

CONCORRÊNCIA E O JUDICIÁRIO– *INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK – ICN*

SUMÁRIO: **1.** Introdução; **2.** Metodologia; **3.** Os países participantes: perfil e características; **4.** A estrutura de revisão judicial; **5.** Autoridades de defesa da concorrência e o Poder Judiciário; **6.** Moldar a política da concorrência; **7.** Deficiências na relação entre autoridades de defesa da concorrência e o Judiciário e medidas tomadas para solucioná-las; **8.** Conclusões.

Concorrência e o Judiciário

2ª Fase – Estudo de Casos

6th Conferência Anual da ICN

Moscú, Rússia

Maio/Junho, 2007.

Contribuíram para a segunda fase deste estudo:

Brasil – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

Canadá – Tribunal de Concorrência

Chile – Tribunal de Defesa da Livre Concorrência

El Salvador – Superintendência de Concorrência

México – Comissão Federal de Concorrência

Espanha – Tribunal de Concorrência

Turquia – Autoridade de Defesa da Concorrência

O subgrupo agradece pela revisão deste Relatório: Diretório Geral para Concorrência da Comunidade Européia, Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América e Comissão Federal do Comércio dos Estados Unidos da América.

1. INTRODUÇÃO

Conclusões importantes emergiram do Relatório do CBCPI de 2006. Dentre elas estava a identificação dos principais atores envolvidos na implementação de uma política/lei de concorrência em países em desenvolvimento, incluindo, *inter alia*, consumidores, empresas e o Judiciário.

Com base nesse relatório, o Subgrupo 3 (SG3) decidiu aprofundar o estudo de um desses atores, o Judiciário, focando-se mais especificamente na relação entre o Judiciário e as agências de defesa da concorrência, de maneira a promover um melhor conhecimento sobre o tema e a sugerir medidas que possam melhorar essa relação. Já à época

do relatório, estava evidente que a revisão das decisões das agências de defesa da concorrência pelo Judiciário poderia ser determinante na política de defesa concorrencial e, portanto, merecedora da atenção do Grupo de Trabalho sobre Implementação de Políticas de Concorrência.

Uma vez estabelecidos os objetivos da nova tarefa ¹, o estudo foi conduzido com base em questionários que analisaram o papel do Judiciário e sua interação com as autoridades de defesa da concorrência na implementação das políticas concorrenciais. O Subgrupo pretendeu identificar os principais desafios enfrentados por jovens agências de economias em desenvolvimento e em transição, sendo o questionário, no entanto, aplicado, também, a jurisdições com maior experiência, para servir de referência a análises das jurisdições mais novas.

Nota:

¹ Nesse sentido, o foco do subgrupo seria: (i) mapear a interação entre as autoridades de defesa da concorrência e o Judiciário para ajudar a melhorar a implementação e a aplicação efetiva das leis de concorrência. Em outras palavras, o subgrupo concentrará seu trabalho na discussão de abordagens para melhorar as análises em casos de concorrência dentro do sistema judiciário, respeitando inteiramente o princípio de independência do Judiciário; (ii) fazer um apanhado dos desafios enfrentados por jurisdições com leis de defesa da concorrência incipientes, em termos de sua relação com o Judiciário.

Com as respostas do questionário, o Subgrupo 3 elaborou um relatório no qual as respostas foram trazidas à luz e examinadas. Esse relatório forneceu um diagnóstico das principais dificuldades enfrentadas por autoridades de defesa da concorrência, sob o viés das agências entrevistadas. As conclusões foram extensivamente discutidas durante a Conferência Anual da Rede Internacional da Concorrência, de 2006, especialmente na *breakout session*.

Tendo por base as conclusões mencionadas, o SG3 entendeu que o desenvolvimento de estudos de caso poderia melhorar o conhecimento dessa dimensão importante da política concorrencial. O principal objetivo da segunda fase foi definido para *abordar os desafios enfrentados por jurisdições em estágios diferentes de aplicação de suas leis de concorrência em sua relação com o Judiciário, identificando ações, medidas ou deficiências das experiências das autoridades selecionadas; e relatar as ferramentas que, de acordo com a experiência trazida, seriam úteis para as autoridades de defesa da concorrência para aumentar tanto o escopo quanto a qualidade de suas relações com o Judiciário.*

Os esforços do SG3 foram todos concentrados na produção de um relatório que pudesse contribuir para melhoras na implementação das políticas concorrenciais de agências jovens, no que concerne apresentação e manutenção de decisões adequadas por essas agências.

2. METODOLOGIA

A fim de atingir os principais objetivos do estudo e de tornar o desenvolvimento de estudos de casos viável e consistente, o SG3 decidiu elaborar um termo de referência. Esse termo foi dividido em três partes: 1. *Quadro Institucional do País*; 2. *Interação entre as Autoridades de Defesa da Concorrência e o Judiciário*, também dividido entre as experiências no que tange à fase de investigação e/ou ao processo de tomada de decisão; e 3. *Dificuldades identificadas no relacionamento entre as autoridades de defesa da concorrência e o Judiciário – medidas adotadas ou a serem adotadas para resolver ou melhorar essa relação.*

Os temas apresentados em cada seção do estudo de casos abordaram desde os aspectos mais gerais do ambiente institucional de cada país até experiências mais específicas das autoridades de defesa da concorrência.

A primeira parte, o *Quadro Institucional do País*, dá uma visão geral das organizações políticas e sistema legal que possam influenciar a lei de defesa da concorrência, da natureza ou fundamento para a repressão de condutas

anticoncorrenciais – seja de responsabilidade administrativa, penal, ou ambas –, do processo de tomada de decisão nas autoridades de defesa da concorrência, da independência das decisões das agências e dos fundamentos e alcance da revisão judicial.

