas pela manutenção da liberdade de iniciativa concorrencial.

Assim, este trabalho tem por escopo proceder à análise do conteúdo, eficácia e aplicabilidade da garantia do contraditório, inserida na norma contida no art. 5º, LV, do Texto Constitucional de 1988, em relação ao processo administrativo regulado pela lei antitruste.

Por fim, deve ser mencionado que utilizamos como base os co-nhecimentos da ciência jurídica, sobretudo aqueles que articulam o Direito Concorrencial e Administrativo, nas suas vertentes processual e econômica. Para tanto, tivemos o raciocínio dedutivo como procedimento metodológico, que permeou o desenvolvimento de um tipo de pesquisa bibliográfico-jurisprudencial, uma vez que, na defesa da concorrência, a coletividade somente estará atendida se os modelos doutrinariamente desenvolvidos estejam de fato dotados de aplicabilidade.

1. EVOLUÇÃO DO DIREITO ANTITRUSTE

Pelo fato de estar relacionado às mudanças pelas quais passa a economia brasileira, o antitruste está diretamente ligado ao modelo de Estado adotado. Por um grande período da história econômica, utilizou-se de técnicas intervencionistas, o que levou à centralização de grande parte das atividades econômicas. Tendo restringido a liberdade de atuação dos agentes econômicos no mercado, a opção pela livre iniciativa concorrencial foi suprimida aos particulares, cabendo-lhes agir segundo os parâmetros instituídos pelo Estado.

A primeira tentativa de sistematização de defesa da concorrência se deu em 22 de junho de 1945 com a promulgação do Decreto-Lei nº 7.666/1945 – conhecido como Lei Malaia. O diploma normativo tinha por objeto “dispor sobre os atos contrários à ordem moral e econômica”, e criou, em seu art. 19², o primeiro órgão de defesa da concorrência, intitulado “Comissão Administrativa de Defesa Econômica”. Atribuiu, também, amplos poderes ao Estado, prevendo inclusive a possibilidade de intervenção³ em organizações que praticassem atos nocivos ao interesse público, mencionando especificamente as

empresas nacionais e estrangeiras vinculadas a trustes e cartéis.

Nota:

2 Art. 19 do Decreto-Lei nº 7.666, de 22 de junho de 1945: “A fim de dar cumprimento ao disposto neste decreto-lei, fica criada a Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE), órgão autônomo, com personalidade jurídica própria, diretamente subordinado ao Presidente da República. Parágrafo único. A CADE terá sede e fóro na Capital da República e será representada, nos atos judiciais ou extra-judiciais, pelo seu Presidente”. (Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del7666.htm>>. Acesso em: 23 jan. 2008)

3 Arts. 3º e 4º do Decreto-Lei nº 7.666, de 22 de junho de 1945: “Se as empresas notificadas não cumprirem a determinação da CADE dentro do prazo fixado, ou se, dentro desse prazo, não cessarem os efeitos prejudiciais aos interesses da economia nacional, a CADE decretará a intervenção em todas as empresas envolvidas nos atos ou fatos julgados contrários à economia nacional. [...] Art. 4º A intervenção será executada pela CADE, através da nomeação de interventor que praticará todos os atos necessários ao cumprimento da decisão proferida”. (Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del7666.htm>>. Acesso em: 23 jan. 2008)

Em 1962, foi editada a Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, que criou o atual Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Estabeleceu, ainda, uma separação das normas antitruste dos dispositivos que tratam da economia popular e do abastecimento.

FORGIONI (1998, p. 118) lembra que “[...] a Lei Antitruste de 1962 não encontrou maior efetividade na realidade brasileira, não sendo possível identificar qualquer alteração linear e constante de uma política econômica que se tenha corporificado em uma política da concorrência”. De fato, a atuação do CADE nas décadas que se seguiram à sua criação caracterizou-se pela inoperância para coibir os abusos do poder econômico ⁴.

Nota:

4 Tanto é assim que somente após onze anos de sua criação foi imposta a primeira condenação pelo órgão.

Ao final da década de 80, a partir do processo de abertura da economia e adoção de um paradigma de Estado neoliberal, foi conferida maior discricionariedade aos agentes econômicos. Por conseguinte, o direito da concorrência adquiriu maior efetividade enquanto instrumento de defesa dos interesses da coletividade, principalmente com a edição da vigente Lei da Concorrência em 1994, que introduziu viés preventivo ao antitruste brasileiro.

A partir de então, na medida em que se passou a garantir a existência de condições de competição, buscando a eficiência do mercado, do preço e da oferta, o antitruste passou a ser visto como um instrumento de implementação de políticas públicas ⁵, com a finalidade de garantir a consecução da liberdade de iniciativa, consagrada no art. 1º, IV, do Texto Constitucional como um dos fundamentos do Estado brasileiro.

Nota:

5 BUCCI (2002, p. 241) estabelece que políticas públicas “[...] são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”. Constituem instrumentos da ação governamental para um setor da sociedade ou um espaço determinado, buscando, assim, a concretização de determinados objetivos previstos em nossa Constituição. No âmbito do antitruste, a defesa da livre iniciativa concorrencial, além de um fundamento do Estado brasileiro, constitui num dos fundamentos da ordem econômica. Assim, por esses fundamentos, torna-se imperativa a implementação pelo Estado de instrumentos que visem a defender a concorrência e a manutenção das condições de mercado para os agentes econômicos.

Nota:

6 Segundo BANDEIRA DE MELLO (1998, p. 487): “[...] a escolha da atividade econômica a ser exercida, sua estruturação, e seus terceiros colaboradores, constitui faculdades intrínsecas ao direito constitucionalmente assegurado de livre iniciativa”.

Assim, tem sido reconhecido o importante papel desempenhado pela Lei nº 8.884/1994, no sentido de proporcionar a criação de condições econômicas eficientes, em que os consumidores disponham da maior variedade possível de produtos pelos menores preços, gerando bem-estar à coletividade. Por outro lado, as empresas também se beneficiam com os incentivos gerados para aumentar a produtividade e introduzir novos e melhores produtos e serviços no mercado, maximizando racionalmente seus ganhos.

1.1. Aspectos da Lei Concorrencial

A Lei nº 8.884/1994 – Lei Concorrencial ou Lei Antitruste – tem por objetivo, de acordo com seu art. 1º, “[...] a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica”. Para tanto, consagra como princípios orientadores a liberdade de iniciativa ⁶, a livre concorrência ⁷, a função social da propriedade, a defesa dos consumidores e a repressão ao abuso do poder econômico.

Nota:

7 VAZ (1993, p. 27) afirma que “[...] a livre concorrência pressupõe uma ação desenvolvida por um grande número de competidores, que atuam livremente no mercado de um mesmo produto, de maneira que a oferta e a demanda provenham de compradores ou de vendedores cuja igualdade de condições os impeça de influir de modo permanentemente e duradouro nos preços dos produtos ou serviços”.

