

AVALIAÇÃO DE CARTÉIS: O CASO DAS PEDRAS BRITADAS***Alessandro V. M. Oliveira***

Coordenador do NECTAR – Núcleo de Estudos em Competição e Regulação do Transporte Aéreo.

e-mail: A.V.M.Oliveira@gmail.com

***Eduardo Luiz Machado***

Diretor do Núcleo de Economia e Administração de Tecnologia do Instituto de Pesquisas Tecnológicas;

Coordenador do GERC2 – Grupo de Estudos em Regulação, Concorrência e Comércio.

e-mail: edumach@ipt.br

***Gesner Oliveira***

Professor da Fundação Getúlio Vargas;

Co-coordenador do GERC2.

e-mail: gesner@fgvsp.br

***Thomas Fujiwara***

Instituto de Pesquisas Econômicas – USP.

1. Introdução; 2. Investigação das Infrações; 3. A Medida Preventiva: Requisitos para Concessão; 4. Competência para Apreciação da Medida Preventiva; 5. Possibilidade de Recurso contra a Concessão ou Denegação da Medida Preventiva; 6. Conclusão.

RESUMO

As práticas que constituem infração contra a ordem econômica no Brasil são investigadas pela SDE e julgadas pelo CADE, após Processo Administrativo em que se garante a ampla defesa e o contraditório. Muitas vezes, a prática investigada deve ser imediatamente cessada, já que a atividade econômica está sofrendo prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação, correndo-se o risco, inclusive, de a decisão do CADE tornar-se ineficaz ao fim do Processo Administrativo. O Secretário de Direito Econômico e o Conselheiro-Relator, cada um durante uma fase do Processo, podem deferir a suspensão da prática investigada, de ofício ou mediante requisição do Procurador Geral, sob pena de multa diária por descumprimento. A decisão que concede ou denega a medida preventiva desafia recurso para o Plenário do CADE. A medida preventiva é importante instrumento para garantia da higidez do mercado, manutenção do equilíbrio na ordem econômica.

Palavras-chave: Infrações; ordem econômica; medida preventiva; SDE; CADE.

1. INTRODUÇÃO

Os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência (art. 170 da CF) são confrontados na própria Constituição pela possibilidade de repressão estatal contra as práticas nocivas à ordem econômica (art. 173, § 4º, da CF) ¹.

Nota:

1 Art. 173. Omissis [...], § 4º: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

A Lei nº 8.884/1994, regulamentando o artigo supracitado, esta-beleceu os parâmetros para caracterização do abuso do poder econômico que visa à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Compete a uma Autarquia Federal, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE – o exercício do poder de polícia para identificar e punir as infrações contra a ordem econômica (art. 3º da Lei nº 8.884/1994) ². Nos termos do art. 7º do diploma de regência, compete ao CADE decidir sobre a existência de infrações contra a ordem econômica ³. As notórias infrações, a saber, venda casada, preço predatório, recusa de venda, cartéis, dentre outras vislumbradas nos diversos mercados da economia nacional, manifestam-se, essencialmente, quando um agente exclui outro(s) da atividade econômica (exemplo do preço predatório), ou quando se identifica, em manifestação colusiva de agentes, a transformação do ambiente competitivo em realidade de monopólio (exemplo dos cartéis) ⁴.

Notas:

2 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.”

3 O Ministro Luiz Fux, Relator do MS 12121/DF, DJ em 11.06.2007, pontificou no seu voto a competência do CADE, nos seguintes termos: “[...] 11. Deveras, a questão concorrencial, em princípio, deve ser analisada pelo CADE para instruir demandas que suscitam as vicissitudes do direito econômico no afã de aferir se o direito é líquido e certo, por isso que na sua ausência, porquanto arquivado o processo em referido órgão, subjaz a presunção de legitimidade do ato da Administração Pública. [...]”.

4 Sobre exclusão e colusão, ver: SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – As condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003. O autor chega a esse tipo de classificação com base em análise interdisciplinar, apresentando as teorias econômicas e jurídicas das condutas concorrenciais.