A segunda parte, *Interação entre Autoridades de Defesa da Concorrência e o Judiciário*, identifica situações nas quais as autoridades de defesa da concorrência e o Judiciário interagem, quer na fase de investigação, durante o processo de decisão, quer após a tomada de decisão pela agência. Essa parte estabelece os limites dentro dos quais ocorre a interação entre as autoridades de defesa da concorrência e o Judiciário.

Finalmente, a terceira parte, *Dificuldades identificadas no relacionamento entre as autoridades de defesa da concorrência e o Judiciário – medidas adotadas ou a serem adotadas para resolver ou melhorar essa relação*, aborda a questão central deste trabalho de pesquisa: a eficácia e a eficiência das decisões como resultado da interação entre as autoridades de defesa da concorrência e o Judiciário, bem como a capacidade de o Poder Judiciário moldar a política concorrencial e a estratégia das autoridades de defesa da concorrência para melhorar a aplicabilidade das suas decisões.

Os termos de referência foram adotados como uma diretriz, a fim de permitir uma divisão de tarefas entre as jurisdições participantes responsáveis pelo estudo e para fornecer matéria de reflexão e sugestões para que jovens agências, membros da ICN, melhorassem seu desempenho.

O Relatório de 2006

O Relatório de 2006 foi elaborado com base nas respostas de 18 autoridades de defesa da concorrência de 17 países (cerca de 20% dos membros da ICN naquela época) a um questionário.

O relatório chegou a seis principais conclusões:

1. O Judiciário molda os resultados da política concorrencial, independentemente da tradição jurídica e do nível de desenvolvimento. Essa conclusão mostra que o relatório do Grupo de Trabalho CBCPI, em 2003, foi acertado ao identificar o sistema judiciário como um importante aspecto a ser abordado nos estudos da ICN.

2 As principais preocupações relatadas pelas autoridades inquiridas quanto ao Judiciário parecem estar relacionadas com a intervenção do Poder Judiciário APÓS a autoridade de defesa da concorrência ter emitido uma decisão vinculativa. A partir dos resultados da pesquisa pode-se notar que as decisões das autoridades de defesa da concorrência são mais suscetíveis de serem reformadas na revisão de casos de conduta ou do montante de multas aplicadas, em oposição a atos de concentração. Os principais problemas identificados no relatório parecem ser comuns a todos os participantes, independente de seus sistemas legais (*Civil Law* ou *Common Law*).

3. Abordar as preocupações em matéria de intervenção judicial com respeito a casos de conduta e multas é de importância crescente, uma vez que, na maioria das jurisdições entrevistadas, juízes estão moldando a política concorrencial e desempenhando um papel importante em seu desenvolvimento:

a) Revisão de casos de conduta: Uma das principais questões levantadas pelas agências de defesa da concorrência diz respeito a uma eventual falta de familiaridade dos juízes com os conceitos do direito da concorrência. As conseqüências são recorrentes divergências entre os juízes e a agência, no que se refere à interpretação das regras concorrenciais. Além disso, há uma série de outras questões pertinentes que foram mencionadas pelos pesquisados, incluindo deficiências processuais e problemas com relação ao ônus da prova aplicada a casos de concorrência.

b) Execução de sanções pecuniárias: As autoridades de defesa da concorrência foram inquiridas a respeito das razões pelas quais elas são, por vezes, incapazes de recolher imediatamente as multas aplicadas. Setenta e nove por cento delas disseram que a pendência de revisão judicial é a principal razão para esse fato.

As possíveis razões desse resultado não foram analisadas detalhadamente por aquele estudo, mas foram

indicadas como estando relacionadas a deficiências nas regras sobre o cálculo das multas e/ou à insuficiente familiaridade dos juízes com questões concorrenciais complexas.

4. Visto que o Poder Judiciário desempenha um papel importante na defesa da concorrência em todas as jurisdições, ter um Poder Judiciário que compreende os conceitos, metas e instrumentos da política de concorrência é de grande importância. Identifica-se pelos resultados do relatório a urgência de trazer juízes para mais próximo da análise técnica feita pelas autoridades responsáveis pela concorrência, em especial nos países em desenvolvimento. Esta é uma conclusão importante para os prestadores de assistência técnica, mas também uma oportunidade para as autoridades de defesa da concorrência de conduzir iniciativas com o objetivo de desenvolver um nível mais elevado de entendimento mútuo.

5. As autoridades de defesa da concorrência parecem estar começando a abordar essas questões e estão organizando seminários e *workshops* conjuntos com o Poder Judiciário, o que representa um passo importante em direção ao fortalecimento institucional. Pesquisas posteriores deveriam ser levadas a cabo no sentido de apoiar as agências de defesa da concorrência nos seus esforços para se aproximar do Poder Judiciário.

6. É senso comum que o número de decisões contestadas em tribunal aumenta proporcionalmente ao nível de maturidade de uma autoridade de defesa da concorrência. Por esse motivo, conclui-se, naturalmente, que é importante que as autoridades de defesa da concorrência e os tribunais dos países em desenvolvimento compreendam melhor uns aos outros para melhorar a eficácia da política de concorrência como um todo.

Este Relatório da Segunda Fase irá acompanhar essas conclusões e pretende aprofundar as questões utilizando-se da análise de estudos de casos.

3. OS PAÍSES PARTICIPANTES: PERFIL E CARACTERÍSTICAS

Autoridades de defesa da concorrência de sete países concordaram em participar de estudos de caso: Brasil, Canadá, Chile, El Salvador, México, Espanha e Turquia.

Esse grupo de países oferece uma ampla variedade de contextos institucionais, incluindo desde a jurisdição que promulgou, em 1882², a primeira lei de concorrência no mundo, o Canadá, até jurisdições com leis de concorrência que figuram entre as mais novas, como El Salvador, cuja lei foi promulgada apenas em 2006. Todas elas seguem o regime de *civil law*, com exceção do Canadá, que tem um sistema misto – *civil law e common law* –, sendo sua lei de concorrência baseada no último. Também uma vasta gama de regimes políticos foi considerada: monarquias constitucionais (Canadá e Espanha) e repúblicas (Brasil, Chile, El Salvador, México e Turquia) – organizadas em sistema parlamentar (Canadá, Espanha e Turquia) ou presidencial (Brasil, Chile, El Salvador e México).