Para SALOMÃO FILHO (1998, p. 13), esse controle é implementado por meio de dois padrões de ação: o primeiro refere-se às condutas dos agentes no processo concorrencial. Prevê punições às práticas anticompetitivas derivadas do exercício do poder de mercado, que pode ter natureza horizontal ou vertical. Por sua vez, o chamado “controle preventivo” é aquele por meio do qual se busca evitar o surgimento de concentrações que aumentem a probabilidade de exercício abusivo do poder de mercado.

Para tanto, tendo em vista a preservação dos princípios mencionados em seu art. 1º, ressaltamos que o regramento impõe apenas obrigações de não fazer, que são cumpridas quando o poder de mercado é exercido de maneira regular pelo agente econômico. Em termos de territorialidade, a Lei nº 8.884/1994 tem por objeto a tutela das estruturas de mercado de âmbito nacional, sendo aplicada inclusive àquelas práticas que tenham sido cometidas pelo menos em parte no território nacional ou que nele produzem ou possam produzir efeitos (art. 2º).

As diversas formas de infração à ordem econômica implicam, nos termos dos arts. 16 a 18, tanto na responsabilidade solidária da empresa quanto na de seus dirigentes e administradores, nos termos da “*disregard of legal entity*” (“teoria da desconsideração da personalidade jurídica”).

Por fim, cabe às autoridades antitruste⁸ o dever de defesa da concorrência, competentes, nos termos da Lei nº 8.884/1994, para tomar uma gama de determinações, como, por exemplo, a cessação da conduta lesiva à concorrência, aplicação de multas e sanções, e autorizar ou não os atos de concentração. Vale mencionar também que as autoridades antitrustes atuam também o viés de promoção da concorrência, por meio da difusão do conhecimento a respeito dos benefícios da livre concorrência (como preços menores, qualidade superior de bens e serviços, além de um maior incentivo à inovação) à sociedade, aos empresários, aos juízes, aos promotores públicos, aos legisladores e aos reguladores.

Nota:

8 Na sistemática da Lei nº 8.884/1994, as autoridades antitrustes integram o “Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência”, composto, por sua vez, pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, a Secretaria de Direito Econômico e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, estes vinculados ao Ministério da Justiça.

1.2. O Antitruste e a Proteção dos Direitos Difusos

A expressão “interesses coletivos” abarca, na realidade, uma série de valores relacionados ao homem enquanto integrante de um agrupamento social. Por sua vez, por “interesses difusos” deve-se entender o conjunto de valores maior que aquele inerente aos interesses coletivos⁹.

Nota:

9 Segundo MANCUSO (2000, p. 77), “[...] enquanto aquele pode mesmo concernir até toda a humanidade, este apresenta menor amplitude, já pelo fato de estar adstrito a uma ‘relação base’ [...] o interesse coletivo resulta do homem em sua projeção *corporativa*, ao passo que, no interesse difuso o homem é considerado simplesmente enquanto ser humano”.

É certo que a Lei nº 8.884/1994 não objetiva proteger e garantir os interesses de um concorrente de maneira individual (tal qual faz a Lei nº 9.279, de 11 de maio de 1996); tem por bem jurídico a proteção e a manutenção do processo competitivo, que é de interesse de toda a sociedade.

Sob esse enfoque, a proteção da livre iniciativa concorrencial pela lei antitruste deve ser considerada interesse difuso da sociedade. A valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, além de se constituir num dos fundamentos da República Federativa do Brasil, é também um valor inerente à dignidade da pessoa humana, vez que possibilita o desenvolvimento social e econômico da sociedade. Além disso, há uma gama de movimentos internacionais no sentido da proteção da concorrência, em decorrência do próprio fenômeno de supressão do espaço e do tempo criado pela globalização, que impescinde da manutenção de um mercado mundial propício à competição dos agentes econômicos.

Tal qual os direitos difusos, a defesa da concorrência carece do desenvolvimento de instrumentos e técnicas processuais adequadas a fim de outorgar-lhes a tutela devida. Por exemplo, citamos a questão do contraditório e da ampla defesa, pois, pela própria natureza dos interesses manejados, os referidos princípios não podem ser tomados em sua significação literal, já que, como bem afirma BARBOSA MOREIRA (1977, p. 48), “excluída por intuitivas razões a hipótese de exigir-se a presença em juízo de todos os co-interessados como litisconsortes ativos necessários”.

Se o interesse difuso é interesse público concreto referente ao Estado enquanto comunidade, a realização desse interesse diz respeito a toda sociedade e, portanto, implica direito do cidadão de provocar o Poder Público para resguardá-lo. De acordo com MELLO (2003, p. 265), “[...] os direitos difusos demandam informação (publicidade), participação em contraditório e processo, diante do direito plurissubjetivo público dos respectivos titulares de manifestarem-se, na via processual, antes da decisão final”.

Diante dessas especificidades, o Direito Processual deve procurar partir para novas formas de instrumentos que sejam mais eficazes na tutela de tais interesses, a exemplo do processo administrativo. Conforme se verá adiante, a existência e celebração do processo na seara administrativa fazem parte da busca por um Estado Democrático de Direito. É a atividade por meio da qual, por excelência, a Administração deve proteger os interesses difusos que lhe são inerentes. No caso do antitruste, representa o único meio pelo qual é legitimada atuação sancionadora do Estado, com o intuito de preservar a livre iniciativa concorrencial.

2. DIREITO ADMINISTRATIVO ORDENADOR E A PROTEÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA: O CASO DO ANTITRUSTE

Segundo SUNDFELD (1997, p. 09), “[...] desde tempos imemoriais, o Poder Público interfere autoritariamente no agir dos indivíduos, para controlá-lo e dirigi-lo. Demorou, contudo, até que se percebesse a diferença entre essa atividade e outras manifestações estatais. [...] Com a implantação do Estado de Direito, novas bases se assentaram na relação entre autoridade¹⁰ e cidadão. Liberdade e propriedade se tornaram direitos subjetivos públicos, constituindo um espaço de autonomia frente à organização governamental”.

Nota:

10 Nos termos do art. 2º, § 2º, III, da Lei Geral de Processo Administrativo (nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999), “autoridade é o servidor ou agente público dotado do poder de decisão”.

No Brasil, após a Constituição de 1988 e a década de 90, o tamanho e o papel do Estado passaram para o centro do debate institucional. A partir de então, com o abandono das técnicas tradicionais de intervenção, a competição ganha maior efetividade, exigindo das autoridades, segundo OLIVEIRA (1997, p. 33) “[...] papel centralizador no sentido de coordenar as expectativas em direção a uma taxa de inflação moderada [...] de outro lado, a reformas liberalizantes aceleradas durante a administração Collor indicavam a necessidade da adoção de regras típicas de defesa da concorrência”.

Na medida em que a liberdade de iniciativa foi consagrada enquanto fundamento do Estado brasileiro, nos termos do art. 1º, IV, do atual Texto Constitucional, a Administração Pública não mais detém a competência para interferir no poder de escolha do agente econômico sobre qual atividade será empreendida e tampouco sobre a quantidade a ser produzida ou comercializada. Desse modo, ao Poder Público cumpre estimular os particulares a exercer suas atividades num sistema de competição.