Para identificação dessas infrações, a instrução demanda ampla defesa e contraditório, estando o mercado sujeito à continuidade da prática até o cabo do Processo Administrativo. Abordar-se-á, no presente artigo, a previsão de uma tutela de urgência para cessação da prática infrativa, analisando os aspectos processuais e de mérito inerentes ao provimento.

2. INVESTIGAÇÃO DAS INFRAÇÕES

Para se examinar a tutela de urgência, primeiramente, deve-se verificar como se dão a instauração e instrução do processo administrativo. Nos termos da Lei nº 8.884/1994, é atribuição da Secretaria de Direito Econômico (SDE), órgão do Ministério da Justiça, a investigação acerca de práticas que possam consubstanciar infração contra a ordem econômica. A

SDE instaura uma averiguação preliminar (art. 14, III, da Lei nº 8.884/1994) e/ou um processo administrativo (art. 14, VI, da Lei nº 8.884/1994) com esse desiderato.

Conferindo ao investigado as garantias constitucionais de ampla defesa e contraditório (art. 5º da CF, LV, c/c art. 33 da Lei nº 8.884/1994), devem-se perquirir os elementos lícitos de prova para a constatação ou não da infração (art. 35 da Lei nº 8.884/1994). A administração vai observar até que ponto o exercício da livre iniciativa prejudica a livre concorrência, traz prejuízos ao funcionamento regular da atividade econômica.

Após aquilatar todas as provas referentes ao caso investigado, o Secretário de Direito Econômico emite juízo opinativo, remetendo o processo ao CADE. Recebido o processo no CADE e sorteado o relator, este também pode determinar a realização de novas diligências a SDE, nos termos do art. 35 da Lei nº 8.884/1994, facultando à parte, também, a produção de novas provas (art. 43 da Lei nº 8.884/1994), tudo com o fito de fortalecer a convicção para proferir o *decisum*. O CADE há de considerar os elementos constantes dos autos, “mas não lhe é permitido decidir em conformidade com os fatos de que teve conhecimento fora dos autos. Inadmissível a utilização da ciência privada, o que não se confunde com o emprego legítimo de conhecimento próprio, para a avaliação da prova ou de fatos dos autos”⁵.

Nota:

5 MARCATO, Antônio Carlos (Org.). *Código de processo civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 132.

Pois bem. O fato é que o dinamismo da realidade econômica, muitas vezes, exige celeridade no provimento administrativo para brevar o ato ilícito. Em certas hipóteses, como se dá no processo judicial, não se pode aguardar toda a instrução do feito para se obter a cessação da prática nociva à ordem econômica. Para isso, existe a medida preventiva.

3. A MEDIDA PREVENTIVA: REQUISITOS PARA CONCESSÃO

Ao passo que no direito processual pátrio tem-se a ação/medida cautelar, a antecipação de tutela, a prisão preventiva, prisão temporária, a Lei nº 8.884/1994 previu, em seu art. 52, a concessão de uma medida preventiva administrativa nos casos em que se apura infração contra a ordem econômica.

Reza o art. 52 da Lei nº 8.884/1994:

“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.”

O primeiro aspecto a ser enfrentado é o de que a medida preventiva pode ser instaurada *em qualquer fase do processo administrativo* para a apuração da infração. Não se admite a medida preventiva antecedente, mas tão-somente quando instaurado o incidente para apreciação de suposta infração contra a ordem econômica. O processo administrativo que é apontado na Lei deve ser interpretado em sentido lato, como “instrumento indispensável ao exercício da função administrativa”. Nesse sentido, tanto o Processo Administrativo em sentido estrito (art. 32 da Lei nº 8.884/1994), quanto a averiguação preliminar (art. 30 da Lei nº 8.884/1994) podem dar ensejo à concessão de uma medida preventiva⁶.

Nota:

6 Nesse sentido FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção da concorrência – Comentários à legislação antitruste*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 246.