Nota:

² Peritos reconhecem, no entanto, que só em 1986, quando a nova Lei de Concorrência do Canadá foi aprovada pelo Parlamento, poder-se-ia dizer que o Canadá passou a ter um direito da concorrência moderno e efetivamente aplicado.

No entanto, os sistemas judiciários dos países estudados possuem a mesma característica de serem independentes, por força de suas respectivas constituições, que também garantem ao Judiciário a prerrogativa de rever qualquer decisão tomada pelas autoridades da concorrência.

A pesquisa mostra que todos os países consideram a concorrência um assunto exclusivamente da esfera federal/nacional, de responsabilidade do poder central. A Lei de Defesa da Concorrência espanhola, no entanto, prevê, igualmente para Comunidades Autônomas (autoridades regionais), o poder de implementar a política

concorrencial e decidir a respeito de casos antitruste. Esse poder deve ser coordenado entre as autoridades federal e regionais para proteger a unidade da economia nacional e a existência de um mercado único. As Comunidades Autônomas têm o poder de aplicar a lei de defesa da concorrência espanhola sobre práticas anticoncorrenciais (acordos e abuso de posição dominante) que não tenham efeitos sobre o mercado nacional. É interessante observar, contudo, que tal permissão de autoridades regionais locais aplicarem a lei de concorrência é oriunda de uma decisão da Corte Constitucional Espanhola, o mais alto tribunal da jurisdição espanhola.

Uma característica comum observada entre os países estudados é que a Lei de Defesa da Concorrência tem por base princípios ou disposições constitucionais (por exemplo, Brasil), embora a forma como o Poder Judiciário possa rever as decisões das agências varie, como será comentado mais adiante.

Apesar de o papel das autoridades de defesa da concorrência variar de acordo com os países – há desde jurisdições onde apenas um órgão é responsável pela investigação e funções judicantes (El Salvador, México e Turquia), até países que possuem duas instâncias distintas para essas funções (Brasil, Canadá, Chile e Espanha) –, todas as agências afirmaram serem órgãos independentes³ e autônomos, mesmo que algumas estejam relacionadas a ministérios, para propósitos orçamentários.

Nota:

³ Embora o Tribunal da Espanha (*Tribunal de Defensa de la Competencia*) seja um órgão independente, ele não tem poder para aprovar, bloquear ou impor restrições a atos de concentração, mas, sim, apenas para emitir pareceres não vinculativos para o Conselho de Ministros, que é responsável por decisão nesses casos.

Em todos os países as decisões em matéria concorrencial são tomadas por um conselho, composto de três a catorze membros, todos nomeados pelo governo (Executivo), com um mandato que varia de dois (Brasil) a dez anos (México). A renovação dos mandatos é possível na maioria dos países, exceto no Chile e no México.

Apenas dois dos países (Canadá e Turquia) mencionaram possuir um requisito legal, exigindo que alguns dos membros nomeados para o conselho da autoridade de defesa da concorrência sejam juízes. Nenhum dos conselhos das autoridades de defesa da concorrência é composto apenas por juízes, embora duas das agências sejam consideradas órgãos judiciais (Canadá e Chile), enquanto as outras emitem decisões de natureza administrativa.

Os únicos países que consideram infração à concorrência como infrações criminais são o Canadá e o Brasil. No Brasil, as decisões da autoridade de defesa da concorrência são administrativas; no entanto, há uma lei especial que define algumas condutas anticoncorrenciais como criminosas. Em ambas as jurisdições só o Poder Judiciário pode decidir se uma infração à concorrência deve ser considerada crime. Todos os países estudados possuem dispositivos relacionados à concorrência que também caracterizam infrações civis.

É interessante observar que foi o Poder Judiciário que determinou a natureza administrativa/civil da lei concorrencial canadense, após entender que a concorrência está inclusa nos poderes de comércio do governo federal e que, portanto, as disposições a ela relacionadas seriam questões civis e administrativas. Até essa decisão, as práticas anticoncorrenciais eram consideradas crimes.

Se, por um lado, a opinião na comunidade internacional de que alguns delitos da concorrência (especialmente os mais nocivos, como cartéis) são de natureza penal contribui para dissuadir as práticas mais prejudiciais e tornar a investigação e condenação mais eficazes, por outro lado, tratar outros delitos num nível administrativo, com um padrão de provas diferente, permite que outras infrações sejam combatidas⁴.

Nota:

4 Como mencionado na resposta do Canadá, o ônus da prova em matéria criminal (na Lei de Concorrência) deve estar acima da dúvida razoável. Para a esfera civil, usa-se o “ *balance of probabilities* ”, em que se verifica a probabilidade do evento.

4. A ESTRUTURA DE REVISÃO JUDICIAL

El Salvador prevê em sua Lei de Defesa da Concorrência a revisão das decisões da autoridade de concorrência por um tribunal especializado. O Tribunal de Contenciosos Administrativos pode se pronunciar sobre a legalidade da decisão da agência e o Supremo Tribunal de Justiça pode suspender a eficácia da decisão exarada ou até declará-la ilegal, caso tenha havido redução dos direitos constitucionais.

Existe um dispositivo semelhante na Lei de Defesa da Concorrência chilena, no qual a sanção para uma conduta anticompetitiva é decidida por um tribunal no âmbito do Judiciário e, então, revista diretamente pela Suprema Corte por meio de uma apelação especial que analisa, apenas, os pronunciamentos finais. As investigações são realizadas por um órgão administrativo. Antes de apresentar o caso à Suprema Corte, que emite a decisão final, as partes podem solicitar a uma “revisão” da decisão pelo Tribunal *a quo* .