A atuação do Estado no domínio da livre iniciativa concorrencial tem por objeto zelar pela observância dos princípios da ordem econômica consagrados no art. 170 da Constituição Federal. É legitimada pelo art. 173, § 4º, do mesmo Texto Constitucional, que impõe a repressão ao exercício do poder econômico enquanto abuso de liberdade de iniciativa¹¹ e prescreve ao Estado uma atuação preventiva do controle das estruturas de mercado (com o objetivo de prevenir a criação de concentrações que possibilitam o exercício irregular do poder de mercado).

Nota:

11 CARVALHO FILHO (2006, p. 751) observa que “[...] a garantia de liberdade de iniciativa ao setor privado é tão expressivo que prejuízos causados a empresários pela intervenção do Poder Público no domínio econômico são passíveis de serem indenizados com fundamento no art. 37, § 6º, da CF, que consagra a responsabilidade objetiva do Estado. O STF, [por meio do RE 422941/DF] inclusive, já entendeu que ‘a intervenção estatal na economia possui limites no princípio constitucional da liberdade de iniciativa e a responsabilidade objetiva do Estado é decorrente da existência de dano atribuível à atuação deste’”.

Assim, na medida em que o ente público passa a ser exigido para garantir condições mínimas de competição, sua atividade interventiva é expressão daquilo que SUNDFELD (1997, p. 20) conceitua como “administração ordenadora”. Com esse tipo de atuação, o Estado procura garantir melhores condições de vida aos mais fracos, sem considerar seu *status* no mercado de trabalho e ainda corrige o funcionamento das forças de mercado, estabelecendo parâmetros a serem seguidos.

Neste contexto, a atividade de intervenção do Estado na ordem econômica por meio do antitruste pode ser definida por MOREIRA NETO (2003, p. 3) como “[...] toda e qualquer conduta estatal (comissiva ou omissiva) que vise a alterar o comportamento econômico dos agentes privados, seja com os fins de prestígio ao mercado concorrencial, seja com fins estranhos ao próprio mercado concorrencial (mas vinculados ao interesse público, tal como definido em lei)”.

No antitruste, então, a administração ordenadora¹² possibilita ao Estado a utilização de instrumentos jurídicos cujo objetivo é, em síntese, a limitação dos efeitos do comportamento dos agentes econômicos, sem utilizar-se de um sistema de poder ostensivo. Deve ser ainda considerado como exemplo de intervenção estatal sancionatória, uma vez caracterizado por estabelecer sanções estatais punitivas aos agentes privados que desempenham determinadas atividades econômicas e sociais com transgressão das normas predefinidoras dos interesses públicos específicos, no caso, em síntese, a liberdade de iniciativa concorrencial.

Nota:

12 BANDEIRA DE MELLO (1998, p. 487) considera que “[...] a Administração Pública não tem título jurídico para aspirar, reter em suas mãos, poder de outorgar aos particulares o direito de desempenho da atividade econômica tal ou qual; evidentemente,

também lhe faleceria o poder de fixar o montante da produção ou comercialização que empresários por ventura intentem efetuar. De acordo com termos constitucionais, a eleição da atividade que será empreendida, assim como o *quantum* a ser produzido ou comercializado resultam numa decisão livre dos agentes econômicos”.

2.1. O Processo Administrativo como Instrumento de Defesa da Livre Iniciativa Concorrencial

Como já afirmado, a atuação do Estado no antitruste, enquanto no exercício das atividades da administração ordenadora, materializa-se principalmente por meio do processo administrativo. O seu estudo, enquanto instrumento de defesa da livre iniciativa concorrencial, exige como conhecimento prévio aquilo que se tem como jurisdição¹³.

Nota:

13 Segundo MELLO (2003, p. 31), “a função jurisdicional é aquela pela qual o Estado, por seus julgadores, conhece das pretensões deduzidas em processo e decide controvérsias, realizando a vontade da lei no caso concreto”.

A processualidade está intimamente relacionada ao exercício das principais funções estatais, em especial no que concerne à atuação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Nesse sentido, pode-se falar de processualidade ampla, e não apenas adstrita ao funcionamento do aparato jurisdicional, conforme ocorrera durante toda a história. Esta noção permite, em nossos dias, falar-se não só em processo judicial, mas também em processo administrativo e legislativo, conducentes à edição de decisões administrativas (atos administrativos) e legislativas (formalizadas em leis).

Essa perspectiva¹⁴, inerente ao exercício dos poderes do Estado, guarda estreita relação com os avanços do direito processual moderno, principalmente ao que se refere à “instrumentalidade do processo”. Tal concepção metodológica vislumbra o direito processual, na lição de DINAMARCO (2005, p. 38), como “[...] um conjunto de princípios, institutos e normas estruturados para o exercício do poder em conformidade com determinados objetivos. Desta concepção instrumental, a noção de processo migrou para abranger cada vez mais o exercício dos Poderes Executivo e Legislativo”.

Nota:

14 ROZA (2003, p. 59-64) leciona que o processo “é o instrumento que regula o exercício do poder. Há processo legislativo, processo administrativo. Não é exclusividade do processo judicial propriamente dito. Existe processo mesmo fora das atividades especificamente estatais, como os que apuram irregularidades no âmbito de associações ou partidos políticos. [...] O processo se exterioriza por procedimentos. Procedimento é a parte visível empiricamente. O processo se define mediante a associação do procedimento ao contraditório. É manifestação compartilhada de poder, participação na decisão estatal”.

Assim, o processo administrativo passa a constituir-se em um instrumento que deve guardar relação intrínseca não só com a proteção dos direitos dos administrados, mas também com o melhor cumprimento dos fins da Administração.

DI PIETRO (2003, p. 506) explica que o processo administrativo “[...] existe sempre como instrumento indispensável para o exercício de função administrativa; tudo o que a Administração Pública faz, sejam operações materiais ou atos jurídicos, fica documentado em um processo; cada vez que ela for tomar uma decisão, executar uma obra, celebrar um contrato, editar um regulamento, o ato final é sempre precedido de uma série de atos materiais ou jurídicos, consistentes em estudos, pareceres, informações, laudos, audiências, enfim tudo o que for necessário para instruir, preparar e fundamentar o ato final objetivado pela Administração”.

Com a maior regulação e a organização estatal, fruto do chamado direito administrativo ordenador que se atribuiu ao Estado, “[...] o meio pelo qual poderia o administrado fiscalizar e equiparar essa situação de maneira que ao particular e à Administração Pública restassem interesses que fossem concernentes à decisão estatal foi assegurado ao administrado pela possibilidade de participação na formação da decisão administrativa que atingisse, direta ou indiretamente, seus interesses” (CASTRO, 2005, p. 121).

A partir disso, o processo administrativo regulado pela lei antitruste não apresenta diferenças a estes conceitos, quando interpretados teleologicamente. No entanto, é composto por três interesses, quais sejam, aquele do Estado, dos participantes e os da coletividade (uma vez que, nos termos do art. 1º da Lei nº 8.884/1994, “é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei”).