A medida preventiva “destina-se a assegurar a possibilidade da efetividade da decisão final e, por outro lado, impedir que uma das partes frustrate o objetivo final do processo”⁷. A visão exposta relaciona a medida preventiva à função acautelatória *ad processum*. Entende-se, ainda, que, além do aspecto cautelar, o provimento de urgência também pode ter natureza de antecipação de tutela, haja vista o grau de satisfatividade que algumas dessas decisões podem conter. Em hipóteses desse jaez, a tutela antecipatória pode ser concedida no curso do processo, sendo não apenas uma arma contra o tempo do feito, mas também para que o tempo seja distribuído entre representante e representado, na proporção da evidência do direito daquele e fragilidade da defesa deste, quando for o caso.

Nota:

7 Idem.

Para a concessão da medida, devem ser analisados fatos que comprovem, direta ou indiretamente, que a prática cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo. Aditem, pois, provas diretas e indiretas. Falando de provas indiretas em cartéis, o Conselheiro Thompson Andrade anotou que essas provas “são indícios que pressupõem que os agentes econômicos com grande probabilidade se comportaram de forma a concertar as suas ações”⁸. A probabilidade está atrelada a uma situação de mercado que só pode ser demonstrada se for pela prática infrativa. Para o Conselheiro Ruy Santa Cruz, ao julgar o Processo Administrativo nº 08000.15337/97-48, se uma situação de mercado só puder ser explicada pela formação de cartel, este restará configurado. Entretanto, se houver

outra explicação racional para o procedimento das empresas ou para o que aconteceu no mercado, a infração não estaria respaldada.

Nota:

8 ANDRADE, Thompson. Julgamento de cartéis e o uso de provas indiretas. *Revista de Direito da Concorrência*, n. 01, jan. 2004.

No REsp 702.739/PB, apontou-se com propriedade a utilização da prova indireta:

“Os fatos que são essenciais para configurar o objeto do processo e que constituem a causa de pedir são exclusivamente aqueles que têm o condão de delimitar a pretensão; isto é, aqueles que são carregados de efeito pelo ordenamento jurídico. Os fatos essenciais (também denominados de fato jurígeno ou principal) são particularizados por determinados acontecimentos produzidos pela dinâmica social (fatos simples ou secundários), dos quais é possível extrair uma consequência jurídica. A prova dos fatos secundários prova indiretamente os fatos principais.”⁹

Nota:

9 Relª Min. Nancy Andrighi, 3ª T., Rel. p/o Ac. Min. Ari Pargendler, J. 19.09.2006, DJ 02.10.2006, p. 266.

Assim, se o elemento probatório é o fato secundário, mas não apresenta indícios absolutos para identificar a prática do fato jurígeno, ou seja, a participação do agente econômico no evento pretensamente ilícito, não seria viável deferir a medida preventiva. No dizer de Carnelutti, a prova indireta é atividade complexa que exige percepção e dedução. Se a percepção do juiz não basta por si só para a busca do fato a provar, senão que há de integrar-se com a dedução do fato a provar a respeito do fato percebido¹⁰. Assim, a dúvida nessa ligação da dedução com a percepção fragiliza o lastro probatório e impossibilita a concessão.

Nota:

10 CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Trad. Lisa Pary Scarpa. Campinas : Bookseller, 2001. p. 90.

O remédio medida preventiva, fazendo-se um paralelo com o processo civil, deve eliminar imediatamente um mal investigado e cuja ins-talação é prejudicial à ordem econômica¹¹. Aliás, a tutela prevista no texto normativo exige a adequação à satisfação do interesse material ou interesse coletivo salvaguardados¹², sendo, pois, absolutamente verificável a concessão cautelar ou antecipatória de mérito.

Notas:

11 Ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória* – Individual e coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 203.

12 LACERDA, Galeno. *Comentários ao código de processo civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. VIII, 1993. p. 18-20.