O Canadá, por outro lado, não parece ter o mesmo dispositivo em sua Lei de Defesa da Concorrência. Qualquer aspecto da Lei de Defesa da Concorrência que seja considerado violação à Constituição será revisto pelo Poder Judiciário. Todas as decisões do Tribunal da Concorrência (*Competition Court*) podem ser objeto de recurso para o Tribunal de Apelações (*Court of Appeals*) e também para o Supremo Tribunal. Decisões penais seguem o mesmo caminho, embora, geralmente, o Supremo Tribunal canadense requeira uma licença de recurso para esses casos. Os recursos apresentados normalmente dizem respeito a questões de direito, em vez de questões de fato.

As decisões da autoridade da concorrência da Turquia podem ser, inicialmente, objeto de recurso perante a Câmara 13 do Conselho de Estado, seção especializada em assuntos de concorrência e regulação e composta por pessoas com formações variadas. A decisão da Câmara pode ser revista posteriormente pelo Plenário do Conselho. O Conselho só pode confirmar ou anular a decisão com base em questões de legalidade (decidindo se sanções, por exemplo, foram impostas legalmente ou não) e com base na observância das normas processuais, mas não pode aumentar ou diminuir a pena imposta (o que foi identificado no Relatório de 2006 como um problema de intervenção judicial).

As decisões da autoridade de concorrência espanhola são atos administrativos e podem ser revistas por tribunais administrativos. Especificamente as decisões do Tribunal da Concorrência podem ser objeto de recurso perante a Seção Administrativa do Tribunal Nacional, onde uma seção especializada em concorrência as revisa. Algumas decisões do Serviço da Concorrência (aquelas que direta ou indiretamente decidem sobre o caso, causam danos irreparáveis ao interesse legítimo, etc.) podem ser objeto de recurso perante o Tribunal da Concorrência. Essa revisão não pode ser considerada judicial por conta da natureza administrativa do Tribunal da Concorrência. Espanha e Turquia declararam que órgãos de apelação que guardam certa familiaridade com conceitos econômicos/comerciais fizeram a falta de especialização dos juízes na análise de temas relacionados à concorrência deixar de ser uma preocupação.

As decisões das autoridades de defesa da concorrência do Brasil ⁵ têm, também, um caráter administrativo, e a lei de defesa da concorrência proíbe a revisão das decisões finais do CADE (o órgão judicante brasileiro) no âmbito administrativo. No entanto, a Constituição garante que nenhuma lesão ou ameaça a direitos pode ser afastada da apreciação pelo Poder Judiciário. Em razão desta garantia, as partes podem levar qualquer questão para sua apreciação. Os limites à intervenção do Poder Judiciário não são definidos pela Constituição nem pela Lei de Defesa da Concorrência e estão sujeitos a como os tribunais classificam a decisão do CADE. Como anteriormente dito, as decisões do CADE são atos administrativos. Atos administrativos podem ser classificados em duas categorias: atos vinculados e atos discricionários. Um ato administrativo é vinculado quando segue os elementos exatos definidos pela lei, incluindo a forma como a Administração deve efetivar sua decisão. Nesse sentido, não há limites para a intervenção do Poder Judiciário sobre o mérito da decisão, uma vez que nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser afastado da apreciação pelo Poder Judiciário. Atos discricionários, por outro lado, não podem ser anulados pelo

Poder Judiciário com base em uma análise de mérito. Atos discricionários são adotados de acordo com os critérios de conveniência e oportunidade, observando os princípios da legalidade e equidade. Nesse sentido, os Tribunais não teriam elementos para anular uma decisão discricionária, mas, unicamente, para controlar a sua legalidade. Um exemplo será abordado a seguir.

Nota:

⁵ O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é composto pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), ligada ao Ministério da Justiça, Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), ligada ao Ministério da Fazenda e Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). As Secretarias são responsáveis pela investigação/ *analyses* dos casos, enquanto o CADE é o tribunal Administrativo responsável pela decisão final.

Entre as jurisdições respondentes não existe um consenso sobre a intervenção do Poder Judiciário para se pronunciar a respeito da legalidade da decisão e da observância das regras processuais. No entanto, será observado posteriormente que, na prática, a revisão judicial inclui considerações sobre o montante da multa e sobre o mérito da decisão (por exemplo, “não existe qualquer infração ao direito da concorrência neste caso”).

5. AUTORIDADES DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E O PODER JUDICIÁRIO

a) Fase de investigação

Todas as autoridades de defesa da concorrência respondentes possuem amplos poderes de investigação garantidos por suas respectivas Leis de Defesa da Concorrência. Em geral, não é necessária autorização judicial para que as autoridades realizem as investigações, com exceção de algumas ferramentas específicas: para apreensões e inspeções não auto-rizadas (comum a todos os países inquiridos), a fim de obrigar o acesso aos documentos quando as partes o obstruírem (Turquia, Brasil e Canadá), e para interrogar testemunhas sob juramento (Canadá)⁶. No Chile, essa autorização deve ser solicitada pelo órgão de investigação ao Tribunal da Concorrência (considerado um órgão judicial).

Nota:

⁶ Como algumas infrações concorrenciais (*e.g.*, fraude em licitação e cartéis) são também consideradas crime, as autoridades de defesa da concorrência brasileiras podem se valer da interceptação telefônica como ferramenta para investigação. Entretanto, essa ferramenta somente pode ser utilizada se requerida judicialmente e utilizada em processo criminal pelo Ministério Público.