Segundo o art. 23 do Regimento Interno do CADE, aprovado por meio da Resolução nº 45 do ano de 2007, os procedimentos relacionados à defesa da concorrência são distribuídos por um total de 10 classes, quais sejam: Acordo de Leniência (AL), Ato de Concentração (AC), Auto de Infração (AI), Consulta (Co), Medida Cautelar (MC), Medida Preventiva (MP), Processo Administrativo (PA), Recurso Voluntário (RV), Averiguação Preliminar (AP) e Restauração de Autos (RA). Destes, são dois os que com mais frequência tramitam no SBDC, quais sejam, o Processo Administrativo (PA)¹⁵ e o Ato de Concentração (AC)¹⁶.

Nota:

15 O PA, espécie de processo administrativo regulado pela lei antitruste, é instaurado quando já existem fortes indícios de práticas lesivas ao mercado, quer tenham sido constatadas em averiguações preliminares ou mesmo de imediato, caso estes indícios possam ser constatados desde logo (arts. 20 e 21 da Lei nº 8.884/1994). Após a devida instrução, o processo é remetido ao CADE para julgamento. Os arts. 32 a 51 da Lei nº 8.884/1994 tratam dos procedimentos para a instrução e

juízo de julgamento dos processos administrativos (CADE, 2007, p. 29). A seqüência de atos que compõem o PA está descrita nos arts. 29 a 51 da Lei de Defesa da Concorrência.

16 Um ato de concentração deve ser submetido à análise do SBDC quando resultar em participação superior a 20% do mercado relevante ou no caso de pelo menos um dos grupos de empresas envolvidos na operação tenha obtido faturamento igual ou superior a quatrocentos milhões de reais anuais, nos termos do art. 54, § 3º, da Lei nº 8.884/1994 (CADE, 2007, p. 31). A seqüência de atos que compõem o AC está descrita nos arts. 96 a 101 do Regimento Interno do CADE (Resolução nº 45, de 28 de março de 2007).

A doutrina processualista moderna tem considerado que o termo “processo” envolve procedimentos que interferem na realidade jurídica dos administrados, seja para a determinação de uma obrigação ou para aplicação de alguma sanção, devendo sempre ser desenvolvida sob a luz do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Já o vocábulo “procedimento” refere-se a uma seqüência de atos e formalidades não tendentes a interferir decisivamente na esfera jurídica do administrado, que precedem uma manifestação administrativa (CASTRO, 2005, p. 114).

Nesta concepção, há um único processo administrativo regulado pela Lei nº 8.884/1994, que é aquele destinado a proteger a livre iniciativa concorrencial. O Regimento Interno disciplina, então, na realidade, uma série de procedimentos que, por permitirem o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, são espécies do Processo Administrativo regulado pela lei antitruste.

3. A EFETIVIDADE DO CONTRADITÓRIO NO ANTITRUSTE

DINAMARCO (2005, p. 152) explica que “[...] na teoria do poder fala-se em sua dinâmica para designar o modo como ele se exerce, ou seja, o que em direito processual é o processo, sendo arbitrário o poder exercido sem a participação direta dos próprios interessados diretos nos resultados do processo”.

O Direito brasileiro, conforme LUIZ NETO (2007), “[...] vem se tornando um ‘direito principiológico’. Isso se deve ao valor supralegal dado aos ‘pilares’ do ordenamento normativo, consubstanciados nos princípios constitucionais¹⁷. E, com base nesses princípios – não cada um deles isoladamente, mas na interpretação sistemática de todos eles –, é que deve ser examinada a validade de uma norma em face da Constituição, devendo prevalecer, sempre, a supremacia desta”.

Nota:

17 “[...] os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. De parte isto, servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie. Estes os papéis desempenhados pelos princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete.” (BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador/BA, a. I, n. 6, p. 20, set. 2001.

Como já mencionado anteriormente, nem todo procedimento é processo, mesmo se tratando de procedimento estatal e ainda que de algum modo possa envolver os interesses das pessoas. DINAMARCO (2005, p. 161) afirma que “[...] o critério para a conceituação é a presença do contraditório. Por outro lado, a exigência do contraditório constitui consequência de tratarem-se procedimentos celebrados em preparação a algum provimento qualquer que seja a natureza deste”.

A evolução do Direito Processual, como ciência autônoma, foi acompanhada da alteração quanto ao conteúdo de certos axiomas ou categorias tradicionais. MANCUSO (2000, p. 141) explica que “essa visão progressista ou social da ciência processual deve ser acompanhada, porém, da consciência de que os direitos processuais formadores do que se convencionou chamar ‘o devido processo legal’, não que estar preservados, de modo a se poder garantir aos cidadãos a isonomia do processo, isto é, a garantia de que em situações iguais serão tratadas igualmente no processo”.

O contraditório constitui um dos pilares do devido processo legal. Nos termos do art. 5º, LV, da Constituição Federal, é uma garantia do indivíduo frente ao Estado. Para MOREIRA (1999, p. 225), o referido princípio “[...] significa a participação do administrado na integralidade do processo administrativo, no exercício do direito de influenciar ativamente na decisão a ser proferida. Trata-se da garantia de ser cientificado não só da existência do processo, mas de tudo o que nele ocorra, podendo o particular manifestar-se a respeito de todos os atos e fatos processuais”. Gera, em contrapartida, um dever da autoridade em atuar de maneira participativa em relação ao mérito da questão, o que envolve, necessariamente, conferir-lhe maiores poderes instrutórios e uma participação crítica em direção ao atendimento do interesse da coletividade envolvido.

O tema em questão apresenta grande relevância quando relacionado àquilo que se tem denominado como “efetividade do processo”. Poresta concepção, o processo passa a ser analisado em si pela necessidade de uma decisão que atenda a pretensão, sobretudo do interesse público deduzido em juízo. DINAMARCO (2001, p. 593) afirma que “[...] o Estado falha ao dever de dispensar tutela jurisdicional a quem tem direito a ela quando inadmite o sujeito em juízo, quando conduz mal o processo, quando julga equivocadamente e também quando, não-obstante haja julgado muito bem, não confere efetividade prática a seus julgados”.

Nesse sentido, o contraditório, conquanto constitua garantia individual consagrada pelo Texto Constitucional, está relacionado intimamente com a efetividade do processo administrativo antitruste. A defesa da livre iniciativa concorrencial é interesse público e é por meio do processo que o Estado o atende, devendo, portanto, esta atividade ser prestada na exata medida da necessidade da coletividade, a fim de evitar danos irreparáveis.

Além de garantir a participação, em simétrica paridade, daqueles a quem se destinam os efeitos da decisão final do

processo antitruste, na formação desta, o contraditório impõe ao CADE dever de buscar maximizar a satisfação do interesse público envolvido. Nesse raciocínio, o respeito ao contraditório implica no dever das partes de participar de todas as fases do procedimento, na garantia da participação dos interessados e, sobretudo, numa atuação ativa da autarquia, enquanto sujeito participante da relação jurídica e, sobretudo, representante do Estado.