No ponto, a prudência e o equilíbrio, não raras vezes invocados, não podem ser utilizados como instrumento para a omissão. Esta é tão ou mais perniciosa à ordem econômica do que o julgamento equivocado, posto que a competência é outorga de missão estatal para respaldar o interesse público. A legitimidade da decisão advém justamente do cumprimento dos dispositivos legais, os quais são lastreados de juízo discricionário, e do res-paldo do julgador investido na conformidade legal¹³. Com efeito, ainda que se possa vislumbrar o erro, a ação em prol da coletividade é mais admissível que a omissão em prol do pretenso infrator.

Nota:

13 Nesse sentido, concedendo medida preventiva, analisando o aspecto do risco, disse o Conselheiro Luiz Fernando Schuartz no Recurso Administrativo nº 08700.002928/2006-47 (referente ao Processo Administrativo nº 08012.001518/2006-37): “Por fim, note-se que toda decisão de tutela preventiva traz consigo o risco de produção de um prejuízo que, medido de acordo com o valor que a decisão procura proteger, é mais indesejável que o prejuízo associado ao risco contra o qual a decisão se volta”.

4. COMPETÊNCIA PARA APRECIÇÃO DA MEDIDA PREVENTIVA

Verificados os requisitos para concessão da medida preventiva, merecem realce o trâmite e a competência para a sua concessão. Como indicado no dispositivo legal, o Secretário de Direito Econômico e o Relator do Processo Administrativo

podem deferir a medida preventiva. Todavia, não se pode afirmar que se trata de competência concorrente/alternativa, mas sim de competências subseqüentes, observando-se a fase processual em que se encontra o feito.

Assim, se o processo tramita perante a Secretaria de Direito Econômico, o Secretário é competente. Se já se deu o pronunciamento opinativo da SDE, o Relator do processo passa a deter essa competência. Diz-se isso, já que, se a competência fosse concorrente, no sentido de que qualquer uma das duas autoridades, a qualquer momento, pudesse conceder a tutela de urgência, isso poderia gerar situações que nos parecem incongruentes: i) o pedido de medida preventiva diretamente a um Conselheiro Relator, sem que sequer o Secretário de Direito Econômico tivesse manifestado qualquer juízo sobre o processo; ii) solicitação de medida preventiva ao Secretário de Direito Econômico, após ele ter manifestado sua opinião no parecer, estando o Processo já no CADE; iii) medida preventiva requerida às duas autoridades, concomitantemente, havendo decisões contraditórias. Fale-se, ainda, que terceira autoridade poderia manifestar-se, acaso imaginemos a competência de agência de regulação para instrução do feito e concessão de medida preventiva. (Ex. da Lei nº 9.472/1997, que trata da Anatel).

Não nos parece crível que a competência do art. 52 da Lei nº 8.884/1994 não tenha a interpretação pautada pela sucessão, de acordo com o momento processual. No que diz respeito ao Secretário, esta oportunidade existe enquanto o feito tramitar na SDE, desde a sua abertura, até que se emita o juízo opinativo para a solução do feito, na inteligência do art. 32 c/c o art. 39 da Lei nº 8.884/1984:

“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 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 nessa última hipótese.”

Quanto ao Conselheiro Relator, uma vez que lhe seja distribuído um processo, e até o momento em que se conclua a decisão do Plenário, este, por iniciativa própria ou do Procurador Geral, pode deferir medida preventiva.

“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 insuficiente para a formação de sua convicção os elementos existentes nos autos.”

Ora, ainda que fosse possível (embora aparentemente incongruente) uma autoridade se manifestar sobre processo que tramite perante a outra (Conselheiro conceder preventiva em processo que está na SDE e Secretário conceder preventiva de processo que está no CADE), admitir-se a concomitância de competências (Secretário e Conselheiro disciplinando ao mesmo tempo) seria respaldar a possibilidade de conflito de atribuições entre o Secretário de Direito Econômico e Conselheiro Relator, no caso de deferimento e indeferimento concomitante ¹⁴.