Para os países que têm instâncias distintas para investigação e funções judicantes, tal divisão de poderes não tem sido contestada pelo Judiciário, e nos poucos casos em que isso ocorreu (Brasil e Turquia), os países reviram seu procedimento. A Turquia, tendo em vista uma sentença judicial que anulou a decisão da autoridade devido à falta de separação entre as instâncias investigativa e judicante, alterou a lei de maneira a permitir a participação do pessoal de investigação em funções judicantes e vice-versa.

A decisão de iniciar ou encerrar uma investigação não foi citada como uma questão levada à apreciação do Judiciário (embora a Turquia tenha mencionado que apelações contra tais decisões são possíveis). As razões para isso incluem: (i) o Judiciário não intervém até o final do processo, uma vez que ele parece ser “utilizado” apenas para recursos contra uma decisão final, (ii) as decisões relativas à investigação podem ou devem ser recorridas ao órgão que emite a decisão final (um órgão diferente, no caso do Brasil, Canadá, Chile e Espanha, ou o Conselho, no caso da Turquia e El Salvador), e (iii) não há uma decisão formal de órgão de investigação para ser objeto de recurso.

Os estudos de caso ⁷ reforçaram a conclusão alcançada no primeiro relatório de que a intervenção judicial durante ou contra procedimentos de investigação não é considerada uma preocupação pelas jurisdições, apesar de se tratar de uma questão relevante para o Brasil, como será comentado a seguir.

Nota:

⁷ Canadá, El Salvador e Turquia afirmaram expressamente que não pode haver intervenção judicial na fase investigativa; Espanha afirmou que isto seria “muito estranho”.

A Turquia deu um exemplo de possível intervenção nessa fase, relacionada a medidas preventivas (sobre o mérito, mas não relacionadas às ferramentas e procedimentos da investigação), que podem ser garantidas pela autoridade de defesa da concorrência. Por exemplo, no caso de recusa de fornecimento de um produto específico, a autoridade pode emitir uma ordem judicial obrigando a parte investigada a fornecer o produto até que uma decisão final seja alcançada. Tal decisão liminar pode ser objeto de recurso da parte ao Poder Judiciário.

Com relação ao último exemplo, o Canadá notou que há apenas uma possibilidade de o Judiciário intervir no órgão de investigação (*Competition Bureau*), que ocorre quando o órgão realiza um acordo com as partes privadas. Essa hipótese, no entanto, nunca foi testada.

A Constituição brasileira, em seu art. 5º, XXXV (inserido no capítulo de direitos e garantias fundamentais), dispõe de maneira ampla que qualquer questão pode ser levada à apreciação do Poder Judiciário (“XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”). Nenhum requisito especial é necessário para isso. Nesse sentido, uma única questão procedimental pode basear o pedido de anulação de um processo. A pedido das partes, o Poder Judiciário pode emitir qualquer tipo de decisão: suspendendo as investigações, ordenando medidas a serem tomadas, proibindo a aplicação de medidas ou prosseguimento de investigação, proibindo o órgão de investigação de encerrar sua análise e remeter o processo para o tribunal para ser julgado, proibindo o CADE (o órgão judicante brasileiro) de julgar, cancelando ou ordenando a repetição dos atos de investigação (por exemplo, oitivas), proibindo a análise de documentos e dados apreendidos, proibindo o depoimento de uma testemunha específica, declarando que uma informação ou documento não é necessário para a análise/investigação. O Judiciário pode, também, determinar que uma ação relacionada à coleta de provas foi ilegal e cancelar a investigação, *in totum* ou parcialmente. Nesse sentido, ele pode declarar nula a coleta de algumas provas e ordenar que essas sejam ignoradas, ou decidir cancelar a investigação devido a um erro no procedimento ⁸ de abertura da investigação, obrigando as autoridades a repetir tudo. Todas essas possibilidades já aconteceram em casos brasileiros.

Nota:

⁸ A Lei de Defesa da Concorrência prevê procedimentos específicos para o processo administrativo, que é caracterizado, no Brasil, como informal e célere. O Judiciário algumas vezes entende que quando esses procedimentos diferem daqueles dispostos no Código de Processo Civil, isso pode levar a ilegalidades no processo, mesmo estando disposto em lei.

b) Revisão da Decisão Final da Autoridade de Defesa da Concorrência

Uma das conclusões do primeiro relatório foi que a intervenção judicial refere-se, majoritariamente, a aspectos substantivos⁹ das decisões das autoridades de defesa da concorrência e que ocorre em casos de conduta. Para reafirmar essa conclusão, a Espanha relatou três casos interessantes, dizendo respeito a três situações distintas.

Nota:

⁹ Um ponto levantado no primeiro relatório foi a falta de familiaridade dos juízes com assuntos de concorrência em algumas jurisdições.

Em um caso de conduta, a Suprema Corte considerou “pró-competitiva” (análise judicial do mérito) uma estratégia empresarial que havia sido previamente considerada como anticoncorrencial pelo Tribunal de Concorrência da Espanha, mesmo depois de o Tribunal Nacional (sua seção especializada em assuntos administrativos) haver confirmado a decisão da autoridade. Quando uma anulação era baseada em um problema procedimental, o Poder Judiciário decidia submeter a decisão novamente ao Tribunal da Concorrência. Em caso de atos de concentração (quando a autoridade de defesa da concorrência não tem o poder de decidir, mas apenas para emitir um parecer não vinculativo), o Judiciário esclareceu que o Conselho de Ministros (a autoridade competente para decidir em atos de concentração) deve seguir o parecer do Tribunal da Concorrência ou justificar suficientemente quaisquer divergências com a sua recomendação. A Espanha comentou que essa posição judicial fez com que o Conselho de Ministros passasse a ser mais cauteloso quando discorda de parecer do Tribunal da Concorrência, tornando mais difícil que isso aconteça.