3.1. O Contraditório e os Interessados

Tal qual no processo judicial, a participação a ser franqueada no processo administrativo antitruste aos interessados é uma expressão daquilo que DINAMARCO (2001, p. 125) denomina de “legitimação pelo procedimento”, pela qual “[...] na realidade o que legitima os atos de poder não é a mera e formal observância dos procedimentos, mas a participação que mediante o correto cumprimento das normas processuais tenham sido possível aos destinatários”.

Ao particular interessado na contenda administrativa antitruste deve, de acordo com o raciocínio de CASTRO (2005, p. 135), “[...] ser dada ampla ciência e informação dos fatos e das peculiaridades que envolvam o objeto do processo administrativo, pois apenas dessa forma poderá o inte-ressado insurgir-se contra os desmandos ou irregularidades cometidas pelo Poder Público ou por qualquer das partes processuais”¹⁸.

Nota:

18 Neste sentido, JUSTEN FILHO (2002, p. 564) afirma que “[...] é fundamental evitar que a processualização seja meramente aparente. Isso se passa quando o Estado formula, de antemão, uma certa decisão e produz um simulacro de processo administrativo para justificá-la. Em tais hipóteses, o interessado tem oportunidade de defesa, mas suas manifestações sequer são consideradas”.

Em relação aos terceiros interessados, a legislação antitruste adota postura restrita. O art. 29 da Lei nº 8.884/1994 atribui o direito “de ação aos prejudicados, por si ou pelos legitimados do art. 82 da Lei nº 8.078/1990”. Por sua vez, o Regimento Interno do CADE, em seu art. 36, restringe a participação do terceiro interessado “[...] às hipóteses em que o CADE julgar oportuna e/ou conveniente para a instrução processual e defesa dos interesses da coletividade” (art. 36).

O conceito de interessado, por meio de uma interpretação sistemático-teleológica, deve ser buscado no art. 9º da lei geral de processo administrativo (nº 9.784/1999). O dispositivo habilita como interessados (I) as pessoas físicas ou jurídicas que o iniciem como titulares de direitos ou interesses individuais ou no exercício do direito de representação; (II) aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada; (III) as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos; e, por fim, (IV) as pessoas ou as associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos.

O inciso I coincide, na verdade, com o *caput* do art. 29 da Lei nº 8.884/1994, vez que os titulares de direitos ou interesses individuais serão invariavelmente aqueles que tiveram seus direitos individuais de alguma forma lesados pela prática da conduta lesiva à liberdade concorrencial.

O inciso II, por sua vez, relaciona os chamados terceiros de boa-fé, ou seja, aqueles que, não sendo parte originária no processo, podem ser afetados pela decisão a ser adotada. A participação destes interessados está condicionada a situações de excepcionalidade, nos termos do art. 36 do Regimento Interno do CADE.

Esse dispositivo deve ser interpretado com cautela pela Autarquia, vez que estão sendo manejados interesses eminentemente difusos. A supressão arbitrária de interessados na lei antitruste poderá configurar abuso de poder da autoridade administrativa e violação do contraditório.

Os interessados mencionados nos incisos III e IV da Lei nº 9.784 estão também expressos no Código de Defesa do Consumidor, sobre os quais CASTRO (2005, p. 138) destaca que “[...] havendo concorrência de uma ou mais associações ou grupos detentores de legitimidade para representar esses interesses, esses não poderão ser obstados do exercício de seu direito de atuar na via processual administrativa, uma vez que, se assim o fosse, estaria a autoridade privilegiando uma associação em detrimento de outra, e por conseqüência, afastando o preceito constitucional que garante a livre associação”.

A esses legitimados, o contraditório impõe o dever, segundo MOREIRA (1999, p. 227), de “[...] sopesar com igualdade as alegações das partes, implicando dever de seu exame equânime”.

Outro mecanismo consagrado no art. 31¹⁹ da lei geral do processo administrativo (nº 9.784/1999), que possibilita a participação dos interessados na relação processual, é a “consulta pública”²⁰. O instituto tem aplicabilidade na lei concorrencial e possibilita ao CADE a abertura de período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.

Nota:

19 Art. 31 da Lei nº 9.784/1999: “Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada”. (Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L9784.htm>>. Acesso em: 21 jan. 2008)

20 Interessante notar que o regimento interno dispõe sobre o mesmo título “Consulta” em seu regimento, nos arts. 102 a 107. No entanto, trata-se de procedimento distinto daquele que abordamos, pois tem em vista a consulta ao Plenário do CADE sobre matérias de sua competência. É um meio de obter esclarecimentos oficiais sobre a licitude de determinadas condutas e não da possibilidade de o interessado manifestar-se sobre a questão deduzida no processo. Além disso, no caso do Regimento, a postura do Conselho é passiva, enquanto na lei geral de processo administrativo é a autoridade que de maneira ativa torna pública a questão deduzida e estimula a participação dos eventuais interessados.

O CADE tem estimulado com certa freqüência a participação dos terceiros interessados nos procedimentos a ele submetidos. Exemplo dessa conduta diz-se respeito à instrução do AC 53500.029599/2006²¹, referente à proposta de aquisição pela “Net Serviços de Comunicações S/A” da totalidade das ações emitidas pela “Vivax S/A”.

Nota:

21 O Plenário, em 12.12.2007, por unanimidade, aprovou a operação com restrições, as quais farão parte de Termo de Compromisso de Desempenho, nos termos do voto do Relator. Decisão disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 20 jan. 2008.

Esse ato de concentração permaneceu em instrução por aproximadamente 7 (sete) meses, durante o que o Conselheiro Relator requisitou a presença de 4 (quatro) outras empresas do gênero a se manifestarem no processo a respeito da operação que ali estava sendo discutida. Deve-se ressaltar que, embora parciais, estas opiniões foram de valia para determinar o mercado relevante referente em torno da matéria discutida e também avaliar com maior precisão os impactos potencialmente causados pela referida operação.

Em relação às consultas públicas, de acordo com consulta ao sítio da Autarquia, no ano de 2007 foram abertas quatro consultas públicas, duas das quais apresentando ao público minuta de súmulas, uma versando sobre o TCD referente ao caso do “Condomínio Shopping Center Iguatemi” e, por fim, a última delas versando sobre alteração do regimento interno.

Nesse ponto, devemos observar que esse instrumento tem sido pouco utilizado pelo CADE, uma vez que cada vez mais são freqüentes os casos de relevância para a sociedade que estão lhe estão sendo submetidos. Como se verificou, durante o ano de 2007, apenas um procedimento típico foi submetido à consulta pública, o que realmente é quantitativamente inexpressivo frente ao montante submetido ao Conselho.

Ainda, a maior participação da coletividade é garantia de imparcialidade do órgão julgador e da publicidade de seus atos, vez que seu convencimento não fica adstrito ao que foi afirmado pelas partes no contexto dos autos. Ao contrário, amplia sua percepção para as exigências ditadas pela coletividade, as quais devem ser necessariamente consideradas com o fim de se chegar a uma decisão eficaz.