Nota:

14 Nesse sentido, no Despacho nº 20/2007/PG/CADE, nos autos no Recurso Voluntário nº 08700.004106/2007-45, ressaltou o Procurador Geral do CADE, Arthur Badin: “Tanto o Secretário da SDE quanto o Conselheiro Relator podem conceder, monocraticamente, medidas preventivas. Obviamente, essa competência é sucessiva, e não simultânea: quando o processo administrativo tramitar na SDE, a competência é do Secretário, e quando o processo administrativo tiver sido encaminhado ao CADE para julgamento, a competência é do Conselheiro Relator. Em primeiro lugar, porque enquanto o Secretário não exaurir sua função administrativa, nos termos do art. 39 da Lei nº 8.884/1994, sequer há Conselheiro Relator. Em segundo lugar, porque a possibilidade de duas autoridades decidirem a mesma questão simultaneamente contraria a logicidade e a sistematicidade do direito processual, já que disso poderiam decorrer prestações jurisdicionais absurdamente contraditórias. Mesmo em casos legais de competência concorrente, a individualização do juiz natural – e conseqüente exclusão da competência de todos os demais – é definido por regras de prevenção, jamais se admitindo em todo direito processual hipótese de subsistência de competência simultânea”.

Resta claro, pois, que a lei procurou possibilitar, durante todo o trâmite do Processo, a concessão de medida preventiva, outorgando competência às autoridades que presidem as diferentes fases do Processo Administrativo o juízo do deferimento ¹⁵.

Nota:

15 Nesse sentido, o voto do Conselheiro Ricardo Cueva, acompanhado à unanimidade pelo Plenário do CADE, nos autos do Processo (Recurso Voluntário) nº 08700.004107/2006-45.

5. POSSIBILIDADE DE RECURSO CONTRA A CONCESSÃO OU DENEGAÇÃO DA MEDIDA PREVENTIVA

Outro ponto a ser enfrentado é o de que: uma vez negada ou concedida a medida preventiva pelo Secretário de Direito Econômico, poderia haver recurso para um relator? E mais: se o relator negar, de igual forma, a concessão, ou conceder a medida preventiva, poderia haver recurso para o Plenário do CADE?

A questão de recurso referente à medida preventiva encontra guarida na Lei nº 8.884/1984, no seguinte sentido:

“Art. 7º Compete ao Plenário do CADE:

[...]

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

[...]

Art. 52. Omissis

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

Pois bem. O dispositivo legal faz menção a recurso da decisão concessiva, não havendo previsão, aparentemente, de cabimento contra a decisão denegatória. Cumpre salientar, todavia, que a redação do artigo supra-indicado, não fazendo menção expressa à possibilidade de recurso da decisão denegatória, não é inusitada no ordenamento jurídico, nem, tão pouco, inibe interpretação que possa admitir o manejo do recurso de *decisum* que denegue o pleito cautelar.

Tanto isso é verdade que, mesmo sob a vigência da Lei nº 9.139, de 30.11.1995, a qual conferia ao Relator o poder de atribuir apenas *efeito suspensivo* ao agravo (art. 527, II, do CPC), tanto doutrina¹⁶ quanto jurisprudência¹⁷ interpretaram o referido dispositivo para além de sua literalidade, reconhecendo a possibilidade de concessão do que se passou a chamar “efeito suspensivo ativo”. Hoje a dúvida não persiste, tendo em vista que a Lei nº 10.352/2001 deu nova redação ao referido dispositivo do CPC, prevendo expressamente a possibilidade de antecipação de tutela recursal.

Nota:

16 MARCATO, Antônio Carlos (Org.). *Código de processo civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 1662. “[...] Para esses casos, consolidou-se na doutrina e jurisprudência o entendimento de que a parte vencida, ao interpor agravo de instrumento, poderá requerer ao relator atribuição de efeito ativo, ou seja, que o relator liminarmente conceda a pretensão indeferida pela decisão agravada. [...]”.