Finalmente, outra possível intervenção do Judiciário na defesa da concorrência pode ocorrer quando existe uma ação civil em curso. Para os países que avaliaram esse aspecto, trata-se de uma questão nova, e alguns deles mencionaram já existir um debate interno sobre se o Poder Judiciário deve esperar pela decisão administrativa, ou chamar a autoridade de defesa da concorrência para participar na ação civil. A Espanha explicou que sua futura reforma da Lei de Concorrência inclui mecanismos de coordenação das ações. No Brasil, um procurador levantou uma questão intrigante quanto aos litígios entre particulares: se ambas as decisões – das autoridades da concorrência e do Judiciário – concluírem pela existência do cartel, ok. No entanto, o que acontece se um juiz condena alguém por cartel e a autoridade de defesa da concorrência determina que o cartel não existiu? Tendo em vista que, no Brasil, as decisões são tomadas por um Conselho, não é possível para esse Conselho participar no processo judicial, sequer como *amicus curiae*.

A Turquia informou que quando a revisão se baseia em questões procedimentais, o Conselho submete a decisão novamente à autoridade de defesa da concorrência para a emissão de uma nova decisão. Houve um caso, porém, em que a autoridade teve sua decisão cancelada devido a um problema no número de membros do Conselho que tomou a decisão (*quorum*).

Para exemplificar uma intervenção judicial sobre questões de concorrência, o Brasil apresenta uma decisão anulada pelo Poder Judiciário, ainda pendente de decisão final: em 1999, os três principais produtores brasileiros de aço foram considerados culpados pela prática de cartel e tiveram imposta uma multa no valor de 1% de seu faturamento no ano de 1996 (ano da conduta). Após mais de um ano sem aumento dos preços, as três empresas os reajustaram em datas e níveis semelhantes (comportamento de paralelismo de preço), emitindo comunicados aos clientes em datas muito próximas. Posteriormente, as empresas e a Associação de Produtores de Aço foram à Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE – um dos órgãos responsáveis pela investigação antitruste) para informar que aumentariam os preços em um montante específico, numa data específica. Esse fato deu início ao processo de investigação de cartel contra as empresas. Em 1999, o CADE decidiu condenar as empresas, fundamentando a decisão na doutrina do “paralelismo *plus*”, por uma combinação de fatores estruturais favoráveis à colusão (por exemplo, poucos competidores, fortes barreiras à entrada no mercado de aço), e pela reunião na SEAE, que

demonstrou que as empresas tinham discutido o aumento de preços prévia e conjuntamente. O Tribunal de primeira instância reformou a decisão do CADE por entender que a prática de cartel não tinha existido, uma vez que não havia provas de colusão, mas manteve a multa aplicada devido ao paralelismo dos preços. O principal problema neste caso é o ônus da prova de um cartel adotado pelo juiz e, mais importante, o atraso na execução da decisão – mais de 10 anos após a violação da lei.

Assim como outros países, o Chile tem o entendimento de que a revisão pela Suprema Corte poderia ser limitada ao controle da legalidade das decisões proferidas pelo tribunal. Um dispositivo na Lei de Defesa da Concorrência apóia tal entendimento listando os assuntos que são elegíveis para recurso. No entanto, as decisões da Suprema Corte mostram que esta pode reformar qualquer decisão do tribunal, inclusive de mérito ou mudando as sanções impostas (aumento ou redução) e tendo em vista diferentes critérios. Nesse sentido, a primeira decisão da Suprema Corte que reformou uma decisão do tribunal anulou uma determinação de que as maiores cadeias de supermercados chilenos submetessem à consulta qualquer operação de concentração no setor de supermercados nos quais elas pudessem estar interessadas.

Após essa decisão, cinco outras foram anuladas, uma com base na legalidade e quatro outras com base no mérito. Em uma delas, as multas impostas também foram alteradas. Dentre os quatro casos mencionados, cujas decisões foram canceladas ou modificadas pela Suprema Corte, dois eram casos de cartel, em que o tribunal decidiu que não havia provas suficientes para corroborar o conluio das partes. Em situação oposta, a Suprema Corte condenou uma empresa que cobrava preços abaixo do seu custo total médio por preços predatórios, reformando uma decisão do Tribunal da Concorrência, que havia arquivado o caso. Em outro caso, a Suprema Corte aumentou uma multa imposta pelo tribunal, tendo em vista *a falta de conhecimento dos consumidores* que foram danificados pela conduta ilícita. Finalmente, uma decisão do tribunal apara que um município convocasse uma nova licitação para contratar serviços de lixo e rescindisse o contrato corrente à época foi anulada porque a Suprema Corte entendeu que a autoridade de defesa da concorrência não tinha competência para tomar decisões que envolvessem municípios.

El Salvador não teve qualquer decisão revista pelo Judiciário até agora. Vale lembrar que a Lei de Defesa da Concorrência foi promulgada em 2006.

6. MOLDAR A POLÍTICA DA CONCORRÊNCIA

No Brasil, pode-se dizer que a intervenção judicial e a revisão das decisões, mencionadas nas seções acima, levaram a mudanças no comportamento das autoridades de defesa da concorrência: as autoridades estão dando cada vez mais atenção aos procedimentos, tornando os processos administrativos mais próximos dos padrões judiciais (o que tem sido chamado de “judicialização” das decisões) e fazendo esforços para melhorar a qualidade das provas.

Considerando que o processo administrativo é regido por princípios diferenciados, como celeridade¹⁰ e informalidade, a “judicialização” do processo pode torná-lo lento e burocrático, além de elevar o custo da análise. Por outro lado, a antecipação de algumas questões judiciais é positiva para a aplicação da legislação e tem melhorado a qualidade da tomada de decisão pelas agências de defesa da concorrência, considerando-se a fase de revisão pelo Poder Judiciário.

Nota:

¹⁰ Um princípio sob o qual a análise do processo administrativo deve ser rápida.