3.2. O Contraditório e as Partes

DINAMARCO (2001, p. 126) explica que, “[...] para cumprir a exigência constitucional do contraditório, todo modelo procedimental descrito em lei e todos os procedimentos que concretamente se instauram devem conter momentos para que cada uma das partes peça, alegue e prove”.

A Lei nº 8.884/1994 determina, no seu art. 33, o prazo de 15 dias a fim de que o representado apresente defesa no contexto do PA. No caso dos atos de concentração, o art. 54, § 4º, estabelece o prazo de 15 dias para a submissão do AC à SDE. A partir desse prazo, a operação torna-se pública, possibilitando o contraditório de eventuais terceiros interessados e das próprias requerentes quanto às informações e questões ali suscitadas.

O efetivo contraditório entre as partes tem por pressuposto básico o conhecimento que a parte tenha do ato a ser atacado, o que implica em dizer que o sistema processual deve, portanto, incluir medidas de comunicação processual destinadas a oferecer às partes ciência de todos os atos que correm no processo.

A Seção III do Capítulo III do Regimento Interno do CADE dispõe sobre a ciência dos atos processuais. Estatuí o art. 48 da Resolução que “a intimação dos atos processuais, observados os requisitos do art. 2622, § 1º, da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, será feito por qualquer meio que assegure a certeza do interessado” (grifo nosso).

Nota:

22 Art. 26 da Lei nº 9.784/1999: “O órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo determinará a intimação do interessado para ciência de decisão ou a efetivação de diligências. § 1º A intimação deverá conter: I – identificação do intimado e nome do órgão ou entidade administrativa; II – finalidade da intimação; III – data, hora e local em que deve comparecer; IV – se o intimado deve comparecer pessoalmente, ou fazer-se representar; V – informação da continuidade do processo independentemente do seu comparecimento; VI – indicação dos fatos e fundamentos legais pertinentes”. (Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L9784.htm>>. Acesso em: 18 jan. 2008)

O dispositivo apresenta um rol exemplificativo de modos de ciência e comunicações dos atos processuais, mais amplo do que aquele previsto no Código de Processo Civil e aquele constante na lei federal do processo administrativo (nº 9.784/1999). Essa técnica legislativa da lei concorrencial certamente atende a efetividade do contraditório, uma vez que preza pela garantia da certeza do interessado a respeito do ato, assegurando, dessa forma, a efetiva utilidade prática da instrução do processo.

Na medida em que é exercida atividade estatal com forte carga de interesse público envolvido, os direitos envolvidos são indisponíveis. Assim, deve ser buscado aquilo que doutrinariamente se denomina por “contraditório efetivo”, por meio do qual a reação se impõe como absolutamente indispensável.

Portanto, os efeitos da revelia, em que pese a falta de menção expressa na lei concorrencial, especialmente nos procedimentos de PA, afrontam a efetividade do contraditório, de forma que o CADE deva sempre buscar a reação do representado das condutas lesivas que lhe foram imputadas²³.

Nota:

23 “[...] em qualquer momento da vida, o ato de defesa não é apenas um direito natural ou constitucional, é bem mais que isso, revelando-se inofismavelmente como o esforço humano que enobrece o indivíduo e o reconhece como digno de integrar o processo que a humanidade lhe conferiu, além de configurar o traço mais proeminente e característico de toda uma civilização.” (COSTA, 1999, p. 107)

Por fim, devem ser analisadas as hipóteses de o processo ser conduzido por entidade dotada de “legitimidade adequada”²⁴, ou seja, por aquelas entidades qualificadas por legítimas substitutas dos interessados. Nesses casos, uma vez que são tecnicamente qualificadas como substitutos processuais, não há ofensa, nos dizeres de DINAMARCO (2001, p. 130), “[...] à garantia do contraditório, porque os entes qualificados para o exercício do processo atuam no interesse do grupo ou comunidade interessada”.

Nota:

24 No âmbito da lei concorrencial, podemos citar como exemplos denúncias levantadas e apuradas pelo Ministério Público, agências reguladoras ou ainda quaisquer outras entidades relacionadas com a defesa da concorrência.

3.3. O Contraditório e a Autoridade Julgadora

Inicialmente, é preciso ressaltar que, ao que se refere à atuação efetiva do CADE, o contraditório endereça-lhe como imperativo de sua função no processo e não mera faculdade.

A direção do processo é feita, em primeiro lugar, pelo impulso do procedimento. DINAMARCO (2001, p. 131) explica que “[...] não obstante seja das partes o interesse primário pela solução dos conflitos em que estão envolvidas, nem por isso se pode desconsiderar que o processo é o instrumento público de exercício de uma função pública. [...] O processo não é um negócio ou mesmo um jogo entre os litigantes, mas uma instituição estatal”.

MEIRELLES (2001, p. 646) afirma que “[...] a oficialidade atribui sempre a movimentação do processo administrativo à Administração, ainda que instaurado por provocação do particular; uma vez iniciado passa a pertencer ao Poder Público, a quem compete seu impulso até a decisão final”. Por sua vez, para MEDAUAR (1993, p. 11) o caráter abrangente da atuação da Administração no processo não se limita aos aspectos suscitados pelas partes.

Portanto, a regra do impulso oficial, como desdobramento da participação que a garantia do contraditório impõe à autoridade, quer que ela determine ou realize os atos necessários independentemente do requerimento das partes, exercendo, de acordo com DINAMARCO (2001, p. 132), “[...] o poder-dever de direção do processo, também mediante a atividade de ‘saneamento’, que é por definição inquisitiva e, portanto, independe de aprovação das partes”. No âmbito do processo administrativo, deve-se afirmar que, de acordo com COSTA (1997, p. 18), “[...] a Administração tem o direito e o dever de apurar, no processo administrativo, todos os documentos, dados e informações relativas ao objeto processual, sem limitar-se às considerações dos administrados ou servidores envolvidos”.

Essa postura, no entanto, não deve desconsiderar a necessidade posterior das partes e dos interessados de se manifestarem a respeito do teor das providências tomadas e das informações obtidas.

O Regimento Interno do CADE (Resolução nº 46) dispõe, no art. 14, I, que é atribuição do Relator ordenar e presidir o procedimento. Ainda, no inciso II do mesmo dispositivo, lhe é atribuída a competência de determinar às autoridades competentes “providências relativas ao andamento e à instrução do procedimento”.

O Conselho, portanto, em decorrência da participação que a garantia do contraditório lhe impõe e, dentro da legalidade, deve ter sempre a incumbência de determinar ou até mesmo realizar os atos necessários independentemente do requerimento das partes ou dos interessados. Assim, podemos concluir a importante função desempenhada pela autoridade, constituindo importante fator para a celeridade da tutela a ser prestada, evitando atividades inúteis e retrocessos indesejados.

3.4. O Contraditório e as Iniciativas Probatórias

Por muito tempo permaneceu no direito processual a idéia de que caberia somente às partes a atividade probatória e a autoridade permaneceria inerte, somente recebendo as provas que lhe eram trazidas pelos interessados, a fim de que, ao final, pudesse examiná-las e valorá-las.