17 É cabível a concessão de efeito suspensivo ativo ao agravo de instrumento contra decisão que defere ou indefere medida liminar ou tutela antecipada, no teor da interpretação dada aos arts. 527, inciso III, e 558, *caput*, do CPC. Precedentes: ROMS 8.810/AL, Rel. Min. Peçanha Martins, DJ 22.03.1999 e ROMS 8.516/RS, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJ 08.09.1997 (REsp 649.218/RJ; Recurso Especial nº 2004/0033622-2, 1º T., Rel. Min. Francisco Falcão (1116), Órgão Julgador T1, DJ 06.10.2004, Data da Publicação/Fonte: (DJ 16.11.2004, p. 205).

Entendo que não restam dúvidas sobre a possibilidade de recurso da decisão denegatória, posto que a inteligência da Lei nº 8.884/1994, assemelhando-se aos dispositivos do Código de Processo Civil, sinaliza nesse sentido. Aliás, a Lei nº 8.884/1994 manda aplicar, subsidiariamente, o Código de Processo Civil (art. 83 da Lei nº 8.884/1994).

O que se deve notar, diga-se por imperioso, é que em ambas as perspectivas recursais, tanto no caso de concessão/denegação da medida preventiva pelo Secretário de Direito Econômico (art. 7º, VII), quanto pelo Conselheiro Relator (art. 52, § 2º, da Lei nº 8.884/1994), exige-se que o Plenário delibere, não sendo possível, por assim dizer, que o próprio Conselheiro Relator, uma vez indeferida (ou deferida) medida preventiva pelo Secretário de Direito Econômico, profira decisão monocraticamente, ainda que submeta *ad referendum* ao Plenário do CADE.

Posto isto, afigura-se perfeitamente cabível o recurso administrativo da decisão denegatória ou concessiva de medida preventiva, devendo ser conhecido o recurso pelo Plenário do CADE.

É importante frisar que, se quanto ao recurso da decisão que concede a medida preventiva, não há maiores questionamentos acerca da legitimidade recursal, a dificuldade existe quando o representante, ou terceiro, recorrem ao Plenário do CADE, quando da não-concessão da tutela acautelatória.

Nesse caso, o interesse jurídico da recorrente deve ser explicitado no ato de contestação. Sobre esse tema, a Procuradoria do CADE também já manifestou o entendimento, no Despacho nº 025 /2007/PG/CADE:

“[...] 3. O processo administrativo sancionador estabelece relação jurídico-processual entre Representado e o Estado, da qual não participa o Representante. Não há qualquer tipo de angularização da relação jurídico-processual entre Representante e Representado, sob o Estado-juiz. Isso porque o processo administrativo da Lei nº 8.884/1994 não tutela interesses privados, mas sim difusos e coletivos (art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.884/1994). Por essa razão, não tem o Representante direito subjetivo à prática atos processuais, atuando nos autos apenas e tão somente quando for do interesse do CADE. Nesse sentido, importante verificar os termos da Portaria MJ 04/06, que regulamenta o processo administrativo da Lei nº 8.884/1994 no âmbito da Secretaria de Direito Econômico:

‘CAPÍTULO IV DOS INTERESSADOS

Art. 12. Não será admitida a instauração de qualquer das espécies de processos administrativos previstos nesta Portaria para apurar fatos que constituam lide privada, sem interesse para a coletividade.

Art. 13. São legitimados como interessados no processo administrativo qualquer pessoa física capaz ou jurídica, inclusive organizações e associações, que poderão figurar no processo administrativo nas seguintes qualidades:

I – o representante, assim considerado aquele que, no exercício do direito de representação, oferecer à Secretaria de Direito Econômico notícia de infração contra a ordem econômica;

II – o representado, assim considerado aquele cujos atos são objeto de apuração no âmbito de ‘AP’, ‘PA’ e ‘Apuração de AC’;

III – requerente, aquele que solicita a aprovação do ‘AC’;

IV – impugnante, aquele que se opuser à aprovação do ‘AC’;

V – autuado, aquele contra o qual é lavrado Auto de Infração para instauração de ‘AI’; e

VI – terceiro interessado, aquele que, sem ser representante, re-presentado, requerente ou impugnante, tem direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada, tais como concorrentes, associação de

consumidores, dentre outros.