O Canadá declarou expressamente que o Poder Judiciário *pode e efetivamente molda a política de concorrência* por meio da interpretação que faz da lei. Uma vez que o Tribunal da Concorrência (que é considerado como parte do Judiciário), o Tribunal de Recursos ou o Supremo Tribunal fazem uma interpretação de um termo da lei ou de um regulamento, o *Competition Bureau*, autoridade de defesa da concorrência, ignora o significado do termo utilizado anteriormente e passa a adotar a interpretação judicial.

A Espanha deu muitos exemplos de como o sistema judiciário moldou sua política de concorrência, tais como: (i) na análise de atos de concentração, em que o Conselho de Ministros deve concordar – ou apresentar fortes razões para não fazê-lo – com o parecer do Tribunal da Concorrência; e (ii) o reconhecimento pelo Tribunal Constitucional de que Comunidades Autônomas poderiam aplicar as regras de defesa da concorrência ¹¹. Esse país também descreveu duas decisões muito importantes da Suprema Corte, relacionadas à alegação de danos civis – o que, como já mencionado, pode ser uma das causas de intervenção do Poder Judiciário na decisão das autoridades de concorrência. Em um dos casos, o representante propôs uma medida judicial contra possível abuso de posição dominante e reparação de danos. A Suprema Corte julgou improcedente o caso, afirmando que apenas as autoridades de defesa da concorrência, e não tribunais civis, tinham competência para aplicar diretamente as regras de defesa da concorrência da União Européia ¹² e dos estados nacionais europeus. Contrariamente a tal entendimento, em outro caso, a Suprema Corte decidiu aplicar diretamente as regras européias de defesa da concorrência. A autoridade de defesa de concorrência espanhola informou que, desde essa decisão, a Suprema Corte e o Tribunal de Apelações têm aplicado a Lei de Defesa da Concorrência européia, embora a aplicação da lei espanhola ainda esteja reservada para as autoridades administrativas.

Nota:

¹¹ Como afirmou a Espanha: “Este julgamento, e suas conseqüências, foi uma das mais importantes mudanças da política de concorrência na Espanha”. É importante enfatizar que o Tribunal Constitucional não é considerado parte do Poder Judiciário, mas sim uma Corte Superior específica, regrada diretamente pela Constituição espanhola. Além disso, embora o julgamento mencionado tenha ampliado a implementação da Lei de Concorrência a autoridades regionais, foi necessário que uma nova lei desenvolvesse o tema.

¹² Na legislação comunitária, desde a modernização do regime antitruste na Comunidade Européia, em maio de 2004, tribunais nacionais podem aplicar os arts. 81 e 82 diretamente.

Em contrapartida, a autoridade de defesa da concorrência da Turquia não considerou que o Conselho de Estado (a autoridade que recebe os recursos) modela a política da concorrência, uma vez que esse conselho só decide sobre a legalidade ou a ilegalidade da decisão da autoridade, mantendo a interpretação dada às disposições da lei pelas decisões da autoridade.

A Turquia apresentou um único caso em que o Conselho de Estado reformou no mérito uma decisão em matéria de concorrência. A Autoridade da Concorrência entendeu que uma empresa de transmissão televisiva, que possuía direitos exclusivos sobre a transmissão de partidas de futebol profissional, teria praticado discriminação de preços, por cobrar a diferentes transmissores preços variados para transmissão de segmentos de três minutos da partida. O Conselho considerou a prática pró-concorrencial, uma vez que permitiria que uma parcela maior da população pudesse ser atingida, buscando tarifas diferenciadas. A autoridade recorreu contra a decisão do Conselho, que ainda está pendente de decisão final.

O Brasil, por sua vez, enfrentou uma situação semelhante: em todo o país, mas, sobretudo, na região Nordeste, uma das regiões mais pobres do país, agentes do Ministério Público, com autorização judicial, firmaram acordos a fim de estabelecer um “teto” de descontos sobre o preço que os fabricantes de medicamentos praticavam para drogarias. O acordo causou o efeito perverso de fixação de preço mínimo pelo Ministério Público, enquanto a livre concorrência poderia oferecer preços mais baixos para os consumidores.

Embora El Salvador nunca tenha tido um caso, vale a pena registrar que a autoridade de defesa da concorrência não tem competência para fazer cumprir suas próprias decisões e deve solicitar ajuda da Procuradoria-Geral por meio do sistema judiciário.

O único país que comentou especificamente sobre o aumento do número de revisões judiciais foi a Espanha, que declarou não ter notado um aumento no número de recursos e sugeriu que a razão para esse fato é que apenas as decisões que impõem multas sobre uma empresa ou rejeitam um recurso apresentado à autoridade são objeto de recurso perante o Poder Judiciário, o que pode significar que possíveis revisões pela própria autoridade de defesa da concorrência podem prevenir intervenção do Judiciário. É importante notar que a Espanha é um país desenvolvido.

Os outros participantes, todos países em desenvolvimento, com exceção do Canadá, declararam que houve aumento no número de revisões judiciais, levando em conta o aumento da sua própria atividade – não só em termos do número de decisões tomadas, mas também do conteúdo dessas decisões (mais restrições impostas a atos de concentração, mais exigências impostas a casos de conduta, aumento no número de condenações por práticas anticoncorrenciais, o aumento da quantidade de sanções aplicadas).

7. DEFICIÊNCIAS NA RELAÇÃO ENTRE AUTORIDADES DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E O JUDICIÁRIO E MEDIDAS TOMADAS PARA SOLUCIONÁ-LAS

Como esperado, todos os países, com exceção de um, reafirmam que a falta de conhecimento especializado do Judiciário em questões de concorrência é uma questão importante que afeta a implementação da política de concorrência. Pelo menos para os países em desenvolvimento, tal afirmação mostrou-se a maior preocupação e para a qual medidas têm sido adotadas.

Embora a Espanha tenha sido o único país a não citar a falta de conhecimentos específicos como principal preocupação na implementação da política de concorrência, ela mencionou seminários, conferências e programas de formação como medidas tomadas para melhorar a relação com o Judiciário.