Todavia, essa concepção tradicional do “princípio do dispositivo”, oriunda do Estado Liberal clássico, não mais se coaduna com o paradigma moderno de Estado. DINAMARCO (2001, p. 133-134) afirma que “[...] o processo é hoje encarado como um instrumento público que não pode ser regido exclusivamente pelos interesses, omissões, condutas dos [interessados], ele é uma instituição do Estado, não um negócio em família”.

MOREIRA (1999, p. 234) afirma que “[...] a diretriz primeira da atividade probatória no processo administrativo é a sua qualidade de ato espontâneo da Administração. A regra é a instalação e condução *ex officio* da instrução, sem que isso impeça o pleito dos interessados ou sua intimação acerca do andamento processual”.

A instrução no antitruste é dever da Autarquia, por meio do Conselheiro Relator, de forma que o processo não pode ficar inativo devido a omissões dos particulares envolvidos. As partes, por sua vez, têm assegurado o direito de, “na fase instrutória e antes da tomada de decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir

alegações referentes à matéria objeto do processo” (art. 33 da lei geral de processo administrativo).

O art. 9º, inciso III, da lei concorrential atribui ao Conselheiro Relator ampla possibilidade de requisição de quaisquer informações e documentos e também de determinar diligências que se fizerem necessárias. Esse dispositivo foi regulamentado pelos arts. 63 e 64 do Regimento, que atribuem ao Presidente e Conselheiros da Autarquia a faculdade de requisição de documentos ou informações de quaisquer autoridades públicas ou privadas. Em específico, aos atos de concentração, dispõe o art. 101 o poder-dever do Relator em determinar diligências possíveis.

No entanto, a praxis do SBDC permite concluir que a maioria dos procedimentos submetidos à decisão foram julgados baseando-se naquilo constante nos autos. Em pesquisa à ata das sessões ordinárias realizadas nos anos de 2006 e 2007, um total de 30 (trinta) ²⁵ procedimentos tiveram seus julgamentos convertidos em diligência.

Nota:

25 Em 2006, tiveram seus julgamentos convertidos em diligência os seguintes procedimentos: AP 08012.008462/2002- 18, AC 08012.009497/2004- 36, AC 08012.008433/2005- 07, AC 08012.009181/2003- 63, AC 08012.003315/2004-13, PA 08012.007042/2001- 33, AC 08012.005539/2004- 60, AC 08012.009183/2005- 14, AC 08012.006534/2003- 73, AC 08012.008995/2005-42, PA 08012.005194/2001-00, AI 08700.000524/2002- 95, AC 08012.011058/2005- 74, AC 08012.008446/2005-78, AP 08012.002034/2005-24, AP 08012.010713/2004- 96, AC 08012.006008/2005-75 e AC 08012.005539/2004-60. Em 2007, consideramos os procedimentos: AC 08012.009680/2005- 12, AC 08012.010340/2006- 15, AC 08012.007690/2006- 02, AC 08012.011261/2005- 41, AC 53500.002400/2004, AC 08012.000311/2007- 26, AC 08012.003409/2004-92, PA 08012.006936/2002- 97, AC 08012.010081/2007- 11, AC 08012.009058/2006- 95, AC 08012.011611/2007-31 e AC 08012.003426/2007-72. (Disponíveis em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 22 jan. 2008)

Os dados revelam, pois, que as iniciativas probatórias atribuídas ao CADE têm sido pouco utilizadas pelos Conselheiros. Tal constatação se relaciona à ênfase que se tem procurado conferir à celeridade na tramitação dos procedimentos. Além disso, a instrução do processo realizada pela SDE e por algumas agências reguladoras no âmbito de suas competências tem sido considerada satisfatória, de forma que na maioria dos casos tem-se chegado a uma decisão baseando-se naquilo que nos autos consta.

Podemos citar, como exemplo, o Ato de Concentração nº 8012.000311/2007-26 ²⁶, no qual dois dos Conselheiros, quando da re-liquidação da 397ª Sessão Ordinária, determinam a realização de diligências complementares, o que foi aceito pela maioria do Plenário. O caso voltou à pauta na 402ª Sessão Ordinária, tendo as diligências complementares sido determinantes para a decisão.

Nota:

26 Requerentes: Monsanto do Brasil Ltda. e Syngenta Seeds Ltda., Relator: Luis Fernando Schuartz.

Outro caso a se mencionar é a AP 08012.002034/2005-24 ²⁷, em que dois dos Conselheiros também determinaram a realização de uma instrução complementar, a qual demonstra que a instrução até então realizada não era ainda suficiente para embasar uma decisão do Conselho, determinando, assim, a volta dos autos à Secretaria de Direito Econômico.

Nota:

27 Representante: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Representado: Microsoft Informática Ltda., Relator: Abraham Benzaquem Sicsú.

No entanto, esta mesma postura não foi adotada quando da análise do PA 08012.007042/2001-33 ²⁸. É possível constatar nos votos freqüentes menções à insuficiência da instrução até então realizada, sem, contudo, ter-se determinado a realização de diligências complementares.

Nota:

28 Representante: CIEFAS – Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde, Representadas: Coopanest/BA – Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas da Bahia e outra.

É claro que a celeridade do processo é uma tônica que tem cada vez mais encontrado adeptos no direito processual, sobretudo após a EC 45, que a incluiu como direito individual nos termos do art. 5º da Constituição da República. No entanto, a instrução efetiva do procedimento administrativo, nos termos já abordados anteriormente, é um dever da autoridade e, sobretudo, da coletividade, de forma que, no conflito entre os dois valores mencionados, deve sempre prevalecer aquele que maior benefício conferir às necessidades da coletividade.

Portanto, à luz do exposto, as iniciativas probatórias devem partir tanto das partes e dos interessados, mas também do próprio CADE.

3.5. O Contraditório Colocado em Juízo

A maneira pela qual o CADE tem exercido o contraditório nos processos a ele submetido tem sido confirmada pelo Poder Judiciário. Em pesquisa realizada nos sítios do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal foram encontrados apenas dois ²⁹ acórdãos relacionados ao tema, em todos os quais a autoridade judiciária confirmou a postura da Autarquia.

29 Somente foram encontrados julgados no Tribunal Regional Federal da 1ª Região: EDAG 2004.01.00.022344-3/DF, AG 2004.01.00.022342-6/DF. (Disponíveis em: <<http://www.trf1.gov.br>>. Acesso em: 21 jan. 2008)

Merece ser ressaltado o EDAG 2004.01.00.022344-3/DF, refe-rente ao Processo Administrativo nº 08012.004086/2000-21. As representadas alegaram que teria havido ofensa ao princípio do contraditório, uma vez que a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE/MF “teria iniciado a instrução do feito violando os princípios do contraditório, ampla defesa e pu-blicidade dos atos processuais. Comentam que esse órgão parecerista ouviu funcionários das empresas clientes das representadas (fls. 289 *usque* 316) sem que elas fossem avisadas das audiências, o que contraria o preceito dos arts. 26 e 41 da Lei nº 9.784/1999” (PA 08012.004086/2000-21, p. 5644).