Art. 14. O representado e o requerente poderão acompanhar o processo administrativo por intermédio de seu representante legal, diretores, gerentes ou advogado regularmente constituído, sendo-lhes assegurado amplo acesso aos autos, ressalvada a hipótese de sigilo do processo ou de concessão de confidencialidade.

Art. 15. A prática de atos processuais pelo representante, impugnante e terceiro interessado será excepcional e limitar-se-á às hipóteses em que a Secretaria de Direito Econômico julgar conveniente para a instrução processual e defesa dos interesses da coletividade.

Art. 16. Os legitimados poderão requerer qualquer providência ou diligência, que será realizada, ou não, a juízo da Secretaria de Direito Econômico.

4. Para que terceiro interessado possa se legitimar à interposição de recursos em processos dos quais não é parte, deve demonstrar o nexo de interdependência entre o seu interesse [jurídico] de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicante (art. 499, § 1º, do CPC).

5. Consoante lição elementar de direito processual, 'para que seja admissível [recurso de terceiro prejudicado], necessário se demonstre que a decisão recorrida afetará, direta ou indiretamente, relação jurídica de que o terceiro é titular' (STJ, REsp 19.802/MS, 3ª T., Rel. Min. Eduardo Ribeiro, J. 05.05.1992, v.u., *apud* Theotônio Negrão, 34. ed.)."

Assim, *a priori* só quem é parte pode recorrer. Do contrário, a única possibilidade de intervenção no processo seria como terceiro interessado, nos termos do art. 36 do Regimento Interno do CADE (Resolução nº 45 de 28 de março de 2007).

"Art. 36. A prática de atos processuais por terceiro interessado será excepcional e limitar-se-á às hipóteses em que o CADE julgar oportuna e/ou conveniente para a instrução processual e defesa dos interesses da coletividade."

Nesse prisma, o interesse jurídico deve observar duas perspectivas: i) a manifestação no processo exigirá que a parte apresente informações, as quais o Conselho venha a considerar indispensáveis ou de inegável utilidade à instrução processual; ii) no caso de recurso, este só será admissível quando o interesse privado da recorrente relacionar-se com o direito da coletividade tutelado pelo Conselho. Melhor dizendo, só há viabilidade de manejar recurso voluntário quando o abalo ao mercado, objeto de vida defendido pelo CADE, atingir, por via reflexa, a empresa. Aí tem-se que a satisfação imediata de que a correção da atividade econômica vai respaldar reflexamente o interesse jurídico do privado. Uma empresa, sem condições de impactar o mercado, deve ter seus conflitos com outras empresas privadas discutidas diretamente no Judiciário.

Em resumo: (i) quando o processo administrativo tramitar na SDE, a competência para conceder medida preventiva é do Secretário de Direito Econômico; (ii) quando o processo administrativo tramitar perante o CADE, a competência para concessão de medida preventiva é do Conselheiro Relator; (iii) em ambas as hipóteses, das decisões monocráticas do Conselheiro Relator ou do Secretário de Direito Econômico, concedendo ou denegando a medida preventiva, cabe recurso voluntário ao Plenário. No caso de denegação da medida preventiva, o recorrente deverá demonstrar o interesse jurídico em recorrer, o que acontecerá se o abalo imediato ao mercado atingi-lo de forma mediata, já que o próprio agente econômico é importante para o mercado.

6. CONCLUSÃO

Como se pode observar, a medida preventiva é importante instrumento para a cessação imediata de prática infrativa contra a ordem econômica. Verifica-se, na Lei nº 8.884/1994, uma processualística clara, com competências delineadas nas diversas fases do processo. Na SDE, o Secretário de Direito Econômico tem competência para deferir a medida preventiva. No CADE, a competência é do Conselheiro Relator. A própria lei prevê uma devolutividade da decisão que concede ou nega a medida preventiva, cabendo recurso para o Plenário do CADE. Há de se demonstrar o interesse jurídico para manejar o recurso.