É interessante notar, no entanto, que as experiências e iniciativas espanholas envolvem o próprio Judiciário na organização de eventos para os juízes. Os respondentes, incluindo o Brasil, assinalaram que experiências internacionais mostraram que eventos organizados exclusivamente por autoridades de defesa da concorrência e direcionados a juízes não foram bem sucedidos.

A Turquia expressamente mencionou que a falta de experiência e formação é considerada uma questão relevante para a política da concorrência, no que tange à revisão pelo Judiciário. Para resolver essa questão, a autoridade de defesa da concorrência está incentivando o estudo do direito da concorrência no meio acadêmico, bem como a realização de eventos reunindo acadêmicos, membros do Judiciário e funcionários responsáveis pela fase de investigação. Seguindo a mesma linha, o Chile declarou que a inclusão das questões de concorrência no meio acadêmico é útil – especificamente em cursos de Direito –, somadas a amplos eventos para difundir o tema. O debate aberto, reunindo acadêmicos, comunidade internacional, membros do Judiciário e advogados, foi também mencionado como uma medida útil.

O Chile indicou que, embora o tribunal que recebe os recursos das autoridades de defesa da concorrência seja muito especializado em assuntos constitucionais e administrativos, parece que a falta de familiaridade com os conceitos econômicos envolvidos na análise da concorrência pode causar alguma distorção na política concorrencial (por exemplo, o caso de preço predatório acima descrito, que foi condenado sob critérios econômicos diferentes dos tradicionalmente utilizados na análise antitruste). Por outro lado, a Suprema Corte exigiu um padrão mais elevado de prova para colusão, que é internacionalmente reconhecida como a prática mais nociva à concorrência.

Como mencionado anteriormente, diferentemente da principal conclusão alcançada pelo Relatório de 2006, a Espanha não foca o problema na falta de familiaridade dos juízes com os elementos da análise de concorrência (embora isso não seja ignorado) devido ao fato de que os tribunais competentes na Espanha têm alguma experiência e treinamento nessa área. No entanto, o país chamou a atenção para o atraso causado pela intervenção judicial (mesmo quando o Judiciário decide por não reformar ou anular a decisão, mas remetê-la novamente para a autoridade) – um problema também realçado pelo Brasil – para quem a demora da decisão judicial enfraquece a decisão em matéria de concorrência, bem como a reputação da autoridade.

A suspensão da execução de multas, bem como a impossibilidade de ter um depósito obrigatório do montante da multa ou alguma garantia semelhante, enquanto o caso ainda está sob apreciação judicial, é apontado como uma preocupação para a maioria dos países respondentes. O Brasil informou que a execução de suas decisões tem aumentado significativamente depois que a Procuradoria do CADE começou a obter sucesso no requerimento ao Judiciário de que as partes depositassem o montante referente às multas aplicadas como pré-condição para questionamento da decisão no Judiciário. A Turquia, por outro lado, observa que depende de apreciação do Conselho de Estado a decisão de suspender a execução da multa, bem como de exigir uma garantia para apresentação do recurso.

Finalmente, vale mencionar que a Espanha também manifestou preocupações sobre as ações privadas relativas à aplicação da Lei de Defesa de Concorrência. Para endereçar esta questão, foram sugeridos eventos visando discutir a coordenação entre autoridades de defesa da concorrência e o Judiciário e mudanças no Código de Processo Civil. Uma questão ainda pendente é o que pode acontecer com ações privadas e ações de indenização. Uma questão inicial se refere à necessidade de se ter ou não uma decisão da autoridade de defesa da concorrência para apoiar um pedido privado, ou se o Judiciário deve exigí-la.

Num acórdão recente, um juiz expressamente sugeriu que a *Análise Econômica do Direito* devesse ser incluído no concurso para os juízes. O Brasil conseguiu a inclusão do tema no exame do Ministério Público. A consequência disso seria o incentivo para que as faculdades de Direito incluíssem a disciplina no seu programa regular.

Associação de Juízes Federais do Brasil – AJUFE sugeriu a preparação de folhetos sobre assuntos específicos – condutas unilaterais, cartéis e análise de atos de concentração – a serem utilizados como guia de referência.

8. CONCLUSÕES

Os estudos de caso mostraram que, independentemente do sistema político e da estrutura da autoridade de defesa da concorrência, ou mesmo da existência de tribunais especializados, a política da concorrência resulta da interação entre os órgãos de defesa da concorrência e o Poder Judiciário. As respostas corroboram uma das conclusões do relatório do ano anterior: o Poder Judiciário tem um papel importante no desenvolvimento da política de concorrência em muitas jurisdições. As respostas indicam que a revisão judicial pode levar a melhorias na análise e tomada de decisões das agências. Quanto maior o número de decisões tomadas pela autoridade de defesa da concorrência, maior for o número e o montante de multas aplicadas, maior o número de análises de atos de concentração, mais próxima a interação com o Judiciário, e maior o número de oportunidades para a autoridade de defesa da concorrência explicar e defender as suas decisões.

A partir das sugestões coletadas dos estudos de caso, o reconhecimento da necessidade de um treinamento em matéria econômica deve vir dos próprios juízes e ser apoiada pela comunidade de defesa da concorrência para que seja mais eficaz. As respostas sugerem iniciativas para melhorar a interação das autoridades de defesa da concorrência com o sistema judiciário, entre elas a presença da autoridade da concorrência na revisão de seus casos pelo Poder Judiciário, a fim de explicar as razões de sua decisão. Da perspectiva das autoridades de defesa da concorrência participantes, a interação com o Judiciário é mais eficaz quando todos os procedimentos judiciais são observados e a motivação da decisão da autoridade de defesa da concorrência tem por base análises jurídicas e econômicas claras e sólidas.