Na realidade, o referido ato aconteceu numa fase anterior à da instauração do PA em análise e tampouco averiguação preliminar, exercendo o órgão a função de sua competência, que é a investigação de possíveis condutas lesivas à liberdade de iniciativa concorrencial. Esse entendimento, exposto no voto do Relator, foi confirmado em segunda instância pelo Desembargador Relator do processo, que expressamente afirmou que “[...] não houve qualquer omissão, mas, sim, análise adequada da matéria”.

Assim, pela quantidade escassa de pronunciamentos relativos ao tema no Poder Judiciário, deve-se notar que o CADE tem exercido o contraditório da maneira satisfatória.

CONCLUSÕES

A livre iniciativa foi consagrada no Texto Constitucional de 1988, por meio de seu art. 1º, IV, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. O referido princípio foi reafirmado por meio do art. 170 do mesmo Texto Maior, que assegura a todos a liberdade de exercer qualquer atividade econômica, independentemente de autorização dos órgãos públicos.

Todavia, a livre iniciativa não pode ser exercida de forma absoluta, tendo sido limitada pelo próprio constituinte pela livre concorrência, que pressupõe a possibilidade de um grande número de agentes econômicos atuarem no mesmo mercado em igualdades de condição. Assim, o sistema consagra a livre iniciativa e, por conseguinte, a intervenção estatal na economia deve ter caráter excepcional, nos termos do art. 173 da CF.

A lei antitruste é a regulamentação da atuação dessa competência do Estado e impõe-se ao mercado para zelar pelo respeito aos princípios constitucionais que conforma a ordem econômica, sobretudo a livre concorrência e a livre iniciativa. Na medida em que atua também preventivamente no controle das estruturas de mercado, assegura também a livre iniciativa concorrencial, vez que tal atuação previne a criação de concentrações que confirmam, aumentem ou facilitem o exercício do poder de mercado.

Nesse íterim, a lei concorrencial deve ser vista como um importante instrumento de que o Estado deve se utilizar para implementar políticas públicas de defesa da coletividade em relação aos atos nocivos à concorrência, garantindo, pois, o bem-estar da coletividade.

O meio pelo qual o Estado garante a manutenção das livres condições de oferta e concorrência é essencialmente o processo administrativo. Constitui-se num instrumento de proteção tanto do indivíduo em relação às ações arbitrárias do Estado como também uma garantia da coletividade em relação à manutenção dos princípios da ordem econômica.

Na medida em que a Administração ordenadora atua na limitação dos direitos individuais em prol da defesa da coletividade, o processo administrativo deve ter sempre em vista a efetividade, sob pena de se estar sacrificando direitos e interferindo de forma prejudicial à livre iniciativa concorrencial.

A efetividade do processo, tal qual defendida por Liebman, tem por pressuposto básico o respeito às garantias processuais traçadas pela Constituição. Dentre elas, o contraditório, que embasa o modo de atuação não só das partes, mas também da própria autoridade julgadora, enquanto sujeito da relação processual.

Assim, em relação às partes e aos interessados, contraditório significa garantia de participação daqueles a quem se destinam os efeitos da decisão final do processo na formação desta, transubstanciando-se na faculdade do cidadão de repudiar as acusações que pendem sobre si, pronunciando-se acerca do contexto probatório, bem como na oportunidade de os litigantes apresentarem provas, participarem de sua produção e se manifestarem sobre provas apresentadas pela parte contrária. Esse princípio é intrínseco ao direito de defesa e indispensável à isonomia no processo.

Por sua vez, em relação à autoridade, significa, sobretudo, a exigência de uma postura ativa na relação processual não só no impulso do procedimento mas também na tomada de iniciativas que buscam dotar a tarefa da instrução do atributo de efetividade, com o intuito de chegar a um convencimento que melhor atenda aos interesses da coletividade envolvidos.

Essa concepção de efetividade do contraditório foi incorporada tanto pela lei concorrencial, quanto pelo Regimento Interno. Confere, portanto, maior liberdade de atuação dentro do processo aos envolvidos, inclusive ao próprio CADE enquanto autoridade julgadora do SBDC.

Devemos ressaltar que foi adotada uma postura restrita em relação à participação daqueles interessados, não

integrantes da relação processual originária. Essa restrição, no entanto, deve ser utilizada com razoabilidade pela Autarquia, vez que estão sendo manejados interesses difusos, cuja titularidade é da coletividade e não de um particular.

Em relação à atuação do CADE, enquanto instância julgadora, a legislação permite a realização de uma instrução qualitativamente eficaz, na medida em que lhe permite a tomada de iniciativas probatórias independentemente da provocação das partes e dos interessados. No entanto, pela jurisprudência analisada, deve-se observar que nem sempre essa postura tem sido adotada pelo CADE, o que traz o risco de suas decisões não serem dotadas do atributo da efetividade, o que compromete a satisfação das necessidades ditadas pelo interesse público envolvido na questão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular do Direito brasileiro, como instrumento da tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos. In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador/BA, a. I, n. 6, set. 2001.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Resolução nº 45, de 28 de março de 2007, que aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2008.

_____. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 18 jan. 2008.

_____. Decreto-Lei nº 7.666, de 22 de junho de 1945. Dispõe sobre os atos contrários à ordem moral e econômica. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 jan. 2008.

_____. Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962. Regula a repressão ao abuso do poder econômico. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 jan. 2008.

_____. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica em autarquia e dispõe sobre a repressão às infrações à ordem econômica, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 8 jan. 2008.

_____. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 16 jan. 2008.

_____. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 jan. 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1998.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CASTRO, Rodrigo Pironi Aguierre de. *Processo administrativo e controle da atividade regulatória*. São Paulo: Fórum, 2005.

CONSELHO Administrativo de Defesa Econômica – CADE. *Guia Prático do CADE: a defesa da concorrência no Brasil*. 3. ed. São Paulo: CIEE, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva, 1995.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: RT, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. *Tutela cautelar no processo administrativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

MOREIRA, Egon Bockmann. O direito administrativo contemporâneo e a intervenção do Estado na ordem econômica. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo*, Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fev. 2005. Disponível: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 12 jan. 2008.

_____. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei nº 9.784/1999*. São Paulo: Malheiros, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios de processo civil na Constituição federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

LUIZ NETO, Carlos Luiz. O devido processo legal e a efetividade processual: uma difícil relação. Disponível em: <http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_VII_julho_2007/devidoprocesso_carlosluiz.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2008.

OLIVEIRA, Gesner de. CADE, 35 anos. *Revista de Direito Econômico*, Brasília, n. 26, 1997.

ROZA, Cláudio. *Processo administrativo disciplinar e ampla defesa*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial : as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1997.

VALERIO, Marco Aurélio Gumieri. *Antitruste em setores regulados*. São Paulo: Lemos e Cruz, 2006.